

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 36

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991)v. 36,
Br.2, str. XII+705-1110, Rijeka, 2015.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RIJEKA

RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

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

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

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

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

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board:

prof. dr. sc. Ljubo Bavcon (Ljubljana/SLO), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Macerata/I), prof. dr. sc. dr. h. c. Marcus Lutter (Bonn/D), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Roma/I)

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

Prijevodi/Translations: Katja Dobrić, prof. (za njemački), dr. sc. Sandra Winkler, (za talijanski)

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

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

e-mail: zbornik@pravri.hr

www: <http://pravri.uniri.hr/hr/znanost/zbornik.html>

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 250 primjeraka

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

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA (HeinOnline), *Sociological Abstracts – CSA* (ProQuest), *Worldwide Political Science Abstracts – CSA* (ProQuest), *Linguistics and Language Behavior Abstracts*, San Diego, California, USA – CSA (ProQuest), *Political Science Complete – EBSCO*.

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

ISSN 1330-349X

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 36

BROJ 2

RIJEKA, 2015.

SADRŽAJ

Članci u Zborniku:

- Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,*
Povreda konvencijskog prava na mirno uživanje vlasništva
(izvorni znanstveni rad) 705
- Dunja Pastović,*
Sloboda tiska i porotna sudbenost u Istri 1848./1849.
(izvorni znanstveni rad) 725
- Sandra Fabijanić Gagro, Lorena Poropat,*
Uloga i aktivnosti tijela Ujedinjenih naroda u zaštiti djece u oružanim
sukobima
(pregledni znanstveni rad) 759
- Vedad Gurda,*
Osnovna obilježja zakonske i sudske politike primjene kazne maloljetničkog
zatvora u Bosni i Hercegovini i uporednom krivičnom pravu i praksi
(pregledni znanstveni rad) 787
- Mario Jelušić, Duška Šarin,*
Ustavnopravni aspekti određivanja naknade za potpuno izvlaštenje
(pregledni znanstveni rad) 813
- Vanda Božić,*
Krijumčarenje ljudi i trgovanje ljudima u hrvatskom kaznenom
zakonodavstvu
(pregledni znanstveni rad) 845
- Sandra Debeljak Rukavina,*
Uvjeti i način prijevoza opasne robe zrakom
(pregledni znanstveni rad) 875
- Paula Poretti,*
Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i sudska praksa u RH – individualna
i udružna antidiskriminacijska tužba kao (ne)djelotovorna sredstva za
ostvarenje pravne zaštite
(pregledni znanstveni rad) 907
- Šime Jozipović,*
Odnos porezne uprave prema poreznim obveznicima u postupku
predstečajne nagodbe
(pregledni znanstveni rad) 945
- Dean Vuleta,*
Suvlasništvo na brodu i ovrha na udjelima broda
(pregledni znanstveni rad) 971

<i>Ivan Akrap, Mirella Rodin,</i> Ograničenja u primjeni valutne klauzule načelima moralnog sadržaja (pregledni znanstveni rad)	997
<i>Marko Bratković,</i> Reorganizacija ovrhe na temelju vjerodostojne isprave u Sloveniji (pregledni znanstveni rad)	1025
<i>Mijo Galiot,</i> Poredbenopravna analiza aktivnog podmićivanja u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske (pregledni znanstveni rad)	1051
<i>Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas,</i> Odnos načela uzajamnog priznavanja/povjerenja i provjere dvostruke kažnjivosti (pregledni znanstveni rad)	1075

TABLE OF CONTENTS

Articles:

<i>Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,</i> Violation of the Right to the Peaceful Enjoyment of Possessions Laid Down in the Convention.....	705
<i>Dunja Pastović,</i> Freedom of Press and Jury Trial in Istria 1848/1849	725
<i>Sandra Fabijanić Gagro, Lorena Poropat,</i> The role and activities of the UN bodies on protection of children affected by armed conflicts	759
<i>Vedad Gurda,</i> Main Features of Legal and Judicial Politics of Application of Juvenile Imprisonment in Bosnia and Herzegovina and Comparative Criminal Law and Jurisprudence	787
<i>Mario Jelušić, Duška Šarin,</i> Constitutional Aspects of the Expropriation Compensation	813
<i>Vanda Božić,</i> Human smuggling and trafficking in Croatian criminal legislation and jurisprudence (analysis of the situation de lege lata with proposals de lege ferenda).....	845
<i>Sandra Debeljak Rukavina,</i> Conditions and a Methods of Transport of Dangerous Goods by Air.....	875
<i>Paula Poretti,</i> Anti-discrimination law and court practice in Croatia-individual and associational anti-discrimination claim as (in)efficient mechanisms for legal protection	907
<i>Šime Jozipović,</i> The Treatment of Taxpayers by Croatian Tax Authorities in the Pre- insolvency Procedure.....	945
<i>Dean Vuleta,</i> Co-Ownership on the Ship and Enforcement on the Ship Shares.....	971
<i>Ivan Akrap, Mirella Rodin,</i> The Limitations in the Application of the Currency Clause by the Principles with Moralcontent.....	997
<i>Marko Bratković,</i> Reorganisation of Enforcement on the Basis of a Trustworthy Document in Slovenia.....	1025

Mijo Galiot,

Comparative legislative analysis of active bribery in the United Kingdom of .
Great Britain and Northern Ireland..... 1051

Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas,

Relation of the Principle of Mutual Recognition / Trust and Verification of
Double Criminality 1075

INHALT

Beiträge:

- Dragan, Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,*
Verletzung des Gemäss der EMRK gewährleisteten Rechts auf friedliche
Nutzniessung von Eigentum 705
- Dunja Pastović,*
Freiheit der Presse und Geschworenengericht in Istrien 1848/1849 725
- Sandra Fabijanić Gagro, Lorena Poropat,*
Die Rolle und die Aktivitäten der Vereinten Nationen im Schutz der Kinder
in bewaffneten Konflikten 759
- Vedad Gurda,*
Grundzüge der Rechts- und Gerichtspolitik in der Anwendung der
Jugendhaft im Strafrecht und in der Praxis von Bosnien-Herzegowina und
in anderen Ländern 787
- Mario Jelušić, Duška Šarin,*
Verfassungsrechtliche Aspekte der Bestimmung der Gebühr für vollständige
Enteignung 813
- Vanda Božić,*
Menschenschleusung und Menschenhandel in der kroatischen kriminellen
Gesetzgebung und Rechtsprechung (Analyse der Lage de lege lata mit
Vorschlägen de lege ferenda) 845
- Sandra Debeljak Rukavina,*
Bedingungen und Modalitäten des Lufttransports gefährlicher Güter 875
- Paula Poretti,*
Antidiskriminierungsgesetz und Gerichtspraxis in Kroatien - individueller
und verbandlicher Antidiskriminierungsanspruch als (un)wirksamer
Mechanismus des Rechtsschutzes 907
- Šime Jozipović,*
Das Verhältnis des kroatischen Finanzamtes gegenüber Steuerschuldern im
Vorinsolvenzverfahren 945
- Dean Vuleta,*
Miteigentum am Schiff und Zwangsvollstreckung am Schiffsanteil 971
- Ivan Akrap, Mirella Rodin,*
Anwendungsbeschränkungen in der Währungsklausel Aufgrund der
Grundsätze mit moralischem Inhalt 997
- Marko Bratković,*
Reorganisation des Abschlusses einer Zwangsvollstreckung aufgrund eines
authentischen Dokuments in Slovenien 1025

Mijo Galiot,

Vergleichende legislative Analyse der aktiven Bestechung im Vereinigten
Königreich von Großbritannien und Nordirland 1051

Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas,

Verhältnis zwischen dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung / des
Vertrauens und die Überprüfung der beiderseitigen Strafbarkeit 1075

INDICE

Articoli:

- Dragan, Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,*
Verletzung des Gemäss der EMRK gewährleisteten Rechts auf friedliche
Nutzniessung von Eigentum 705
- Dunja Pastović,*
Freiheit der Presse und Geschworenengericht in Istrien 1848/1849 725
- Sandra Fabijanić Gagro, Lorena Poropat,*
Die Rolle und die Aktivitäten der Vereinten Nationen im Schutz der Kinder
in bewaffneten Konflikten 759
- Vedad Gurda,*
Grundzüge der Rechts- und Gerichtspolitik in der Anwendung der
Jugendhaft im Strafrecht und in der Praxis von Bosnien-Herzegowina und
in anderen Ländern 787
- Mario Jelušić, Duška Šarin,*
Verfassungsrechtliche Aspekte der Bestimmung der Gebühr für vollständige
Enteignung 813
- Vanda Božić,*
Menschenschleusung und Menschenhandel in der kroatischen kriminellen
Gesetzgebung und Rechtsprechung (Analyse der Lage de lege lata mit
Vorschlägen de lege ferenda) 845
- Sandra Debeljak Rukavina,*
Bedingungen und Modalitäten des Lufttransports gefährlicher Güter 875
- Paula Poretti,*
Antidiskriminierungsgesetz und Gerichtspraxis in Kroatien - individueller
und verbandlicher Antidiskriminierungsanspruch als (un)wirksamer
Mechanismus des Rechtsschutzes 907
- Šime Jozipović,*
Das Verhältnis des kroatischen Finanzamtes gegenüber Steuerschuldern im
Vorinsolvenzverfahren 945
- Dean Vuleta,*
Miteigentum am Schiff und Zwangsvollstreckung am Schiffsanteil 971
- Ivan Akrap, Mirella Rodin,*
Anwendungsbeschränkungen in der Währungsklausel Aufgrund der
Grundsätze mit moralischem Inhalt 997
- Marko Bratković,*
Reorganisation des Abschlusses einer Zwangsvollstreckung aufgrund eines
authentischen Dokuments in Slovenien 1025

Mijo Galiot,

Vergleichende legislative Analyse der aktiven Bestechung im Vereinigten
Königreich von Großbritannien und Nordirland 1051

Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas,

Il rapporto tra il principio del mutuo riconoscimento/affidamento e della
verifica della doppia punibilità 1075

POVREDA KONVENCIJSKOG PRAVA NA MIRNO UŽIVANJE VLASNIŠTVA^{1*}

Dragan Elijaš, viši ustavnosudski savjetnik
Sandra Marković, viša ustavnosudska savjetnica
Sanja Trgovac, viša ustavnosudska savjetnica
Ustavni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.233:342.726
Ur.: 21. siječnja 2015.
Pr.: 2. ožujka 2015.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autori u radu daju osvrt na postanak i razvitak stanarskog prava, te presjek domaćih pravnih propisa koji su se odnosili na stanarsko pravo, kao i propisa kojima je izvršena pretvorba stambenih odnosa. Pišu o značaju stupanja na snagu Zakona o najmu, kada je prestalo stanarsko pravo osobama koje su to pravo stekle prema ranijim propisima te su one po sili zakona postale najmoprимci (u pravilu, zaštićeni najmoprимci). Podsjećaju da pitanja vezana uz pretvorbu iz stanarskog prava u vlasništvo na stanovima te brojni sudski sporovi koji su proizašli iz te materije još uvijek nisu, niti stvarna niti sudska, prošlost. Autori navode stajališta i praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske, te Europskog suda za ljudska prava (ESLJP). Posebno ističu presudu ESLJP-a Statileo protiv Hrvatske, u kojoj je Europski sud uvažio činjenicu da su hrvatske vlasti tijekom tranzicije bile suočene s teškim zadatkom stvaranja ravnoteže između prava najmodavaca i zaštićenih najmoprимaca koji su stanovali u stanovima dugo vremena, te je zaključio da u konkretnom slučaju nije postojala pravedna raspodjela socijalnog i financijskog tereta koji je nastao kao posljedica reforme u stambenom sektoru. Umjesto toga, prema ocjeni ESLJP-a, na podnositelja je stavljen nerazmjerni i pretjerani pojedinačni teret, budući da je morao snositi većinu socijalnih i financijskih troškova stambenog zbrinjavanja zaštićene najmoprимke i njezine obitelji, zbog čega je ESLJP utvrdio povredu članka 1. Protokola br. 1.

Ključne riječi: *vlasništvo, stanarsko pravo, stan, pretvorba, tranzicija, najam, ESLJP, Ustavni sud.*

1. UVODNO

Ustav Republike Hrvatske² u članku 3. proklamira nepovredivost vlasništva kao jednu od najvećih vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelja za

^{1*} Ovaj rad je obavljen u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36. br. 1. (2015.) pri čemu se omaškom potkrala pogrešna kategorizacija rada. Uz ispriku autorima, isti rad ponovno objavljujemo u ovom broju Zbornika s ispravnom kategorizacijom kao izvorni znanstveni rad.

² Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

tumačenje Ustava, a u članku 48. stavku 1. jamči pravo vlasništva, kao jedno od ljudskih prava i temeljnih sloboda. Stupanjem na snagu Ustava 22. prosinca 1990. započelo je tranzicijsko razdoblje ponovnog uspostavljanja (privatnog)³ vlasništva kojemu je u bivšoj državi bio suprotstavljen dominantni sustav društvenog vlasništva. Obveza usklađivanja sveobuhvatnog zakonodavstva Republike Hrvatske s Ustavom⁴ u oblasti uređivanja stambenih odnosa bila je posebno izražena⁵, budući da Ustav ne poznaje ni društveno vlasništvo ni stanarsko pravo, koje je nositelju tog prava u bivšoj državi omogućavalo trajno i neograničeno korištenje stana u društvenom i privatnom vlasništvu.

Usklađivanje stambenog zakonodavstva s Ustavom započelo je Zakonom o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (u daljnjem tekstu: Zakon o prodaji stanova),^{6, 7, 8} a završilo stupanjem na snagu Zakona o najmu stanova (u daljnjem tekstu: Zakon o najmu).⁹ Prema tim propisima osobama koje su imale stanarsko pravo omogućeno je, pod propisanim uvjetima, otkupiti određene stanove, a osobama koje su imale stanarsko pravo na stanu u privatnom vlasništvu ili koje iz određenih razloga nisu mogle otkupiti stan u društvenom vlasništvu (primjerice ako je stan postao društveno vlasništvo konfiskacijom), stanarsko pravo pretvoreno je u najamni odnos, a stanari su prevedeni u položaj najmoprimca. Zakonodavac je, dakle, institut stanarskog prava zamijenio klasičnim institutom građanskog prava, najmom, pri čemu je posebno zaštitio i kategoriju onih nositelja stanarskog prava koji su to pravo imali

3 Svjesni činjenice da naziv "privatno" vlasništvo nije najs(p)retniji, za potrebe ovog rada ipak ćemo se koristiti tim nazivom.

4 Članak 4. Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 8/91., 31/91., 33/91., 59/91., 27/92., 91/92., 62/93., 50/94., 105/95., 110/96. i 28/01.

5 V. odluku i rješenje Ustavnog suda, broj U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998., Narodne novine, br. 48/98. i 66/98.

6 Zakon o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, Narodne novine, br. 27/91., 54/91., 6/92., 8/92., 8/92., 33/92., 46/92., 49/92., 69/92., 87/92., 25/93., 26/93., 48/93., 2/94., 29/94., 44/94., 47/94., 58/95., 103/95., 11/96., 76/96., 111/96., 11/97., 103/97., 68/98., 163/98., 22/99., 96/99., 120/00., 94/2001. i 78/02.

7 Ustavni sud je u odluci, broj U-I-762/1996 od 31. ožujka 1998. naveo:

"U tom tranzicijskom razdoblju, prvo je donesen Zakon o prodaji (1991. godine) i bio je i u funkciji pretvorbe društvenog vlasništva nad stanovima u pravo vlasništvo. Kasnije, 1996. godine, donesen je i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96 - stupio na snagu 1. siječnja 1997.) koji cjelovito uređuje vlasničkopravne odnose u skladu s Ustavom, i u svezi stanovanja. Zakon o najmu donesen je radi uređivanja odnosa koji su ranije bili uređeni Zakonom o stambenim odnosima ("Narodne novine", broj 51/85, 42/86, 22/92 i 70/93), što također predstavlja usklađivanje s Ustavom odnosa u oblasti stanovanja, a koju oblast, kao što je već rečeno, u određenoj mjeri uređuje i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Stupanjem na snagu Zakona o najmu i Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o stambenim odnosima prestao je vrijediti u cijelosti, osim što će se postupci pokrenuti prema odredbama Zakona o stambenim odnosima do stupanja na snagu Zakona o najmu dovršiti prema odredbama Zakona o stambenim odnosima (članak 52. stavak 1. Zakona o najmu)."

8 M. Žuvela je naveo da je prvi ozbiljniji zahvat u ovu materiju otpočeo donošenjem Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća (stanovi u društvenom vlasništvu dobivaju svog vlasnika) - Žuvela, Mladen, Ugovor o najmu stana, Hrvatska pravna revija, 2009., str. 1.

9 Zakon o najmu stanova, Narodne novine, br. 91/96., 48/98., 66/98 i 22/06.

na stanovima u privatnom vlasništvu¹⁰, propisivanjem sklapanja najma na neodređeno vrijeme, propisivanjem zaštićene najamnine i otežanih otkaznih razloga. Takvom tranzicijom nezadovoljni su bili i vlasnici stanova i stanari. Vlasnici stanova su u bitnome smatrali da im se ograničava vlasništvo (niskom zaštićenom najminom, obvezom sklapanja ugovora sa zatečenim stanarom, otežanim uvjetima otkazivanja ugovora o najmu i sl.), a stanari su smatrali da su dovedeni u nejednak položaj u odnosu na nositelje stanarskog prava na stanu u društvenom vlasništvu, kojima je bilo omogućeno otkupiti stan (steći vlasništvo) pod povoljnim uvjetima. Ustavni sud je takvu tranziciju, načelno, ocijenio sukladnom Ustavu. U povodu više predlagatelja, vlasnika i stanara, Ustavni sud donio je trinaest meritornih odluka u vezi sa Zakonom o najmu i osamnaest u vezi sa Zakonom o prodaji stanova. Ograničenje vlasništva zaštićenim najmom u tom tranzicijskom razdoblju opravdao je pozivom na članak 16. Ustava: "Takvim načelnim pristupom koji istovremeno transformira i ograničava suprostavljene interese (vlasnika i njihovih stanara), a izvire iz ustavnog načela (članak 16.) prema kojem se prava jednih mogu zakonom ograničiti da bi se zaštitila prava drugih ljudi te pravni poredak, ne povrjeđuju se najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, kao što su jednakost, socijalna pravda i nepovredivost vlasništva." Nejednakost bivših nositelja stanarskog prava na stanovima u društvenom i privatnom vlasništvu u pogledu mogućnosti otkupa stana na što su ukazivali predlagatelji Ustavni sud opravdao je sljedećim: "... razlika između nositelja stanarskog prava na stanovima u vlasništvu i onih na stanovima u ranijem društvenom vlasništvu, kad prvi nemaju pravo kupiti stan prema odredbama Zakona o prodaji, posljedica je i različitog vlasničkog režima na stanovima na kojima su imali stanarsko pravo. Tu razliku država je u provođenju zakonodavne politike i transformacije vlasničkih odnosa uvažila, uz istovremeno pružanje odgovarajuće zaštite bivšim nositeljima stanarskog prava kroz odredbe Zakona o najmu."¹¹

Odnosi nezadovoljnih stanara (zaštićenih najmoprimaca) i vlasnika stanova, osim apstraktne ocjene ustavnosti propisa, uzrokovali su i brojne pojedinačne sudske sprove, od kojih su neki razmatrani pred Ustavnim i Europskim sudom za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP). Novija presuda ESLJP-a u predmetu Statileo protiv Hrvatske,¹² u kojoj je ESLJP utvrdio sistemsku povredu prava vlasništva vlasnicima stanova sa zaštićenim najmoprimcima, povod je ovom radu. U nastavku ćemo, prije presude Statileo protiv Hrvatske, prikazati, u mjeri u kojoj je to nužno za ovaj rad, institut stanarskog prava te njegovu pretvorbu u najamni odnos. Također ćemo prikazati važnije odluke i rješenja Ustavnog suda iz ovog područja, i u apstraktnoj i u individualnoj kontroli, koje pojašnjavaju probleme i sporove koji su proizašli ili su u vezi s prijelazom iz sustava stanarskog prava u najamni odnos.

10 Za potrebe ovoga rada spominjemo samo ovu kategoriju zaštićenih najmoprimaca. Za ostale kategorije: v. članke 8., 47. i 48. Zakona o najmu; v. Žuvela, M., op. cit., str. 10.

11 Oba citata su iz odluke i rješenja U-I-762/1996 (bilj. 4).

12 Presuda od 10. srpnja 2014., zahtjev br. 12027/10.

2. OSVRT NA POSTANAK I RAZVITAK “STANARSKOG PRAVA”

Postanak i razvitak stanarskog prava, kao pravnog instituta i subjektivnog prava, rezultat je promjena koje su se od završetka Drugog svjetskog rata, pod utjecajem socijalnih, ekonomskih i drugih čimbenika, dogodile u pravnom položaju korisnika stanova odnosno u društvenim odnosima: društvenim upravljanjem stambenim zgradama, stvaranjem društvenog stambenog fonda odnosno prijelazom dijela stambenog fonda u društveno vlasništvo, ograničavanjem prava vlasništva na stanovima i stambenim zgradama, razvijanjem samoupravnih odnosa u stambenoj oblasti i dr.¹³ Stanarsko pravo najprije se pojavilo u obliku, tzv. “prava na stan”¹⁴, subjektivnog prava koje je stanarima osiguravalo “trajno pravo korištenja stana suglasno propisima o redu u stambenim zgradama”¹⁵ te pravo upravljanja stambenim zgradama i zemljištem na kojemu su te zgrade podignute.¹⁶ Povijesno gledano, oba ta prava, kao pravni instituti, nastali su od institucije najma.¹⁷ T. Tumbri navodi da je pravo na stan po nekim svojim obilježjima bilo slično “pravu na stvari, tj. stvarnom pravu (pravu vlasništva)”, ali se od njega i značajno razlikovalo. “Te specifičnosti odnosno razlike navele su zakonodavca da u kasnijem reguliranju stambenih odnosa napusti njegov dotadašnji naziv i zamijeni ga novim, boljim i sadržajno prikladnijim, a to je ‘stanarsko pravo’. Takvim nazivom trebalo je istaknuti da tu nije riječ niti o pravu vlasništva na stanu, niti o nekom drugom stvarnom pravu, a ni o nekom apstraktnom pravu pojedinca da od društva dobije stan (što se također dalo zaključiti prema njegovu prijašnjem nazivu), nego o sasvim konkretnom pravu što su ga stekle osobe kojima je, na temelju utvrđene potrebe za stanom, određeni stan dodijeljen na korištenje i koje taj stan stvarno i koriste te, kao takve, imaju pravo i na određenu zaštitu”¹⁸.

Stanarsko pravo, sadržaja gotovo istovjetnog pravu na stan,¹⁹ uveo je Zakon o stambenim odnosima iz 1959.²⁰ Zakon o stambenim odnosima mijenjan je 1962., 1974. i 1985. (iako je, što se tiče sadržaja stanarskog prava, u biti riječ o manjim izmjenama, za prikazivanje modela stanarskog prava koristimo se odredbama Zakona o stambenim odnosima iz 1985.). Uz pravo i dužnost da trajno i nesmetano koristi i održava stan, te da upravlja zgradom,²¹ nositelj tog prava mogao je raspolagati dijelom svoga stana na način da ga da na korištenje podstanaru ili iznajmi turistima odnosno

13 Tumbri, Tanja, Stanarsko pravo u zakonodavstvu, praksi i teoriji, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 4. i 197.

14 U pravni sustav bivše države pravo na stan bilo je uvedeno Uredbom o upravljanju stambenim zgradama, Službeni list FNRJ 52/53. i 29/54. - pročišćeni tekst.

15 Članak 7. stavak 2. pročišćenog teksta Uredbe o upravljanju stambenim zgradama.

16 Članak 1. pročišćenog teksta Uredbe o upravljanju stambenim zgradama.

17 Tumbri, T., op. cit. (bilj. 11), str. 4.

18 Tumbri, T., op. cit. (bilj. 11), str. 41-42.

19 Nesmetano korištenje stana obilježje je stanarskog prava koje nije imalo pravo na stan (v. bilj. 218 kod T. Tumbri, op. cit. (bilj 11)).

20 Zakon o stambenim odnosima, Sl. list FNRJ, broj 16/59., stupio na snagu 23. srpnja 1959.

21 Čl. 3. ZSO/85.

putnicima²², mogao je zamijeniti stan za stan drugog nositelja stanarskog prava²³; pravo da se koriste stanom pripadalo je članovima “porodičnog domaćinstva” i nakon smrti nositelja stanarskog prava, a i kad je on zbog drugih razloga trajno prestao koristiti stan.²⁴ Visina stanarine za pojedini stan utvrđivala se rješenjem upravnog tijela na osnovi mjerila koja su sporazumno utvrđivale skupština općine i skupština zajednice. Stanarsko pravo moglo je prestati samo na način i zbog razloga taksativno navedenih u zakonu. Razlozi za prestanak stanarskog prava u prvom redu su predstavljali kršenje nekih osnovnih obveza nositelja stanarskog prava poput nekorištenja stana, činjenja štete na stanu, neplaćanja stanarine i sl.²⁵ U određenim situacijama stanaru se, prije iseljenja, morao osigurati nužni smještaj odnosno drugi odgovarajući stan.²⁶

Do ustavne reforme 1974.²⁷ stanarsko pravo moglo se steći i na stanu u privatnom vlasništvu. Sadržaj stanarskog prava i u slučaju stjecanja na stanu u društvenom i u privatnom vlasništvu bio je istovjetan, pa je “nosiocima stanarskog prava ... bilo sasama svejedno u čijem stanu stanuju - privatnom ili društvenom. Jedina razlika između stanara u privatnim i društvenim stanovima bila je u tome što su prvi mogli doći u situaciju da zbog toga što se vlasnik želi useliti u svoj stan budu bez svoje volje preseljeni u drugi odgovarajući stan u privatnom ili društvenom vlasništvu, a ako se radilo o novom ili ispražnjenom stanu, mogao im se otkazati ugovor o korištenju stana i kad je sam vlasnik želio useliti u taj stan odnosno kad je u taj stan trebao useliti svoje punoljetno dijete, a da im se ne osigura drugi stan. Istina, od zaključenja ugovora o korištenju stana do otkaza moralo je tada proći najmanje godinu dana.”²⁸

3. “PRETVORBA” STANARSKOG PRAVA

Nezadovoljstvo postojećim stambenim fondom, njegovim lošim gospodarenjem, propadanjem, “nemogućnosti stvaranja uvjeta za rješavanje stambenih pitanja osoba bez stana i neracionalnom korištenju sredstava ostvarenih u djelokrugu provođenja stambene politike”²⁹ te nemotivirajućim propisima za kupnju stanova u društvenom vlasništvu³⁰, zakonodavac je ocijenio nužnim u postupku pretvorbe društvenog

22 Čl. 73. ZSO/85.

23 Čl. 69. ZSO/85.

24 Čl. 67. ZSO/85.

25 Čl. 97., čl. 99 ZSO/85.

26 V. primjerice čl. 97. st. 1. t. 1. ZSO/85.

27 Člankom 164. Ustava SFRJ iz 1974. i člankom 242. Ustava RH iz 1974. jamčilo se građaninu “da na stan u društvenom vlasništvu stječe stanarsko pravo”.

28 Tumbri, T., op. cit. (bilj. 11), str. 48.

29 Iz obrazloženja Prijedloga Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, citirano u: Zakon o prodaji stanova, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 1992., Narodne novine, (zbirka pravnih propisa 333), autora Jadranka Crnića i Ivice Crnića.

30 U Crnić, J. i Crnić, I, ibid., str. 3., navodi se: “Odnosi vezani na prodaju stanova u društvenom vlasništvu sada su uređeni odredbama Zakona o prometu zemljišta i zgrada (u daljnjem tekstu: ZPZZ) i odredbama Zakona o vlasništvu na dijelovima zgrada (...), koji su 1973. godine preuzeti Zakonom o preuzimanju saveznih zakona, kao republički zakoni. ZPZZ je u više navrata, a počevši od 1974. godine, mijenjan, na način da su pojedini odnosi regulirani odredbama tog zakona, drukčije regulirani odredbama posebnih saveznih ili republičkih zakona. (Zakonom o

vlasništva provesti i pretvorbu vlasništva “svekolikog stambenog fonda”.

Zakon o prodaji stanova stupio je na snagu 19. lipnja 1991. Omogućio je, pod povoljnim uvjetima, prodaju određenih stanova određenim nositeljima stanarskog prava na stanovima u društvenom vlasništvu. U smislu članka 3. nositeljima stanarskog prava na stanu u privatnom vlasništvu otkup stana (odnosno stjecanje vlasništva stana u kojem stanuju) nije omogućen. Nositelji stanarskog prava na stanovima u privatnom vlasništvu, smatrajući da su u nejednakom položaju s nositeljima stanarskog prava na stanovima u društvenom vlasništvu kojima je omogućen otkup stanova podnijeli su brojne prijedloge za ocjenu suglasnosti Zakona o prodaji stanova s Ustavom. Članak 3. Zakona o prodaji stanova bio je četiri puta predmet ocjene njegove suglasnosti s Ustavom.³¹ Ustavni sud nijednom nije našao nesuglasnost tog članka s Ustavom.³²

Ustavni sud nije usvojio argumente predlagatelja o stečenom pravu na otkup, o povratnom djelovanju članka 3. Zakona o prodaji stanova, te o nejednakosti i diskriminaciji nositelja stanarskog prava na stanu u privatnom vlasništvu. Ustavni sud nije uvažio ni argumente da je stanarsko pravo, kao sigurno i trajno pravo, zaštićivalo i obitelj, pa da se onemogućavanjem otkupa stana vrijeđaju članci 35. i 61. stavak 1. Ustava prema kojem je obitelj pod osobitom zaštitom Republike Hrvatske.

U odluci i rješenju broj: U-I-762/1996 (v. bilj. 4) Ustavni sud je naveo: “Glede pozivanja predlagatelja na stečena prava, napominje se da pravo na kupnju stana na kojem je postojalo stanarsko pravo, a kako je to omogućeno odredbama Zakona o prodaji, nikad prije stupanja tog Zakona na snagu nije uopće postojalo kao posebno pravo nositelja stanarskog prava (osim kao pravo prvokupa, a to je pravo zadržano i za zaštićenog najmpromca - članak 44. Zakona o najmu), a posebno ne ustavno pravo, pa se ni u kojem smislu, pravo na kupnju stana koji je oduvijek u vlasništvu, ne može smatrati stečenim. Dakle, samim stjecanjem stanarskog prava i u vrijeme tog stjecanja, a ni kasnije, nije se stjecalo i pravo na kupnju toga stana pod uvjetima i na način koji je u novom ustavnopravnom poretku omogućen Zakonom o prodaji.”

Kao što je u uvodu navedeno, Ustavni sud je utvrdio da nije povrijeđeno ni načelo jednakosti: “Također, ne nalazi se da bi osporenim odredbama bilo povrijeđeno načelo jednakosti kao temeljna vrednota iz članka 3. Ustava. Točno je da su nositelji stanarskog prava na stanovima u vlasništvu građana imali prava i dužnosti nositelja stanarskog prava na stanovima u društvenom vlasništvu, i to na način da su stan mogli nesmetano i trajno koristiti i održavati te sudjelovati u upravljanju stambenom zgradom (članak 3. Zakona o stambenim odnosima ...), ali se njihov pravni položaj od početka stjecanja prava razlikovao od pravnog položaja nositelja stanarskog prava na stanovima u društvenom vlasništvu, upravo zbog činjenice što je to pravo postojalo na stanovima koji su bili u vlasništvu građana. To vlasništvo na stanu, bilo je na određeni

osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zakonom o građevinskom zemljištu i dr.) Ovi važeći propisi međutim ne sadrže takva rješenja koja bi motivirala stanare na kupnju stana i obvezu prodavaoca, društvenog vlasnika da proda neuseljive stanove.”

31 1998. g.: U-I-762/1996 i dr., 2005. g.: U-I-3254/2004 i dr., 2006. g.: U-I-3478/2004 i dr. te 2009. g.: U-I-466/2006 i dr.

32 Ustavni sud ni u jednom slučaju, od ukupno osamnaest meritornih odlučivanja o suglasnosti pojedinih odredbi Zakona o prodaji stanova (ili njegovih izmjena) s Ustavom, nije utvrdio neustavnost.

način zaštićeno i u ranijem režimu (a i sada je zaštićeno odredbom članka 48. stavka 1. Ustava, prema kojoj se jamči pravo vlasništva), pa već zbog te činjenice stanarsko pravo na stanu u vlasništvu, nikad nije bilo u svemu jednako stanarskom pravu na stanu u društvenom vlasništvu. Napuštanjem samog naziva 'stanarsko pravo', i njegovim pretvaranjem u pravo najma s posebnim režimom zaštite najmoprimca glede visine najamnine i ugovaranja najamnog odnosa na neodređeno vrijeme s ograničenim mogućnostima otkazivanja, u sadržaju korištenja stana za bivše nositelje stanarskog prava na stanovima u vlasništvu, nije se taj sadržaj bitno promijenio.”

U kasnijim rješenjima Ustavni sud je u ocijenio da predlagatelj u bitnome ponavljaju prigovore koje je Ustavni sud već razmatrao 1998. godine. U rješenju broj: U-I-3254/2004 i dr.³³ od 9. veljače 2005.³⁴ Ustavni sud nije utvrdio nove okolnosti koje bi dovele do promjene njegova pravnog stajališta izraženog u ranijim rješenjima, niti su predlagatelj, prema ocjeni Ustavnog suda, naveli nove ustavnopravno relevantne razloge zbog kojih bi Ustavni sud utvrdio osnovanim pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti osporene odredbe Zakona s člancima 3., 14. stavkom 2., 35. i 61. stavkom 1. Ustava.³⁵

33 Riječ je bila o 104 prijedloga za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 3. stavka 1. točke 2. Zakona o prodaji kojom je propisano da se odredbe tog zakona ne odnose na prodaju stanova u *pravu vlasništva na kojima je stečeno stanarsko pravo*.

34 Rješenje broj: U-I-3254/2005 i dr. od 9. veljače 2005., Narodne novine, br. 32/05.

35 Jedan od “novih” prigovora bio je o diskriminaciji u odnosu na one koji su imali pravo otkupiti stan, suprotno odredbama članaka 2. stavka 2. i 6. Aneksa G Ugovora o pitanjima sukcesije. Ugovor o pitanjima sukcesije, potpisan je u Beču 29. lipnja 2001., potvrđen je Zakonom o potvrđivanju Ugovora o pitanjima sukcesije, Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 2/04. Ugovor je stupio na snagu 2. lipnja 2004. godine (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 5/04.). Ustavni sud je ocijenio da članak 2. Aneksa G Ugovora, koja obvezuje države sljednice da sve ugovore sklopljene od strane građana ili drugih pravnih osoba SFRJ do 31. prosinca 1990., uključujući one sklopljene s javnim poduzećima, poštuju bez diskriminacije, nije mjerodavan u konkretnom slučaju. Stajalište je Ustavnog suda da ta obveza, “međutim, nikako ne pretpostavlja i obvezu država sljednica da zadrže u nacionalnom zakonodavstvu pravne institute socijalističkog uređenja bivše SFRJ koji su suprotni temeljnim jamstvima sloboda i prava čovjeka i građanina zajamčenim Ustavom Republike Hrvatske, među koje institute pripada i stanarsko pravo, uključujući i ugovore na temelju kojih se ono stjecalo.” Ustavni sud je nadalje istaknuo da su eventualni diskriminacijski učinci osporene odredbe Zakona već bili predmet ispitivanja i pred Ustavnim sudom i pred ESLJP-om i prije no što je Ugovor o pitanjima sukcesije stupio na snagu u Republici Hrvatskoj. U odluci o dopuštenosti (odluka Sorić protiv Hrvatske od 16. ožujka 2000., zahtjev br. 43447/98) kojom je zahtjev odbačen kao očito neosnovan, ESLJP je iznio svoje stajalište o suglasnosti osporene odredbe Zakona s člankom 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06.) kojom se propisuje zabrana diskriminacije po bilo kojoj osnovi, a koje se stajalište odnosi na različit pravni položaj osoba koje su imale stanarsko pravo na stanovima u vlasništvu građana i onih koje su imale stanarsko pravo na stanovima u društvenom vlasništvu. Ustavni sud je napomenuo da su ta stajališta ESLJP-a u cijelosti sukladna pravnim stajalištima Ustavnog suda izraženim u rješenju, broj: U-I-762/1996 i dr.

4. ZAVRŠETAK PRETVORBE STAMBENIH ODNOSA

Smatra se da pretvorba stambenih odnosa završava stupanjem na snagu Zakona o najmu, kada je prestalo stanarsko pravo osobama koje su to pravo stekle prema ranijim propisima te su one po sili zakona postale najmoprimci (u pravilu, zaštićeni najmoprimci). Tada one s vlasnikom stana sklapaju ugovor o najmu na neodređeno vrijeme, imaju pravo na zaštićenu najamninu, pravo prvokupa ako najmodavac ima namjeru prodati stan. U ugovor se upisuju osobe koje imaju pravni položaj člana obiteljskog domaćinstva stečenog prema Zakonu o stambenim odnosima, pa u slučaju smrti zaštićenog najmoprimca ili kada on napusti stan, prava i dužnosti zaštićenog najmoprimca iz ugovora o najmu prelaze na osobu navedenu u ugovoru o najmu stana, otkaz ugovora o najmu je moguć ako se najmoprimac ogriješio o zakon i ugovor ili je pak stan potreban najmodavcu.

Sve te odredbe bile su predmet ocjene pred Ustavnim sudom. Prijedloge su podnosili i najmoprimci i najmodavci. Ustavni sud je do sada trinaest puta meritorno odlučivao o pojedinim odredbama Zakona o najmu; posljednji put 19. prosinca 2013. (U-I-2758/2010) kada je (ponovo) odbio prigovore (i u odnosu na zaštićenu najamninu) da su “vlasnici stanova u kojima stanuju tzv. zaštićeni najmoprimci u potpunosti obespravljani glede slobode ugovaranja te trajno lišeni svih sastavnica koje čine sadržaj prava vlasništva”.

Ipak neustavnim je ocijenio i ukinuo, odlukom broj: U-I-762/1996 i dr. (v. bilj. 4) članak 21. stavak 2. Zakona o najmu, kojim je bilo propisano da najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana na neodređeno vrijeme ako u taj stan namjerava useliti sam ili svoje potomke, roditelje ili osobe koje je dužan uzdržavati samo u slučaju ako je najmoprimcu osigurao drugi useljiv stan pod uvjetima za stanovanje koji nisu nepovoljniji za najmoprimca. Usporedivši ta ograničenja sa sličnim ograničenjima vlasnika stana/najmodavca prema odredbama Zakona o stambenim odnosima, Ustavni sud je utvrdio da su “sadašnji” najmoprimci dovedeni u teži položaj jer ne mogu otkazati ugovor o najmu “čak ni onima s kojima su u ugovornom najamnomo odnosu već bili u času stupanja na snagu Zakona o najmu”, a osim toga, u bivšem režimu, stanare stanova u privatnom vlasništvu u koje su namjeravali useliti vlasnici jer su stanovali u teškim stambenim uvjetima, stambeno bi zbrinula općina. Istom odlukom ukinut je i članak 31. stavak 2. podstavak 3. Zakona o najmu, kojim je bilo propisano da pravo na zaštićenu najamninu gubi najmoprimac koji se s članovima obiteljskog domaćinstva ne koristi stanom dulje od posljednjih šest mjeseci prije stupanja na snagu toga Zakona, bez suglasnosti vlasnika stana. Ustavni sud je odredbu ukinuo zbog uvjetovane suglasnosti vlasnika stana koju traži za ponekad i opravdano, nužno odsustvovanje najmoprimca iz stana, a sadrži i prikriveno povratno djelovanje kad se primjenjuje na odsustvovanje najmoprimca iz stana i prije stupanja na snagu Zakona o najmu. Ukinut je i članak 39. Zakona o najmu, koji je propisivao da najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana zaštićenom najmoprimcu koji na temelju posebnog propisa ima pravo na stalnu socijalnu pomoć ili ima više od 60 godina, iz razloga propisanog u članku 19. stavku 1. podstavku 1. toga Zakona (neplaćanje najamnine), jedino ako tom najmoprimcu jedinica lokalne samouprave, odnosno Grad Zagreb,

osigura drugi odgovarajući stan s pravom plaćanja zaštićene najamnine koju može podmiriti. Prema stajalištu Ustavnog suda ta je odredba nedorečena i neobvezujuća za jedinicu lokalne samouprave odnosno Grad Zagreb, zbog čega nije u skladu s načelom vladavine prava i ustavnim pravom jednakosti svih pred zakonom i djelomično na neprimjeren način promiče ideju socijalne pravde. Navedenom odlukom Ustavni sud je ukinuo članak 40. stavak 2. Zakona o najmu, kojim se uvjetuje pravo najmodavca da zaštićenom najmoprimcu otkáže ugovor o najmu stana kad u taj stan želi useliti sam ili namjerava useliti svoje potomke, roditelje ili osobe koje je prema posebnim propisima dužan uzdržavati, osiguravanjem najmoprimcu drugog useljivog stana pod uvjetima za stanovanje koji nisu nepovoljniji za najmoprimca (na isti način kao što je to propisano u članku 21. stavku 2. Zakona o najmu).

Učinak svoje odluke U-I-762/1996 i dr. u odnosu na ukinuti članak 21. stavak 2. i članak 40. stavak 2. Zakona o najmu, Ustavni sud odgodio je za šest mjeseci od dana objave odluke, ostavljajući zakonodavcu dovoljno vremena za "primjereno urediti pretpostavke za otkaz". Tu je odluku Ustavni sud donio 31. ožujka 1998. Do danas nije izvršena.³⁶

5. STVARANJE SUDSKOG PRAVNOG PRAVILA

Nedostatak zakonske norme koja uvjetuje pravo najmodavca da zaštićenom najmoprimcu otkáže ugovor o najmu stana kad u taj stan želi useliti sam (ili osobe navedene u članku 21. stavku 1. Zakona o najmu), osiguravanjem drugog useljivog stana, nije spriječio pokretanje brojnih postupaka radi otkaza ugovora o najmu stanova, u kojem su vlasnici isticali svoju namjeru da usele u stan. Ustavni sud je u dva slučaja u kojima je usvojen tužbeni zahtjev vlasnika privremeno odgodio iseljenje³⁷, no odluke o meritumu u tim slučajevima nije donio sve dok Vrhovni sud

36 Ustavni sud je 20. lipnja 2007. Hrvatskom saboru uputio Izvješće broj: U-X-2191/2007, Narodne novine, br. 67/07., u kojem ga je upozorio da odluka iz 1998. nije izvršena; v. Kačer, Hrvoje, *Izvješće Ustavnog suda Republike Hrvatske glede Zakona o najmu stanova (ili: pa ljudi moji je li to moguće?)*, Hrvatska pravna revija, 10/2007.

37 Rješenjem broj: U-III-135/2003 od 30. travnja 2003., kojim je Ustavni sud odgodio ovrhu presude Općinskog suda u Opatiji, broj: P-297/99-13 od 7. prosinca 1999., određenu rješenjem o ovrsi Općinskog suda u Opatiji, broj: Ovr-59/03-3 od 12. ožujka 2003. Ustavni sud je u obrazloženju rješenja naveo: "Presuda za čiju je ovrhu predložena odgoda donesena je temeljem odredbe članka 21. stavka 1. Zakona o najmu stanova, prema kojoj najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana na neodređeno vrijeme, i iz razloga ako u taj stan namjerava useliti sam ili namjerava useliti svoje potomke, roditelje ili osobe koje je prema posebnim propisima dužan uzdržavati, a prema odredbi članka 40. stavka 1. podstavka 1. istoga zakona, najmodavac može iz istog razloga otkazati ugovor o najmu stana i zaštićenom najmoprimcu.

S obzirom na to da je Ustavni sud svojom odlukom od 31. ožujka 1998. ukinuo odredbu stavka 2. članka 40. Zakona o najmu stanova, koja je određivala dužnost najmodavca da u slučaju otkaza ugovora o najmu stana zaštićenom najmoprimcu osigura drugi useljiv stan pod uvjetima za stanovanje koji nisu nepovoljniji za najmoprimca, potrebno je prije donošenja odluke utvrditi okolnosti i način provedbe odluke Ustavnog suda broj: U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998. Nakon utvrđivanja mjerodavnih okolnosti ovoga predmeta, Ustavni sud će donijeti odluku o ustavnoj tužbi."

Odlukom, broj U-III-135/20013, Ustavni sud je 17. ožujka 2009. odbio ustavnu tužbu, ocijenivši

Republike Hrvatske nije u praksi stvorio sudsko pravno pravilo. U odluci broj: Rev-486/02-2, Gzz-74/02 od 21. veljače 2007. Vrhovni sud je ustanovio pravilo prema kojem do primjene članka 40. stavka 1. podstavka 1. Zakona o najmu (tj. do otkaza ugovora o zaštićenom najmu ako vlasnik želi sam useliti u taj stan) “može doći samo u slučaju ako najmoprimac ima u vlasništvu useljiv odgovarajući stan na području općine ili grada gdje se nalazi stan u kojem stanuje” uz obrazloženje da jedino u tom slučaju nije postojala obveza osiguravanja drugog useljivog stana najmoprimcu od strane najmodavca niti prije prestanka važenja ukinutih odredaba, sukladno članku 40. stavku 4.³⁸ Zakona o najmu. To je pravilo potvrdio Ustavni sud.³⁹ Ono se, sukladno stajalištu ESLJP-a u presudi *Majski protiv Hrvatske* (br.2) od 19. srpnja 2011.⁴⁰ i

je neosnovanom. Ustavni sud je u obrazloženju primijetio da zakonodavac do dana donošenja te odluke nije uredio sporni pravni odnos sukladno stajalištima Ustavnog suda izraženim u ukinutoj odluci broj: U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998. godine. U postupku je utvrđeno da podnositeljica ustavne tužbe živi u predmetnom stanu sa sinom i njegovom suprugom te njihove dvoje djece, kao članovima obiteljskog domaćinstva, te da je sin podnositeljice vlasnik kuće u Selcima, a njegova supruga vlasnica stana u Rijeci. Stoga, i pored činjenice da podnositeljica nema u vlasništvu odgovarajući stan na području općine ili grada gdje se nalazi stan u kojemu stanuje, Ustavni sud je ocijenio da su u konkretnom slučaju ispunjeni uvjeti za iseljenje podnositeljice i članova njezinog porodičnog domaćinstva iz stana u kojemu sada stanuju budući da članovi njenog obiteljskog domaćinstva imaju u vlasništvu useljiv stan, odnosno kuću na području općine gdje se nalazi stan u kojemu sada stanuju. Ustavni sud je napomenuo da je pri razmatranju ustavne tužbe uzeo u obzir i utvrđenu činjenicu da vlasnik navedenog stana živi u neadekvatnom stanu, u zajedničkom kućanstvu sa suprugom i dva punoljetna sina te da u taj stan namjerava useliti sam, odnosno njegovi sinovi. Polazeći od utvrđenih činjenica, Ustavni sud je ocijenio da faktični položaj podnositeljice i njezinih članova obiteljskog domaćinstva ograničava pravo vlasništva tužitelja, koje se ogleda u njegovoj nemogućnosti korištenja navedenog stana te rješavanja stambenog pitanja njega i njegove obitelji. Okolnost što zakonodavac nije, nakon odluke Ustavnog suda, ukinutu odredbu nadomjestio drugom ne može biti zapreka da vlasnik stana, pozivom na važeću zakonsku odredbu, zahtijeva iseljenje podnositelja ustavne tužbe jer bi to bilo protivno ustavnom jamstvu prava vlasništva, kao i odredbi članka 16. stavka 2. Ustava, prema kojoj svako ograničenje slobode i prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. Naime, nemogućnost iseljenja podnositelja iz razloga koje su isticali podnositelji u ustavnoj tužbi, a oslanjajući se na činjenicu da zakonodavac još uvijek nije uredio sporni pravni odnos, prema mišljenju Ustavnog suda, predstavlja za vlasnika nerazmjeran i prekomjeran teret, na što su sudovi osnovano ukazali, tako da je osporenim presudama postignuta pravična ravnoteža među strankama u odnosu na način rješavanja njihovog stambenog pitanja, v. i rješenje broj: U-III-2521/2005 od 4. srpnja 2007.

38 Članak 40. stavak 4. glasi: “Najmodavac, odnosno jedinica lokalne samouprave ili Grad Zagreb, nisu dužni u slučaju iz stavka 2. i 3. ovoga članka osigurati drugi odgovarajući stan najmoprimcu koji ima u vlasništvu useljivi odgovarajući stan na području općine ili grada gdje se nalazi stan u kojem stanuje.”

39 U odluci broj: U-III-2521/2005 od 2. srpnja 2009. (Narodne novine, br. 88/09), v. bilj. 34.

40 U presudi *Majski protiv Hrvatske* (br. 2) od 19. srpnja 2011. (zahtjev br. 16924/08) ESLJP je utvrdio da se pravno sredstvo stvoreno u praksi sudova smatra “pravom” nakon proteka šest mjeseci od zauzimanja odnosno promjene pravnog stajališta, te, u paragrafu broj 70. navodi: “(...)To zato što je u predmetima kao što je ovaj, u kojemu je pravno sredstvo o kojemu je riječ rezultat sudskog tumačenja, u pravilu potrebno šest mjeseci da takav razvoj sudske prakse dosegne dovoljni stupanj pravne sigurnosti prije nego što se može smatrati da je javnost djelotvorno svjesna domaće odluke koja je uspostavila pravno sredstvo i da su osobe kojih se

Ustavnog suda⁴¹, smatra pravom nakon proteka šest mjeseci od zauzimanja odnosno promjene pravnog stajališta.

Izvan uređenja, zakonskog ili onog stvorenog u sudskoj praksi, za sada su ostale situacije kada zaštićeni najmprimac nema kamo otići; njegovo “pravo na dom” moralo bi biti zaštićeno, no, njemu je suprotstavljeno pravo vlasnika da se useli u svoj stan.

6. STAJALIŠTA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

6.1. Odluke o nedopuštenosti

U predmetu Sorić protiv Hrvatske⁴² podnositelj je bio nositelj (bivšeg) stanarskog prava na stanu u privatnom vlasništvu te je bio nezadovoljan situacijom u kojoj nije mogao otkupiti taj stan pod uvjetima jednakim onima kakve su imali nositelji stanarskih prava na stanovima u društvenom vlasništvu. Podnositelj Sorić je isticao da mu je povrijeđeno konvencijsko pravo na mirno uživanje vlasništva, zajamčeno člankom 1. Protokola br. 1. ESLJP je prigovor odbacio kao očito neosnovan, jer podnositelj nije bio vlasnik tog stana. Odbacio je i podnositeljev prigovor povrede članka 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija) kao očito neosnovan.⁴³

U predmetu Strunjak i dr. protiv Hrvatske⁴⁴ ESLJP je primijetio da su stanovi u kojima podnositelji zahtjeva žive i na kojima su imali stanarsko pravo uvijek bili u privatnom vlasništvu, a podnositelji zahtjeva nisu osporavali tu činjenicu. ESLJP je podsjetio da prava zajamčena na temelju članka 8. Konvencije ne obuhvaćaju pravo kupiti određenu imovinu, i to dom, nego da članak 8. samo štiti pravo osobe na poštovanje njezinog sadašnjeg doma. Podnositelji zahtjeva nadalje su tvrdili da Zakon o najmu stanova krši članak 8. Konvencije utoliko što ukida stanarsko pravo kao takvo. ESLJP je naveo: “Sud primjećuje u tom pogledu da je, prema pobijanom Zakonu, zaštitna osoba u položaju podnositelja zahtjeva prilično široka. Zakon o najmu stanova daje osobama u položaju podnositelja zahtjeva pravo unajmiti stan

to tiče sposobne i obvezne koristiti ga (vidi, *mutatis mutandis*, predmete *Depauw v. Belgium* (dec.), br. 2115/04, ECHR 2007-V (extracts), i *Provide S.r.l. v. Italy*, br. 62155/00, stavak 18, ECHR 2007-VIII (extracts)).”

41 V. odluke i rješenja Ustavnog suda broj: U-III-3785/2010 od 4. ožujka 2014. (U odluci je navedeno: “Ustavni sud primjećuje da je prvostupanjska presuda donesena 2008. godine, odnosno deset (10) godina nakon izraženog stajališta Vrhovnog suda koje je Ustavni sud potvrdio. Budući da je riječ o ustaljenom i dugogodišnjem pravilu koje sudovi jedinstveno primjenjuju, osnovano je zaključiti da je takvo tumačenje članka 110. ZOR-a postalo “pravom” u smislu u kojem se pravo tumači u postupcima zaštite ustavnih i konvencijskih prava. Sukladno tome, predlagatelj se u svojoj ustavnoj tužbi ne može u takvim pravnim okvirima pozivati isključivo na pozitivnopravni tekst samog članka 110. ZOR-a, nego svoju poziciju mora braniti uzimajući u obzir i pravo koje je u sudskoj praksi stvoreno u primjeni i tumačenju članka 110. ZOR-a.), U-III-183/2013 od 23. svibnja 2014., U-III-2085/2011 od 10. srpnja 2014. i dr.

42 Odluka o dopuštenosti od 16. ožujka 2000., zahtjev br. 43447/98, v. bilj. 32.

43 V. bilj. 34.

44 Odluka o dopuštenosti, 5. listopada 2000., zahtjev br. 46934/99.

na neodređeno vrijeme, štiteći tako podnositelje zahtjeva od arbitrarnog iseljenja odlukom vlasnika. Vlasnik ima pravo raskinuti ugovor o najmu samo iz ograničenog broja razloga, od kojih svaki podrazumijeva tešku povredu obveza najmoprimca ili nužnost da sam vlasnik živi u dotičnom stanu. No, Zakon ne ovlašćuje izravno vlasnika tražiti iseljenje osobe u položaju podnositelja zahtjeva. Ako vlasnik ima pravo sam stanovati u stanu ili pravo stanovati u stanu imaju članovi njegove obitelji, on mora pokrenuti odgovarajući građanski postupak pred redovnim domaćim sudovima kako bi osigurao iseljenje. Samo nakon detaljnog ispitivanja svih mjerodavnih činjenica, sud može donijeti odluku kojom naređuje iseljenje stanara. U konkretnom slučaju, međutim, niti jedan od podnositelja zahtjeva ne tvrdi da je stranka u takvom postupku niti da je u bilo kakvoj izravnoj opasnosti da će se na njega primijeniti naredba o iseljenju. ESLJP je primijetio da ne može spekulirati o ishodu mogućih budućih slučajeva pred domaćim sudovima. Da bi ESLJP mogao ispitati prigovor ove prirode na temelju članka 8. Konvencije, stanar u položaju podnositelja zahtjeva trebao bi prvo dokazati da je vlasnik pokrenuo mjerodavni postupak pred domaćim sudom, da je sud presudio protiv njega i da je nakon toga iscrpio domaća pravna sredstva. Što se tiče konkretnog zahtjeva za ESLJP nema naznake da je dotičnim Zakonom *per se* povrijeđeno poštovanje doma i obiteljskog života osoba u položaju podnositelja zahtjeva. Taj dio zahtjeva ESLJP je ocijenio očito neosnovanim u smislu članka 35. stavka 3. Konvencije. Podnositelji zahtjeva prigovarali su i da njihovo isključenje od prava na kupnju stanova u kojima stanuju predstavlja diskriminaciju protiv njih jer da bivši nositelji stanarskih prava na stanovima u javnom vlasništvu imaju to pravo, budući da podnositelji zahtjeva stanuju u stanovima u privatnom vlasništvu. ESLJP je primijetio da postoji legitimni interes vlasnika da im se zaštiti njihovo vlasništvo. Kad bi osobe u položaju podnositelja zahtjeva imale pravo kupiti stanove u privatnom vlasništvu u kojima stanuju, vlasnici bi bili izloženi prinudnoj obvezi prodati svoje stanove. Suprotno tome, osobe koje stanuju u stanovima u društvenom vlasništvu koje imaju pravo kupiti te stanove, ne ugrožavaju vlasnička prava drugih osoba jer vlasništvo tih stanova nije privatno. Razlika između ove dvije skupine stoga, prema stajalištu ESLJP-a, nije diskriminirajuća, jer postoji objektivno i razumno opravdanje da se zaniječe to pravo bivših nositelja stanarskog prava na stanovima u privatnom vlasništvu kako bi se zaštitilo pravo vlasnika tih stanova. Stoga ova razlika u postupanju ne predstavlja diskriminaciju u smislu članka 14. Konvencije.

U predmetu Srpska pravoslavna crkvena opština u Rijeci protiv Hrvatske⁴⁵ ESLJP je, proglasio zahtjev nedopuštenim te podsjetio da članak 1. Protokola br. 1 sadrži tri različita pravila.⁴⁶ Prvo pravilo utvrđeno u prvoj rečenici prvoga stavka opće je naravi i proglašava načelo mirnog uživanja vlasništva; drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici prvoga stavka odnosi se na lišavanje vlasništva i podvrgava ga određenim uvjetima; treće pravilo, navedeno u drugome stavku priznaje da, između

45 Odluka o dopuštenosti od 18. svibnja 2006., zahtjev br. 38312/02.

46 V. Marković, Sandra; Radin, Marijana; Trgovac, Sanja, Ustavna zaštita prava vlasništva u svjetlu stavova Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, br. 1., 2011.

ostalog, države ugovornice imaju pravo nadzirati upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom. Ova tri pravila, međutim, nisu "različita" u smislu da bi bila nepovezana. Drugo i treće pravilo tiču se posebnih slučajeva uplitanja u pravo na mirno uživanje vlasništva, te ih stoga, kako napominje ESLJP, treba tumačiti u svjetlu općeg načela proglašenog u prvom pravilu.⁴⁷ Za ESLJP ograničenje prava podnositeljice zahtjeva da raskine ugovor o najmu stana sa svojim najmoprimcem u ovome predmetu predstavlja čin kontrole korištenja vlasništva u smislu drugog stavka članka 1. Protokola br. 1. ESLJP je podsjetio da drugi stavak članka 1. Protokola br. 1 omogućuje državama ugovornicama nadzirati upotrebu imovine u skladu s općim interesom, izvršavajući one zakone koje smatraju potrebnima u tu svrhu, a to znači da mora postojati razuman odnos razmjernosti između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti.⁴⁸ U odnosu na izbor detaljnih pravnih pravila koja provode mjeru nadzora nad korištenjem vlasništva ESLJP smatra da domaći zakonodavac mora imati široku slobodu procjene. Stoga ESLJP glede svrhe mjera mora poštovati prosudbu domaćega zakonodavstva glede toga što je u općem interesu, osim ako je ta prosudba očigledno bez razumne osnove.⁴⁹ ESLJP je primijetio da su odluke domaćih sudova bile u skladu s domaćim pravom, te da, iako Zakon o najmu stanova izričito ne isključuju pravne osobe iz raskida ugovora o najmu stanova radi vlastitog korištenja, takav se zaključak izvodi te su ga potvrdili domaći sudovi. ESLJP je prihvatio da zakon koji je primijenjen u konkretnom predmetu teži legitimnome cilju, i to socijalnoj zaštiti najmoprimaca, i da time nastoji promicati gospodarsku dobrobit zemlje i zaštitu prava drugih osoba. Glede razmjernosti mjere ESLJP je primijetio da Zakon o najmu dopušta najmodavcima raskinuti ugovor o najmu stana ako najmoprimci na neki način ne ispunjavaju svoje obveze koje proizlaze iz ugovora o najmu stana. Isto tako predviđa i iznimku za najmodavce koji su fizičke osobe tako što oni mogu raskinuti ugovor o najmu stana ako im je stan potreban za osobno korištenje. Pravne osobe nisu uključene u ovu iznimku i stoga nemaju pravo raskinuti ugovor o najmu stana svojim stanarima kako bi sami koristili stan ili u njega smjestili nekog svog zaposlenika. Uzevši u obzir široku slobodu procjene koje imaju države, ESLJP smatra da odluke domaćih sudova u okolnostima konkretnog predmeta nisu predstavljale miješanje u vlasnička prava podnositeljice zahtjeva na način protivan članku 1. Protokola br. 1 uz Konvencije.⁵⁰

6.2. *Statileo protiv Hrvatske*

Zahtjev ESLJP-u podnio je vlasnik stana čiji je stan 1955. bio dodijeljen na korištenje ("pravo na stan") trećoj osobi. To je pravo 1959. "pretvoreno" u stanarsko pravo. Sudovi u Republici Hrvatskoj su status zaštićenog najmoprimca priznali

47 Vidi predmet *The Former King of Greece and Others v. Greece* [GC], br. 25701/94, stavak 50. ECHR – 2000 – XII.

48 Vidi presudu u predmetu *Sporrong and Lönnroth* od 23. rujna 1982., Series A br. 52, str. 24, stavak 64. i presudu u predmetu *Allan Jacobsson v. Sweden*, od 25. listopada 1989., Series A br. 163, str. 16, stavak 54.

49 Vidi presudu u predmetu *Mellacher adn Others v. Austria*, od 19. prosinca 1989., Series A, br. 169, str. 26, stavak 45.

50 V. i Galović protiv Hrvatske (odluka o dopuštenosti, 5. ožujka 2013., zahtjev br. 54388/09).

osobi koja je stanovala s ranijim nositeljem stanarskog prava te naložili podnositelju zahtjeva da s tužiteljicom sklopi ugovor o najmu sa zaštićenom najamninom. Ujedno su presudili da u ugovoru o najmu može biti naveden i sin tužiteljice kao član njezinog domaćinstva. Iscrpivši sva pravna sredstva pred sudovima u Republici Hrvatskoj (uključujući i ustavnu tužbu) podnositelj je u zahtjevu ESLJP-u istaknuo prigovor da nije bio u mogućnosti ponovno ući u posjed svog stana ili naplatiti tržišnu najamninu za njegov najam čime mu je povrijeđeno pravo vlasništva zajamčeno člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju.

ESLJP je detaljno analizirao domaće pravne propise koji su se odnosili na stanarsko pravo, te propise kojima je izvršena pretvorba stambenih odnosa. Provedši klasični test miješanja u pravo na mirno uživanje vlasništva⁵¹ utvrdio je sljedeće. Za ESLJP je nesporno da je došlo do miješanja u vlasnička prava podnositelja, jer zaštićeni najam za posljedicu ima niz ograničenja koja onemogućavaju najmodavce u ostvarivanju prava na korištenje njihove imovine. Najmodavci ne mogu ostvariti to pravo jer stanari ostaju u stanu neodređeno vrijeme, a njihova su prava u pogledu iznajmljivanja stana, uključujući pravo na tržišnu najamninu i pravo na otkaz najma, u značajnoj mjeri pogođena nizom zakonskih ograničenja. Ipak, najmodavci nisu lišeni svog vlasništva - primaju najamninu i mogu prodati svoje stanove. ESLJP je utvrdio da miješanje o kojem je riječ čini mjeru koja predstavlja nadzor nad korištenjem imovine u smislu drugog stavka članka 1. Protokola br. 1.⁵² Nakon utvrđenja da je došlo do miješanja u pravo podnositelja na mirno uživanje njegova vlasništva, slijedio je drugi dio testa, ispitivanje opravdanosti miješanja.⁵³ Pošavši od načelnih stajališta o svojim ograničenim ovlastima pri razmatranju usklađenosti s domaćim pravom, jer je prvenstveno na nacionalnim tijelima da tumače i primjenjuju domaće pravo, ESLJP je zaključio da je pravna osnova za miješanje u pravo vlasništva podnositelja zahtjeva na stanu bio Zakon o najmu stanova i Uredba o uvjetima i mjerilima za utvrđivanje zaštićene najamnine, čime je ispunjen i uvjet da je miješanje predviđeno zakonom kako to traži članak 1. Protokola br. 1. Nadalje, ESLJP je prihvatio da su pravni propisi primijenjeni u ovom predmetu težili cilju koji je u općem interesu, i to društvenoj zaštiti stanara te da time za cilj imaju promicanje gospodarske dobrobiti države i zaštitu prava drugih. Kao posljednje, ESLJP je morao ispitati postiče li se miješanjem u pravo na mirno uživanje vlasništva prijeko potrebna pravedna ravnoteža između zahtjeva općeg javnog interesa i zahtjeva zaštite temeljnih prava pojedinaca ili nameće podnositelju nerazmjernan i pretjerani teret.

- 51 V. Omejec, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, strasbourgški *acquis*, 2. dopunjeno izd., Novi informator, Zagreb, 2014., str. 990. i dr.
- 52 ESLJP se objašnjavajući svoja tri pravila o vlasništvu pozvao na predmet *Hutten-Czapska protiv Poljske*, presuda Velikog vijeća, 19. lipnja 2006. Sveobuhvatno tumačenje članaka 48. stavka 1. i 50. Ustava, nazvavši ih "tri ustavna pravila o jamstvu prava vlasništva" Ustavni sud dao je u odluci U-III B-1373/2009 od 7. srpnja 2009. (Narodne novine, br. 88/09.), a razradio ih je u odluci U-I-763/2009 od 30. ožujka 2011.
- 53 U tom dijelu, ESLJP morao je odgovoriti na sljedeća pitanja:
 - (i) Je li miješanje bilo "predviđeno zakonom"?
 - (ii) Je li miješanje bilo "u skladu s općim interesom"?
 - (iii) Razmjernost miješanja.

ESLJP je primijetio da je Zakon o najmu stanova donesen radi provođenja reformi u stambenim odnosima, u vrijeme tranzicije države u sustav slobodnog tržišta te da je zadržao niz ograničenja u pogledu prava najmodavaca usporediva s onima koja su postojala u zakonima koju su ranije uređivali stambene odnose. Konkretno, stanarsko pravo preoblikovano je u ugovorni najam na neodređeno vrijeme, a najmodavci imaju neznatan ili nikakav utjecaj na izbor najmoprimca ili bitne sastojke ugovora. To se odnosi ne samo na trajanje ugovora, već i na uvjete njegovog otkaza. ESLJP zaključuje da sustav zaštićenog najma nema odgovarajućih procesnih jamstava radi postizanja ravnoteže između interesa zaštićenih najmoprimaca i interesa najmodavaca. Takva pravila, u kombinaciji s pravom članova obiteljskog domaćinstva da naslijede status zaštićenog najmoprimca, ostavila su najmodavcima, prema mišljenju ESLJP-a, malo ili nimalo prilike da ponovno uđu u posjed svojih stanova. Nadalje, ESLJP je utvrdio da su najmodavci obvezni plaćati pričuvu, održavati stan te plaćati porez na dohodak na iznos primljene najamnine, a istodobno je njihovo pravo na ostvarivanje zarade od najma stanova ograničeno izuzetno niskim iznosom zaštićene najamnine (kreću se od 0 do otprilike 10 eura mjesečno, tj. ta najamnina 25 puta je niža od tržišne najamnine). ESLJP je posebno iznenadila odredba prema kojoj se visina zaštićene najamnine čini zavisnom od prihoda domaćinstva najmoprimca, a ne i najmodavca, pa može dovesti i do daljnjeg snižavanja iznosa zaštićene najamnine, a u konačnici i do paradoksalnih situacija. Jednu je opisao Pučki pravobranitelj u svom Godišnjem izvješću za 2012. godinu, kada su stariji najmodavci slabijeg imovnog stanja u stvari subvencionirali stanovanje radno sposobnih najmoprimaca koji primaju plaću.

Konačno, ESLJP je primijetio da se na sustav zaštićenog najma ili bilo kojeg ograničenja prava najmodavca kao posljedicu toga, ne primjenjuje nikakav zakonski rok, što znači da ova ograničenja najmodavca mogu trajati kroz nekoliko generacija (ni sam podnositelj zahtjeva ESLJP-u nije za života mogao koristiti svoj stan, umro je tijekom trajanja postupka pred ESLJP-om). ESLJP je uvažio činjenicu da su hrvatske vlasti tijekom tranzicije bile suočene s teškim zadatkom stvaranja ravnoteže između prava najmodavaca i zaštićenih najmoprimaca koji su stanovali u stanovima dugo vremena; trebalo je s jedne strane osigurati zaštitu prava vlasništva prvih, i poštovanje socijalnih prava drugih. Također je primijetio da su se određenim pitanjima uređenja statusa bivših nositelja stanarskih prava i položaja vlasnika stanova u kojima oni žive bavila različita nacionalna tijela: Ustavni sud, Pučki pravobranitelj, a i nositelji izvršne i zakonodavne vlasti, jer je izrađeno više nacрта Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o najmu stanova (2002., 2003. i 2013.). ESLJP je također ponovio svoje stajalište da države načelno uživaju široku slobodu procjene u stambenim odnosima. Neovisno o tome, ESLJP je stajališta da ova sloboda procjene nije neograničena i njezina provedba, čak i u kontekstu najsloženije reforme države, ne može dovesti do posljedica koje su protive standardima Konvencije.

Sažimajući sve navedeno, niski iznos zaštićene najamnine i financijske terete podnositelja, nemogućnost ulaska u stan ili iznajmljivanja po tržišnim uvjetima za svog života te ograničenja u pogledu otkaza zaštićenog najma i nepostojanja odgovarajućih procesnih jamstava za postizanje ravnoteže između konkurentnih interesa najmodavaca i zaštićenih najmoprimaca, ESLJP nije našao zahtjeve općeg interesa koji bi mogli

opravdati tako sveobuhvatna ograničenja podnositeljevih vlasničkih prava. Zaključuje da nije postojala pravedna raspodjela socijalnog i financijskog tereta koji je nastao kao posljedica reforme u stambenom sektoru. Umjesto toga, prema ocjeni ESLJP-a, na podnositelja je stavljen nerazmjerni i pretjerani pojedinačni teret, budući da je morao snositi većinu socijalnih i financijskih troškova stambenog zbrinjavanja zaštićene najmoprimke i njezine obitelji. Utvrdio je povredu članka 1. Protokola br. 1.

6.2.1. Značaj presude

Iako presuda Statileo protiv Hrvatske nema formu, tzv. pilot presude⁵⁴, kao što je to primjerice presuda Hutten Czapska protiv Poljske, na koju se na nekoliko mjesta ESLJP poziva, ona nadilazi pojedinačni interes samog podnositelja zahtjeva. ESLJP je to izriječno naglasio, dodajući kao opće opažanje da se temeljni problem zbog kojeg je utvrđena povreda Konvencije tiče samog zakonodavstva, pa bi Republika Hrvatska trebala poduzeti odgovarajuće zakonodavne i/ili druge opće mjere kojima bi postigla ravnotežu između interesa vlasnika stanova s jedne, te interesa zajednice i zaštićenih najmoprimaca s druge strane. Kojim sredstvima će postići tu ravnotežu, odnosno osigurati vlasnicima stanova uživanje njihovih vlasničkih prava iz članka 1. Protokola br. 1, a da se pritom ne naruše prava koja stanarima pripadaju na temelju članka 8. Konvencije (pravo na dom), Republika Hrvatska slobodna je sama odabrati (iako su način i sredstva izvršenja presude podložni nadzoru Odbora ministara).

Ne želeći nametnuti rješenje, tim više što je zakonodavna reforma sustava zaštićenih najamnina u tijeku⁵⁵, ESLJP je ipak u §165. u dijelu presude koji se odnosi na njezino izvršenje (članak 46. Konvencije) ponovio "identificirane" glavne nedostatke postojećeg zakonodavstva: neodgovarajuća visina zaštićene najamnine, restriktivni uvjeti za otkaz zaštićenog najma i nepostojanje bilo kakvog vremenskog ograničenja u odnosu na sustav zaštićenog najma. O njima bi svakako trebalo voditi računa pri provedbi općih mjera izvršenja.

7. ZAKLJUČNO

Stajalište kojim opravdava zaštićenu najamninu izraženo u odluci U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998. (v. bilj. 4). Ustavni sud zadržao je do sada (v. U-I-2759/2010 od 19. prosinca 2013.): vlasništvo obvezuje, vlasnici su dužni pridonositi općem dobru "što u konkretnom slučaju znači trpiti i nadalje određena ograničenja u prihodima u situaciji kad se jedan pravni sustav mijenja i usklađuje s ustavnim odredbama."

Iako se taj stav može opravdati 1998., godinu i pol nakon stupanja na snagu Zakona o najmu stanova, čini nam se da je Ustavni sud propustio priliku to stajalište (barem) preispitati u kasnijim godinama (primjerice 2006. godine v. U-I-4675/2004), a posebice u prosincu 2013. kada je u rješenju U-I-2759/2010 (navedeno stajalište) potvrdio: "Ustavni sud utvrdio je da u njemu (prijedlogu za pokretanje postupka -

54 V. Omejec, op. cit., str. 339. i dr.

55 U studenom 2013. Ministarstvo graditeljstva i prostornog uređenja pripremlilo je prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o najmu stanova, te je otvorena javna rasprava o prijedlogu koja je trajala do 6. veljače 2014.

op.) nisu navedeni bitno novi ili drugačiji razlozi zbog kojih bi trebalo preispitati stajalište Ustavnog suda, na temelju kojeg su donesena rješenja o neprihvatanju ranije podnesenih prijedloga za ustavnosudsku ocjenu pojedinih odredaba Zakona o najmu stanova. Ustavni sud također nije utvrdio da bi u ustavnopravnom poretku Republike Hrvatske nastupile takve nove okolnosti koje bi dovele do promjene njegovih stajališta obrazloženih u rješenjima naznačenim u točki 4. ovog obrazloženja.”

U svjetlu presude Statileo protiv Hrvatske, smatramo da će (i) Ustavni sud morati preispitati svoja stajališta koja se tiču prava vlasništva najmodavaca, naravno, ako se to od njega bude tražilo.

Summary

**VIOLATION OF THE RIGHT TO THE PEACEFUL
ENJOYMENT OF POSSESSIONS LAID DOWN IN THE
CONVENTION**

The authors of this paper provide an overview of the creation and development of tenancy rights, and of the domestic legislation dealing with tenancy rights, as well as legislation that was used to reform tenancy relations. They mention the significance of the enactment of the Lease of Flats Act, when tenancy rights were withdrawn from persons who were entitled to that right pursuant to earlier legislation, and consequently, they became lessees (tenants) by force of law (generally, protected lessees). The authors recall that issues related to the transformation of tenancy rights into ownership of flats and to the numerous court cases that followed from this matter have not yet become either general, or court, history. The authors cite the positions and case law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, and of the European Court of Human Rights (ECtHR). They stress in particular the ECtHR judgment *Statileo v. Croatia*, where the ECtHR took into consideration the fact that the Croatian authorities during the transition were faced with the difficult task of striking a balance between the right of the lessor and that of protected lessees who had lived in the flats for a long time, and concluded that in the given case there was no fair distribution of the social and financial burden resulting from the reform of the housing sector. Rather, the ECtHR held that a disproportionate and excessive individual burden was placed on the applicant as landlord, as he was required to bear most of the social and financial costs of providing housing for the protected lessee and her family, due to which the ECtHR found a violation of Article 1 of Protocol no. 1.

Keywords: *ownership, tenancy right, flat, transformation of social ownership, transition, lease, ECtHR, Constitutional Court.*

Zusammenfassung

**VERLETZUNG DES GEMÄSS DER EMRK
GEWÄHRLEISTETEN RECHTS AUF FRIEDLICHE
NUTZNIESSUNG VON EIGENTUM**

Die Arbeit gibt den Überblick über die Entstehung und Entwicklung des Wohnrechts und über die inländischen Rechtsvorschriften bezüglich des Wohnrechts sowie über die Vorschriften, welche zur Umwandlung in den Wohnverhältnissen führten. Sie beschäftigt sich mit der Bedeutung des Inkrafttretens des Mietgesetzes und mit dem Ende des Wohnrechts, was zur Folge hatte, dass die gemäß früheren Vorschriften berechtigten Personen zu Mietern wurden (in der Regel geschützte

Mieter). Es wird darauf hingewiesen, dass die Fragen bezüglich der Umwandlung des Wohnrechts in das Wohneigentumsrecht und zahlreiche daraus hervorgegangene Rechtsstreitigkeiten noch immer nicht vorbei sind. Die Stellungnahmen und Rechtsprechung des Verfassungsgerichts der Republik Kroatien und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) werden beschrieben. Besonderen Wert legt man auf das Urteil des EGMR *Statileo gegen Kroatien*, in dem der Gerichtshof die Tatsache berücksichtigte, dass kroatische Behörden während des Übergangs mit der schwierigen Aufgabe auseinandergesetzt wurden, das Gleichgewicht zwischen den Rechten der Vermieter und den Rechten der geschützten Mieter, welche sehr lange in Wohnungen gelebt haben, herzustellen. Er hat beschlossen, dass es in diesem konkreten Fall keine gerechte Verteilung der sozialen und finanziellen Belastung gab, welche als Ergebnis der Reform des Wohnsektors entstanden ist. Stattdessen hat der EGMR beurteilt, dass der Beschwerdeführer zu große und disproportionale Last zu tragen hatte, da er die meisten sozialen und finanziellen Kosten der Unterkunft der geschützten Mieterin und ihrer Familie tragen sollte, weshalb der EGMR feststellte, dass es sich um Verletzung des Art. 1 des Zusatzprotokolls handele.

Schlüsselwörter: *Eigentum, Wohnrecht, Wohnung, Umwandlung, Übergang, Miete, EGMR, Verfassungsgericht.*

Riassunto

VIOLAZIONE DEL DIRITTO SANCITO DALLA CONVENZIONE AL PACIFICO GODIMENTO DELLA PROPRIETA'

Gli autori nel contributo si soffermano sulla nascita e lo sviluppo del diritto di abitazione, offrendo altresì un quadro della legislazione nazionale che si riferiva al diritto di abitazione, come anche delle disposizioni che hanno regolato la trasformazione dei rapporti sottesi a detto istituto. Gli autori trattano del significato dell'entrata in vigore della Legge sulla locazione, nel momento in cui cessò il diritto di abitazione in capo alle persone che acquistarono tale diritto in forza della legislazione precedente e che per l'effetto divennero conduttori (di principio conduttori protetti). Gli autori ricordano che le questioni connesse alla trasformazione dal diritto di abitazione in proprietà sugli appartamenti ed i relativi numerosi contenziosi giudiziari derivati da tale questione ad oggi non appartengono ad un passato ne' reale, ne' giudiziario. Gli autori illustrano gli orientamenti e la giurisprudenza della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia e della Corte europea per i diritti dell'uomo. In particolare modo sottolineano la sentenza della Corte europea nel caso *Statileo* contro Croazia, nella quale la Corte europea ha accolto la circostanza che il governo croato durante la transizione dovette affrontare il difficile compito volto alla creazione di un equilibrio tra i diritti dei locatori e dei conduttori protetti, i quali abitavano in detti immobili da lungo tempo, concludendo che nel caso concreto non esisteva una ripartizione

equa degli oneri sociali e finanziari, diretta conseguenza della riforma nel settore abitativo. Diversamente, secondo il giudizio della Corte europea in capo al richiedente venne messo un peso individuale non proporzionale ed esagerato, posto che doveva sostenere la maggiore parte dei costi sociali e finanziari per una soluzione abitativa dei conduttori protetti e delle loro famiglie, per la quale ragione la Corte europea ha accertato la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1.

Parole chiave: *proprietà, diritto di abitazione, appartamento, trasformazione, transizione, locazione, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale.*

SLOBODA TISKA I POROTNA SUDBENOST U ISTRI 1848./1849.

Dr. sc. Dunja Pastović, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.73(497.5-Istra)“1848/1849”
Ur.: 16. prosinca 2014.
Pr.: 15. lipnja 2015.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U Istru, kao dijelu austrijskoga pravnog sustava, porotno je suđenje uvedeno revolucionarne 1848. i to najprije samo za tiskovne delikte, u sklopu težnji za slobodom misli i izražavanja putem tiska, koji je predstavljao najprikladniji medij za širenje novih ideja i mobilizaciju političkih masa. Porotnim suđenjem htjelo se osigurati nepristrano i objektivno suđenje, koje se zbog nedostatnih jamstava sudačke neovisnosti nije moglo očekivati od profesionalnih sudaca. U radu se razmatraju tiskovne naredbe i zakoni doneseni tijekom 1848. i 1849. godine, kojima su regulirani sloboda tiska i porotna sudbenost. Na temelju analize zakonodavnog okvira, sudske prakse i istarskog novinstva u promatranom razdoblju, autorica je utvrdila kako uvođenje slobode tiska i porotnog suđenja za tiskovne delikte 1848./1849. za područje Istre nije imalo preveliko praktično značenje.

Ključne riječi: sloboda tiska, porota, Istra, 1848./1849. godina.

1. UVOD

*Tisak, ta plemenita umjetnost ima više božanstvena no ljudskog, i u velike je dopriniela, da sredovječne tmine razprši, da praznovjerju podignute oltare sruši, da kumire predrasudâ razkrši i da razlomi lance, što no sapinjahu ljudsku misao.*¹ Navedena rečenica najbolje ukazuje na značenje koje se slobodi tiska pripisivalo i nastojanja kako bi se ista zaštitila uvođenjem porotne sudbenosti za tiskovne delikte.

U radu će biti analizirani normativni okviri postavljeni tiskovnim naredbama i zakonima koji su bili uvedeni tijekom 1848. i 1849. u Istru, kao i u ostale austrijske zemlje. Potom će biti prikazana primjena navedenih tiskovnih naredaba i zakona, kao i poteškoće koje su se pojavile u praksi. Također, autorica će se ukratko osvrnuti na odredbe kojima su na ustavnopravnoj razini zajamčeni sloboda tiska i porotno suđenje te na dva nacrtâ provizornog zakona o kaznenom postupku iz 1848. i 1849., kojima je u uvjetima još uvijek nepromijenjenog sudskog ustroja i na temeljima postojećeg Kaznenog zakona iz 1803., trebalo omogućiti uvođenje načela javnosti i usmenosti,

¹ Pappafava, V., Svojstva dosadanjih sustava u kaz. tiskovnih predmetih, izražena u nekih zakonarstvih, Mjesečnik pravničkoga društva u Zagrebu, Zagreb, vol. 16, 2/1890, str. 65.

optužnog načela i porote. Naposljetku, u sažetom prikazu stanja istarske tiskarske djelatnosti i dostupnosti novina istarskom stanovništvu u promatranom razdoblju, autorica će iznijeti zaključke o praktičnom značenju uvođenja slobode tiska i porotne sudbenosti u Istri tijekom 1848. i 1849. godine.

2. PROGLAŠENJE SLOBODE TISKA I DONOŠENJE PILLERSDORFOVOG USTAVA 1848.

Revolucionarna zbivanja u Francuskoj u veljači 1848., kojima je bila srušena Srpanjska monarhija i proglašena Druga republika, imala su snažan odjek u srednjoeuropskim zemljama. U ožujku su se nemiri proširili i na austrijsko carstvo. Budući da Dvor nije odgovorio na peticiju bečkih građana i studenata od 6. ožujka 1848. kojom su zahtijevali donošenje ustava, jamstvo temeljnih građanskih i političkih prava, ukinuće cenzure i uvođenje reformiranog kaznenog postupka s načelima usmenosti, javnosti i porotom, 13. ožujka 1848. u Beču je došlo do sukoba između demonstiranata i vojske.²

Pod pritiskom revolucionarnih nemira, austrijski car Ferdinand I. najprije je carskim patentom od 15. ožujka 1848.³ najavio donošenje ustava i proglasio slobodu tiska te ukinuće svih zakona o cenzuri. Službena obavijest o proglašenju ustavne slobode u Istru pristigla je 20. ožujka 1848., putem glasnika okružnog poglavarstva iz Pazina, koji je sa sobom donio kopiju vladarevog patenta od 15. ožujka kojim je odobreno donošenje ustava. Iako nacionalna i liberalna gorljivost četrdesetih godina 19. stoljeća nije zahvatila Istru u onoj mjeri kao druge austrijske zemlje, proglašenje ustavne slobode u Istri dočekano je s oduševljenjem i slavljem jer je ustav prije svega značio političko zastupanje i politička prava.⁴

Tzv. Pillersdorfov ustav⁵ koji je, između ostalog, predviđao značajne promjene

- 2 Hoke, R., *Österreichische und deutsche Rechts-Geschichte*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 1992., str. 341-342; Holzmannhofer, W., *Geschworenengerichtsbarkeit in Österreich: Geschichte, Entwicklung und aktueller Stand (unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungsfindung von Geschworenen sowie der mangelnden Begründungspflicht)*, doktorska disertacija, Salzburg, 2001., str. 11; Sadoghi, A., *Thesen zur Geschworenengerichtsbarkeit - historische Aufarbeitung und Perspektiven*, Linz, Johannes Kepler Universität Linz, 2007., str. 44-45.
- 3 Allerhöchstes Patent vom 15. März 1848. Verleihung der Constitution und Aufhebung der Censurgesetze, Sr.k.k. Majestät Ferdinand des Ersten politische Gesetze und Verordnungen für sämtliche Provinzen des Oesterreichischen Kaiserstaates, mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen, Sechs und siebenzigster Band (god. 1848), br. 29, Wien, 1851., str. 46-48.
- 4 Benussi, B., *Povijest Pule u svjetlu municipalnih ustanova do 1918. godine*, Pula, Zavičajna naklada "Žakan Juri", 2002., str. 528; Milanović, B., *Hrvatski narodni preporod u Istri*, Knjiga I., Pazin, Istarsko književno društvo sv. Ćirila i Metoda u Pazinu, 1967., str. 154.
- 5 Nazvan prema barunu Franzu von Pillersdorfu, ministru unutarnjih poslova, kojemu je bila povjerena njegova izrada i punog naziva: Allerhöchstes Patent vom 25. April 1848. Verfassungsurkunde des österreichischen Kaiserstaates, Sr.k.k. Majestät Ferdinand des Ersten politische Gesetze und Verordnungen für sämtliche Provinzen des Oesterreichischen Kaiserstaates, mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen, Sechs und siebenzigster Band (god. 1848), br. 49, Wien, 1851., str. 145-158; Brauneder, W., *Österreichische Verfassungsgeschichte*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2005., str. 115-117.

u uređenju kaznenog postupka radi njegove modernizacije, proglašen je 25. travnja 1848. U pogledu porotne sudbenosti, njime je prvi put u §.29. bilo propisano vršenje kaznene sudbenosti uz sudjelovanje porote, kao i to da će njezino uvođenje biti uređeno posebnim zakonom.⁶ Tekst Pillersdorfovog ustava na talijanskom prijevodu objavljen je i u istarskim novinama *L' Istria*, koje su se tiskale u Trstu i organizirano dostavljale u Istru.⁷

Porota je najprije bila uvedena samo za tiskovne delikte. S obzirom na kritičku funkciju i značaj tiska, tiskovni delikti najčešće su imali političko obilježje pa se od sudova, s obzirom na nedostatna jamstva sudačke neovisnosti u to doba, nije moglo očekivati nepristrano suđenje. Stoga se zahtjev za porotnim suđenjem isprva vezao uz slobodu tiska.⁸ Nositelji liberalnog pokreta u njemačkim zemljama isticali su kako je sloboda tiska bez porotnih sudova samo polovična sloboda, a u mnogim slučajevima čak može biti opasnija od cenzure.⁹

3. TISKOVNE NAREDBE OD 18. SVIBNJA 1848.

Nakon ukinuća cenzure i proglašenja slobode tiska 15. ožujka 1848., najavljeno je donošenje provizornog tiskovnog zakona kojim je trebalo osigurati zaštitu novostečene slobode tiska, ali i omogućiti državni nadzor nad tiskom i progon onih koji tu slobodu budu zlorabili.

Zbog toga je najprije donesen provizorni Tiskovni zakon od 31. ožujka 1848., koji se sastojao od dva dijela. Prvi dio odnosio se na povrede tiskovnih zakona i njihovo kažnjavanje, dok je drugi dio normirao postupak zbog povreda tiskovnih zakona. U pogledu postupka propisana su načela usmenosti, javnosti, kao i optužno načelo, no do očekivanog uvođenja porote za tiskovne delikte nije došlo. Neuvođenje porote izazvalo je oštre kritike u javnosti.¹⁰ Pritom se isticalo kako je slobodu tiska moguće jamčiti samo putem porotnog suda te da među njima postoji uzajamna

6 Spomenuti paragraf smješten je u glavi III., koja nosi naziv "O građanskim i političkim pravima državljana" te u izvornom obliku glasi: "Für die Strafrechtspflege werden Schwurgerichte eingeführt, deren Errichtung ein besonderes Gesetz bestimmen wird." Osim porote, Pillersdorfov ustav zajamčio je sucima nesmjernost i nepremjnost, načela javnosti i usmenosti sudskog postupka kao i uvođenje državnog odvjetništva s funkcijom kaznenog progona i zastupanja optužbe.

7 *Legge Sociale dell' Impero d' Austria del 25 aprile 1848.*, *L' Istria*, god. 3, 6. V. 1848., br. 25, str. 97-99.

8 Čepulo, D., *Sloboda tiska i porotno suđenje u banskoj Hrvatskoj 1848-1918*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 7, 2000., br. 2, str. 924.

9 Schwinge, E., *Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*, u: Lilienthal, K. v. (ur.), *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 213, Breslau, Schletter, 1926., str. 55.

10 Lienbacher, G., *Historisch-genetische Erläuterung des österreichischen Pressgesetzes und des Gesetzes über das Strafverfahren in Presssachen vom 17. Dezember 1862 sowie der Amts-Instruction zu beiden Gesetzen*, Wien, Wilhelm Braummüller k. k. Hofbuchhändler, 1863., str. 14-17; Liszt, F. von, *Lehrbuch des österreichischen Preßrechts*, Leipzig, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1878., str. 8-11; Olechowski, T., *Die Entwicklung des Preßrechts in Österreich bis 1918*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004., str. 217-224; Tomaschek, E., *Ueber das provisorische Preßgesetz vom 31. März 1848.*, *Österreichische Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft*, Wien 1848, Bd. 1, H. 3, str. 199-222.

ovisnost pa se stoga čak i njihovo privremeno razdavanje smatralo opasnim i izazivalo je nepovjerenje. Prosvjednicima su se, kao razlozi zbog kojih se odustalo od uvođenja porote, navodili sljedeći argumenti: Austriji je nedostajala zakonska regulacija općina, kao i zakon koji bi načelno uredio izbore za javne službe te izvršavanje političkih prava. Nadalje, umjetno prenošenje u Austriju jedne ustanove koja se u inozemstvu prirodno i postupno oblikovala, smatralo se opasnim i dvosjeklim mačem. Isticalo se kako u višenacionalnoj austrijskoj carevini, s velikim razlikama u razini naobraženosti pojedinih naroda, kao i društvenim, političkim, vjerskim i jezičnim divergencijama, ne postoje pretpostavke za uvođenje instituta porote.¹¹

Otpor javnosti protiv ovog tiskovnog zakona bio je toliko velik da ga je vlada, samo nekoliko dana poslije, morala povući pa je sve do 18. svibnja 1848. u pogledu tiska na snazi bilo *ex lege* stanje. Toga je dana vlada bez kraljeve sankcije izdala dvije provizorne naredbe: “protiv zlouporabe tiska” i “o postupku u tiskovnim predmetima”.¹²

3.1. Provizorna naredba protiv zlouporabe tiska od 18. svibnja 1848.

Provizorna naredba protiv zlouporabe tiska od 18. svibnja 1848.¹³ najprije je, pozivajući se na patent o ukinuću cenzure od 15. ožujka i §.19. Pillersdorfovog ustava, potvrdila ukidanje svih zakona i naredaba koji su se odnosili na cenzuru (§.1.). Potom je bilo određeno da svaki tiskopis mora sadržavati ime tiskara ili izdavača, uz naznaku mjesta i vremena izdanja (§.4.). Za tiskanje novina više nije bilo potrebno dopuštenje vlasti niti plaćanje kaucije, ali su odsada novine i časopisi morali imati odgovornog urednika nastanjenog u zemlji, starijeg od 24 godine života, čije je ime moralo biti otisnuto na svakom broju (§.5.). Podatci o odgovornom uredniku podnosili su se pokrajinskim vlastima u glavnom gradu pojedine austrijske pokrajine, odnosno okružnim vlastima u pojedinim okruzima. Rok za dostavu podataka o odgovornom uredniku novina koje su u tom trenutku već izlazile iznosio je 8 dana, računajući od dana objave ove provizorne naredbe (od 20. svibnja 1848.). Odgovorni urednik predstavljao je originalnu poslijerevolucionarnu ustanovu koja je trebala omogućiti kažnjavanje u čestim slučajevima kada nije bilo moguće utvrditi autorstvo inkriminiranog članka ili pak autor nije bio dostupan pravosudnim organima zemlje u kojoj je članak bio objavljen.¹⁴

11 Hye-Glunek, A. R. von, Die leitenden Grundsätze der österreichischen Strafproceßordnung vom 29. Juli 1853, Wien, Verlag von Friedrich Manz, 1854., str. 30-31; Tomaschek, E., op. cit., str. 220-222.

12 Lienbacher, G., op. cit., str. 16-17.

13 Provisorische Verordnung gegen den Missbrauch der Presse, Sr.k.k. Majestät Ferdinand des Ersten politische Gesetze und Verordnungen für sämmtliche Provinzen des Oesterreichischen Kaiserstaates, mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen, Sechs und siebzigster Band (god. 1848), br. 66, Wien, 1851., str. 190-198.

14 Krenn, E., Die provisorischen Verordnungen vom 18. Mai 1848 gegen den Mißbrauch der Presse und über das Verfahren in Preßsachen, Österreichische Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, Wien 1848, Bd. 1, H. 6, str. 498; Švogor, V., Novinstvo kao javni medij sredinom 19. stoljeća u Hrvatskoj, Časopis za suvremenu povijest, Zagreb, vol. 32, 3/2000, str. 459.

Ako bi netko sadržajem tiskopisa počinio zločin ili teški redarstveni prekršaj u načelu je podlijebao kazni koja je bila propisana postojećim zakonima, osim ako ovom naredbom nije bilo drugačije određeno. Naredbom su stavljene izvan snage određene odredbe Kaznenog zakonika 1803. (u nastavku KZ 1803.) ako se radilo o tiskovnim kaznenim djelima te je bilo propisano da se u slučaju zločina ili težeg redarstvenog prijestupa počinjenog sadržajem tiskopisa imaju primjenjivati odredbe §§.10.-14. ove naredbe i to kao blaže za počinitelja (§.9.). Naredba je sadržavala popis sljedećih kaznenih djela: napad na osobu vladara, poticanje na nasilno mijenjanje ustava, na odvajanje pojedinih dijelova Carevine, suradnja s vanjskim neprijateljem, sve pod prijetnjom kazne do 10 godina teške tamnice (§.10.). Nadalje, klevetanje ili drugi načini povrede dužnog poštovanja prema vladaru s namjerom izazivanja antipatije ili prijezira prema državnom poglavaru, zapriječeno kaznom do 5 godina teške tamnice (§.11.); izazivanje prijezira prema ustavu pogrdama ili drugim neistinitim i sarkastičnim navodima (§.12.); bogohuljenje ili izvrgavanje zakonom priznate religije prijeziru ili poruzi (§.13.); uvreda časti (§.14.); povreda ćudoređa pornografskim sadržajima (§.15.); iznošenje činjenica iz osobnog ili obiteljskog života drugoga što može škoditi njegovoj časti (§.16.) te svjesno širenje lažnih glasina koje mogu uznemiriti javnost (§.17.), sve s zapriječenim kaznama u rasponu od novčane kazne pa do kazne zatvora do 1 godine.

U posljednjem paragrafu bilo je propisano kako je postupak u tiskovnim predmetima istovremeno uređen posebnom naredbom (§.27.).

3.2. *Provizorna naredba o postupku u tiskovnim predmetima od 18. svibnja 1848.*

Provizornom naredbom o postupku u tiskovnim predmetima od 18. svibnja 1848.¹⁵ u austrijski pravni sustav prvi put je uveden institut porote i to isključivo za tiskovne delikte. U §.2. propisano je da porota odlučuje o pitanju krivnje ili nedužnosti, dok je sud na temelju osuđujućeg porotničkog pravorijeka, tajnim vijećanjem, odlučivao o kazni (§.30.).

Naredba je sadržavala 51 paragraf i bila je podijeljena u dva dijela. Prvi dio odnosio se na uređenje postupka (*Von Verfahren*, §§.1-44.), a drugi na sastavljanje porotničkih imenika i klupe (*Von der Zusammensetzung des Geschworenengerichtes*, §§.45-51.).

3.2.1. *Uređenje postupka pred porotnim sudom*

Postupak i kažnjavanje kaznenih djela počinjenih zlouporabom tiska stavljeni su u nadležnost onih prvostupajskih sudova u kojima se u pojedinim pokrajinama nalazilo sjedište fiska u građanskim predmetima (§.2.). To je značilo da se porotni tiskovni sudovi na području Austrijskog primorja imaju ustrojiti iz reda gradskih i

15 Provisorische Verordnung über das Verfahren in Preßsachen, Sr.k.k. Majestät Ferdinand des Ersten politische Gesetze und Verordnungen für sämtliche Provinzen des Oesterreichischen Kaiserstaates, mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen, Sechs und siebenzigster Band (god. 1848), br. 67, Wien, 1851., str. 198-216.

zemaljskih sudova (*Stadt- und Landrechte*).¹⁶ Istra je 1848. godine u pogledu kaznene sudbenosti bila podijeljena između tršćanskog i rovinjskog suda, koji je od 1821. nosio naziv Gradskog i zemaljskog kolegijalnog suda (*Stadt- und Landrechtes Collegial-Gericht*)¹⁷. No, tiskovni porotni sud s nadležnošću za cjelokupno područje Austrijskog primorja bit će ustrojen u Trstu. Tiskovni sud sastojao se od peteročlanog sudskog vijeća, četiri suca i predsjednika, koje je imenovalo ministarstvo pravosuđa i kojima je pripadalo odlučivanje o kazni te od porotnika koji su trebali odlučivati o pitanju krivnje ili nedužnosti (§§.2. i 30.).

U postupku je važno načelo javnosti i usmenosti, kao i optužno načelo, čime je po prvi put u austrijskom pravnom sustavu funkcija kaznenog progona bila oštro odvojena od funkcije suđenja (§.3.).¹⁸ Kazneni progon tiskovnih kaznenih djela u javnom interesu povjeren je državnim odvjetnicima, uz iznimku onih slučajeva u kojima je prema KZ-u 1803. državno odvjetništvo moglo postupati samo na prijedlog povrijeđene privatne osobe (§.11.). Naredba je sadržavala općenitu odredbu prema kojoj će ministarstvo pravosuđa odrediti i javno obznaniti pravne stručnjake sposobne za obnašanje funkcije državnog odvjetnika, pri čemu nisu bili navedeni detaljniji kriteriji za tu sposobnost (§.4.). Time je zapravo već tijekom 1848. godine bila ustanovljena praksa da se državni odvjetnici imenuju iz redova sudaca.¹⁹

Glavna rasprava pred tiskovnim sudom bila je javna, no sud je mogao jednoglasnom odlukom isključiti javnost ako bi procijenio da bi njome moglo doći do povrede ćudoređa (§.25.). Nakon zaključenja glavne rasprave, predsjednik sudskog vijeća, bez iznošenja osobnih mišljenja, ukratko je izlagao bitni sadržaj rasprave i davao objašnjenja zakonskih odredbi. Nakon toga, porotnicima je postavljao pitanja koja su morala biti jednostavna, odvojena i što je moguće bolje određena. Pitanja su se mogla odnositi samo na ono kazneno djelo koje je bilo predmet optužbe, kao i na postojanje posebnih otegotnih okolnosti, pri čemu se za svaku otegotnu okolnost moralo postaviti zasebno pitanje. Porotnici su se upozoravali da su dužni posebno se

16 U ostalim austrijskim pokrajinama, sukladno navedenoj odredbi, tiskovni porotni sudovi trebali su postojati: u Donjoj Austriji, Štajerskoj, Češkoj, Moravskoj i Galiciji pri zemaljskim sudovima (*Landrechte*); u Gornjoj Austriji i Tirolu pri Gradskim i zemaljskim sudovima (*Stadt- und Landrechte*); u Dalmaciji pri kolegijalnim sudovima (*Collegialgerichte*). Krenn, E., op. cit., str. 504.

17 Hofdecret vom 29sten October 1821, an das Küstenländische Appellations-Gericht, in Folge höchster Entschließung vom 23. October 1821, über Vortrag der obersten Justizstelle, Seiner Majestät des Kaisers Franz Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache. Für die Deutschen Staaten der Oesterreichischen Monarchie, god. 1821-1825., br. 1812., Wien, 1829., str. 58.

18 Hoke, R., op. cit., str. 345.

19 Djelokrug i organizacija državnog odvjetništva zakonski će biti uređeni tek 1850., donošenjem privremenog Organičkog zakona za državno odvjetništvo. Više v. Cesarski patent od 10. Sèrpnja 1850., valjan za Austriju niže i više Ennsa, Salcburg, Štajersku, Korušku, Kranjsku, Goricu, Gradišku, Istriju, Tèrst, Tirolsku i Vorarlberg, Češku, Moravsku i Šlezku, kojim se izdaje privremeni organički zakon za državna odvjetništva, od dana obznane počamši u život uvodi, Sveobći državo-zakonski i vladni list za Cesarevinu Austrijsku, Beč, god. 1850., dio III., kom. XCI., br. 266, str. 1171-1214. Više o austrijskom državnom odvjetništvu u ovom razdoblju, v. Keller, G., *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland. Ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Wien, Wilhelm Braumüller k. k. Hof- und Universitätsbuchhändler, 1866., str. 21-55.

izjasniti o svakom pojedinom pitanju.

Ako se nisu mogli odmah na licu mjesta složiti oko pravorijeka, porotnici su se s pitanjima, bilješkama načinjenim tijekom rasprave i tiskopisom na kojemu je bila utemeljena optužba, povlačili u prostoriju za vijećanje. Pritom im se nisu smjeli dati nikakvi spisi. *Ratio* navedene zabrane bio je ograničiti utjecaj rezultata istrage na pravorijek porotnika. Porotnici su svoj pravorijek trebali utemeljiti na rezultatima glavne rasprave koja je bila provedena u njihovoj nazočnosti.²⁰ Nakon povlačenja u prostoriju za vijećanje, među sobom su izabirali pročelnika i sve do donošenja pravorijeka nisu smjeli imati nikakve kontakte s drugim osobama (§.28.).

Porotnici su odgovarali na pitanja onim redoslijedom kojim su im bila postavljena. Pritom je bilo posebno istaknuto da je njihova dužnost ustanoviti je li optuženik, u pogledu činjenica koje su bile iznesene u pojedinom pitanju, kriv ili nije kriv te da bilo koji drugi pravorijek nije dopušten. Pri odlučivanju, porotnici nisu bili vezani nikakvim određenim dokaznim pravilima. Svoju odluku trebali su donijeti prema svom "unutrašnjem" uvjerenju (*inneren Ueberzeugung*) i pritom nisu bili dužni navesti obrazloženje svoje izreke. Za donošenje pravorijeka kojim se utvrđuje okrivljenikova krivnja bila je potrebna dvotrećinska većina glasova. Po povratku u sudnicu, pročelnik je priopćavao odluku porotnika kratkom i razgovijetnom izjavom koja je glasila: "Porotnici su pod prisegom na prvo pitanje odgovorili: kriv ili nije kriv, na drugo pitanje: kriv ili nije kriv, itd." (§.29.).

Ako je pravorijek glasio "kriv je", sudsko je vijeće u tajnoj sjednici apsolutnom većinom glasova trebalo odlučiti o kazni. Osuđujuća presuda se zajedno s razlozima koji su utjecali na odmjerenje kazne javno priopćavala nazočnima. Odsutnim strankama presuda se dostavljala na zakonom propisani način (§.30.).

Pri odmjerenju kazne, sud nije mogao izreći strožu kaznu od one koju su u svom zahtjevu zatražili državni odvjetnik ili privatni tužitelj. Sve do trenutka objave presude, privatni tužitelj mogao je u svakom stadiju postupka povući tužbu, uz obvezu naknade svih nastalih troškova i štete. Isto tako, državni odvjetnik mogao je odustati od kaznenog progona, s time da su tada troškovi i šteta padali na teret državne blagajne (§.31.).

Izostanak uredno pozvanog okrivljenika s rasprave nije sprječavao porotni sud da donese svoju odluku na temelju rezultata provedene rasprave (§.34.). Ukoliko okrivljenik nije bio dostupan ili mu je bilo nepoznato boravište, ako mu nije bilo moguće uručiti poziv ili se radilo o nepoznatoj osobi, pozivanje se obavljalo javno, isticanjem na oglasnoj ploči u sjedištu suda i objavom u pokrajinskim novinama. Isto se objavljivala i presuda donesena u odsutnosti okrivljenika (§.35.). Izvršenje oglušne presude nije se moglo pokrenuti prije isteka roka od 14 dana od njezine objave. U navedenom je roku okrivljenik, protiv kojega je bila donesena takva presuda, mogao podnijeti tiskovnom sudu koji je donio presudu, molbu za ponavljanje postupka i određivanje nove rasprave. Navedena molba nije sprječavala izvršenje presude koja je postala pravomoćnom (§.38.). Ako okrivljenik ne bi došao na ponovno određenu glavnu raspravu, sud je proglašavao da je ranija oglušna presuda postala konačno valjana. U slučaju da se okrivljenik uredno pojavi na ponovljenoj raspravi i oglušna

20 Olechowski, T., op. cit., str. 321.

presuda ukine, troškovi koji su nastali njegovim prethodnim izostankom padali su na njegov teret (§.38.).

Protiv porotničkog pravorijeka nije bilo moguće uložiti pravni lijek. No, protiv presude tiskovnog suda postojala je mogućnost ništavne žalbe vrhovnom sudu i to zbog bitne povrede forme postupka, nezakonito odmjerene kazne ili pogrešne primjene zakona (§.39.). Žalba se podnosila tiskovnom sudu u roku od tri dana od objave presude i imala je suspenzivni učinak. Tiskovni sud je ništavnu žalbu zajedno sa svim spisima dostavljao vrhovnom sudu, koji je odlučivao u javnoj sjednici i u sastavu od najmanje šest vijećnika i predsjednika, uz sudjelovanje državnog odvjetnika i stranaka, odnosno, njihovih opunomoćenika. Odluku je donosio tajnim vijećanjem apsolutnom većinom glasova i potom ju je javno objavljivao s obrazloženjem (§§.40-41.). Ukoliko je vrhovni sud ukinuo prvostupanjsku presudu samo u pogledu odmjerene kazne, tiskovni je sud na temelju ranijeg porotničkog pravorijeka trebao iznova odmjeriti kaznu. Ako je prvostupanjska presuda bila ukinuta u cijelosti, tiskovnom sudu se nalagalo provođenje novog postupka, pri čemu su se navodili dokazani nedostaci u prvostupanjskom postupku kako bi se isti izbjegli pri ponavljanju postupka. Pod posebnim okolnostima, vrhovni sud mogao je prema diskrecijskoj ocjeni odmjeravanje kazne ili provođenje nove rasprave povjeriti drugom sudu (§.42.).

3.2.2. *Sastavljanje porotničkih imenika i porotničke klupe*

Izorno sposobno stanovništvo grada u kojemu se nalazilo sjedište tiskovnog suda izborom je trebalo odrediti osobe koje će biti unijete u porotnički imenik. Ovakav način određivanja osoba koje su bile pozvane vršiti porotničku službu bio je privremen i trebao se primjenjivati sve dok se ne donese jedan opći zakon o sastavljanju porotničkih imenika, koji će biti utemeljen na novoj organizaciji općina, a koju je tek trebalo provesti.

Aktivno izorno pravo imali su svi muški austrijski državljani nastanjeni u mjestu izbora, koji su u potpunosti uživali građanska prava, bili stariji od 24 godine života te su bili samostalni. Izričito je navedeno kako se neće praviti razlika s obzirom na vjeroispovijest. Broj osoba koje je trebalo unijeti u porotnički imenik za pojedini grad, u kojemu se nalazio tiskovni sud, određivao se prema broju stanovnika i drugim okolnostima te je morao iznositi između 200 i 800 (§.45).

Za pasivno izorno pravo bilo je potrebno, pored onoga što je navedeno za aktivno izorno pravo, i prebivalište u mjestu tiskovnog suda ili u njegovoj neposrednoj okolini. Druge pretpostavke za obnašanje porotničke službe, kao prije svega porezni cenzus koji je inače u Europi bio uobičajen, ovom naredbom nije bio predviđen. Od porotničke su službe zbog moguće kolizije s njihovim profesionalnim dužnostima bili isključeni svećenici i činovnici, ali ne i odvjetnici i bilježnici (§.46.).

Izbore porotnika provodile su općinske vlasti koje su, nakon provedenih izbora, popis izabranih osoba za vršenje porotničke službe morale dostaviti tiskovnom sudu i javno ga objaviti. Protiv ovog porotničkog imenika postojala je unutar roka od 14 dana mogućnost prigovora, o kojima je odlučivao tiskovni sud zajedno s četiri pridružena porotnika, protiv kojih nije bilo istaknutih prigovora (§.47.).

Tiskovni sud je određenoga dana i uz sudjelovanje javnosti trebao ždrijebom,

od svih osoba unesenih u porotnički imenik, načiniti niz kojega su činile liste od 100 imena i odrediti redosljed kojim će te liste mjesečno tijekom čitave godine služiti pri sastavljanju porotnog suda (§.48.).

Tri dana prije početka javne sjednice tiskovnog suda, iz liste od 100 imena koja je taj mjesec bila na redu, ždrijebom se određivalo 36 imena glavnih porotnika, koja su se potom trebala pripočeti strankama kako bi one mogle ostvariti svoje pravo otklona. Tužitelj i optuženik mogli su otkloniti svaki po jednu trećinu, tako da se porotnička klupa u konačnici sastojala od 12 glavnih porotnika. Pravo otklona najprije je izvršavao državni odvjetnik ili privatni tužitelj, a potom optuženik. Također, u slučaju spriječenosti kojega od glavnih porotnika, bilo je potrebno odrediti tri zamjenska porotnika. To se obavljalo na način da se najprije daljnjim ždrijebom određivalo devet zamjenskih porotnika, nakon čega su stranke mogle otkloniti svaka po trećinu (§.49.).

Prije početka rasprave, u nazočnosti okrivljenika, porotnici su polagali prisegu. Predsjednik suda obraćao im se propisanom formulom prisege koja je glasila: “da će pazorno pratiti cijelu raspravu, brižljivo ispitati sve činjenice koje terete okrivljenika i koje mu idu u korist te da će kao časni ljudi svoj pravorijek donijeti nepristrano, prema svojoj savjesti i unutrašnjem uvjerenju”, nakon čega su porotnici pojedinačno odgovarali riječima: “prisežem, tako mi Bog pomogao” (§.50.).

Porotnička služba nije bila samo građanska čast nego i građanska dužnost, stoga nije bilo moguće otkloniti od sebe vršenje te službe. Osobe koje bi bez opravdanog razloga izbjegle porotničku službu, tiskovni sud je mogao primjereno kazniti, pri čemu nije bilo pobliže određeno u čemu bi se ta kazna mogla sastojati (§.51.).

3.2.3. *Demokratska narav odredbi o porotnicima*

Izložene odredbe o izboru porotnika bile su izrazito demokratske naravi. Ako se zanemari opće isključenje žena, koje je u ono vrijeme samo po sebi bilo razumljivo s obzirom na njihov položaj i političku obespravljenost, ovom je naredbom za sastavljanje porotničkih imenika bilo predviđeno opće i jednako izborno pravo svih austrijskih državljana. Usporedimo li ove odredbe s provizornim izbornim redom za parlament (*Reichstag*) koji je bio objavljen devet dana ranije i koji je od izbornog prava isključio, među ostalim, nadničare/dnevničare, službenike i korisnike novčane potpore iz javnih karitativnih ustanova, vidljivo je da je njima bio učinjen veliki pomak naprijed.²¹

Najmanja životna dob od 24 godine (koja je ujedno bila i granica punoljetnosti prema Općem građanskom zakoniku) za aktivno i pasivno izborno pravo u pogledu porotne sudbenosti, bilo je djelo Alexandra Bacha koji je na sjednici ministarskog vijeća od 18. svibnja, uz obrazloženje kako je već s 24 godine života moguće postati odvjetnikom ili sucem te kako osobna zrelost ne mora biti nužno proporcionalna životnoj dobi, snizio dob s 30 na 24 godine. Usporedbe radi, ranije spomenuti provizorni izborni red za parlament, za aktivno izborno pravo zahtijevao je životnu dob od 24 godine, dok je ona za pasivno izborno pravo bila povišena na 30 godina života.²²

21 Ibid., str. 311.

22 Ibid.

Ako pak ovu naredbu usporedimo na međunarodnoj razini, vidljivo je da je ona svojim odredbama o porotnicima u liberalnosti nadmašila sve druge ondašnje procesne zakone, koji su polazili od toga da se izrada porotničkih imenika ne može prepustiti slučajnosti izbora već je potrebno utvrditi kriterije odabira odgovarajućih osoba. Ti su kriteriji mogli biti: određeni porezni cenzus, minimalna životna dob i određeno obrazovanje (intelektualni cenzus).²³

U praksi su se, međutim, prema kasnijim istraživanjima austrijskih i njemačkih znanstvenika, odredbe o narodnom izboru porotnika pokazale glavnim promašajem jer su omogućile da porotni sudovi budu uvučeni u vrtlog političkih strasti i poprime obojenost prolaznih, kratkotrajnih političkih raspoloženja. U tim okolnostima, porota je bila korištena kao sredstvo političke borbe.²⁴ Iskustvo je pokazalo da birači u izboru porotnika uopće nisu vodili računa o njihovoj sposobnosti za objektivno i nepristrano suđenje, nego su prvenstveno nastojali izabrati one osobe s kojima dijele zajedničke političke stavove jer su time željeli osigurati da se u kaznenim postupcima oslobode njihovi politički istomišljenici, a protivnici proglašeni krivim.²⁵ U ovakvim slučajevima politička pripadnost optuženika bila je od odlučujućeg utjecaja na objektivnost porote.

3.3. Poteškoće u provedbi tiskovnih naredbi od 18. svibnja 1848. godine

Navedenim naredbama nije bilo moguće spriječiti zlouporabe tiska i teror dnevnih novina koje su svojim svakodnevnim pisanjem pridonosile prilagodbi javnog mnijenja revolucionarnim idejama. Anarhija koja je zahvatila austrijski tisak prvenstveno se osjećala u Beču. Razlog takvog stanja bio je nedostatak provedbenih organa. Državni odvjetnici, bez čijeg zahtjeva nije bilo moguće u javnom interesu pokrenuti progon kažnjivih djela počinjenih tiskom, bili su imenovani tek tijekom lipnja i srpnja 1848. godine. Daljnji problem predstavljala je činjenica da im nisu bili dostavljani obvezatni primjerci tiskopisa pa je stoga jedini način da doznaju sadržavaju li oni što god kažnjivo bio da ih čitaju u čitaonicama, kavanama ili drugim javnim mjestima.²⁶

Također, redarstvene vlasti čija je zakonska dužnost bila nadzor i zapljena kažnjivih tiskopisa često su zbog velikog pritiska dnevnog političkog tiska i vlastite omraženosti ostajale pasivne. Niti njima nisu bili dostavljani obvezatni primjerci pa je

- 23 Tako je, primjerice, ugarski Zakon o tisku iz 1848. (zak. čl. XVIII:1848), koji je također predvidio porotno suđenje za tiskovne delikte, propisivao visoki porezni cenzus, prema kojemu je porotnikom mogao biti samo onaj koji ostvaruje godišnji prihod od 200 fl. Poštujući navedeni porezni cenzus, ugarska vlada je trebala donijeti potrebne naredbe za osnivanje porotnog suda. Résó Ensel, J., *Das Schwurgericht in Ungarn. Für das Volk verfasst*, Pest, Gedruckt bei Gustav Heckenast, 1868., str. 10-11; Lienbacher, G., *Die österreichische Pressgesetzgebung*, Zweiter Band, Wien, Wilhelm Braumüller k. k. Hof- und Universitätsbuchhändler, 1868., str. 276-281.
- 24 Würth, J., *Die österreichische Strafproceßordnung vom 17. Jänner 1850, erläutert und in Vergleichung mit den Gesetzgebungen des Auslandes dargestellt*, Wien, Wilhelm Braumüller k. k. Hofbuchhändler, 1851., str. 95.
- 25 Mittermaier, C. J. A., *Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Deutschland*, *Der Gerichtssaal. Zeitschrift für volksthümlisches Recht*, Erlangen, god. IV(1852), I. Band, Januar-Juni, str. 14.
- 26 Lienbacher, G., *Historisch-genetische...*, cit., str. 18.

u ovakvim okolnostima došlo do apsurdne situacije u kojoj su se državni odvjetnici i redarstvene vlasti morali pretplatiti na novine kako bi mogli kontrolirati njihov sadržaj, tako da je “država još morala plaćati one listove koji su svojim pisanjem stremili ka njezinom rušenju”.²⁷ S obzirom na veliki broj novih listova koji su zbog povećanog interesa javnosti počeli izlaziti, ponekad se događalo da vlasti duže vremena uopće nisu znale za njihovo postojanje.²⁸

Prva porotna rasprava u austrijskim zemljama održana je 24. kolovoza 1848. u Beču. Optuženici su bili dva urednika lista *Studenten-Courier* koja su u inkriminiranim člancima (*Der Republikaner in Alservorstadt* i *Die Republik in Wien*) objavljenim u dva uzastopna broja sredinom srpnja, otvoreno veličali republikanski oblik državnog uređenja. Državno odvjetništvo vidjelo je u tome pokušaj podjarmljivanja ustava austrijske carevine propisan u §.12. Provizorne naredbe protiv zlouporabe tiska od 18. svibnja 1848. i zapriječen kaznom običnog ili strogog zatvora u trajanju od 15 dana do 3 mjeseca, a u slučaju postojanja ozbiljnih otegotnih okolnosti do godinu dana. Nakon polusatnog vijećanja, porotnici su jednoglasno utvrdili da optuženici nisu krivi, što je slušateljstvo oduševljeno prihvatilo.²⁹ Nakon ovog neuspjeha, državno odvjetništvo u Beču više nije podignulo niti jednu optužbu zbog političkih tiskovnih prijestupa.³⁰

Primjena tiskovnih naredbi u pokrajinama nije bila ništa bolja. U Dalmaciji i Austrijskom primorju, koje je uključivalo i Istru, državni su odvjetnici čak dovodili u pitanje njihovu obvezujuću snagu. Tako su državni odvjetnici u Zadru osporavali njihovu obvezatnost uz obrazloženje da navedene naredbe nisu dobile potrebnu kraljevu sankciju, a u Trstu zbog toga što nisu bile javno objavljene u službenim novinama pokrajine *L'Osservatore Triestino*. U pokrajinama nije došlo do velikog broja tiskovnih postupaka. Prema raspoloživim podacima, pred tiskovnim sudom u Trstu, koji je bio nadležan za čitavo područje Austrijskog primorja, sve do 6. siječnja 1849. nije bila održana niti jedna tiskovna rasprava, iako je u tijeku bilo više istraga.³¹ Tomu u prilog govore i statistički podaci za 1848. godinu prema kojima na području Austrijskog primorja nije zabilježen niti jedan slučaj “teškog redarstvenog prijestupa” protiv državne sigurnosti počinjenog povredom tiskovnih zakona (*durch Uebertretung der Druckgesetze*).³²

27 Ibid., str. 18-19.

28 Samo tijekom 1848. godine u austrijskim je zemljama počelo izlaziti ukupno 309 novopokrenutih listova, da bi na kraju godine preostalo njih 150. Winckler, J., *Die periodische Presse Oesterreichs: Eine historisch-statistische Studie, Dritter Theil. Tabellarische Uebersichten und Verzeichnisse, Tabelle I. Allgemeine Uebersicht der Entwicklung der periodischen Presse von 1848-1873.*, Wien, Druck von Leopold Sommer & Comp., 1875., str. 4-5.

29 Helfert, J. von, *Die Wiener Journalistik im Jahre 1848.*, Wien, Verlag der Manz'schen k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1877., str. 166-173.

30 Lienbacher, G., *Historisch-genetische...*, cit., str. 22.

31 Ibid., str. 26.

32 *Tafeln zur Statistik der österreichischen Monarchie für die Jahre 1847 und 1848.*, Erster Theil., Zweite Abtheilung. 1848., Zwanzigster und einundzwanzigster Jahrgang., Wien, Aus der kaiserlich-königlichen Hof- und Staatsdruckerei, 1853.: Ministerium des Innern., Tafel 8., Schwere Polizei-Uebertretungen im Jahre 1848., str. 1-9.

4. NACRT USTAVA IZ KROMERIŽA IZ PROSINCA 1848. I OKTROIRANI OŽUJSKI USTAV 1849.

Zbog nezadovoljstva javnosti koja ga je smatrala nedovoljno demokratskim, Pillersdorfov ustav bio je na snazi kratko vrijeme. Nakon novih demonstracija, vladar je proglasom od 16. svibnja 1848. povukao Pillersdorfov ustav i najavio izbore za ustavotvorni parlament u Beču, koji se trebao sastojati samo od zastupničke kuće izabrane općim pravom glasa, sa zadaćom izrade konačnog teksta ustava. Parlament, koji se konstituirao u Beču 22. srpnja 1848., zbog revolucionarnih je nemira u listopadu bio prebačen u moravski grad Kromeriž gdje je nastavio sa svojim radom.³³ U njegovu radu sudjelovala su i petorica istarskih zastupnika: četiri Talijana i jedan Hrvat.³⁴

Veliko postignuće ovoga parlamenta bio je razrađeni ustavni nacrt koji je, među temeljnim pravima, predviđao nadležnost porotnih sudova za zločine, kao i političke te tiskovne prijestupe. Osim toga, propisivao je da nitko ne može biti ponovno stavljen pod istragu za kažnjivu radnju za koju je pred porotnim sudom bio proglašen da nije kriv, izuzevši slučaj kasacije cijelog postupka.³⁵ No, neposredno prije usvajanja ustava, vladar je svojim manifestom raspustio Kromeriški parlament i 4. ožujka 1849. oktroyirao Ožujski ustav.³⁶

Ožujskim ustavom³⁷ bile su određene temeljne smjernice reforme kaznenog postupka i to: načela javnosti i usmenosti sudskog postupka, uz iznimke predviđene zakonom radi zaštite javnog reda i ćudoređa, optužno načelo te porotno suđenje za sve teže zločine koji će zakonom naknadno biti pobliže određeni, kao i za političke zločine i tiskovne prijestupe (§.103.).³⁸ Ovime je bila postavljena formalnopravna osnova za

33 Hoke, R., op. cit., str. 345-346; Zöllner, E.; Schüssel, T., *Povijest Austrije*, Zagreb, Barbat, 1997., str. 238.

34 Na izborima u Istri provedenim tijekom lipnja 1848. većinu glasova su dobili: u pazinskom kotaru Carlo de Franceschi iz Gologorice, u koparskom kotaru odvjetnik Antonio Madonizza iz Kopra, u izbornom kotaru Buje-Motovun-Buzet-Poreč Michele Fachinetti iz Vižinade, u kotaru Krk-Cres-Lošinj-Labin-Pula Francesco Vidulich te, konačno, u kotaru Podgrad-Volosko-Belaj hrvatski kandidat Josip Vlah iz Kastva. Beuc, I., *Istarske studije. Osnovni nacionalni problemi istarskih Hrvata i Slovenaca u drugoj polovini XIX i početkom XX stoljeća*, Zagreb, 1975., str. 30-31; Milanović, B., op. cit., str. 161-163.

35 "Schwurgerichte haben jedenfalls bei Verbrechen, der politischen und Preßvergehen zu erkennen. Niemand darf wegen einer strafbaren Handlung, rücksichtlich deren er bereits durch das Geschwornengericht für nicht schuldig erklärt wurde, nochmals in Untersuchung gezogen werden, ausgenommen den Fall der Cassation des ganzen Verfahrens." Entwurf des Österreichischen Reichstages welcher in der Zeit vom 22. Juli 1848 bis 4. März 1849 getagt hat, zuerst in Wien, ab dem 22. November 1848 in Kremsier (Mgft.Mähren), <<http://www.verfassungen.de/at/at-18/kremsier49.htm>>, 22. studeni 2014.; Sadoghi, A., op. cit., str. 46.

36 Hoke, R., op. cit., str. 353; Zöllner, E.; Schüssel, T., op. cit., str. 250-251.

37 Kaiserliches Patent vom 4. März 1849. die Reichsverfassung für das Kaiserthum Oesterreich enthaltend, u: *Allgemeines Reichs- Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich*, god. 1849., br. 150., Wien, 1850., str. 151-165.

38 "In Strafsachen soll der Anklage-Proceß gelten, Schwurgerichte sollen in allen schweren Verbrechen, welche das Gesetz näher bezeichnen wird, dann bei politischen und Preßvergehen erkennen" *ibid.*, str. 162.

odgovarajuće zakonsko uređenje kaznenog procesnog prava koje je uslijedilo kasnijim donošenjem Zakona o kaznenom postupku 1850., a kojemu je prethodila izrada dvaju zakonskih nacrti tijekom 1848., na koje će se kratko osvrnuti u nastavku.

5. NACRTI ZAKONA O KAZNENOM POSTUPKU TIJEKOM 1848./1849.

Neposredno nakon ožujskih zbivanja 1848. godine, ministarstvo pravosuđa je, uvidjevši nužnost reforme kaznenog postupka, započelo intenzivne radove na izradi jednog prijelaznog zakona koji je trebao, u uvjetima još uvijek nepromijenjenog sudskog ustroja i na temeljima postojećeg Kaznenog zakona iz 1803. godine, omogućiti uvođenje načela javnosti i usmenosti, optužnog načela i porote. Kao rezultat tih radova nastala su dva nacrti provizornog zakona o postupku u kaznenim predmetima s načelima usmenosti, javnosti i porotnim sudovima.³⁹

5.1. Nacrt zakona o kaznenom postupku tijekom ministarskog mandata Adolfa von Sommarugea

U ljeto 1848. objavljen je *Entwurf einer provisorischen Vorschrift über das Verfahren in Criminalfällen mit Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Schwurgerichten*⁴⁰ i poslan na stručnu ocjenu. Ovaj se nacrt u velikoj mjeri oslanjao na Naredbu od 18. svibnja 1848. o postupku u tiskovnim predmetima te je iz njegovih odredbi bilo vidljivo da je donesen žurno. U 83 paragrafa, podijeljena na četiri dijela, bili su uređeni istražni postupak, glavna rasprava, pravni lijekovi i sastavljanje porotničkih imenika.

Nadležnost porotnog suda ovim je nacrtom u značajnoj mjeri bila proširena i to na sve zločine za koje je bilo moguće izreći kaznu lišenja slobode u trajanju dužem od godinu dana (§.2.). S druge, pak, strane, porotnički imenici su se sastavljali izborom porotnika od strane izborno sposobnog stanovništva grada u kojemu se nalazilo sjedište porotnog suda (§§.74-75.). No ipak, u odnosu na Naredbu od 18. svibnja 1848. o postupku u tiskovnim predmetima, ovim je nacrtom izborno pravo za porotničke imenike bilo suženo i to isključenjem određenih kategorija građana: nesamostalnih radnika, nadničara i tjedničara, službenika te korisnika potpora javnih karitativnih ustanova (§.75.). Pored toga, potrebna dob za porotničku službu bila je povećana na 30 godina, a zbog moguće kolizije s njihovim profesionalnim dužnostima, od porotničke službe bili su isključeni duhovnici, državni službenici i aktivne vojne osobe (§.77.).

5.2. Nacrt zakona o kaznenom postupku tijekom ministarskog mandata Alexandera Bacha

Sredinom srpnja 1848. godine, resor pravosuđa preuzeo je Alexander Bach,

³⁹ Würth, J., op. cit., str. 43-44.

⁴⁰ *Entwurf einer provisorischen Vorschrift über das Verfahren in Criminalfällen mit Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Schwurgerichten*, Wien, Aus der kaiserl. königl. Hof- und Staats-Druckerei, 1848.

koji je izradu novog zakonskog nacrtu povjerio Theobaldu Rizzyu. Zanimljivo je spomenuti da je dalmatinski Apelacijski sud u Zadru 28. kolovoza 1848. uputio zahtjev Vrhovnom sudu u Beču da mu se dostavi talijanski prijevod nacrtu Sommarugea, na što je ministar Bach u svom odgovoru od 15. rujna naveo da to neće biti potrebno budući da je u tijeku izrada novoga zakonskog nacrtu koji će u bitnome odstupati od prethodnog.⁴¹

Rizzyev *Entwurf einer provisorischen Vorschrift über das Verfahren in Criminalfällen mit Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Schwurgerichten*⁴² objavljen je u siječnju 1849. godine. Isticao se brižljivo formuliranim odredbama i odražavao je iscrpno poznavanje francuskoga prava. Jedini nedostatak ovoga nacrtu bio je taj što nije istovremeno regulirao jedno od najvažnijih pitanja, a to su pretpostavke za porotničku službu i sastavljanje porotničkih imenika.⁴³

Za razliku od prethodnog nacrtu koji je dijelom normirao i postupak pred kolegijalnim sudovima bez sudjelovanja porote, Rizzyev nacrt se ograničio isključivo na reguliranje postupka pred porotnim sudovima. Nacrt je sadržavao 168 paragrafa te je svojim idejama i formulacijama uvelike utjecao na izradu Würthova Zakona o kaznenom postupku iz 1850. godine.⁴⁴

Nadležnost porotnog suda obuhvaćala je zločine za koje je zakonom zapriječena kazna zatvora u trajanju od najmanje pet godina, kao i taksativno nabrojane zločine bez obzira na zakonsku mjeru kazne (§.1.).⁴⁵ Nacrt je detaljno regulirao formulu prisege porotnika (§.60.) kao i postavljanje pitanja porotnicima (§§.88.-93.). Predvidio je mogućnost da stranke podnesu prigovor protiv postavljenih pitanja, o kojima je trebao odlučivati sud (§.94.). Također, po prvi puta je predviđena mogućnost da sud kada smatra da je odgovor porotnika nejasan, nepotpun ili sam sebi proturječan, ponovi postavljeno pitanje i uputi porotnike na ponovno vijećanje (§.106.). Ako je okrivljenik bio proglašen krivim, a sud je smatrao da su se porotnici prevarili u glavnoj stvari, mogao je donošenje odluke prepustiti idućem porotnom zasjedanju i time predmet dostaviti pred drugu porotu (§.107.).

6. TISKOVNI ZAKONI OD 13. I 14. OŽUJKA 1849.

Budući da je iskustvo pokazalo brojne nedostatke tiskovnih naredbi od 18. svibnja 1848., vladar je carskim patentima sredinom ožujka 1849. godine izdao dva

41 Zimprich, S., *Historische Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Geschworenengerichtsbarkeit in Österreich*, doktorska disertacija, Wien, 1995., str. 33.

42 *Entwurf einer provisorischen Vorschrift über das Verfahren in Criminalfällen mit Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Schwurgerichten*, Wien, Aus der kaiserl. königl. Hof- und Staats-Druckerei, 1849.

43 Paffy, J. E., *Bemerkungen über den neuen Entwurf einer provisorischen Vorschrift über das Verfahren in Criminalfällen mit Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Schwurgerichten*, Oesterreichische Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, god. 1849., Bd. 1., V. Heft, Wien, 1849., str. 324-325; Würth, J., op. cit., str. 44.

44 Holzmannhofer, W., op. cit., str. 13.

45 Stvarna nadležnost porotnog suda prema ovom nacrtu velikim se dijelom podudara s nadležnošću porote koja će biti predviđena ZKP-om 1850.

nova tiskovna zakona, kojima su spomenute tiskovne naredbe bile stavljene izvan snage: stroži Zakon protiv zlouporabe tiska od 13. ožujka 1849. i novi Propis o postupku u predmetima tiskovnih prijestupa od 14. ožujka 1849.

6.1. Zakon protiv zlouporabe tiska od 13. ožujka 1849.

Zakon protiv zlouporabe tiska od 13. ožujka 1849.⁴⁶ polazio je od načela da je sloboda tiska jedan od najvažnijih stupova ustavne države pa je kao takva bila zajamčena u §.5. Ožujskog ustava.⁴⁷ Novine je mogao izdavati svatko ali uz obvezu prethodne prijave državnom odvjetniku koji je imao sjedište u mjestu izdavanja. Ako se radilo o mjestu izdavanja u kojemu se nije nalazilo sjedište državnog odvjetnika, prijava se podnosila redarstvenim vlastima. Prijava je morala sadržavati: naslov novina, učestalost izlaženja, očitovanje radi li se o političkom listu ili ne, ime i prebivalište odgovornog urednika i tiskara te dokaz o plaćenju jamčevini u slučajevima u kojima je bila propisana (§.6.). U slučaju propuštanja prijave ili ako se njome ne bi dokazalo ispunjavanje zakonom određenih pretpostavki za izdavanje novina, državni odvjetnik, odnosno, redarstvene vlasti mogle su obustaviti njihovo izdavanje. Ovime je bio omogućen učinkovit nadzor državne vlasti nad tiskom, kao i sprječavanje mogućih zlouporaba.

Odgovorni urednik morao je biti austrijski državljanin, s navršениh 24 godine i prebivalištem u mjestu izdavanja. Od toga su bile isključene osobe proglašene krivima za zločin ili teški redarstveni prijestup počinjen iz koristoljublja ili povredom javnog ćudoređa (§.8.). Za sadržaj novina, zajedno s autorom, solidarno je odgovarao i svaki odgovorni urednik, osim ako dokaže da je članak kažnjivog sadržaja bio primljen bez njegove očite volje ili bez njegova znanja i krivnje (§.43.). Ako ovim zakonom nije bilo drugačije određeno, osoba koja je putem tiska počinila radnju koja je bila kažnjiva prema postojećem općem materijalnom kaznenom zakonu, potpadala je pod kaznu ustanovljenu tim zakonom. Kada se radilo o novinama za koje se plaćala jamčevina, pored zakonite kazne izricao se i gubitak jamčevine u razmjernom iznosu (§.22.). Privremena obustava u trajanju do tri mjeseca mogla se izreći u slučaju ponovne osude tiskopisa koji je ranije već bio kažnjen zbog kakvog prijestupa iz ovoga zakona te ako su postojale posebno otegotne okolnosti (§.39.). Osuđujućom je presudom bilo moguće odrediti i ukidanje ili uništenje tiskopisa (§.40.). Odgovarajuće odredbe općeg kaznenog zakona o supočiniteljstvu i sudioništvu trebale su se primjenjivati ako se dokaže da je neka osoba morala prepoznati da se radi o kažnjivom sadržaju tiskopisa te je usprkos tome na bilo koji način sudjelovala u njegovom tiskanju ili raspačavanju (§.44.).

Ovim su zakonom bili propisani sljedeći tiskovni prijestupi: poticanje na nasilno odvajanje pojedinih dijelova države; izazivanje ili povećavanje opasnosti za državu

46 Kaiserliches Patent vom 13. März 1849, gültig für Oesterreich ob und unter der Enns, Salzburg, Steiermark, Kärnthen und Krain, Görz und Gradiska, Istrien, Triest, Tirol und Vorarlberg, Böhmen, Mähren, Schlesien, Galizien und Lodomerien, Krakau und Bukowina; enthaltend das Gesetz gegen den Mißbrauch der Presse, Allgemeines Reichs- Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, god. 1849., br. 161., Wien, 1850., str. 178-186.

47 Liszt, F. v., op. cit., str. 14; Winckler, J., op. cit., str. 81.

od izvanjskog neprijatelja, pobune ili građanskog rata; poticanje na nasilnu promjenu ustava, na nasilne povrede ili pogibeljne prijetnje usmjerene protiv osobe vladara ili na njegovo sprječavanje u vršenju vladarskih ovlasti; poticanje na nasilno ometanje ili sprječavanje saziva i djelovanja centralnog parlamenta i pokrajinskih sabora, sve zapriječeno kaznom teške tamnice od 2 do 10 godina (§.23.). Nadalje, napad na nepovredivost i neodgovornost osobe vladara, s kaznom tamnice do 2 godine (§.24.), psovke ili druge povrede dužnog poštovanja prema osobi vladara, s kaznom teške tamnice do 3 godine (§.25.), pozivi na neposlušnost, ustanak ili otpor protiv zakona, naredaba i sudskih odluka; poticanje na neprijateljstvo prema različitim narodnostima, vjerama, društvenim klasama i korporacijama Carevine, s kaznom tamnice do 2 godine (§.26.), uvrede protiv ustava Carevine ili pojedinih država; pozivanje na pljačku i općenito djela koja su zabranjena kaznenim zakonom, također s kaznom tamnice do 2 godine (§.27.), širenje javnih glasina koje mogu ugroziti javnu sigurnost, zapriječeno oštrim zatvorom do 3 mjeseca (§.28.), objavljivanje sadržaja kaznenih istraga koje su u tijeku, ako je to po zakonu bilo zabranjeno; objavljivanje glasovanja sudaca i porotnika, s kaznom zatvora do 3 mjeseca (§.29.), napadi na javno ćudoređe i širenje pornografije, zapriječeno sa zatvorom do 6 mjeseci (§.30.), neosnovano okrivljenje druge osobe za kakav nepošteni ili nemoralni čin, zapriječeno kaznom oštrog zatvora do 6 mjeseci, osim ako se njegovo djelo može kvalificirati kao "potvora", lažno prijavljivanje kaznenog djela (§.31.), uvrede časti i objavljivanje stvari iz privatnog obiteljskog života, s kaznom zatvora do 3 mjeseca (§.32.). Na isti način trebalo se kažnjavati i uvrede časti koje su bile upravljene protiv obitelji, javnih vlasti, pojedinih organa vlade u pogledu njihova službenog djela ili protiv zakonito priznatih skupova, protiv narodnosti, vjera ili društvenih klasa (§.33.). Objektom tiskovnih prijestupa naznačenih u potonjim §§.31. i 32. mogli su biti i pokojnici, u kojem su slučaju njihovi krvni srodnici, bračni drug, roditelji i posvojitelji, djeca i posvojenici, skrbnici i šticićnici, tazbinski srodnici u prvom i drugom stupnju mogli zahtijevati, radi zaštite časti pokojnika, kazneni progon počinitelja tiskovnog prijestupa (§.34.). Također, kao prijestup je bilo predviđeno oglašavanje i pozivanje putem tiska na donacije radi nadoknade propale jamčevine, pokrića novčane kazne ili naknade štete do kojih je došlo zbog počinjenja kakvog tiskovnog prijestupa, zapriječeno zatvorom do mjesec dana (§.35.).

Kažnjivost svih ranije navedenih tiskovnih prijestupa nastupala je od početka izdavanja i raspačavanja kažnjivog tiskopisa (§.36.).

6.2. Propis o postupku u predmetima tiskovnih prijestupa od 14. ožujka 1849.

Propis o postupku u predmetima tiskovnih prijestupa od 14. ožujka 1849.⁴⁸

48 Kaiserliches Patent vom 14. März 1849, giltig für Oesterreich ob und unter der Enns, Salzburg, Steiermark, Kärnthen und Krain, Görz und Gradiska, Istrien, Triest, Tirol und Vorarlberg, Böhmen, Mähren, Schlesien, Galizien und Lodomerien, Krakau und Bukowina; womit das Verfahren in Preß-Uebertretungsfällen festgesetzt wird, Allgemeines Reichs- Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, god. 1849., br. 164., Wien, 1850., str. 187-200.

normirao je način postupanja u slučaju zlouporabe tiska. Velikim dijelom počivao je na Bachovom nacrtu provizornog zakona o postupku u kaznenim predmetima, uz preuzimanje nekih elemenata iz ranije Provizorne naredbe o postupku u tiskovnim predmetima od 18. svibnja 1848.⁴⁹

Povrede Zakona protiv zlouporabe tiska od 13. ožujka 1849. koje su bile počinjene sadržajem kakvog tiskopisa, trebali su istraživati i kažnjavati postojeći tiskovni sudovi⁵⁰, uz sudjelovanje porote koja je odlučivala o pitanju je li netko kriv ili ne (§.2.). Tiskovni sud činilo je peteročlano sudsko vijeće (uključujući i predsjedatelja) i 12 porotnika (§§.39-40.). Kako bi se u praksi otklonile poteškoće pri određivanju mjesne nadležnosti, bilo je propisano da je kod periodičnih tiskopisa nadležan sud prema mjestu izdavanja, a u slučaju ostalih tiskopisa sud prema mjestu njihova raspačavanja.⁵¹

U skladu s usvojenim optužnim načelom, kazneni postupak u predmetima tiskovnih prijestupa pokretao se povodom tužbe državnog odvjetnika ili privatnog tužitelja (§§.3-4.). U pravilu je državni odvjetnik progonio tiskovne prijestupe po službenoj dužnosti, uz iznimku rijetkih slučajeva kada se kazneni postupak mogao pokrenuti samo tužbom povrijeđene privatne osobe.⁵² Tužba je morala sadržavati naznaku odredbe koja je povrijeđena te dijelove tiskopisa kojima je povreda bila učinjena (§§. 11-12.).

Glavna rasprava bila je javna i usmena (§.3.). Poučeni iskustvom s tiskovnim postupcima koji su bili vođeni tijekom revolucionarne 1848. godine, ovim su propisom bila uvedena ograničenja u pogledu javnosti rasprave. Pored isključenja maloljetnika i naoružanih osoba, propis je predvidio da sud može isključiti javnost s rasprave ne samo radi zaštite ćudoređa, nego i ako se zbog bučnog ponašanja slušateljstva javna rasprava ne bi mogla nastaviti na dostojanstven način koji priliči sudu (§§.26-28).⁵³

U pogledu pretpostavki za porotničku službu i sastavljanja porotničkih imenika, izrijekom je bilo predviđeno naknadno donošenje posebnog provizornog zakona o sastavljanju porotničkih imenika. Nakon što su, sukladno najavljenom provizornom zakonu, porotnički imenici bili sastavljeni i dostavljeni tiskovnom sudu, u njemu naznačena imena trebala su biti određenog dana, uz sudjelovanje javnosti, ždrijebom razdijeljena na nizove od 100 imena. Ždrijebom se trebao odrediti i redoslijed za čitavu godinu, po kojem će ti nizovi od 100 imena mjesečno sačinjavati porotni sud (§.31.).

Tri dana prije početka zasjedanja tiskovnog suda, iz 100 imena koja su taj mjesec bila na redu, javnim ždrijebanjem pri sudu određivalo se 45 porotnika koji su se

49 Holzmannhofer, W., op. cit., str. 13-14; Liszt, F. v., op. cit., str. 16; Zimprich, S., op. cit., str. 34.

50 Korištenjem formulacije "postojeći tiskovni sudovi", Propis o postupku u predmetima tiskovnih prijestupa od 14. ožujka 1849. zapravo se poziva na odgovarajuće odredbe prethodne Provizorne naredbe o postupku u tiskovnim predmetima od 18. svibnja 1848.

51 Lienbacher, G., *Historisch-genetische...*, cit., str. 29.

52 Kazneni postupak u tiskovnim prijestupima pokretao se na zahtjev povrijeđene osobe samo u slučajevima uvrede časti počinjene putem tiska koje su bile propisane u §§.31., 32., 33. lit. a i 34. Zakona protiv zlouporabe tiska od 13. ožujka 1849. Würth, J., op. cit., str. 67.

53 Spomenuta odredba neće biti preuzeta u ZKP-u 1850. Lienbacher, G., *Historisch-genetische...*, cit., str. 29-30; Olechowski, T., op. cit., str. 319-320.

pozivali na raspravu (§.32.). Popis navedenih 45 porotnika morao se dostaviti tužitelju i optuženiku dan prije početka zasjedanja. Ova obavijest nije smjela uslijediti ni prije, niti kasnije (§.33.). Ukoliko se na dan rasprave ne pojavi najmanje 36 porotnika, predsjednik je taj broj morao nadopuniti tako da iz niza porotnika određenih za tekući mjesec novim ždrijebanjem odredi onoliko porotnika, koliko ih nedostaje do broja 36 (§.34.). Porotnici koji su bez opravdanog razloga izostali ili su napustili zasjedanje prije kraja, kažnjavali su se novčanom kaznom u iznosu od 20 do 50 guldena. Kaznu je izricao sud u korist siromaha onoga mjesta gdje se nalazilo sjedište tiskovnog suda (§.35.).

Porotnička klupa, koja je trebala sudjelovati u suđenju konkretne stvari, sastavljala se neposredno prije početka glavne rasprave, u nazočnosti državnog odvjetnika/privatnog tužitelja, optuženika i pozvanih porotnika. Nakon poimenične prozivke pozvanih porotnika, imena nazočnih bila su stavljena u posudu iz koje ih je potom izvlačio predsjednik. Nakon što bi predsjednik izvukao pojedino ime i pročitao ga, stranke su mogle izvršiti svoje pravo na neobrazloženo izuzeće, i to najprije optuženik pa potom tužitelj. Obje stranke su imale pravo na jednak broj izuzeća, a ako je broj porotnika koji su ostali u posudi bio neparan, optuženik je imao pravo na jedno izuzeće više. Porotnička klupa bila je sastavljena čim je bilo izvučeno 12 neotklonjenih imena porotnika ili čim je u posudi ostalo toliko imena da, s već izvučenim, a neotklonjenim, daju broj 12. U pravilu je dostajao samo jedan zamjenik porotnika, no ako je postojala mogućnost da će rasprava trajati duže, ždrijebom su mogla biti određena dva ili čak tri zamjenika (§§.36-39.).

Nakon što je porotnička klupa bila sastavljena, 12 glavnih porotnika i njihovi zamjenici zauzimali su svoja mjesta po ždrijebom ustanovljenom redu. Potom je slijedila prisega porotnika, pri čemu im se predsjednik obraćao propisanom formulom prisege.⁵⁴ Nakon toga je svaki poimence prozvani porotnik podignuvši ruku trebao izjaviti: “Prisežem da ću se tako vladati, tako mi Bog pomogao” (§.41.).

Po zaključenju glavne rasprave, predsjednik je trebao, bez iznošenja osobnog mišljenja, dati kratki prikaz bitnog sadržaja rasprave, protumačiti zakonske odredbe koje je trebalo primijeniti i naposljetku, pročitati naglas pismeno sastavljena pitanja na koja porotnici moraju odgovoriti (§.49.). Formulacija pitanja morala je biti takva da se utvrdi je li okrivljenik kriv za tiskovni prijestup za koji je optužen, pod okolnostima sadržanim u optužbi. Svako je pitanje moglo sadržavati samo jednu pojedinu okolnost i postavljalo se tako da se odgovor mogao sastojati samo iz “JEST” ili “NIJE”. Predsjednik je morao upozoriti porotnike na dužnost da se posebno očituju o svakom pitanju (§.50.). Državni odvjetnik i stranke su protiv postavljenih pitanja mogli uložiti prigovor o kojem je odlučivao sud (§.51.).

Ako se nisu mogli odmah dogovoriti o odluci, porotnici su se s postavljenim

54 Formula prisege u prijevodu s njemačkog jezika glasila je: “Obećajte i zakunite se pred Bogom i ljudima, da ćete savjesno proučiti dokaze, koji će biti izvedeni protiv optuženika, da ćete uzeti u obzir sve što optuženiku ide na korist, kao i na štetu; da se nećete s nikim dogovarati prije negoli donesete svoju odluku; da se nećete povesti osjećajima ugodnosti ili mržnje, naslade na tuđem zlu i straha; nego da ćete o svim dokazima iznijetim na korist ili štetu optuženika čvrsto odlučiti kao poštenjaci i slobodnjaci po vašoj savjesti i potpunom uvjerenju”. §.41., Kaiserliches Patent vom 14. März 1849..., op. cit., str. 194.

pitanjima, bilješkama načinjenim tijekom rasprave i tiskopisom na koji se odnosila optužba, povlačili u zasebnu prostoriju za vijećanje. I ovim je propisom izrijekom bilo zabranjeno porotnicima dati spise koji su nastali tijekom istrage. Porotnici su između sebe najprije izabirali pročelnika koji će upravljati njihovim glasovanjem (§.52.). Porotnici nisu smjeli napustiti prostoriju za vijećanje prije no što donesu svoj pravorijek, a ako bi se javila potreba za razjašnjenjem ili poukom, mogli su ga zatražiti od predsjednika koji je na njihov zahtjev trebao doći k njima. Osim predsjednika, nitko nije smio ući u sobu za vijećanje, bez pismenog ovlaštenja od strane predsjednika. Porotnika, koji bi postupio suprotno navedenom, sud je mogao osuditi na novčanu kaznu do 100 guldena. Svatko drugi, koji bi povrijedio ovu odredbu, mogao je biti kažnjen zatvorom do 24 sata (§.53.).

Porotnici su na svako postavljeno pitanje, je li okrivljenik kriv ili ne, morali odgovoriti s “JEST ili NIJE”; svaki drugi odgovor nije bio dopušten. Pri odlučivanju, nisu bili vezani uz nikakvu određenu vrstu dokaza, nego su sudili prema svome “unutrašnjem” uvjerenju. Nisu bili dužni navesti razloge svoje odluke (§.54.). Pročelnik porotnika je trebao, sukladno rezultatima glasovanja, uz svako pitanje pridodati “JEST ili NIJE” i na kraju potpisati ispravu koja je sadržavala pitanja i odgovore (§.55.). Za donošenje odluke kojom se potvrđuje pitanje o krivnji bila je potrebna dvotrećinska većina glasova, u protivnom izricao se pravorijek “nije kriv” (§.56.).

Nakon što su donijeli odluku, porotnici su se vraćali u sudnicu i ponovno zauzimali svoja mjesta. Na upit predsjednika što su odlučili, pročelnik porotnika se trebao ustati i položenom rukom na prsa odgovoriti: “Tako mi moga poštenja i moje savijesti, pred Bogom i ljudima, odluka porotnika glasi: na prvo pitanje “JEST (NIJE)”; na drugo pitanje “JEST (NIJE)” i tako dalje”. Ispravu koja je sadržavala pitanja i odgovore pročelnik porotnika je predavao predsjedniku, koji ju trebao potpisati zajedno sa svojim zapisničarom (§.57.). Ako je porota utvrdila da optuženik nije kriv, predsjednik je bez prethodnog savjetovanja s drugim sucima izricao oslobađajuću presudu. U oslobađajućoj presudi trebalo se izreći puštanje optuženika na slobodu, ako se nalazio u zatvoru, a nije bilo drugih razloga da se tamo zadrži, kao i povratak jamčevine, ako je ona bila položena (§.58.).⁵⁵ Ako su pak porotnici utvrdili da je optuženik kriv, tada je državni odvjetnik (bez obzira na to je li optužba potekla od njega ili od privatnog tužitelja) trebao predložiti kaznu. Potom je predsjednik pozivao optuženika da dade svoja očitovanja, koja više nisu smjela dovoditi u pitanje okolnosti koje su bile ustanovljene izrekom porotnika. Navedena očitovanja mogla su biti upravljena samo k dokazivanju da prijestup za kojega je optuženik bio proglašen krivim po zakonu nije kažnjiv ili da predložena kazna nije u skladu sa zakonom (§.59.).

Odluku o mjeri kazne donosilo je sudsko vijeće, tajnim vijećanjem i apsolutnom većinom glasova, pri čemu nije bilo moguće izreći veću kaznu od one koju je predložio državni odvjetnik (§§.60-61.). U osuđujućoj presudi optuženiku se nalagala naknada sudskih troškova (§.62.). U pogledu naknade i zadovoljštine koja bi se zahtijevala u

55 Okrivljenik se u pravilu nalazio na slobodi. No, ako se optužba odnosila na tiskovni prijestup za kojeg se mogla izreći kazna tamnice u trajanju od 5 godina, sud je mogao odlučiti hoće li okrivljenik uz jamčevinu biti pušten na slobodu ili, pak, zadržan u zatvoru (§.16.).

slučaju osude optuženika, oštećeniku je na raspolaganju stajao redoviti pravni put (§.63.).

Tužitelj je mogao u svakom stadiju postupka, sve do objave presude, odustati od optužbe. U tim je slučajevima optuženik imao pravo zahtijevati da mu se naknade nastali i dokazivi troškovi i šteta. Ako je od optužbe odustao državni odvjetnik, naknada je išla na teret državne blagajne (§.66.).

Ovaj je propis također predviđao mogućnost donošenja oglušne presude. Bez obzira na izostanak uredno pozvanog optuženika s rasprave, suci i porotnici su trebali "nad njim svoju presudu izreći" (§.71.). Rok, prije čijega isteka nije bilo moguće izvršenje oglušne presude i unutar kojega je okrivljenik mogao zatražiti od suda, koji ju je izrekao, ponavljanje postupka i određivanje nove rasprave, bio je skraćen na osam dana (§.72.).

Jedini mogući pravni lijek protiv presude tiskovnog suda bila je ništavna žalba. Kao osnove za pobijanje presude navode se bitne povrede postupovnih odredbi i pogrešna primjena materijalnog prava. Ovlaštenici na ništavnu žalbu bili su državni odvjetnik, kao i svaki drugi tužitelj, optuženik i njegov branitelj. Izjava o tome da će se podnijeti ništavna žalba, kao i o razlozima za njezino podnošenje, podnosila se tiskovnom sudu u roku od tri dana od dana objave presude. Podnositelj ništavne žalbe mogao je odmah sa spomenutom izjavom predati tiskovnom sudu obrazloženu pismenu žalbu, ili je to mogao učiniti u daljnjem roku od osam dana. Po isteku navedenoga roka ili čim je podnositelj žalbe izjavio da neće podnijeti posebnu pismenu žalbu, tiskovni je sud sve spise konkretnog predmeta dostavljao Kasacijskom sudu u Beču. Tiskovni sud je bio dužan priopćiti protivnoj strani podnošenje ništavne žalbe (§§.75.-76.).

Kasacijski sud je o ništavnoj žalbi odlučivao na javnoj sjednici, u sastavu od najmanje šest vijećnika i predsjednika te uz pozivanje državnog odvjetnika i stranaka. Rasprava je započinjala izvješćem suca izvjestitelja, nakon čega su se trebali saslušati državni odvjetnik i stranke. Na njihov zahtjev čitale su se isprave, koje su bile pročitane pred prvostupanjским sudom, kao i zapisnik o glavnoj raspravi tiskovnog suda. Odluka se donosila tajnim vijećanjem, apsolutnom većinom glasova i potom se javno objavljivala zajedno s obrazloženjem (§.77.).

Ako je pobijana presuda ukinuta zbog toga što su suci svojom odlukom povrijedili zakon (pogrešna primjena materijalnog prava), Kasacijski sud je trebao odmah izreći novu presudu. Ako je pak presuda bila ukinuta zbog povrede zakona do koje je došlo tijekom postupka (bitna povreda postupovnih odredbi), tiskovnom sudu se nalagalo ponovno provođenje glavne rasprave, uz navođenje utvrđenih povreda kako bi iste bile izbjegnute u ponovljenoj raspravi. U slučaju postojanja posebnih okolnosti, Kasacijski je sud prema diskrecijskoj ocjeni mogao naložiti da se nova glavna rasprava održi pred drugim tiskovnim sudom (§.78.).

6.3. Pretpostavke za porotničku službu i sastavljanje porotničkih imenika

Kao što je ranije navedeno, pretpostavke za porotničku službu, kao i način sastavljanja porotničkih imenika, bili su normirani posebnim zakonom koji je bio naknadno donesen carskim patentom od 11. rujna 1849., čime je uveden kratki

Provizorni propis o sastavljanju porotničkih imenika za tiskovne sudove⁵⁶.

Poučeni iskustvom da izbor porotnika nije moguće prepustiti slučajnom izboru, ovim se propisom težilo tome da se porotni sud zaista utemelji na općini iz koje je on u svom povijesnom razvoju i proizašao.⁵⁷ Sve dok ne zaživi nova organizacija općina predviđena Privremenim zakonom o općinama od 17. ožujka 1849. (tzv. Stadionov zakon) te dok se u svim pojedinim krunovinama ne provede nova organizacija sudskih i političkih vlasti, porotnici su se za potrebe tiskovnih sudova trebali uzimati iz općina onih gradova, u kojima se nalazilo sjedište tiskovnog suda. Propis je pritom računao s time da se ponekad u manjim mjestima neće moći pronaći 300 osoba sposobnih za porotničku službu te je za taj slučaj odredio da se porotnici koji nedostaju mogu uzeti iz obližnjih općina (§.1).

Demokratsko načelo kod oblikovanja porotničkih lista u stvarnosti je bilo posve potisnuto.⁵⁸ Umjesto njega, predviđeni su uobičajeni sustav kombinacije intelektualnog i poreznog cenzusa kao pretpostavka za obnašanje porotničke službe, suradnja državnih i autonomnih (općinskih) organa pri sastavljanju porotničkih imenika, sastavljanje različitih imenika (općinskog porotničkog imenika, glavnog imenika i godišnjeg imenika) kombinacijom svjesnog izbora potencijalnih porotnika i njihovog određivanja putem ždrijeba.⁵⁹

Pretpostavke za porotničku službu bile su znatno pooštrene: muški spol, najniža životna dob od 30 godina, znanje čitanja i pisanja, nastanjenost u općini u kojoj se nalazi najmanje godinu dana te uvođenje poreznog cenzusa, i to u manjim mjestima od 5 fl. godišnjeg poreza, a u mjestima s više od 10.000 stanovnika od 10 fl. godišnjeg poreza. Tadašnji ministar pravosuđa Schmerling opravdao je isključenje slabije oporezivanih time što obnašanje porotničke službe djeluje opterećujuće i iziskuje mnogo vremena pa se njihovim isključenjem pravedno uzima u obzir njihovo slabije imovno stanje.⁶⁰ Uz porezni cenzus, alternativno je bio postavljen i intelektualni cenzus prema kojem je porotnikom mogla biti osoba koja nije plaćala navedeni godišnji porez, ali je na temelju svojih osobnih karakteristika posjedovala aktivno izborno pravo u nekoj od općina austrijskih krunovina (§.2.).

Od porotničke su službe, zbog naravi službe koju vrše, a koju je zakonodavac smatrao nespojivom sa službom porotnika, bile isključene sljedeće osobe: dušobrižnici

56 Kaiserliches Patent vom 11. September 1849, giltig für alle Kronländer, in welchen das Allerhöchste Patent vom 13. März 1849 gegen den Mißbrauch der Presse in Wirksamkeit steht, womit eine provisorische Vorschrift über die Bildung der Geschwornenlisten für die Preßgerichte erlassen und vom Tage der Kundmachung in Wirksamkeit gesetzt wird, Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, god. 1849, br. 388., Wien, 1850., str. 703-706.

57 Već je Feuerbach u svom djelu *Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht* naveo da se odabir porotnika iz puka može provoditi samo putem javnih službenika. Tako je, primjerice, naveo da porotničke imenike u Engleskoj sastavlja *sheriff* pojedine grofovije, a u Francuskoj prefekt pojedinog departmana. Feuerbach, P. J. A., *Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht*, Landeshut, Bei Philipp Krüll, Universitätsbuchhändler, 1813., str. 19; Würth, J., op. cit., str. 106.

58 Olechowski, T., op. cit., str. 312.

59 Liszt, F. v., loc. cit.

60 Olechowski, T., loc. cit.

svih zakonski priznatih crkvi i vjerskih zajednica, pučki učitelji, službenici i vojne osobe koje se nalaze u aktivnoj službi (§.3.). Nesposobni za porotničku službu bili su: osobe pod skrbništvom, sudskim putem utvrđeni rasipnici, kao i svi oni koji zbog tjelesnih ili duševnih mana ne mogu ispunjavati dužnosti porotnika. Pritom zakon, primjerice navodi gluhe, slijepe, nijeme i slaboumne osobe (§.4.). Budući da porotnička služba pretpostavlja čestitost onih koji ju obnašaju, od nje su bile isključene osobe koje su proglašene krivim za kakav zločin ili teški politički prijestup počinjen iz koristoljublja ili povredom javnog ćudoređa; zatim, osobe koje su zbog kakve druge povrede zakona bile osuđene na kaznu zatvora u trajanju od najmanje šest mjeseci, kao i osobe nad čijom je imovinom pokrenut stečaj (§.5.).

Propis je predvidio da određene osobe imaju pravo otkloniti porotničku službu. To su bile osobe koje su navršile 65 godina života, kao i one osobe, koje su kao glavni ili zamjenski porotnici, tijekom jednog zasjedanja porotnog suda izvršile svoju dužnost. U potonjem slučaju, kako bi ostvarili mogućnost otklona, morali su unutar roka predviđenog za podnošenje prigovora protiv općinskog porotničkog imenika, izričito se protiviti upisu u porotnički imenik za sljedeću godinu (§.6.).

Sastavljanje porotničkih imenika više nije bilo prepušteno narodnom izboru, već je bilo povjereno općinskoj samoupravi. Najprije je načelnik općine grada u kojem se nalazilo sjedište tiskovnog suda, zajedno s nekoliko članova općinskog poglavarstva, trebao sastaviti općinski imenik porotnika u kojega su se abecedno unosile sve osobe koje su u dotičnoj općini ispunjavale uvjete za porotničku službu (§.7.). Navedeni općinski imenik morao je biti osam dana javno izložen u sjedištu općinskog načelnika, a o njegovom je izlaganju javnost gradske općine morala biti na uobičajeni način obaviještena. Svaki član općine imao je pravo u roku od osam dana, računajući od posljednjeg dana izlaganja općinskog imenika, podnijeti prigovor zbog toga što su iz imenika izostavljene osobe koje po zakonu ispunjavaju pretpostavke za porotničku službu, odnosno, zbog toga što su bile unesene osobe koje ne ispunjavaju zakonske pretpostavke (§.9.). O podnesenim prigovorima odlučivao je općinski načelnik. U slučaju osnovanog prigovora, općinski načelnik je ispravljao općinski porotnički imenik, pri čemu su učinjene promjene morale biti javno objavljene oglasom u sjedištu općine. Osoba koja je povodom prigovora bila brisana ili naknadno unesena u općinski imenik, morala je o tome biti obaviještena, isto kao i osoba za čiji je prigovor bilo utvrđeno da je neosnovan. U narednom roku od osam dana od objave učinjenih preinaka, svaki pripadnik općine mogao je uložiti žalbu okružnom kapetanu. Osobe koje su naknadno bile brisane ili unesene u općinski imenik te podnositelj prigovora koji je bio utvrđen kao neosnovan, također su mogle podnijeti navedenu žalbu okružnom kapetanu, s time da se kod njih rok od osam dana računao od primitka obavijesti (§.10.).

Po isteku roka za podnošenje prigovora protiv općinskog imenika, načelnik općine je dostavljao porotnički imenik svoje općine okružnom kapetanu, uz naznaku promjena koje su povodom prigovora bile učinjene, kao i prigovora koji su bili odbijeni. Primjerak općinskog porotničkog imenika morao je biti dostavljen i državnom odvjetniku koji je imao pravo žalbe kroz osam dana od primitka imenika (§.12.). O ovoj, kao i o ranije spomenutim žalbama, odlučivao je okružni kapetan zajedno s još

četiri delegirana člana općinskog poglavarstva grada u kojemu se nalazilo sjedište tiskovnog suda. Protiv njihove odluke postojala je također mogućnost žalbe, o kojoj je odlučivao tiskovni sud i protiv čije odluke više nije bilo dopušteno daljnje pravno sredstvo (§.13.).

Nakon što je općinski porotnički imenik na opisani način bio upotpunjen i ispravljen, okružni kapetan određivao je povjerenstvo sastavljeno od četiri do dvanaest članova općinskog poglavarstva grada u kojemu se nalazilo sjedište tiskovnog suda, koji su pod njegovim vodstvom trebali sastaviti glavni imenik porotnika i to "izabirući one osobe koje se zbog njihovog poštenja i dokazane razboritosti smatraju najsposobnijim za porotničku službu" (§.14.).⁶¹ Iz potonje formulacije jasno je proizlazilo da su porotnicima mogle postati samo one osobe koje su uživale povjerenje općinskih vlasti.⁶² Kako je prema statističkim podacima za 1846. godinu grad Trst imao 55,310 stanovnika, to je značilo da se na 200 osoba trebao izabrati po jedan porotnik. S obzirom na to da se radilo o gradu s više od 10,000 stanovnika, porezni cenzus za vršenje porotničke službe iznosio je 10 fl. godišnjeg poreza.⁶³

Između porotnika koji su na opisani način bili izabrani, određenoga se dana, pod vodstvom okružnog kapetana i pred općinskim poglavarstvom grada gdje se nalazilo sjedište tiskovnog suda, javnim postupkom ždrijebanja sastavljao godišnji imenik porotnika, tj. popis svih potencijalnih porotnika za sljedeću godinu. Sva imena porotnika, koja su bila unesena u glavni imenik, stavljala su se u posudu iz koje se potom izvlačio za svaki porotni sud točno određen broj porotnika⁶⁴, koji nije mogao biti manji od 200 niti veći od 800 (§.16.). Godišnji imenik porotnika objavljivao se u tisku i dostavljao predsjedniku tiskovnog suda, državnom odvjetniku, kao i svakom od naznačenih porotnika (§.17.).

6.4. Provedba tiskovnih zakona od 13. i 14. ožujka 1849.

Radi provedbe navedenih tiskovnih zakona, državnim je odvjetnicima 15. ožujka 1849. bila izdana uputa koja se odnosila na njihovo unutrašnje poslovanje. Ministarskom odredbom (*Justiz-Ministerial-Erlass*) od 17. ožujka 1849., kojom je spomenuta uputa državnim odvjetnicima bila priopćena, potvrđena je sloboda tiska uz uvjet da se ne izvrgne u razuzdanost i divljanje. Zbog velikog utjecaja tiska na javni, društveni pa i privatni život ljudi, državni odvjetnici imali su jednu od najvažnijih

61 Izbor se vršio tako da se za gradove s preko 100,000 stanovnika birao jedan porotnik na 400 osoba; za gradove s preko 50,000 stanovnika, birao se jedan porotnik na 200 osoba te za manje gradove po jedan porotnik na 100 osoba. Ukupni broj izabranih porotnika morao je barem za jednu petinu nadilaziti broj porotnika koji je bio ustanovljen za dotični tiskovni sud (§.15.).

62 Olechowski, T., loc. cit.

63 Uebersichts-Tafeln zur Statistik der österreichischen Monarchie, zusammengestellt von der k. k. Direction der administrativen Statistik. Besonderer Abdruck des X. und XI. Heftes der "Statistischen Mittheilungen", Wien, 1850., str. 3.

64 Tako je, primjerice, broj porotnika koji je trebalo unijeti u godišnji imenik za tiskovni sud u Zadru, koji je bio nadležan za područje Dalmacije, iznosio 200. Naredba Vlade od 31 Prosinca 1849, s' kojom se oznanjuje, da broj zakletnikah, koi ima se staviti u godišnji imenik radi sudovanja u pridmetima štampe u Zadru, ustanovljen je na dvista, List zakonah i spisah vlade za Krunovinu Dalmaciu, god. 1849, B.n. 98, str. 573-574.

zadaća u državi. O njihovom je oprezu, sposobnosti, marljivosti i osjećaju dužnosti u prvom redu ovisilo to, hoće li nemar u primjeni zakona protiv zlouporabe tiska i prelaženje preko kažnjivih ekscesa, dovesti do toga da se sloboda tiska premetne u drskost i neobuzdanost, a da dar slobode tiska, umjesto k dobrobiti, vodi k propasti. Stoga su državni odvjetnici bili dužni nadzirati novinstvo, izvještavati jednom mjesečno ministarstvo pravosuđa o njihovoj tendenciji, osiguravati da se tom ministarstvu dostavljaju obvezatni primjerci, plijeniti novine koje pišu provokativno te voditi registar u koji će se unositi podaci o pojedinim novinama.⁶⁵

Ipak, tiskovni zakoni od 13. i 14. ožujka 1849. bili su vrlo ograničenog djelovanja. Nužnost prijevoda ovih zakona na jezike pojedinih pokrajina, onemogućila je njihovu brzu objavu. Redoslijed njihove objave u austrijskim pokrajinama bio je sljedeći: 30. ožujka 1849. za Gornju Austriju i Dalmaciju; 2. travnja za Salzburg, Moravsku i Šlesku; 5. travnja za Češku; 10. travnja za Donju Austriju; 19. svibnja za Tirol i Vorarlberg; 31. svibnja za Austrijsko primorje (dakle, i za Istru); 20. kolovoza za Trst, Štajersku, Kranjsku i Korušku.⁶⁶ Ono što je dodatno odgodilo njihovu primjenu, bilo je odugovlačenje donošenja posebnog propisa o sastavljanju porotničkih imenika sve do rujna 1849. godine. Donošenje ovoga propisa predstavljalo je nužnu pretpostavku za primjenu tiskovnih zakona, budući da su porotnici, na temelju prethodne tiskovne naredbe od 18. svibnja 1848., bili izabrani samo na godinu dana, tako da je njihov mandat već bio istekao ili je, pak, bio pri kraju.⁶⁷

Primjena ovih tiskovnih zakona bila je ograničena i u teritorijalnom pogledu: do njihove primjene nije došlo u gotovo polovici austrijskih zemalja. U Beču, Pragu, Galiciji i Bukovini zbog ratnog stanja i unutrašnjih nemira bilo je proglašeno opsadno stanje, što je za posljedicu imalo suspenziju svih političkih novina, kao i suspenziju tiskovnih zakona.⁶⁸ U čemu se sastoji opsadno stanje bilo je predviđeno u §.12. Ožujskog ustava, prema kojemu je u slučaju rata ili unutrašnjeg nemira bilo moguće privremeno i na određenom području staviti izvan snage njegove odredbe kojima su se jamčili sloboda tiska (§.5.), pravo peticije (§.6.), sloboda okupljanja i udruživanja (§.7.), osobna sloboda svakog pojedinca (§§.8-9.), nepovredivost doma (§. 10.) i tajnost pisama (§.11.).

Iz naredbe kojom se ukida opsadno stanje za područje Trsta, Istre, Gorice i Gradiške, kao i iz povijesnih vrela, dolazimo do zaključka kako se pod opsadnim stanjem u razdoblju od 17. ožujka do 8. rujna 1849., zbog ponovnog sukoba koji je početkom 1849. izbio između Austrije i Pijemonta, nalazila i Istra (zajedno s Trstom i njegovom okolicom, Goricom i Gradiškom), zbog čega se može pretpostaviti da je

65 Lienbacher, G., *Historisch-genetische...*, cit., str. 30; Pederin, I., *Austrijski propisi o tisku i nadzor nad dalmatinskim tiskom (1848-1863)*, Bibliotekarstvo. Godišnjak društva bibliotekara Bosne i Hercegovine, Sarajevo, god. 32(1986), str. 107; Pederin, I., *Organi austrijskog nadzora nad tiskom u Dalmaciji poslije 1848.*, Arhivski vjesnik, Zagreb, god. 34-35(1991-92), sv. 35-36, str. 123.

66 Jedinstvena objava zakona u Sveopćem državno-zakonskom i vladnom listu za Carevinu austrijsku započet će tek od 1. listopada 1849. Olechowski, T., op. cit., str. 248.

67 Lienbacher, G., *Historisch-genetische...*, cit., str. 31.

68 Ibid.

i na tim područjima na snazi bila suspenzija političkih novina i tiskovnih zakona.⁶⁹ Naime, nakon što je Sardinija prekinula primirje, guverner Austrijskog primorja je 17. ožujka 1849. proglasio ratno stanje u čitavoj pokrajini.⁷⁰

Donošenjem Zakona o kaznenom postupku od 17. siječnja 1850., kojim je porota bila predviđena kao opći institut, Propis o postupku u predmetima tiskovnih prijestupa od 14. ožujka 1849. postao je suvišnim. Stoga je čl. II. uvedbene naredbe ZKP-a 1850. bio izrijekom ukinut, a odredbe koje su posebno regulirale postupak u tiskovnim predmetima bile su smještene u zasebno XXIV. poglavlje ZKP-a 1850. Time je tiskovno procesno pravo bilo ponovno uključeno u opće kazneno procesno pravo, a postupak pred porotnicima u tiskovnim predmetima više nije predstavljao jednu posve iznimnu proceduru već je bio podveden pod opće odredbe o kaznenom postupku.⁷¹ Zakon protiv zlorabe tiska od 13. ožujka 1849. ostao je na snazi sve do 1852. godine, kada je bio uveden novi Tiskovni red.⁷²

Na kraju, treba spomenuti da su austrijski tiskovni zakoni od 13. i 14. ožujka 1849. poslužili kao uzor za izradu hrvatskoga Privremenog zakona o štampi od 9. svibnja 1849., kojega je diktatorskom vlašću proglasio ban Jelačić. Ovim kratkim tiskovnim zakonom, koji je vrijedio na području Hrvatske i Slavonije, također je bila predviđena nadležnost porote za tiskovne delikte.⁷³

7. TISAK I POROTNO SUĐENJE U ISTRI 1848./1849.

Budući da je 1848./1849. porotno suđenje bilo uvedeno isključivo za tiskovne delikte, u nastavku će se ukratko izložiti stanje istarskog novinstva u promatranom razdoblju.

Polovinom 19. stoljeća u Istri još uvijek nije djelovala niti jedna tiskara. Prvi zabilježeni prijedlozi i pokušaji osnivanja tiskare u Istri vežu se uz 1848. godinu kada je istarski zastupnik Michele Fachinetti u parlamentu u Beču ukazao na potrebu osnivanja tiskare u Istri koja bi trajno tiskala novine i časopise posvećene problemima istarskog poluotoka, no taj se prijedlog ipak nije realizirao.⁷⁴

69 Benussi, B., op. cit., str. 526-527; Milanović, B., op. cit., str. 160; Erlaß des Ministeriums des Innern vom 8. September 1849, an den Herrn Landeschef in Triest und dem Küstenlande, womit die Aufhebung des Belagerungszustandes der Stadt Triest und ihres Gebietes, dann von Istrien, Görz und Gradiska verfügt wird, Allgemeines Reichs- Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Oesterreich, god. 1849, br. 385, Wien, 1850., str. 701-702.

70 Wiener Zeitung, br. 66, Wien, 18. III. 1849., str. 1.

71 Würth, J., op. cit., str. 743.

72 Cesarski patent od 27. Svibnja 1852., kojim se za svekolike krunovine cesarevine, izuzamši vojničku Krajinu, izdaje i, počamši od 1. Rujna 1852., u kriepost uvodi novi tiskovni red, a ukida zakon suprot zlorabi tiska od 13. Ožujka 1849 (br. 161 državo-zakonskoga lista), Sveobći državo-zakonski i vladni list za Cesarevinu Austrijsku, god. 1852, komad XXXVI., br. 122., str. 603-615.

73 Čepulo, D., op. cit., str. 928-930; Horvat, J., Povijest novinstva Hrvatske 1771-1939., Zagreb, Golden marketing - Tehnička knjiga, 2003., str. 144-148.

74 Bužleta, N., Tiskarstvo i nakladništvo u Istri 1859.-1941., Vjesnik bibliotekara Hrvatske, Zagreb, vol. 48, 3-4/2005, str. 210; Cella, S., Giornalismo e stampa periodica in Istria, Atti e memorie della società di archeologia e storia patria, Trieste, god. 56(1956), str. 124.

Prva moderna tiskara u Istri pod nazivom *Tipografia istriana* bit će osnovana tek 1859. godine, a utemeljili su je braća Antonio i Gaspare Coana koji su te iste godine doselili iz Venecije donijevši sa sobom potrebne tiskarske strojeve za pokretanje tiskarske djelatnosti. Osnivanje tiskare imalo je veliko značenje jer je omogućilo tiskanje i distribuciju raznovrsnih periodičkih publikacija na području Istre. Tjednik *L'Istriano* bile su prve novine koje su izlazile u Rovinju od 15. veljače 1860. do 31. srpnja 1861., a smatraju se prvim nakladničkim pothvatom u Istri.⁷⁵ Stoga, možemo reći da povijest istarskog novinstva *de facto* započinje tek šezdesetih godina 19. stoljeća.⁷⁶ Razloge relativno kasnog početka samostalnog razvoja istarskog tiska treba tražiti u nepostojanju odgovarajuće razvijenog građanskog sloja, kao i u činjenici da je Istra bila pretežno ruralna zemlja siromašnih resursa i s nedostatnim financijskim sredstvima. Potrebe malobrojnih čitatelja talijanskih novina u Istri mogla je zadovoljiti velika ponuda novina iz Trsta.⁷⁷

Do osnivanja tiskare u Istri periodičke su publikacije uglavnom pristizale iz Trsta koji je predstavljao tiskarsko središte pokrajine Austrijskog primorja. Trst je u to vrijeme bio gospodarsko, kulturno i intelektualno središte istarskih Hrvata i Slovenaca. Tradicija političkog novinstva u promatranom je razdoblju bila vrlo slaba, a zbog relativno malog broja pismenog stanovništva postojeće novine imale su malu nakladu u usporedbi s europskim omjerima. Revolucione 1848. godine, do proglašenja slobode tiska, u Trstu su izlazila samo tri značajnija lista: *L'Osservatore Triestino*, službeni list pokrajine; *Il Giornale di Lloyd Austriaco*, s podnaslovom "Trgovina-plovidba-industrija-javna ekonomija", koji je trebao zadovoljiti potrebu za razmjenom informacija između lučkoga grada Trsta i njegovih osiguravajućih društava, brodogradilišta i poduzeća za brodsku plovidbu te povijesno-znanstveni časopis *L'Istria*, kojeg je izdavao tršćanski odvjetnik i povjesničar dr. Pietro Kandler, a bavio se prvenstveno poviješću Istre i Trsta.⁷⁸ Izlazio je svakih tjedan dana od 1846. do 1852. Revolucionarna 1848. godina pretvorila je *L'Istriu* u političke novine koje su izvještavale o aktualnostima u političkom životu Trsta, novim zakonima i propisima, ustavnim odredbama, izborima, govorima i sl. U Istri je, osim organa vlasti i kulturnih institucija, *L'Istria* imala 151 pretplatnika (od čega u Pazinu 35, Poreču 18, Puli 15, Kopru, Novigradu i Umagu po 12, Rovinju 10, Vodnjanu 9, Motovunu 8, Piranu 5, Labinu 4, Bujama i Izoli po 3, Malom Lošinj, Buzetu, Krku i Sv. Mateju po 2).⁷⁹

75 Uzmemo li u obzir i slovenski dio Istre, tada se prvom periodičnom publikacijom u Istri smatra tjednik *Foglio Periodico Istriano*, koji je za vrijeme francuske vladavine izlazio u Kopru od 2. rujna 1807. do ožujka 1810. Utemeljio ga je prefekt Istarskog departmana Angelo Calafati. Tjednik je imao dvije rubrike: *Notizie esterne*, u kojoj su suhoparno prenošene novosti iz francuskog i talijanskog tiska i *Notizie interne*, sa službenim objavama i vijestima koje su se odnosile na Istru te drugim novostima. Kad je u ožujku 1810. preseljen u Trst, novo upravno sjedište Istre, promijenio je ime u *Foglio Periodico Triestino*. "Foglio Periodico Istriano", u: Istarska enciklopedija, Zagreb, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2005., str. 230.

76 Boaglio, G., *Das italienische Pressewesen*, u: Rimpler, H.; Urbanitsch, P. (ur.), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918, Band VIII/2*, Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2006., str. 2290, 2306.

77 Ibid., str. 2290.

78 Boaglio, G., op. cit., str. 2291-2292; Cella, S., op. cit., str. 123-124.

79 Bertoša, M., Povjesničar Pietro Kandler i njegov list "L'Istria" (uz jednu tršćansku nakladničku

Moguće je pretpostaviti da su čitatelji tiska koji se dostavljao iz Trsta u Istru bili uglavnom pripadnici talijanskog stanovništva koje je bilo ekonomski bolje situirano i pismeno te stoga pristupačnije novinstvu, za razliku od većinskog hrvatskoga seljačkog stanovništva. U tršćanskom su tisku već od kraja dvadesetih godina 19. stoljeća surađivali i pripadnici istarske talijanske inteligencije i to kao urednici i publicisti.⁸⁰

Revolucionarna 1848. godina na području Austrijskog primorja, u usporedbi s ostalim područjima Monarhije, protekla je relativno mirno. Vijest iz Beča o ukinuću cenzure 15. ožujka 1848. bila je dočekana sa spontanim odobravanjem. Posljedice pojačanog zanimanja za novine tijekom revolucionarnih godina 1848./1849. bile su povećanje njihova broja, kao i naklade i učestalosti izlaženja, što je vidljivo iz priložene tablice⁸¹:

1848. godina			
NAZIV PERIODIČKOG TISKOPISA	POČETAK IZLAŽENJA	MJESTO IZLAŽENJA	JEZIK
<i>L Accoppagamberi</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>L Angiolino</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>L Aurora</i>	1848. †	Gorica	talijanski
<i>Il buon popolano</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Il Costituzionale</i>	1848.	Trst	talijanski
<i>Il Diavoletto</i>	1848.	Trst	talijanski
<i>Der Freihafen</i>	1848.	Trst	njemački
<i>La Frusta</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>La Gazette di Trieste</i>	1848.	Trst	talijanski

inicijativu), Radovi Zavoda za hrvatsku pravnu povijest, vol. 17 (listopad 1984.), br. 1, Zagreb, str. 92-93.

80 Godine 1829. u Trstu se pojavio časopis *L Archeografo Triestino*, koji je izlazio do 1837., kada je s četvrtim sveskom zaključio svoju prvu seriju. U tom časopisu, koji se bavio i istarskom prošlošću, surađivalo je i nekoliko Talijana iz Istre. Od 1836. do 1846. izlazio je u Trstu časopis *La Favilla*, koji je predstavljao ogledalo književne i publicističke djelatnosti istarskih Talijana, iako su najistaknutiji suradnici bili Francesco Dall' Ongaro iz Veneta, Furlan Pacifico Valussi i Dalmatinac Niccolò Tommaseo. Lukežić, I., *Hrvatska periodika u Istri od 1900. do 1914. godine*, Nova Istra: časopis za književnost, kulturološke i društvene teme, Pula, vol. 1, 4/1996, str. 147; Milanović, B., op. cit., str. 109; Rojnić, M., *Nacionalno pitanje u Istri 1848-9*, *Historijski zbornik*, Zagreb, vol. 2, 1-4/1949, str. 86.

81 Oznaka † pored godine početka izlaženja, znači da je u godini, na koju se tablica odnosi, list prestao izlaziti. Tablica je izrađena prema: Winckler, J., op. cit.: *Tabelarische Verzeichnisse der während der Jahre 1848 bis 1873 in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern*, str. 19-25. Pritom su učinjene pojedine nadopune prema: Peruta, F. della, *Il giornalismo italiano del risorgimento*. Dal 1847 all' Unità, Milano, Franco Angeli, 2011., str. 116-119; Zenker, E. V., *Geschichte der Journalistik in Österreich*, Wien, Druck und Verlag der k. k. Hof- und Staatsdruckerei, 1900., str. 37.

<i>La gazetta in versi</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Giornale di Lloyd Austriaco</i>	1836. †	Trst	talijanski
<i>Il Giornale di Trieste</i>	1848.	Trst	talijanski
<i>Il Goriziano</i>	1848.	Gorica	talijanski
<i>Guardia nazionale</i>	1848.	Trst	talijanski
<i>Journal des österreichischen Lloyd</i>	1836. †	Trst	njemački
<i>L'Istria</i>	1846.	Trst	talijanski
<i>Il libero Triestino</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Le notizie del giorno</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Le notizie della sera</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>L'Osservatore Triestino</i>	1785.	Trst	talijanski
<i>Polichinello</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Popolo nei suoi diritti e nei suoi doveri</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Telegrafo del mattino</i>	1848.	Trst	talijanski
<i>Telegrafo della sera</i>	1848.	Trst	talijanski
<i>La voce del mattino</i>	1848. †	Trst	talijanski

Krajem 1848. u Trstu je bilo osnovano Slavjansko društvo, udruga koja je predstavljala početak organiziranja političkog i kulturnog života tršćanskih Hrvata i Slovenaca. Ono je već početkom 1849. godine pokrenulo kratkotrajni mjesečnik *Slavjanski rodoljub*, kao glasilo slavenofilske orijentacije, tiskano dvojezično: na hrvatskom i slovenskom jeziku. Sadržajno je doticao političke, kulturno-prosvjetne i gospodarske probleme. U prvom broju *Slavjanskog rodoljuba* pod naslovom "Dokaz vrvanja in delavnosti Slavjanskiga društva v Terstu od svojiga začetka do konca Februarja 1849." u nekoliko su točaka izneseni ciljevi ovoga društva. Znakovito je kako se među ciljevima navodi i institut porotnika, koji su pritom nazvani "prisežnicima u sudištah". Navedeno je kako ubuduće u kaznenim postupcima trebaju sudjelovati porotnici, tj. "prosti muži iz ljudstva", koji imaju po svojoj savjesti odlučivati o krivnji okrivljenika. Nadalje, istaknuta je važnost izbora porotnika jer o njihovoj odluci ovisi sudbina okrivljenika. Stoga je jedna od namjera Slavjanskog društva opominjati čitatelje da za porotnike izabiru one muškarce koji su neoskvrnjene i pravedne duše, razumne i poštovane osobe.⁸² *Slavjanski rodoljub* izlazio je od ožujka do kolovoza

82 Navedeni cilj glasio je: "g. Prisežnici u sudištah. Sudci u sudištah, za kaznovanje zločincah i zlobnikah bili su dosada carski uradniki, i postupalo se potajno i pismeno; odsada biti će sve to drugačije; jerbo postupalo bude se javno i očito, a sudci biti će prisežnici t. j. prosti muži iz ljudstva, koj imadu po svom savěstju, je li okrivan zločinstva kriv, ili je li nevin. Bratjo milena! ovo odabiranje prisežnikah u ta sudišta vëoma je važna i znamenita stvar; jerbo od njihovoga suda visi osuda okrivnenoga čovëka, toga božanstvenoga stvorenja, iz njihovog suda proiztiče življenje i smërt, sloboda i dugoletni zatvor, a proiztiče pako i mir, pokoj, i bezopasnost

1849., te se pojavilo svega šest brojeva. Od ožujka 1850. Slavjansko društvo je započelo s izdavanjem novog lista pod nazivom *Jadranski Slavjan* kao nasljednika svoga prvog glasila. Ovo glasilo, također, izašlo je u svega šest brojeva, do nastupanja Bachovog apsolutizma, kada su ponovno nastale teške prilike koje su onemogućavale njegovo daljnje izlaženje. *Jadranski Slavjan* organizirano se slao u Istru.⁸³

Prvi istarski talijanski list koji je izlazio u Trstu bio je *Il popolano dell' Istria*. Njegov pokretač i urednik bio je već spomenuti Michele Fachinetti iz Vižinade, nakon što mu je propao pokušaj osnivanja tiskare u Istri. Izlazio je svakih 15 dana, od 1. listopada 1850. do 2. rujna 1851. Pisao je o različitim neposrednim problemima pokrajine: gospodarstvu, obrazovanju, industriji i moralu. Tijekom izlaženja, list je započeo objavljivati i političke teme vezane uz Istru. Zastupao je liberalna stajališta pa su ga austrijske vlasti ometale cenzurom te su zahtijevale plaćanje visoke jamčevine koja je bila predviđena za političke tiskovine. Zbog toga je list ubrzo prestao izlaziti.⁸⁴

Novine su se iz Trsta u Istru redovito distribuirale poštom. Zbog slabe prometne povezanosti i nedovoljno razgranate mreže pošta pretplatnici izvan mjesta izlaženja novina svoj primjerak su ponekad dobivali i s nekoliko tjedana zakašnjenja.

U nastavku se radi preglednosti daje tablični prikaz najznačajnijih novina koje su tijekom 1849. i 1850. izlazile na području Austrijskog primorja.⁸⁵

1849. godina			
NAZIV PERIODIČKOG TISKOPISA	POČETAK IZLAŽENJA	MJESTO IZLAŽENJA	JEZIK
<i>Il Costituzionale</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Il Diavoletto</i>	1848.	Trst	talijanski
<i>E eco dell' Isonzo</i>	1849.	Gradiška	talijanski
<i>Der Freihafen</i>	1848. †	Trst	njemački
<i>La Gazette di Trieste</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Il Giornale di Trieste</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Il Goriziano</i>	1848. †	Gorica	talijanski
<i>Guardia nazionale</i>	1848.	Trst	talijanski

(sigurnost) imetka, koje bi valjda zločinci napastovali. Opomenjat Vas dakle nakani naše društvo, da za ovakove prisežnike odabirate muževe, koji jesu neoskvrnjene i pravedne duše, muževe razumne i u obće štovane. Dokaz vravnjanja in delavnosti Slavjanskiga društva v Terstu od svojiga začetka do konca Februarja 1849., Ivan Cerer (ur.), Trst, Loydova tiskarnica, 27. III. 1849., str. 4; Renko, S. (ur.), Slavjanski rodoljub. Mesečni časopis na svitlobo dan od Slavjanskiga društva v Terstu. Faksimile vseh šestih številka iz leta 1849., Trst, Založništvo tržaškega tiska, 1971., str. 8.

83 Strčić, P., *Novinstvo Hrvata u Istri do 1947. godine*, Istarski mozaik, Pula, vol. 5, 6/1968., str. 211.

84 Cella, S., loc. cit.; "Popolano dell' Istria, II", u: *Istarska enciklopedija*, op. cit., str. 613; Milanović, B., loc. cit.

85 Tabele su izrađene prema: Winckler, J., op. cit., str. 26-32; uz pojedine nadopune.

<i>E Istria</i>	1846.	Trst	talijanski
<i>Il messaggiere dell' Adria</i>	1849. †	Trst	talijanski
<i>E Osservatore Triestino</i>	1785.	Trst	talijanski
<i>Slavjanski rodoljub</i>	1849. †	Trst	hrvatski i slovenski
<i>Telegrafo del mattino</i>	1848. †	Trst	talijanski
<i>Telegrafo della sera</i>	1848. †	Trst	talijanski
1850. godina			
NAZIV PERIODIČKOG TISKOPISA	POČETAK IZLAŽENJA	MJESTO IZLAŽENJA	JEZIK
<i>Il Diavoletto</i>	1848.	Trst	talijanski
<i>L'eco dell' Isonzo</i>	1849. †	Gradiška	talijanski
<i>Görzer Zeitung</i>	1850.	Gorica	njemački
<i>Guardia nazionale</i>	1848.	Trst	talijanski
<i>Illustriertes Familienbuch</i>	1850.	Trst	njemački
<i>E Istria</i>	1846.	Trst	talijanski
<i>Jadranski Slavjan</i>	1850. †	Trst	slovenski
<i>Listino di Cambia valute</i>	1850.	Trst	talijanski
<i>Nota delle vendite</i>	1850.	Trst	talijanski
<i>E Osservatore Triestino</i>	1785.	Trst	talijanski
<i>Il Popolano dell' Istria</i>	1850.	Trst	talijanski
<i>Prezzi Correnti</i>	1850.	Trst	talijanski

8. ZAKLJUČAK

S obzirom na značaj tiska kao najprikladnijeg medija za širenje novih ideja i mobilizaciju političkih masa, sloboda tiska bila je proglašena kao prva tečevina revolucije 1848. Istovremeno s proglašenjem slobode tiska, najavljeno je donošenje tiskovnog zakona kojim je tu slobodu trebalo zaštititi, ali također i spriječiti njezinu zlouporabu. Uz slobodu tiska neodvojivo se povezivao zahtjev za porotnim suđenjem. Nositelji liberalnog pokreta isticali su kako je sloboda tiska bez porotnih sudova samo polovična sloboda, a u mnogim slučajevima čak može biti opasnija od cenzure. Porotno suđenje trebalo je jamčiti objektivnost i nepristranost suđenja za tiskovne delikte koji su uglavnom bili političke naravi.

Naredba ministarskog vijeća od 18. svibnja 1848. o postupku u tiskovnim predmetima, kojom je u austrijski pravni sustav prvi put uvedena porota, bila je kratkoga vijeka jer su se u praksi ubrzo pojavili nedostaci koji su se sastojali u nemogućnosti suzbijanja brojnih zlouporaba tiska. Glavni razlog tomu bile su suviše demokratske odredbe o porotnicima, kojima je bio predviđen "narodni"

izbor porotnika. Izorno sposobno stanovništvo grada u kojemu se nalazilo sjedište tiskovnog suda izborom trebalo je odrediti osobe koje će biti unesene u porotnički imenik, pri čemu su pretpostavke propisane za aktivno i pasivno biračko pravo bile relativno široko postavljene. To je omogućilo pretvaranje porote u sredstvo političke borbe pa je porota redovito oslobađala optuženike, usprkos dokazanoj krivnji za zlouporabe tiska. Pored toga, u Istri, kao i u ostalom dijelu Austrijskog primorja, državni odvjetnici dovodili su u pitanje obvezujuću snagu ove naredbe zbog toga što nije bila javno objavljena u službenim novinama pokrajine, *L'Osservatore Triestino*. Tiskovni sud nadležan za Istru, kao i za preostali dio Austrijskog primorja, nalazio se u Trstu i pred njime sve do 6. siječnja 1849. nije bila održana niti jedna tiskovna porotna rasprava, iako je u tijeku bilo više istraga.

S obzirom na brojne nedostatke u primjeni, navedena naredba sredinom je ožujka 1849. bila stavljena izvan snage, a umjesto nje je bio izdan novi Propis o postupku u predmetima tiskovnih prijestupa od 14. ožujka 1849., koji je, također, predviđao porotno suđenje za tiskovne delikte. Pretpostavke za porotničku službu i sastavljanje porotničkih imenika bile su normirane posebnim zakonom koji je bio naknadno donesen tek u rujnu. Poučeni iskustvom da odabir porotnika nije moguće prepustiti slučajnom izboru, ovim se propisom težilo k tome da se porotni sud zaista utemelji na općini, iz koje je on u svom povijesnom razvitku i proizašao. Porotnici su se i dalje trebali uzimati iz onih gradova u kojima se nalazilo sjedište tiskovnog suda. Demokratsko načelo pri oblikovanju porotničkih imenika bilo je potpuno potisnuto. Umjesto njega, predviđeni su kao pretpostavka za porotničku službu uobičajeni sustav kombinacije intelektualnog i poreznog cenzusa, suradnja državnih i općinskih organa pri sastavljanju porotničkih imenika te sastavljanje različitih imenika (općinskog, glavnog i godišnjeg porotničkog imenika) kombinacijom svjesnog izbora potencijalnih kandidata i njihova određivanja putem ždrijeba.

Primjena Propisa o postupku u predmetima tiskovnih prijestupa od 14. ožujka 1849. bila je vrlo ograničena. Nužnost prijevoda ovoga propisa na službene jezike pojedinih pokrajina onemogućila je njegovu brzu objavu. Primjenu je dodatno odgodilo odugovlačenje donošenja posebnog propisa o sastavljanju porotničkih imenika, koji je bio donesen tek u rujnu. Primjena je bila ograničena i u teritorijalnom pogledu jer do nje nije došlo u gotovo polovici austrijskih zemalja u kojima je zbog unutrašnjih nemira i ratnog stanja bilo proglašeno opsadno stanje, što je za posljedicu imalo suspenziju političkih novina i tiskovnih zakona. S obzirom na činjenicu da je ustanovljeno kako se pod opsadnim stanjem od 17. ožujka do 8. rujna 1849. nalazila i Istra (zajedno s Trstom i njegovom okolicom, Goricom i Gradiškom), i to zbog ponovnog sukoba koji je početkom 1849. godine izbio između Austrije i Pijemonta, vrlo je vjerojatno da je u navedenom razdoblju i ovdje na snazi bila suspenzija tiskovnih zakona i političkih novina.

Uvođenje porote za tiskovne delikte 1848./1849. za Istru nije imalo preveliko praktično značenje, imajući u vidu da u tom razdoblju u Istri još uvijek nije djelovala niti jedna tiskara koja bi tiskala novine i časopise posvećene problemima istarskoga poluotoka. Nepostojanje novina koje bi izlazile na području Istre, značilo je i odsustvo tiskovnih delikata koji bi njima mogli biti počinjeni. Povijest istarskoga novinstva

de facto će započeti tek šezdesetih godina, nakon osnivanja prve moderne tiskare u Rovinju 1859. godine. Razlozi relativno kasnoga početka razvoja istarskog tiska bili su nepostojanje odgovarajuće razvijenog građanskog sloja, pretežno ruralna narav Istre i siromaštvo resursima. Do osnivanja tiskare u Istri, malobrojnim čitateljima talijanskih novina u Istri, novine su uglavnom pristizale poštom iz Trsta. Trst je predstavljao tiskarsko središte cjelokupnog Austrijskog primorja te je stoga bio i sjedištem tiskovnog suda koji je prema navedenim tiskovnim zakonima 1848./1849. zajedno s porotom trebao suditi u predmetima tiskovnih delikata.

Summary

**FREEDOM OF PRESS AND JURY TRIAL IN ISTRIA
1848/1849**

In Istria, as a part of the Austrian legal system, jury trial was initially introduced in the revolutionary year of 1848 only for press offenses, in the framework of aspirations for freedom of thought and expression through the press, which represented the most appropriate medium for the dissemination of new ideas and mobilization of the political masses. Trial by jury was supposed to secure impartial and objective trials, which could not be expected of professional judges due to insufficient guarantees of their impartiality. This paper examines the press-related orders and laws passed during 1848 and 1849 which regulated the freedom of press and jury jurisdiction. On the basis of an analysis of the legislative framework, jurisprudence, and the Istrian press during the examined time period, the author has decided that the introduction of the freedom of the press and jury trials for press offenses in 1848/1849 on the territory of Istria didn't have a large practical significance.

Key words: *freedom of press, jury, Istria, year of 1848/1849.*

Zusammenfassung

**FREIHEIT DER PRESSE UND GESCHWORENENGERICHT
IN ISTRIEN 1848/1849**

In Istrien, als einem Teil der österreichischen Rechtsordnung, wurde das Geschworenengericht ursprünglich im Revolutionsjahr 1848 nur für Pressedelikte im Rahmen der Anstrengungen für die Freiheit des Denkens und des Ausdrucks der Presse eingeführt, die als das geeignetste Medium der Verbreitung neuer Ideen und Mobilisierung der politischen Massen galt. Das Geschworenengericht sollte einen unparteiischen und objektiven Rechtsverfahren ermöglichen, was von Berufsrichtern wegen unzureichender Garantien für ihre Unparteilichkeit nicht erwartet werden konnte. Dieser Artikel untersucht die mit der Presse verbundenen Aufträge und Gesetze in Jahren 1848 und 1849, welche die Freiheit der Presse und das Geschworenengericht regulierten. Anhand der Analyse des Rechtsrahmens, der Geschworenengericht und der Presse von Istrien während des untersuchten Zeitraums ist der Autor zum Entschluss gekommen, dass die Einführung der Freiheit der Presse und des Geschworenengerichts für Pressedelikte in den Jahren 1848 und 1849 auf dem Gebiet von Istrien keine große praktische Bedeutung hatte.

Schlüsselwörter: *Pressefreiheit, Geschworenengericht, Istrien, 1848/1849.*

Riassunto

LA LIBERTA' DI STAMPA ED IL SISTEMA GIUDIZIARIO FONDATO SULLA GIURIA NELL'ISTRIA NEGLI ANNI 1848/1849.

In Istria, in qualità di parte del sistema giudiziario austriaco il sistema giudiziario fondato sulle giurie venne introdotto nel rivoluzionario 1848 e ciò inizialmente soltanto per i delitti di stampa, in ragione della tendenza a proteggere la libertà di manifestazione del pensiero mediante stampa, la quale rappresentava tra i media quello più adatto per la diffusione di nuove idee e per la mobilitazione politica. Mediante le giurie si voleva garantire un processo equo ed oggettivo, il quale in assenza di sufficienti garanzie relative all'autonomia del potere giudiziario non ci si poteva aspettare dai giudici professionali. Nel lavoro si prendono in esame gli ordini scritti e le leggi emanati tra il 1848 ed il 1849, con i quali furono regolate la libertà di stampa ed il sistema giudiziario fondato sulla giuria. In base all'analisi del quadro normativo, della giurisprudenza e del giornalismo istriano nel periodo esaminato, l'autrice ha constatato come l'introduzione della libertà di stampa e della giustizia fondata sulla giuria per i delitti di stampa 1848/1849 per quanto concerne il territorio dell'Istria non abbia in pratica rappresentato un evento significativo.

Parole chiave: *libertà di stampa, giuria, Istria, anno 1848/1849.*

ULOGA I AKTIVNOSTI TIJELA UJEDINJENIH NARODA U ZAŠTITI DJECE U ORUŽANIM SUKOBIMA

Dr. sc. Sandra Fabijanić Gagro, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Lorena Poropat, mag. iur.
Vrsar

UDK: 341.231.14-053.2
Ur.: 9. listopada 2015.
Pr.: 20. studenoga 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Pretpostavlja se da danas oko 230 milijuna djece živi u ratnim okruženjima, a oko pet milijuna ih se nalazi izvan svojih domova zbog posljedica vezanih uz oružane sukobe. Neka od njih su pasivni promatrači bezumlja oko sebe; druga postaju aktivni sudionici sukoba. Obje su kategorije nesumnjivo duboko osjetljive i ranjive trenutno i dugoročno. Djetinjstvo u nesigurnom okruženju, u prisilnom izbjeglištvu, bez (oba ili jednog) roditelja, bez sigurnosti, hrane, školovanja, zdravstvene skrbi itd., nesumnjivo značajno utječe na psihofizički razvoj i budućnost djeteta. Pitanje zaštite djece za vrijeme trajanja oružanih sukoba pred Ujedinjenim narodima se pojavilo još 1990. godine, na Svjetskom sastanku na vrhu za djecu i od tada pratimo napore k poboljšanju položaja djece u oružanim sukobima svih relevantnih tijela te najmoćnije svjetske organizacije – Opće skupštine, Vijeća sigurnosti, glavnog tajnika, kao i posebnih tijela ustanovljenih upravo sa specifičnim ciljem zaštite i promocije prava djece u situacijama oružanih sukoba, kao što su Poseban predstavnik glavnog tajnika i Radna skupina za djecu i oružani sukob. Važno je, međutim, naglasiti – unatoč ranijim naporima, do 2005. godine nije postojao učinkoviti sustav koordinacije informacija prikupljenih na terenu. Tek unatrag deset godina možemo govoriti o koordiniranoj akciji različitih čimbenika unutar Ujedinjenih naroda i učinkovitijem sustavu nadzora i izvješćivanja o položaju djece i zaštiti njihovih prava u područjima zahvaćenim oružanim sukobima.

Ključne riječi: *oružani sukob, djeca, Ujedinjeni narodi, Vijeće sigurnosti, Opća skupština, glavni tajnik, Poseban predstavnik glavnog tajnika za djecu i oružani sukob, godišnja izvješća.*

“It is unforgivable that children are assaulted, violated, murdered and yet our conscience is not revolted nor our sense of dignity challenged. This represents a fundamental crisis of our civilization.”

Machel, G., Promotion and Protection of the Rights of Children, Impact of Armed Conflict on Children, par. 317

1. UVOD

Oružani sukobi su, neovisno o različitim kvalifikacijama, načinima vođenja i/ili (ne)postojanju međunarodnog okvira, oduvijek pratitelj ljudske povijesti. Svjedočili smo razaranjima i zločinima, (ne)uspjelim diplomatskim pokušajima okončanja ili barem smanjenja intenziteta sukoba, raspravama o nužnosti kažnjavanja počinitelja i posljedičnom osnivanju međunarodnih kaznenih sudova, kao i nastojanjima k ograničenju posljedica neprijateljstava usvajanjem međunarodnih dokumenata kojima je prvenstvena svrha humanizacija ratovanja i zaštita osoba pogođenih oružanim sukobom.

Posebno mjesto među osobama koje oružani sukobi bez sumnje iznimno pogađaju, svakako, zauzimaju djeca. Naime, djeca koja rastu u ratnim okruženjima nisu samo puki promatrači bezumlja koje ih okružuje. Ona se ubijaju, siluju, zlostavljaju, prekidaju školovanje, postaju ratna siročad; nasilno se novače i pritom postaju svjedoci ili aktivni sudionici sukoba, pa čak i počinitelji najtežih zločina.

Podatci prikupljeni s područja zahvaćenih oružanim sukobima ukazuju na brojku od oko 230 milijuna djece koja danas žive u ratnim okruženjima, a oko 5 milijuna djece je bilo prisiljeno napustiti svoje domove zbog posljedica vezanih uz oružane sukobe.¹ Takva djeca svakodnevno proživljavaju stres, depresiju, neizvjesnost i žive u strahu. Također, oružani sukob uvijek ostavlja prizmu dugoročnih posljedica za razvoj djeteta, usvajanje moralnih vrijednosti i formiranje njegove osobnosti. Djeca su osjetljiva, nesigurna i ranjiva, podložna manipulaciji i iskorištavanju odraslih i potrebno im je posvetiti posebnu pozornost i adekvatno ih zaštititi već tijekom trajanja oružanog sukoba. Okončanje određenog oružanog sukoba ne smije biti preduvjet za donošenje posebnih mjera usmjerenih na zaštitu djece od izravnih posljedica neprijateljstava i smanjenje traume. Dapače – kad je zaštita civila (a time i djece) u pitanju, potrebno je reagirati što je prije moguće i pronaći načine učinkovite i pravovremene reakcije, kako bi se na djecu što je moguće slabijim intenzitetom odrazile strahote te izvanredne situacije (što oružani sukob uvijek jest).²

Učinkovita zaštita djece u modernim oružanim sukobima nesumnjivo zahtijeva koordiniranu aktivnost svih aktera međunarodnih odnosa (i politike), posebice Međunarodnog odbora Crvenog križa, kao organizacije kojoj je primarni cilj zaštita žrtava i pružanje pomoći u izvanrednim situacijama sukoba te Ujedinjenih naroda, čija će se aktivnost i značaj u zaštiti te najosjetljivije kategorije žrtava oružanih sukoba podrobnije analizirati u nastavku rada.

Pojačanu pozornost pitanju zaštite djece u oružanim sukobima Ujedinjeni narodi iskazuju od početka posljednjeg desetljeća 20. stoljeća. Od tada pratimo kontinuirane napore Opće skupštine, Vijeća sigurnosti, glavnog tajnika, ali i posebnih

1 Iz izjave Leile Zerrougui, Posebne predstavnice glavnog tajnika za djecu i oružani sukob, *Open Debate of the Security Council on Children and Armed Conflict*, od 18. lipnja 2015.

2 U tom pravcu treba podržati primjere zemalja i sukobljenih strana koje su odlučile uspostaviti "koridore mira" za dopremu humanitarne pomoći ženama i djeci ili privremeno obustaviti neprijateljstva, kako bi se, primjerice, omogućilo cijepljenje i pružanje zdravstvenih usluga djeci i njihovim obiteljima u područjima zahvaćenim sukobima. Takva postupanja trebaju postati nužna u svim sličnim slučajevima.

tijela ustanovljenih upravo sa specifičnim ciljem zaštite i promocije prava djece u situacijama oružanih sukoba, kao što su Poseban predstavnik glavnog tajnika i Radna skupina za djecu i oružani sukob.

Važno je naglasiti, unatoč ranijim naporima, do 2005. godine nije postojao učinkoviti sustav koordinacije informacija prikupljenih na terenu. Tek unatrag deset godina možemo govoriti o koordiniranoj akciji različitih čimbenika unutar Ujedinjenih naroda i učinkovitijem sustavu nadzora i izvješćivanja o položaju djece i zaštiti njihovih prava u područjima zahvaćenim oružanim sukobima.

S druge strane, dokle god se pitanje zaštite djece u sukobima u kontinuitetu nalazi na dnevnom redu međunarodnih tijela, može se zaključiti i da je situacija daleko od optimistične. Suočavanje s ovim problemom stalno iziskuje dodatne napore i nove metode za smirivanje starih "ratnih žarišta" i pravovremene odgovore na nova. Ovaj će se rad baviti upravo naporima koje tijela Ujedinjenih naroda ulažu kako bi zaštita djece u oružanim sukobima zadovoljila osnovne kriterije zaštite njihovih prava i zahtjeva koji proilaze iz postulata međunarodnog humanitarnog prava.

2. MEĐUNARODNOPRAVNI OKVIR ZAŠTITE DJECE U ORUŽANIM SUKOBIMA

Prije razrade aktivnosti posebnih tijela koja se danas bave zaštitom djece u oružanim sukobima, nužno je izložiti kratak pregled osnovnih dokumenata koji čine temelj njihova djelovanja, a svojim sadržajem pokrivaju upravo taj specifičan segment međunarodnog, prije svega – humanitarnog prava. Pitanje zaštite djece u oružanim sukobima predstavljalo je jedno od prvih pitanja međunarodnog prava u odnosu na zaštitu djece i njihovih prava općenito.

Prvi pokušaji međunarodnopravnog uređenja tog pitanja, međutim, nisu polučili značajnije rezultate. Tako je, primjerice, Haška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu sadržavala tek načela poštovanja obiteljskog života,³ ali bez specificiranih odredbi usmjerenih isključivo na zaštitu djece. Općenita ideja o nužnosti zaštite djece prvi put je doživjela međunarodno priznanje 1924. godine usvajanjem Ženevske deklaracije o pravima djeteta,⁴ no, u odnosu na zaštitu djece u pogibeljnim okolnostima Deklaracija je sadržavala tek kratku odredbu da je u tim slučajevima nužno djeci prvog pružiti pomoć.⁵ Kasniji pokušaj Međunarodnog odbora Crvenog križa da se 1939. godine usvoji Konvencija o zaštiti djece u slučaju oružanih sukoba, spriječio je upravo početak Drugog svjetskog rata.⁶

Značajniji naponi uređenja novog međunarodnopravnog poglavlja ratovanja

3 Haška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu, članci 42.-56.

4 *Geneva Declaration of the Rights of the Child*, usvojena je 26. rujna 1924.; tekst Deklaracije dostupan na: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>. Radilo se o dokumentu u kojem su u pet točaka istaknuta prava djeteta te koji je uvidio i priznao da su potrebe djece dalekosežnije od puke fizičke zaštite.

5 Ibid., točka 3.

6 Dutli, María Teresa; Bouvier, Antoine, *Protection of Children in Armed Conflict: The Rules of International Law and the Role of the International Committee of the Red Cross, The International Journal of Children's Rights*, vol. 4, br. 2, 1996., str. 182.

i vođenja neprijateljstava neposredno nakon Drugog svjetskog rata, na kojima se i danas temelji cjelokupno međunarodno humanitarno pravo, urodili su usvajanjem četiriju Ženevskih konvencija 1949. godine.⁷ Zaštita djece i ovim je dokumentima nadasve skromno uređena. Konvencija o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata sadrži tek mali broj odredbi usmjerenih na zaštitu djece u oružanim sukobima, i to uglavnom u okviru opće zaštite stanovništva te položaja zaštićenih osoba i postupanja s njima. Posredna zaštita djece u sukobima koji nemaju međunarodni karakter mogla bi se iščitati iz odredbe članka 3. zajedničkog svim Ženevskim konvencijama. Njome se, naime, proklamira čovječno postupanje prema svim osobama koje ne sudjeluju u neprijateljstvima, a polazimo od pretpostavke da su djeca u najvećem broju slučajeva posredne, borbeno neaktivne i nezaštićene žrtve rata, koje ne sudjeluju neposredno u oružanim operacijama, unatoč tome što to, nažalost, vidjet ćemo u nastavku rada, nije uvijek slučaj.

Dodatni napori k jasnijoj i konkretnijoj zaštiti djece u izvanrednim situacijama oružanih sukoba, rezultirali su uvođenjem specifičnih odredbi o tom pitanju u Dopunske protokole o zaštiti žrtava oružanih sukoba, međunarodnih i nemeđunarodnih, iz 1977. godine.⁸ Postoje stavovi da usprkos tim odredbama, zaštita djece ostaje tek minimalna, a pri tome sam izraz “zaštita” predstavlja kompromis između humanitarnih ideala i vojne potrebe.⁹ Danas je to posebice vidljivo u situacijama u kojima se određena tijela Ujedinjenih naroda bave isključivo pitanjem zaštite djece u oružanim sukobima, pa se sva nedorečenost i neprimjenjivanje odredbi usmjerenih na zaštitu djece može jasno iščitati iz izvješća različitih tijela.

Korak naprijed u promicanju ideje zaštite prava djeteta općenito svakako predstavlja Deklaracija o pravima djeteta iz 1959. godine, koja sadrži deset temeljnih načela koja se odnose na dobrobit djeteta i njegovu zaštitu,¹⁰ ali također ne sadrži specificirane odredbe o zaštiti djece od utjecaja oružanih sukoba. Ta se zaštita, doduše, može iščitati iz općenitih odredbi kojima se proklamira obveza da se djeci “u svim okolnostima” prvima pruži pomoć i zaštita, kao i iz odredbe o zaštiti djece od bilo kakve prakse koja može potaknuti rasnu, vjersku i bilo koju drugu vrstu

7 Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu; Konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomaca oružanih snaga na moru; Konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima; Konvencija o zaštiti građanskih osoba za vrijeme rata (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 5/1994.). Za tekstove Ženevskih konvencija, kao i Dopunskih protokola za zaštitu žrtava međunarodnih, odnosno nemeđunarodnih oružanih sukoba iz 1977. Godine, vidi u: Narodne novine – Međunarodni ugovori, 5/1994. Za tekst Dopunskog protokola o dodatnom znaku raspoznavanja iz 2005. godine vidi u: Narodne novine – Međunarodni ugovori, 7/2007.

8 Vidi primjerice članke 77. i 78. Dopunskog protokola o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba te članak 4. Dopunskog protokola o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba.

9 Robinson, J. A., *Children in Armed Conflict: An Overview of Relevant Humanitarian Law and Human Rights Law*, *Journal of South African Law*, br. 4, 2002., str. 699.

10 *Declaration of the Rights of the Child*, usvojena je Rezolucijom Opće skupštine Ujedinjenih naroda 1386(XIV) od 20. studenog 1959. Ona kroz svoja načela navodi ono što je djeci potrebno za život, i to ne samo u svrhu čistog preživljavanja, već se spominje i ljubav, obitelj, školovanje, ime i nacionalnost, političko mišljenje itd. Istodobno se u preambuli poziva roditelje, nevladine organizacije i vlade da porade na ostvarivanju tih načela.

diskriminacije. Djeca se, između ostalog, moraju odgajati u duhu razumijevanja, tolerancije, prijateljstva i mira.¹¹

Na temeljima Deklaracije iz 1959., točno trideset godina kasnije usvojena je Konvencija o pravima djeteta,¹² koja je danas jedan od najratificiranih međunarodnih dokumenata uopće.¹³ Ona predstavlja normativan odraz suvremenog shvaćanja o širokim potrebama djece i jamstvima koje države moraju pružiti djeci u cilju osiguranja njihova pravilnog razvoja.¹⁴ U odnosu na zaštitu djece od utjecaja oružanog sukoba i ublažavanja njegova utjecaja na dijete, Konvencija sadrži samo jednu odredbu – članak 38.¹⁵ Njime se države stranke obvezuju da će poštovati i jamčiti poštovanje pravila međunarodnog humanitarnog prava koja se primjenjuju u oružanim sukobima, a koja se odnose na djecu. Poduzet će se sve korisne mjere kako djeca mlađa od 15 godina ne bi bila izravno uključena u neprijateljstva. Države su obvezne suzdržati se od novačenja osoba mlađih od 15 godina, a ako se radi o osobama koje su starije od 15, ali mlađe od 18 godina, nastojat će se prednost pri novačenju dati najstarijima.¹⁶

U svibnju 2000. godine Opća skupština Ujedinjenih naroda donijela je dva dokumenta uz Konvenciju o pravima djeteta. Među njima je jedan¹⁷ koji se neposredno odnosi na zaštitu djece u situacijama oružanog sukoba – Fakultativan protokol glede uključivanja djece u oružane sukobe.¹⁸ On je nastao kao posljedica uznemirenosti

11 Deklaracija o pravima djeteta, točke 8. i 9.

12 *Convention on the Rights of the Child*, usvojila ju je Opća skupština Rezolucijom 44/25 od 20. studenog 1989.; stupila na snagu 2. rujna 1990. Republika Hrvatska stranka je Konvencije o pravima djeteta od 8. listopada 1991. Godine, prema Odluci o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacije o sukcesiji, Narodne novine - Međunarodni ugovori, 12/1993.

13 Konvenciju o pravima djeteta ratificiralo je 196 država svijeta. Podatci dostupni na: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-11&chapter=4&lang=en&title=UNTC-publisher

14 Osobitost je Konvencije o pravima djeteta da eksplicitno normira i katalogizira osobna, društvena, obrazovna, zdravstvena, socijalna, ekonomska i pravosudno-zaštitna prava djece. Ona ih podrobno opisuje, a državama ugovornicama nalaže stvaranje uvjeta i provođenje mjera za ostvarivanje tih prava. Ista predviđa sustav mjera i mehanizama kao način provjere efikasne primjene njenih odredbi u državama članicama. Vidi više u: Hrabar, Dubravka, Novi pogledi na prava djece – Konvencija o pravima djeteta, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 30, br. 4, 1990., str. 67, 73.

15 Tijekom postupka njenog usvajanja izražavala su se uvjerenja određenih delegacija da će zaštita proklamirana tim člankom biti dovoljna osnova učinkovite zaštite djece u oružanim sukobima, ali već su u razdoblju neposredno nakon stupanja Konvencije na snagu pojedini autori izražavali dvojbu u učinkovitost, odnosno širinu primjene tog jednog jedinog članka. Vidi primjerice u: Cohn, Ilene, *The Convention on the Rights of the Child: What it Means for Children in War*, *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, br. 1, 1991., str. 103.

16 Vidi članak 38. stavke 1.-3. Konvencije o pravima djeteta. Tijekom pripreme samog članka bilo je različitih prijedloga o minimalnoj dobi za novačenje. Vidi više u: Brett, Rachel, *Child Soldiers: Law, Politics and Practice*, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 4, br. 2, 1996., str. 117-118; Van Bueren, Geraldine, *The International Legal Protection of Children in Armed Conflict*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, 1994., str. 814.

17 Drugi je Fakultativan protokol uz Konvenciju o pravima djeteta o prodaji djece, dječjoj prostituciji i dječjoj pornografiji, Narodne novine – Međunarodni ugovori, 5/2002; 7/2002.

18 Narodne novine – Međunarodni ugovori, 5/2002; 2/2003. Više o usvajanju i razradi sadržaja

štetnim i dalekosežnim utjecajem oružanih sukoba na djecu, jačanjem interesa za proučavanje tih utjecaja, za pitanje opće sigurnosti djece tijekom oružanih sukoba te njihovo sudjelovanje u neprijateljstvima. Istraživanja su ukazala na određene probleme vezane uz položaj djece u oružanim sukobima: djecu često iskorištavaju nevladine oružane snage, mnoge skupine iskorištavaju djecu mlađu od 15 godina, a veliki broj djece vojnika pridružuje se takvim oružanim skupinama na dobrovoljnoj osnovi.¹⁹

Protokol osuđuje ciljanje djece u situacijama oružanog sukoba i izravne napade na objekte zaštićene međunarodnim pravom, uključujući mjesta na kojima su općenito nazočna djeca, kao što su škole i bolnice. Naglašava se nužnost jačanja zaštite djece i sprječavanje njihova uključivanja u oružane sukobe, kako bi se ojačala daljnja provedba prava priznatih u Konvenciji o pravima djeteta.

Poseban značaj Fakultativnog protokola je podizanje najniže granice za novačenje na 18 godina (u odnosu na Konvenciju o pravima djeteta, koja tu granicu postavlja na 15 godina života djeteta), kao i propisivanje uvjeta za dobrovoljno novačenje osoba mlađih od 18 godina.²⁰ Naime, Protokol obvezuje države stranke na poduzimanje svih mogućih mjera kako bi se osiguralo da pripadnici njihovih oružanih snaga koji još nisu navršili 18 godina ne sudjeluju izravno u neprijateljstvima²¹ te da se te osobe ne novače prisilno u oružane snage.²²

Fakultativnog protokola glede uključivanja djece u oružane sukobe vidi u: Sancin, Vasilka, Pomen Izbirnega protokola h Konvenciji o otrokovih pravicah glede vključevanja otrok v oborožene spopade, *Otrokove pravice v Sloveniji, Od normativnih standardov do učinkovitega varstva* (urednica: Jager Agius, Irena), Fakulteta za družbene vede, Založba FVD, Ljubljana, in Ministrstvo za zunanje zadeve Republike Slovenije, 2014., str. 126-133.

- 19 Brett, Rachel, op. cit., str. 123. Djeca vojnici su relativno nov pojam. Po stavovima određenih autora postoji malo dokaza koji bi poduprli tvrdnju kako je prije Drugog svjetskog rata postojao velik broj djece vojnika, već se čini kako o njima možemo govoriti kao o prvenstveno fenomenu koji se razvija nakon Drugog svjetskog rata. Teško je dobiti cjelovite brojke, međutim, činjenica jest kako je ozbiljnije iskorištavanje djece povezano s dostupnošću modernog lakog naoružanja i povećanjem broja nemeđunarodnih oružanih sukoba. Hamilton, Carolyn; Abu El-Haj, Tabatha, *Armed conflict: The Protection of Children under International Law, The International Journal of Children's Rights, Kluwer Academic Publishers*, vol. 5, 1997., str. 15.
- 20 Sukladno članku 3. stavku 3. Fakultativnog protokola glede uključivanja djece u oružane sukobe, ukoliko država ipak odobrava dobrovoljno novačenje osoba mlađih od 18 godina, mora se pridržavati određenih jamstava kako bi se kao minimum osiguralo: a) da se radi o doista dobrovoljnom novačenju; b) da to bude uz informirani pristanak roditelja ili skrbnika; c) da osoba koja se novači bude u potpunosti obaviještena o svim obvezama koje iz takve vojne službe proizlaze; d) da se predloženjem isprave dokazuje dob prije primanja u državnu vojnu službu.
- 21 Članak 1. Fakultativnog protokola glede uključivanja djece u oružane sukobe.
- 22 Zanimljivo je da noviji dokumenti pri definiranju djece vojnika – pripadnika oružanih snaga ili oružanih skupina – slijede odredbe Fakultativnog protokola i podižu dobnu granicu za novačenje na 18 godina. Tako, primjerice, Pariška načela o uključivanju djece u oružane sukobe – djetetom povezanim s oružanim snagama ili oružanom skupinom (*child associated with an armed force or armed group*) smatraju "svaku osobu starosti ispod 18 godina koja jest, odnosno koja je bila novačena ili koju su iskorištavale oružane snage ili oružana skupina u bilo kojem svojstvu, uključujući, ali ne ograničavajući se na djecu, dječake i djevojčice koji su se koristili kao vojnici, kuhari, portiri, špijuni ili u seksualne svrhe." Vidi više u: *The Principles*

Sukladno odredbama Fakultativnog protokola, novačenje osoba mladih od 18 godina ili njihovo korištenje u neprijateljstvima ni pod kojim okolnostima se ne bi smjelo dopustiti oružanim skupinama odvojenim od oružanih snaga. Države su dužne poduzeti sve moguće mjere za sprječavanje takvog novačenja i iskorištavanja, uključujući tu i usvajanje pravnih pravila nužnih za zabranu i kriminaliziranje takvih ponašanja.²³ Ova odredba odražava uvjerenje da je ovakav način novačenja najčešći, odnosno da najveći broj djece vojnika sudjeluje upravo u nedržavnim oružanim skupinama.²⁴ One su uglavnom izvan nadzora države, pa se i takvo novačenje zbiva izvan njenog utjecaja. Međutim, prvenstvena odgovornost leži na legitimnim vladama. One same, unutar granica vlastitih nadležnosti moraju poduzimati maksimalne napore za sprječavanje novačenja i iskorištavanja djece u vođenju neprijateljstava te ostalih povreda prava djece tijekom oružanih sukoba. Naime, još je Konvencija o pravima djeteta predvidjela da će, u skladu s obvezama koje proizlaze iz međunarodnoga humanitarnog prava glede zaštite civilnog pučanstva u oružanim sukobima, države stranke poduzeti sve korisne mjere kako bi osigurale zaštitu i skrb djece pogođene oružanim sukobom.²⁵

S obzirom na to da nedržavne oružane skupine nisu stranke međunarodnih ugovora, upitno je s kolikom se sigurnošću može jamčiti zabrana novačenja djece i nadzor poštovanja takve zabrane. Postoje stavovi da se o takvoj zabrani može govoriti hipotetski i kondicionalno. Dobrovoljno novačenje rezultat je loših tradicija pojedinih zemalja i kultura, u kojima sveukupan odnos prema djeci kao posebnoj, ranjivoj skupini, koja zaslužuje posebno uvažavanje odraslih, nije na visokoj razini. Promjena vrednovanja djece i njihovih prava predstavlja dugotrajan proces, pa postoji stav da će možda jednoga dana zaživjeti potreba da djeca ni u kojem obliku ne budu uključena u neprijateljstva, čak ni onda kada to sama žele.²⁶ Takva djeca često ne znaju zašto se uopće bore, izgubljena su i dezorijentirana, fokusirana na vođu. Ona su općenito podložnija utjecajima, slabija u procjeni “dobrog” ili “lošeg”, jednostavnije prihvaćaju ponuđene (čak i loše) savjete. Ponekad je u tim okolnostima iznimno teško procijeniti je li dijete odluku donijelo bez vanjskih utjecaja i na dobrovoljnoj osnovi.

Sve veći broj oružanih skupina izvan državnih oružanih snaga te (pre)laka dostupnost ručnog oružja pridonijeli su povećanju broja djece koji se novači i iskorištava. Činjenica da je trgovina ručnim i lakim oružjem slabo međunarodnopravno uređena²⁷ te prečesto praćena ilegalnim trgovinama, značajno utječe na intenzitet i

and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups, veljača 2007, dostupno na: https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/ParisPrinciples_EN.pdf, str. 7.

23 Članak 4. Fakultativnog protokola glede uključivanja djece u oružane sukobe.

24 Brett, Rachel, op. cit., str. 126.

25 Članak 38. stavak 4. Konvencije o pravima djeteta.

26 Hrabar, Dubravka, Protokoli uz Konvenciju o pravima djeteta, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 52, br. 2, 2002., str. 327.

27 Na inicijativu Posebnog predstavnika za djecu i oružani sukob u travnju 2013. godine usvojen je Ugovor o trgovini oružjem (*The Arms Trade Treaty*), koji je stupio na snagu u prosincu iste godine. On uspostavlja zajedničke pravno obvezujuće standarde za uvoz, izvoz i prijenos konvencionalnog oružja te čini trgovinu oružjem odgovornijom i transparentnijom. Republika Hrvatska stranka je Ugovora o trgovini oružjem, Narodne novine – Međunarodni ugovori,

trajanje oružanih sukoba i njihov utjecaj na djecu, potkopava mirovne procese te u konačnici otežava pružanje humanitarne pomoći. Štoviše, ručno i lako oružje glavni je krivac za većinu smrtnih slučajeva koji se mogu povezati sa sukobima.²⁸ Postoji jasna veza između oružja i osjećaja “moći” i “snage”, koje pridonose oblikovanju identiteta djeteta vojnika. Kada opisuju svoja iskustva, djeca vojnici ponosno govore o snazi koju su osjećali dok su nosili oružje. Iako svjedočanstva pokazuju da se dio bivše djece vojnika vrlo brzo prilagođava mirnodopskom načinu života bez oružja, neke izjave ukazuju na nevoljkost bivših malih vojnika da predaju to “dragocjeno i moćno oružje” te postanu civilima.

Na novačenje djece mlađe od 15 godina osvrnuo se i Statut Međunarodnog kaznenog suda²⁹ koji takvo novačenje, te iskorištavanje maloljetnika mlađih od 15 godina za aktivno sudjelovanje u neprijateljstvima, smatra ratnim zločinom,³⁰ a okončani su ili su u tijeku postupci u kojima se raspravljalo o iskorištavanju djece u oružanim sukobima.³¹ Zanimljiv je i podatak da od 2012. godine pri Uredu tužitelja Međunarodnog kaznenog suda radi i poseban savjetnik za djecu pogođenu oružanim sukobima.

3. ULOGA UJEDINJENIH NARODA U ZAŠTITI DJECE U ORUŽANIM SUKOBIMA

3.1. Uloga Opće skupštine

Pitanje zaštite djece od posljedica neprijateljstava se pred Ujedinjenim narodima pojavilo još 1990. godine na Svjetskom sastanku na vrhu za djecu (*World Summit for Children*).³² Tom su prilikom usvojeni Deklaracija o preživljavanju, zaštiti i razvoju djeteta (*Declaration on the Survival, Protection and Development of Children*) i Plan

1/2014; 6/2014.

- 28 Dostupno na: <https://childrenandarmedconflict.un.org/effects-of-conflict/small-arms-landmines-and-unexploded-ordnance/>.
- 29 Statut Međunarodnog kaznenog suda, UN Doc. A/CONF.183/9, (1998) 37 ILM 999 (1998); Narodne novine – Međunarodni ugovori, 5/2001.
- 30 Ibid., članak 8. stavak 2. točke b (xxvi) i c (vii).
- 31 Tako je, primjerice, 14. ožujka 2012. godine Međunarodni kazneni sud proglasio Thomasa Lubangu, zapovjednika *Forces patriotiques pour la libération du Congo* (FPLC), krivim za ratne zločine uvrštavanja, novačenja i iskorištavanja djece mlađe od 15 godina za aktivno sudjelovanje u neprijateljstvima u Demokratskoj Republici Kongo, između 2002. i 2003. Osuda je potvrđena 1. prosinca 2014. U ožujku 2014. godine donesena je i presuda protiv Germaina Katange kojom je ovaj proglašen krivim i osuđen na 12 godina zatvora zbog počinjenih zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina, ali je oslobođen optužbe za iskorištavanje djece vojnika. Nadalje, bivši zamjenik načelnika Glavnog stožera i zapovjednik operacije FPLC-a, Bosco Ntaganda, dobrovoljno se predao Međunarodnom kaznenom sudu u ožujku 2013. Između ostaloga, u tri mu se točke optužnice sudi za ratne zločine za uvrštenje, novačenje i iskorištavanje djece mlađe od 15 godina. Podatci o postupcima dostupni su na mrežnim stranicama Međunarodnog kaznenog suda: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/cases/Pages/cases%20index.aspx.
- 32 Uz sudjelovanje 71 predsjednika država ili vlada i 88 ostalih visokih dužnosnika, većinom ministara, sastanak je održan 29. i 30. rujna 1990. godine.

akcije za primjenu Deklaracije (*Plan of Action for Implementing the World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children*).³³ Djeca su uvijek žrtve rata i nasilja, pa se kao jedna od obveza iz Deklaracije navodi i “zaštita djeteta od ratne kuge i poduzimanje mjera u cilju sprječavanja daljnjih oružanih sukoba, kako bi se djeci omogućila mirna i sigurna budućnost... promoviranjem vrijednosti mira, razumijevanja i dijaloga u edukaciji djece.”³⁴

Opća skupština nesumnjivo može snažno utjecati na zaštitu djece pogođene ratom zahvaljujući širokim ovlastima koje ima u pogledu zaštite i promocije ljudskih prava, ulozu koju ima pri utvrđivanju međunarodnih standarda i normi te njenog globalnog dosega. Rad Opće skupštine uključuje i donošenje posebnih rezolucija o djeci i oružanom sukobu, kao i izjava, obećanja i akcijskih planova globalne prirode.³⁵

Promatrajući retroaktivno ulogu Opće skupštine, može se zaključiti da je 1993. godine započelo novo razdoblje na području zaštite djece u oružanim sukobima. S promjenom karaktera ratovanja razgraničenje između civila i vojnika postalo je sve nejasnije, često su žene i djeca postavljeni na prvu crtu bojišta te izravno ciljani. Takav je razvoj doveo do potrebe formiranja sveobuhvatnog programa te pojačanog angažiranja i država članica Ujedinjenih naroda pojedinačno i međunarodne zajednice u cjelini.

Te je godine (1993.), naime, u skladu s preporukama Odbora o pravima djeteta, usvojena rezolucija Opće skupštine³⁶ kojom se od glavnog tajnika Ujedinjenih naroda zatražilo imenovanje stručnjaka za izradu sveobuhvatne studije o utjecaju rata na djecu, sudjelovanju djece u neprijateljstvima, kao i o važnosti i primjenjivosti postojećih standarda. Stručnjakom je imenovana Graća Machel, koja je 1996. podnijela izvješće o provedenoj studiji, pod nazivom “Utjecaj oružanog sukoba na djecu”.³⁷ Može se reći da je upravo to izvješće utjecalo na jačanje stava Opće skupštine o nužnosti bolje zaštite i skrbi za djecu u konfliktnim situacijama. Ono je pružilo prvu sveobuhvatnu procjenu načina na koji su djeca zlostavljana i mučena tijekom oružanih sukoba, što je privuklo pozornost međunarodne zajednice i usmjerilo daljnji razvoj zaštite djece od utjecaja neprijateljstava.³⁸

33 Više podataka o Sastanku i dokumentima dostupno je na: <http://www.unicef.org/wsc/>.

34 Vidi članak 8. Deklaracije o preživljavanju, zaštiti i razvoju djeteta.

35 Među najistaknutijima od potonjih može se izdvojiti Milenijska deklaracija 2000, u kojoj su se države članice obvezale kako će uložiti najjače napore i trud da se djeci i ostatku civilnog stanovništva koje trpi posljedice prirodnih katastrofa, genocida, oružanih sukoba i drugih humanitarnih kriza, pruži svaka moguća zaštita i pomoć, kako bi im se omogućio nastavak normalnog života što je prije moguće. Vidi u: *United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2*, New York, od 8. rujna 2000., par. 26. Tekst Milenijske deklaracije dostupan na: <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>.

36 *General Assembly Resolution A/RES/48/157*, od 20. prosinca 1993., par. 7.

37 Vidi *General Assembly Resolution A/51/306/Add.1, Promotion and Protection of the Rights of Children, Impact of Armed Conflict on Children*, od 26. kolovoza 1996., posebice par. 266 – 269. Povezano s istim vidi i: *United Nations Children's Fund (UNICEF), Machel Study 10-year Strategic Review; Children and Conflict in a Changing World*, New York, travanj 2009.

38 *Six Grave Violations Against Children During Armed Conflict, The Legal Foundation, Office of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, Ujedinjeni narodi*, 2013., str. 4.

Prijedlog Graçe Machel da se, između ostalih mjera, imenuje Poseban predstavnik glavnog tajnika za djecu i oružani sukob (*Special Representative of the Secretary-General on Children and Armed Conflict*), čija bi najvažnija funkcija bila mobilizirati sustav Ujedinjenih naroda za bolju zaštitu djece u ratnim okružjima – rezultirao je njegovim imenovanjem 1997. godine.³⁹ Prvi predstavnik bio je Olara Otunnu, ugandjski diplomat, koji je tu dužnost obavljao do 2005. godine i koji je identificirao položaj djece u oružanim sukobima kao pitanje mira i sigurnosti, relevantno za angažman Vijeća sigurnosti. Naslijedila ga je Radhika Coomaraswamy, koja je tu dužnost obnašala od 2006. do 2012., a trenutna Posebna predstavnica glavnog tajnika za djecu i oružani sukob je Leila Zerrougui, imenovana na tu funkciju u rujnu 2012. godine.

Na tzv. Posebnom zasjedanju Ujedinjenih naroda o djeci 2002. godine (*2002 United Nations Special Session on Children*), Opća skupština je usvojila strategiju pod nazivom “Svijet dostojan djece” (*World Fit for Children*), kojom je predloženo trinaest specifičnih radnji u svrhu zaštite djece od oružanog sukoba. Plan djelovanja Strategije uključuje obvezu zaštite djece od utjecaja oružanog sukoba te poštovanja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava. Opća skupština je, u skladu s preporukom studije, podržala rad i mandat Ureda Posebnog predstavnika glavnog tajnika za djecu i oružani sukob, što je uvelike olakšalo njegova daljnja zalaganja.

Kako bi se aktivnosti na promociji zaštite i unaprjeđenja prava djeteta u oružanim sukobima i implementacija predloženih mjera primjereno provodile i poštovale na terenu, nužni su redovan i konstruktivan dijalog i suradnja svih relevantnih čimbenika. Oni bi, praćeni sredstvima mirnog rješavanja sporova, nesumnjivo mogli puno doprinijeti na polju sprječavanja (ili barem smirivanja) sukoba. Učinkovita i razrađena prevencija oružanih sukoba, prepoznavanje same srži sukoba u svim elementima (socijalnim, vjerskim, etničkim itd.) i njegovo pravovremeno prevladavanje (p)ostaje najefikasniji pristup zaštite civila, a time posljedično i djece od strahota oružanih sukoba i tome bi prvenstveno trebalo usmjeriti daljnje napore.

3.2. Uloga Vijeća sigurnosti i Radne skupine za djecu i oružani sukob

Pitanje opće sigurnosti djece tijekom oružanih sukoba razmatralo se često i pred Vijećem sigurnosti Ujedinjenih naroda. Naime, o djeci i oružanom sukobu usvojeno je ukupno 11 rezolucija od 1999. do 2015.⁴⁰ Njima se izražavala duboka zabrinutost zbog zlostavljanja i iskorištavanja djece tijekom oružanih sukoba, povećanja broja izbjegle i raseljene djece diljem svijeta te posljedica koje oružani sukobi nesumnjivo ostavljaju na djecu. Činjenica da je dijete napustilo svoj dom i prešlo granicu na područje koje nije zahvaćeno sukobom ne znači, nažalost, i to da je ono pošteđeno ratnih stradanja, straha i/ili nasilja.

39 *General Assembly Resolution A/RES/51/77, The Rights of the Child*, od 20. veljače 1997., par. 35.

40 Kronološkim redosljedom usvajane su sljedeće rezolucije: 1261(1999); 1314(2000); 1379(2001); 1460(2003); 1539(2004); 1612(2005); 1882(2009); 1998(2011); 2068(2012); 2143(2014) i 2225(2015).

Kroz rezolucije je prepoznata i podržana uloga i aktivnost Posebnog predstavnika glavnog tajnika za djecu i oružani sukob. Naglašena je i uloga koju u zbrinjavanju i zaštiti djece ima osoblje angažirano u mirovnim operacijama. Danas je, naime, uobičajena praksa uključivanja specifičnih odredbi usmjerenih upravo na zaštitu djece u dokumente o ustanovljavanju mirovnih ili promatračkih misija, a posebna se pozornost posvećuje osposobljavanju osoblja mirovnih misija u radu s djecom pogođenom oružanim sukobima. Ujedinjeni narodi poduzeli su i podržali veliki broj stručnih obuka i programa.⁴¹

Zanimljiv je i podatak da u posljednje tri godine oko 70 % izvješća Vijeća sigurnosti o stanju u pojedinim državama sadrži i podatke o položaju i zaštiti djece u oružanim sukobima.⁴²

Za praćenje stanja na terenu o položaju djece u oružanim sukobima Vijeće sigurnosti je Rezolucijom 1612 iz 2005. godine osnovalo Radnu skupinu za djecu i oružani sukob (*Security Council Working Group on Children and Armed Conflict*).⁴³ Osnovna je namjera pri utemeljenju Radne skupine bila da njena izvješća služe kao okidači za akciju (*triggers for action*) Vijeća sigurnosti, kako bi se time stvorio pritisak na sukobljene strane koje se u svojim aktivnostima ne pridržavaju odredbi o zaštiti djece u oružanim sukobima. Usvajanje Rezolucije 1612 i osnivanje Radne skupine rezultirali su pojačanim interesom za položaj djeteta u oružanim sukobima, čak puno izraženijim u odnosu na ostala tematska pitanja pred Vijećem sigurnosti.⁴⁴

Radna skupina se sastoji od svih članova Vijeća sigurnosti, a nadležna je za provjeru izvješća o kršenjima prava djece pogođene oružanim sukobom za koja su odgovorne stranke navedene u prilogima (aneksima) izvješća glavnog tajnika o djeci i oružanim sukobima.⁴⁵ Radna je skupina također nadležna za provjeru napretka u razvoju i provedbi nacionalnih akcijskih planova koji se tiču djece i oružanih sukoba, na što se poziva u Rezoluciji 1539 iz 2004.,⁴⁶ pri čemu treba uzeti u obzir i ostale

41 Primjerice, 6.400 pripadnika mirovnih snaga MONUSCO-a bilo je posebno obučavano o ulozu i položaju vojnog osoblja i pripadnika mirovnih snaga u odnosu na zaštitu djece; njih 3.000 su obuku prošli prije upućivanja na mirovnu operaciju. Vidi više u: *Report of the Secretary-General on the United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, S/2015/172, od 10. ožujka 2015., par. 55-56; 66-68. Dostupno na: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2015/172.

42 Vidi primjerice u: *Cross-Cutting Report "Children and Armed Conflict"*, u cijelosti dostupno na: http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/cross_cutting_report_2_children_and_armed_conflict_2015.pdf, str. 2.

43 *Security Council Resolution S/RES/1612(2005)*, od 26. srpnja 2005. Godine 2015., 26. srpnja, proslavljena je deseta godišnjica usvajanja te rezolucije. Više o izjavi Leile Zerrougui i značaju koji ta rezolucija ima za zaštitu djece u oružanim sukobima vidi na: <https://childrenandarmedconflict.un.org/statement/statement-by-srsg-leile-zerrougui-srsg-for-children-and-armed-conflict-at-the-interactive-panel-discussion-on-the-occasion-of-the-tenth-anniversary-of-sc-resolution-1612-2015/>

44 Fabijanić Gagro, Sandra, Zaštita djece u oružanim sukobima u skladu s rezolucijama Vijeća sigurnosti UN-a, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, br. 3, 2008., str. 763.

45 Na službenim internet stranicama Ujedinjenih naroda dostupna su sva izvješća glavnog tajnika o djeci i oružanom sukobu te izvješća Vijeća sigurnosti Općoj skupštini. Vidi na: <http://www.un.org/en/sc/documents/sgreports/>.

46 Vidi *Security Council Resolution S/RES/1539(2004)*, od 22. travnja 2004.

relevantne informacije koje su joj dostavljene. Ona daje i preporuke Vijeću sigurnosti o mjerama za promicanje zaštite djece pogođene oružanim sukobima, mandatima za mirovne misije, kao i preporuke sukobljenim stranama. Po potrebi Radna skupina može uputiti zahtjeve i drugim tijelima Ujedinjenih naroda vezane uz područja svog djelovanja.

Radna skupina, predvođena Luksemburgom, i u 2014. godini nastavila je svoj zadatak ispitivanja izvješća s terena i donošenja zaključaka.⁴⁷ Formalni sastanci i neformalne konzultacije Radne skupine, kao i godišnja izvješća⁴⁸ javno se objavljuju. Nakon neformalnih rasprava među članovima Radne skupine, zaključci se usvajaju na formalnom sastanku te se potom izdaju kao službeni dokument Vijeća sigurnosti. Zaključci Radne skupine sadrže preporuke strankama sukoba, državama članicama, Ujedinjenim narodima, donatorima i drugim relevantnim akterima. Preporuke se prenose primateljima u obliku pisama. Poruke strankama sukoba obznanjuju se u obliku javne izjave predsjedatelja Radne skupine koja se potom objavljuje kao priopćenje Vijeća sigurnosti.

Uz periodična izvješća, Radna skupina redovito prima izvješća s terena preko sustava koji je ustanovio UNICEF (tzv. *Global Horizontal Note*) te izvješća Posebnog predstavnika glavnog tajnika o djeci i oružanim sukobima. Dostupna su joj i sva izvješća⁴⁹ iz zemalja koje se nalaze na aneks popisima godišnjih izvješća glavnog tajnika o djeci i oružanim sukobima.⁵⁰

47 Tijekom 2014. Radna skupina je usvojila četiri zaključka (za Demokratsku Republiku Kongo, Filipine, Mali i Sirijsku Arapsku Republiku), održala deset službenih sastanaka, kao i veći broj neformalnih sastanaka. Važno je naglasiti da pri tom pokazuje fleksibilnost i prihvaća inovacije, kao što su npr. dostava i razmjena informacija putem video konferencija ili sastancima s predstavnicima Međunarodnog kaznenog suda.

48 Posljednje izvješće S/2014/914 od 31. prosinca 2014. (i sva prethodna) dostupna su na: <http://www.un.org/sc/committees/WGCAAC/Annual%20Reports.html>

49 Vidi na: <http://www.un.org/sc/committees/WGCAAC/Table%20of%20WG%20documents.html>. Periodična izvješća glavnog tajnika Ujedinjenih naroda koja su predmetom razmatranja od strane Radne skupine proizlaze iz mehanizma praćenja i izvješćivanja na koji se poziva u Rezoluciji 1539 iz 2004., a formalno ih predstavlja Poseban predstavnik glavnog tajnika za djecu i oružani sukob.

50 Primjerice, izvješće glavnog tajnika o djeci i oružanom sukobu u Maliju iz travnja 2014. godine (*Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict in Mali, A/2014/267*), sadrži iscrpan pregled šest teških povreda nad djecom u oružanom sukobu u toj zemlji, u razdoblju od siječnja 2012. pa sve do prosinca 2013. Temeljem toga izvješća, Radna skupina Vijeća sigurnosti iznijela je svoje zaključke. Vidi više u: *Security Council Working Group on Children and Armed Conflict, Conclusions on Children and Armed Conflict in Mali*, od 7. srpnja 2014., dostupno na: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/AC.51/2014/2.

Također, očitujući se na izvješće glavnog tajnika o djeci i oružanom sukobu u Demokratskoj Republici Kongo iz lipnja 2014. (*Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict in the Democratic Republic of the Congo, S/2014/453*), Radna je skupina u rujnu 2014. godine usvojila zaključke za tu zemlju, i to za razdoblje od siječnja 2010. do prosinca 2013. godine. Vidi više u: *Working Group on Children and Armed Conflict Conclusions on Children and Armed Conflict in the Democratic Republic of the Congo, S/AC.51/2014/3*, od 19. rujna 2014., dostupno na: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/AC.51/2014/3.

Na tragu prethodnih, Radna skupina je u studenom 2014. usvojila zaključke (*Working Group on Children and Armed Conflict, Conclusions on Children and Armed Conflict in the Syrian Arab*

U lipnju 2015. godine Vijeće sigurnosti je objavilo sedmo izvješće o djeci i oružanom sukobu, kojim je nastavljena serija započeta 2008. godine.⁵¹ Ta izvješća iznose i analiziraju odluke Vijeća sigurnosti o specifičnim situacijama vezanim uz zaštitu djece u oružanim sukobima, odluke Radne skupine za djecu i oružane sukobe te daju uvid u pregled aktivnosti Ureda Posebnog predstavnika glavnog tajnika za djecu i oružani sukob.

Radi unaprjeđenja zaštite djece tijekom oružanih sukoba i smanjenja slučajeva nekažnjavanja počinitelja, Vijeće sigurnosti Ujedinjenih naroda identificiralo je šest kategorija teških povreda. To su: ubojstva i sakaćenja djece; novačenje i korištenje djece kao vojnika; seksualno nasilje nad djecom; napadi na škole ili bolnice; sprječavanje humanitarnog pristupa te otmice djece.⁵² Šest teških povreda djece u oružanim sukobima čine osnovu strukture plana Vijeća sigurnosti o zaštiti djece. Usvajanjem Rezolucije 1612 Vijeće sigurnosti uspostavilo je i tzv. sustav nadzora i izvješćivanja (*monitoring and reporting mechanism*), kako bi se omogućilo sustavno praćenje, dokumentiranje i izvješćivanje o zlouporabi djece diljem svijeta.

Naime, sustav praćenja i izvješćivanja razvio se kao odgovor na problem pribavljanja točnih i pravovremenih informacija o skupinama uključenim u oružane sukobe, a koje su novačile i iskorištavale djecu u oružanim sukobima. Tu je mali pomak učinjen već spomenutom Rezolucijom Vijeća sigurnosti 1539 i izradom Plana akcije tih sudionika, ali je tek Rezolucijom 1612 stvoren strukturirani sustav prikupljanja i prosljeđivanja informacija, koji omogućuje bolju i učinkovitiju akciju protiv problema novačenja i iskorištavanja djece u oružanim sukobima. Naime, iako su tijekom godina mnoga tijela Ujedinjenih naroda i nemeđunarodne organizacije primjećivale i pratile iskorištavanje djece tijekom oružanih sukoba, nije postojao sustav koordinacije informacija prikupljenih na terenu i prosljeđivanja istih neposredno Vijeću sigurnosti. Takvo se stanje, kao što je već naglašeno, promijenilo Rezolucijom Vijeća sigurnosti 1612. Sustav praćenja i izvješćivanja predstavlja formalan postupak za prikupljanje, organizaciju i ocjenu informacija koje se prosljeđuju Radnoj grupi Vijeća sigurnosti o djeci u oružanim sukobima. Za učinkovitu provedbu tog sustava nužna je koordinacija i sudjelovanje nacionalnih vlada i tijela Ujedinjenih naroda, posebice UNICEF-a.⁵³

Republic, S/AC.51/2014/4, od 26. studenog 2014., dostupno na: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/AC.51/2014/4), koji proizlaze iz izvješća glavnog tajnika o djeci i oružanom sukobu u Sirijskoj Arapskoj Republici. Vidi više u: *Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict in the Syrian Arab Republic*, S/2014/31, od 27. siječnja 2014. Valja naglasiti kako je to prvo izvješće glavnog tajnika Vijeću sigurnosti o položaju djece i oružanom sukobu u Sirijskoj Arapskoj Republici i obuhvaća razdoblje od ožujka 2011. do studenoga 2013.

51 Sva su izvješća o djeci u oružanim sukobima (uključujući i ona koja se odnose na druga područja izvješćivanja) dostupna na: <http://www.securitycouncilreport.org/cross-cutting-report/index.php?page=2>.

52 Više informacija dostupno na: <https://childrenandarmedconflict.un.org/effects-of-conflict/six-grave-violations/>.

53 Fabijanić Gagro, Sandra, op. cit., str. 764. Na temelju tih podataka glavni tajnik Ujedinjenih naroda u svom godišnjem izvješću proziva stranke u sukobu koje novače, ubijaju ili sakate djecu, seksualno ih iskorištavaju te napadaju škole i bolnice. Radna skupina Vijeća sigurnosti o djeci i oružanim sukobima redovito provjerava izvješća koja proizlaze iz sustava nadzora

Iznimno je značajno što su taj mehanizam prihvatile i zemlje koje nisu na dnevnom redu Vijeća sigurnosti. Angažman potonjih jasan je znak uvjerljivosti učinka dijaloga, s jedne strane, te prijetnji mjerama spram onih koji krše prava djece, s druge.⁵⁴

Detekcija šest teških povreda ključna je u prikupljanju dokaza o povredama zbog što bržeg i jednostavnijeg procesuiranja počinitelja. Iz izvješća tijela Ujedinjenih naroda koji se odnose na zaštitu djece u oružanim sukobima proizlazi zabrinjavajući podatak da velik broj počinitelja najtežih povreda međunarodnog humanitarnog prava u odnosu na najosjetljiviju kategoriju civila (što djeca svakako jesu) – nažalost ostaje nekažnjen. Razloge treba tražiti u cjelokupnom “okružju” oružanog sukoba: socijalnom i/ili vjerskom “okviru” žrtve koja nevoljko priča o proživljenim strahotama, strahu od stigmatizacije u slučaju seksualnih zločina kojima su izloženi, nesigurnoj političkoj situaciji u zemlji, slabostima neučinkovitog administrativnog ili pravosudnog sustava itd.

Nužno je, stoga putem učinkovitog administrativnog i pravnog sustava ustanoviti adekvatne i razrađene sustave promatranja u cilju sprječavanja takvih pojava, i to prvenstveno u lokalnim okvirima. Sastavljanje radnih skupina i učinkovita, individualizirana provedba sustava nadzora i izvješćivanja (jer svaka država zahtijeva poseban pristup i moguće različita rješenja) uvelike doprinose učinkovitom rješavanju problema zaštite djece na područjima zahvaćenim oružanim sukobom.

3.3. Uloga glavnog tajnika

Od 2000. do 2015. godine glavni je tajnik podnio ukupno petnaest izvješća o djeci u oružanim sukobima,⁵⁵ koja su često izazivala žustre polemike, čak i kritike u Vijeću sigurnosti.⁵⁶

Dok su prva izvješća dokumentirano opisivala postojeću situaciju položaja djece u oružanim sukobima, od 2002. godine do danas, ona su nesumnjivo postala pokretač jačeg djelovanja Ujedinjenih naroda na tom području te označila početak novih poticaja u njegovu razvoju, koji su započeli Rezolucijom Vijeća sigurnosti 1460.⁵⁷

i izvješćivanja i daje preporuke o tome kako bolje zaštititi djecu u određenim situacijama u pojedinim državama. Preuzeto s: <https://childrenandarmedconflict.un.org/>.

54 Primjerice, dvije nedržavne oružane skupine s popisa glavnog tajnika u Mianmaru su se 2007. godine (nakon dugotrajne i iscrpljujuće serije razgovora s osobljem Ujedinjenih naroda) složile da će se više angažirati na zaustavljanju i sprječavanju novačenja i iskorištavanja djece. Vidi više u: *United Nations Children's Fund (UNICEF), Machel Study 10-year Strategic Review; Children and Conflict in a Changing World*, New York, travanj 2009., str. 47.

55 Sva su izvješća dostupna na: <http://watchlist.org/secretary-general-annual-reports-to-the-security-council-on-children-and-armed-conflict/>. Posljednje godišnje izvješće glavnog tajnika A/69/926-S/2015/409, od 5. lipnja 2015. za razdoblje od siječnja do prosinca 2014., dostupno je na: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/109/23/PDF/N1510923.pdf?OpenElement>

56 Primjerice, vidi izjavu predstavnika Izraela Davida Roeta na sastanku Vijeća sigurnosti, S/PV.7466, od 18. lipnja 2015., dostupno na: http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/spv_7466.pdf, str. 46-47.

57 Vidi *Security Council Resolution S/RES/1460(2003)*, od 30. siječnja 2003. Njome započinje tzv. era primjene (*era of application*) međunarodnih normi na polju zaštite djece u oružanim

Glavni je dotadašnji problem bio u tome što, unatoč poštovanju međunarodnopravnog okvira zaštite djece u oružanim sukobima, nije zabilježen značajniji napredak u praksi suzbijanja kršenja prava djece na tom polju, a posebice se to odnosilo na problem novačenja i iskorištavanja djece u neprijateljstvima.

Najnovije izvješće glavnog tajnika iz 2015. godine obrađuje podatke o teškim povredama prava djece u oružanim sukobima, ali i napretku učinjenom kroz dijalog, akcijske planove i druge mjere usmjerene na zaustavljanje i prevenciju takvih povreda, i to za sljedeće zemlje koje su već otprije na dnevnom redu Vijeća sigurnosti: Afganistan, Centralnoafričku Republiku, Čad, Obalu Bjelokosti, Demokratsku Republiku Kongo, Irak, Izrael i Palestinsku državu (u jednom izvješću), Libanon, Libiju, Mali, Mianmar, Somaliju, Južni Sudan, Sudan, Sirijsku Arapsku Republiku te Jemen. Izvješće pokriva i situacije koje nisu na dnevnom redu Vijeća sigurnosti, i to u: Kolumbiji, Indiji, Nigeriji, Pakistanu, Filipinima i Tajlandu.

Najkontroverzniji aspekti izvješća glavnog tajnika i danas su, tzv. “*naming and shaming*” liste kao prilozi pojedinih izvješća. Stvaranje takvih lista smatralo se značajnim korakom naprijed u podizanju svijesti o nužnosti zaštite djece u oružanim sukobima.

Prvo takvo izvješće s pripadajućom listom temeljem Rezolucije 1379⁵⁸ podneseno je Vijeću sigurnosti 2002. godine.⁵⁹ Danas u prilogima izvješća glavnog tajnika pronalazimo popise država koje novače ili koriste djecu i time krše preuzete međunarodne obveze (u skladu s već spomenutom Rezolucijom 1539 iz 2004.); strane u oružanom sukobu koje sudjeluju, suprotno važećim pravilima međunarodnog prava, u ubijanju, sakaćenju, silovanju djece i drugim oblicima seksualnog nasilja nad djecom u situacijama oružanog sukoba (u skladu s Rezolucijom 1882⁶⁰ iz 2009.); strane u oružanom sukobu koje sudjeluju, suprotno važećim pravilima međunarodnog prava u: (a) učestalim napadima na škole i/ili bolnice te (b) učestalim napadima ili prijetnjama napadima na zaštićene osobe u školama i/ili bolnicama u situacijama oružanog sukoba (u skladu s Rezolucijom 1998⁶¹ iz 2011.). Prilozi su podijeljeni u dva dijela, već ovisno o tome je li se stanje u pojedinoj državi već raspravljalo pred Vijećem sigurnosti (prilog I) ili nije (prilog II).⁶²

Deseci tisuća djevojčica i dječaka su zahvaljujući ovakvom djelovanju i aktivnosti Ujedinjenih naroda i spašeni od utjecaja neprijateljstava, novačenja, silovanja, vraćeni u škole, reintegrirani itd., ali u prilogima izvješća još uvijek ima

sukobima, a predlaže se i da informacije o zaštiti djece u tim okolnostima postaju sastavni dio posebnih izvješća glavnog tajnika. Vidi, par. 1 i 15.

58 Vidi *Security Council Resolution S/RES/1379(2001)*, od 20. studenog 2001.

59 Vidi *Report of the Secretary General on Children and Armed Conflict, S/2002/1299*, s pripadajućim prilogom, od 26. studenog 2002.

60 Vidi *Security Council Resolution S/RES/1882(2009)*, od 4. kolovoza 2009.

61 Vidi *Security Council Resolution S/RES/1998(2011)*, od 12. srpnja 2011.

62 Podatci dostupni na: <http://www.un.org/sc/committees/WGCAAC>.

previše država⁶³ i oružanih skupina.⁶⁴ Veliki broj takvih skupina nabrojanih u prilogima razlog je za dodatnu zabrinutost, a pojava novih predstavlja dodatan, iznimno složen izazov međunarodnoj zajednici, ali i svakoj pojedinoj državi na čijem se području pojavi nova oružana skupina. Svaka od njih zahtijeva individualiziran pristup, koji se može razlikovati od slučaja do slučaja. Međutim, neovisno o tome, Ujedinjeni narodi rade na uspostavi dijaloga s oružanim skupinama, što je rezultiralo čak i time da su vođe pojedinih izdale naredbe o zabrani i kažnjavanju novačenja djece i drugih teških povreda. Posebno je ovdje važna uloga Posebnog predstavnika glavnog tajnika za djecu i oružani sukob, koji osobno, ali i putem svojih izaslanika i regionalnih organizacija nastoji potaknuti zaključenje ugovora među sukobljenim stranama, koji posljedično ima za cilj promovirati i učinkovito zaštititi djecu na tim područjima.⁶⁵

Iz izvješća glavnog tajnika može se, nažalost, iščitati i jasna zabrinutost zbog činjenice da je iznimno nasilje sukobljenih strana diljem promatranih zemalja u 2014. godini dovelo do porasta broja i intenziteta teških povreda spram djece. Djeca su često bila neposredne mete nasilja, prvenstveno usmjerenog na širenje straha i terora kroz povećanje broja civilnih žrtava te izazivanja pozornosti i osude međunarodne zajednice. Taktika ekstremističkih skupina ponekad obuhvaća gađanje i uništavanje škola,⁶⁶ zatvaranje škola i onemogućavanje daljnjeg obrazovanja ili nasilno mijenjanje

63 Sukladno najnovijem izvješću glavnog tajnika, to su sljedeće države: Afganistan, Srednjoafrička Republika, Demokratska Republika Kongo, Irak, Mali, Mianmar, Somalija, Južni Sudan, Sudan, Sirijska Arapska Republika i Jemen te tri države kojima se Vijeće sigurnosti izravno ne bavi: Kolumbija, Nigerija i Filipini. Vidi u: *Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict; Promotion and Protection of the Rights of Children*, A/69/926-S/2015/409, od 5. lipnja 2015., str. 48-51. Iste zemlje nalaze se i u izvješću iz 2014. godine A/68/878-S/2014/339, od 15. svibnja 2014., str. 45-50.

64 U prilogima najnovijeg izvješća glavnog tajnika iz 2015. godine nabrojano je preko pedeset oružanih skupina.

65 Jedan od takvih primjera je Ugovor o prekidu neprijateljstava u Srednjoafričkoj Republici, koji je u među sukobljenim stranama potpisan u Brazzavilu, u srpnju 2014. Vidi izvješće glavnog tajnika iz 2015., par. 17-20.

66 Najnoviji podatci, primjerice, govore o ubojstvu 145 djece i učitelja u Peshawaru u Pakistanu u prosincu 2014. godine i uništenju ili razaranju 260 škola u Gazi i 543 škole u Palestinskoj državi tijekom 2014. U Jemenu je zbog nesigurnosti zatvoreno 3600 škola (cca 76 % od ukupnog broja); otprilike 1,83 milijuna tamošnje djece propustilo je više od dva mjeseca školovanja. Iz izvješća Vijeća sigurnosti S/PV.7466, od 18. lipnja 2015., str. 7, 23, 25.

U tom pravcu značajna su nastojanja ka zaključenju Smjernica za zaštitu škola i sveučilišta od vojne uporabe tijekom oružanog sukoba, objavljene u Ženevi u prosincu 2014. (*Guidelines for Protecting Schools and Universities from Military Use during Armed Conflict*). Smjernice obvezuju stranke da škole i sveučilišta ne koriste u svrhu podupiranja vojnih napora i daju pregled konkretnih mjera za odgovorno postupanje svih sukobljenih strana radi suzbijanja negativnog utjecaja na sigurnost učenika i njihovu daljnju edukaciju. One nisu pravno obvezujuće i nemaju utjecaj na postojeće međunarodnopravne obveze. Trebale bi poslužiti kao orijentir ponašanja sukobljenih strana, legitimnih vladinih oružanih snaga i nevladinih i ekstremističkih skupina, koje predstavljaju prijetnju učinkovitoj implementaciji postojećih standarda međunarodnog prava, što je vidljivo i iz izvješća različitih tijela Ujedinjenih naroda. Vidi više u: *Commentary on the Guidelines for Protecting Schools and Universities from Military Use during Armed Conflict*, Global Coalition to Protect Education from Attack, New York, 2015., dostupno na: <http://www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/>

školskih kurikula u područjima koje nadziru, kako bi takva edukacija bila u skladu s njihovom ideologijom. Veliki problem međunarodnoj zajednici u održanju ili uspostavi mira danas predstavljaju upravo ekstremističke skupine, kao što su Boko Haram, ISIL, Al-Nustra Front i mnoge druge, možda manje poznate, ali ideološki ništa manje opasne skupine.

Nažalost, činjenica je da i vojne akcije legitimnih vlasti i njihovih oružanih snaga, međunarodnih ili regionalnih koalicija nerijetko rezultiraju smrću i sakaćenjem djece, seksualnim nasiljem nad djecom te novaćenjem djece vladama naklonjenih oružanih skupina. Sve to otvara nova pitanja i izazove (dugotrajnih i opsežnih) programa reintegracije djece nakon sukoba ili oslobađanja iz zatočeništva. Samo kroz usmjerene akcije će biti moguće ustanoviti učinkovite mjere k umanjenju posljedica sukoba po djecu. Sve se mjere moraju provoditi u skladu s odredbama međunarodnog humanitarnog prava, zaštite ljudskih prava i zaštite izbjeglica, kao minimumom kojeg moraju podržavati svi akteri – nacionalni, regionalni i međunarodni.

Ne smije se zaboraviti ni kažnjavanje počinitelja najtežih povreda prava djece; tome treba pridati posebnu pozornost i usmjeriti dodatne napore u tom pravcu. Prvenstvena odgovornost za “stanja na terenu” leži na državama o čijem se području radi. One moraju djelovati učinkovitije, između ostalog i na polju kažnjavanja počinitelja. Lišena odgovornosti – zlostavljanja djece i kršenja njihovih prava vjerojatno će se nastaviti. Tako se, kao pozitivan primjer, u izvješću o stanju u Demokratskoj Republici Kongo navodi kako je zabilježeno povećanje broja kaznenih postupaka za djela seksualnog nasilja.⁶⁷ To je povećanje nesumnjivo rezultat potpore koju su pružili međunarodni partneri i Ujedinjeni narodi, a osobito vojno pravosuđe, u kontekstu nacionalne strategije za borbu protiv seksualnog nasilja.

3.4. Uloga Posebnog predstavnika glavnog tajnika za djecu i oružani sukob

Kao što je već unaprijed spomenuto, imenovanje Posebnog predstavnika glavnog tajnika za djecu i oružani sukob bilo je predloženo još u izvješću Graçe Machel iz

commentary_on_the_guidelines.pdf, str. 5.

Na podlozi Smjernica za zaštitu škola i sveučilišta od vojne uporabe tijekom oružanog sukoba u svibnju 2015. usvojena je i Deklaracija o sigurnim školama (*Safe School Declaration*), koja predviđa izražavanje šire političke potpore zaštiti i kontinuitetu školovanja u oružanom sukobu, kao i širu implementaciju Smjernica. Tekst Deklaracije dostupan je na: http://www.protectingeducation.org/sites/default/files/documents/safe_schools_declaration-final.pdf.

67 Od 905 prijavljenih slučajeva silovanja i seksualnog nasilja nad djecom, dokumentiranih tijekom izvještajnog razdoblja, 254 navodna počinitelja uhićena su i procesuirana te je 105 osoba proglašeno krivim i osuđeno na zatvorske kazne u trajanju do 20 godina. Većina počinitelja su pripadnici FARDC-a (*Forces Armées de la République Démocratique du Congo*). U veljači 2014. godine vlada Demokratske Republike Kongo donijela je Zakon o amnestiji za djela pobune, rata i političkih povreda, pokrivajući time zločine počinjene između 18. prosinca 2006. i 20. prosinca 2013., a pritom isključujući zločine poput seksualnog nasilja i teških povreda nad djecom. Vidi više u: *Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict in the Democratic Republic of the Congo*, S/2014/453, od 30. lipnja 2014., par. 69-78.

1996. godine.⁶⁸

Kao što je u svom izvješću naglasio prvi Poseban predstavnik glavnog tajnika za djecu i oružani sukob – Olara Ottunu – ta funkcija uključuje spajanje normativnih, političkih i humanitarnih strategija u promoviranju koncepta “prevencije, zaštite i rehabilitacije” djece žrtava oružanih sukoba. Prevencija, kao prvi korak, predstavlja jačanje normativnih okvira i mobiliziranje javnog mnijenja u cilju stvaranja političke i socijalne klime kojom bi se prevladalo zlostavljanje djece. Sljedeći korak je zaštita djece u zoni aktivnih sukoba, što predstavlja najvidljiviji i najteži izazov za Posebnog predstavnika, ako se uzme u obzir da djeci i u takvim situacijama treba pružiti pomoć, zdravstvenu skrb i edukaciju. Rehabilitacija je vezana uz potrebu “zacjeljivanja rana” i reintegraciju djece u normalan život nakon prestanka oružanog sukoba. Stoga odredbe o fizičkoj, emotivnoj i duhovnoj brizi za djecu pogođenu oružanim sukobima, moraju predstavljati značajnu komponentu programa obnove nakon završetka sukoba.⁶⁹

Misija Radhike Coomaraswamy koja je 2006. godine preuzela dužnost Posebne predstavnice glavnog tajnika za djecu i oružani sukob bila je promicati i štiti prava djece pogođene oružanim sukobom. U sklopu ove misije, Poseban predstavnik služi kao moralni glas i neovisni zastupnik za zaštitu i dobrobit dječaka i djevojčica na koje je oružani sukob utjecao,⁷⁰ surađuje s partnerima te predlaže i osmišlja nove ideje i pristupe u cilju poboljšanja zaštite djece u oružanim sukobima. Ured Posebnog predstavnika ima važnu ulogu pri promicanju i davanju potpore operativnim partnerima u njihovim nastojanjima. Primjerice, Radhika Coomaraswamy proklamirala je i razvila strateški plan sa šest ključnih ciljeva, i to redom: 1) podržati globalne inicijative za okončanjem teških povreda; 2) promicati pravno utemeljenu zaštitu djece pogođene oružanim sukobima; 3) postići da se problem djece i oružanog sukoba promatra kao sastavni aspekt održavanja i postizanja međunarodnog mira i sigurnosti; 4) identificirati nove trendove i strategije za zaštitu djece putem istraživanja; 5) osigurati politički i diplomatski angažman za zaštitu djece u oružanim sukobima te 6) podići globalnu svijest o svim pitanjima koja se odnose na djecu i oružani sukob.⁷¹

U svjetlu tih šest ključnih ciljeva i kroz blisku suradnju s partnerima Ujedinjenih naroda, državama članicama, nevladinim organizacijama i građanskim udrugama, Ured Posebnog predstavnika nastoji primijeniti sljedeće bitne strategije: praćenje i izvješćivanje, savjetovanje, istraživanje, zajednički rad, preraspodjelu i vođenje. Osim izjava i izvješća zemljama zahvaćenih oružanim sukobom, Poseban predstavnik jednom godišnje daje izvješće i Općoj skupštini.

Valja naglasiti činjenicu da je Poseban predstavnik za djecu i oružani sukob – vezano uz utvrđivanje (ne)postojanja oružanog sukoba, odnosno situacija koje ulaze u

68 Vidi *General Assembly Resolution A/51/306/Add.1, Promotion and Protection of the Rights of Children, Impact of Armed Conflict on Children*, od 26. kolovoza 1996., par. 266-269.

69 *Interim Report of the Special Representative of the Secretary General, Mr. Olara A. Otunnu, submitted pursuant to General Assembly Resolution 52/107, E/CN.4/1998/119*, od 12. ožujka 1998., par. 19 i 20.

70 *Six Grave Violations Against Children During Armed Conflict, The Legal Foundation, Office of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, Ujedinjeni narodi, 2013.*, str. 4.

71 Vidi više na: <http://www.new-york-un.diplo.de/Vertretung/newyorkvn/en/06/caac-srsg.html>.

cilj i svrhu njegova djelovanja – vođen kriterijima međunarodnog humanitarnog prava. Pri provedbi svoga mandata Poseban je predstavnik usvojio pristup koji se temelji na suradnji u rješavanju određenog problema, s naglaskom na načela humanitarnog prava, sve to kako bi se osigurala široka i učinkovita zaštita djece pogođene sukobom u konkretnoj situaciji.⁷²

Prema jednoj od posljednjih izjava⁷³ Posebne predstavnice glavnog tajnika za djecu i oružani sukob iz lipnja 2015., godina 2014. bila je posebno poražavajuća za djecu u područjima zahvaćenim oružanim sukobima, a taj se trend, vidljivo je iz podataka koji pristižu s terena, nastavio i u 2015. – broj sukoba se povećao, time uzrokujući tragične kratkoročne i dugoročne posljedice za mnogu djecu. Poražavajući utjecaj neprijateljstava danas se posebice osjeća u Afganistanu, Iraku, Južnom Sudanu, Palestini, Siriji i Jemenu.

Podatci prikupljeni na terenu, po njezinom mišljenju, nisu samo šokantni – oni nesumnjivo predstavljaju poziv za daljnju akciju. Pozornost javnosti prvenstveno je usmjerena na ekstremističke skupine i stravične zločine koje oni počinjavaju. Svjedoci smo činjenice da se djeca prisiljavaju biti bombaši samoubojice, ljudski štitovi, “samo” puki promatrači, ali ponegdje čak i izvršitelji egzekucija. Posebna predstavnica pohvaljuje, nadalje, aktivnosti Vijeća sigurnosti usmjerene na zaštitu djece u oružanim sukobima, posebice njegovo nastojanje da vlade zemalja u sukobima, svoja ponašanja i aktivnosti usklade s preuzetim važećim pravilima međunarodnog prava, prvenstveno međunarodnog humanitarnog prava, zaštite ljudskih prava i izbjeglica.

S druge strane, broj otete djece i dalje je u porastu i taj zastrašujući trend zahtijeva daljnju primjerenu akciju, kao i nove integracijske programe za djecu koja su preživjela traumu otmica i s njima povezanih zločina.

Naime, masovne otmice civila, uključujući i djece, postaju prevladavajuća značajka mnogih sukoba današnjice. Otmice djece često prethode ostalim povredama i zlouporabama prava djece, kao što su ubojstva i sakaćenja, seksualna zlostavljanja ili novaćenje. Već i prije primjećen, trend takvih zlostavljanja se nastavio i u 2014. godini kao vid specifične taktike naoružanih skupina koje djecu otimaju s ciljem širenja straha i terora među suprotstavljenim etničkim ili vjerskim skupinama.⁷⁴ Rast zabrinutosti zbog problema otmica naglašen je i na otvorenoj debati članica Vijeća sigurnosti o zaštiti djece u oružanim sukobima. U skladu s iznesenim stavovima, glavni tajnik naglašava nužnost pronalaska novih adekvatnih odgovora na ovaj problem Posebnog

72 *Report of the Secretary-General on Children and Armed conflict; Promotion and Protection of the Rights of Children, A/68/878-S/2014/339*, od 15. svibnja 2014., par. 5.

73 Izjava Leile Zerrougui, *Open Debate of the Security Council on Children and Armed Conflict*, od 18. lipnja 2015., dostupno na: <https://childrenandarmedconflict.un.org/statement/statement-of-ms-leila-zerrougui-open-debate-of-the-security-council-on-children-and-armed-conflict-18-june-2015/>

74 Tako, primjerice, podatci s terena govore o više od tisuću djece koju je oteo ISIL u Sirijskoj Arapskoj Republici i Iraku, koji su pušteni na slobodu nakon nekoliko mjeseci fizičkog zlostavljanja, indoktrinacije i svjedočenja praksi iznimnog nasilja. U Nigeriji je Boko Haram oteo stotine žena (među njima i djevojčica) tijekom napada na Chibok i sjeverno-istočna područja zemlje. Vidi više u: *Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict; Promotion and Protection of the Rights of Children, A/69/926-S/2015/409*, od 5. lipnja 2015., par. 6 i 7.

predstavnik za djecu i oružane sukobe te pooštrenje i proširenje svih raspoloživih mjera i sankcija Vijeća sigurnosti.⁷⁵

Ključna točka današnjih napora u zaštiti djece u oružanim sukobima svakako su nedržavne oružane grupe. Većina njih spomenuta je u prilogima koji se objavljuju uz izvješća glavnog tajnika i mnogo se napora ulaže upravo na njihovu ne(spremnost) suradnje na polju zaštite djece u sukobima.⁷⁶

Posebna predstavnica se osvrnula i na uspjeh kampanje “Djeca, ne vojnici” (*Children, Not Soldiers*).⁷⁷ Naime, kako bi se podigla svijest o teškim kršenjima osnovnih dječjih prava koja su još uvijek raširena u zemljama zahvaćenim ratnim sukobima, u Ujedinjenim narodima je u ožujku 2014. predstavljena spomenuta kampanja. Na popisu je na početku kampanje bilo osam vladinih snaga sigurnosti koje novače i koriste djecu, danas ih je sedam.⁷⁸ U protekle četiri godine, sedam (od tih prvotnih osam) zemalja potpisalo je akcijske planove s Ujedinjenim narodima. To su: Afganistan i Čad 2011., Južni Sudan, Mianmar, Somalija i Demokratska Republika Kongo 2012., Jemen 2014. godine. Sudan je potvrdio da želi sigurnosne snage bez djece i dijalog s Ujedinjenim narodima je u tijeku, ali akcijski plan još nije potpisan.⁷⁹ Do kraja 2016. godine Ured specijalnog predstavnika, UNICEF, Ujedinjeni narodi i partneri u nevladinim udrugama udvostručit će svoju podršku naporima koje vlade spomenutih zemalja ulažu u oslobađanje i reintegraciju djece u civilni život i punu

75 *Report of the Secretary-General on Children and Armed conflict; Promotion and Protection of the Rights of Children*, A/69/926-S/2015/409, od 5. lipnja 2015., par. 10.

76 Zabilježena je pojačana aktivnost u postupcima medijacije (koje su poticali Ujedinjeni narodi) i uključenja odredbi o zaštiti djece u tzv. Ugovor o prekidu vatre (*Brazzaville Ceasefire Agreement*), potpisan u srpnju 2014. Napredci na ovom polju naglašeni su i na Forumu (*Bangui Forum*) održanom u svibnju 2015. Zahvaljujući izjavama potpisanim na Forumu deset oružanih skupina, razvojačeno je i oslobođeno više od 300 djece, a očekuje se da će se taj broj povećavati. Ovo, naravno, dalje otvara nova pitanja usmjerena na adekvatan prihvata i reintegraciju tako velikoga broja djece. Posebna predstavnica glavnog tajnika za djecu i oružani sukob u svibnju 2015. sastala se s predstavnicima FARC-EP-a (*Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia—Ejército del Pueblo*), koji su pokazali spremnost za dijalog o međunarodnim standardima kojima je svrha zaštita djece. U skladu s time, u veljači 2015. godine FARC-EP je objavio da u svoje redove više neće novačiti djecu mlađu od 17 godina (dostupno na: <http://farc-ep-peace.org/index.php/communiques/communiques-peace-delegation/item/666-announcement-on-minors-in-the-conflict.html>). Nekoliko dana kasnije objavljeno je da je oslobođeno dvoje maloljetnika i predano Međunarodnom odboru Crvenog križa (dostupno na: <http://farc-ep-peace.org/index.php/what-you-should-know/item/787-17-gestures-of-peace-from-the-farc-ep.html>). Nadalje, Posebna predstavnica u svibnju 2015. sastala se i s predstavnicima triju oružanih skupina iz Darfura. Na tom sastanku se također raspravljalo o poboljšanju položaja i zaštiti djece. Kao rezultat sastanka, predstavnici tih skupina potpisali su zajedničku izjavu kojom su se obvezali pojačati napore u prevenciji teških povreda prava djece u Darfuru.

77 Više informacija dostupno na: <https://childrenandarmedconflict.un.org/children-not-soldiers/>.

78 Nakon što je Čad ispunio sve prihvaćene obveze tijekom 2014. godine, izbrisan je s popisa priloga izvješća glavnog tajnika za 2014., time postavši primjer brze primjene akcijskog plana u pravcu okončanja i prevencije novačenja djece i njihova iskorištavanja u oružanom sukobu. Inače je bio na popisu priloga izvješća glavnog tajnika od 2006. godine, a u odnosu na tu državu usvojeno je tijekom godina i deset posebnih izvješća. Vidi izvješće glavnog tajnika iz 2015., par. 22 te *Cross-Cutting Report “Children and Armed Conflict”*, str. 27.

79 Za najnovije stanje vidi više u: *Cross-Cutting Report “Children and Armed Conflict”*, str. 7.

primjenu akcijskog plana za zaustavljanje daljnjih novačenja djece. Ta će podrška uključivati pružanje tehničke ekspertize, otkrivanje nedostataka i izazova u provedbi akcijskih planova te mobiliziranje dodatnih sredstava za programe podrške na terenu.⁸⁰

Prema izjavi Posebne predstavnice – uspjeh ove kampanje tijekom 2014. zabilježen je u Afganistanu, Mianmaru, Demokratskoj Republici Kongo i Somaliji. Nažalost, rasplamsavanje krize u Južnom Sudanu i Jemenu usporilo je do sada učinjene napore na poboljšanju položaja djece na tim područjima, među kojima su i izjave svih sukobljenih strana u Južnom Sudanu o okončanju zlostavljanja djece i zaključci Radne skupine iz svibnja 2015.⁸¹ Zaključak je da sklopljeni sporazumi imaju iznimno malo ili uopće nemaju utjecaja na nastavak zlostavljanja djece i njihovo daljnje odrastanje u okružju nasilja i nesigurnosti, što nužno povlači dodatnu aktivnost i napore međunarodne zajednice, posebice (na ovom području) Afričke Unije i članica Vijeća sigurnosti.

Posebno su zabrinjavajući podatci s terena koji se odnose na seksualno zlostavljanje i iskorištavanje djece od pripadnika mirovnih postrojbi.⁸² Takva zlodjela koja su počinili oni kojima je povjerena zaštita civila imaju uistinu specifičnu težinu i nužno je poduzeti sve mjere u pravcu sprječavanja takvih ponašanja i osiguranja kažnjavanja počinitelja.

Također, Ured Posebnog predstavnika za djecu i oružani sukob zabrinut je i zbog slučajeva zatočenja maloljetnika temeljem stvarne ili navodne povezanosti s naoružanim skupinama te posebne napore ulaže u pravcu njihova suzbijanja.⁸³ Ono što je posebno zabrinjavajuće u ovakvim slučajevima jest činjenica da se djeca, umjesto žrtvama, smatraju opasnošću za nečiju sigurnost. Unatoč određenim pozitivnim pomacima, zaključak je da još uvijek s terena dolaze uznemirujuće informacije o zatočenjima djece, posebice u kontekstu borbe protiv terorizma.

4. USPOSTAVA CILJANIH I POSTUPNIH MJERA ILI SANKCIJA SPRAM POČINITELJA POVREDA PRAVA DJECE U ORUŽANIM SUKOBIMA

Godine 2004., usvajanjem već spomenute Rezolucije Vijeća sigurnosti 1539, javila se ideja o uporabi ciljanih i postupnih mjera ili sankcija u okviru Vijeća sigurnosti. Izražena je namjera da budu usmjerene protiv strana koje je glavni tajnik prepoznao kao odgovorne za novačenje i iskorištavanje djece vojnika.⁸⁴ Smatra se da korištenjem, ali i samom prijetnjom korištenja sankcija Vijeće sigurnosti može uvelike doprinijeti okončanju teških povreda nad djecom u slučajevima oružanih sukoba.

80 Vidi više na: <http://www.unicef.hr/show.jsp?newscontainer=194442&page=160863&singlenewsid=194497>.

81 Iz Južnog Sudana stižu informacije i svjedočenja o ubojstvima maloljetnika (između ostalog i ubojstvu četveromjesečnog djeteta), zatvaranju civila u zgrade koje se potom zapale, individualnim i grupnim silovanjima djevojčica itd.

82 Iz već spomenute Izjave Leile Zerrougui, *Open Debate of the Security Council on Children and Armed Conflict*, od 18. lipnja 2015., v. *supra* bilj. 73.

83 Tijekom 2014. sklopljeni su sporazumi o oslobađanju zatočene djece s vladama Čada i Somalije.

84 Vidi *Security Council Resolution S/RES/539(2004)*, od 22. travnja 2004., par. 5c).

One mogu učinkovito utjecati na ponašanje potencijalnih i aktualnih počinitelja teških zloporaba nad djecom, unatoč tome što je u određenim situacijama potrebno prebroditi i teže političke, praktične i pravne izazove koji nastaju u tako kompleksnim situacijama. Uzimajući u obzir sve te izazove, nužno je ponuditi konkretne preporuke za korištenje prijetnji i uporabu sankcija kako bi se pomoglo okončati teške zloporabe djece u situaciji oružanog sukoba.⁸⁵

Iskustvo pokazuje kako korištenje sankcija treba promatrati kao postupnu aktivnost koja otvara mogućnost mnogostrukih i različitih primjena u praksi.⁸⁶ Naime, u takvim situacijama Vijeće sigurnosti je suočeno s izazovom odabira najprikladnije mjere u odnosu na svaku pojedinu situaciju, jer sankcije mogu poprimiti različite oblike. Glava VII. Povelje Ujedinjenih naroda ovlašćuje Vijeće sigurnosti na iskorištavanje širokog opsega provedbenih mjera u cilju održanja ili ponovne uspostave međunarodnog mira i sigurnosti. Tako primjerice, članak 41. Povelje izričito predviđa potpuni ili djelomični prekid ekonomskih odnosa te željezničkih, pomorskih, zračnih, poštanskih, telegrafskih, radio i drugih sredstava veze, kao i prekid diplomatskih odnosa. U početku je Vijeće sigurnosti koristilo veliki niz ekonomskih sankcija kako bi prisilno nametnulo određene obveze državama bez pribjegavanja uporabi sile. Međutim, takve sankcije nisu nužno učinkovite te ponekad dovode do humanitarnih kriza koje prvenstveno pogađaju civilno stanovništvo države protiv koje su sankcije usmjerene. Takvi problemi doveli su od pokušaja primjene, tzv. "pametnih" ili "ciljanih" sankcija, čija je namjena bila prvenstveno utjecati na pojedine aktere ili politike, umanjujući pritom, što je više moguće, štetu po civilno stanovništvo.

Sankcije, dakle, trebaju biti odabrane s obzirom na svrhu koja se njima želi postići te prirodu i okolnosti svakoga pojedinog slučaja. Danas je vidljivo da ciljane mjere koje se mogu koristiti prema strankama sukoba u cilju okončanja ili sprječavanja teških povreda nad djecom najčešće uključuju zabranu uvoza i izvoza oružja, resursa ili druge izvozne i uvozne zabrane, kao i pojedinačne ciljane mjere poput zamrzavanja imovine, financijskih ograničenja i zabrane putovanja.

Embargo oružja dio je većine sankcijskih režima Ujedinjenih naroda, unatoč operativnim i sadržajnim razlikama među njima. Iako se okončanje povreda nad djecom ne navodi kao poseban cilj embarga oružja, jasna je njegova uloga i na tom području. Naime, embargo može izazvati određene promjene u ponašanju sukobljenih strana, smanjiti vojnu operativnu sposobnost onih koji vrše nasilje nad djecom te na taj način umanjiti utjecaj sukoba na djecu i potaknuti mirno rješavanje sporova.

Ovu problematiku u odnosu na zaštitu djece u oružanim sukobima elaborira i izvješće glavnog tajnika pod naslovom "Ručno i lako oružje",⁸⁷ koje sadrži četrnaest preporuka Vijeću sigurnosti⁸⁸ vezanih uz sigurno skladištenje, rukovanje, prijenos

85 Koller, David S.; Eckenfels-Garcia, Miriam, *Using Targeted Sanctions to End Violations Against Children in Armed Conflict*, *Boston University International Law Journal*, vol. 33, br. 1, 2015., str. 2-3.

86 *Ibid.*, str. 17.

87 *Report of the Secretary-General, Small Arms and Light Weapons*, S/2015/289, od 27. travnja 2015., dostupno na: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2015/289.

88 Često se kao zajednički nazivnik u mnogim pitanjima na dnevnom redu Vijeća sigurnosti ističe upravo dostupnost i korištenje oružja i streljiva, čije (ne)posjedovanje bez sumnje određuje

te dostupnost ručnog i lakog naoružanja. Posebnu zabrinutost izaziva činjenica da su djeca podložnija ozljedama, smrti, izgnanstvu, psihosocijalnim poteškoćama te novačenju i iskorištavanju koje provode naoružane skupine u područjima gdje je uporaba nezakonitog oružja i streljiva uobičajena. Uzroci i posljedice upotrebe oružja u velikom broju slučajeva su i rodno uvjetovani. Naime, unatoč tome što su dječaci i nadalje najčešći počinitelji oružanih napada te samim time i najvjerojatnije žrtve istih, bilježi se porast broja djevojčica ili žena kao korisnika oružja, vojnika ili trgovaca oružjem. Ovaj je fenomen posebno značajan u društvima s visokim postotkom nezaposlenih mladih ljudi. Seksualno i rodno uvjetovane zločine često čine naoružani pojedinci. Viktimizacija žena i djece kroz rodno uvjetovano nasilje, uključujući silovanje, nasilje u domu te seksualno iskorištavanje, važna su i još uvijek nedovoljno zabilježena posljedica oružanog nasilja.⁸⁹ Prepoznato je to i u Ujedinjenim narodima, pa je tako, primjerice u srpnju 2015. godine Opća skupština usvojila rezoluciju kojom se 19. lipnja proglašava Međunarodnim danom za uklanjanje seksualnog nasilja u sukobu. Taj je datum izabran kao specifičan podsjetnik na usvajanje Rezolucije Vijeća sigurnosti S/RES/1820⁹⁰ na isti dan 2008. godine. Njome je seksualno nasilje prepoznato kao ratna taktika i prijetnja globalnom miru i sigurnosti, koja zahtijeva adekvatan odgovor međunarodne zajednice.⁹¹

Nadalje, nezakonita eksploatacija resursa često igra značajnu ulogu pri financiranju aktivnosti počinitelja teških kršenja nad djecom. Stoga, ukoliko smatra da će predložena mjera utjecati na ciljane skupine ili pojedince, Vijeće sigurnosti može uvesti i zabranu izvoza i uvoza određenih resursa.⁹² Iako ni takve zabrane nisu izravno vezane uz zaštitu djece u oružanim sukobima i zabranu novačenja i uključivanja djece u oružane sukobe, njihovo poduzimanje može uvelike pomoći pri sprječavanju takvih povreda. Naime, uskraćivanjem financijskih potpora oružanim skupinama umanjuje

tijek i dinamiku u kriznim slučajevima. Ako se ovaj problem dosljedno i temeljito ne rješava, postoji veliki rizik za rasplamsavanje ili obnavljanje oružanog sukoba.

89 Vidi više u: *Report of the Secretary-General, Small Arms and Light Weapons*, S/2015/289, od 27. travnja 2015., par. 32-36.

90 Vidi *Security Council Resolution S/RES/1820(2008)*, od 19. lipnja 2008.

91 *General Assembly Resolution A/RES/69/29, International Day for the Elimination of Sexual Violence in Conflict*, od 13. srpnja 2015.

92 Na primjer, kada je za Revolucionarnu ujedinjenu frontu (*Revolutionary United Front – RUF*), odgovornu za teške povrede ljudskih prava u Sierra Leoneu, utvrđeno da financira svoje aktivnosti putem nezakonitog izvoza dijamanta u Liberiji, Vijeće sigurnosti zabranilo je uvoz neobrađenih dijamanta za koje vlada Sierra Leonea nije dala odgovarajuća odobrenja i certifikate, kao i izravan ili neizravan uvoz neobrađenih dijamanta iz Liberije. Vijeće sigurnosti naknadno je proširilo resursnu zabranu, uključivši ovdje i drvne proizvode iz Liberije, ako i dok ona ne poduzme mjere kako bi osigurala da se izvezeno drvo ne koristi za održanje ili rasplamsavanje sukoba, ili ako Liberija na bilo koji drugi način krši rezolucije Vijeća sigurnosti. U kombinaciji s embargom na oružje, diplomatskim pritiscima te prijetnji silom, zabrana korištenja resursa Vijeća sigurnosti pripomogla je i svrgavanju Charlesa Taylora. On je 2012. godine osuđen za zločine počinjene tijekom građanskog rata u Sierra Leoneu na 50 godina zatvora. Zločini su uključivali ubojstva, silovanja te novačenje djece u oružane snage. Vijeće sigurnosti postavilo je i zabranu na izvoz luksuzne robe iz Demokratske Narodne Republike Koreje. Vidi primjerice rezolucije Vijeća sigurnosti: S/RES/1718, od 14. listopada 2006.; S/RES/1874, od 12. lipnja 2009.; S/RES/2094, od 7. svibnja 2013.

se njihova sposobnost da provode nasilje nad djecom.⁹³

Sljedeće u nizu učinkovitih ciljanih mjera jesu i zamrzavanje imovine, financijska ograničenja i zabrane putovanja. Radi se o najuže skrojenim mjerama koje su dostupne Vijeću sigurnosti, a ciljaju na pojedince, skupine ili entitete. Sankcije zamrzavanja imovine i zabrane putovanja smatraju se posebno značajnim mjerama jer mogu utjecati na političke elite izazivajući osobne neugodnosti i narušavajući im ugled u međunarodnoj zajednici. Ove se mjere također mogu koristiti kako bi se srezala pomoć “izvana”, ograničavajući na taj način sposobnost naoružane skupine za obavljanje zadane operacije tijekom sukoba. Kada se provode, zabrane putovanja, također mogu biti korisne u slučajevima kada pojedinci i oružane skupine djeluju preko granica ili im neka od susjednih zemalja pruža utočište. Varijacije tih mjera uključuju diplomatske sankcije, kao što je povlačenje akreditiva ili suspenzija iz članstava međunarodnih ili regionalnih organizacija.

Porast ovakvih mjera može značajno utjecati na zaštitu djece u oružanim sukobima. Međutim, ostaje činjenica da je njihova primjena vezana uz “individualizirana” postupanja, u odnosu na svaku kriznu situaciju pojedinačno. Teško je, naime, unaprijed procijeniti kako će koja vlada ili nevladina oružana skupina reagirati u određenim situacijama. Stoga učinkovita provedba svih navedenih mjera predstavlja velik izazov s kojima se Vijeće sigurnosti i cijela međunarodna zajednica svakodnevno suočavaju. Dodatan izazov daljnjim naporima i konkretnim i učinkovitijim odgovorima međunarodne zajednice svakako je i porast broja i intenziteta najnovijih kriza.

5. ZAKLJUČAK

Svjedoci smo svakodnevnih kršenja prava djece koja žive u područjima zahvaćenim oružanim sukobima; pitanje zaštite djece u tim okolnostima i dalje je suočeno s velikim izazovima diljem svijeta. Brojke od 230 milijuna djece koja žive okružena ratnim razaranjima i pet milijuna onih koji su od njih nastojali pobjeći – svakako ukazuju na svu strahotu i ozbiljnost situacije. Iako su problemi iskorištavanja djece i kršenja njihovih prava prisutni i u vrijeme mira, u okruženjima ratnih sukoba i nesigurnosti oni postaju razlogom za posebnu brigu, dublju zabrinutost i “traže” učinkovitiju reakciju međunarodne zajednice.

U godini u kojoj obilježavamo sedamdesetu obljetnicu osnutka Ujedinjenih naroda, izvješća njegovih tijela o zaštiti djece u oružanim sukobima ne daju razloga za pretjerani optimizam. Rasplamsavanje unutarnjih kriza u pojedinim zemljama (primjerice, Srednjoafričkoj Republici, Iraku, Izraelu i Palestinskoj državi, Nigeriji, Južnom Sudanu i Sirijskoj Arapskoj Republici), odnosno dugotrajno produženo nasilje u drugima (Afganistanu, Demokratskoj Republici Kongo i Somaliji) rezultiraju, nažalost, i strašnim zlodjelima spram djece.⁹⁴

93 Koller, David S.; Eckenfels-Garcia, Miriam, op. cit., str. 19-20.

94 Primjerice, najnovije informacije s terena u Jemenu govore o pogoršanju situacije u toj zemlji, praćenom značajnim brojem žrtava dječje dobi. Prema izjavi Leile Zerrougui iz kolovoza 2015., barem 402 djeteta su ubijena, a više od 606 ih je ranjeno. Dostupni podatci, koji

Mogu li se djeca učinkovitije zaštititi od posljedica neprijateljstava i ratnih razaranja? Negativan odgovor je, svakako, neprihvatljiv. Odustajanje od napora u ostvarenju ovoga cilja ne percipira se kao rješenje, unatoč pesimizmu pojedinih izvješća s terena. Pozitivan odgovor otvara daljnja pitanja – na koji način postići učinkovitiju i bržu zaštitu, prevladati lošu praksu i ubrzati pozitivne pomake?

Konkretni naponi međunarodne zajednice u cilju prevladavanja ovoga problema trebali bi biti usmjereni na podršku i pomoć Posebnom predstavniku glavnog tajnika za djecu i oružani sukob i svim relevantnim tijelima koja djeluju na terenu. Nadalje, posebnu bi pozornost trebalo usmjeriti na proces razoružanja koji se općenito izuzetno sporo odvija, kao i na jačanje mehanizama praćenja i izvješćivanja. Bitno je i zajedničko zalaganje k nastavku programa preveniranja povreda prava djece, posebice u odnosu na problem demobilizacije i uspješne reintegracije razvojačene djece. Posebno mjesto ovdje zauzima i ostvarenje uvjeta za kažnjavanje počinitelja najtežih povreda prava djece. Pojačana pozornost mora se posvetiti i omogućavanju i nastavku školovanja kao temelju budućega razvoja djeteta i jačanja tolerancije.

Svi se ovi elementi moraju prepoznati kao bitni. Osnovni (iako ponekad teško dostižan) preduvjet u zaštiti prava djece nesumnjivo je osiguranje mira i svi bi naponi međunarodne zajednice trebali biti usmjereni prema tom cilju. Samo dijalog, zagovaranje mira, promocija sredstava mirnog rješavanja sporova i konstruktivna prevencija sukoba dugoročno mogu donijeti pozitivne rezultate.⁹⁵

obuhvaćaju razdoblje od 1. travnja do 30. lipnja ukazuju na to da se broj ubijene i ranjene djece utrostručio u odnosu na prethodno promatrano razdoblje 2015. godine. Vidi više na: <https://childrenandarmedconflict.un.org/press-release/statement-on-the-situation-in-yemen-by-leila-zerrougui-special-representative-of-the-secretary-general-for-children-and-armed-conflict/>

95 Naglasio je to i glavni tajnik u svom posljednjem izvješću: “*I am more convinced than ever that the United Nations and Member States must continue to give the protection of children affected by armed conflict the highest priority. Their plight should be the primary reason not to start conflicts and the primary reason to end them.*” Izvješće glavnog tajnika A/69/926-S/2015/409, od 5. lipnja 2015., par. 278.

Summary

THE ROLE AND ACTIVITIES OF THE UN BODIES ON PROTECTION OF CHILDREN AFFECTED BY ARMED CONFLICTS

An estimated 230 million children live surrounded by armed conflicts, and approximately 5 million children have been forced to leave their homes for reasons connected with the ongoing conflicts worldwide. Some of these children are “only” observers of war despair or live their childhood as refugees or displaced persons; others become active participants as soldiers. Both categories are deeply sensible and vulnerable, as many negative factors can influence their psychophysical and social development. The activities of the UN main bodies (General Assembly, Security Council, Secretary-General), but also of some others, established only for the purpose to protect a child affected by armed conflict (e.g. Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict) are being known in this field since the beginning of last decade of the 20th century. However, despite earlier efforts, their more efficient cooperation and coordination in reporting and monitoring mechanism enforcement has being recognized in last ten years.

Key words: *armed conflict, United Nations, Security Council, General Assembly, Secretary-General, Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, annual reports.*

Zusammenfassung

DIE ROLLE UND DIE AKTIVITÄTEN DER VEREINTEN NATIONEN IM SCHUTZ DER KINDER IN BEWAFFNETEN KONFLIKTEN

Es wird angenommen, dass heutzutage etwa 230 Millionen Kinder in Kriegs Umgebungen leben und dass sich über 5 Millionen von ihnen außerhalb ihres Zuhauses als Folge eines Kriegskonflikts befinden. Einige von ihnen sind passive Beobachter des Wahnsinns um sich herum; andere sind aktiv am Konflikt beteiligt. Beide Kategorien sind zweifellos tief sensibel und verletzlich, sowohl kurz- als auch langfristig. Die Kindheit in solch einem unsicheren Umfeld, im Zwangsexil, ohne einen oder beiden Elternteile, ohne Sicherheit, Nahrung, Bildung, Gesundheitsversorgung usw. hat sicherlich einen Einfluss sowohl auf die körperliche und geistige Entwicklung und als auch auf die Zukunft des Kindes. Die Frage des Schutzes von Kindern in bewaffneten Konflikten erschien im Jahre 1990 in den Vereinten Nationen auf dem Weltgipfel für Kinder und seitdem konnten Bemühungen beobachtet werden die

Situation von Kindern in bewaffneten Konflikten von allen relevanten Seiten und den mächtigsten Weltorganisation zu verbessern – von Seite der Generalversammlung, des Sicherheitsrates, des Generalsekretärs, sowie der speziellen Organen mit dem spezifischen Ziel des Schutzes und der Förderung der Rechte von Kindern in bewaffneten Konflikten, z.B. des Sonderbeauftragten des Generalsekretärs und der Arbeitsgruppe für Kinder und bewaffnete Konflikte. Allerdings ist es wichtig zu betonen, dass es trotz früherer Bemühungen bis 2005 kein wirksames System der Koordinierung der Feld Informationen gab. Erst seit zehn Jahren können wir über eine koordinierte Wirkung von verschiedenen Faktoren innerhalb der Vereinten Nationen, einem effizientem Kontrollsystem und der Berichterstattung über die Situation der Kinder und dem Schutz ihrer Rechte in Gebieten, die von bewaffneten Konflikten betroffen sind, sprechen.

Schlüsselwörter: *bewaffneter Konflikt, Kinder, Vereinte Nationen, Sicherheitsrat, Generalversammlung, Generalsekretär, Sonderbeauftragter des Generalsekretärs für Kinder und bewaffnete Konflikte, Jahresberichte.*

Riassunto

IL RUOLO E LE ATTIVITÀ DEGLI ORGANI DELLE NAZIONI UNITE NELLA PROTEZIONE DEI BAMBINI NEI CONFLITTI ARMATI

Si presuppone che oggi circa 230 milioni di bambini viva in zone di guerra, mentre circa 5 milioni si trovi lontano dalle proprie dimore per cause collegate a conflitti armati. Alcuni di costoro sono spettatori passivi dello scempio che li circonda; altri diventano attivamente partecipi dei conflitti. Entrambe le categorie sono senza dubbio molto sensibili e cagionevoli sia nel momento dei fatti, che sul lungo periodo. L'infanzia vissuta in un ambiente insicuro, nella costrizione di essere profughi, senza (uno od entrambi) i genitori, senza certezze, cibo, educazione, assistenza sanitaria etc., indubbiamente influisce significativamente sullo sviluppo psicofisico e sull'avvenire del bambino. La questione della protezione dei bambini per il tempo della durata dei conflitti armati è stata posta dinnanzi alla Nazioni unite ancora nel 1990, in occasione della riunione mondiale al vertice per i bambini e da allora seguiamo gli sforzi volti a migliorare la posizione dei bambini nei conflitti armati da parte di tutti gli organi rilevanti della più potente organizzazione mondiale – l'Assemblea generale, il Consiglio di sicurezza, il Segretario generale, come pure gli organi speciali preposti allo specifico fine di proteggere e promuovere i diritti dei bambini in casi di conflitti armati, quali il Rappresentante speciale del segretario generale ed il Gruppo di lavoro per i bambini ed il conflitto armato. Tuttavia, è importante sottolineare, che nonostante i precedenti sforzi, fino al 2005 non esisteva un sistema efficace di coordinamento delle informazioni raccolte sul terreno, Appena da dieci anni possiamo parlare di

un'azione coordinata di diversi componenti all'interno delle Nazioni unite e di un sistema di controllo e di rendiconto maggiormente efficace riguardo alla posizione dei bambini ed alla protezione dei loro diritti nei luoghi dove avvengono conflitti armati.

Parole chiave: *conflitto armato, bambini, Nazioni unite, Consiglio di sicurezza, Assemblea generale, Segretario generale, Rappresentante speciale del segretario generale e Gruppo di lavoro per i bambini ed il conflitto armato, rendiconti annuali.*

OSNOVNA OBILJEŽJA ZAKONSKE I SUDSKE POLITIKE PRIMJENE KAZNE MALOLJETNIČKOG ZATVORA U BOSNI I HERCEGOVINI I UPOREDNOM KRIVIČNOM PRAVU I PRAKSI

Dr. sc. Vedad Gurda, docent
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli
Bosna i Hercegovina

UDK: 343.815(497.6)
Ur.: 10. srpnja 2015.
Pr.: 20. studenog 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Imajući u vidu da u spektru maloljetničkih krivičnih sankcija kazna lišenja slobode predstavlja najstrožiju krivičnu sankciju, međunarodni dokumenti iz oblasti postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom proklamiraju standard da se ona ima izricati samo kao krajnje sredstvo (ultima ratio) i u što kraćem trajanju. Upravo pitanja mogućeg trajanja predmetne sankcije, te obima njenog izricanja predstavljaju neka od osnovnih obilježja zakonske i sudske politike sankcioniranja maloljetnika, te čine predmet istraživanja ovog rada. Autor je analizirao kako su ova pitanja uređena u bosanskohercegovačkom i uporednom pravu, te kako su spomenuti standardi oživotvoreni u praksi. Primjenom komparativnopravne analize utvrđeno je kako postoje određeni pokazatelji da Bosna i Hercegovina spada u red zemalja koje baštine „humanu“ politiku sankcioniranja maloljetnih učinitelja krivičnih djela, te da su spomenuti međunarodni standardi dosljedno prihvaćeni kako u pravu, tako i u sudskoj praksi ove zemlje.

Ključne riječi: maloljetni učinitelji krivičnih djela, trajanje kazne maloljetničkog zatvora, politika kažnjavanja maloljetnika.

1. UVOD

Za razliku od velikog broja uporednih zakonodavstava koja poznaju različite mogućnosti kažnjavanja maloljetnika, a koje se kreću od novčane kazne do lišenja slobode,¹ zakonodavstvo Bosne i Hercegovine poznaje samo jednu sankciju takvog tipa - kaznu maloljetničkog zatvora. To je specifična sankcija lišenja slobode maloljetnika, koja je u predmetno zakonodavstvo prvi put uvedena *Novelom KZ FNRJ* iz 1959. godine prilikom sveobuhvatne reforme dotadašnjeg ex-jugoslovenskog maloljetničkog krivičnog zakonodavstva. Uvođenjem ove sankcije napuštena je

1 Perić, O., Krivičnopravni položaj maloletnika, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1975, str. 195.

izrazito represivna politika sankcioniranja u okviru koje je maloljetnim učiniteljima krivičnih djela bilo moguće izricati i kazne općeg krivičnog prava koje su se primjenjivale prema punoljetnim osobama.² Tadašnja reforma predstavljala je odraz idejnih strujanja i tendencija koje su prethodno već nekoliko decenija egzistirale u onovremenoj teoriji krivičnog prava i uporednim sistemima maloljetničkog krivičnog pravosuđa, a koje su bile usmjerene k jačanju prava maloljetnika, te daljnjem humaniziranju njihovog krivičnopravnog statusa.³ Ipak, ta humanizacija koja se u uporednom pravu i na internacionalnom nivou nastavila sve do današnjih dana, kako tada, tako niti u modernom dobu nije dovela do potpunog ukidanja (kazne) lišenja slobode maloljetnika ili njoj sličnih formi sankcioniranja ove kategorije učinitelja,⁴ tako da one i danas egzistiraju u svim evropskim državama, ali i drugdje diljem svijeta.⁵

Pri tome, u uporednom pravu ne postoji jedan općeprihvaćeni i unificirani model normativnog uređenja ove sankcije. U nekim zemljama, poput Austrije,⁶ Francuske⁷ ili Finske⁸ prihvaćen je model koji se naslanja na davnašnju maksimu o maloljetnim učiniteljima kao „delinkventima u minijaturi“,⁹ a shodno kojem se i maloljetnim učiniteljima izriče *kazna zatvora*, kao *sankcija općeg krivičnog prava*. Pri tom se zbog njihovog uzrasta, ipak, primjenjuju posebna pravila o odmjeraivanju te kazne, odnosno njenom izricanju u kraćem trajanju nego kada se ona izriče punoljetnim osobama, kao i posebna pravila o izvršenju iste. Ovakav model je (djelimično) prihvaćen i u zemljama koje poznaju mogućnost *upućivanja maloljetnih učinitelja ka sudovima opće nadležnosti (transfer to the criminal court)*,¹⁰ koji im u tom slučaju izriču neku

- 2 Stojanović, Z., Krivično pravo - opšti deo, deseto izdanje, IP Justinijan, Beograd, 2005., str. 390; Škulić, M., Stevanović, I., Maloletni delinkventi u Srbiji: neka pitanja materijalnog, procesnog i izvršnog prava, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 1999., str. 319.
- 3 Šelih, A. Mladoletničko sodstvo na pragu 21. stoletja: prevzgoja, nadzor, povračilnost? u: Prestupniško in otklonsko vedenje mladih - vzroki, pojavi, odzivanje, Bonex Založba, Ljubljana, 2000., str. 216.
- 4 Pruin, I., The Scope of Juvenile Justice Systems in Europe u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, Pf., Pruin, I., (eds.), Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments, Forum Verlag Godesberg, Monchengladbach, 2010., str. 1763.
- 5 Radulović, Lj., Maloletničko krivično pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010., str. 159-160.
- 6 Bruckmuller, A., Austria: A Protection Model u: Junger-Tas, J., Decker, S. H., (eds.), International Handbook of Juvenile Justice, Springer, Dordrecht, 2006., str. 287.
- 7 Perić, O., Milošević, N., Stevanović, I., Politika izricanja krivičnih sankcija prema maloletnicima u Srbiji, Centar za mir i razvoj demokratije, Beograd, 2008., str. 39
- 8 Marttunen, M., Finland: The Basis of Finish Juvenile Criminal Justice, International Review of Penal Law, vol. 75, No. 1/2004, str. 325-328.
- 9 Carić, A., Mlade osobe u kaznenom pravu (učinitelji i žrtve), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002., str. 1.
- 10 U pojedinim pravnim sistemima, poput: Sjedinjenih Američkih Država, Japana, Belgije, Holandije, Irske, Engleske i Velsa, Kanade, Poljska itd. postoji mogućnost procesuiranja maloljetnika ne samo u okviru maloljetničkog krivičnog pravosuđa, već i u okviru redovnog krivičnog pravosuđa (pravosuđa za odrasle). U tim zemljama primarna nadležnost za procesuiranje maloljetnika u sukobu sa zakonom pripada *maloljetničkom krivičnom pravosuđu*, koje ovoj kategoriji uglavnom izriče *specifične maloljetničke sankcije*. No, u pojedinim slučajevima postoji mogućnost da se prema maloljetnim delinkventima (i to određenog

od sankcija općeg krivičnog prava, uključujući i *kaznu zatvora*. S druge strane, u manjem broju zemalja se susreću *posebne kazne lišavanja slobode maloljetnika*, koje se po svojoj prirodi i vrsti tretmana razlikuju od sličnih sankcija općeg krivičnog prava, te se kao takve mogu izricati samo maloljetnim učiniteljima krivičnih djela, te mlađim punoljetnicima. Kao primjer takvih sankcija može se navesti kazna *maloljetničkog zatvora* u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu i zakonodavstvima zemalja sljednica bivše SFRJ, kao i *kazna za maloljetnike (Jugendstrafe)* u njemačkom zakonodavstvu,¹¹ odnosno sankcija pod nazivom *zadržavanje u posebnoj ustanovi za maloljetnike* (gr. *eidiko katastima kratisis neon*) u grčkom zakonodavstvu.¹²

Pored navedene, u uporednom pravu se mogu uočiti i druge razlike vezano za kaznu lišenja slobode maloljetnika. U tom smislu, razlikuju se rješenja koja je to donja dobna granica, odnosno uzrast maloljetnika kojemu se može izreći ova sankcija, uvjeti pod kojima se ona može izreći, u kakvoj ustanovi se izvršava (odjeljenu kaznene ustanove za odrasle ili posebnoj kaznenoj ustanovi za maloljetnike), koja je gornja dobna granica do koje se prema osobama koje su krivično djelo učinile u doba maloljetstva, a koje su tokom izdržavanja date kazne postale punoljetne primjenjuje poseban tretman i pravila izvršenja iste itd. S druge strane, (gotovo) sva zakonodavstva predviđaju kako kazna lišenja slobode maloljetnika ima prevashodno tretmansku i edukativnu funkciju. Najveći broj istih, bar nominalno, u skladu sa preporukama, međunarodni dokumenti iz oblasti postupanja s maloljetnicima u sukobu sa zakonom, poput: pravila 19.1. *Standardnih minimalnih pravila UN-a za maloljetničko pravosuđe (Pekinška pravila)*, pravila 10. *Evropskih pravila o sankcijama i mjerama u predmetima maloljetnih učinitelja krivičnih djela* te pravila 1. *Pravila UN-a o zaštiti maloljetnika lišenih slobode (Havanska pravila)* proklamiraju princip da se ova sankcija, kao i druge sankcije institucionalnog tipa, imaju izricati samo kao krajnje sredstvo društvenog reagiranja prema maloljetnicima u sukobu sa zakonom (*ultima ratio*) te u što kraćem trajanju. Upravo pitanja mogućeg (minimalnog i maksimalnog) trajanja predmetne sankcije, onako kako je ono uređeno u zakonodavstvu i kako se ostvaruje

dobnog uzrasta) primjeni institut *upućivanja maloljetnika ka sudovima opće nadležnosti*. Ovakvo rješenje se uglavnom primjenjuje prema učiniteljima teških krivičnih djela, onda kada se cijeni da zbog prirode krivičnog djela i okolnosti pod kojima je ono učinjeno mehanizmi maloljetničkog krivičnog pravosuđa ne predstavljaju adekvatne forme društvenog reagiranja. U tom slučaju *sudovi opće nadležnosti maloljetnicima izriču sankcije općeg krivičnog prava*, s tim da se, zbog njihovog uzrasta, prema ovoj dobnoj skupini učinitelja u *pravilu* primjenjuju specifična pravila o odmjeravanju/ublažavanju, ali i izvršenju tih krivičnih sankcija. O tome vidi više u: Weijers, I., Nuytiens, A., Christiaens, J., Transfer of Minors to the Criminal Court in Europe: Belgium and the Netherlands u: Junger-Tas, J., Dunkel, F. (eds.), Reforming Juvenile Justice, Springer, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2009., str. 105-124; Bala, N., Roberts, J. V., Canada's Juvenile Justice System: Promoting Community-Based Responses to Youth Crime u: Junger-Tas, J., Decker, S. H. (eds.), International Handbook of Juvenile Justice, str. 46-47; Krajewski, K., The Juvenile Justice System in Poland u: Jensen, E., Jepsen, J., (eds.), Juvenile Law Violators, Human Rights and the Development of New Juvenile Justice Systems, Hart Publishing, 2006., str. 160-161.

- 11 Eser, R., The Juvenile Justice System in Germany u: G. Giostra, V. Patane (eds.), European Juvenile Justice Systems, Giuffrè Editore, 2007., str. 143.
- 12 Pitsela, A., Greece u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I., (eds.), Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments, str. 636.

u praksi, te obima njenog izricanja, predstavljaju neke od najznačajnijih indikatora prirode sistema maloljetničkog krivičnog pravosuđa u određenoj zemlji, te kao takva čine predmet istraživanja ovog rada. Štaviše, ova pitanja čine i neka od osnovnih obilježja zakonske i sudske politike sankcioniranja maloljetnika te pokazatelja da li se u nekoj zemlji baštini „humana“ ili represivna politika sankcioniranja ove kategorije učinitelja krivičnih djela.

2. TRAJANJE KAZNE MALOLJETNIČKOG ZATVORA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Kada je riječ o trajanju kazne maloljetničkog zatvora u bosanskohercegovačkom pravu treba istaći da ono nije ravnomjerno uređeno na cijelom prostoru Bosne i Hercegovine. To stoga što u ovoj zemlji egzistiraju četiri relevantna zakonodavstva kojima je normiran krivičnopravni status maloljetnika, pa i predmetno pitanje: a) zakonodavstvo na nivou Bosne i Hercegovine (tzv. *državnom* nivou), b) zakonodavstvo Federacije Bosne i Hercegovine (FBiH), c) zakonodavstvo Republike Srpske (RS) i d) zakonodavstvo Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (BDBiH). Pri tome, u svim zakonodavstvima nije prihvaćen ujednačeni legislativni model. Na nivou Bosne i Hercegovine i dalje je prisutan *tradicionalni model*, shodno kojem je pravni status maloljetnih učinitelja krivičnih djela uređen posebnim cjelinama u okviru *općeg* krivičnog zakonodavstva, odnosno *Krivičnog zakona*,¹³ *Zakona o krivičnom postupku*¹⁴ i *Zakona Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera*¹⁵. S druge strane, u Republici Srpskoj početkom 2011., u Brčko Distriktu BiH krajem 2012. godine, te u Federaciji Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: FBiH) početkom 2015. počeli su se primjenjivati *zakoni o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku*,¹⁶ kao *posebni* legislativni tekstovi, koji *autonomno* reguliraju sveukupni krivičnopravni status maloljetnika te donose i određene novine vezano za trajanje kazne maloljetničkog zatvora. Stoga će se u daljnjem tekstu posebno analizirati kako je predmetno pitanje uređeno u „tradicionalnom“ krivičnom zakonodavstvu koje egzistira na državnom nivou, a kako u *novom* („autonomnom“) maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu koje primjenjuju entitetska pravosuđa Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, kao i pravosuđe Brčko Distrikta.

2.1. Trajanje kazne maloljetničkog zatvora u krivičnom zakonodavstvu na nivou Bosne i Hercegovine

Kada je u pitanju opći kazneni okvir maloljetničkog zatvora u krivičnom

13 „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15.

14 „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13.

15 „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 12/10 i 100/13.

16 „Službeni glasnik RS“, br. 13/10, „Službeni glasnik BDBiH“, br. 44/11 i „Službene novine FBiH br. 07/2014.

zakonodavstvu na *državnom nivou*, čl. 96. st. 1. KZ BiH propisano je da kazna maloljetničkog zatvora *ne može biti kraća od jedne niti duža od deset godina*. Ovakav način zakonskog određenja mogućeg trajanja kazne maloljetničkog zatvora pokazuje bitno drugačije tendencije u određenju njenog minimuma i maksimuma u odnosu na minimalno i maksimalno trajanje *kazne zatvora*, kao sankcije općeg krivičnog prava. Naime, kada je u pitanju *opći minimum kazne maloljetničkog zatvora očigledno je da je on znatno viši nego kod kazne zatvora, koja se izriče punoljetnim učiniteljima krivičnih djela, a koji iznosi najmanje 30 dana*.¹⁷ Navedeni pristup tradicionalno se opravdava činjenicom kako odnosnom sankcijom pored općepreventivnih treba ostvariti i edukativne ciljeve sankcioniranja, te da se (pre)odgoj, stručno osposobljavanje i pravilan razvoj maloljetnika kod kojih je indicirana primjena date sankcije ne može ostvariti u (kratkom) vremenskom intervalu ispod jedne godine¹⁸. U svakom slučaju, s obzirom na opći minimum trajanja primijetno je da je maloljetnički zatvor bliži odgojnim mjerama nego kazni zatvora iz općeg krivičnog prava.¹⁹ S druge strane, opći maksimum njegovog trajanja je znatno kraći nego kod kazne zatvora (*20 godina*), a pogotovo kod dugotrajnog zatvora (*45 godina*), što je očigledni pokazatelj humanih tendencija u postupanju sa maloljetnim učiniteljima u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine, s obzirom na to da bi se suviše dug period boravka maloljetnika u kazneno-popravnoj ustanovi zasigurno negativno odrazio na njegovo mentalno zdravlje, ali i ugrozio proces pozitivne društvene (re)integracije maloljetnika. Ipak, imajući u vidu da se zakonska svrha maloljetničkog zatvora ne iscrpljuje samo u individualnoj prevenciji, već da njome treba ostvariti i efekte generalne prevencije, smatra se da se ovakvim maksimumom njenog trajanja mogu postići i takvi ciljevi/efekti.²⁰

2.2. Trajanje kazne maloljetničkog zatvora u novom maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu

(a) Posljednjom novelom maloljetničkog krivičnog zakonodavstva u FBiH, RS i BDBiH, kazneni okvir maloljetničkog zatvora *koji je bio identičan onome koji se susreće u KZ BiH* pretrpio je određene izmjene. U skladu s odredbom čl. 51. st. 1. ZZPDMKP RS i čl. 51. st. 1. ZZPDMKP BDBiH *kazna maloljetničkog zatvora koja se izriče maloljetnom učinitelju krivičnog djela ne može biti duža od pet godina, a izriče se na pune godine ili na mjesece. Za krivično djelo za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora teža od deset godina, maloljetnički zatvor može trajati do*

17 Čehajić, Lj., Maloljetnički zatvor u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, Pravni savjetnik, god. V, br. 7-8/2005, str. 25.

18 Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj., Krivično pravo Jugoslavije - opšti deo, Savremena administracija, Beograd, 1998., str. 520; Lj. Radulović, op. cit. str. 153

19 Bačić, F., Bavcon, Lj. i dr., Komentar krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, drugo izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1982., str. 311.

20 Babić, M. i dr., Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Savjet/Vijeće Evrope: Evropska komisija, Sarajevo, 2005., str. 395.

deset godina.²¹ Ono što se na prvi pogled može primjetiti iz citirane odredbe jeste da novim zakonskim rješenjem nije eksplicitno određen opći minimum predmetne kazne. Međutim, imajući u vidu odredbu istog člana da se ona izriče na pune godine i mjesece, da se zaključiti kako je minimalno trajanje maloljetničkog zatvora jedan mjesec, što okvirno korespondira općem minimumu kazne zatvora primjenjive na odrasle učinitelje krivičnih djela. Pa premda se slično zakonsko rješenje ne susreće u zakonodavstvima zemalja sljednica bivše Jugoslavije, ono nije nepoznanica u uporednom pravu. U pojedinim zakonodavstvima opći minimum kazne lišenja slobode maloljetnika nije eksplicitno određen, što znači da se ona može izricati u trajanju od samo nekoliko dana ili sedmica.²² Prednosti ovakvog zakonskog rješenja ogledaju se u tome što je ono izuzetno fleksibilno i elastično, tako da ostavlja dovoljno prostora sudiji za maloljetnike da odmjeri kaznu u skladu sa odgojnim potrebama maloljetnika.²³ Za pretpostaviti je kako su upravo ovi razlozi utjecali na entitetske zakonodavce, kao i na zakonodavca u BDBiH da na navedeni način urede opći minimum kazne maloljetničkog zatvora. No, još je vjerovatnije da su na spomenuto zakonsko rješenje inspirativno utjecale preporuke Komiteta UN za prava djeteta, koji je u svojim zaključnim primjedbama na Inicijalni izvještaj Bosne i Hercegovine o stanju prava djece u ovoj zemlji (iz 2005.), bosanskohercegovačkim vlastima *inter alia* preporučio da se “razmotri mogućnost izmjene trenutnih zatvorskih kazni koje se primjenjuju nad licima između šesnaest i osamanaest godina starosti koja su počinila krivično djelo, ukidanjem minimalne jednogodišnje i smanjenjem maksimalne desetogodišnje zakonske kazne”.²⁴

Pa i pored izuzetnog respekta prema shvatanjima i preporukama visokih međunarodnih foruma, kakav je Komitet UN za prava djeteta, te uvažavajući spomenuta uporednopravna iskustva, mišljenja smo kako predmetna legislativna novina, ipak, ne predstavlja naučno prihvatljivo i održivo normativno rješenje.²⁵ To prije svega zbog: a) dobro poznatih i u nauci krivičnog prava široko prihvaćenih kritika na račun kratkotrajnih kazni lišavanja slobode. Između ostalog, jedan od osnovnih prigovora takvim kaznama ogleda se u tome što one na taj način postaju mjere “pukog interniranja” osuđenih osoba sa izraženim elementima represije, jer se u tako kratkom

21 U ZZPDMKP FBiH ovo pitanje je nešto drugačije uređeno, te shodno odredbi čl. 51. st. 1. datog zakona kazna maloljetničkog zatvora koja se izriče maloljetnom učiniocu krivičnog djela ne može biti duža od deset godina, a izriče se na pune godine ili na mjesece.

22 Pruin, I., The Scope of Juvenile Justice Systems in Europe u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I., (eds.), Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments, str. 1771.

23 Simović, M. i dr., Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2010., str. 145.

24 Čl. 74. tačka g) Zaključnih primjedbi Komiteta UN za prava djeteta povodom izvještaja Bosne i Hercegovine od 03.06.2005. godine (CRC/C/15/Add.29).

25 Kritike na račun ovakvog određenja općeg minimuma kazne maloljetničkog zatvora u novom bosanskohercegovačkom maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu upućuju i pojedini domaći autori. Uporedi: Marković, I., Kazna maloljetničkog zatvora, Zbornik radova „Vladavina prava i pravna država u regionu“, Pravni fakultet, Istočno Sarajevo, 2014., str. 677.

vremenskom intervalu ne mogu realizirati iole ozbiljniji rehabilitacijski programi.²⁶ b) Osim toga, imajući u vidu da je i u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu jedna od svrha izvršenja svih maloljetničkih sankcija, pa i kazne maloljetničkog zatvora, osiguranje *odgoja i pravilnog razvoja ličnosti maloljetnika* (v. čl. 31. st. 1. ZZPDMKP FBiH, čl. 31. st. 1. ZZPDMKP RS, čl. 31. st. 1. ZZPDMKP BD BiH), više je nego upitno da li bi se taj cilj mogao ostvariti u samo par mjeseci rada sa maloljetnim učiniteljem, pogotovo ukoliko imamo u vidu da se data sankcija u pravilu izriče izuzetno odgojno zapuštenim maloljetnicima. Također, c) imajući u vidu da svrha maloljetničkog zatvora pored spomenutih *specijalnopreventivnih* ciljeva, obuhvata i ciljeve *generalne prevencije*, odnosno *utjecaja na druge maloljetnike da ne vrše krivična djela*, postavlja se pitanje koliko izricanje takve kazne u trajanju od jednog ili par mjeseci može uistinu polučiti generalnopreventivne učinke. d) Na kraju, premda načelo srazmjernosti nema identičan značaj u maloljetničkom kao u općem krivičnom pravu, u nauci preovladava shvatanje kako sud ipak ne bi smio izreći kaznu maloljetničkog zatvora koja bi bila u potpunoj nesrazmjeri sa težinom krivičnog djela i stepenom krivnje maloljetnika.²⁷ Imajući u vidu da se maloljetnički zatvor može izreći *samo za teška krivična djela sa istom takvom posljedicom i visokim stepenom krivnje*,²⁸ očigledno je kako bi izricanje date sankcije u trajanju od svega nekoliko mjeseci bilo u potpunoj nesrazmjeri sa težinom učinjenog krivičnog djela i stepenom krivnje maloljetnika.

Stoga smo mišljenja da je uvažavajući navedene razloge, ali i preporuke međunarodnih dokumenata o svođenju institucionalnog tretmana na najkraću moguću mjeru, te njegovu primjenu samo onda kada je to zaista neophodno, kao opći minimum maloljetničkog zatvora trebalo odrediti opći minimum od *šest mjeseci*, što u novom zakonodavstvu predstavlja i minimum trajanja zavodskih odgojnih mjera, koje čine maloljetničke krivične sankcije institucionalnog tipa, baš kao i kazna maloljetničkog zatvora. Mišljenja smo da upravo ovakav vremenski okvir predstavlja najkraći period unutar kojeg bi se mogli ostvariti ciljevi i svrhe propisivanja i izricanja kazne maloljetničkog zatvora. Štaviše, da se naslutiti da i po procjeni entitetskih zakonodavaca, kao i zakonodavca u BD BiH šest mjeseci predstavlja minimalni vremenski okvir za ostvarivanje svrhe predmetne sankcije, s obzirom na to da je odredbama čl. 53. st. 1. ZZPDMKP FBiH, čl. 53. st. 1. ZZPDMKP RS, te čl. 53. st. 1. ZZPDMKP BD BiH predviđeno da se *lice osuđeno na kaznu maloljetničkog zatvora ni pod kojim okolnostima ne može uvjetno otpustiti iz ustanove u kojoj se izvršava ova sankcija ukoliko u toj ustanovi nije provelo najmanje šest mjeseci*. Na kraju, treba istaći da se takvo rješenje vezano za minimum trajanja kazne lišenja slobode maloljetnika susreće i u mnogim evropskim zakonodavstvima.²⁹

26 O ostalim nedostacima kratkotrajnih kazni lišenja slobode vidi više u: Petrović, B., Jovašević, D., Krivično /kazneno pravo Bosne i Hercegovine, Pravni fakultet, Sarajevo, 2005, str. 291-292.

27 Babić, M. i dr., op. cit., str. 398.

28 Čl. 95. KZ BiH, čl. 50. ZZPDMKP FBiH, čl. 50. ZZPDMKP RS, čl. 50. ZZPDMKP BDBiH

29 Opći minimum maloljetničkog zatvora od 6 mjeseci susreće se u zakonodavstvima: Hrvatske, Srbije, Slovenije, Njemačke, Grčke, Latvije, Sjeverne Irske i Ukrajine. Vidi više u: Dunkel, F., Stando-Kavecka, B., Juvenile Imprisonment and Placement in Institution for Deprivation of

(b) Slijedeći međunarodne standarde da se institucionalni tretman maloljetnika koristi samo kada je to zaista neophodno i u što kraćem trajanju, posljednjim izmjenama maloljetničkog krivičnog zakonodavstva u RS i BDBiH došlo je do izmjena i *općeg maksimuma* kazne maloljetničkog zatvora, koji sada *u načelu* iznosi *pet godina*, s tim da se povodom najtežih krivičnih djela, kao i nekih drugih okolnosti, ova najstrožija maloljetnička sankcija može izreći u maksimalnom trajanju do *deset godina*. Naime, u skladu sa čl. 51. ZZPDMKP RS i čl. 51. ZZPDMKP BDBiH *kazna maloljetničkog zatvora ne može biti duža od pet godina, a za krivično djelo za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora teža od deset godina, maloljetnički zatvor može trajati do deset godina*^{30, 31} Ovakvo rješenje³² u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu ima puno opravdanje i zbog kaznene politike domaćih sudova, shodno kojoj u strukturi izrečenih kazni maloljetničkog zatvora u izuzetno značajnom obimu participiraju upravo kazne maloljetničkog zatvora do pet godina, a teže kazne se izriču samo u izuzetnim slučajevima.³³ Evidentno je da rješenje o izricanju maloljetničkog zatvora u maksimalnom trajanju do pet godina korespondira ciljevima individualne prevencije, jer je to optimalan vremenski period unutar kojeg bi se mogli realizirati i najzahtjevniji

Liberty - Comparative Aspects u: F. Dunkel, J. Grzywa, Ph. Horsfield, I. Pruin, (eds.), *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments, 1772 – 1774*; Jehle, J. M., Lewis, C., Sobota, P., *Dealing with Juvenile Offenders in the Criminal Justice System*, *European Journal of Criminal Policy*, br. 1/2008, str. 241; Dimitrijević, J., *Kazna zatvora i maloletnici*, *Socijalna misao*, br. 2/2008., str. 50; Carić, A., *Provedba standarda Ujedinjenin naroda za maloljetničko pravosuđe u hrvatskom maloljetničkom kaznenom zakonodavstvu*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 43, br. 1/2006, str. 9.

- 30 Očigledno je kako je prezentirani model trajanja kazne maloljetničkog zatvora normiran po uzoru na zakonodavstva nama susjednih zemalja Hrvatske i Srbije, na koja je nedvojbeno i u ovom slučaju inspirativno utjecalo njemačko maloljetničko krivično zakonodavstvo. Također, njime su u značajnoj (ali ipak ne u potpunoj) mjeri obuhvaćene i spominjane preporuke Komiteta UN za prava djeteta. Uporedi: Dunkel, F., *Juvenile Justice in Germany* u: Jensen, E., Jepsen, J., (eds.), *Juvenile Law Violators, Human Rights and Development of Juvenile Justice Systems*, Hart Publishing, 2006., str. 120; Hirjan, F., Singer, M., *Komentar Zakona o sudovima za mladež i kaznenih djela na štetu djece i maloljetnika*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2002., str. 97.; Jovašević, D., *Maloletničko krivično pravo*, Beosint, Beograd, 2008., str. 113.
- 31 Primjera radi, kazna maloljetničkog zatvora u trajanju *preko pet godina, odnosno od pet do deset godina* mogla bi se izreći povodom nekog od kvalifikovanih oblika ubistva iz čl. 163. st. 2. KZ BDBiH (tzv. *teška ubistva*) za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili za sticaj krivičnih djela *ubistva* (čl. 163. st. 1. KZ BDBiH) i kvalifikovanog oblika *silovanja prilikom kojeg je žrtva ostala trudna* (čl. 200. st. 3. KZ BDBiH), obzirom na to da je za ta krivična djela propisana kazna zatvora teža od deset godina.
- 32 U literaturi se ističe kako je reduciranje trajanja kazne maloljetničkog zatvora u skladu sa naučnim saznanjima iz oblasti psihološkog razvoja mladih osoba. Naime, primjetno je kako sankcije čija se sadržina ogleda u oduzimanju slobode, imaju snažan utjecaj na maloljetnika, no s vremenom taj se utjecaj drastično gubi, te maloljetnik postaje sve manje osjetljiv na učinke sankcije, tako da postoji opasnost da se u jednom trenutku preda i „prihvati ulogu zatvorenog delinkventa“. Vidi: Rittossa, D., Božičević Grbić, M., *Zakon o sudovima za mladež – reformski zahvati i praktične dileme*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 19, br. 2/2012., str. 636.
- 33 Vidi *supra* tabelu br. 5. o *politici odmjerenja kazne maloljetničkog zatvora u FBiH*.

rehabilitacijski programi. Međutim, u određenim slučajevima zakonodavac je dao prednost težini ili načinu učinjenja krivičnog djela propisujući da se tim povodom može izreći kazna maloljetničkog zatvora do deset godina.

Pri tome, očigledno je da izricanje maloljetničkog zatvora u trajanju do pet godina predstavlja *redovni (osnovni) maksimum*, dok izricanje odnosne kazne u vremenskom okviru između pet i deset godina čini *dodatni maksimum* maloljetničkog zatvora. Takav zaključak temeljimo na činjenici da izricanje date sankcije u trajanju preko pet godina, odnosno od pet do deset godina predstavlja *zakonsku mogućnost, ali ne i obavezu suda*, tako da i u slučaju krivičnih djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je zapriječena kazna zatvora teža od deset godina, sud može odmjeriti i kaznu maloljetničkog zatvora *ispod pet godina* (v. čl. 51. ZZPDMKP RS, čl. 51. ZZPDMKP BDBiH). Dodatno, krivična djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora predstavljaju najteža krivična djela, koja u sveukupnom spektru krivičnih djela koja egzistiraju u bosanskohercegovačkom krivičnom zakonodavstvu participiraju u izuzetno skromnom obimu, tako da je za očekivati kako će se ista i vrlo rijetko javljati u strukturi maloljetničkog prestupništva, a konsekvatno tome i mogućnosti izricanja odnosne sankcije u trajanju od pet do deset godina. Da je ovakva pretpostavka osnovana potvrđuje i relevantne statistike iz oblasti postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom u Bosni i Hercegovini.

S druge strane, u novom maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu u FBiH je glede općeg maksimuma kazne maloljetničkog zatvora zadržano „staro“ normativno rješenje, te shodno odredbama čl. 51. ZZPDMKP FBiH *kazna maloljetničkog zatvora koja se izriče maloljetnom učinitelju krivičnog djela ne može biti duža od deset godina*. Ergo, relevantno zakonodavstvo u FBiH predviđa samo jedan opći maksimum predmetne sankcije, pri tome ne ograničavajući postupajućeg sudiju da u skladu sa svojim slobodnim sudijskim uvjerenjem, a cijeneći sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti (kao i ostala opća pravila za odmjeravanje kazne propisana zakonom), odnosno *konkretnu težinu* krivičnog djela, te lične i porodične prilike maloljetnika, takvom maloljetniku izreknu kaznu maloljetničkog zatvora u maksimalnom trajanju do deset godina, neovisno na *apstraktnu težinu* učinjenog krivičnog djela. Suprotno tome, zakonodavci u RS i BDBiH mogućnosti izricanja kazna maloljetničkog zatvora u maksimalnom trajanju preko pet, pa sve do deset godina vežu samo za krivična djela za koja je propisana kazna *dugotrajnog zatvora*, odnosno za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora *teža od deset godina*, kao djela koja se u teoriji krivičnog prava s obzirom na njihovu *apstraktnu težinu* smatraju *teškim krivičnim djelima*. U skladu s tim, hipotetski, nadležni sudija u RS i BDBiH maloljetnom učinitelju ne bi mogao izreći kaznu maloljetničkog zatvora u maksimalnom trajanju od deset godina ukoliko takav maloljetnik nije učinio *apstraktno teško* krivično djelo, iako je njegova *konkretna težina izuzetno teška*, dok bi postupajući suci u FBiH u takvom slučaju mogli izreći predmetnu kaznu u maksimalnom trajanju od deset godina, odnosno odrediti najveću mjeru kazne. Takvo što upućuje na zaključak kako je glede konkretnog zakonskog rješenja položaj maloljetnih učinitelja krivičnih djela u FBiH teži nego kod njihovih vršnjaka u RS i BDBiH.

Istovremeno, to predstavlja i pravi egzemplar kako se uslijed podjeljene

zakonodavne nadležnosti, te neusklađenosti zakonskih rješenja, građani jedne te iste države mogu naći u neravnomjernom pravnom položaju. Imajući u vidu da je u konkretnom slučaju riječ o posebno osjetljivoj kategoriji lica, koja zbog svoje biopsihičke i socijalne nedoraslosti uživaju poseban („povlašteni“) krivičnopravni status, te o sankciji čija se sadržina ogleda u oduzimanju, odnosno ograničavanju slobode kretanja, kao jedne od fundamentalnih ljudskih sloboda, ne čudi kako se u profesionalnim krugovima revnosno pledira za potpunu harmonizaciju različitih maloljetničkih krivičnih zakonodavstava u Bosni i Hercegovini, a što je na tragu preporuka relevantnih supranacionalnih tijela, u konkretnom slučaju Evropske komisije.³⁴

2.3. Neka ograničenja vezana za izricanje kazne maloljetničkog zatvora

S obzirom na to da u zakonu nisu propisani posebni kazneni okviri maloljetničkog zatvora, predmetna kazna se odmjerava u granicama njenog općeg minimuma i maksimuma. Ipak, u odnosu na ovo generalno pravilo sva zakonodavstva u Bosni i Hercegovini poznaju određena ograničenja vezana za odmjeravanje kazne maloljetničkog zatvora, shodno kojima sud ne može izreći kaznu maloljetničkog zatvora u trajanju dužem od kazne zatvora propisane za to krivično djelo, ali nije vezan za najmanju mjeru kazne (čl. 96. st. 2. KZ BiH).³⁵ Budući da se radi o najtežoj krivičnoj sankciji namjenjenoj maloljetnim učiniteljima zakonodavac je njeno trajanje nastojao svesti na što kraću mjeru, te je u pogledu njenog maksimuma postavio dvostruko ograničenje. Naime, ukoliko je posebni maksimum kazne zatvora kod nekog krivičnog djela manji od općeg maksimuma maloljetničkog zatvora, tada mjera maloljetničkog zatvora ne može preći niti taj posebni maksimum zatvorske kazne propisane za to djelo. Osim toga, odnosno pravilo je i izraz principa srazmjernosti krivičnog djela i kazne, koji u maloljetničkom pravu nema identičan značaj kao u općem krivičnom pravu, no u konkretnom slučaju se primjenjuje stoga što predstavlja rješenje koje ide *in favorem* maloljetnika. Naime, bilo bi potpuno nedopustivo da se maloljetnom učinitelju za određeno krivično djelo, bez obzira što se radi o kazni *sui generis*, izrekne kazna maloljetničkog zatvora u dužem trajanju nego što se za to isto djelo može izreći kazna zatvora punoljetnoj osobi. Stoga se, primjera radi, maloljetniku koji je izvršio krivično djelo *krađe u sastavu grupe ljudi* (čl. 287. st. 4. KZ FBiH), bez obzira na opći maksimum kazne maloljetničkog zatvora, može izreći data kazna u maksimalnom trajanju do osam godina, jer je za odnosno krivično djelo propisana kazna zatvora od jedne do osam godina.³⁶

34 Vidi: Pećanac, J., Mogući problemi u primjeni novog Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku u FBiH, str. 20, dostupno na: pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=24072 (posljednji pristup: 07. 11. 2015.)

35 Čl. 51. st. 2. ZZPDMKP FBiH, čl. 51. st. 2. ZZPDMKP RS, čl. 51. st. 2. ZZPDMKP BDBiH.

36 Pravilo da se kazna maloljetničkog zatvora za određeno krivično djelo ne može izreći iznad posebnog maksimuma kazne zatvora propisane za to djelo poznaju i zakonodavstva RS i BDBiH (čl. 51. st. 2. ZZPDMKP RS i čl. 51. st. 2. ZZPDMKP BDBiH). Međutim, s obzirom na novo zakonsko rješenje vezano za uređenje (općeg) maksimuma maloljetničkog zatvora postavlja se pitanje opravdanosti daljeg postojanja jednog takvog pravila. Naime, kao što je prethodno

Međutim, za razliku od maksimuma kazne zatvora propisane za određeno krivično djelo, pri odmjeravanju kazne maloljetničkog zatvora u skladu sa načelom *primum non nocere*³⁷ sud nije vezan posebnim minimumom, tako da maloljetnom učinitelju može odmjeriti maloljetnički zatvor i ispod zatvorske kazne propisane za to krivično djelo. Primjera radi, to znači da za *razbojništvo prilikom čijeg izvršenja je druga osoba s umišljajem teško tjelesno ozlijeđena* (kvalifikovani oblik razbojništva iz čl. 289. st. 2. KZ FBiH), a za koje je zapriječena kazna zatvora od najmanje pet godina, sud maloljetnom učinitelju može odmjeriti i izreći kaznu maloljetničkog zatvora i ispod tog posebnog minimuma (npr. dvije godine i šest mjeseci), ali ne ispod jedne godine koja predstavlja (opći) minimum maloljetničkog zatvora u ovom zakonodavstvu. Za ovo pravilo se nerijetko kaže da predstavlja *poseban način ublažavanja* kazne maloljetničkog zatvora.³⁸

3. TRAJANJE KAZNI LIŠENJA SLOBODE MALOLJETNIKA U UPOREDNOM PRAVU

(a) S obzirom na to da su u prethodnim poglavljima prezentirani kazneni okviri trajanja kazne maloljetničkog zatvora u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu, činilo se zanimljivim istražiti kako je ova materija uređena i u uporednom pravu. Posebno je interesantno istražiti pitanje *maksimalnog trajanja* kazne lišenja slobode maloljetnika, jer ono predstavlja jedan od značajnijih pokazatelja prirode maloljetničkog krivičnog prava u nekoj zemlji, odnosno pokazatelja da li su u tom pravu prisutne humane tendencije u postupanju sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom ili se, pak, baštini represivna kaznena politika.

Pri tome, u mnogim zemljama, baš kao i u zakonodavstvu RS i BDBiH, prihvaćen je *model dvojnog maksimuma* trajanja kazne lišenja slobode maloljetnika, a što se može vidjeti i iz naredne tabele.

istaknuto, ova zakonodavstva pored *redovnog (općeg) maksimuma* poznaju i *dodatni (opći) maksimum*. Međutim, ako imamo u vidu da se kazna maloljetničkog zatvora može izreći samo za krivična djela za koja je propisana *kazna zatvora teža od pet godina*, a da se *redovni (opći) maksimum maloljetničkog zatvora* kreće *do pet godina*, očigledno je da je ovaj opći maksimum maloljetničkog zatvora manji od posebnog maksimuma kazne zatvora, te da već zbog toga sud ne može izreći maloljetnički zatvor u trajanju dužem od kazne zatvora propisane za to krivično djelo. Identična situacija je i povodom *dodatnog (općeg) maksimuma maloljetničkog zatvora* koji iznosi *deset godine*, a koji se može primijeniti samo ako se radi o krivičnim djelima za koja je propisana *kazna zatvora teža od deset godina*.

37 Rittossa, D., Božičević Grbić, M., op. cit., str. 636

38 Vidi: Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj., op. cit., str. 522.

Tabela 1. *Maksimum trajanja kazne lišenja slobode maloljetnika*³⁹

Maksimalno trajanje (po godinama)	Država
2 godine	Australija (Novi Južni Vels, Tasmanija), Libanon, Senegal, Engleska i Vels,* Holandija,* Togo
3 godine	Australija (Viktorija), Kolumbija, Malezija, Portugal
4 godine	Australija (Južna Australija), Ekvador, Švicarska, Švedska, Sjeverna Irska
5 godina	Bruneji, Češka Republika*, Hrvatska*, Njemačka*, Rumunija*, Slovenija*
6 godina	Rusija*
7 godina	Slovačka,* Armenija*
8 godina	Danska
10 godina	Australija (Kvinsland), Austrija*, Azerbejdžan, Bahrein, Češka Republika**, Egipat, Estonija, Gruzija*, Hrvatska**, Katar, Latvija*, Litvanija, Libija, Njemačka**, Rumunija*, Rusija**, Španija, Slovenija**, Ukrajina*
12 godina	Armenija**, Finska
15 godina	Austrija**, Koreja, Latvija**, Mađarska, Mongolija, Slovačka**, Turska*, Ukrajina**
18 godina	Italija
20 godina	Grčka, Rumunija**
21 godina	Norveška
24 godine	Turska**
25 godina	Izrael
½ kazne propisane za punoljetne učinitelje	Austrija***, Francuska
Kazna doživotnog zatvora	Holandija**, Engleska i Vels**, Škotska (16 i više godina)
Neograničeno/neodređeno	Argentina, Australija (Zapadna Australija), Čile, Kina, Irska, Japan, Kazahstan, Kuvajt, Mauricijus, Panama, Saudijska Arabija, Sirija, Trinidad i Tobago, Zambija

(Napomena: (*) "prvi" maksimum, (**) "drugi" maksimum)

Ipak, treba istaći da kriteriji za različito određenje maksimalnog trajanja

39 Navedeni tabelarni prikaz sačinjen je na osnovu podataka sadržanih u radovima: Hazel, N., Cross-National Comparison of Youth Justice, Youth Justice Board (YJB), 2008., str. 62 i Dunkel, F., Stando-Kavecka, B., Juvenile Imprisonment and Placement in Institution for Deprivation of Liberty - Comparative Aspects u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (eds.), Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments, str. 1772 – 1774. S obzirom na to da se podaci za nekoliko evropskih zemalja nisu slagali, u takvim slučajevima preuzeti su podaci iz rada F. Dunkel i B. Stando-Kavecka, stoga što taj rad sadrži rezultate novijih istraživanje u odnosu na rad N. Hazela.

date sankcije nisu identični u svim zemljama. U određenom broju zemalja (Češka Republika, Hrvatska, Njemačka i Slovenija) prihvaćen je *model dvojnog maksimuma prema težini krivičnog djela*, gdje baš kao i u novom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini maksimum kazne lišenja slobode maloljetnika iznosi *pet godina*, a samo za najteža krivična djela *deset godina*. Ovakav model susreće se i u Latviji, Ukrajini, Slovačkoj i Rumuniji, s tim da su konkretna rješenja nešto drugačija u odnosu na spomenute zemlje, odnosno, navedeni maksimumi su nešto veći.

S druge strane, u pojedinim zakonodavstvima susreće se *model dvojnog maksimuma prema uzrastu maloljetnog učinitelja*. Tako se, primjera radi, u Austriji umjesto kazne doživotnog zatvora ili zatvora od 10 do 20 godina propisane za odrasle učinitelje, maloljetnicima uzrasta ispod 16 godina može izreći kazna zatvora do *10 godina*, a maloljetnicima uzrasta od 16 i više godina kazna zatvora do *15 godina*.⁴⁰ U Rusiji učiniteljima u dobi od 14 i 15 godina maksimum maloljetničkog zatvora iznosi *6 godina*, a onima od 16 i više godina starosti *10 godina*. Slična rješenja postoje i u drugim zemljama.⁴¹

Na kraju, model dvojnog maksimuma susreće se i u *pravnim sistemima koji poznaju mogućnosti upućivanja maloljetnih učinitelja ka sudovima opće nadležnosti*. Jedan maksimum predstavlja maksimum kazne koja je propisana u maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu, a koju izriču sudovi za maloljetnike, dok drugi, znatno veći, predstavlja maksimum kazne lišenja slobode iz općeg krivičnog prava, koju maloljetnim učiniteljima (u pravilu teških krivičnih djela i starijeg uzrasta) izriču sudovima opće nadležnosti, kada im takvi maloljetnici budu upućeni na procesuiranje. Tako, primjera radi, u engleskom i holandskom maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu maksimum kazne lišenja slobode koju maloljetnom učinitelju može izreći sudija za maloljetnika iznosi *dvije godine*. Međutim, ukoliko takav maloljetnik pod zakonskim uvjetima bude upućen na sud opće nadležnosti, tada mu sud opće nadležnosti izriče sankcije općeg krivičnog prava (sankcije za punoljetne), što može uključivati i kaznu doživotnog zatvora.⁴²

S druge strane, u određenom broju zemalja opći maksimum kazne zatvora za maloljetnike uopće nije određen, tako da se data sankcija može izricati bez bilo kakvih ograničenja (izuzev da ne može biti veća nego kada se izriče punoljetnim učiniteljima), što u pojedinim zemljama koje poznaju takvu sankciju teoretski može značiti i lišenje slobode u doživotnom trajanju.

Specifično rješenje susreće se u Francuskoj gdje maksimum kazne zatvora za

40 Za ostala ("lakša") krivična djela maksimum kazne zatvora za maloljetnike iznosi polovina kazne zatvora namjenjene odraslim učiniteljima krivičnih djela, dok minimum kazne nije propisan (***)

41 U Armeniji maloljetnicima ispod 16 godina starosti ne može se izreći kazna zatvora teža od 7 godina, a onima starijega uzrasta od 12 godina. U Gruziji, slično kao i u Austriji maloljetnim učiniteljima u dobi od 14 i 15 godina maksimum kazne iznosi 10 godina, a onima starijeg uzrasta 15 godina zatvora. Ipak, najrigidnije rješenje susreće se u Turskoj gdje se maloljetnicima u uzrastu od 12 do 15 godina može izreći kazna do 15 godina, a onima od 15 do 18 čak do 24 godine zatvora.

42 Dijk, C., Nuytiens, A., Objectives of Transferring Juvenile Offenders to Adult Court u: Meško, G., Pagon, M., Dobovšek, B., (eds.), Policing in Central and Eastern Europe: Dilemmas of Contemporary Criminal Justice, Maribor, 2004., str. 140-142.

maloljetnike predstavlja polovicu kazne propisane za to krivično djelo kada ga učini punoljetna osoba.

(b) Kada je u pitanju dužina trajanja kazne lišenja slobode maloljetnika, primjetno je da među evropskim državama najblažu zakonsku politiku kažnjavanja imaju Švicarska i Švedska, u kojima se maloljetnim učiniteljima čak i za najteža krivična djela može izreći kazna zatvora u maksimalnom trajanju od svega nekoliko godina.⁴³

U ostalim zemljama ti maksimumi su znatno veći, dok se u pojedinim zemljama gdje postoji mogućnost transferiranja maloljetnih učinitelja ka sudovima opće nadležnosti, baš kao i u zemljama koje poznaju neodređene/neograničene kazne, takvim maloljetnicima može izreći i kazna zatvora u doživotnom trajanju.⁴⁴

U svakom slučaju, imajući u vidu prethodno navedene podatke o maksimalnom trajanju kazne lišenja slobode maloljetnika u bosanskohercegovačkom i uporednom pravu, kao i činjenicu da se kazna maloljetničkog zatvora u Bosni i Hercegovini može izricati samo maloljetnim učiniteljima u dobi iznad šesnaest godina, odnosno samo *starijim maloljetnicima*, slobodni smo tvrditi kako maloljetničko krivično pravo Bosne i Hercegovine spada u red onih prava koja baštine "humanu" politiku kažnjavanja maloljetnika.

4. OBIM IZRICANJA I ODMJERAVANJE KAZNE MALOLJETNIČKOG ZATVORA U PRAKSI BOSANSKOHERCEGOVAČKIH I INOSTRANIH SUDOVA

1. Kada je u pitanju obim izricanja kazne maloljetničkog zatvora u Bosni i Hercegovini, čini se da domaći sudovi dosljedno primjenjuju princip o izricanju odnosne kazne kao krajnjem sredstvu (*ultima ratio princip*), te isti izriču u više nego skromnom obimu, a što se može vidjeti iz narednih tabelarnih prikaza.

43 U navedenoj tabeli kao zemlje sa izuzetno niskim maksimumom lišenja slobode od svega nekoliko godina navode se i pojedine vanevropske zemlje (npr. Senegal, Togo, Libanon, Kolumbija itd.). Međutim, ostaje dilema da li navedeni maksimum u tim zemljama predstavlja i stvarni maksimum, odnosno da li u tim zemljama postoji mogućnost upućivanja maloljetnika ka sudovima opće nadležnosti, jer je za očekivati da su kazne općeg krivičnog prava koje bi im se u tom slučaju mogle izreći znatno duže.

44 Štaviše, premda se to ne vidi iz prethodno navedene tabele, treba istaći da se u pojedinim državama u SAD-u, suprotno *Konvenciji o pravima djeteta*, maloljetnim učiniteljima koji se procesuiraju pred sudovima opće nadležnosti može izreći čak i *kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti pomilovanja* (eng. *sentences of life without possibility of parole*). Prema izvještajima *Human Rights Watcha* i *Amnesty Internationala*-a tokom 2005. godine najmanje 2225 osoba se nalazilo na izdržavanju ove kazne, a u periodu od 2005 do 2007. američki sudovi su izrekli dodatnih 259 kazni doživotnog zatvora bez mogućnosti pomilovanja, tako da se krajem 2007. na izdržavanju date kazne nalazilo 2484 osobe. Vidi: De La Vega, C., Leighton, M., *Sentencing Our Children to Die in Prison: Global Law and Practice*, University of San Francisco Law Review, vol. 42, 2008., str. 985-986.

Tabela 2. Izricanje kazne maloljetničkog zatvora u praksi sudova u FBiH (2001.-2005.)

FBiH	2001.		2002.		2003.		2004.		2005.	
	Ukup. sank.	Malo. zat.	Ukup. sank.	Malo. zat.	Ukup. sank.	Mal. zat.	Ukup. sank.	Malo. zat.	Ukup. sank.	Malo. zat.
<i>Prosjeck % 1,1</i>	274	0 <i>0</i>	310	5 <i>1,6</i>	292	4 <i>1,4</i>	158	3 <i>1,9</i>	233	2 <i>0,9</i>

(Izvor: Statistički godišnjak/ljetopis Federalnog Zavoda za statistiku, god. 2006.)

Pri tome treba istaći kako se izricanje date sankcije na području cijele države može pratiti tek od 2006. godine,⁴⁵ dok su podaci iz ranijeg perioda dostupni samo za Federaciju Bosne i Hercegovine⁴⁶. Ti podaci pokazuju da tokom posljednje decenije na području ovog entiteta nije bilo značajnijih oscilacija na planu kažnjavanja maloljetnika, a da je kazna maloljetničkog zatvora u cijeloj zemlji u periodu 2006.-2010. u sveukupno izrečenim maloljetničkim sankcijama participirala tek nešto iznad 1%.

Tabela 3. Izricanje kazne maloljetničkog zatvora u praksi sudova u BiH (2006.-2010.)

	2006.		2007.		2008.		2009.		2010.	
	Ukup. sank.	Malo. zat.	Ukup. sank.	Malo. zat.	Ukup. sank.	Malo. zat.	Ukup. sank.	Malo. zat.	Ukup. sank.	Malo. zat.
FBiH	213	1	237	2	228	1	176	3	188	4
RS	190	5	193	3	137	4	140	0	185	1
Brčko Distrikt	12	0	28	1	30	0	27	1	15	0
Ukupno	415	6 <i>1,4</i>	458	6 <i>1,3</i>	395	5 <i>1,3</i>	343	4 <i>1,2</i>	388	5 <i>1,3</i>

(Izvor: FBiH: Statistički godišnjak/ljetopis Federalnog Zavoda za statistiku, god. 2006., 2010., 2011.; RS: Statistički godišnjak Republičkog zavoda za statistiku RS, god. 2011.; BDBiH: Godišnji izvještaji Visokog sudske i tužilačkog vijeća BiH za naznačene godine)

45 Republički zavod za statistiku RS do 2006. godine nije prikupljao podatke o radu maloljetničkog pravosuđa na području ovog entiteta, odnosno o izrečenim krivičnim sankcijama maloljetnim učiniteljima krivičnih djela. Sa zahtjevom za dostavu podataka o izrečenim sankcijama maloljetnim učiniteljima na području BDBiH za period 2001.-2005. obraćali smo se i Pravosudnoj komisiji BDBiH, no zahtjev je odbijen, uz obrazloženje da Komisija ne raspolaže sa tim informacijama.

46 Istina, u zvaničnim statistikama nadležnih agencija ne mogu se naći niti podaci o obimu izricanja kazne maloljetničkog zatvora od strane pravosudnih organa na tzv. *državnom nivou*, odnosno Suda Bosne i Hercegovine. Razlog zašto nema tih podataka leži u činjenici što je jako mali broj krivičnih djela iz nadležnosti ovog suda koja čine maloljetnici, pa je stoga Sud Bosne i Hercegovine uveo praksu da te predmete ustupa entitetskim sudovima u RS-u i FBiH, odnosno pravosuđu BDBiH, te isti ulaze u njihove statistike.

Ipak, ostaje otvoreno pitanje da li je ovako restriktivna primjena maloljetničkog zatvora uvjetovana određenom (blagom) kaznenom politikom bosanskohercegovačkog pravosuđa ili stariji maloljetnici kao dobna skupina maloljetnika kojima je jedino moguće izricati predmetnu kaznu zaista u malom obimu čine relativno teška krivična djela sa propisanom kaznom zatvora preko pet godina, s obzirom na to da se ona može izricati samo za ta krivična djela. Nažalost, zvanične publikacije agencija za statistiku ne sadrže podatke o pojedinim krivičnim djelima koja su učinili maloljetnici, nego samo o grupama krivičnih djela, tako da se na osnovu tih parametara ne mogu izvesti potpuno pouzdane procjene o učešću teških krivičnih djela u sveukupnom kriminalitetu (starijih) maloljetnika, te o tome kakva je stvarna politika kažnjavanja maloljetnika u Bosni i Hercegovini.

Dodatno, u nauci je poznata činjenica kako u određenim slučajevima nedostatak smještajnih kapaciteta u institucijama u kojima se izvršava kazna lišenja slobode mogu opredjeliti suce da restriktivnije izriču kazne zatvora, te posežu za sankcijama van institucionalnog tipa kao alternativama predmetnoj kazni, kako bi se izbjegao fenomen „dugotrajnog čekanja na izvršenje kazne zatvora“. To stoga što se među osuđenicima na kaznu zatvora mogu naći i višestruki povratnici i(li) učinitelji teških krivičnih djela koji tokom čekanja na izvršenje zatvorske kazne mogu predstavljati svojevrsnu sigurnosnu prijetnju po ostale građane, kao i društvo u cjelini. Osim toga, veći protok vremena od trenutka izricanja do trenutka izvršenja određene sankcije može ugroziti napore suda učinjene u procesu individualizacije određene sankcije, jer na izbor vrste i mjere neke sankcije (posebno kazne zatvora), u određenoj mjeri utječu i lične i porodične prilike optuženog, koje se tokom vremena čekanja na izvršenje iste mogu drastično promijeniti. S druge strane, kada je riječ o maloljetnicima kao hipersenzibilnoj kategoriji učinitelja, jedno od temeljnih načela postupanja sa njima jeste *načelo hitnog postupanja* svih organa koji na bilo koji način učestvuju u takvom postupku.⁴⁷ Zahtjev za hitnim postupanjem temelji se na spoznaji da je pedagoški utjecaj na mladog čovjeka učinkovitiji i snažniji što je vrijeme od momenta učinjenja krivičnog djela pa do početka izvršenja izrečene sankcije i primjene odgovarajućeg tretmana kraći.⁴⁸ Stoga se sasvim razložno može postaviti pitanje kakvi su kapaciteti institucija za izvršenje kazne maloljetničkog zatvora u Bosni i Hercegovini, te da li je eventualno njihova insuficijencija, te duževremeno čekanje na izvršenje iste možda utjecalo na domaće suce da predmetnu sankciju izriču u relativno skromnom obimu?

Čini se kako to ipak nije uzrok blage kaznene politike bosanskohercegovačkog pravosuđa spram maloljetnika u sukobu sa zakonom. Naime, kazna maloljetničkog zatvora prema osobama muškog pola u FBiH se izvršava u *Odjeljenju maloljetničkog zatvora* pri Kazneno-popravnom zavodu zatvorenog tipa u Zenici (u daljem tekstu: KPZ Zenica), čiji su smještajni kapaciteti do 2013. godine obuhvatali mogućnosti prijema do 15 osoba i isti su se u proteklom periodu pokazali zadovoljavajućim.⁴⁹

47 Čl. 350. ZKP BiH, čl. 85. ZPPDKP FBiH, čl. 85. ZPPDKP RS, čl. 85. ZPPDKP BDBiH.

48 Vidi: Carić, A., *Mlade osobe u kaznenom pravu (učinitelji i žrtve)*, str. 101.

49 Primjera radi, u aprilu 2010. godine na izdržavanju predmetne sankcije se nalazilo 9 maloljetnika, a krajem 2012. godine 14 maloljetnika. Vidi: Procjena maloljetničkog pravosuđa u Bosni i Hercegovini, Unicef, 2011., str. 32; Institucija ombudsmena/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Specijalni izvještaj: Mladi i djeca u sukobu sa zakonom, Save the

Početakom 2013. godine, te kasnije u procesu usklađivanja infrastrukturnog i organizacijskog okvira izvršenja predmetne sankcije sa novim maloljetničkim krivičnim zakonodavstvom u FBiH smještajni kapaciteti su prošireni na 26 osoba, a u trenutku pisanja ovog rada na izvršenju kazne maloljetničkog zatvora se nalazilo 7 osoba.⁵⁰ S druge strane, u Republici Srpskoj kazna maloljetničkog zatvora prema osobama muškog pola se izvršava u Kazneno-popravnom zavodu poluotvorenog tipa u Istočnom Sarajevu (u daljem tekstu: KPZ Istočno Sarajevo) u *Odjeljenju za maloljetnike*, koje administrativno pripada navedenom zavodu, ali je prostorno potpuno odvojeno od ostatka zavodskog kompleksa u kojem borave odrasli. Odjeljenje može primiti do 20 osoba i takvi smještajni kapaciteti su u proteklom periodu bili više nego zadovoljavajući.⁵¹ Na području BDBiH ne postoji niti jedna ustanova za izvršenje kazne maloljetničkog zatvora ili drugih sankcija institucionalnog tipa, tako da se one shodno propisima iz oblasti izvršenja krivičnih sankcija prema vlastitom izboru osuđenih osoba izvršavaju u odgovarajućim ustanovama za izvršenje kazne zatvora, maloljetničkog zatvora ili zavodski odgojnih mjera u FBiH i RS.

Kada je riječ o izvršenju kazne maloljetničkog zatvora koja je izrečena osobama ženskog pola u FBiH ona se u proteklom periodu shodno odredbama čl. 4. st. 7. i 9. *Pravilnika o kriterijima upućivanja osuđenih osoba na izdržavanje kazne zatvora*⁵² baš kao i kazna zatvora izrečena punoljetnim osuđenicama imala izdržavati u Kazneno-popravnom zavodu poluotvorenog tipa Tuzla u sklopu kojeg djeluje jedini *Kazneno-*

Children, Banja Luka, 2012., str. 21.

50 Raniji referentni zakonski okvir (ZIKS FBiH) predviđao je kako osobe kojima je izrečena kazna maloljetničkog zatvora istu *izuzetno* mogu izdržavati sa punoljetnim osuđenicama, no taj normativni izuzetak je u socijalnoj stvarnosti predstavljao pravilo, te se predmetna sankcija u KPZ Zenica izvršavala u okviru tzv. kolektiva (paviljona) 5, koji se je sastojao od dvije etaže. Na jednoj etaži su bili smješteni maloljetnici i druge osobe koje su izdržavale kaznu maloljetničkog zatvora, dok su na drugoj etaži boravili punoljetni zatvorenici koji su zbog dobrog ponašanja izdvojeni u poseban kolektiv, te zatvorene osobe sa invaliditetom, što je tokom dnevnog boravka omogućavalo kontakte maloljetnih i punoljetnih osuđenika. (v. *Ibid*, str. 21.). Krajem 2012. godine u skladu sa preporukama Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine, te Evropskog komitetat za sprečavanje mučenja i nečovječnih ili ponižavajućih kazni ili postupanja (CPT) odjeljenje za maloljetnike pri KPZ Zenica je potpuno fizički odvojen od ostatka zavodskog kompleksa kako bi se izbjegao eventualni kontakt maloljetnih i punoljetnih osoba, te potencijalni negativni utjecaj odraslih osuđenika na maloljetnike. U međuvremenu, iz istih razloga, te u skladu sa preporukama pojedinih međunarodni dokumenata (v. čl. 35. 4. *Preporuke Komiteta ministara Vijeća Evrope u vezi sa zatvorskim pravilima br. (2006)2 (Evropska zatvorska pravila)* i pravilo 29. *Pravila UN o zaštiti maloljetnika lišenih slobode (Havanska pravila)*) tokom posljednje reforme maloljetničkog krivičnog zakonodavstva izmjenjen je i normativni okvir, te je odredbama čl. 175. ZZPDMKP FBiH propisano kako se kazna maloljetničkog zatvora ima izdržavati u *posebnoj kazneno-popravnom zavodu za maloljetnike, koji ne može imati dodira sa ustanovom u kojoj punoljetne osobe izdržavaju kaznu zatvora.*

51 S tim u vezi, u Odjeljenju za maloljetnike tokom aprila 2010. su se nalazile 4 osobe, a krajem 2012. godine svega 2 osobe. Uporedi: Procjena maloljetničkog pravosuđa u Bosni i Hercegovini, Unicef, 2011., str. 33; Institucija ombudsmena/ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine, Specijalni izvještaj: Mladi i djeca u sukobu sa zakonom, Save the Children, Banja Luka, 2012., str. 21.

52 "Službene novine FBiH", br. 64/2003, 46/05, 10/09, 37/09, 26/10, 28/10.

popravni zavod za žene u FBiH. Međutim, od stupanja na snagu spomenutog pravilnika pa do sada takva kazna nije izvršavana, niti u okviru ovog zavoda egzistira posebno odjeljenje za maloljetnice.⁵³ U RS predmetna sankcija izrečena osobama ženskog pola se prema ekspresiji zakonodavca izvršava u *posebnom kazneno-popravnom zavodu za maloljetnice* ili *posebnom odjeljenju kazneno-popravnog zavoda za maloljetnike* (čl. 175. ZPPDKP RS). U praksi ona se izdržava u posebnom odjeljenju KPZ Istočno Sarajevo, pri čemu su smještajni kapaciteti istog više nego zadovoljavajući.⁵⁴

Također, osim izricanja kazne maloljetničkog zatvora samo u izuzetnim slučajevima, čini se da bosanskohercegovački sudovi odnosnu sankciju pretežno izriču i u relativno kratkom trajanju.

Tabela 4. Politika odmjerenja kazne maloljetničkog zatvora u FBiH

Trajanje kazne	1 do 2 g	2-3 g	3-5 g	5-8 g	8-10 g	Ukupno kazni
2001.	-	-	-	-	-	-
2002.	1	-	-	-	4	5
2003.	3	-	-	1	-	4
2004.	2	-	1	-	-	3
2005.	2	-	-	-	-	2
2006.	1	-	-	-	-	1
2007.	1	-	1	-	-	2
2008.	-	-	-	-	1	1
2009.	1	-	1	-	1	3
2010.	1	2	1	-	-	4
<i>Zbirno</i>	<i>12</i>	<i>2</i>	<i>4</i>	<i>1</i>	<i>6</i>	<i>25</i>

(Izvor: Statistički godišnjak/ljetopis Federalnog Zavoda za statistiku, god. 2006., 2010., 2011.)

Pri tome, takvo što ne možemo tvrditi za sve sudove u ovoj zemlji,⁵⁵ ali iz prethodne tabele vidljivo je da su sudovi u Federaciji Bosne i Hercegovine u promatranom razdoblju najčešće izricali kaznu maloljetničkog zatvora u trajanju od 1 do 2 godine (48%), potom u trajanju od 8 do 10 godina (24%), zatim u trajanju od 3 do

53 Prema informacijama koje smo dobili od zavodske administracije predmetnog kazneno-popravnog zavoda, a koje su potvrđene i od nadležnih službi Federalnog ministarstva pravde (sektora za izvršenje krivičnih sankcija) u proteklom periodu istom na izvršenje nije dostavljena niti jedna sudska odluka kojom je osobi ženskog pola izrečena kazna maloljetničkog zatvora.

54 Tokom prethodnih godina na izdržavanju date sankcije nalazio se neznatan broj takvih osoba. Primjera radi, u aprilu 2010. na izdržavanju kazne maloljetničkog zatvora u ovom zavodu nalazila se samo jedna osoba ženskog pola. Vidi: Procjena maloljetničkog pravosuđa u Bosni i Hercegovini, Unicef, 2011., str. 34.

55 Zvanične publikacije *Republičkog zavoda za statistiku RS* ne sadrže podatke o mjeri (trajanju) izrečenih kazni maloljetničkog zatvora.

5 godina (16%), a najmanje u trajanju od 2 do 3 (8%) i 5 do 8 godina (4%).

2. Imajući u vidu izuzetno nisku stopu izricanja maloljetničkog zatvora u Bosni i Hercegovini, činilo se zanimljivim istražiti da li su slične tendencije njegovog izricanja izražene i u drugim evropskim zemljama. Pri tome treba istaći kako su takve komparativne analize donekle limitirane, s obzirom na to da ne postoje zvanični podaci vezani za obim izricanja predmetne sankcije u svim ili najvećem broju evropskih zemalja u nekom značajnijem vremenskom periodu. S druge strane, takvi podaci se mogu pronaći za pojedine zemlje, no oni su imajući u vidu cjelokupan evropski prostor isuviše fragmentarni, te ne pružaju potpuni komparativni statistički uvid. Stoga smo se zbog reprezentativnosti (izdavača) publikacije, kao i broja obuvačenih zemalja, za potrebe ovog rada odlučili prezentirati podatke *European Source Book of Crime and Criminal Justice Statistics*, premda su isti dostupni za samo dvije godine u bosanskohercegovačkom kontekstu promatranog vremenskog perioda, odnosno za 2006. i 2010. godinu. Osim toga, podaci koji slijede odnose se na obim izricanja ne samo kazne maloljetničkog zatvora, već svih maloljetničkih krivičnih sankcija institucionalnog tipa. No, to i ne predstavlja toliku ogradu imajući u vidu činjenicu da u značajnom broju promatranih zemalja nacionalna (maloljetnička) krivična zakonodavstva kao jedinu maloljetničku krivičnu sankciju institucionalnog tipa poznaju samo kaznu maloljetničkog zatvora, a ne i *exempli gratia* zavodske odgojne mjere, kao samosvojne maloljetničke sankcije koje egzistiraju u referentnim zakonodavstvima zemalja sa prostora bivše SFRJ.

Tabela 5. Ukupno izrečene sankcije i mjere institucionalnog tipa maloljetnim učiniteljima krivičnih djela u pojedinim evropskim državama⁵⁶

Država	2006.		2010.	
	A*	B**	A	B
Armenija	5	20,8	5	0
Austrija	35	14,5	27	38,7
Belgija	8	3,3	-	-
Češka Republika	19	-	23	8,4
Engleska i Vels	175	6,6	134	5,7
Finska	206	0,6	228	0,2
Francuska	92	9,1	83	8,9
Gruzija	23	33,9	-	-
Grčka	33	4,9	15	3,8
Hrvatska	-	-	19	1,8
Holandija	104	12,0	54	13,9
Kipar	26	1,0	-	-
Latvija	59	25,6	-	-
Litvanija	70	33,0	36	61,2

56 European Source Book of Crime and Criminal Justice Statistics 2010. Universite de Lausanne-Institut de criminologie et de droit penal, Ministry of Justice Netherlands, Den Haag, 2010., str. 236, European Source Book of Crime and Criminal Justice Statistics 2014., Europena Institut for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI), Helsinki, 2014., str. 291

<i>Mađarska</i>	89	4,2	65	7,0
<i>Njemačka</i>	153	6,3	133	5,9
<i>Portugal</i>	25	5,5	17	7,3
<i>Rumunija</i>	28	26,7	-	-
<i>Sjeverna Irska</i>	73	7,0	68	9,7
<i>Slovačka</i>	53	7,2	-	-
<i>Slovenija</i>	25	2,2	16	0,6
<i>Srbija</i>	-	-	22	3,9
<i>Škotska</i>	2	22,8	62	12,6
<i>Švicarska</i>	188	1,5	201	2,5
<i>Turska</i>	-	-	65	27,8
<i>Ukrajina</i>	30	19,4	24	18,7

* Ukupno sankcija i mjera na 100.000 stanovnika.

** Procenat (%) nesuspendovanih sankcija i mjera institucionalnog tipa.

Ono što je primjetno iz navedene tabele jeste kako zemlje iz okruženja (Hrvatska, Slovenija i Srbija) zajedno sa Kiprom, Finskom, Belgijom i Švicarskom spadaju u red zemalja u kojima je prisutan najmanji (do 3 do 4%) obim izricanja maloljetničkih krivičnih sankcija institucionalnog tipa, uključujući i kaznu maloljetničkog zatvora. S druge strane, u pojedinim državama obim izricanja datih sankcija je znatno veći, te je tokom pojedinih godina iznosio nevjerojatnih 61,2% u Litvaniji (2010.), 38,7% u Austriji (2010.), 33,9% u Gruziji (2006.), 27,8% u Turskoj (2010.), 26,7% u Rumuniji (2006.) itd. Istina, ti podaci se odnose na samo jednu ili dvije godine u našem promatranom vremenskom periodu (2001-2010.). Ipak, podaci dobiveni iz drugih izvora (a koji se odnose samo na kaznu maloljetničkog zatvora) govore kako se obim izricanja predmetne sankcije kretao približno omjerima izricanja te sankcije, kao i drugih sankcija institucionalnog tipa navedenim u tabeli 5. Primjera radi, obim izricanja „efektivne“ kazne maloljetničkog zatvora⁵⁷ u Republici Hrvatskoj u periodu 2001.-2010. je iznosio 1,2% (srednja vrijednost),⁵⁸ dok je u Sloveniji u istom vremenskom periodu srednja vrijednost bila 1,3%,⁵⁹ a u Srbiji 0,8%.⁶⁰ U Francuskoj je taj omjer u periodu 2000.-2006. bio na nivou 8,2% (srednja vrijednost),⁶¹ dok je

57 Razlog zašto se prezentirani podaci vezani za izricanje kazne maloljetničkog zatvora u Bosni i Hercegovinu u protekloj deceniji odnose isključivo na „efektivnu“ kaznu maloljetničkog zatvora leži u činjenici što tadašnje nacionalno maloljetničko krivično zakonodavstvo nije poznavalo mogućnosti *odgođenog izricanja kazne maloljetničkog zatvora*, kao alternative koju donosi ZZPDMKP. Konsekventno tome i komparativni statistički pokazatelji odnose se isključivo na „efektivne“ (nesuspendovane) institucionalne maloljetničke sankcije.

58 Kovčo Vukadin, I., Analiza dinamike i strukture kriminaliteta u Republici Hrvatskoj u razdoblju između dviju velikih reforma kaznenog zakonodavstva (1997.-2011.), Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 18, br. 2/2011., str. 405.

59 Statistički letopis SU Slovenije, god. 2006, str. 216, god. 2011., str. 218.

60 Statistički godišnjak Republičkog zavoda za statistiku Srbije, god. 2004., str. 270; god. 2005., str. 430; god. 2006., str. 408; god. 2007., str. 406; god. 2008., str. 406; god. 2009., str. 443; god. 2010., str. 446; god. 2011., str. 337.

61 Bailleau, F., France: Breaking with the European Line of Juvenile Justice? The Successive Reforms of the Ordonance of 2 February 1945 u: Bailleau, F., Cartuyvels, Y. (eds.), The Criminalisation of Youth: Juvenile Justice in Europe, Turkey and Canada, VUBPRESS,

u Mađarskoj (za period 2001.-2007.) iznosio 6,3 (srednja vrijednost).⁶² Na kraju, u Njemačkoj je srednja vrijednost učešća kazne maloljetničkog zatvora u sveukupno izrečenim sankcijama maloljetnim učiniteljima krivičnih djela u periodu 2001.-2010. bila na nivou 10,8%.⁶³

Nažalost, *European Source Book of Crime and Criminal Justice Statistics* ne sadrži podatke za Bosnu i Hercegovinu, no imajući u vidu prethodno prezentirane podatke o obimu izricanja predmetne sankcije, kao i zavodskih odgojnih mjera,⁶⁴ može se tvrditi kako Bosna i Hercegovina, također, spada u red zemalja u kojima se kazna maloljetničkog zatvora, kao i sve sankcije institucionalnog tipa prema maloljetnicima u sukobu sa zakonom izriču u relativno skromnom obimu. S tim u vezi, postavlja se pitanje koji su razlozi ovako relativno blage kaznene politike prema maloljetnicima u državama sa prostora bivše Jugoslavije u odnosu na druge evropske zemlje?

Smatramo kako ti razlozi, prije svega, leže u činjenici da maloljetnička krivična zakonodavstva sa ovih prostora tradicionalno inkliniraju *zaštitiničkom (welfare) modelu* postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom, u kojem su snažno naglašeni edukativni ciljevi maloljetničkih krivičnih sankcija, što je očigledno dosljedno prihvaćeno i od strane regionalnog maloljetničkog krivičnog pravosuđa, koje daleko češće izriče *odgojne mjere (posebno one vanzavodskog karaktera)* u odnosu na kaznu maloljetničkog zatvora. Nadalje, za razliku od drugih promatranih zemalja, kazna lišenja slobode maloljetnika se u zakonodavstvima zemalja sa prostora bivše Jugoslavije ne može izricati svim maloljetnim učiniteljima krivičnih djela, već samo *starijim maloljetnicima*, tako da čim je reducirana populacija osoba kojima je moguće izricati datu sankciju, logično je i da se predmetna sankcija izriče u manjem obimu. Dodatno, u ex-jugoslovenskim zemljama lepeza maloljetničkih krivičnih sankcija je znatno šira i bogatija u odnosu na druge zemlje (poput npr. Austrije),⁶⁵ tako

Brussels, 2010., str. 167.

62 Dunkel, F., Grzywa, J., Ph. Horsfield, Ph., Pruin, I., (eds), *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, str. 696, 936, 1102.

63 Zavod za statistiku Njemačke (*Statistisches Bundesamt Deutschland*), *Statistisches Jahrbuch* (2004.-2009.). Istina, ovaj procenat je veći u odnosu na procenat koji su navedeni u tabeli 5. No, to je stoga što podaci koji su navedeni u publikacijama njemačkog Zavoda za statistiku pored „efektivne“ obuhvataju i suspendovanu kaznu maloljetničkog zatvora (ekvivalent *odgođenom izricanju kazne maloljetničkog zatvora* prema ZZPDMKP FBiH, RS i BDBiH, odnosno *pridržaju izricanja maloljetničkog zatvora* prema hrvatskom Zakonu o sudovima za mladež). Međutim, s obzirom na to da rezultati određenih istraživanja pokazuju da na “efektivnu” kaznu otpada cca 40%, a na odgođeno izricanje cca 60% (Dunkel, F., Germany u: Dunkel, F., Grzywa, J., Horsfield, Ph., Pruin, I., (eds.), *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, str. 578.) da se zaključiti kako se predmetna sankcija u ovoj zemlji, kao i druge sankcije institucionalnog tipa, u posmatranom periodu kretala na razini vrijednosti koje su približne onima navedenim u tabeli 5.

64 O obimu izricanja zavodskih odgojnih mjera u Bosni i Hercegovini u periodu 2001.-2010. vidi više u : Gurda, V. *Maloljetničke mjere i sankcije u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine* (neobjavljena doktorska disertacija), Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla, 2013., str. 344.

65 O sistemu maloljetničkih krivičnih sankcija u Austriji vidi više u: Bruckmuller, A., Austria: A Protection Model u: Junger-Tas, J., Decker, S. H. (eds.), *International Handbook of Juvenile Justice*, str. 288.

da i to vjerovatno ima utjecaja da sudovi rjeđe izriču kaznu maloljetničkog zatvora, jer im na raspolaganju stoji mnoštvo drugih sankcija koje predstavljaju alternativu kažnjavanju maloljetnika.

Na kraju, imajući u vidu kako je prethodno navedeni komparativni statistički pregled sadržan u tabeli 5. limitiran činjenicom da se odnosi na samo dvije godine, nešto širi temporalni okvir nude podaci dostupni u izdanjima *European Source Book of Crime and Criminal Justice Statistics* iz 2010. i 2014. godine, koji se odnose na procenat zastupljenosti maloljetnika u sveukupnoj zatvorskoj populaciji u pojedinim evropskim državama. Ipak, treba istaći kako i ovi podaci imaju značajne nedostatke. Prije svega, niti oni ne sadrže podatke koji se odnose na Bosnu i Hercegovinu, a i metodologija izračuna istih je bitno drugačija u odnosu na podatke nadležnih statističkih agencija u Bosni i Hercegovini, tako da oni, promatrano iz bosanskohercegovačke perspektive, ne mogu ponuditi bilo kakav valjan komparativni uvid. Međutim, imajući u vidu da ovaj rad ciljno nije situiran samo u bosanskohercegovački, već i u uporednopravni kontekst, naredni podaci mogu pružiti određeni uvid o učešću maloljetnika u sveukupnoj evropskoj zatvorskoj populaciji, te posebno poziciji drugih zemalja iz okruženja (u čijim zakonodavstvima je kazna maloljetničkog zatvora normirana na gotovo identičan način kao u maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini) u odnosu na ostale evropske zemlje. Pri tome, i ovi podaci su limitirani činjenicom da su u njih pored maloljetnika kojima je izrečena kazna maloljetničkog zatvora uključeni i maloljetnici kojima je tokom krivičnog postupka određena mjera pritvora, kao i maloljetnici kojima je izrečena novčana kazna (u državama čija nacionalna zakonodavstva poznaju tu maloljetničku krivičnu sankciju). Osim toga, njima su obuhvaćeni i maloljetnici smješteni u institucije za maloljetnike, što znači da se ti podaci odnose i na ostale maloljetničke krivične sankcije *institucionalnog tipa*, kao što su u zakonodavstvima zemalja iz okruženja *zavodske odgojne mjere*, a mogući su i pojedini modaliteti *upućivanja u odgojni (disciplinski) centar za maloljetnike*. Na kraju, u slučaju određenog broja država isti obuhvataju i podatke o mentalno bolesnim osobama smještenim u psihijatrijske ustanove ili bolnice.⁶⁶

Tabela 6. Procenat maloljetnika u sveukupnoj zatvorskoj populaciji u Evropi u periodu 2003.-2010. (STOCK)

Država	2003.	2004.	2005.	2006.	2007.	2008.	2009.	2010.
Albanija	0.7	0.9	1.0	1.3	0.3	1.9	1.3	2.4
Armenija	1.4	1.2	1.5	0.0	2.6	0.7
Austrija	3.2	3.5	2.4	2.4	3.4	1.9	2.3	2.0
Belgium	0.5	0.7	0.5	0.7	0.5	0.7	0.7	0.7
Bosna i Hercegovina	...	0.1
Bugarska	1.2	1.2	0.7	0.5	0.6
Češka Republika	1.1	1.0	1.0	0.9	0.9	1.0	1.0	0.9
Danska	0.2	0.2	0.2	0.2	...	0.2	0.5	0.4
Engleska i Vels	3.1	3.1	3.1	3.1	3.0	3.0	2.5	1.9
Estonija	2.8	2.9	2.5	2.1	2.1	1.3	1.0	1.3

66 European Source Book of Crime and Criminal Justice Statistics, 2014., str. 293.

Finska	3.5	3.1	2.6	2.5	2.8	0.2	0.2	0.2
Francuska	1.2	1.0	1.1	1.1	1.0	1.1	1.0	1.0
Grčka	0.8	0.8	...	3.8	4.4	4.4
Gruzija	1.0	0.9	1.3	2.1	1.7	1.5	1.2	0.9
Holandija	10.3	9.9	9.2	9.6	11.7	2.5	2.1	2.1
Hrvatska	1.3	1.2	1.3	1.0	1.0	0.8
Island	0.0	0.0	1.7	0.8	0.9	1.4	1.4	0.0
Italija	0.8	0.8	0.7	0.9	0.9	0.9	0.7	0.7
Kipar	6.8	7.9	7.1	7.3	5.8	5.3	4.5	3.3
Latvija	3.9	4.0	3.4	2.9	2.8	1.2	1.3	0.5
Litvanija	2.4	2.3	2.2	2.1	2.4	2.5	2.2	1.7
Luksemburg	...	1.3	...	0.3	0.5	0.1	0.6	1.0
Mađarska	5.0	5.0	5.3	5.2	5.0	3.7	3.3	3.4
Makedonija	..	1.4	...	0.8	2.0	1.4	0.9	1.4
Malta	0.8	...	4.7	5.9	5.7
Moldavija	2.1	2.0	2.1	2.9	1.8	0.9	0.5	0.1
Njemačka	2.1	1.9	1.7	1.9	1.9	0.9	0.9	0.9
Norveška	...	0.3	...	0.3	0.2	0.2	0.4	0.2
Poljska	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Portugal	5.6	4.1	4.2	4.1	3.5	0.7	0.3	0.8
Rumunija	2.3	2.1	2.3	2.4	1.9	1.6	1.8	1.6
Rusija	2.2	...	1.8	1.5	1.2	1.3	0.9	0.7
Sjeverna Irska	0.0	0.0	0.0	0.1	0.0	3.6	3.0	2.5
Slovačka	1.3	1.1	1.2	1.4	1.5	0.7	1.3	1.1
Slovenija	...	1.3	...	0.5	0.7	0.9	0.3	0.5
Srbija	2.0	2.4	2.4	2.2
Škotska	2.7	2.6	3.0	3.1	2.8	2.5	2.1	1.8
Španija	0.0	0.4	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Švedska	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Švicarska	...	1.4	...	0.9	0.9	1.2	0.8	0.7
Turska	3.0	1.6	2.3	1.7
Ukrajina	1.9	...	1.5	0.8	0.6	0.8
Mean	2.3	2.0	2.1	1.8	1.9	1.5	1.5	1.3
Median	2.1	1.3	1.7	1.2	1.5	1.2	1.0	0.9
Minimum	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Maximum	10.3	9.9	9.2	9.6	11.7	5.3	5.9	5.7

(Izvor: European Source Book of Crime and Criminal Justice Statistics 2010., str. 302; 2014., str. 273.)

Iz navedenog tabelarnog prikaza je vidljivo kako u većini zemalja iz okruženja (Hrvatska, Slovenija, te djelimično i Makedonija) udio maloljetnika u sveukupnoj zatvorskoj populaciji se kreće ispod evropskog prosjeka. S druge strane, referentne vrijednosti za Republiku Srbiju su nešto iznad evropskog prosjeka, no to je vjerovatno rezultat specifične metodologije izračuna prezentiranih podataka koja je korištena u navedenoj publikaciji. Ipak, čini se kako je metodologija prikazivanja obima učešća kazne maloljetničkog zatvora u sveukupno izrečenim sankcijama maloljetnim učiniteljima krivičnih djela koju koristi Republički zavod za statistiku Srbije, te na tom izvoru ranije prezentirani podaci, zasigurno vjerodostojniji pokazatelj statističkih vrijednosti koje su bile predmet istraživanja ovog rada.

ZAKLJUČAK

U spektru maloljetničkih krivičnih sankcija koje se susreću u uporednom pravu, kazna lišenja slobode predstavlja najstrožiju krivičnu sankciju, te stoga međunarodni dokumenti iz oblasti postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom proklamiraju princip da se ona ima izricati samo kao krajnje sredstvo (*ultima ratio*) i u što kraćem trajanju. Upravo pitanja mogućeg trajanja predmetne sankcije (onako kako je ono uređeno u pravu i kako se ostvaruje u praksi), te obima njenog izricanja, predstavljaju neke od najznačajnijih indikatora prirode sistema maloljetničkog krivičnog pravosuđa u određenoj zemlji, te kao takva čine predmet istraživanja ovog rada. Štaviše, ova pitanja čine i neka od osnovnih obilježja *zakonske i sudske politike sankcioniranja maloljetnika*, te prediktora da li se u nekoj zemlji baštini „humana“ ili represivna politika sankcioniranja ove kategorije učinitelja krivičnih djela. Kada je riječ o maksimumu lišenja slobode maloljetnika u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu je propisano da *on iznosi pet, odnosno deset godina*. Komparirajući ovakvo legislativno rješenje sa uporednopravnim iskustvima došlo se do saznanja da *proicirani maksimum(i) kazne maloljetničkog zatvora u predmetnom zakonodavstvu ne prelazi(e) prosjek maksimalnog trajanja kazni lišenja slobode maloljetnika koji se susreće u uporednom pravu ili se čak kreće ispod tog prosjeka*.

No, imajući u vidu da se pravni položaj maloljetnika u sukobu sa zakonom ne može cijeliti samo na osnovu normativnog okvira kojim je isti uređen, već je neophodno sagledati i kako se te pravne norme ostvaruju u praksi, smatralo se nužnim istražiti i u kojoj mjeri (trajanju), te u kom obimu u odnosu na sveukupno izrečene sankcije se izriče kazna maloljetničkog zatvora. Analizirani su podaci za prvu deceniju XX. vijeka (2001. – 2010.) koji pokazuju kako u posmatranom periodu u Bosni i Hercegovini nije bilo značajnijih oscilacija na planu kažnjavanja maloljetnika, te da je kazna maloljetničkog zatvora u sveukupno izrečenim maloljetničkim sankcijama participirala tek nešto iznad 1%. Osim toga, sudovi u Federaciji Bosne i Hercegovine (za ostale nivoe ne postoje zvanični podaci) u gotovo polovini predmeta (48%) koji su okončani izricanjem kazne maloljetničkog zatvora, izrekli su datu sankciju u najmanjem mogućem trajanju od 1 do 2 godine. Komparirajući obim izricanja kazne maloljetničkog zatvora u odnosu na sveukupno izrečene sankcije maloljetnim učiniteljima u Bosni i Hercegovini s identičnim pokazateljima u pojedinim evropskim državama došlo se do saznanja da Bosna i Hercegovina zajedno sa pojedinim zemljama iz okruženja (Hrvatska, Slovenija, Srbija) pripada krugu evropskih zemalja u kojima se kazna maloljetničkog zatvora izriče u relativno skromnom obimu. S obzirom na navedeno može se tvrditi kako postoje značajni pokazatelji da Bosna i Hercegovina spada u red zemalja koje baštine „humanu“ politiku sankcioniranja maloljetnika koji su došli u sukob sa (krivičnim) zakonom, te da su međunarodni standardi da se sankcije ovog tipa imaju izricati samo kao krajnje sredstvo i u što kraćem trajanju dosljedno implementirani kako u relevantnom zakonodavstvu, tako i u sudskoj praksi.

Summary

**MAIN FEATURES OF LEGAL AND JUDICIAL POLITICS
OF APPLICATION OF JUVENILE IMPRISONMENT IN
BOSNIA AND HERZEGOVINA AND COMPARATIVE
CRIMINAL LAW AND JURISPRUDENCE**

Considering that in the spectrum of juvenile criminal sanctions punishment of deprivation of liberty is the most severe criminal sanction, international documents related to juveniles in conflict with the law proclaim standards that this sanction has to be imposed only as a measure of last resort and for the shortest period. Issues like possible duration of subject sanction and scope of its imposition, represents some of the basic features of the legal and judicial policy of sanctioning of juveniles, and represent the subject of this paper. The author analyzes how these issues are regulated in Bosnia and Herzegovina's and comparative law, and how aforementioned standards are applied in practice. Applying the comparative analysis it was determined that there are certain indicators that Bosnia and Herzegovina is one of the countries that has in its heritage „humane“ sanctioning policy of juvenile offenders, and that the aforementioned international standards are consistently accepted in domestic law as well as in the jurisprudence.

Key words: *juvenile offenders, duration of juvenile imprisonment, the juvenile sentencing policy.*

Zusammenfassung

**GRUNDZÜGE DER RECHTS- UND RICHTSPOLITIK IN
DER ANWENDUNG DER JUGENDHAFT IM STRAFRECHT
UND IN DER PRAXIS VON BOSNIEN-HERZEGOWINA
UND IN ANDEREN LÄNDERN**

Wenn man bedenkt, dass im Spektrum der strafrechtlichen Sanktionen das Jugendgefängnis die härteste Sanktion für jugendliche Straftäter ist, so ist es selbstverständlich, dass die internationalen Dokumente und Standards, die diese Materie zum Gegenstand haben, vorschreiben, dass das Jugendgefängnis als Sanktion das letzte Mittel (ultima ratio) sein muss, wobei diese Sanktion zeitlich so kurz wie möglich zu halten ist. Deswegen ist die Frage der zeitlichen Dauer und Verbreitung der Anwendung dieser Sanktion eine Indikation der Jugendstrafpolitik des Gesetzgebers und der Gerichte und somit der Gegenstand dieser Arbeit. Der Autor hat in dieser Arbeit analysiert, wie diese Fragen in Bosnien-Herzegowina und anderen Ländern geregelt sind und wie die genannten Standards in der Praxis umgesetzt werden. Durch

die Anwendung der Vergleichsmethode hat der Autor einige Indikatoren gefunden, die darauf hindeuten, dass Bosnien-Herzegowina in die Reihe der Länder einzuordnen ist, die eine „humane“ Strafpolitik gegenüber jugendlichen Straftätern pflegen und dass die erwähnten internationalen Standards eingehalten werden wie im positiven Recht so auch in der Gerichtspraxis.

Schlüsselwörter: *jugendliche Straftäter, Länge der Jugendgefängnisstrafe, Jugendstrafpolitik.*

Riassunto

CARATTERISTICHE PRINCIPALI DELLA POLITICA LEGISLATIVA E GIUDIZIARIA DELL'APPLICAZIONE DELLA PENA DELLA DETENZIONE MINORILE AZNE IN BOSNIA ED ERZEGOVINA E NEL DIRITTO E NELLA PRASSI PENALE COMPARATA

Tenendo a mente che nello spettro delle possibili sanzioni penali comminabili ai minori la pena della privazione della libertà personale rappresenta la sanzione penale più severa, i documenti internazionali concernenti profili procedurali riguardanti minori, che si trovano in conflitto con la legge, proclamano lo standard che sancisce che siffatta sanzione vada comminata soltanto quale mezzo di ultima ratio e per una durata quanto più breve possibile. Propria la questione della possibile durata della pena in oggetto e della sua portata rappresentano alcune delle fondamentali caratteristiche della politica legislativa e giudiziaria con riguardo alle sanzioni concernenti minori. Altresi, costituiscono oggetto d'indagine nel presente lavoro. L'autore ha analizzato in che modo tale questioni siano regolate nel diritto della Bosnia ed Erzegovina, come pure nel diritto comparato ed anche come tali presupposti prendano vita nella prassi. Attraverso un'indagine comparata s'è constatato come esistano determinati indicatori che la Bosnia ed Erzegovina appartenga al gruppo di paesi che seguono una politica "umana" quanto alle sanzioni comminabili ai minori che abbiano commesso reati penali e che tali menzionati standards internazionali siano coerentemente applicati nel diritto, come nella prassi giurisprudenziale di questo paese.

Parole chiave: *minori che hanno commesso reati penali, durata della pena di detenzione minorile, politica di punizione dei minori.*

USTAVNOPRAVNI ASPEKTI ODREĐIVANJA NAKNADE ZA POTPUNO IZVLAŠTENJE¹

Dr. sc. Mario Jelušić
sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske i
docent Pravnog fakulteta u Zagrebu
Dr. sc. Duška Šarin
sutkinja Ustavnog suda Republike Hrvatske

UDK: 347.234.1
Ur.: 16. srpnja 2015.
Pr.: 21. listopada 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Izvlaštenje ili eksproprijacija predstavlja institut upravnog prava kojim država zahvatima u imovinska prava određenim subjektima oduzima ili ograničava ta prava u svoju korist ili u korist nekih drugih subjekata. Dok potpunim izvlaštenjem nekretnina postaje vlasništvo korisnika izvlaštenja čime prestaju pravo vlasništva i druga prava prijašnjeg vlasnika na toj nekretnini, nepotpunim izvlaštenjem ograničava se pravo vlasništva na nekretnini ustanovljenjem zakupa ili ustanovljenjem služnosti. U ovom ćemo se radu baviti ustavnopravnim aspektima određivanja naknade za potpuno izvlaštenje i osvrnuti na razvoj instituta izvlaštenja kao pravnog instituta u Hrvatskoj i u pojedinim europskim državama. Izložiti ćemo i pojedine probleme vezane uz postupak određivanja naknade pri potpunom izvlaštenju te praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu.

Ključne riječi: *izvlaštenje, naknada za potpuno izvlaštenje, Ustavni sud Republike Hrvatske, Europski sud za ljudska prava.*

1. UVOD

Država je svojim pravno utemeljenim zahvatima ovlaštena ograničavati, štoviše i oduzimati vlasništvo ako je takav čin nužno potreban i od *interesa za državnu zajednicu* (javni interes). Predmet izvlaštenja redovito je nekretnina,² za koju se ocijeni

1* Ovaj su rad autori izložili na XXI. savjetovanju pravnik *Petar Simonetti (vlasništvo-obveze-postupak)*, međunarodnom znanstvenom skupu u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Poreč, 15.-17. travnja 2015.

2 Pokretnine se, osim kulturnih dobara i arhivske građe koja se pod uvjetima predviđenim odgovarajućim arhivskim propisima mora predati na pohranu nadležnim arhivima, ne mogu izvlastiti. Riječ je o "predaji" i "trajnom čuvanju", dakle deposediranju arhivske građe te Zakon o arhivskom gradivu ne govori izriječno o oduzimanju vlasništva. Vidi članke 14. - 16. i 29. - 35. Zakona o arhivskom gradivu ("Narodne novine", broj 105/97., 64/00., 65/09. i 125/11.). Prema članku 27. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara ("Narodne novine", broj 69/99., 151/03., 157/03. - ispravak, 100/04. - v. članak 82. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o gradnji, 87/09., 88/10., 61/11., 25/12., 136/12., 157/13. i 152/14.) vlasništvo na kulturnom

da će se korištenjem u novoj namjeni postići veća korist od one koja se postizala korištenjem te nekretnine na dosadašnji način. Temeljni kriterij takvog ograničavanja odnosno oduzimanja vlasništva jest javni interes koji postoji, primjerice, ako se treba izgraditi velike infrastrukturne objekte poput cesta, željezničkih pruga ili hidrocentrala s akumulacijskim jezerima. Da bi se takvi objekti izgradili, nužno je oduzeti zemljišta na kojima će se oni graditi.³ No, dok se u Hrvatskoj prije 1990. godine, u socijalističkom sustavu, za izvlaštenje davala, tzv. *pravična naknada* koja u pravilu ne bi odgovarala vrijednosti oduzetih nekretnina, u današnjem građanskom društvu u kojem imovinski odnosi počivaju na individualističkim ustavnim načelima kojima se štiti vlasništvo, takva praksa ne bi bila prihvatljiva.⁴ Stoga je nužno da se onome kome se oduzima vlasništvo za naknadu pruži ekvivalent tržišne vrijednosti. Međutim, u vremenima gospodarske krize kada je tržište nekretninama znatno ograničeno, pojedine nekretnine katkada imaju samo potencijalnu vrijednost, te ako na tržištu za njih nema interesa, tada je i njihova realna vrijednost mala.

Ustav Republike Hrvatske⁵ temelji se na etičkim načelima koja su izražena u njegovim temeljnim vrijednostima. Temeljne vrijednosti koje Ustav naziva najvišim vrednotama, određene su člankom 3.: *sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav*. Navedene vrednote predstavljaju etički koncept na kojem se temelji hrvatski Ustav, upravo kako bi se izbjegla arbitrarnost u njegovom tumačenju i primjeni.^{6, 7} Ustavnim promjenama 2000. godine ovom je članku dodana

dobru može se prema posebnom zakonu ograničiti radi zaštite i očuvanja kulturnoga dobra u slučajevima utvrđenim ovim Zakonom. Vlasništvo na kulturnom dobru može se ograničiti glede posjeda, uporabe i prometa kulturnim dobrom. Na kulturnom dobru može se provesti izvlaštenje i uspostaviti založno pravo. Iako su propisi o izvlaštenju i ranije propisivali mogućnost izvlaštenja isključivo nekretnina, propisi o zaštiti kulturnih dobara i arhivske građe predviđali su mogućnost deposediranja takvih pokretnina.

- 3 Vidi, primjerice, Branko Smerdel: *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Informator, Zagreb, 2013., str. 338.; Branko Smerdel, Smiljko Sokol: *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006., str. 150.
- 4 Okviri mjerila pravične naknade bili su i prije 1990. godine uređeni tada važećim ustavima.
- 5 Ustav Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispravak, 76/10. i 85/10. – pročišćeni tekst i 5/14.).
- 6 Promatramo li ga kroz načela konstitucionalizma, važnost članka 3. Ustava Republike Hrvatske leži u činjenici da on predstavlja popis najviših kriterija za tumačenje svake ustavne odredbe, s obzirom na to da je tekst Ustava relativno kratak. On obuhvaća 152 članka te ponekad mora biti podvrgnut tumačenju kako bi se ustanovilo pravo značenje pojedine odredbe, osobito kada se radi o vrlo širokim pojmovima kao što su *socijalna pravda* ili *nepovredivost vlasništva*.
- 7 Vidi Arsen Bačić: *Mjesto i uloga ustavnih vrednota u demokratskom konstitucionalizmu* u zborniku "Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske", Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2011., str. 137.-142.; Arsen Bačić: *Ustavno pravo Republike Hrvatske*, Split, 2006., str. 105., 106. Antonin Scalia: *A Matter of Interpretation – Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton New Jersey, 1997., str. 37.-47.; vidjeti komentare Ronalda Dworkina u istoj knjizi, str. 115.-127.; Ronald Dworkin: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985., str. 167.-180.

odredba da najviše vrednote predstavljaju temelj za tumačenje Ustava.⁸ *Socijalna pravda i nepovredivost vlasništva* dva su načela koja itekako nalaze svoju primjenu u postupcima izvlaštenja. Valja reći da je Ustavni sud Republike Hrvatske nakon određenog oklijevanja izrazio stav da temeljne vrednote, doduše, ne predstavljaju neposredan ustavni temelj za zaštitu ustavnih prava i sloboda putem ustavne tužbe, ali ih se treba uzeti u razmatranje zajedno s ostalim jamstvima prava i sloboda.⁹ Stoga najviše ustavne vrednote trebaju biti smjernica tijelima državne uprave kao i sudovima u rješavanju pojedinih predmeta jer, sukladno Ustavu, sudovi, ali i druga državna tijela svoje odluke donose na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava.^{10,11} Dok je *socijalna pravda* temeljni ideal države (kao države blagostanja - *welfare state*) da osigura određenu razinu uvjeta za život i socijalnu zaštitu za sve svoje građane, bez obzira na njihov socijalni položaj, *nepovredivost vlasništva* temeljno je pravo koje stvara osnovu za slobodu poduzetništva i *tržišnog gospodarstva*. Člankom 48. Ustava Republike Hrvatske propisuje se da se jamči pravo vlasništva.¹² U vrijeme donošenja Ustava to je značilo povratak klasičnim izvorima ustavnosti, jer su ograničenja vlasništva koja su označavala bit bivšega komunističkog sustava bila već ukinuta. Nakon donošenja Ustava 1990. godine, cijeli niz sistemskih zakona jamči pravo vlasništva štiteći ga kao temeljni institut slobodnog tržišnog gospodarstva. To je prije svega Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,¹³ kao i mnogi drugi zakoni i podzakonski propisi. Slijedom navedenog, kako

8 U odnosu na Nacrt Ustava koji je bio na javnoj raspravi, u konačni tekst Ustava iz 1990. krug ovih vrednota proširen je s mirotvorstvom, *nepovredivosti vlasništva* te očuvanjem prirode i čovjekova okoliša. O tome više Duška Šarin: *Nastanak hrvatskoga Ustava*, Narodne novine, Zagreb, 1997. O pitanjima reprivatizacije i zaštite vlasništva kakva je zajamčena hrvatskim Ustavom, uz pregled raznih propisa kojima je to vlasništvo bilo oduzimano vidjeti Jadranko Crnić: *Kako vratiti oduzeto nacionalizacijom, konfiskacijom, agrarnom reformom ...*, Narodne novine, Zagreb, 1991.

9 Vidi odluku Ustavnog suda broj: U-III-6559/2010 od 13. studenoga 2014. ("Narodne novine", broj 142/14. i www.usud.hr).

10 Vidi Branko Smerdel: *Temeljne značajke ustavnog poretka Republike Hrvatske na dvadesetu obljetnicu "Božićnog Ustava"* u: "Ustav Republike Hrvatske", Informator, XV. izd., Zagreb, 2010., str. 98.-99.

11 Vidi komparativnu analizu metoda tumačenja ustavnih odredbi u Peter Häberle: *Ustavna država*, Politička kultura, Zagreb, 2002., str. 115.-116.

12 U modernim građanskopravnim poretcima unutar, tzv. kontinentalnog europskog pravnog kruga, vlasništvo kao pravni institut je individualistički koncipirano. U tom smislu vlasništvo predstavlja stvarno pravo koje svojem nositelju (tj. vlasniku) pruža najpotpuniju, za svakog mjerodavnu privatnu pravnu vlast *na stvari* i *u pogledu te stvari* što je pravni poredak dopušta i jamči. Vidi Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković: *Svarno pravo, sv. I.*, Narodne novine, Zagreb, 2007. str. 373. i dalje. Ipak, kasnija socijalizacija kolektivistički inspiriranih pravnih poredaka nakon Prvog svjetskog rata, primjerice, uvođenje ustavne ideje socijalne države u Weimarskom ustavu (tzv. *Sozialstaatsprinzip*), stavili su uz vlasništvo i dužnost da ono obvezuje (*Eigentum verpflichtet*) što je prema vlasnicima i njihovoj imovini otvorilo mogućnost propisivanja niza javnopravnih i fiskalnih obveza. Usp. op. cit., str. 405.-407.

13 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96., 68/98. - v. članak 12. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, 137/99. – Odluka USRH, 22/00. – Odluka USRH, 73/00., 129/00. – v. članak 71. Zakona

bi se u izvlaštenju vlasniku nadoknadila neumanjena vrijednost oduzetog vlasništva, člankom 50. Ustava propisuje se da je zakonom moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, ali uz naknadu tržišne vrijednosti.

2. GENEZA I SADRŽAJ IZVLAŠTENJA KAO PRAVNOG INSTITUTA

Javnopravna zahvaćanja u vlasništvo prisutna su u svim pravnim porecima kroz povijest. Obično se ističe kako su privatna prava slaba u odnosu na javnopravne utjecaje, te javna vlast može propisima i pojedinačnim aktima utjecati na sadržaj vlasnikove pravne vlasti tako što ju može ograničavati, pa čak i posve isključiti. U tom smislu pitanje koliko su dopušteni, poželjni i potrebni javnopravni zahvati u vlasništvo predstavlja stari problem optimalnog odnosa između privatnog i javnog, a taj odnos treba biti uspostavljen tako da potiče razvoj ljudskog društva.¹⁴ Izvlaštenje odnosno eksproprijacija jest pravni institut upravnog prava koji je u bliskoj vezi sa stvarnim pravom, te kao takav, predstavlja autoritativno zahvaćanje države u vlasništvo fizičkih ili pravnih osoba kojima se ono oduzima ili ograničava u korist države odnosno nekoga drugog korisnika. Svaka država utvrđuje pretpostavke koje se precizno moraju ispuniti da bi se moglo provesti to oduzimanje odnosno ograničavanje. Iako izvlaštenje u osnovi već poznaje babilonsko pravo u ranoj antici, kao i kasnije rimsko pravo, povijesno gledano, izvlaštenje se kao poseban pravni institut javlja tek u modernim zakonodavstvima. Naime, u rimskom pravu moglo je biti prakticirano samo iznimno putem zakonskih akata. U srednjem vijeku pod utjecajem doktrine *patrimonijalne države* i vladarevog vrhovnog vlasništva (*dominium eminens*) nad dobrima podložnika koji su imali neposredno (*dominium directum*) i koristovno vlasništvo (*dominium utile*), izvlaštenje je bilo arbitrarno uz česte zloupotrebe. Partikularna prava statuta slobodnih gradova i općina pružaju nam primjere često mudrih uređenja ovih pitanja, međutim uzaludno je tražiti njihov daljnji razvoj u kasnijem vremenu apsolutnih monarhija.¹⁵

Nakon duge epohe feudalizma, u građanskim državama koje su se temeljile na individualističkoj zaštiti vlasništva, upravo zbog njegove opće uloge u tržišnom gospodarskom sustavu, utvrđivanje preciznih uvjeta za zadiranje u privatno vlasništvo bilo je i ostalo važno, te su se uvjeti njegova ograničavanja propisivali ustavom i zakonom. Primjerice, u Francuskoj, u počecima stvaranja građanskog društva mogućnosti izvlaštenja bile su ograničene. Naime, člankom XVII. Deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine utvrđivalo se da je vlasništvo nepovredivo

o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona, 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09. i 143/12.).

14 O javnopravnim zahvatima u vlasništvo, njihovoj dopuštenosti i opravdanosti, vidi Nikola Gavella, Igor Gliha, Tatjana Josipović, Zlatan Stipković: *Odabrane teme iz stvarnog prava*, Poslijediplomski studij za znanstveno usavršavanje iz građanskopravnih znanosti, Zagreb, 1992., str. 38.-46.

15 O strukturi feudalnog vlasništva kao pravnog instituta vidjeti iscrpna izlaganja u: Mihajlo Lanović: *Zapadno-evropski feudalizam i ugarsko-hrvatski donacionalni sustav*, Zagreb, Narodna prosvjeta, 1928.

i sveto, te da se nikoga ne može lišiti vlasništva osim ako postoji javna potreba, uz uvjet davanja pravične naknade.¹⁶ Već prvi, moderni, pisani ustavi poput francuskog iz 1791. godine nastojali su afirmirati nepovredivost privatnog vlasništva kao jednog od prirodnih prava¹⁷ čovjeka, dopuštajući izvlaštenje jedino u slučaju *krajnje javne potrebe*.

Mogućnost izvlaštenja zbog javnog interesa propisivala se i kasnijim pisanim ustavima, primjerice francuskom Ustavnom poveljom iz 1830. godine,¹⁸ donesenom nakon Srpanjske revolucije i afirmiranja etičkih vrijednosti građanskog društva, nakon razdoblja restauracije. Izvlaštenje kao poseban pravni institut poznavao je i Temeljni statut Kraljevine Sardinije i Pijemonta iz 1848. godine, koji je preuzeo francuske odredbe.¹⁹ Pored njih, švicarski Ustav iz 1874. godine zajamčio je pravo

16 Članak XVII. Deklaracije o pravima čovjeka i građanina (*Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*) glasi: "Vlasništvo je nepovredivo i sveto, nikoga se ne može lišiti vlasništva osim kada za to postoji očita zakonito utvrđena javna potreba, uz uvjet prethodne pravične naknade." ("*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*"). Deklaracija o pravima čovjeka i građanina, jedan je od osnovnih dokumenata Francuske revolucije, koji određuje pojedinačna prava (i kolektivna prava naroda prema državi). Deklaraciju je Ustavotvorna skupština (*Assemblée Nationale Constituante*) usvojila 26. kolovoza 1789. kao prvi korak prema donošenju ustava. Vidi Maurice Duverger: *Constitutions et documents politiques*, Paris, PUF, 1981., 9^e édition, str. 12.; Jacques Godechaux: *Les constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier, 2006., str. 26. i dalje; Olivier Duhamel: *La Constitution française*, Presses universitaires de France, Paris, 1992.; <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

17 Hugo Grotius (1583.-1645.) kao jedan od najvažnijih filozofa škole prirodnog prava vlasništvo ne poima kao prirodno pravo, već kao instituciju koju je stvorio čovjek. Pravo biti vlasnikom stvorio je čovjek u razvoju prirodnog prava da se nešto što nema vlasnika upotrijebi. U argumentaciji prijelaza s *prava na upotrebu na pravo vlasništva*, Grotius pruža temeljne elemente teorije čovjekovih institucija. Prije svega, on osvjetljava koncept prava, makar prirodnoga prava, kao nečega čije postojanje ovisi o postojanju volje. Također, objašnjava postojanje normativnih entiteta, poput privatnog vlasništva ili teritorijalnih granica, kao posljedice kolektivnog priznanja da određeni predmet ima normativni status - ne kao odliku svojih fizičkih svojstava, već kao svojstvo "mentalnoga čina" izraženog na kolektivnoj razini. O poimanju vlasništva kao pravne i filozofske kategorije u djelu Huga Grotiusa vidjeti u: Marcelo de Araujo: *Hugo Grotius, Contractualism, and the Concept of Private Property: An Institutional Interpretation*, *History of Philosophy Quarterly*, Vol. 26, No. 4, October 2009.

18 Članak 9. Ustavne povelje koju je donio kralj Louis-Philippe 14. kolovoza 1830. propisivao je: "Država može tražiti žrtvovanje vlasništva iz razloga zakonito utvrđenog javnog interesa, ali uz prethodnu naknadu." ("*L'État peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'intérêt public légalement constaté, mais avec une indemnité préalable*"). Vidi: <http://www.droit.co/charte-de-1830---texte-intégral.html>.

19 Članak 29. Temelnog statuta Kraljevine Sardinije i Pijemonta kojeg je donio kralj Carlo Alberto 1848. godine propisivao je: "Svako je vlasništvo, bez iznimke, nepovredivo. Ipak kada zakonito utvrđeni javni interes to traži, može se oduzeti u cijelosti ili djelomično uz ustupanje pravedne naknade u skladu sa zakonom." ("*Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto od in parte mediante una giusta indennità conformemente alle Leggi*"). Vidi https://archive.org/stream/Statutofondamentaledelregno00pado/uconn_asc_ocr79287571_djvu.txt.

vlasništva, ali je istovremeno za izvlaštenje i slučajeve ograničavanja vlasništva istovjetna izvlaštenju propisao pravednu naknadu.²⁰ Kasnija povijest građanskih društava, posebno nakon Prvog svjetskog rata, pokazivala je tendenciju širenja mogućnosti provedbe izvlaštenja uz postupno olakšavanje propisanih uvjeta, kao i širenja kruga imovine koju je država bila ovlaštena oduzeti, uz sve šire shvaćanje pojma javnog interesa (*intérêt public*). Takva se praksa podudarala i s usvajanjem civilističke doktrine o općim ograničenjima prava vlasništva i uobličavanjem ustavne ideje socijalne države (*l'état social*).²¹ Vrijeme nakon Prvog svjetskog rata obilježile su teške ljudske i gospodarske posljedice, a pojedini tada doneseni ustavi unosili su mnoge socijalne elemente afirmirajući socijalnu funkciju vlasništva.

Pravno gledano, temeljni elementi sadržaja instituta izvlaštenja leže u pravnoj mogućnosti države da izvrši zahvat u imovinska prava fizičkih i pravnih osoba. U tom smislu razvila su se tri teoretska pogleda na ovaj institut. Prema jednima, riječ je o prinudnoj kupoprodaji pri čemu se ističe da izvlaštenje ima sva njezina obilježja – plaćanje cijene i predaju stvari, a nedostatak suglasnosti volja inače neophodan za sklapanje pravnog posla između ravnopravnih stranaka nadomješta odredba zakona. Prema drugima, izvlaštenje je dvostruki obvezni odnos, te ono predstavlja obvezu *quasi ex contractu* i samo nalikuje kupoprodaji. Prema trećima izvlaštenje predstavlja poseban javnopravni odnos pri čemu se prema publicističkom poimanju akt izvlaštenja označava kao jednostrani akt državne vlasti koji djeluje konstitutivno.²²

Izvlaštenje predstavlja zahvaćanje države u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba koje se aktom države može *potpuno oduzeti* ili *ograničiti* pod pretpostavkom da su ispunjeni ustavom i zakonom propisani uvjeti. Pri tome država koja izvlašćuje, rješenjem o izvlaštenju kao upravnim aktom donesenim u upravnom postupku stječe vlasništvo odnosno drugo pravo na derivativan način. Načelno govoreći, u sukobu javnog i privatnog interesa, država može interes da zadovolji svoju potrebu za nekom nekretninom (zemljištem, objektom) izraziti na dva načina. Prije svega ona može s vlasnikom predmetne nekretnine pregovarajući oko cijene pokušati zaključiti ugovor o prodaji prema načelima obveznog prava. Ako država ne uspije u pogodbi s

20 Ustav Švicarske Konfederacije od 29. svibnja 1874. u članku 22. stavku 3. propisivao je: “U slučaju izvlaštenja ili ograničavanja vlasništva koje je izjednačeno s izvlaštenjem, dat će se pravedna naknada.” (*“En cas d'expropriation et de restriction de la propriété équivalent à l'expropriation, une juste indemnité est due.”*), vidi: Constitution fédérale de la Confédération suisse, Edité par la Chancellerie fédérale, Berne, 1994., str. 6.

21 Definicija socijalne države ovisi o institucionalnoj strukturi temelja moderne države. Socijalna država je začeta kao tvorevina raznih načela u okviru kojih je nazivamo modernom državom. Ono što se tijekom XX. stoljeća isticalo među najvažnijim državama Zapada kao odgovor na društvena pitanja postavljena u svakoj državi naciji na kraju XIX. stoljeća, obuhvaćalo je društvenu zaštitu, uređenje tržišta rada, javne službe i makroekonomske politike kao podršku raznim djelatnostima i zapošljavanju. Podloga takvih socijalno usmjerenih koncepata uređenja zapadnih društava morala je imati i materijalnu osnovicu koja se često stvarala i oduzimanjem i prenamjenom vlasništva nad određenim dobrima. Vidi opširnije Bernard Billaudot: *Une théorie de l'Etat social, Revue de la régulation*, Janvier 2008, <http://regulation.revues.org/2523>.

22 Vidi Ivo Borković: *Upravno pravo*, 6. izd., Informator, Zagreb, 1997., str. 558., bilješka 3.; isti autor: *Upravno pravo*, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, 1987., str. 524., 525.; tako i Ivo Krbek: *Osnovi upravnog prava FNRJ*, JAZU, Zagreb, 1950.

vlasnikom nekretnine za koju je zainteresirana, jer vlasnik, primjerice, odbija prodati nekretninu ili za nju zahtijeva preveliku cijenu, država će autoritetom vlasti pristupiti izvlaštenju.²³ Pri tome je država ta koja će izabrati sredstvo stjecanja nekretnine za koju je zainteresirana. Budući da izvlaštenje predstavlja čin državnog autoriteta, vidljivo je da je ono posljedica činjenice da se prethodnim pregovorima o prodaji nekretnine država i njezin vlasnik nisu mogli sporazumjeti. Zato je zakonom kojim se uređuje postupak izvlaštenja nužno pomno razraditi sve pretpostavke koje se moraju ispuniti da bi se izvlaštenje moglo uspješno provesti. Iz navedenog je vidljivo da se temeljna polazišta u definiranju načela *javnog interesa* i *naknade* za oduzete nekretnine koje države daju u slučaju izvlaštenja – je li to samo neka *pravična naknada* ili se radi o *naknadi tržišne vrijednosti* - propisuju ustavima, dok se sam postupak izvlaštenja propisuje zakonom.

3. PREDMET IZVLAŠTENJA I RAZLOZI ZBOG KOJIH SE PROVODI

Država, načelno, može izvestiti jedino nekretninu, ako za to postoji javni interes. Interes će postojati ako postoji potreba da se grade razni mahom infrastrukturni objekti poput prometnica, željezničkih pruga, aerodroma, akumulacijskih jezera za hidroelektrane, bolnica, škola i drugih. Sukladno članku 2. stavcima 2. i 3. Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade nekretnina se može izvestiti radi izgradnje građevine ili izvođenja radova gospodarske infrastrukture, groblja i drugih objekata komunalne infrastrukture, zdravstvenih, prosvjetnih, kulturnih i sportskih građevina, industrijskih, energetskih, vodnogospodarskih, prometnih i objekata elektroničkih komunikacija, građevina za potrebe pravosuđa, vojske i policije te istraživanja i eksploatacije rudnog i drugog blaga.

Pored toga, nekretnina se može izvestiti i kad je to potrebno radi izgradnje drugih građevina ili izvođenja drugih radova određenih uredbom Vlade Republike Hrvatske od državnog i područnog (regionalnog) značaja ili radi provedbe strateških projekata koje je Vlada proglasila strateškim investicijskim projektima. U smislu navedenog, na temelju članaka 3. i 4. ovoga Zakona izvlaštenje se može provesti u korist fizičke ili pravne osobe kao *korisnika izvlaštenja* koji stječe pravo koristiti nekretninu radi koje je izvlaštenje provedeno. To znači da, osim države, investitor može biti i svaka fizička ili pravna osoba, ako se ocijeni da je izvlaštenje u interesu Republike Hrvatske te da će se korištenjem nekretnine, za koju se namjerava predložiti izvlaštenje, u novoj namjeni postići veća korist od one koja se postizala korištenjem te nekretnine na dosadašnji način. Odluku da je izgradnja građevine ili izvođenje radova u interesu Republike Hrvatske donosi Vlada na prijedlog korisnika izvlaštenja.²⁴

23 Iako zakoni o izvlaštenju obično ne predviđaju posebnu nagodbu koja bi prethodila izvlaštenju, do pokušaja takve nagodbe zasigurno će uvijek doći. Usp. Ivo Borković: *Upravno pravo*, 6. izd., op. cit., str. 559.

24 Vidi članak 13. Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade ("Narodne novine", broj 74/14.).

4. NAKNADA ZA POTPUNO IZVLAŠTENJE

4.1. Ustavni i pravno-politički elementi instituta naknade za izvlaštene nekretnine

Jedan od dva bitna elementa izvlaštenja jest naknada. Način njezina utvrđivanja i dinamika isplate uz utvrđivanje javnog interesa predstavlja najvažniji dio postupka izvlaštenja. Naknada predstavlja obeštećenje za izvlaštenu nekretninu i kao takva ona zbog svoje važnosti predstavlja jedno od temeljnih načela izvlaštenja kao pravnog instituta. Ustavno načelo davanja tržišne vrijednosti za izvlaštenu nekretninu i njegovo unošenje u zakon istovremeno predstavlja obvezu *ex constitutione* i *ex lege*. Stoga se oblikuje takav pravni odnos temeljem kojeg korisnik izvlaštenja stječe obvezu isplate naknade, a raniji vlasnik subjektivno pravo na nju. Sam odnos u kojem država oduzima vlasništvo nad nekretninom ustavnopolitički je osjetljiv.

Naknada za izvlaštenu nekretninu rezultat je socijalnog koncepta i političkog stava izraženog u ustavnim dokumentima, gdje država kao organizacija političke vlasti zauzima odnos prema vlastitom zahvaćanju u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba koje zbog zadovoljavanja općih potreba trpe gubitak koji je moguće izraziti u novcu. Upravo je to razlog da država vođena ustavnim odredbama i motivima pravednosti uređuje institut naknade za izvlaštene nekretnine kao naročite tražbine, bilo u novčanom, bilo u naturalnom obliku.²⁵ Imajući u vidu ono što smo prethodno naveli, možemo općenito reći da se pitanje davanja naknade u postupku izvlaštenja kretalo u širokom prostoru između dva ekstrema. Prvo, da se zbog *kolektivističkog socijalnog koncepta*²⁶ koji se politički proklamirao i teškog materijalnog trenutka u određenim konkretnim povijesnim prilikama, onome od koga se oduzimalo vlasništvo nije priznavalo apsolutno nikakvo pravo na naknadu jer su zahtjevi društva bili toliko prevladavajući da se od njega tražilo podnijeti potpuni gubitak, kao žrtvu za interes zajednice. Nasuprot tome, nalazi se *individualistička liberalna koncepcija* pri kojoj se onome od koga država u ime zajednice oduzima vlasništvo za njezinu dobrobit, priznaje pravo na naknadu za oduzeto vlasništvo baš kao da je njime bivši vlasnik raspolagao svojom voljom sukladno ekonomskim načelima, kao i načelima slobodnog pravnog prometa. U suvremenim prilikama uzima se ova druga situacija kao opće pravilo. Ipak, u različitim pravnim sustavima kriteriji i način određivanja naknade rješavaju se u skladu s prilikama koje u takvim državama postoje u određenom vremenu koje nalazi svoj odraz u pravnim propisima.

Pojedini ustavi doneseni u razdoblju nakon Prvog svjetskog rata predviđali su mogućnost da se naknada za izvlaštene nekretnine uopće ne daje.²⁷ Tako je članak

25 Tako i Ivo Borković: *Upravno pravo*, op. cit., str. 566.

26 Vidi izlaganje o socijalnoj pravnoj državi u Peter Häberle: *Ustavna država*, op. cit., str. 154. i dalje.

27 Rijetki su ustavi koji predviđaju mogućnost da se izvlaštenje provede i bez naknade. Radi se svakako o izuzetcima koji predstavljaju odraz prilika u vremenu kada su nastali, a to su vremena nakon velikih kataklizmi Prvog (Njemačka i Čehoslovačka) i Drugog svjetskog rata (Italija). Zanimljivo je da se ovdje radi upravo o građanskim državama koje inače ustavima štite vlasništvo kao temelj tržišnog gospodarstva, ali koje su u svoje ustave ugradile mnoge elemente

42. stavak 7. Ustava njemačke Weimarske Republike iz 1919. godine, koji je važan u povijesti ustavnog prava upravo zbog cijeloga niza socijalnih prava i intervencija u socijalni aspekt države, omogućavao da se zakonom propiše i izvlaštenje bez naknade.²⁸ Na tom tragu bila je i Ustavna povelja Čehoslovačke Republike iz 1920. godine koja je, također, predviđala da se zakonom može propisati izvlaštenje bez naknade.²⁹

Mogućnost izvlaštenja bez naknade predviđali su i ustavi doneseni nakon Drugog svjetskog rata. Među prvima je to učinjeno Ustavom Talijanske Republike iz 1947. godine koji također omogućava da se, ako je to u općem interesu, u slučajevima predviđenim zakonom, eksproprijacija izvrši bez naknade.³⁰ Ipak, već je Općom deklaracijom o pravima čovjeka Ujedinjenih naroda iz 1948. godine kao jednim od temeljnih poslijeratnih pravnih i političkih dokumenata, postavljeno ograničenje i zaštita od arbitrarnih zahvaćanja. Prema njezinom članku 17. svatko ima pravo posjedovati imovinu, sam i u zajednici s drugima, te nitko ne smije biti samovoljno lišen svoje imovine.³¹ Njemački Temeljni zakon iz 1949. godine uređuje pitanja vlasništva, nasljeđivanja i izvlaštenja u članku 14., te propisuje da je izvlaštenje dopušteno samo radi opće dobrobiti, te se može provesti samo na temelju zakona koji uređuje način i iznos obeštećenja. Naknada mora biti pravedno određena uz poštovanje općeg interesa i interesa izvlaštenika, a sporovi o visini naknade u nadležnosti su redovitih sudova.³² Vezano za francuski Ustav iz 1958. godine, ranije spomenuta Deklaracija

socijalne države. Usp. Ivo Borković: *Upravno pravo*, op. cit., str. 565.

- 28 Članak 153. Ustava njemačke Weimarske Republike iz 1919. godine (*Die Verfassung des Deutschen Reichs*) pored načelne zaštite vlasništva i mogućnosti njegovog ograničenja zakonom, propisivao je da se izvlaštenje može izvršiti samo u javnom interesu, u skladu s propisima. Neće biti primjerene naknade ukoliko zakon Reicha ne propiše drugačije („*Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt.*“). Dopušten je spor zbog visine naknade pred redovnim sudovima ako zakoni Reicha ne propisuju drugačije. Izvlaštenje Ländera, općina i udruga u korist Reicha može biti samo bez naknade. Vidi http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung.pdf. O odnosu individualističkog (liberalnog) i kolektivističkog u stvarnopravnim uređenjima raznih država tijekom 20. stoljeća vidi: Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković: *Stvarno pravo*, sv. I, op. cit. str. 7.-11.
- 29 Par. §. 109. st. 2. Ustavne povelje Čehoslovačke Republike od 29. ožujka 1920. (*Ústavní listina Československé republiky*) propisivao je da je izvlaštenje moguće samo na temelju zakona i za naknadu. Ako ju zakon ne ustanovi, naknada se neće dati. („*Vývlastnění je možné jen na základě zákona a za náhradu, pokud zákonem není nebo nebude stanoveno, že se náhrada dáti nemá.*“). Vidi http://www.psp.cz/docs/texts/constitution_1920.html.
- 30 Članak 42. stavak 3. Ustava Talijanske Republike iz 1947. godine kojim se pružaju temeljna jamstva vlasništva koje se dijeli na privatno i javno, propisuje da se u slučajevima predviđenim zakonom privatno vlasništvo može oduzeti bez naknade iz razloga od općeg interesa. („*La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.*“). Vidi <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34440>.
- 31 Vidi Opću deklaraciju o pravima čovjeka Ujedinjenih naroda (*The Universal Declaration of Human Rights*) od 10. prosinca 1948. u „*Human Rights: Sixty Major Global Instruments*“, ur. Winston E. Langley, McFarland&Co, Inc, Publishers, Jefferson, North Carolina, London, 1992., str. 4.
- 32 Vidi članak 14. stavak 3. Njemačkog Temeljnog zakona (*Grundgesetz für die Bundesrepublik*

o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine njegov je sastavni dio te utvrđuje da se nikoga ne može lišiti vlasništva osim ako postoji javna potreba, uz uvjet davanja pravične naknade.³³

Od važnijih pravnih dokumenata donesenih nakon Drugog svjetskog rata valja istaknuti Protokol br. 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1952. godine,³⁴ kojim se proširuje zaštita i na pravo vlasništva. Naime, Protokol br. 1 uz Konvenciju, u članku 1. stavku 1., propisuje da svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva. Tako se nitko ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene općim načelima međunarodnoga prava.

4.2. Razvitak instituta naknade za izvlaštene nekretnine u Hrvatskoj

Na današnjem području Republike Hrvatske od 19. stoljeća do danas bio je na snazi cijeli niz propisa o izvlaštenju koji su, svaki u svoje vrijeme, donosile različite države. Za potrebe ovog rada ograničit ćemo se samo na razvitak instituta naknade za izvlaštene nekretnine. U doba Austrijske Carevine do 1867. godine, te kasnije u Austro-Ugarskoj u vrijeme Ugarsko-hrvatske nagodbe, od 1868. do 1918. godine, u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji bilo je na snazi austrijsko, zajedničko ugarsko-hrvatsko i posebno hrvatsko-slavonsko pravo. Iako je prije svega predstavljao građanskopravni kodeks – Opći građanski zakonik (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*) iz 1811. godine koji se u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji primjenjivao od 1852. godine, u §. 365. - uređio je osnove, inače upravnopravnog, instituta izvlaštenja i naknade za izvlaštenu nekretninu.³⁵ Sustav izvlaštenja, kao i naknade za izvlaštenje, bio je sustavno

Deutschland) koji propisuje da je izvlaštenje dopušteno samo radi opće dobrobiti. Izvlaštenje se može provesti samo na temelju zakona koji uređuje način i iznos obeštećenja. Naknada mora biti pravedno određena uz poštovanje općeg interesa i interesa izvlaštenika. Sporovi o visini naknade u nadležnosti su redovnih sudova (*„Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.“*). Vidi Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung, Berlin, 2006., str. 17.

33 Vidi bilješku 16.

34 Republika Hrvatska ratificirala je Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe i njezine protokole 1997. godine, čime je priznala nadležnost Europskog suda za ljudska prava i obvezatnost njegovih presuda. Konvencija i njezini protokoli objavljeni su u "Narodnim novinama – Međunarodni ugovori" broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06.).

35 §. 365. Općeg građanskog zakonika u tadašnjem službenom hrvatskom prijevodu glasilo je: "*Kad ište općeno dobro, mora član države ustupiti uz primjerenu naknadu i samu potpunu vlasnosti stvari kakove.*" Vidi Adolfo Rušnov: *Tumač Obćemu austrijskom građanskom zakoniku*, 2. prerađeno i popunjeno izd., priredili S. Posilović, L. Hartman (Kugli i Deutsch), s. a.; *Opći austrijski građanski zakonik proglašen patentom od 29. studenoga 1852. u kraljevinama Hrvatskoj i Slavoniji s naknadnim zakonima i naredbama*, uređio F.J. Spevec, 2. popravljeno i dopunjeno izd., tisak i naklada knjižare L. Hartmana (Kugli i Deutsch), s.a. Opširan pregled

nadograđivan sve do raspada Austro-Ugarske i stvaranja novog pravnog sustava prve jugoslavenske države kojoj je jedan od temeljnih problema bilo rješavanje agrarnog pitanja, koje je proizlazilo iz postojanja feudalnog veleposjeda kakav je uglavnom postojao u krajevima koji su dotada bili u sastavu Austro-Ugarske. Člankom 37. Ustava Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1921. godine,³⁶ kojim je uređen institut eksproprijacije (izvlaštenja) i naknade, propisivalo se: "Eksproprijacija privatne svojine u opštem interesu dopuštena je na osnovi zakona, uz pravičnu naknadu". Time se mislilo na obično izvlaštenje koje se vršilo u javnom interesu, poglavito zbog omogućavanja, kako se isticalo "tehničkih radova".³⁷ Kasnije zakonodavstvo Kraljevine SHS / Jugoslavije nije sustavno uredilo institut izvlaštenja i naknade, već je kao takav bio uređen nizom zakona, prije svega i dalje važećim Općim građanskim zakonikom, kao i projektom Građanskog zakonika iz 1931. godine (odjeljak XI.)³⁸ te pojedinim posebnim propisima.³⁹

Nakon Drugog svjetskog rata u poslijeratnoj Jugoslaviji institut izvlaštenja i naknade bio je isprva uređen saveznim Osnovnim zakonom o eksproprijaciji iz 1947. godine.⁴⁰ Zakon obilježava odredba članka 18. stavka 5. Ustava FNRJ iz 1946. godine⁴¹ kojom se predviđa mogućnost ograničavanja ili oduzimanja privatnog vlasništva u općem interesu i to na osnovi zakona koji je mogao odrediti slučajeve u kojima će se naknada odrediti te kriterije za utvrđivanje visine naknade. Godine 1957. donesen je Zakon o eksproprijaciji⁴² različit od prethodnog i po načelima postupka i određivanju visine naknade i po uvođenju nekih novih instituta u širem okviru uređenja izvlaštenja.⁴³ Nakon donošenja saveznog Ustava iz 1963. godine⁴⁴ ovaj je Zakon bio formalno usklađen s njegovim odredbama.⁴⁵ Izmjene su obuhvatile pitanja

-
- pravnog uređenja izvlaštenja u Hrvatskoj od 1852. godine do Zakona o izvlaštenju iz 1994. godine), vidjeti u Frane Staničić: *Izvlaštenje: sukob javnog i privatnog interesa*, Hrvatska javna uprava, 2009., god. 9., br. 1., str. 144.-150.
- 36 Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca ("Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca", broj 142a od 28. lipnja 1921.)
- 37 Vidi Slobodan Jovanović: *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Geca Kon, Beograd, 1924., str. 452.-455.
- 38 Projekt Građanskog zakonika Kraljevine Jugoslavije iz 1931. godine nikada nije bio donesen kao zakon.
- 39 To su bili, primjerice, Zakon o iskorištavanju vodnih snaga od 30. lipnja 1931. (Glava II) te Zakon o državnim putovima i Zakon o nedržavnim putovima, vidi Frane Staničić: *Izvlaštenje: sukob javnog i privatnog interesa*, op. cit., str. 148.
- 40 Osnovni zakon o eksproprijaciji ("Službeni list FNRJ" broj 28/47.).
- 41 Članak 18. stavak 5. Ustava Federativne Narodne Republike Jugoslavije ("Službeni list FNRJ", broj 10/46.) glasio je: "Privatna svojina može se ograničiti ili eksproprijirati ako to traži opšti interes, ali samo na osnovu zakona. Zakonom će se odrediti u kojim će se slučajevima i u kojoj visini dati naknada sopstveniku."
- 42 Zakon o eksproprijaciji ("Službeni list FNRJ", broj 12/57.).
- 43 Ti instituti bili su administrativni prijenos prava korištenja zemljišta u društvenom vlasništvu radi izgradnje i prodaja zemljišta putem javnog natječaja.
- 44 Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije ("Službeni list SFRJ", broj 14/63.).
- 45 Pored saveznih ustava, ustavi Narodne/Socijalističke Republike Hrvatske uključivali su odredbe o javnopravnim ograničenjima. Tako je člankom 19. stavkom 5. Ustava Narodne Republike Hrvatske iz 1947. godine ("Narodne novine", broj 7/47.) bilo propisano: "Privatno vlasništvo

utvrđivanja općeg interesa, kao i naknade za ekspropiriranu nekretninu te postupak određivanja naknade.

Iako je eksproprijacija bila uređena saveznim zakonom i republike i pokrajine svojim su ustavima uredile temeljna pitanja vezana uz mogućnost oduzimanja vlasništva i institut eksproprijacije. Tako je članak 24. Ustava SR Hrvatske iz 1963. godine⁴⁶ propisivao da se nekretnine mogu ekspropirirati uz *pravičnu naknadu*, kao i da se pravo vlasništva može ograničiti, ako to zahtijeva opći interes utvrđen na temelju zakona.

Drugo razdoblje u razvitku instituta izvlaštenja i naknade u poslijeratnoj Jugoslaviji predstavlja razdoblje nakon donošenja Ustava SFRJ iz 1974. godine⁴⁷ Tada je uređenje izvlaštenja prešlo u nadležnost republika i pokrajina koje su samostalno uređivale ovo područje vlastitim zakonima. Tako je SR Hrvatska donijela Zakon o eksproprijaciji 1978. godine⁴⁸ u kojeg je pretočen pravopolitički koncept Ustava SR Hrvatske iz 1974. godine.⁴⁹ Prema njemu su se nekretnine uz pravičnu naknadu mogle izvestiti ili se pravo vlasništva moglo ograničiti ako je to zahtijevao opći interes utvrđen temeljem zakona. Članak 113. Ustava SR Hrvatske iz 1974. godine propisivao je da se nekretnine na kojima postoji pravo vlasništva mogu uz pravičnu naknadu ekspropirirati ili se to pravo može ograničiti ako to zahtijeva opći interes utvrđen na temelju zakona. Pri tome su se zakonom određivale osnove i mjerila pravične naknade. Određivanjem tih osnova i mjerila te njihovom primjenom nisu se smjeli bitno pogoršati uvjeti života i rada koje je vlasnik, čija se nekretnina ekspropirirala, imao na osnovi korištenja te nekretnine, dok pravična naknada nije obuhvaćala povećanu vrijednost nekretnine koja je neposredno ili posredno bila rezultat ulaganja tzv. društvenih sredstava.

Nekadašnji savezni Zakon o eksproprijaciji iz 1957. godine i Zakon o eksproprijaciji SR Hrvatske bili su doneseni u vrijeme socijalizma i kolektivističkih pogleda kada se smatralo da je njima bilo "unaprijeđeno usklađivanje općeg i pojedinačnog interesa", što je predstavljalo uobičajenu ideologiziranu podlogu za opravdanje uloge izvlaštenja i davanja ograničene naknade u takvom društvu. U tom smislu Zakon o eksproprijaciji SR Hrvatske propisivao je da se pri određivanju naknade mora uzeti u obzir odnos ranijeg vlasnika prema objektu izvlaštenja, koji su obilježavale osobne prilike ranijeg vlasnika nekretnine, stvarne okolnosti i način na koji se koristio nekretninom koja se oduzimala.

Napuštena je i ranija praksa određivanja naknade na temelju tarife. Naknada za ekspropirane nekretnine određivala se, na temelju članka 37. ovoga Zakona, u pravilu, primarno davanjem druge odgovarajuće nekretnine na kojoj je moglo postojati pravo vlasništva. Koja je to odgovarajuća nekretnina odlučivali bi korisnik izvlaštenja i prijašnji vlasnik nekretnine, a ne državna tijela. Štoviše, stavkom 2. ovoga članka propisivalo se da se pod odgovarajućom nekretninom podrazumijeva zgrada odnosno

se može ograničiti ili ekspropirirati ako to traži opći interes, ali samo na temelju zakona. Zakonom će se odrediti, u kojim će se slučajevima i u kojoj visini dati naknada vlasniku."

46 Ustav Socijalističke Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 15/63.).

47 Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije ("Službeni list SFRJ", broj 30/74.).

48 Zakon o eksproprijaciji ("Narodne novine", broj 10/78., 5/80., 30/82., 46/82. - pročišćeni tekst, 28/87., 39/88., 73/91. i 46/92.).

49 Ustav Socijalističke Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 8/74.).

stan, zemljište, poslovna zgrada ili poslovni prostor u istom mjestu ili općini odnosno zemljište u katastarskoj općini, kojom su se prijašnjem vlasniku omogućavali približno isti uvjeti korištenja kakve je imao koristeći ekspropriranu nekretninu. Ako vlasniku ekspropriranog poljoprivrednog zemljišta nije bilo na ime naknade dano drugo zemljište, pripadala bi mu supsidijarna naknada u gotovom novcu u visini prometne vrijednosti takvog poljoprivrednog zemljišta koje bi se iskorištavalo u poljoprivredne svrhe, a koja bi se postizala u prometu na području katastarske općine odnosno općine. Jednako bi se postupalo i u slučaju naknade za eksproprirane vinograde ili voćnjake, rasadnike, ali i za neizgrađeno građevinsko zemljište.⁵⁰ Za eksproprirane građevinske objekte naknada se utvrđivala u visini vrijednosti koju bi objekt imao s obzirom na svoju građevinsku vrijednost, vrijednost zemljišta na kojem bi bio izgrađen i troškove koje bi vlasnik imao u vezi s izgradnjom novog objekta. Također, građevinska bi se vrijednost objekta određivala ovisno o vrsti građevinskog materijala, konstrukciji objekta, ugrađenoj stolariji, opremi i instalacijama, o mogućnosti njegova daljnjeg korištenja i o troškovima građenja takvog novog objekta. Štoviše, osobne i obiteljske prilike uzimale bi se u obzir kao korektiv visine utvrđene naknade, ako su bile bitne za materijalnu egzistenciju prijašnjeg vlasnika ekspropriranih nekretnina, a posebno ako bi mu time bila ugrožena materijalna egzistencija, kao i kad bi zbog eksproprijacije članovi poljoprivrednog domaćinstva morali seliti s područja gdje su prebivali. Naknada bi se isplaćivala u gotovini, međutim, nije postojala precizna odredba do kojeg se iznosa naknada trebala isplatiti odmah. Sukladno članku 35. ovoga Zakona iznos naknade određivao se prema okolnostima u vrijeme donošenja prvostupanjske odluke o naknadi.

4.3. Naknada za potpuno izvlaštenje u Republici Hrvatskoj

Nakon državnopravnog osamostaljenja Republike Hrvatske, pri stvaranju vlastitog novog pravnog sustava prvotno je iz ranijeg sustava bio preuzet dio propisa prilagođenih novom gospodarskom i političkom sustavu, pa tako i Zakon o eksproprijaciji. Taj je Zakon kasnije zamijenjen Zakonom o izvlaštenju iz 1994. godine⁵¹ te Zakonom o izvlaštenju i određivanju naknade iz 2014. godine.⁵² Još u vrijeme pisanja nacрта Ustava Republike Hrvatske, 1990. godine, vodile su se javne rasprave o formulaciji pojma “tržišne vrijednosti” naspram ranijeg instituta “pravične naknade”. U bitnom one se mogu svesti na to da se “pravična naknada” kao takva vezivala uz kolektivističko poimanje društva u cjelini gdje je kolektivno uvijek uživalo prednost pred individualnim. Tako je u praksi korisnik izvlaštenja redovito imao povoljniji položaj od onoga kome se izvlaštenjem oduzimala imovina. Nasuprot tome, uvođenje individualističkog koncepta temeljenog na tržišnom gospodarstvu zahtijevalo je promijenjena shvaćanja o prirodi naknade koja je u potpunosti morala

50 Po prirodi stvari, Zakonom se posebno uređivalo određivanje naknade za ekspropriranu šumu s obzirom na stupanj njezine zrelosti.

51 Zakon o izvlaštenju (“Narodne novine”, broj 9/94., 35/94. - ispravak, 112/00.- Odluka USRH, 114/01., 79/06., 45/11. i 34/12.).

52 Naveden u bilješci 24.

obeštetiti onoga u čiju bi imovinu zahvaćala država. Zato su se autori Ustava opredijelili za pojam “naknada tržišne vrijednosti”, vjerujući da će takva naknada uvijek biti pravi odraz vrijednosti. Isprva je to i bilo tako, no kasnijim nastupanjem dugotrajne gospodarske krize i sužavanja tržišta nekretnina nastupile su teškoće.

Člankom 32. Zakona o izvlaštenju propisivalo se da se naknada za izvlaštenu nekretninu određuje, u pravilu, davanjem druge odgovarajuće nekretnine koja odgovara visini tržišne vrijednosti nekretnine koja se izvlašćuje, u istoj općini ili gradu, kojom se vlasniku nekretnine koja se izvlašćuje omogućavaju isti uvjeti korištenja kakve je imao koristeći tu nekretninu.⁵³ Međutim, ako vlasnik nekretnine ne bi prihvatio na ime naknade drugu odgovarajuću nekretninu ili ako korisnik izvlaštenja ne bi mogao osigurati takvu nekretninu, tada bi se na temelju članka 33. istoga Zakona naknada supsidijarno određivala u novcu u visini tržišne vrijednosti nekretnine koja se izvlašćivala u vrijeme donošenja prvostupanjskog rješenja o izvlaštenju, odnosno u vrijeme sklapanja nagodbe. Prema ovim odredbama, tržišnu vrijednost je predstavljala vrijednost izražena u cijeni koja se za određenu nekretninu mogla postići na tržištu i koja je ovisila o ponudi i potražnji u vrijeme njezinog utvrđivanja. Osim navedenoga, sukladno članku 35. ovoga Zakona, vlasnik nekretnine koja se izvlašćivala mogao se s korisnikom izvlaštenja sporazumjeti o naknadi i u nekom drugom obliku koji nije bio protivan Ustavu i zakonima Republike Hrvatske.

Novelom Zakona o izvlaštenju iz 2006. godine, članku 32. postojećega Zakona dodani su stavci 2. do 5. kojima je bilo propisano da vlasnik građevine nema pravo na naknadu za građevinu koja je izgrađena bez akta na temelju kojeg se može graditi prema posebnom propisu. U tom slučaju postupak uklanjanja građevine predstavljao je prethodno pitanje u odnosu na postupak izvlaštenja zemljišta, a postupak izvlaštenja se prekidao. Tako se, nakon izvršenja rješenja donesenog u prethodnom postupku, naknadno izvlašćivalo samo zemljište i za njega isplaćivala naknada njegovu vlasniku. Ipak, ove se odredbe nisu odnosile na građevine izgrađene do 15. veljače 1968.^{54,55}

Isto tako, potpuno izvlaštenje pretpostavljalo je, sukladno članku 36. Zakona o izvlaštenju, da je prijašnji vlasnik izvlaštenog zemljišta imao pravo sabrati usjeve i skupiti plodove koji su sazreli u vrijeme stupanja u posjed korisnika izvlaštenog zemljišta. Ukoliko stupanjem u posjed korisnika izvlaštenja prijašnji vlasnik ne bi bio u mogućnosti sabrati usjeve i skupiti plodove, pripadalo mu je pravo na naknadu za usjeve po odbitku potrebnih troškova koje bi imao do žetve ili berbe. O ovoj naknadi odlučivalo je nadležno tijelo, ako o tome već nije odlučilo u rješenju o izvlaštenju nekretnine.

Prema članku 41. Zakona o izvlaštenju, danom pravomoćnosti rješenja o potpunom izvlaštenju na izvlaštenim nekretninama prestajale su hipoteka, služnost

53 Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu predstavlja sastavni dio postupka izvlaštenja, pa izvlaštenje neće biti zakonito ukoliko se istim rješenjem ujedno ne odredi naknada prema odredbama Zakona. Rješenja u kojima nije određena naknada ne mogu pravno opstojati, te su ništetna. Vidi Robert Peček: *Komentar Zakona o izvlaštenju*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 154.

54 Vidi članak 8. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju (“Narodne novine”, broj 79/06.).

55 Vidi opširnije u Robert Peček: *Komentar Zakona o izvlaštenju*, op. cit., str. 155. i 156.

i druga stvarna prava. Ukoliko je na izvlaštenoj nekretnini postojala hipoteka, pravo plodouživanja (*ususfructus*) ili neko drugo stvarno pravo, korisnik izvlaštenja bio je dužan odgovarajući iznos naknade položiti kod banke na poseban račun, osim ako je vlasniku izvlaštene nekretnine opterećene hipotekom dana na ime naknade druga nekretnina u kojem slučaju bi hipoteka prelazila na tu nekretninu.⁵⁶ Isto tako, navedena stvarna prava brisala bi se u zemljišnim knjigama na prijedlog korisnika izvlaštenja ukoliko je prethodno kod banke položio odgovarajući iznos naknade. Banka bi isplaćivala naknadu vlasniku izvlaštene nekretnine, odnosno naknadu nositelju stvarnog prava samo na temelju njihovog pismenog sporazuma ovjerenog od nadležnog tijela ili na temelju sudske odluke.

Novi Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade iz 2014. godine, člankom 46., jednako uređuje osnove naknade za potpuno izvlaštenu nekretninu. Tako se naknada i sada određuje, u pravilu, davanjem u vlasništvo druge odgovarajuće nekretnine čija vrijednost odgovara visini tržišne vrijednosti nekretnine koja se izvlašćuje, u istoj općini ili gradu, kojom se vlasniku nekretnine koja se izvlašćuje omogućavaju isti životni uvjeti i uvjeti korištenja kakve je imao koristeći tu nekretninu. Isto tako, ako vlasnik nekretnine ne prihvati drugu odgovarajuću nekretninu ili korisnik izvlaštenja ne može osigurati takvu nekretninu, naknada se određuje u novcu u visini tržišne vrijednosti nekretnine. Skrenimo pažnju da se i prema odredbama ovoga Zakona naknada utvrđuje kao tržišna vrijednost nekretnine koja se izvlašćuje u vrijeme donošenja prvostupanjskog rješenja o izvlaštenju ili u vrijeme sklapanja nagodbe, ali uzimajući u obzir uporabno svojstvo nekretnine koje je imala prije promjene namjene koja je povod izvlaštenja, što je novina u odnosu na raniji Zakon o izvlaštenju.

I definicija tržišne vrijednosti preciznije je izražena u odnosu na raniji Zakon. Naime, sukladno člancima 25. i 47. Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade, tržišna vrijednost nekretnine jest vrijednost nekretnine koja se izražava u novcu na temelju obrazloženog nalaza i mišljenja ovlaštenog vještaka ili procjenitelja, izraženog primjenom posebnog propisa iz područja prostornog uređenja o načinu procjene vrijednosti nekretnina, načinu prikupljanja podataka i njihovoj evaluaciji te o metodama procjene nekretnina.

Nadalje, u članak 48. ugrađena je prethodno citirana novela Zakona o izvlaštenju iz 2006. godine koja se odnosila na naknadu za nezakonito izgrađene građevine. Tako niti prema navedenom članku novoga Zakona vlasnik nema pravo na naknadu za građevinu koja je izgrađena bez akta na temelju kojega se može graditi prema posebnom propisu (*građevinske dozvole*) odnosno koja je izgrađena protivno tom aktu. Pri tome uklanjanje građevine odnosno ozakonjenje nezakonito izgrađene građevine predstavlja prethodno pitanje u postupku izvlaštenja. Naime, ako se u postupku izvlaštenja utvrdi da ne postoji izvršno rješenje o uklanjanju građevine o kojoj je riječ, Ministarstvo⁵⁷ odnosno nadležno tijelo prekinut će postupak izvlaštenja

56 O založnom pravu i hipoteci vidjeti članke 297.-353. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96., 68/98. – v. članak 12. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, 137/99. – Odluka USRH, 22/00. – Odluka USRH, 73/00., 129/00. – v. članak 71. Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona, 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 143/12. i 152/14.).

57 Članak 16. stavak 2. Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade propisuje da se umjesto pojma

i zatražiti od građevinske inspekcije pokretanje postupka radi rješavanja tog pitanja prema posebnom propisu. Ministarstvo odnosno nadležno tijelo prekinut će postupak izvlaštenja do okončanja postupka koji se vodi na temelju zakona kojim je uređeno postupanje s nezakonito izgrađenim građevinama. Postupak prekinut radi rješavanja prethodnog pitanja nastaviti će se kad odluka o tom pitanju postane pravomoćna. Treba imati u vidu da se ove odredbe ne odnose na građevine koje su bile izgrađene, kako se propisuje, do 15. veljače 1968. Ipak, postupak izvlaštenja neće se prekidati ako su korisnik izvlaštenja i vlasnik nekretnine suglasni da se naknada vrijednosti za nezakonito izgrađenu građevinu odredi primjenom pravila o određivanju tržišne vrijednosti nekretnine sukladno članku 11. ovoga Zakona, prema kojem za izvlaštenu nekretninu vlasniku pripada naknada u visini tržišne vrijednosti nekretnine.

Člankom 49. izričito se propisuje da vlasnik nekretnine nema pravo na naknadu troškova za ulaganje u nekretnine koje je izvršio nakon što je obaviješten o podnesenom prijedlogu za izvlaštenje, osim onih troškova koji su bili nužni za korištenje i održavanje nekretnine. Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade, u članku 50., sadrži i odredbe o usjevima i plodovima baš kao i Zakon o izvlaštenju, te dopušta da vlasnik nekretnine ima pravo sabrati usjeve i skupiti plodove koji su sazreli u vrijeme stupanja u posjed korisnika izvlaštenja. Ako vlasnik nekretnine stupanjem u posjed korisnika izvlaštenja neće moći sabrati usjeve i skupiti plodove, pripada mu pravo na naknadu za usjeve i plodove prema uobičajenoj veleprodajnoj cijeni tih usjeva i plodova u vrijeme stupanja u posjed korisnika izvlaštenja.

Na temelju navedenoga možemo zaključiti da naknada tržišne vrijednosti, kako se ističe i u literaturi, načelno predstavlja pravednije rješenje od ranije pravične naknade, koja se ponekad samo tako zvala, a da uopće nije bila pravična. To se ističe jer se pravična naknada do stupanja na snagu Zakona o izvlaštenju određivala ograničeno i neprimjereno. Naime, Zakon o eksproprijaciji SR Hrvatske nije uopće propisivao što bi se trebalo smatrati pravičnom naknadom, čime je tek upravna i sudska praksa svojim rješenjima i presudama pružila kvantifikaciju takvih naknada. Slučajevi iz prakse pokazuju sve nedostatke neprimjereno određenih pravičnih naknada.⁵⁸ Međutim, pravična je naknada s obzirom na način i dinamiku isplate bila vrlo prihvatljiva korisnicima eksproprijacije koji bi za tu naknadu dobivali mnogo veću vrijednost, a postajali bi i vlasnicima izvlaštene imovine odmah. Pri tom bi i naknadu koja se određivala u posebnom postupku isplaćivali tek nakon desetak godina, a ponekad i kasnije. Po tome je Zakon o izvlaštenju bio učinkovitiji, jer je propisivao da se naknada mora platiti odmah, a o njoj bi se odlučivalo u jedinstvenom postupku. Primjećujemo da niti Zakonom o izvlaštenju ustavni institut tržišne vrijednosti nije bio dovoljno precizno određen, kao što niti praksa nije dala očekivani doprinos u definiranju tog pojma. Prema Zakonu o izvlaštenju tržišnu vrijednost bi kao takvu procjenjivali i izračunavali sudski vještaci, iako to tako nije bilo propisano. Tako bi se postupalo zbog ustaljene prakse da procjenu vrijednosti nekretnine vrše sudski vještaci kao kvalificirane i stručne osobe. Najzad, nadležno bi tijelo na temelju procjene vještaka

središnje tijelo državne uprave nadležno za poslove pravosuđa koristi pojam Ministarstvo.

58 Vidi Sanja Zagrajski: *Zaštita prava vlasništva u postupcima izvlaštenja pred Europskim sudom za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, br. 3/2008., str. 508.

utvrđivalo visinu naknade za izvlaštenu nekretninu redovito ne vodeći računa o individualnoj vrijednosti nekretnine za onoga kome bi se ona oduzimala izvlaštenjem (*pretium affectionis*), a ne bi se uzimali u obzir niti stvarni troškovi koje bi izvlaštenik stvarno imao u vezi s izvlaštenom nekretninom.⁵⁹

Iako su Zakonom o izvlaštenju i naknadi pojedini instituti preciznije uređeni, gledajući iz perspektive Republike Hrvatske kao tranzicijske države koju je nakon 2008. godine pogodila gospodarska kriza, do te mjere da je tržište nekretnina gotovo zamrlo, otvaraju se mnoga praktična pitanja vezana uz postupak i kriterije za određivanje tržišne vrijednosti nekretnine koja se izvlašćuje, što prije svega nalaže sam hrvatski Ustav. Kako smo prethodno naveli, u vremenima gospodarske krize kada je tržište nekretninama znatno ograničeno, nekretnine ponekad imaju samo potencijalnu vrijednost, pa ako na tržištu za njih nema interesa, tada je i njihova realna vrijednost mala. Naime, tržišna vrijednost predstavlja vrijednost izraženu u cijeni koja se za određenu nekretninu može postići na tržištu, što ovisi o odnosu ponude i potražnje u vrijeme njezina utvrđivanja. Nekada se pod tim pojmom smatrala *prometna vrijednost nekretnine*. Hoće li se zato tržišna vrijednost nekretnine koja se izvlašćuje određivati imajući u vidu njezinu građevinsku vrijednost uz određeni koeficijent koji će biti prikladan prema nalazu i mišljenju vještaka građevinske struke, ostaje otvoreno pitanje na koje će odgovor morati dati praksa. Inače postoji opasnost da je u uvjetima nepostojanja tržišta nekretnina u pojedinim krajevima Republike Hrvatske za nekretnine koje se tamo nalaze gotovo nemoguće izračunati njihovu “tržišnu vrijednost”, a da se ostane u području pravednog određivanja naknade za potpuno izvlaštenje koje bi zadovoljilo onoga kome se nekretnina izvlaštenjem oduzima te korisnika izvlaštenja i državu.

5. USTAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE I NAKNADA ZA POTPUNO IZVLAŠTENJE

Iako Ustavom postavljenim granicama nadležnosti Ustavni sud nema neposrednu nadležnost u postupcima izvlaštenja i određivanju naknade, nadležnost Ustavnog suda da odlučuje o suglasnosti zakona s Ustavom i suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom, kao i institut ustavne tužbe kojim se štite ljudska prava i temeljne slobode zajamčene Ustavom,⁶⁰ stavlja ga u položaj da je odlučivanjem o suglasnosti s Ustavom pojedinih odredaba zakona odnosno drugih propisa koje se

59 Usp. Jasna Brežanski: *Izvlaštenje u sudskoj praksi*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2007., str. 803.-806.

60 Vidi članak 125. Ustava Republike Hrvatske. O ustavnom sudovanju i granicama nadležnosti Ustavnoga suda Republike Hrvatske unutar ustavnih odredbi vidjeti opširna izlaganja u Smiljko Sokol: *Ustavna interpretacija Ustavnog suda u kontroli ustavnosti zakona* u: Ustav kao jamac načela pravne države, Organizator, 2002., str. 15.-28.; Jasna Omejec: *Pravni učinci ustavnosudske kontrole zakona i drugih propisa* u Ustav kao jamac načela pravne države, Organizator, 2002., str. 95.-139.; Dubravko Ljubić: *Ustavnosudska zaštita temeljnih ljudskih prava i sloboda – ustavna tužba (ustavna žalba)*, Zagreb, 2011., str. 191.-223. (doktorska disertacija javnosti dostupna u Biblioteci Pravnog fakulteta u Zagrebu; Ivo Krbek: *Ustavno sudovanje*, Rad JAZU, 1960.

odnose na postupak izvlaštenja, te odlučivanjem o zaštiti ustavnih prava koja bi mogla biti povrijeđena tijekom postupka izvlaštenja, ipak uključen i u određivanje naknade za izvlaštenje. Stoga ćemo na nekoliko relevantnih primjera iz prakse Ustavnog suda, u postupku za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom, prikazati njegovu ulogu u postupcima potpunog izvlaštenja.

5.1. *Praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske u postupku za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom (apstraktna kontrola ustavnosti, predmeti U-I)*

Jedna od najvažnijih i zasigurno najutjecajnijih nadležnosti Ustavnog suda je apstraktna ustavnosudska kontrola zakona i drugih propisa. Stoga je Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske⁶¹ vrlo široko određeni krug ovlaštenika za podnošenje zahtjeva odnosno prijedloga za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom i ocjenu suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom.⁶²

Budući da je Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade stupio na snagu 2014. godine,⁶³ Ustavni sud do danas nije ocjenjivao suglasnost toga Zakona u cjelini, odnosno pojedinih njegovih odredaba s Ustavom.⁶⁴ S obzirom na to da su pojedini instituti, a osobito naknada za potpuno izvlaštenje, kao što je prethodno navedeno, uređeni isto ili slično kao u ranijem Zakonu o izvlaštenju, prikazat ćemo nekoliko primjera koji se odnose na taj Zakon. Ustavni je sud u postupku za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju⁶⁵ utvrdio da taj Zakon, odnosno Zakon o izvlaštenju u cjelini nije organski zakon.⁶⁶ U toj je odluci

61 Vidi članke 35. - 38. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst).

62 Postupci apstraktne kontrole ustavnosti mada ne predstavljaju značajan broj u statistici predmeta Ustavnog suda, upravo zbog činjenice da se njima mijenja volja zakonodavne vlasti ukoliko nisu u skladu s Ustavom, predstavlja u političkom smislu najvažniju grupu predmeta Ustavnog suda. Svrha tih postupaka je s jedne strane u osiguranju hijerarhijske usklađenosti normi ustavnog poretka uz primat norme Ustava, te s druge u slučaju dvojbi oko tumačenja neke norme Ustava, osigurati njezinu jedinstvenu primjenu pred državnim tijelima. Vidi opširnije Branko Smerdel, Smiljko Sokol: *Ustavno pravo*, op. cit., str. 176., 177. te 188. i dalje; Smiljko Sokol: *Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti i promicanju vladavine prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 6/2001., str. 1337.-1361.; Jadranko Crnić: *Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 85. i dalje te Davor Krapac: *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske (ustrojstvo i proceduralni elementi ustavnog nadzora)*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 146. i dalje.

63 Naime, Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade stupio je na snagu 26. lipnja 2014., osim članaka 57. do 59., koji se odnose na naknadu za nekretnine za koje se, po posebnom propisu, smatra da su izvlaštene, a koji stupaju na snagu 1. siječnja 2016.

64 Ustavni sud nije zaprimio nijedan zahtjev, kao ni prijedlog za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o izvlaštenju u cjelini, odnosno pojedinih njegovih odredaba.

65 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju ("Narodne novine", broj 114/01.).

66 Ustavni sud je, ispitujući pravnu narav osporenog Zakona, u rješenju broj: U-I-523/2002, U-I-746/2006 od 10. prosinca 2008. ("Narodne novine", broj 2/09. i www.usud.hr), postavio i pitanje jesu li s aspekta razrade ustrojstva, djelokruga i načina rada državnih tijela ispunjene pretpostavke za utvrđenje određenog zakona organskim, što se u slučaju sumnje ispituje

Ustavni sud iznio pravno shvaćanje da taj Zakon dostatno određeno i detaljno određuje ‘utvrđivanje interesa Republike Hrvatske’ (čl. 9. - 16.) a ‘postupak izvlaštenja’ (čl. 17. - 31.) i ‘naknada za izvlaštenu nekretninu’ (čl. 32. - 42.) jamče prijašnjem vlasniku dobivanje tržišne vrijednosti izvlaštene nekretnine”. Nadalje, Ustavni je sud smatrao da je zbog pravne prirode izvlaštenja nužno osigurati pravičan i učinkovit postupak zaštite prava vlasništva pred zakonom ustanovljenim, neovisnim i nepristranim sudom. Ustavni sud je odlukom, broj: U-I-745/1999 od 8. studenoga 2000.,⁶⁷ ocijenio da Upravni sud Republike Hrvatske ne ispunjava zahtjeve koji su člankom 6. stavkom 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ustanovljeni da bi se neko sudbeno tijelo moglo smatrati sudom pune jurisdikcije.⁶⁸ Prema stajalištu Ustavnog suda, osporenim Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju, donesenim i objavljenim nakon citirane odluke Ustavnog suda, broj: U-I-745/1999, u pravnom poretku Republike Hrvatske na ustavnopravno prihvatljiv način uređena je stvarna sudska nadležnost u postupcima izvlaštenja.⁶⁹ Ustavni sud dao je i svoju

zasebno u svakom konkretnom slučaju. Zakon o izvlaštenju, pa time i ZID ZI/01, razrađuje zaštitu ustavnog jamstva prava vlasništva, određujući svrhu, objekte i korisnike instituta izvlaštenja. Izvlaštenje se provodi nakon što je u Zakonom o izvlaštenju propisanom postupku potvrđeno ispunjavanje kumulativno propisanih pretpostavki: da je to potrebno radi izgradnje objekata ili izvođenja radova u interesu Republike Hrvatske i da će se korištenjem nekretnine, za koju se namjerava predložiti izvlaštenje, u novoj namjeni postići veća korist od one koja se postizala korištenjem te nekretnine na dosadašnji način. Polazeći od tako propisane svrhe Zakona o izvlaštenju, imajući pri tome u vidu da Ustav institut izvlaštenja stavlja u okvir interesa Republike Hrvatske, stajalište je Ustavnog suda da prijelaz sudske kontrole u području izvlaštenja nekretnina s jednog tijela sudbene vlasti na drugo, nije u ovom slučaju opravdan ustavnopravni razlog za proglašenje zakona organskim zakonom.

- 67 Vidi odluku Ustavnog suda broj: U-I-745/1999 od 8. studenoga 2000. (“Narodne novine”, broj 112/00.).
- 68 Ustavni sud je tom odlukom utvrdio: “4. Uspoređujući naprijed utvrđena postupkovna pravna jamstva i zahtjeve iz stavka 1. članka 6. Konvencije s rješenjima iz hrvatskih propisa o izvlaštenju, Sud nalazi da ona, u dijelu koji se odnosi na tijela koja odlučuju o izvlaštenju i njihove ovlasti u postupku, ne udovoljavaju zahtjevima Konvencije. (...) Izloženo zakonodavno rješenje o postupku izvlaštenja, naime, da odluku o izvlaštenju donosi upravno tijelo, a da sud nadzire njezinu zakonitost, moglo bi odgovarati zahtjevima iz članka 6. stavka 1. Konvencije samo pod uvjetom da je Upravni sud Hrvatske doista sud pune jurisdikcije. Dvije su pretpostavke da bi se Upravni sud mogao smatrati sudom pune jurisdikcije: prvo, da ima pravo i dužnost samostalno izvesti i ocijeniti dokaze, drugim riječima samostalno utvrditi činjenično stanje kad god stranka pobija pravilnost i potpunost njegova utvrđenja u upravnom postupku, neovisno o tome odlučuje li o zakonitosti upravnog akta ili izravno odlučuje o pravu tužitelja na koje se upravni akt odnosi; drugo, da ima pravo i dužnost odrediti i održati usmenu i kontradiktornu raspravu kad god je riječ o tužbi protiv upravnog akta kojim je odlučeno o nekom građanskom pravu ili obvezi odnosno da je svakako dužan održati raspravu kad to stranka u postupku zahtijeva. Nakon uvida i raščlambe odgovarajućih odredaba ZUS Ustavni je sud utvrdio da Upravni sud Hrvatske ne ispunjava u zadovoljavajućoj mjeri nijednu od navedenih pretpostavaka. (...)”.
- 69 Naime, Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju bilo je određeno da se sudska zaštita u postupku izvlaštenja osigurava pred mjesno nadležnim županijskim sudom, protiv čije odluke nije dopuštena žalba i revizija, a propisan je i postupak pred županijskim sudom. (Vidi članke 42.a - 42.h Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju). No, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju (“Narodne novine”, broj 79/06.) predvidio je u članku 16. mogućnost izjavljivanja revizije Vrhovnom sudu Republike Hrvatske pod

ocjenu pravne prirode postupka izvlaštenja pred županijskim sudom, u kojem se na odgovarajući način primjenjuju odredbe Zakona o upravnim sporovima,⁷⁰ navevši da je riječ o “upravnosudskom postupku *sui generis*, s određenim posebnostima koje trebaju osigurati dovoljnu kvalitetu jurisdikcije županijskog suda kad taj sud sudi u postupcima u povodu tužbe protiv rješenja o izvlaštenju”.

Pored toga, Ustavni sud je ocjenjivao i suglasnost s Ustavom članka 47. stavka 1. Zakona o izvlaštenju⁷¹ kojim je bila uređena isplata zakonskih zatezних kamata u vezi s naknadom za izvlaštene nekretnine, zavisno o danu donošenja odluke o određivanju naknade. Sud je utvrdio da je vezivanje tijekom zakonskih zatezних kamata za dan donošenja odluke o određivanju naknade za izvlaštenu nekretninu u skladu s načelom vladavine prava i načelom pravne sigurnosti i nije u suprotnosti s člankom 14. stavkom 2. Ustava. Najzad, ocjenjujući i suglasnost s Ustavom članka 358.b Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁷² Ustavni je sud utvrdio da je nakon donošenja osporenog članka, Hrvatski sabor donio Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade, koji u glavi VII. “Naknada za nekretnine za koje se, po posebnom propisu, smatra da su izvlaštene”, jasno propisuje tko i u kojem postupku isplaćuje naknadu u tržišnoj cijeni za te nekretnine. Imajući u vidu prethodno navedeno, može se reći da je Ustavni sud, iako posredno, ipak ocjenjivao i suglasnost Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade, odnosno njegove glave VII., s Ustavom.

pretpostavkama iz Zakona o parničnom postupku (“Narodne novine”, broj 53/91., 91/92., 112/99., 88/01. i 117/03.). U znanstvenoj i stručnoj literaturi bilo je dosta kritika na takvo rješenje, smatrajući da je za postupke izvlaštenja trebao biti nadležan Upravni sud Republike Hrvatske, uz odgovarajuće izmjene propisa koje bi omogućile da Upravni sud Republike Hrvatske u tim predmetima postupi kao sud pune jurisdikcije. (Vidi, primjerice, Jasna Brežanski: *Izvlaštenje u sudskoj praksi*, op. cit., str. 783.-817.) Nadalje, pojedini autori smatrali su da je jedno od mogućih rješenja moglo biti uvođenje dvostupanjskog upravnog sudovanja. Vidi, primjerice, Frane Staničić: *Izvlaštenje: sukob javnog i privatnog interesa*, op. cit., str. 141.-168.). Nakon reforme upravnog sudovanja, Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju (“Narodne novine”, broj 34/12.) u članku 2. bilo je određeno da se sudska zaštita u postupku izvlaštenja osigurava pred mjesno nadležnim upravnim sudom. Najzad, Zakonom o izvlaštenju i određivanju naknade propisano je da se u postupku izvlaštenja može pokrenuti upravni spor. (Vidi članke 17.-18.).

70 Zakon o upravnim sporovima (“Narodne novine”, broj 53/91., 9/92., 77/92.).

71 Vidi rješenje Ustavnog suda broj: U-I-1089/2002 od 8. ožujka 2006.

72 Osporeni članak, uz postavljeno opće zakonsko uređenje statusa stranih fizičkih i pravnih osoba kada one ne mogu, zbog zakonskih odredbi, biti nositelji vlasničkih ovlaštenja na stvarima u Republici Hrvatskoj, predstavlja dopunu tog zakonskog uređenja posebnim odredbama o naknadi koja pripada stranjoj osobi kojoj je prestalo pravo vlasništva odnosno stranjoj osobi koja kao nasljednik ne može steći pravo vlasništva određenih nekretnina. U tim je slučajevima propisano pravo na naknadu prema propisima o izvlaštenju, a koja se isplaćuje na temelju pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju. Vidi bilješku 56 i rješenje Ustavnog suda broj: U-I-2249/2009 od 15. listopada 2014. (www.usud.hr).

5.2. *Praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske u postupku u povodu ustavne tužbe (zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda, predmeti U-III)*

Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske razrađuju se pretpostavke podnošenja ustavne tužbe koje su u osnovi određene Ustavom.⁷³ Naglasimo da Ustavni sud, u postupku u povodu ustavne tužbe, ne obnaša nadležnosti žalbenog suda niti Vrhovnog suda Republike Hrvatske već utvrđuje je li u postupku odlučivanja o pravima i obvezama podnositelja ustavne tužbe došlo do ustavno nedopuštenog zadiranja u temeljne slobode i prava čovjeka i građanina, odnosno je li povrijeđeno ustavno pravo podnositelja.⁷⁴

Ustavna je obveza Ustavnog suda, dakle, zaštita ustavnih prava podnositelja ustavnih tužbi kada su ta prava povrijeđena presudom suda ili drugim pojedinačnim aktom nadležnog tijela državne ili javne vlasti. Ustaljeno je stajalište Ustavnog suda da je zadaća nadležnih tijela državne i javne vlasti da tumače i primjenjuju pravo. Ustavni sud ne preispituje razloge koji su naveli ta tijela da usvoje jednu odluku, a ne neku drugu. U postupcima pokrenutim ustavnom tužbom Ustavni sud u pravilu se ne upušta ni u ispitivanje činjenica jer njegova zadaća nije bavljenje pogreškama o činjenicama ili o pravu, osim ako i u mjeri u kojoj te pogreške mogu povrijediti ustavna prava. Uloga Ustavnog suda ograničena je na ispitivanje jesu li učinci tumačenja odnosno primjene prava od tih tijela suglasni s Ustavom i jesu li u konkretnom slučaju doveli do povrede ustavnih prava podnositelja ustavne tužbe.

Iako su, načelno gledano, u postupcima potpunog izvlaštenja i određivanja naknade moguće povrede niza Ustavom zajamčenih prava, najčešće su povrede: prava na pravično suđenje (članak 29. stavak 1. Ustava),⁷⁵ prava vlasništva (članak

73 Sukladno članku 62. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, svatko može podnijeti Ustavnom sudu ustavnu tužbu ako smatra da mu je pojedinačnim aktom tijela državne vlasti, tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili pravne osobe s javnim ovlastima, kojim je odlučeno o njegovim pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela, povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda zajamčena Ustavom, odnosno Ustavom zajamčeno pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu. Vidi opširnije Velimir Belajec: *Ustavne osnove za podnošenje ustavne tužbe* u: Ustavni sud u zaštiti ustavnih prava, Organizator, Zagreb, 2000., str. 97.-113.; Jadranko Crnić: *Pokretanje i vođenje postupka pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske – ustavna tužba*, Pravo i porezi, br. 1/1998. te usporediti Hüsein Ekinci – Musa Sağlam: *Individual Application to the Turkish Constitutional Court*, Ankara, 2015., str. 5.-22. gdje se obrađuje postupak podnošenja ustavnih tužbi pred Ustavnim sudom Republike Turske koja je uvela ovaj institut 2010. godine .

74 Zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda koje jamči Ustav u povodu ustavnih tužbi predstavlja, uz navedenu apstraktnu ustavnosudsku kontrolu, najvažniju nadležnost Ustavnog suda i ona obuhvaća i najveći dio njegove djelatnosti. Povreda ljudskog prava odnosno temeljne slobode mora biti učinjena pojedinačnim pravnim aktom državnog tijela (sudskom presudom, upravnim rješenjem) ili pravnim aktom tijela koje ima javne ovlasti. Vidi: Branko Smerdel, Smiljko Sokol: *Ustavno pravo*, op. cit., str. 192. i dalje; Davor Krapac: *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, op. cit., str. 118. i dalje; Jadranko Crnić: *Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, op. cit., str. 163. i dalje.

75 Ustavni sud u svojim odlukama ističe da je sadržaj ustavnog prava zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava ograničen na jamstva pravičnog suđenja. Sukladno tome, ocjenjujući navode

48. stavak 1. Ustava)⁷⁶ i prava na naknadu tržišne vrijednosti za ograničeno odnosno oduzeto vlasništvo (članak 50. stavak 1. Ustava).⁷⁷ Podnositelji ustavnih tužbi često ističu i povredu prava na jednakost pred zakonom (članak 14. stavak 2. Ustava).⁷⁸

ustavne tužbe sa stajališta tog ustavnog prava, Ustavni sud ispituje eventualno postojanje povreda u postupcima pred sudovima i drugim državnim tijelima, odnosno tijelima koja imaju javne ovlasti, i na temelju toga ocjenjuje je li postupak, razmatran kao jedinstvena cjelina, bio vođen na način koji je podnositelju osigurao pravično suđenje. Pružajući tu zaštitu, Ustavni sud, dakle, sagledava cjelokupan postupak kao jedinstvenu cjelinu te ocjenjuje je li on bio vođen na način koji podnositelju osigurava pravično suđenje (odlučivanje), odnosno je li tijekom postupka počinjena povreda takvog značenja da postupak kao cjelinu čini nepravilnim za podnositelja. Vidi Jadranko Crnić: *Zaštita ustavnih prava i sloboda pred Ustavnim sudom*, Pravo i porezi, br. 4/2001. te isti autor, *Uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske u zaštiti temeljnih prava i sloboda*, Hrvatska pravna revija, br. 1/2005.

76 Skrenimo pažnju da od povrede prava vlasništva Ustavni sud na ustavnopravnoj razini štiti na način da prijeći tijelima državne vlasti ograničavanje ili oduzimanje tog prava, osim ako je ograničavanje ili oduzimanje zasnovano na zakonu. U slučaju zadiranja u vlasništvo drugih pravnih subjekata (fizičkih ili pravnih osoba) radi se, u pravilu, o imovinskim sporovima privatnog prava. Ustavni sud ispituje i takvu odluku sudbene i druge vlasti kada ocijeni da je osporena odluka, prosuđujući je kroz zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom, utemeljena na nepravilnom ili neprihvatljivom pravnom stajalištu ili je tako pogrešna i bez razboritog pravnog obrazloženja da ju je moguće ocijeniti samovoljnom. Načelna pravna stajališta o ustavnom jamstvu prava vlasništva Ustavni je sud izrazio u odluci broj: U-I-763/2009 i dr. od 30. ožujka 2011. ("Narodne novine", broj 39/11. i www.usud.hr) donesenoj u postupku ocjene suglasnosti s Ustavom pojedinih odredaba Zakona o poljoprivrednom zemljištu ("Narodne novine", broj 152/08., 25/09., 153/09. i 21/10.). Međutim, u odluci broj: U-IIIB-1373/2009 od 7. srpnja 2009. ("Narodne novine", broj 88/09.) Ustavni sud prvi je put podrobnije iznio sadržaj triju ustavnih pravila o vlasništvu (prvo pravilo, sadržano u članku 48. stavku 1. Ustava, opće je naravi i propisuje pravo vlasništva, dok se drugo i treće pravilo, sadržano u članku 50. stavcima 1. i 2. Ustava, tiče određenih stupnjeva miješanja u pravo vlasništva) polazeći od načelnih pravnih stajališta Europskog suda za ljudska prava o zaštiti vlasništva u smislu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, prikazanih u predmetu *Kopecký protiv Slovačke* (presuda, Veliko vijeće, 28. rujna 2004., zahtjev br. 44912/98, 2004-IX).

77 Iako je zakonom moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, istom odredbom članka 50. Ustava, određeno je da se to može učiniti samo uz naknadu tržišne vrijednosti. Dakle, riječ je o primjeni drugog pravila jamstva prava vlasništva, koje uređuje oduzimanje, odnosno ograničavanje vlasništva koje se neće smatrati ustavnopravno nedopuštenim, ako je propisano zakonom, ako je u interesu Republike Hrvatske i ako je za tako oduzeto, odnosno ograničeno vlasništvo osigurana i isplaćena naknada u tržišnoj vrijednosti oduzete, odnosno ograničene imovine. Ono, dakle, dopušta miješanje države u pravo vlasništva kad je to u interesu Republike Hrvatske. Ustav, naime, daje osnove za utvrđenje da je u članku 50. stavku 1. riječ o "općem interesu", to jest interesu Republike Hrvatske koji je usmjeren ostvarenju općeg dobra iz članka 48. stavka 2. Ustava. Vidi, primjerice, citiranu odluku Ustavnog suda broj: U-IIIB-1373/2009 od 7. srpnja 2009.

78 Članak 14. stavak 2. Ustava sadrži opće jamstvo jednakosti svih pred zakonom. Ono se mora sagledavati zajedno sa stavkom 1. iste ustavne odredbe, koji sadrži ustavno jamstvo nediskriminacije u ostvarivanju svih Ustavom i zakonima zajamčenih prava i sloboda. Članak 14. Ustava nije samostalna pravna osnova za ustavnu tužbu, već mora biti istaknut zajedno s nekim drugim (materijalnim) pravom za koje podnositelj smatra da mu je povrijeđeno. Ocjenjujući razloge ustavne tužbe sa stajališta te ustavne odredbe, Ustavni sud ocjenjuje zasnivaju li se pravna stajališta i razlozi za takva pravna stajališta, navedeni u osporenim

Analizirajući njegovu praksu, vidljivo je da Ustavni sud pravo vlasništva na ustavnopravnoj razini štiti na način da priječi tijelima državne vlasti oduzimanje tog prava, osim ako je oduzimanje zasnovano na zakonu. Dakle, oduzimanje vlasništva neće se smatrati ustavnopravno nedopuštenim ako je propisano zakonom, ako je u interesu Republike Hrvatske i ako je za tako oduzeto vlasništvo osigurana i isplaćena naknada u tržišnoj vrijednosti oduzete imovine. Svako miješanje u vlasništvo koje je poduzeto u interesu Republike Hrvatske (općem interesu), bilo da je riječ o oduzimanju ili ograničenju vlasništva, pretpostavlja naknadu tržišne vrijednosti koja je vlasnicima zajamčena Ustavom. Ishodište te naknade treba tražiti u činjenici da je u svim tim slučajevima cilj ograničavanja ili oduzimanja vlasništva - doprinos ostvarenju, odnosno unaprjeđenje općeg dobra (socijalna funkcija vlasništva). Drugim riječima, zakonom je moguće oduzeti vlasništvo, ali samo pod uvjetom da je ono u interesu Republike Hrvatske i uz naknadu tržišne vrijednosti. Ustavni sud pri tom ističe da se ustavni izričaj "zakonom je moguće ... oduzeti vlasništvo" ne smije tumačiti doslovno, na način da je za oduzimanje vlasništva u svakom pojedinom slučaju potrebno donositi zakon u formalnom smislu. Taj ustavni izričaj znači da zakonom moraju biti propisane pretpostavke pod kojima je, u skladu s Ustavom, dopušteno u pravnim (upravnim ili sudskim) postupcima odlučivati o oduzimanju vlasništva u konkretnim pravnim (upravnim ili sudskim) stvarima.

Podnositelji ustavnih tužbi, u tim slučajevima najčešće su nezadovoljni utvrđenom visinom naknade za izvlaštenu nekretninu, visinom kamatne stope i početkom tijeka zakonskih zateznih kamata. Pri tome je Ustavni sud u najvećem broju predmeta prihvatio pravna stajališta sudova te, između ostalog, utvrdio da pravo vlasništva nije apsolutno ustavno pravo pa je stoga podložno i oduzimanju pod prethodno spomenutim uvjetima⁷⁹ te da kamata nije naknada tržišne vrijednosti koju

upravnim i upravnosudskim odlukama, na ustavnopravno prihvatljivom tumačenju i primjeni mjerodavnog prava, a polazeći od činjeničnog stanja utvrđenog u provedenom postupku. Ustavni sud, dakle, utvrđuje jesu li osporene odluke odnosno u njima izražena pravna stajališta posljedica proizvoljnog tumačenja i primjene mjerodavnog prava.

79 Ustavni sud je odlukom broj: U-III-5017/2008 od 29. rujna 2011. odbio ustavnu tužbu podnositelja u odnosu na po podnositelju istaknutu povredu prava vlasništva, a navode ustavne tužbe razmotrio je imajući u vidu narav konkretnog slučaja. Naime, riječ je o sporu između Republike Hrvatske - osobe javnog prava - naspram pojedinca, stoga svim ustavnopravno relevantnim činjenicama, okolnostima i stajalištima mora biti posvećena posebna pažnja. Prema ocjeni Ustavnog suda, Vrhovni sud je u podnositeljevom slučaju uvažio sve relevantne činjenice i okolnosti. Naime, potrebno je istaknuti da pravo vlasništva nije apsolutno ustavno pravo, te da je stoga podložno ograničenjima i oduzimanju, ali samo ako je to u interesu Republike Hrvatske i pod uvjetima propisanim mjerodavnim zakonom. Imajući u vidu da je podnositelju za deposedirane nekretnine, prema ocjeni nadležnih sudova, utvrđena novčana naknada sukladno mjerodavnim odredbama ZOI-a (članci 33. i 46.), a to je u novčanom iznosu koji predstavlja tržišnu vrijednost nekretnine u vrijeme donošenja prvostupanjskog rješenja, stoga je i ocjena Ustavnog suda da podnositelju osporenim presudama nisu povrijeđena niti prava zajamčena člancima 48. stavkom 1. i 50. stavkom 1. Ustava." Vidi, primjerice, i odluke Ustavnog suda broj: U-III-1771/2009 od 3. ožujka 2010.; broj: U-III-44/2010 od 6. ožujka 2013.; broj: U-III-191/2013 od 6. ožujka 2014. u kojima su podnositelji zbog naknade za izvlaštene nekretnine isticali povredu ustavnog prava na pravično suđenje zajamčenog člankom 29. Ustava.

jamči Ustav.^{80,81}

Spomenimo još da se kao podnositelji ustavnih tužbi javljaju i prijašnji vlasnici izvlaštenih nekretnina i oni u korist kojih je izvršeno izvlaštenje (eksproprijacija), uključujući i privatne osobe kao korisnike izvlaštenja, a 1996. godine ustavne tužbe podnio je i tadašnji Državni pravobranitelj Republike Hrvatske.⁸²

Imajući u vidu navedeno može se zaključiti da ustavnopravni aspekti određivanja naknade kod potpunog izvlaštenja obuhvaćaju, uz Ustav, zakone i druge propise, i utjecaj Ustavnog suda kroz apstraktnu kontrolu zakona i drugih propisa koji se odnose na izvlaštenje, te kroz zaštitu koju pruža podnositeljima ustavnih tužbi u postupcima koji se odnose na izvlaštenje i određivanje naknade za izvlaštene nekretnine te djelotvorno štiti odgovarajuća prava u kontekstu svih okolnosti koje prate konkretne slučajeve.

6. PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA O NAKNADI ZA IZVLAŠTENE NEKRETNINE

Kada govorimo o Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i praksi Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu o zaštiti vlasništva u kontekstu izvlaštenja važno je navesti tri načela o zaštiti vlasništva koja obuhvaća članak 1. Protokola br. 1 uz ovu Konvenciju, a koji jamči pravo vlasništva. To su *načelo mirnog*

- 80 Zanimljivo je ukazati na praksu koja se odnosila na kamatu na utvrđenu "pravičnu naknadu" odnosno "naknadu tržišne vrijednosti". Naime, odlukom broj: U-III-350/1993 od 14. lipnja 1994. Ustavni sud je utvrdio: "Naznačenim rješenjem Vrhovnog suda Republike Hrvatske nije povrijeđeno ustavno pravo ... iz članka 50. Ustava Republike Hrvatske, jer kamata nije naknada tržišne vrijednosti koju jamči Ustav. Naime, prema propisima Zakona o eksproprijaciji ('Narodne novine', br. 46/82, 39/88, 73/91, 46/92) koji je bio u primjeni u vrijeme donošenja odluke određena je definicija o naknadi za ekspropriiranu imovinu a ona ne obuhvaća kamatu jer određuje da sporazumom o naknadi za ekspropriiranu nekretninu moraju biti određeni naročito oblik i visina naknade i rok do kojeg je korisnik eksproprijacije dužan ispuniti obvezu u pogledu naknade (članak 57. stavak 1. Zakona). Zakonom o izvlaštenju ('Narodne novine', br. 9/94) u članku 33. propisuje da, ukoliko nije sklopljena drugačija nagodba, naknada se određuje u novcu u visini tržišne vrijednosti nekretnina, koja se definira u članku 33. stavku 2. Zakona o izvlaštenju, a koja definicija također ne obuhvaća kamatu." U vezi s kamatom treba spomenuti i odluku Ustavnog suda broj: U-III-363/1999 od 17. siječnja 2002. u kojoj je Ustavni sud zaključio: "4. (...) Upravna tijela i Upravni sud pravilno su primijenili odgovarajuće odredbe Zakona o izvlaštenju. U presudi Upravnog suda Republike Hrvatske iznijet je zaključak tog Suda, sa sjednice sudaca od 18. prosinca 1998. godine, da zakonske zatezne kamate teku od dana donošenja rješenja o naknadi. U skladu s tim donijeti su navedeni upravni akti i presuda Upravnog suda Republike Hrvatske te njima podnositelju nisu povrijeđena ustavna prava ...".
- 81 Slična pravna situacija bila je i u predmetu broj: U-III-90/2002 (odluka Ustavnog suda broj: U-III-90/2002 od 23. listopada 2003.). Vidi i odluku Ustavnog suda broj: U-III-665/1999 od 13. prosinca 2000. u kojoj je navedeno da je citiranim zaključkom sjednice sudaca Upravnog suda Republike Hrvatske održane 18. prosinca 1998., utvrđeno da se, kada se o naknadi za izvlaštene (deposedirane) nekretnine odlučuje primjenom članaka 46. i 47. Zakona o izvlaštenju, naknada određuje prema stanju nekretnine u vrijeme eksproprijacije, ali prema tržišnoj vrijednosti u vrijeme utvrđivanja naknade.
- 82 Vidi odluku Ustavnog suda broj: U-III-630/1996, U-III-669/1996, U-III-731/1996, U-III-732/1996 od 19. studenoga 1997. ("Narodne novine", broj 134/97.).

uživanja vlasništva, načelo oduzimanje imovine te načelo kontrole korištenja imovine. Ova tri načela uređuju poneki oblik miješanja tijela vlasti država ugovornica u pravo na mirno uživanje vlasništva zajamčeno člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. Prvi, temeljni oblik miješanja u vlasništvo, izražen u drugom pravilu, odnosi se na oduzimanje vlasništva (*deprivation of property, taking property*). Oduzimanje vlasništva može biti definirano kao oduzimanje stvari od vlasnika ili oduzimanje obilježja vlasništva iz određenog pravnog odnosa. Kako to izražava Europski sud za ljudska prava, oduzimanje vlasništva u svojoj biti svodi se na “*prijenos vlasništva*” (*transfer of ownership, transfer of the title to the property*). Drugi oblik miješanja u vlasništvo, odnosi se na tzv. *kontrolu njegova korištenja*, kao ograničenje korištenja i raspolaganja imovinom koja se nameću vlasniku. Pravilo, sadržano u drugoj rečenici stavka 1. članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju glasi: “Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava”. U odluci u predmetu *Bramelid i Malström protiv Švedske* (1982.) Europski je sud istaknuo da je druga rečenica ovoga stavka usmjerena isključivo na *istinsku eksproprijaciju (expropriation in the true sense)* te se ovaj oblik miješanja u vlasništvo najčešće svodi na: 1) eksproprijaciju ili izvlaštenje, 2) nacionalizaciju, ili 3) konfiskaciju.⁸³

U prikazu prakse Europskog suda o naknadi za izvlaštene nekretnine, usredotočili smo se na presudu *Scordino protiv Italije* (2006.)⁸⁴ u kojoj su navedena sva dotadašnja pravna stajališta Europskog suda u pogledu naknade za oduzetu imovinu. U toj presudi Europski sud bavio se pitanjem jesu li podnositelji zahtjeva zbog dobivene naknade za nekretnine koje su im bile izvlaštene pretrpjeli *nerazmjeran i prekomjeran teret*. Naime, podnositelji⁸⁵ zahtjeva tvrdili su da snose nerazmjeran teret zbog neprimjerenog iznosa naknade za izvlaštenje, koja je izračunata u skladu s kriterijima utvrđenim zakonom. Europski sud utvrdio je da nije postojao nijedan legitimni cilj u javnom ili općem interesu koji bi mogao opravdati činjenicu da su podnositelji zahtjeva dobili naknadu manju od tržišne vrijednosti za svoju izvlaštenu nekretninu.

Europski sud naveo je temeljna načela koja se odnose na vlasništvo i izvlaštenje te se u slučaju miješanja u pravo na mirno uživanje vlasništva, kako se ističe, mora

83 Vidi *Bramelid i Malström protiv Švedske* (1982.); usp. Jasna Omejec: *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourgški acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013., str. 952. i dalje; o pitanjima jednakosti građana u primjeni Konvencije vidi Jasna Omejec: *Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5/2009, str. 873.-979., a o problemima vezanima uz dugotrajnost takvih postupaka, vidi Nina Vajić: *Duljina sudskog postupka u Hrvatskoj i praksa Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5/2001., 981.-990.

84 Presuda *Scordino protiv Italije* (2006.) objavljena je na internetskim stranicama Europskog suda za ljudska prava: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72925#{"itemid":\["001-72925"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72925#{); vidi i Jasna Omejec: *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourgški acquis*, op. cit., str. 1008.-1009.

85 Postupak u ovom predmetu pokrenut je na temelju zahtjeva (broj: 36813/97) protiv Talijanske Republike kojeg je 21. srpnja 1993. četvero talijanskih državljana podnijelo Europskoj komisiji za ljudska prava na temelju članka 25. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

postići “poštena ravnoteža” između potreba javnog interesa zajednice i zahtjeva zaštite temeljnih prava pojedinca. Nastojanje da se postigne ta ravnoteža odražava se u strukturi članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju u cjelini, pa time i u njegovoj drugoj rečenici, koja se treba tumačiti u svjetlu općeg načela proglašenog u prvoj rečenici. Osobito mora postojati razuman odnos razmjernosti između primijenjenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti bilo kojom mjerom koju primjenjuje država, uključujući i mjere kojima se osoba lišava svoga vlasništva.⁸⁶ Kad Europski sud određuje je li taj zahtjev ispunjen, on priznaje da država uživa široku slobodu procjene i u odnosu na odabir sredstava izvršenja i u odnosu na utvrđivanje jesu li posljedice izvršenja opravdane javnim interesom, a radi ostvarenja cilja zakona o kojemu je riječ.

Nadalje, da bi se ocijenilo poštuje li se osporenom mjerom potrebna poštena ravnoteža, a posebno ne nameće li se njome podnositeljima zahtjeva nerazmjerni teret, potrebno je uzeti u obzir uvjete određivanja naknade prema mjerodavnom zakonodavstvu. S tim u vezi, Europski sud je već utvrdio kako oduzimanje imovine bez isplate određenog iznosa koji je u razumnom odnosu s njenom vrijednošću, inače predstavlja nerazmjerno miješanje, a potpuno pomanjkanje naknade može se prema članku 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju smatrati opravdanim samo u iznimnim okolnostima. Međutim, članak 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju ne jamči pravo na punu naknadu u svim okolnostima.⁸⁷ Iako je istina da se u mnogim slučajevima zakonitog izvlaštenja, poput pojedinačnog izvlaštenja radi izgradnje ceste ili u druge svrhe “u javnom interesu” samo puna naknada može smatrati u razumnom odnosu s vrijednošću imovine, to pravilo nije bez iznimaka. Legitimni ciljevi u “javnom interesu”, poput onih kojima se teži u mjerama gospodarske reforme ili mjerama čija je svrha postići veću socijalnu pravdu, mogu zahtijevati naknadu manju od pune tržišne vrijednosti.⁸⁸

Europski je sud zauzeo stav da naknada niža od pune naknade može biti potrebna i *a fortiori* kad se imovina oduzima radi takvih temeljnih promjena ustavnog poretka zemlje kao što je prijelaz iz monarhije u republiku. Država ima široku slobodu procjene kad donosi zakone u kontekstu promjene političkog i gospodarskog poretka.⁸⁹ Europski sud potvrdio je to načelo u kontekstu prijelaza zemlje u demokratsko uređenje te je istaknuo kako pravila koja uređuju vlasničke odnose unutar zemlje “kad je riječ o dalekosežnom, ali spornom zakonodavnom sustavu sa značajnim gospodarskim učinkom na zemlju u cjelini” mogu uključivati odluke kojima se ograničava naknada za oduzetu imovinu ili povrat imovine na razinu ispod njene tržišne vrijednosti.⁹⁰ Osim toga, Europski sud je ponovio ta načela u vezi s donošenjem zakona i u “iznimnom kontekstu ujedinjenja Njemačke”.⁹¹

Primjenjujući navedena načela na konkretan slučaj, Europski sud utvrdio je da se predmet *Scordino protiv Italije* (2006.) odnosio na pojedinačno izvlaštenje, koje

86 Vidi *Pressos Compania Naviera S. A. i drugi protiv Belgije* (1995.), §. 38.

87 Vidi *Broniowski protiv Poljske* (2004.), §. 182.

88 Vidi *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1986.), §. 54.

89 Vidi *Kopecký protiv Slovačke* (2004.), §. 35.

90 Vidi *Broniowski protiv Poljske* (2004.), op. cit., §. 182.

91 Vidi *von Maltzan i drugi protiv Njemačke* (2005.), §§. 77., 111. - 112.; *Jahn i drugi protiv Njemačke* (2005.).

nije bilo provedeno u okviru procesa gospodarske, socijalne ili političke reforme niti je bilo vezano uz bilo koje druge posebne okolnosti. Prema tome, kako je navedeno, Europski sud nije smatrao da bi postojao ijedan legitimni cilj “u javnome interesu” koji bi mogao opravdati naknadu manju od tržišne vrijednosti. Stoga je Europski sud naveo kako je naknada dosuđena podnositeljima zahtjeva bila *neprijmjerena*, zbog niskog iznosa koji je dosuđen i zbog toga što nije bilo razloga javnog interesa koji bi opravdali naknadu nižu od tržišne vrijednosti imovine. Zaključio je da su podnositelji zahtjeva morali podnijeti *nerazmjeran* i *prekomjieran teret* koji se nije mogao opravdati legitimnim ciljem u javnome interesu kojemu su težile vlasti, čime je došlo do povrede članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Iz prakse Europskog suda za ljudska prava vidljivo je da pojedinačna ljudska prava i temeljne slobode koje jamči Konvencija za zaštitu ljudskih prava ne predstavljaju “koncepte kriterija” čiji bi zahtjevi bili ostvareni općom primjenom u svim državama članicama Vijeća Europe, već su ona namijenjena izražavanju moralne predanosti objektivnim načelima liberalne demokracije.⁹² Praksa Europskog suda za ljudska prava ukazuje na pokušaj pomirenja tenzija između demokracije i konstitucionalizma, pa dva ključna elementa konstitucionalizma, *konceptcija ograničenja vlasti* i *sloboda pojedinca* kao temeljno načelo koje ovisi o poštovanju ljudskih prava, Europski sud dopunjuje demokracijom kao još jednim ustavnim sredstvom koje izvire iz ustavnog političkog procesa pojedine demokratske države, gdje i u pitanjima zaštite vlasništva i njegovih ograničenja koja one uvode, snažno gradi europski javni poredak.

7. ZAKLJUČAK

Funkcija je instituta izvlaštenja ili eksproprijacije da njime država zahvaća u imovinska prava te oduzima ili ograničava ta prava u svoju korist ili u korist pojedinih subjekata. *Potpunim izvlaštenjem* nekretnina postaje vlasništvo korisnika izvlaštenja čime prestaju pravo vlasništva i druga prava prijašnjeg vlasnika na toj nekretnini, a *nepotpunim izvlaštenjem* ograničava se pravo vlasništva na nekretnini ustanovljenjem zakupa ili ustanovljenjem služnosti. Vidljivo je da je država svojim pravno utemeljenim zahvatima ovlaštena oduzimati vlasništvo ako je takav čin nužan i od javnog interesa. Izvlašćuje se redovito nekretnina. Razlozi ograničavanja odnosno oduzimanja vlasništva u okviru onoga što nazivamo javnim interesom jesu, primjerice, izgradnja velikih infrastrukturnih objekata kojima je *conditio sine qua non* oduzimanje zemljišta na kojima bi se gradili. U Hrvatskoj se u doba socijalističkog sustava, za izvlaštenje davala tzv. *pravlična naknada* koja u pravilu ne bi bila odgovarajuća i bila bi ispod vrijednosti oduzetih nekretnina. Međutim, u današnjem građanskom društvu u kojem imovinski odnosi počivaju na individualističkim ustavnim načelima kojima se štiti vlasništvo, takva praksa ne bi bila prihvatljiva. Iznimno je važno da se onome kome se oduzima vlasništvo za naknadu pruži ekvivalent tržišne vrijednosti.

92 O tome opširnije u: George Letsas: *A Theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007., str. 11. i dalje.; Arsen Bačić: *Ustavni dijalog i konstitucionalizacija demokratske politike*, Zbornik HAZU “Konstitucionalizacija demokratske politike” s Okruglog stola održanog 18. prosinca 2013., Zagreb, 2014., str. 55.-61.

No, u gospodarskoj krizi i prilikama vrlo ograničenog tržišta, pojedine nekretnine katkada imaju tek potencijalnu vrijednost, te ako na tržištu za njih nema interesa, tada je i njihova realna vrijednost mala. Tržišna vrijednost, naime, predstavlja vrijednost izraženu u cijeni koja se za određenu nekretninu može postići na tržištu, što ovisi o odnosu ponude i potražnje u vrijeme njezina utvrđivanja.

Ustav Republike Hrvatske temelji se na etičkim načelima izraženima u njegovim temeljnim, najvišim vrednotama, sadržanima u članku 3., među kojima se ističu **socijalna pravda i nepovredivost vlasništva** koje itekako nalaze svoju važnost i primjenu u izvlaštenju. Najviše ustavne vrednote kao takve predstavljaju kriterij i smjernice tijelima državne uprave kao i sudovima u rješavanju pojedinih predmeta, uključujući i postupke izvlaštenja. Nakon donošenja Ustava 1990. godine, cijeli niz sistemskih zakona jamči pravo vlasništva štiteći ga kao temeljni institut slobodnog tržišnog gospodarstva, koje doduše može biti izvlašteno, ali isključivo ako za to postoji interes Republike Hrvatske (kao javni interes) uz naknadu tržišne vrijednosti. Štoviše, u hrvatskom sustavu traži se da se korištenjem nekretnine, za koju se namjerava predložiti izvlaštenje, u novoj namjeni postigne veća korist od one koja se postizala korištenjem te nekretnine na dosadašnji način.

Iako Ustavni sud Republike Hrvatske nema neposrednu nadležnost u postupcima izvlaštenja i određivanju naknade, nadležnost Ustavnog suda da odlučuje o suglasnosti zakona s Ustavom, kao i institut ustavne tužbe kojim se štite ljudska prava i temeljne slobode zajamčene Ustavom, stavlja Ustavni sud u položaj da, odlučivanjem o suglasnosti s Ustavom pojedinih odredaba zakona koje se odnose na postupak izvlaštenja, te odlučivanjem o zaštiti ustavnih prava koja bi mogla biti povrijeđena tijekom postupka izvlaštenja, ipak bude uključen i u određivanje naknade za izvlaštenje. Također, Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu štiteći vlasništvo i druga temeljna prava i slobode zajamčene Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i pojedinim protokolima uz nju, svojim presudama pruža ovu zaštitu i u postupcima koji se odnose na naknadu za izvlaštene nekretnine.

Summary

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF THE EXPROPRIATION COMPENSATION

Expropriation is an institute of Administrative Law by which the state intervenes in property rights of certain subjects and takes away or restricts those rights for its own benefit or for the benefit of other entities. While the *complete expropriation* of property becomes the full property of the *user of expropriation* that will cease the ownership and other rights of the former owner of the property, the *incomplete expropriation* restricts the ownership by establishing a lease or easement. The subject of expropriation is regularly an estate, which was esteemed to achieve a greater benefit used for the new purpose than it was before. The basic criterion for such a restriction or deprivation is the interest of the public that will exist if there is a need to build large infrastructure facilities such as roads, railways and hydroelectric power plants with its lake reservoirs. In order to build such facilities, it is necessary to deprive the land on which they are going to be built. The Croatian Constitution is based on the ethical principles that are expressed in its fundamental values. The social justice and the inviolability of ownership are two principles that will certainly find their place in the expropriation proceedings. Besides, Article 48 of the Constitution guarantees the right of ownership, and Article 50 prescribes that when in the interests of the Republic of Croatia it is possible to restrict or expropriate the ownership, with compensation of its market value. Finally, although the Croatian Constitutional Court has no direct jurisdiction in expropriation proceedings and determining compensation, the Constitutional Court is here to rule on the constitutionality of laws, as well as the institute of the constitutional complaint that protects human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution, gives the Constitutional Court the role to decide on the constitutionality of some provisions of the law relating to expropriation proceedings, and deciding on the protection of constitutional rights that could be violated during the process of expropriation, however, to be included in the process of determination of compensation for expropriated property. Also, the European Court of Human Rights in Strasbourg by its judgments provides this protection within the proceedings relating to compensation for expropriated properties by protecting property and other fundamental rights and freedoms guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its various protocols.

Key words: *expropriation, compensation for the complete expropriation, Constitutional court of the Republic of Croatia, European court for human rights.*

Zusammenfassung

**VERFASSUNGSRECHTLICHE ASPEKTE DER
BESTIMMUNG DER GEBÜHR FÜR VOLLSTÄNDIGE
ENTEIGNUNG**

Enteignung oder Expropriation stellt eine Institution des Verwaltungsrechts dar, durch die der Staat, mithilfe bestimmter Eingriffe, die Eigentumsrechte bestimmter Subjekten im eigenen Namen oder im Namen anderer Subjekte wegnimmt oder einschränkt. Während die Immobilie durch die vollständige Enteignung zum Eigentum des Besitzers der Immobilie wird, werden die Eigentumsrechte und andere Rechte des ehemaligen Besitzers der Immobilie durch die unvollständige Enteignung eingeschränkt mithilfe der Errichtung des Mietvertrags oder der Dienstbarkeit. Dieser Artikel befasst sich mit den verfassungsrechtlichen Aspekten der Entschädigungen für die vollständige Enteignung und gibt einen Überblick der Entwicklung des Instituts der Enteignung als einem Rechtsinstitut sowohl in Kroatien als auch in einigen europäischen Ländern. Wir werden sowohl die spezifischen Probleme, die mit dem Verfahren der Bestimmung der Gebühren in vollständiger Enteignung verbunden sind, als auch die Praxis des kroatischen Verfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg darstellen.

Schlüsselwörter: *Enteignung, Entschädigung für vollständige Enteignung, das kroatische Verfassungsgericht, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte.*

Riassunto

**PROFILI COSTITUZIONALI DI DETERMINAZIONE
DELL'INDENNIZZO PER L'ESPROPRIAZIONE TOTALE**

L'espropriazione è un istituto del diritto amministrativo con quale lo stato con le prese nei diritti patrimoniali priva o limita quelli diritti ai certi soggetti, a favore di se stesso o di qualche altri soggetti. Mentre con l'espropriazione totale l'immobile viene in proprietà dell'utente d'espropriazione, con che finisce la proprietà e gli altri diritti dell'ex proprietario sul rispettivo immobile, con l'espropriazione parziale si limita solo la proprietà sull'immobile per fondazione dell'affitto o della servitù. Oggetto dell'espropriazione rappresenta sempre un immobile di che si stima che con l'uso in nuova destinazione si realizzerebbe il profitto più grande di quel che c'è stato in uso dell'immobile di prima. Il criterio principale della limitazione o della privazione è l'interesse pubblico che esiste se c'è un'esigenza di costruire i grandi oggetti d'infrastruttura come sono le strade, linee ferroviarie, centrali idroelettriche

con i laghi d'accumulazione. Per costruire gli stabilimenti del genere è indispensabile privare le rispettive aree. La Costituzione croata è fondata sui principi etici espressi nei valori fondamentali. Sono addirittura la giustizia sociale e inviolabilità come due principi che trovino la loro applicazione nell'espropriazione. Inoltre, l'articolo 48 della Costituzione prescrive che si garantisca la proprietà e l'articolo 50. prescrive che sia possibile nell'interesse della Repubblica di Croazia limitare o privare la proprietà con un indennizzo di valore del mercato. Finalmente, nonostante la Corte costituzionale della Repubblica di Croazia costituzionale non ha la competenza diretta nelle procedure d'espropriazioni e di determinazione dei indennizzi, la competenza della Corte costituzionale di decidere sulla conformità delle leggi con la Costituzione, siccome l'istituto del ricorso costituzionale che protegge i diritti umani e le libertà fondamentali garantite della Costituzione, mette la Corte costituzionale nella posizione che con le sue decisioni di costituzionalità delle parecchie norme in relazione con l'espropriazione, siccome con le sue decisioni sulla protezione dei diritti costituzionali violati durante le procedure d'espropriazione, tuttavia avrebbe incluso anche nella determinazione dell'indennizzo per i beni espropriati. La Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo proteggendo la proprietà e gli altri diritti e libertà garantiti con la Convenzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà e con i rispettivi protocolli, con i suoi verdetti offre la protezione anche nelle procedure che si riferiscono all'indennizzo per gli immobili espropriati.

Parole chiave: *espropriazione, indennizzo per l'espropriazione completa, Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, Corte europea dei diritti dell'uomo.*

KRIJUMČARENJE LJUDI I TRGOVANJE LJUDIMA U HRVATSKOM KAZNENOM ZAKONODAVSTVU I SUDSKOJ PRAKSI (analiza stanja *de lege lata* uz prijedloge *de lege ferenda*)^{1*}

Dr. sc. Vanda Božić, stručni suradnik
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 343.343.6(497.5)
Ur.: 5. studenog 2015.
Pr.: 7. prosinca 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Autorica u radu daje pregled i analizu kaznenog zakonodavstva Republike Hrvatske u vezi s kriminalnim djelatnostima krijumčarenja ljudi i trgovanja ljudima. Upućuje na sličnosti i razlike između kaznenih djela protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice odnosno protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma i trgovanja ljudima, uspoređujući i analizirajući pravne norme starog i novog Kaznenog zakona Republike Hrvatske, međunarodne dokumente te sudsku praksu. Ističe se nužnost što ranijeg prepoznavanja počinjenog kaznenog djela, naročito s aspekta žrtve. Skreće se pozornost na neujednačenost sudske prakse u pogledu pitanja koristoljublja kao bitnog elementa kaznenog djela, ali isto tako i na nepostojanje jasno definiranog pokušaja pri počinjenju kaznenog djela protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma.

U radu se istražuje i analizira postojeće stanje u vezi s nezakonitim prelascima državne granice Republike Hrvatske na temelju dostupnih statističkih podataka. Učinjena je i analiza stanja de lege lata u sudskoj praksi u odnosu na prijavljene, optužene i osuđene osobe za krijumčarenje ljudi te, isto tako, posebno za trgovanje ljudima. Zaključno se daju prijedlozi i mjere de lege ferenda koje je nužno provesti u cilju suzbijanja krijumčarenja ljudi i trgovanja ljudima te što uspješnije borbe s ovom vrstom organiziranog kriminala.

Ključne riječi: *krijumčarenje ljudi, krijumčarenje migranata, trgovanje ljudima, protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak, protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice, Konvencija o transnacionalnom organiziranom kriminalitetu, Protokol protiv krijumčarenja migranata, Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudi.*

^{1*} Rad je pisan u okviru potpore Hrvatske zaklade za znanost i odobrenog projekta pod br. 1949. "Multidisciplinary Research Cluster on Crime in Transition - Trafficking in Human Beings, Corruption and Economic Crime."

1. UVOD

Povod pisanju ovoga rada sve veća je pojava krijumčarenja ljudi i trgovanja ljudima u posljednje vrijeme. Osobito danas, pojavom masovne izbjegličke krize u Europi. Svega 30 % od ukupnog broja ljudi koji se upute nezakonito u odabranu državu to uspije i realizirati. Navodi se podatak da je približno 20 000 ilegalnih migranata, tijekom proteklih šest godina zbog nepoštovanja propisa Republike Hrvatske, vraćeno u zemlje polazišta ili u susjedne zemlje.² S druge strane, znanje zakonske, ali i opće, terminologije kod većine stanovništva vrlo je slabo. Zna se dogoditi i da početna pravna kvalifikacija počinjenoga kaznenog djela bude naknadno promijenjena što nam govori i sudska praksa. U prilog tome navodi se jedno preinačenje prvostupanjske presude: *Sud prvog stupnja je iznio valjane i argumentirane razloge iz kojih je našao, da je optuženik obje oštećenice stavio i držao u ropstvu sličnom odnosu i tako ostvario terećena kaznena djela iz čl. 175. st. 1. KZ u stjecaju, a ne kaznena djela protupravnog oduzimanja slobode iz čl. 124. KZ budući da ih je silom i prijetnjom držao u odnosu počinjenosti i prisiljavao da za njega prose...*³ U skladu s tim, nameće se potreba skrenuti pozornost na zakonsku inkriminaciju kaznenih djela *Protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice*, prema čl. 177. KZ/97, odnosno sada *Protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH, drugoj državi članici EU ili potpisnici Šengenskog sporazuma*, prema čl. 326. KZ/15, kao i kaznenih djela *Trgovanje ljudima i ropstvo*, prema čl. 175. KZ/97, odnosno sada *Trgovanje ljudima*, prema čl. 106. KZ/13, ukazati na njihove bitne elemente kaznenog djela, kvalifikatorne oblike i moguće otegotne okolnosti. Istražit će se u tom pogledu i stajalište sudske prakse. Nužno je utvrditi odnos navedenih kaznenih djela te skrenuti pažnju na njihove specifičnosti, sličnosti i razlike. Prvenstveno je to značajno u zaštiti prava žrtve. Nastavno, napravljena je i analiza dijelova inkriminacija s prijedlozima uz osvrt na međunarodni pravni okvir. Istraženo je stanje u pogledu nezakonitih prelazaka državne granice u posljednjih dvadesetak godina, s naglaskom na situaciju u protekle dvije godine. Učinjena je analiza prijavljenih, optuženih i osuđenih osoba za kazneno djelo prema članku 326. KZ/15 *Protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH, drugoj državi članici EU ili potpisnici Šengenskog sporazuma*, za kazneno djelo prema članku 177. KZ/97 *Protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice* te za kazneno djelo prema članku 106. KZ/13 *Trgovanje ljudima* i za kazneno djelo prema članku 175. KZ/97 *Trgovanje ljudima i ropstvo* u prijelazne dvije godine, 2012. i 2013. godine u odnosu na primjenu staroga i novog KZ-a.

U zaključku se navode prijedlozi i mjere koje bi bilo potrebno provesti radi suzbijanja krijumčarenja ljudi i trgovanja ljudima. Budući da trgovanje ljudima predstavlja najtežu povredu ljudskog dostojanstva i slobode kroz različite oblike iskorištavanja protivno međunarodnim pravilima, koje ne bira kad i gdje će napasti, a iz dana u dan u sve većem je porastu, valjalo bi razmisliti i o Zakonu koji bi u potpunosti regulirao kaznenopravnu materiju trgovanja ljudima.

2 Ministarstvo unutarnjih poslova RH (MUP), *Izvrješće: Migracije kao globalni i lokalni problem*; prema podacima odjela za suzbijanje ilegalnih migracija, dostupno na: http://artefact.mi2.hr/_a01/lang_hr/report_katanec_hr.htm (1.10.2015.).

3 Presuda Vrhovnog suda RH broj: I Kž 741/2004-5.

2. KAZNENOPRAVNI OKVIR KRIJUMČARENJA LJUDI

2.1. Međunarodni pravni okvir

Krijumčarenje ljudi (eng. “*Smuggling*”⁴) kriminalna je djelatnost, kazneno djelo i nezakoniti oblik migracije. S vrlo malo uloženog vremena i novca može se pokrenuti ovaj vid kriminala koji krijumčarima na kraju obavljenog posla, u kratkom vremenu, donosi ogromnu zaradu. Glavni je cilj kriminalnih organizacija stjecanje velike zarade, a da bi to ostvarile svakim danom usmjerene su širenju tržišta rada pokušavajući stvoriti monopol u svojoj djelatnosti i na svom terenu. Krajnji je cilj da uz legalni vid djelatnosti i ilegalne djelatnosti postanu legalne kad se ispune faze akumulacije, stabilizacije, ekspanzije i monopolizacije.⁵ Međutim, rijetko se u svijesti ljudi, krijumčarenje ljudi poima kao teško kazneno djelo, već naprotiv nekad se čini kao pružanje pomoći osobi koja je u nevolji. Nije rijedak slučaj, da krijumčari obećaju ljudima kako će im pomoći ili omogućiti prijelaz preko državne granice, a kad prime novac svoju uslugu uopće ne izvrše ili ne izvrše prema dogovoru.

Godine 2000., 13. prosinca Republika Hrvatska na UN-ovoj Konferenciji o suzbijanju transnacionalnog organiziranog kriminala u Palermu potpisala je Konvenciju UN-a protiv transnacionalnog organiziranog kriminala⁶ s dva pripadajuća protokola: Protokol o prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju trgovanja ljudima, posebno ženama i djecom i Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom.⁷ Konvencija je u Republici Hrvatskoj stupila na snagu 29. rujna 2003. godine.⁸ Protokolom protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom⁹

4 Engleski pravni termin koji označava ilegalni izvoz ili uvoz.

5 Više o tome: Bajraktarević, A. H. (2000), *Trgovina i krijumčarenje ljudima - povezanost s organiziranim kriminalom-međunarodne pravne mjere*, Kriminologija i socijalna integracija, 1-2/8.

6 *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2225, p. 209; Zakon o potvrđivanju Konvencije Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Protokola za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje *krijumčarenja ljudi*, posebice žena i djece te Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, kojima se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, NN, MU, br. 14/2002., 13/2003., 11/2004. Umjesto riječi: *krijumčarenja* u naslovu drugog Protokola trebala je stajati riječ *trgovanja*. Ispravak je napravljen u br. NN, MU, br. 11/2004. (Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje *trgovanja ljudima*, posebice žena i djece).

Međutim, Ministarstvo vanjskih poslova i europskih integracija Republike Hrvatske objavljuje u NN, MU, br. 13/2011. da je Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje *krijumčarenja ljudi*, posebice žena i djece, (umjesto *trgovanja ljudima*; jer naime, ispravak je napravljen u NN, MU, br.11/2004.) kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta stupio na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku 25. prosinca 2003. godine, NN, MU, br. 13/2011.

7 Više o tome: Božić, V.: *Trgovanje ljudskim organima kao oblik organiziranog kriminaliteta*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, doktorska disertacija, 2012., str. 147.-158.

8 Objava o stupanju na snagu Konvencije Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta; NN, MU, 13/2003.

9 *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, United Nations, *Treaty Series*,

propisana je obveza svake države stranke da u svom nacionalnom kaznenom zakonodavstvu utvrdi kao kaznena djela, onda kada su počinjena namjerno i u cilju stjecanja, izravno ili neizravno, financijske ili druge materijalne koristi; djela koja se odnose na krijumčarenje migranata, djela koja su počinjena u svrhu omogućavanja krijumčarenja migranata kao što su izrada lažne putne ili osobne isprave¹⁰ kao i nabavljanje, davanje ili posjedovanje takve isprave te omogućavanje osobi koja nije državljanin ili koja nema dozvolu trajnog boravka da ostane u toj državi, a bez udovoljavanja uvjetima nužnim za zakoniti ostanak u državi.¹¹ Prema članku 3. Protokola *krijumčarenje migranata* znači posredovanje, radi izravnog ili neizravnog stjecanja financijske ili druge materijalne koristi od nezakonitog ulaska osobe u državu stranku koje ta osoba nije državljanin ili u njoj nema trajno boravište.¹²

2.2. Kazneno djelo protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice prema čl. 177. KZ/97

Kazneno djelo protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice bilo je propisano člankom 177. KZ/97 koji se nalazio u trinaestoj glavi među kaznenim djelima protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom. Prema stavku 1. novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine kaznio bi se tko iz koristoljublja nedozvoljeno prevede preko državne granice jednu ili više osoba.¹³ Dva su bila kvalificirana oblika ovog kaznenog djela. Za prvi, koji se odnosi na okolnost kad bi pri počinjenju djela bio doveden u opasnost život ili sigurnost osoba koje se prevode preko granice ili je s njima bilo postupano na nečovječan ili ponižavajući način, bila je propisana kazna zatvora od jedne do osam godina.¹⁴ Za drugi je oblik, koji se odnosi na okolnost kad bi djelo bilo počinjeno u sastavu grupe ili zločinačke organizacije,

vol. 2241, p. 507; Doc. A/55/383.

- 10 Prema članku 3. Protokola, lažna putna ili osobna isprava predstavlja bilo koju putnu ili osobnu ispravu koja je lažna ili krivotvorena na neki materijalan način od strane bilo koga osim osobe ili tijela zakonito ovlaštenih za izradu ili izdavanje putnih ili osobnih isprava u ime države ili koja je neispravno izdana ili dobivena lažnim predstavljanjem, korupcijom ili pod prinudom ili na bilo koji drugi nezakoniti način ili koju koristi osoba koja nije njezin zakoniti vlasnik; Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom NN, MU, br. 14/2002., 13/2003., 11/2004.
- 11 Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta, sastavljen u New Yorku 15. studenog 2000. godine, stupio je na snagu u Republici Hrvatskoj 28. siječnja 2004. godine, NN, MU, br. 13/2011.
- 12 Prema članku 3. st. b. Protokola; *Nezakoniti ulazak* znači prelazak granica bez udovoljenja uvjetima nužnim za zakoniti ulazak u državu primateljicu.
- 13 Članak 177. stavak 1. KZ, NN, br.110/1997., 129/2000., 51/2001., 111/2003., 105/2004., 84/2005., 71/2006., 110/2007., 152/2008. Izmjenama i dopunama KZ iz 2001. godine povećan je posebni maksimum kazne zatvora pa je tako kazna zatvora do jedne godine, povećana na do tri godine zatvora. Zakon o izmjenama Kaznenog zakona, NN, br.51/2001.
- 14 Članak 177. stavak 2. KZ. Ibid. Izmjenama i dopunama KZ-a 2006. godine kazna od šest mjeseci do pet godina promijenjena je i povećana na kaznu zatvora od jedne do osam godina. Članak 44. Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, NN, br.71/2006.

bila propisana kazna zatvora od jedne do deset godina.¹⁵ Pokušaj prelaska preko državne granice u čijem ostvarenju kaznenog djela počinitelj nije uspio, bio je kažnjiv prema stavku 4.

2.3. Kazneno djelo protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici šengenskog sporazuma prema čl. 326. KZ/15

Danom pristupanja Europskoj uniji Hrvatska je bila dužna svoje nacionalno zakonodavstvo uskladiti s pravnom stečevinom EU-a, što je i učinila. Kazneno djelo protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma propisano je člankom 326. u tridesetoj glavi KZ-a među kaznenim djelima protiv javnog reda¹⁶ te je navedena inkriminacija usklađena s člankom 1. Direktive Europske unije 2002/90/EZ od 28. studenog 2002. godine.¹⁷ Direktivom se državi članici nalaže dužnost sankcioniranja i kažnjavanja svake osobe koja namjerno pomaže osobi koja nije državljanin države članice da uđe ili prijeđe preko državnog područja države članice te na taj način krši zakone te države o ulasku i tranzitu stranaca kao i dužnost sankcioniranja i kažnjavanja svake osobe koja, zbog financijske koristi, namjerno pomaže osobi koja nije državljanin neke države članice da boravi na državnom području te države članice te time krši zakone te države o boravku stranaca.¹⁸ Prema Direktivi obveza je i svake države članice da donese potrebne mjere kako bi na isti način sankcionirala poticatelja, supočinitelja i osobu koja samo pokuša počinuti navedeno kazneno djelo.¹⁹

Kazneno djelo propisano u stavku 1. kazneno je djelo (*delictum communium*) što znači da ga može počinuti bilo koja osoba u slučaju kad iz koristoljublja jednoj ili više osoba koje nisu državljani RH omogućiti ili pomogne²⁰ nedozvoljeno ući, izići, kretati se ili boraviti u RH, ili drugoj članici EU-a odnosno potpisnici Šengenskog sporazuma.²¹ Radnja kaznenog djela sastoji se u svim oblicima pomaganja iz koristoljublja određenoj osobi ili osobama da ilegalno uđu, kreću se i borave na

15 Članak 177. stavak 3. Ibid.

16 Kazneni zakon RH, NN, br.125/2011., 144/2012., 56/2015., 61/2015.

17 Direktiva Vijeća EU 2002/90/EZ, od 28. studenoga 2002. godine o definiranju olakšavanja neovlaštenog ulaska, tranzita i boravka, OJEC, L 328/17, dostupno na: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:32002L0090#ntr3-L_2002328HR.01001701-E0003\(01.10.2015.\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:32002L0090#ntr3-L_2002328HR.01001701-E0003(01.10.2015.))

18 Članak 1. Svaka država članica donosi odgovarajuće sankcije za svaku osobu koja namjerno pomaže osobi koja nije državljanin države članice da uđe ili prijeđe preko državnog područja države članice i pritom krši zakone te države o ulasku i tranzitu stranaca, za svaku osobu koja, zbog financijske koristi, namjerno pomaže osobi koja nije državljanin neke države članice da boravi na državnom području te države članice i pritom krši zakone te države o boravku stranaca. Ibid.

19 Članak 2. Ibid.

20 Pomaganjem se može smatrati i osiguranje prijevoznog sredstva, davanje utočišta i slično.

21 Izmjenama i dopunama KZ-a iz 2015. godine (NN, br.56/2015.), člankom 326. prošireno je područje nedozvoljenog ulaza, izlaza, kretanja i boravka u RH i na svaku drugu državu članicu EU-a ili potpisnicu Šengenskog sporazuma.

području RH, druge države članice EU-a ili potpisnice Šengenskog sporazuma.

Zakonom je propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, a od počinitelja se zahtijeva da je znao i morao znati da se radi o osobama koje nisu hrvatski državljani i da je njegov krajnji cilj usmjeren k ostvarenju koristi, dakle, počinjenje djela s namjerom (*dolus*). Neće se raditi o kaznenom djelu ako nema treće osobe (počinitelja) koja omogućuje ili pomaže jednoj osobi ili više njih da nezakonito uđu, borave i kreću se na teritoriju RH, države članice EU-a ili potpisnice Šengenskog sporazuma. Dakle, kad sama osoba nezakonito ulazi, kreće se ili boravi na taksativno navedenom području, ona u tom slučaju ne čini ovo kazneno djelo.²² Ako je počinjenjem kaznenog djela doveden u opasnost život ili tijelo osobe koja nedozvoljeno ulazi, kreće se ili boravi u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma, ili je s njom postupano na nečovječan ili ponižavajući način, ili ako je djelo počinila službena osoba u obavljanju službene dužnosti radit će se o kvalificiranom obliku za koji je zakonom, s obzirom na okolnosti počinjenja djela i svojstvo počinitelja, predviđena veća kazna, kazna zatvora od jedne do osam godina.²³ Počinitelj mora biti svjestan da može dovesti u opasnost život ili tijelo ilegalnog migranta pa na to i neizravno pristaje. Počinjenje djela službene osobe (*delictum proprium*), ne bi bilo loše, propisati posebnim stavkom s obzirom na to da ni po čemu ne pripada ovoj inkriminaciji. Pokušaj protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma kaznit će se prema odredbi članka 34. KZ-a.²⁴ Postavlja se međutim jedno zanimljivo pitanje, naime, djelo je dovršeno kad počinitelj prevede preko državne granice jednu ili više osoba, ali gdje je stavljena granica pokušaja? Koliko počinitelj kaznenog djela, da bi se radilo o pokušaju, mora biti udaljen od državne granice pa da bi ga se spriječilo u njegovom naumu izvršenja djela? Ako počinitelj sam ne pređe državnu granicu, ali neposredno prije same granične crte izravno uputi osobu koju prevodi gdje će i kako, neposredno nakon toga ili u određeno vrijeme, prijeći ilegalno granicu, neće se raditi o pokušaju, nego o dovršenom kaznenom djelu.²⁵ Dakle, okolnost što počinitelj nije prešao granicu ne utječe na počinjenje kaznenog djela. Pokušaj kaznenog djela postoji onoga trenutka kad prema općem životnom iskustvu i konkretnim okolnostima predstoji neposredan prijelaz državne granice; radnje poduzete prije toga jesu nekažnjive pripreme radnje.²⁶ Koliko je to neposredno prije same granične crte? Osobe koje ilegalno imaju namjeru prijeći granicu mogu vozilo ostaviti na deset metara do granice, stotinjak metara prije granice, ali i na udaljenosti od pola kilometra i više. Isto nije precizirano niti u sudskoj praksi. Naime, u jednoj sudskoj odluci navodi se da se radi o pokušaju kaznenog djela iz članka 177. stavka 1. KZ-a jer su počinitelji dovezli automobilima strane državljanke

22 Nedožvoljeni ulazak u RH i nedožvoljeni boravak u RH kažnjivi su kao prekršaji.

23 Članak 326. stavak 2. Kazneni zakon RH, NN, br. 125/2011., 144/2012., 56/2015., 61/2015.

24 Članak 34. Kaznenog zakona: "*Tko s namjerom da počini kazneno djelo poduzme radnju koja prostorno i vremenski neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela, kaznit će se za pokušaj ako se kazneno djelo može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna ili zakon izričito propisuje kažnjavanje i za pokušaj.*"

25 Vidi: Horvatić, Ž., *Novo hrvatsko kazneno pravo*, str. 394.-396.

26 Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., *Komentar kaznenog zakona*, III. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, 2007., str. 472.-473.

u relativnu blizinu državne granice pa se zaključuje kako njihove radnje čine logičnu i čvrstu cjelinu s očigledno predstojećim, ali spriječenim nedozvoljenim prevođenjem osoba preko državne granice.²⁷ Pojam relativne blizine državne granice nije definiran, stoga bi bilo dobro zakonom konkretizirati navedeni pojam.

Ako je djelo iz stavka 1. počinjeno u sastavu grupe ili zločinačke organizacije, propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina, dok je za kvalificirani oblik počinjenja djela prema stavku 2. u istom slučaju, predviđena kazna zatvora od tri do dvanaest godina.²⁸

Subjektivni element bića kaznenog djela, koristoljublje, radi kojeg počinitelj i čini ovo kazneno djelo sadržano je već u osnovnom obliku kaznenog djela protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice odnosno protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma. Počinitelja može platiti neposredno sama osoba koja protuzakonito uđe, kreće se i boravi na navedenom području, a isto to za nju može učiniti i druga osoba, što ne utječe na počinjenje djela. Za počinjenje djela nije značajno je li korist pribavljena u novcu ili u vidu nekoga drugog oblika imovinske koristi, niti je li fizički primljena, bitno je da je bila ugovorena pa makar i u neodređenom iznosu. U skladu s navedenim, počinitelj očekuje korist počinjenjem djela i djelo čini upravo kako bi pribavio tu korist, međutim sama realizacija očekivane financijske ili neke druge materijalne koristi ne mora biti niti ostvarena. Shodno tome, djelo je dovršeno unatoč činjenici što počinitelj počinjenjem djela nije ostvario očekivanu korist pa tako nije značajna niti činjenica je li korist dobivena unaprijed ili tek nakon počinjenog djela. U prilog navedenom, iz presude Vrhovnog suda: ... *jasno je opisano koristoljublje kao motiv osuđenikovog postupanja, a navedeno je i u čemu se očekivana korist sastojala, a okolnost da nije točno naznačen iznos novčane naknade koji je osuđenik trebao dobiti za svaku osobu prevedenu preko državne granice nije od utjecaja na opstojnost predmetnog kaznenog djela...*²⁹

Bitno je za istaknuti da se koristoljublje kao konstitutivni element ovoga kaznenog djela ne može uzimati kao otegotna okolnost pri počinjenju djela jer bi se onda dvostruko cijenile okolnosti u odmjeravanju kazne. Međutim, korisno je skrenuti pozornost na presudu Vrhovnog suda Republike Hrvatske u kojoj je koristoljublje cijanjeno kao otegotna okolnost: ... *Osim tih okolnosti prvostupajski sud nije dovoljno cijenio da je oba kaznena djela opt. A. Z. počinio iz koristoljublja i da se radi o kaznenim djelima koja predstavljaju posebnu društvenu opasnost. Te okolnosti po ocjeni ovog Vrhovnog suda opravdavaju da se opt. A. Z. utvrde teže kazne za svako počinjeno djelo i izreče teža jedinstvena kazna zatvora.*³⁰ Međutim, sudska praksa po tom pitanju očigledno nije ujednačena, što se vidi iz druge presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske u kojoj se navodi da se koristoljublje ne može cijeniti kao otegotna okolnost: ... *one okolnosti na koje ukazuje državni odvjetnik (težina ovih kaznenih djela te kršenja ljudskih prava do kojih dolazi njihovim počinjenjem) opće*

27 Presuda Županijskog suda u Varaždinu, broj: Kž-16/02.

28 Sukladno članku 329. KZ-a.

29 Presuda Vrhovnog suda, br. III Kr 84/07-3.

30 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. I Kž 240/05-7.

su i imanentne svim oblicima tih kaznenih djela, pa su svoj odraz našle u visini kazni koje je zakonodavac propisao za ta kaznena djela, u kojim okvirima su optuženiku i za svako od tih djela utvrđene pojedinačne kazne zatvora,³¹ unatoč protivljenju državnog odvjetnika kako sud ...nije uzeo u obzir otegotnu okolnost da je trgovina ljudima najteži oblik kršenja ljudskih prava,³² dakle, još jedna proturječnost državnog odvjetnika. Naime, zakonodavac je već pri propisivanju kaznenih sankcija uzeo u obzir da trgovanje ljudima predstavlja najteži oblik kršenja ljudskih prava.

U tablici br. 1. navedene su razlike između kaznenog djela *Protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice* iz članka 177. KZ/97 i kaznenog djela *Protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma* iz članka 326. KZ/15, a koje djelomice odgovara prethodnom.

Čl. 177. KZ/97 Protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice	Čl. 326. KZ/15 Protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma
Nalazi se među kaznenim djelima protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom.	Nalazi se među kaznenim djelima protiv javnog reda.
Prema st. 1. propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.	Prema st. 1. propisana je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina.
-	Radi se o kvalificiranom obliku počinjenja kaznenog djela ako djelo počini službena osoba u obavljanju službene dužnosti.
Odredba st. 1. navodi pomaganje u prevođenju preko državne granice.	Odredba st. 1. šira je jer uz pomaganje u prevođenju preko državne granice navodi i omogućavanje ulaska, izlaska, kretanja i boravka u RH, ali i drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma.
Kažnjavanje za pokušaj propisano je st. 3. istog članka.	Kažnjavanje za pokušaj propisano je općom odredbom kažnjivosti za pokušaj u čl. 34. KZ-a.
Za počinjeno djelo u sastavu grupe ili zločinačke organizacije propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina.	Za počinjeno djelo u sastavu grupe ili zločinačke organizacije propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina odnosno kaznom zatvora od tri do dvanaest godina, a sve prema odredbi članka 329. KZ-a. ¹

Tablica br. 1.: Razlike između kaznenog djela iz čl. 177. KZ/97 i kaznenog djela iz čl. 326. KZ/15

31 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. I Kž 439/04-6.

32 Ibid.

3. KAZNENO DJELO TRGOVANJA LJUDIMA

Trgovanje ljudima (engl. *Trafficking in human beings*) jedan je od najvećih problema i zločina današnjeg vremena. Prema podacima Ujedinjenih naroda, procjenjuje se da je danas u svijetu 27 milijuna robova, a da se godišnje trguje s dva do četiri milijuna ljudi.³³

Navodi se kako zarada od trgovanja ljudima iznosi dvanaest milijardi dolara godišnje i kao takva prelazi iznos zarade ostvarene prodajom droge i oružja.³⁴ Sličan podatak, koji proizlazi iz statističkih podataka međunarodnih organizacija, ukazuje na prihod od trgovanja ljudima na razini između 7 i 13 milijardi dolara na godinu, što je povećanje od 400 posto u odnosu prema stanju prije 10 godina.³⁵

Konvencija UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta s dva protokola, Briselska deklaracija o sprječavanju i borbi protiv trgovanja ljudima,³⁶ Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja,³⁷ Direktiva 2011/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća o prevenciji i borbi protiv trgovanja ljudima i zaštiti žrtava trgovanja ljudima,³⁸ međunarodni su izvori kojima je uređeno kazneno djelo trgovanja ljudima.³⁹

Prema Protokolu za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice žena i djece, kojim se dopunjuje Konvencija, *trgovanje ljudima* navodi se kao svako *vrbovanje, prijevoz, transfer, pružanje utočišta i prihvata osoba*, pomoću prijetnje ili uporabe sile ili drugih oblika prinude, otmice, prijevare, zlorabe ovlasti ili položaja bespomoćnosti ili davanje ili primanje plaćanja ili sredstava, da bi se postigla privola osobe koja ima kontrolu nad drugom osobom, radi izrabljivanja.⁴⁰

Novi kazneni zakon (objavljen u Narodnim novinama 7. studenog 2011. godine)⁴¹ koji je stupio na snagu 1. siječnja 2013. godine promijenio je i razdvojio dosadašnji članak 175. *Trgovanje ljudima i ropstvo*⁴² na dva kaznena djela; članak 106.

33 Više o tome na: <http://www.ungift.org/docs/ungift/pdf/knowledge/ebook.pdf> (01.10.2015.).

34 Turčin, K., *Kupi me, prodaj me*, Banka, br. 04/2003., str. 66.

35 Kovčo Vukadin, I., Jelenić, D., *Trgovanje ljudima: kriminološki i kaznenopravni aspekt*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 10, br. 2/2003., str. 666.

36 Vidi: <http://www.belgium.iom.int/STOPConference/Conference%20Papers/brudeclaration.pdf> (01.10.2015.).

37 Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima; NN, MU, br. 7/2007.

38 Direktiva zamjenjuje Okvirnu Odluku Vijeća Europske unije o suzbijanju trgovanja ljudima od 19. srpnja 2002.godine (2002/629/JHA); Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:32011L0036>.

39 Više o tome: Božić, V., *Trgovanje ljudskim organima kao oblik organiziranog kriminaliteta*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, doktorska disertacija, 2012., str. 70.-93.

40 Izrabljivanje će minimalno uključiti, iskorištavanje prostitucije drugih ili drugih oblika seksualnog iskorištavanja, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili odnose slične ropstvu, podčinjavanje ili odstranjivanje organa. Članak 3.a. Protokola o prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju trgovanja ljudima, posebno ženama i djecom, NN, MU, br. 11/2004.

41 Kazneni zakon, NN, br. 125/2011.

42 Pri izradi novoga Kaznenog zakona posebna se pozornost posvetila kaznenim zakonodavstvima

Trgovanje ljudima i članak 105. *Ropstvo*, koji se nalaze na početku posebnog dijela u glavi devetog naslova *Kaznena djela protiv čovječnosti i ljudskog dostojanstva*.

U zakonski tekst kaznenog djela *Ropstvo*⁴³ vraćena je inkriminacija *poticanje drugog da proda svoju slobodu ili slobodu osobe koju uzdržava ili se o njoj brine* koja je izmjenama Kaznenog zakona 2004. godine ukinuta, tako da je ovakvo ponašanje sada usklađeno s Dopunskom konvencijom o ukidanju ropstva, trgovine robljem i ustanova i prakse sličnih ropstvu. Zakonski okvir kazne ostao je isti. Posebno je odvojena inkriminacija u stavku 2. *tko prevozi ljude koji se nalaze u ropskom ili njemu sličnom odnosu* za koju je zakonom predviđen blaži kazneni okvir, kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. To predstavlja logično rješenje s obzirom na to da prijevoznika možemo više tretirati kao pomagača u počinjenju kaznenog djela, a ne konkretno počinitelja.⁴⁴ Povećan je i posebni maksimum kazne za kvalificirani oblik, ako je ono počinjeno prema djetetu ili maloljetnoj osobi, dok je posebni minimum smanjen, tako da je prijašnja kazna zatvora od najmanje pet godina promijenjena na kaznu zatvora od tri do petnaest godina.⁴⁵

Prema odredbi članka 106. stavka 1. KZ/11 za kazneno djelo trgovanja ljudima kaznit će se, kaznom zatvora od jedne do deset godina, tko:

- bilo kojim od navedenih sredstava (*means*) *uporabom sile ili prijetnje, obmanom, prijevarom, otmicom, zlouporabom ovlasti ili teškog položaja ili odnosa ovisnosti, davanjem ili primanjem novčane naknade ili druge koristi radi dobivanja pristanka osobe koja ima nadzor nad drugom osobom, ili na drugi način*

- *počini radnju (activities) vrbuje, preveze, prevede, skriva ili prima osobu ili razmjenjuje ili prenosi nadzor nad osobom*

- *radi svrhe (purpose) iskorištavanja njezinog rada putem prisilnog rada ili služenja, uspostavom ropstva ili njemu sličnog odnosa, ili radi njezinog iskorištavanja za prostituciju ili druge oblike spolnog iskorištavanja uključujući i pornografiju ili za sklapanje nedozvoljenog ili prisilnog braka, ili radi uzimanja dijelova njezinog tijela, ili radi njezinog korištenja u oružanim sukobima ili radi činjenja protupravne radnje.*⁴⁶

Kazneno djelo može se počiniti jedino izravnom namjerom jer je počinitelj svjestan svoga djela i želi njegovo počinjenje, on zna da se radi o žrtvi i želi iskoristiti njezin takav položaj. Pristanak osobe na iskorištavanje ili na trgovanje bez utjecaja je na postojanje kaznenog djela. Riječ je o blanketnom kaznenom djelom jer se njime čini povreda blanketne norme međunarodnog prava na koju se poziva kazneni zakon.

Njemačke, Švicarske i Austrije.

43 Čl. 105. Kaznenog zakona.

44 Počinitelj je onaj tko drugog stavi u ropски odnos ili ga drži u takvom odnosu, kupi, proda, preda ili posreduje u kupnji, prodaji ili predaji.

45 Čl. 105. st. 3. Kaznenog zakona, NN, br.125/2011., 144/2012., 56/2015., 61/2015.

46 Istom kaznom, kaznit će se tko vrbuje, preveze, prevede, skriva ili prima dijete, ili razmjenjuje, ili prenosi nadzor nad djetetom radi iskorištavanja njegovog rada putem prisilnog rada ili služenja, uspostavom ropstva ili njemu sličnog odnosa, ili radi njegovog iskorištavanja za prostituciju, ili druge oblike spolnog iskorištavanja uključujući i pornografiju, ili za sklapanje nedozvoljenog ili prisilnog braka, ili za nezakonito posvojenje, ili radi uzimanja dijelova njegovog tijela, ili radi njegovog korištenja u oružanim sukobima; čl. 106. st. 2. Ibid.

Kaznenim djelom proširena je inkriminacija na općenito činjenje protupravne radnje, na sklapanje nedozvoljenog ili prisilnog braka te na korištenje osobe u oružanim sukobima, što nije bilo *explicite* navedeno u prijašnjem kaznenom zakonu, mada se uglavnom smatralo kao način trgovanja ljudima. Ovom izmjenom ispravljena je i uklonjena takva nejasnoća. Stavkom 3. istoga članka ublažena je odredba koja propisuje otegotnu okolnost *kad je kaznenim djelom prouzročena smrt* jedne ili više osoba, tako da navodi *kad je kaznenim djelom svjesno doveden u opasnost* život jedne ili više osoba, čime je pomaknuta granica već na samu opasnost od moguće smrti.⁴⁷ Povećana je i kazna za počinitelja koji, znajući da je osoba žrtva trgovanja ljudima, koristi njezine usluge koje su rezultat jednog od oblika iskorištavanja s kazne zatvora od tri mjeseca do tri godine na kaznu zatvora od jedne do deset godina zatvora,⁴⁸ što je opravdano iz razloga postojanja *svijesti* i unatoč tome *htijenja* na počinjenje kaznenog djela.

Novina uvedena KZ/11 je i kaznena odgovornost za osobu koja zadrži, oduzme, sakrije, oštetiti ili uništi putnu ispravu ili ispravu o dokazivanju identiteta druge osobe s namjerom omogućavanja počinjenja kaznenog djela trgovanja ljudima.⁴⁹ I pokušaj takvog činjenja je kažnjiv.⁵⁰ S obzirom na to da osoba koja napravi takav učin, ne mora biti nužno i počinitelj kaznenog djela trgovanja ljudima, ova inkriminacija trebala je odavno biti uvedena u naše kazneno zakonodavstvo jer je oduzimanje putnih isprava jedna od uobičajenih radnji trgovaca ljudima i njihovih pomagača, a kako bi se žrtvu onemogućilo za eventualni mogući bijeg. U izvješću GRETA-e navodi se nužnost kriminalizacije krivotvorenja putnih ili osobnih dokumenata, oduzimanja, skrivanja te njihovog uništavanja kao i davanje na uporabu i nabava istih, onda kad su počinjena namjerno i radi trgovanja ljudima.⁵¹ Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima, također, člankom 20. propisuje obvezu svake države stranke da usvoji zakonodavne i druge mjere potrebne s ciljem utvrđenja kao kaznenih djela: krivotvorenje putne ili isprave o dokazivanju identiteta; pribavljanje ili priskrbljivanje takve isprave; zadržavanje, oduzimanje, skrivanje, oštećivanje ili uništavanje putne ili isprave o dokazivanju identiteta druge osobe, a koja su izvršena namjerno i radi omogućavanja trgovanja ljudima.⁵²

Usporedimo li definiciju Kaznenog zakona u odnosu na kriminalizirane radnje vezane uz osobne i putne dokumente žrtve trgovanja ljudima i GRETA izvješća u

47 "Ako je kazneno djelo iz stavka 1. ovoga članka počinjeno prema djetetu, ili je kazneno djelo iz stavka 1. ili 2. ovoga članka počinila službena osoba u obavljanju svoje službe, ili je počinjeno u odnosu na veći broj osoba, ili je svjesno doveden u opasnost život jedne ili više osoba, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od tri do petnaest godina." Čl. 106. st. 3. Ibid.

48 Čl. 106. st. 4. Ibid.

49 Čl. 106. st. 5. Ibid.

50 Čl. 106. st. 6. Ibid.

51 Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Croatia, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Reports/GRETA_2011_20_FGR_HRV_en.pdf (01.10.2015.)

52 Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima usvojena je u Varšavi 16. svibnja 2005. godine, Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima, NN, MU, br. 07/2007., Objava o stupanju na snagu Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima, NN, MU, br. 10/2007.

kojem je navedeno što bi sve trebalo biti kriminalizirano; za uočiti je nedostatak u hrvatskom kaznenom zakonu koji nije naveo *krivotvorenje* putnih ili osobnih dokumenata, već samo navodi tko *zadrži, oduzme, sakrije, ošteti ili uništi*. U skladu s navedenim, a budući da je riječ o krivotvorenju putnih ili osobnih dokumenata u svrhu počinjenja teškog kaznenog djela trgovanja ljudima, valjalo bi takav čin zasebno inkriminirati.⁵³ GRETA, također, navodi kako u Hrvatskoj ne postoji jedinstven Zakon protiv trgovanja ljudima, već da je takva odredba sadržana u članku 106. KZ-a pod nazivom *Trgovanje ljudima*. S obzirom na to da trgovanje ljudima uključuje različite oblike iskorištavanja ljudi protivno međunarodnim pravilima te time i povredu ljudske slobode i dostojanstva, vrijedi u skladu s navedenim, razmisliti i o Zakonu koji bi u potpunosti regulirao kaznenopravnu materiju trgovanja ljudima.

Zakonodavac je inkriminirao i kupnju, prodaju, predaju, prevođenje, poticanje, kao i posredovanje u kupnji, prodaji i predaji, koje nisu navedene ni u Konvenciji Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima⁵⁴ niti u Palermo Protokolu. Može li se pružanje utočišta, kako navodi Protokol, izjednačiti sa skrivanjem prema našem KZ-u? Jer, naime, pružanje utočišta nije obilježje bića kaznenog djela trgovanja ljudima budući da ga Kazneni zakon ne navodi. Isto tako je i s pojmom transfera i premještanja koji se ne navode u našem zakonu. Stoga bi valjalo navedene nejasnoće ukloniti.

Članak 106. Kaznenog zakona štiti žrtve trgovanja ljudima te žrtva kaznenog djela trgovanja ljudima nije kažnjiva. Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima, također, propisuje državama strankama obvezu nekažnjavanja žrtve te navodi *svaka će strana, u skladu s temeljnim načelima svog pravnog sustava, osigurati mogućnost da se kazne ne izriču žrtvama za njihovo sudjelovanje u nezakonitim aktivnostima, u onoj mjeri u kojoj su one bile prisiljene to činiti*.⁵⁵ Zanimljivo je za spomenuti kako Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog kriminaliteta niti Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice žena i djece, ne navodi takvu odredbu. Odredba o nekažnjavanju žrtve propisana je jedino u Protokolu protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom u kojem se navodi *migranti neće biti podložni kaznenom progonu prema ovom Protokolu zbog činjenice da su objekt ponašanja navedenog u članku 6*.⁵⁶

Za dovršenje kaznenog djela trgovanja ljudima ne traži se da je došlo do iskorištavanja, već je potrebno da je počinitelj bilo kojim od opisanih sredstava (*sila, prijetnja, prijevara, otmica*) ostvario bilo koju od radnji (*kupi, preda, prevozi, prevede, potiče ili posreduje u kupnji*),⁵⁷ što potvrđuje i sudska praksa: *Kazneno djelo iz čl. 175. st. 2. KZ-a dovršeno je učinom jednog ili više oblika radnji propisanih u zakonskom*

53 Ako bi se radilo o krivotvorenju putne isprave u svrhu počinjenja kaznenog djela trgovanja ljudima, prema važećem KZ-u, radit će se o stjecaju kaznenog djela trgovanja ljudima i kaznenog djela krivotvorenja isprave prema čl. 278. KZ-a.

54 Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima, NN, MU, br.7/2007.

55 Čl. 26. Ibid.

56 Članak 5. Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom.

57 Kazneno djelo formalno je dovršeno kad je počinitelj bilo kojim od opisanih sredstava (*means*) ostvario bilo koju od aktivnosti (*activities*); vidi: Derenčinović, D., *Nisu na prodaju – o pravima žrtava trgovanja ljudima nakon presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Rantsev protiv Cipra i Rusije*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, br. 1/2010., str. 56.

opisu djela, u konkretnom slučaju kupovinom (opt. M.M.), odnosno predajom drugoj osobi maloljetne osobe radi iskorištavanja (opt. E.S.). Prema tome, kada je opt. E.S. doveo i predao maloljetnu oštećenicu opt. M.M. da bi se ista bavila prostitucijom, primivši u to ime 2.500 DEM, ostvarila su se sva bitna obilježja dovršenog kaznenog djela uspostave ropstva i prijevoza robova iz čl. 175. st. 2. KZ-a.⁵⁸ Ukoliko je došlo do iskorištavanja, radit će se o otegotnoj okolnosti o kojoj sud mora voditi računa pri odmjeravanju kazne. Trenutkom kad je započelo iskorištavanje objekta radnje smatra se da je i kazneno djelo materijalno dovršeno. U prilog tome govori nam i sljedeća presuda: *Budući da je za pojam dovršenog kaznenog djela iz čl. 175. st. 1. KZ-a dovoljno, da je počinitelj drugo lice stavio u ropstvu sličan odnos i da je djelo izvršeno momentom stavljanja time, da se ono vrši sve dok takovo stanje traje, to samo vrijeme trajanja tog protupravnog stanja nije od značaja za postojanje djela, ali može utjecati na odmjeravanje kazne.*⁵⁹

4. ODNOS KRIJUMČARENJA LJUDI I TRGOVANJA LJUDIMA

Nekad je i u praksi, vrlo teško razlikovati ta dva kaznena djela, s obzirom na okolnosti i način počinjenja kaznenog djela. Dosta je slučajeva gdje su žrtve trgovanja ljudima bile prvo krijumčarene osobe da bi protekom nekoga kratkog vremena njihov odnos prerastao u drugi vid kriminalne radnje, trgovanje ljudima. Stoga je vrlo važno već pri samoj istrazi o počinjenom kaznenom djelu uočiti radi li se o krijumčarenju ljudi ili trgovanju ljudima. Prvenstveno, ovdje treba misliti na žrtvu kaznenog djela trgovanja ljudima, koja kao takva, uživa sasvim drugi pristup.

U tablici br. 2. navedene su osnovne razlike između kaznenog djela trgovanja ljudima i krijumčarenja ljudi.⁶⁰

TRGOVANJE LJUDIMA	KRIJUMČARENJE LJUDI
Žrtva može i ne mora prijeći granicu. Žrtvom se može trgovati unutar jedne države.	Krijumčarene osobe ilegalno prelaze granicu.
Cilj trgovaca ljudima je eksploatacija žrtve.	Cilj krijumčarenja je zarada od ilegalnog prebacivanja osoba preko granice.
Žrtva može i ne mora dati pristanak za prelazak preko granice.	Krijumčarena osoba daje pristanak za prelazak preko granice.
Žrtva ostaje u odnosu s trgovcima ljudima.	Nakon prelaska prestaje svaki odnos krijumčara i krijumčarenih.

Tablica br. 2.: Osnovne razlike između kaznenog djela trgovanja ljudima i kaznenog djela krijumčarenja ljudi⁶¹

58 Presuda Vrhovnog suda RH, br. Kžm 35/08-5.

59 Presuda Vrhovnog suda RH, br. I Kž 741/04-5.

60 Više o tome vidi: U.S. State Department, dostupno na: portal U.S. State Department, <http://www.state.gov/m/ds/hstcenter> (1.10.2015.) i *International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), Difference between Smuggling and Trafficking*, u: *United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Smuggling of Migrants: A Global Review and Annotated Bibliography of Recent Publications* (UNODC: New York, 2011.), dostupno na: portal UNODC, https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Smuggling_of_Migrants_A_Global_Review.pdf (17.09.2015).

61 Više o tome: Trgovina ljudima – priručnik za vršnjačku edukaciju s analizom dobrih praksi

Trgovanje ljudima i krijumčarenje ljudi, ako se radi o trgovanju ljudima s međunarodnim elementom koji uključuje prelazak državne granice, mogu biti u odnosu stjecaja dva kaznena djela, kaznenog djela trgovanja ljudima prema članku 106. KZ-a i kaznenog djela protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH, drugoj državi članici EU-a ili potpisnici Šengenskog sporazuma prema članku 326. KZ-a.

U tablici br. 3. navedene su razlike između trgovanja ljudima i krijumčarenja ljudi prema *Human smuggling and trafficking Centru*.

TRGOVANJE LJUDIMA	KRIJUMČARENJE
Uži je pojam u odnosu na krijumčarenje ljudi.	Širi je pojam u odnosu na trgovanje ljudima.
Mora sadržavati elemente prijevare, nasilja i prisile.	Krijumčarena osoba surađuje.
Žrtve su one osobe kojima se trguje.	Ne postoji prisila.
Obuhvaća prisilni rad i iskorištavanje žrtve.	Krijumčarene osobe nisu žrtve, one ilegalno prelaze državnu granicu.
Osobe se stavljaju u ropstvo, ograničava im se sloboda kretanja, oduzimaju im se dokumenti.	Osobe nisu u ropskom položaju, one mogu slobodno kad god požele otići.
Ne mora nužno uključivati stvarno kretanje žrtve iz države u državu.	Krijumčarena osoba čini ilegalni ulazak iz jedne države u drugu državu.
Ne postoji zahtjev za ilegalni prijelaz državne granice.	Krijumčarenje uvijek obuhvaća međunarodni element.
Osoba se mora nalaziti na prisilnom radu.	Krijumčarena osoba uvijek se nalazi u stranoj državi ili u nju pokušava ući.

Tablica br. 3.: *Razlika između trgovanja ljudima i krijumčarenja ljudi prema Human smuggling and trafficking Centru*⁶²

5. NEZAKONITI PRELASCI DRŽAVNE GRANICE – OŠTEĆENE OSOBE, POČINITELJI KAZNENOG DJELA I OSOBE ZATEČENE U ILEGALNOM PRIJELAZU

Posljednjih desetak godina, u Republici Hrvatskoj zabilježen je veliki porast ilegalnih migracija, migracija koje imaju sva obilježja i karakteristike organiziranoga kriminaliteta. Sve učestalije državljani trećih zemalja, preko teritorija RH, pokušavaju ući u neke od država zapadne Europe. Kako bi ostvarili svoj cilj, obraćaju se kriminalnim organizacijama koje se bave krijumčarenjem ljudi da im pomognu. U ilegalnom prijelazu državnih granica prosječno sudjeluje do dvadesetak sudionika s

preventivno-edukativnih radionica, *ASTRA–Akcija protiv trgovine ljudima*, 2008., str. 10.; više o tome isto: Gluić, S. i Pentavec, L., *Suzbijanje krijumčarenja i trgovanja ljudima*, Priručnik za graničnu policiju, 2007., Zagreb, Međunarodna organizacija za migracije, str. 8.-9.

62 The Human Smuggling and Trafficking Center FACT SHEET: Distinctions between Human Smuggling and Human Trafficking APRIL 2006, 01.10.2015, <http://www.state.gov/documents/organization/90541.pdf>.

različitim zadacima prema organiziranoj podjeli rada.⁶³ Krijumčarene osobe u pravilu se ne zadržavaju na području Republike Hrvatske, dok su Zagreb i Rijeka dva glavna tranzitna mjesta gdje se nezakoniti migranti zadržavaju neko kraće vrijeme. Razlog tomu je da stupe u kontakt s ljudima koji će im pomoći nezakonito prijeći državnu granicu. Najviše takvih pomagača bilo je iz Hrvatske, Srbije, Slovenije, Kosova, Bosne i Hercegovine, Albanije i Turske.⁶⁴

U posljednje vrijeme, pojačane su nezakonite migracije sa sjevera Afrike i Bliskog istoka, pogotovo Afganistana i Sirije, zbog sukoba na njihovom državnom teritoriju. Najzastupljeniji su u nezakonitim prelascima državne granice državljani Afganistana, Sirije, Eritreje, Somalije i Pakistana. Migranti iz Azije i Afrike najčešće koriste, tzv. zapadnobalkansku rutu, prelaze preko Turske i Grčke u Makedoniju ili Bugarsku, a zatim u Srbiju gdje ih većina dalje odlazi u Mađarsku, dok drugi dio migranata ulazi na područje Republike Hrvatske. Do kolovoza 2015. godine u Mađarskoj je zabilježeno 142 649 nezakonitih ulazaka tom rutom.⁶⁵ U zadnje dvije godine bilježi se i rast državljana Albanije, Makedonije i Srbije u ilegalnim prelascima državne granice.⁶⁶ Sve već uhodane rute kojima se služe nezakoniti migranti važno je imati pod stalnim nadzorom i pratnjom, ali isto tako, pod posebnom pažnjom trebaju biti i rute trgovanja drogom i oružjem. Djeca ilegalni migranti, koja se nalaze u stranoj državi bez ikakvih dokumenta i bez osoba koje o njima vode ili bi vodile brigu, trebaju biti pod većom paskom, jer takva su djeca najlakši *plijen* trgovaca ljudima.

U tablici br. 4. pokazan je osjetni porast broja uhvaćenih krijumčarenih ljudi od 1996. do 2001. godine.⁶⁷ Tako je u 1998. godini broj prijavljenih za kazneno djelo protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice iz članka 177. KZ-a, iznosio 221, dok je u 2000. godini porastao za više od 120 % i iznosio je 487 prijava.⁶⁸

Godina	Broj pokušaja ilegalnih ulazaka u RH
1996.	3,200
1997.	8,303
1998.	10,556

63 Nađ, I., *Krijumčarenje osoba*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 5., br. 2/1998., str. 577.-604.

64 *Od nedavno postoje naznake da nekolicina državljana afroazijskih zemalja, tražitelja azila u Hrvatskoj, počinju organizirati nezakonite prelaske iz Hrvatske u zemlje EU.; iz Izvješća ministra unutarnjih poslova o obavljanju policijskih poslova u 2014. godini*, dostupno na: portal Hrvatski sabor, www.sabor.hr (1.10.2015.).

65 Vidi: Europska komisija: Zajednička komunikacija Europskom parlamentu i Vijeću: Rješavanje izbjegličke krize u Europi: Uloga vanjskog djelovanja EU-a; dostupno na: www.ipex.eu/IPEXL-WEB/.../082dbcc54fba422014fc29c1b960061. (1.10.2015.).

66 Više o tome: MUP, *Izvješće ministra unutarnjih poslova o obavljanju policijskih poslova u 2014. godini*, dostupno na: portal Hrvatski sabor, www.sabor.hr (1.10.2015.).

67 Prema statističkim podatcima MUP: *Migracije kao globalni i lokalni problem*, dostupno na: portal MUP, http://artefact.mi2.hr/_a01/lang_hr/report_katanec_hr.htm, (1.10.2015.).

68 Vidi: Zadnik, S., *Kaznena djela protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice iz čl. 177. KZ-a*, Hrvatska pravna revija, 2002., str. 81.-85.

1999.	12,340
2000.	24,180
2001.	17,038

Tablica br. 4.: Broj ilegalnih pokušaja prijelaza državne granice od 1996. do 2001.

Za nezakoniti prijelaz državne granice krijumčarena osoba, platit će krijumčarima koliko treba, cijene se kreću od pet stotina pa sve do pet tisuća eura, ovisno o vrsti prijevoza, broju prijeđenih granica i riziku.⁶⁹ Tijekom 2013. godine granična je policija za 11.555 stranih državljana ustvrdila da ne ispunjavaju uvjete za ulazak i boravak u Republici Hrvatskoj i na temelju toga odbila im ulazak.⁷⁰ Kao što se navodi u izvještajima Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske (MUP), najčešći ilegalni prijelazi državne granice poduzimaju se preko legalnih graničnih prijelaza uz korištenje tuđih ili krivotvorenih isprava.⁷¹ Krijumčarenim ljudima se nakon *uspješno završenog posla* oduzimaju lažni i krivotvoreni putni dokumenti koji se ponovno s namjerom vraćaju u opticaj.⁷² Granična policija je u 2014. godini kod 330 osoba otkrila 331 krivotvorenu ispravu i 53 tuđe isprave, što je povećanje otkrivenosti za 16 % u odnosu na prethodnu godinu.⁷³ Nužnim se nameće, pronaći adekvatan *modus operandi* zbog što veće zaštite putnih isprava i osobnih dokumenata od krivotvorenja i njihovih upotreba pri nezakonitom prelasku državne granice. U skladu s navedenim, prije svega, prijeka je potreba *de lege ferenda* osigurati jači nadzor i kontrolu na državnim granicama. Stručni i vrhunsko obučeni kadar koji radi na državnoj granici mora se osigurati te je, u skladu s tim, potrebno uložiti sve napore kao bi se takav kadar školovao i obučio. Ne smije se dogoditi, primjerice, da policijski ili carinski djelatnik propusti osobe preko granice, a da uopće niti ne pogleda njihove dokumente, što zna biti čest slučaj. Takvo nešto ne smije se događati pri kontroli državnih granica.

U svrhu krijumčarenja ljudi, vozila su preuređena na način da se koriste dvostruka dna kamiona, posebno su napravljene pregrade tovarnih sanduka ili cerade

69 Nezakonitim ulaskom u Republiku Hrvatsku smatra se ako stranac: 1. prijeđe državnu granicu izvan mjesta ili vremena određenog za prelazak državne granice, 2. izbjegne graničnu kontrolu, 3. uđe dok je na snazi zabrana ulaska i boravka u Republici Hrvatskoj, 4. uđe prije proteka roka iz članka 46. stavka 4. ovoga Zakona, 5. uđe na temelju tuđe ili krivotvorene putne ili druge isprave koja služi za prelazak državne granice, odnosno vize ili odobrenja boravka; čl. 39. Zakona o strancima, NN, br.130/2011., 74/2013.

70 Više o tome: MUP, *Izvjeshće ministra unutarnjih poslova o obavljanju policijskih poslova u 2013. godini*, dostupno na: portal Hrvatski sabor, www.sabor.hr (1.10.2015.).

71 144 krivotvorene putovnice otkrivene su u 2013. godini, što je povećanje za 42,6 % u odnosu na 2012. godinu kada ih je otkriveno 101. Otkrivene su i krivotvorene boravišne dozvole, njih 19, tijekom 2013. godine. Potrebno je skrenuti pozornost na ovu vrstu dokumenata jer je to dokument koji olakšava ulazak, kretanje i boravak u EU, čime je postala poželjna i za nezakonite migrante i krivotvoritelje. Ibid.

72 Potpuno krivotvorenje dokumenata najčešći je način krivotvorenja, podatci se potpuno preinačuju, druga fotografija se umeće. Takvo krivotvorenje dokumenta najviše se čini u putnim ispravama, osobnim iskaznicama i vizama. Ibid.

73 Više o tome: MUP, *Izvjeshće ministra unutarnjih poslova o obavljanju policijskih poslova u 2014. godini*, dostupno na: portal Hrvatski sabor, www.sabor.hr (1.10.2015.).

kamiona. Koriste se prostori između krovova i donjih oplata željezničkih vagona, a bunkereri namijenjeni prtljazi tada su u drugoj u funkciji. Jedno od češće korištenih prijevoznih sredstava je vlak u kojem krijumčarene osobe imaju mogućnost skriti se u toalete ili vagone teretnih vlakova, ali koriste se i *rent-a-car*⁷⁴ i *taksi* vozila. Shodno navedenom, nužna je modernizacija sve opreme koja se koristi na državnoj granici. Sustav za praćenje i cjelovita tehnička opremljenost moraju biti dostupni i raspoloživi.

Ilegalno se pokušava, s druge strane, prijeći granicu izvan graničnih prijelaza pješice preko nepreglednih zelenih površina, rijeka na mjestima gdje je nizak vodostaj ili prijevozom čamcima.⁷⁵

Iz tablice br. 5. proizlazi kako se, od 2007. do 2010. godine, brojčano stanje prijavljenih krijumčara, ali i osoba zatečenih u ilegalnom prijelazu državne granice, osjetno smanjilo.⁷⁶ Međutim, možemo li reći da je to pravo stanje, kolika je u biti “*tamna brojka*” toga kaznenog djela, a koju možemo samo nagađati.

Ako uzmemo razdoblje od još godinu dana prije i dvije godine kasnije, dakle od 2006. do 2012. godine, broj nezakonitih prelazaka državne granice kretao se od 5.500 u 2006. do 1.500 nezakonitih prelazaka u 2009. godini, kada iznova počinje rasti brojčano stanje. U 2010. godini bilo je 1.948 nezakonitih prelazaka državne granice, a u 2011. godini evidentiran je 3.641 ilegalan prijelaz državne granice, što čini porast od 77,67 % u odnosu na prethodnu godinu. Slična je situacija i u 2012. godini, stoga se nameće nužna potreba donošenja određenih mjera u upravljanju državnom granicom.⁷⁷

Godina	Članak 177. KZ-a, kazneno djelo protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice	Prijavljeni krijumčari	Osobe zatečene u ilegalnom prelasku
2010.	89	81	1948
2009.	136	126	1546
2008.	214	189	2013
2007.	464	339	4000

Tablica br. 5.: Brojčano stanje zatečenih i prijavljenih osoba u ilegalnom prijelazu državne granice te utvrđenih kaznenih djela protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice⁷⁸

74 “... koristeći više vozila u vlasništvu I-okr. E.T. i dobivena osobna vozila od okrivljenih M. i M. Z. kao i iznajmljena vozila Rent-a-car agencija sa područja P. i V., preko državne granice u RH Sloveniju prevozili IV-okr. D.B., VII-okr. S.T. i VIII-okr. A.L. uz pratnju i pomoć I-okr. E.T. ...”
Iz presude Vrhovnog suda, broj: II-4 Kr-595/01-3.

75 Nađ, I., *op. cit.*

76 Prema tablici br. 2., 2000. godine evidentirano je 24.180 pokušaja ilegalnih ulazaka u RH, dok je deset godina kasnije, prema tablici br. 3., evidentirano svega 1.948 osoba koje su pokušale nezakonito ući u RH.

77 Vidi: MUP, *Migracijska politika RH za razdoblje od 2013. do 2015. godine*, dostupno na: portal MUP, <http://www.mup.hr/UserDocsImages/ministarstvo/2013/MIGRACIJSKA%20POLITIKA%202013-2015.pdf> (1.10.2015.).

78 Državni zavod za statistiku (DZS), dostupno na: portal DZS, <http://www.dzs.hr> (1.10.2015.).

U 2006. godini evidentirana su 1983 prekršaja nezakonitog boravka u RH.⁷⁹ Od toga broja 87 % svih prekršaja nezakonitog boravka (1727) odnosio se na državljane Bosne i Hercegovine (502), bivše Srbije i Crne Gore (496), Albanije (444), Moldavije (102) i Makedonije (95).⁸⁰

Tablica br. 6. prikazuje brojčano stanje oštećenih osoba protuzakonitim ulaskom, kretanjem i boravkom na području RH u posljednje dvije godine. Primjetan je osjetni pad od 75 % ukupno oštećenih osoba u 2014. godini u odnosu na 2013. godinu.

Članak 326. KZ-a, protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH 2014. godine													
Oštećeni	Pravne osobe	Fizičke osobe	M	Ž	Djeca do 14	14-22	22-26	26-30	30-40	40-50	50-60	+60	Stranci
14	12	2	2	-	-	-	-	1	-	1	-	-	1
Članak 326. KZ-a, protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH 2013. godine													
Oštećeni	Pravne osobe	Fizičke osobe	M	Ž	Djeca do 14	14-22	22-26	26-30	30-40	40-50	50-60	+60	Stranci
56	54	2	2	-	-	-	1	1	-	-	-	-	-

Tablica br. 6.: *Oštećene osobe kaznenim djelom protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH u 2013. i 2014. godini*⁸¹

Članak 326. KZ-a, protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH 2014. godine													
Počinitelji	Pravne osobe	Fizičke osobe	M	Ž	Djeca do 14	14-22	22-26	26-30	30-40	40-50	50-60	+60	Stranci
80	-	80	77	3	-	-	11	8	22	27	5	7	26
Članak 326. KZ-a, protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH 2013. godine													
Počinitelji	Pravne osobe	Fizičke osobe	M	Ž	Djeca do 14	14-22	22-26	26-30	30-40	40-50	50-60	+60	Stranci
116	-	116	110	6	-	6	15	12	34	34	11	4	40

Tablica br. 7.: *Počinitelji kaznenog djela protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH u 2013. i 2014. godini*⁸²

79 Prema čl. 101. Zakona o strancima, stranac nezakonito boravi ako: 1. nije na kratkotrajnom boravku, 2. nema valjano odobrenje za privremeni ili stalni boravak, 3. mu nije odobren azil, supsidijarna ili privremena zaštita, odnosno nije tražitelj azila, 4. nije stranac iz članka 53. i članka 94. stavka 2. ovoga Zakona; Zakon o strancima, NN, br. 130/2011., 74/2013.

80 Vidi više: Hrvatski sabor, *Strategija migracijske politike za 2007./2008. godinu*, dostupno na: portal Hrvatski sabor, www.sabor.hr (1.10.2015.).

81 MUP, Statistički pregled u 2014. godini, dostupno na: portal MUP, http://www.mup.hr/UserDocsImages/statistika/2015/Statisticki_pregled_2014.pdf (1.10.2015.).

82 Ibid.

U tablici br. 7. brojčano su prikazani počinitelji kaznenog djela protuzakonitog ulaska, kretanja i boravka u RH u 2013. i 2014. godini. Kao i u prethodnoj tablici, i ovdje do izražaja dolazi pad broja počinitelja u odnosu na godinu prije, i to za 68 %.

Nezakoniti prelasci državne granice vidljivi su u tablici br. 8. U RH najviše je u 2014. godini nezakonitih prijelaza bilo na granici sa Srbijom, a iz Republike Hrvatske na granici sa Slovenijom. Situacija je bila ista godinu prije.

Najbrojniji su državljani Sirije, njih 550 u 2014. godini zatečeno je u nezakonitom prelasku državne granice, čime čine 14,1 % svih nezakonitih prelazaka u RH. Državljanima Albanije drugi su po brojnosti, bilo ih je 421, što je 60,1 % više u odnosu na godinu prije kada ih je bilo 263. Državljanima Afganistana, njih 388, zauzimaju treće mjesto u brojnosti nezakonitih prelazaka.⁸³

Na granici prema:	2013.	2014.	2014. u RH	2014. iz RH	Nepoznati dio granice
Sloveniji	1991	1430	123	1307	
Mađarskoj	48	49	16	33	
Srbiji	758	786	775	11	
Crnoj Gori	158	178	168	10	
BiH	525	694	626	68	
Pomorski i zračni promet	14	6	6	-	
Nepoznati dio granice	1240	771	-	-	771
Ukupno	4734	3914	1714	1429	771

Tablica br. 8.: *Nezakoniti prelasci državne granice prema susjednim zemljama*⁸⁴

Od 2007. do 2010. godine, prema izvještajima MUP-a, situacija je, što se tiče krijumčarenih ljudi, bila sljedeća. U 2007. godini, najviše je državljanima Srbije i Crne Gore, Albanije, Bosne i Hercegovine, Makedonije i Turske, evidentirano u ilegalnom prijelazu državne granice. U 2008. godini najviše je zabilježenih krijumčarenih ljudi iz Srbije, Bosne i Hercegovine, Turske, Makedonije i Albanije, dok je u 2009. godini najviše državljanima iz Bosne i Hercegovine, Srbije, Kosova, Albanije, Turske i Makedonije. U 2010. godini najzastupljeniji su ilegalci iz Bosne i Hercegovine, Afganistana, Srbije, Turske, Palestine i Albanije.⁸⁵

U tablici br. 9. prikazani su nezakoniti prelasci državne granice osoba prema državljanstvu u protekle dvije godine. U 2013. godini najviše je osoba bilo iz Sirije i Afganistana, a u 2014. godini iz Sirije, Albanije i Afganistana. Najveći porast u

83 Više o tome: MUP, *Izješće ministra unutarnjih poslova o obavljanju policijskih poslova u 2014. godini*, dostupno na: portal Hrvatski sabor, www.sabor.hr (1.10.2015.).

84 Broj nezakonitih prelazaka državne granice koji su uhvaćeni u pokušaju nezakonitog ulaska u RH, u pokušaju nezakonitog izlaska iz RH, te osobe koje je prihvatila policija susjedne države, MUP, *Statistički pregled u 2014. godini*, op. cit.

85 Vidi: MUP, *Migracijska politika RH za razdoblje od 2013. do 2015. godine*, dostupno na: portal MUP, <http://www.mup.hr/UserDocsImages/ministarstvo/2013/MIGRACIJSKA%20POLITIKA%202013-2015.pdf>, (1.10.2015.).

odnosu na prethodnu godinu, u 2014. godini, bilježe državljani Bangladeša, Albanije, Eritreje i Srbije.

Državljanstvo	2013.	2014.	+/- %
Afganistan	611	388	-36,50
Albanija	263	421	60,10
Alžir	255	128	-49,80
Bangladeš	33	107	224,20
Bosna i Hercegovina	195	187	-4,10
Eritreja	194	246	26,80
Kosovo	276	251	-9,10
Maroko	131	36	-72,50
Pakistan	207	194	-6,30
Sirija	720	550	-23,60
Somalija	314	90	-71,30
Srbija	78	103	32,10
Sudan	94	53	-43,60
Tunis	163	30	-81,60
Turska	101	67	-33,70
Ostale	1099	1063	-3,30
Ukupno	4734	3914	-17,30

Tablica br. 9.: *Nezakoniti prelasci državne granice po državljanstvu*⁸⁶

6. PREGLED I ANALIZA STANJA U HRVATSKOJ SUDSKOJ PRAKSI

6.1. Prijavljene, optužene i osuđene osobe za krijumčarenje ljudi

Tablica br. 10. prikazuje prijavljene punoljetne osobe za krijumčarenje ljudi. S obzirom na primjenu novog zakona, 2012. godina, sukladno članku 177. KZ-a, odnosi se na kazneno djelo protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice, a 2013. godina, sukladno članku 326. KZ-a, na kazneno djelo protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH. U 2012. godini primjetno je 20 % manje prijavljenih osoba nego godinu kasnije. Za 75 % prijavljenih osoba podignuta je u 2012. godini i optužnica, dok je u 2013. godini za preko 91 % prijavljenih osoba podignuta optužnica.

86 MUP, *Statistički pregled Temeljnih sigurnosnih pokazatelja i rezultata rada u 2013. godini*, dostupno na: portal MUP, <http://www.mup.hr/UserDocsImages/statistika/2014/Statisticki%20pregled2013.pdf> (1.10.2015.) i MUP, *Statistički pregled Temeljnih sigurnosnih pokazatelja i rezultata rada u 2014. godini*, dostupno na: portal MUP, http://www.mup.hr/UserDocsImages/statistika/2015/Statisticki_pregled_2014.pdf (1.10.2015.).

Prijavljene punoljetne osobe – KRIJUMČARENJE LJUDI		
	2013., članak 326. KZ-a, protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH	2012., članak 177. KZ-a, protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice
Ukupno:	118	95
Nepoznati počinitelji	2	3
Poznati počinitelji	116	92
Žene	3	3
Odbačena prijava	8	15
Prekinuta istraga	-	-
Obustavljena istraga	-	5
Podnesena optužnica	108	72
Skraćeni postupak	60	45
Bez kaznenog naloga	41	37
Uz kazneni nalog	19	8
Redoviti postupak	48	27
Neposredno	5	12
Nakon provedene istrage	43	15

Tablica br. 10.: Prijavljene punoljetne osobe⁸⁷

U tablici br. 11. brojčano su prikazane optužene osobe prema spolu i vrsti odluke. U 2012. godini, za kazneno djelo protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice ukupno je optuženo 86 osoba, od čega je preko 71 % proglašeno krivima. Godinu dana kasnije, za kazneno djelo protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u RH optuženo je više, ukupno 118 osoba, od čega je skoro 86 % proglašeno krivima. Zanimljivo je primijetiti kako niti u jednoj godini nije donesena oslobađajuća presuda.

Optužene punoljetne osobe prema spolu i vrsti odluke – KRIJUMČARENJE LJUDI		
	2013., članak 326. KZ-a, protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH	2012., članak 177. KZ-a, protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice
Ukupno:	118	86
Žene	13	6
Pokušaj	11	25
Proglašeni krivima	101	70
Odbačaj	3	-
Obustava kaznenog postupka	11	10
Oslobađajuća presuda	-	-
Odbijajuća	3	6

Tablica br. 11.: Optužene punoljetne osobe prema spolu i vrsti odluke⁸⁸

87 DZS, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2013. godini*, dostupno na: portal DZS, http://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2014/SI-1528.pdf (1.10.2015.). DZS, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2012. godini*, dostupno na: portal DZS, http://www.dzs.hr/hrv_eng/publication/2013/si-1504.pdf (1.10.2015.).

88 Ibid.

Osuđene punoljetne osobe prema pokušaju i izrečenim sankcijama – KRIJUMČARENJE LJUDI		
	2013., članak 326. KZ-a, protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u RH	2012., članak 177. KZ-a, protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice
Ukupno:	101	98
Žene	10	5
Pokušaj	9	20
Visina zatvorske kazne ukupno	99	95
Ukupno 2-3 godine	69	1
Uvjetno 2-3 godine	1	-
Ukupno 1-2 godine	7	14
Uvjetno 1-2 godine	4	9
Ukupno 6-12 mjeseci	61	24
Uvjetno 6-12 mjeseci	43	20
Ukupno 3-6 mjeseci	27	41
Uvjetno 3-6 mjeseci	21	28
Ukupno 2-3 mjeseci	2	12
Uvjetno 2-3 mjeseci	1	8
Ukupno 1-2 mjeseci	1	3
Novčana kazna	2	3

Tablica br. 12.: *Osuđene punoljetne osobe prema pokušaju i izrečenim sankcijama*⁸⁹

Izrečene sankcije osuđenih osoba za kazneno djelo krijumčarenja ljudi prikazane su u tablici br. 12. Od ukupno 101 izrečene kazne za kazneno djelo protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka na području RH, 99 je izrečenih zatvorskih kazni, a samo su dvije izrečene novčane kazne. Od ukupno izrečenih zatvorskih kazni, 70 % bezuvjetnih je kazni zatvora koje se kreću u rasponu od 2 do 3 godine.

Može se zaključiti kako je u cilju suzbijanja krijumčarenja ljudi potrebno uočiti sva moguća mjesta na kojima se može ilegalno prijeći državna granica i ta mjesta što više je moguće imati pod stalnom prismotrom i nadzorom. Nužno je razmjenjivati podatke sa susjednim državama o ilegalnim prijelazima državnih granica, kontrolirati vozila i putnike na graničnim prijelazima uz otiskivanje pečata u putovnicu u cilju daljnje kontrole te u vrijeme pojačane gužve pojačati i broj djelatnika policije na kontroli vozila i putnika pri ulazu i izlazu iz zemlje. U tom je smislu značajna i suradnja djelatnika policije i carine, kao i djelatnika inspekcije rada i sudaca prekršajnih sudova u cilju sprječavanja krijumčarenja ljudi.

Sva nastojanja RH, ali i drugih država regije i EU u borbi protiv organiziranog kriminala ne mogu biti uspješna ako nije riječ o koordiniranoj operaciji svih

⁸⁹ Ibid.

zainteresiranih zemalja. Isto je vidljivo naročito danas, kad kontinuirano iz dana u dan raste broj izbjeglica odnosno migranata koji se kreću prema Europi. Zbog činjenice kako upravo u današnje vrijeme osjetno jača pojavnost organiziranog kriminala u vidu krijumčarenja ljudi na području cijele Europe, razmišlja se na svim razinama o mogućim mehanizmima borbe radi suzbijanja navedenog kriminaliteta.

6.2. Prijavljene, optužene i osuđene osobe za trgovanje ljudima

Tablica br. 13. prikazuje prijavljene punoljetne osobe za kazneno djelo trgovanje ljudima. S obzirom na primjenu novoga zakona, 2012. godina, sukladno članku 175. KZ/97, odnosi se na kazneno djelo *Trgovanje ljudima i ropstvo*, a 2013. godina, sukladno članku 106. KZ/11, na kazneno djelo *Trgovanje ljudima*. U 2012. godini evidentirano je 50 % manje prijava (šest prijavljenih osoba) nego godinu kasnije (dvanaest prijavljenih osoba). Nije podignuta niti jedna optužnica u 2012. godini, dok je u 2013. godini podignuto osam optužnica.

Prijavljene punoljetne osobe – TRGOVANJE LJUDIMA			
	2013. čl. 106. Trgovanje ljudima		2012. čl. 175. Trgovanje ljudima i ropstvo
Kazneno djelo	Čl. 106. st. 1.	Čl. 106. st. 2.	Čl. 175. st. 1.
Ukupno:	10	2	6
Nepoznati počinitelji	-	-	1
Poznati počinitelji	10	2	5
Žene	3	-	1
Odbačena prijava	2	2	5
Prekinuta istraga	-	-	-
Obustavljena istraga	-	-	-
Podnesena optužnica	8	-	-
Skraćeni postupak	8	-	-
Bez kaznenog naloga	8	-	-
Uz kazneni nalog	-	-	-
Redoviti postupak	-	-	-
Neposredno	-	-	-
Nakon provedene istrage	-	-	-

Tablica br. 13.: *Prijavljene punoljetne osobe*⁹⁰

90 DZS, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2013. godini*, dostupno na: portal DZS, http://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2014/SI-1528.pdf (1.10.2015.).
DZS, *Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2012. godini*, dostupno na: portal DZS, http://www.dzs.hr/hrv_eng/publication/2013/si-1504.pdf (1.10.2015.).

Optužene punoljetne osobe – TRGOVANJE LJUDIMA		
	2013. čl. 106. Trgovanje ljudima	2012. čl. 175. Trgovanje ljudima i ropstvo
Kazneno djelo	Čl. 106. st. 1.	Čl. 175. st. 1.
Ukupno	1	6
Žene	-	1
Pokušaj	-	-
Proglašeni krivima	1	2
Odbačaj	-	-
Obustava kaznenog postupka	-	4
Oslobađajuća presuda	-	-
Odbijajuća presuda	-	-

Tablica br. 14.: Optužene punoljetne osobe prema spolu i vrsti odluke⁹¹

U tablici br. 14. brojčano su prikazane optužene punoljetne osobe prema spolu i vrsti odluke. U 2012. godini, za kazneno djelo *Trgovanja ljudima i ropstvo* ukupno je optuženo šest osoba, od čega je preko 33,33 % proglašeno krivima. Godinu dana kasnije, za kazneno djelo *Trgovanja ljudima* optužena je svega jedna osoba, a isto tako je jedna osoba proglašena krivom.

Izrečene sankcije osuđenih osoba za kazneno djelo trgovanja ljudima prikazane su u tablici br.15. U 2012.g. izrečene su dvije kazne za *Trgovanje ljudima i ropstvo* prema čl. 175. KZ/97, a u 2013.g. jedna kazna za *Trgovanje ljudima* prema čl.106. KZ/11.

Osuđene punoljetne osobe prema pokušaju i izrečenim sankcijama		
TRGOVANJE LJUDIMA		
	2013. čl. 106. Trgovanje ljudima	2012. čl. 175. Trgovanje ljudima i ropstvo
Ukupno:	1	2
Žene	-	-
Pokušaj	-	-
Zatvorska kazna	1	2
Ukupno 2-3 godine	1	-
Uvjetno 2-3 godine	-	-
Ukupno 1-2 godine	-	1
Uvjetno 1-2 godine	-	-
Ukupno 6-12 mjeseci	-	1
Uvjetno 6-12 mjeseci	-	-

Tablica br. 15.: Osuđene punoljetne osobe prema pokušaju i izrečenim sankcijama⁹²

91 Ibid.

92 Ibid.

7. ZAKLJUČAK

Krijumčarenje ljudi kao oblik kriminala u svijesti ljudi, nažalost, rijetko se karakterizira kao teško kazneno djelo, ponekad se čak smatra i pružanjem pomoći onima koji su u nevolji. Uzroci migracija različiti su. Ratni zločinci bježe od odgovornosti pred zakonom, kriminalne grupe i organizacije zbog bavljenja nezakonitim djelatnostima, dio stanovništva napušta zemlju zbog prirodnih i elementarnih nepogoda, dio stanovništva odlazi *truhom za kruhom*. Međutim, ipak je najaktualnija danas izbjeglička kriza u čitavoj Europi, gdje veliki dio stanovništva zbog ratnih i neprijateljskih događanja pod prisilom bježi iz vlastite države.

Svaki ilegalni imigrant najčešće je osoba bez identiteta, osoba koja se krije pred državnom vlasti tranzitne ili destinacijske zemlje i kao takav postaje zanimljiva meta krijumčara, ali i vrlo lak *plijen* trgovcima. Trgovanje ljudima, globalni problem današnjeg modernog doba koji ne bira gdje će i koga će napasti, gdje će se ukorijeniti, rasprostranjen je gotovo u svim državama i na svim kontinentima, u razvijenim zemljama, u zemljama u razvoju pa i u zemljama u tranziciji. Države u tranziciji, obično su države podrijetla žrtava, dok su države u razvoju i razvijene države uglavnom države odredišta koje su žrtvama *a priori* zanimljive i primamljive jer nude i pružaju bolje uvjete za život, dok je razvijenim državama, s druge strane, potrebna jeftina radna snaga. S obzirom na enormnu zaradu, a na malu vjerojatnost otkrivanja počinjenog kaznenog djela pa time i kažnjavanja njihovih počinitelja, trgovanje ljudima zauzima vrlo visoko mjesto prema učestalosti počinjenja. Otkrivanje počinjenog kaznenog djela trgovanja ljudima vrlo je složeno jer nam konkretne dokaze mogu dati samo žrtve ili, pak, sami zločinci koji u biti nemaju interesa za njegovo otkrivanje. S druge strane, znanstveni podatci su vrlo rijetki, a sudske prakse gotovo da i nema.

Kako bi na vrijeme spriječili, uočili, osvijestili i prepoznali mogućnosti pojave ovih nezakonitih i kriminalnih radnji, potrebno je provoditi kampanje za informiranje javnosti o problemu krijumčarenja ljudi i trgovanja ljudima. Javnost se mora upozoriti na uzroke i posljedice ovog oblika kriminala kako bi se na taj način upoznali s činjenicom da se trgovanje ne događa tamo negdje daleko, već da je ono prisutno i na našim područjima, samo se za to teško doznaje budući da su jedino žrtve i počinitelji kaznenog djela osobe koje znaju što se zaista dogodilo. Treba ustrajati na projektu gdje se već u školama i dječjim vrtićima djeci ukazuje na problem trgovanja ljudima i trgovanja djecom te im skrenuti pozornost na to da i oni mogu postati žrtvom trgovanja ljudima.

Razmjena iskustava putem međunarodnih konferencija na temu trgovanja ljudima i krijumčarenja ljudi, zasigurno će pomoći u pronalasku rješenja određenih problema koji se, u pogođenim državama, redovito javljaju. Obrazovanje novinara vrlo je bitan element za istraživačko novinarstvo kako u cilju stjecanja saznanja u kojoj je mjeri zapravo taj kriminal prisutan u našoj zemlji, koji su sve mogući *modusi* pojavnih oblika, a onda i suzbijanja takvog kriminala. Stoga je važno da novinari raspoložu i informacijama o preventivnoj i represivnoj pomoći i zaštiti žrtava, a sve kako bi što bolje i kvalitetnije informirali javnost.

Znanstvena istraživanja vrlo su značajna u borbi protiv suzbijanja trgovanja ljudima i krijumčarenja ljudi s obzirom na to da se iz godine u godinu, u skladu s

razvojem znanosti i tehnologije, pronalaze i nove metode i nove tehnike kojima se služe krijumčari i trgovci. Potrebno je *de lege ferenda* razviti metode kojima će se omogućiti prikupljanje podataka i informacija, zatim osigurati i omogućiti analizu tako dobivenog materijala, i na kraju, ostvariti razmjenu podataka. Nedostatak se ogleda u tome što se još uvijek miješaju pojmovi, kao što su trgovanje ljudima, nelegalne migracije, protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice te međunarodna prostitucija.

Vežano uz zaštitu državne granice u svrhu suzbijanja krijumčarenja ljudi i trgovanja ljudima potrebno je uočiti sva moguća mjesta na kojima se može ilegalno prijeći državna granica. Takva mjesta nužno trebaju biti pod stalnim nadzorom. Neophodan je jači nadzor i veća kontrola. Važna je razmjena podataka sa susjednim državama o nezakonitim prijelazima državnih granica. Djelatnici na granici ne smiju dopustiti da ne otisnu pečat u putovnicu ili da ne izvrše uvid u osobni ili putni dokument osobe koja prelazi državnu granicu. Putne isprave i dokumenti na temelju kojih se prelazi granica trebaju biti više zaštićeniji od mogućih krivotvorenja i umnožavanja. Nužna je stalna kontrola vozila i putnika. U vrijeme pojačane gužve treba pojačati i broj djelatnika policije na kontroli vozila i putnika pri ulazu i izlazu iz zemlje. U tom je smislu značajna i suradnja djelatnika policije i carine, kao i djelatnika inspekcije rada i sudaca prekršajnih sudova radi sprječavanja krijumčarenja ljudi. Policijske djelatnike treba stalno usavršavati kroz edukacijske tečajeve i seminare, kako bi mogli predvidjeti poteze i preduhitriti trgovce ljudima u njihovim naumima, a sve radi njihova bržeg otkrivanja i uhićenja. Stručno usavršeni i vrhunski osposobljeni djelatnici moraju biti zaduženi za rad na granici. U korak s razvojem tehnologije, mora biti osigurana sva tehnička oprema kao i oprema za praćenje. Potrebno je veliku pažnju obratiti na djecu, ilegalne migrante, koja ne posjeduju dokumente i koja se nalaze bez pratnje, jer takva djeca imaju sve preduvjete da, ako već nisu, postanu *plijen* trgovcima. Nužno je djecu zaštititi kao jednu posebno osjetljivu skupinu. Potrebno je pratiti i rute trgovanja drogom i oružjem kao i rute kojima se krijumčare ljudi.

Trebaju se poduzeti određene mjere u cilju identifikacije žrtava trgovanja ljudima tijekom turističke sezone. Posebnu pozornost treba obratiti vrbovanju žrtava putem interneta. Nužno je, prije svega, donošenje preventivnih i učinkovitih mjera za zaštitu žrtava. Žrtve se mora na prikladnije načine informirati o njihovim pravima, možda i više puta, kako bi rezultat bio da one u konačnici i znaju koja su njihova prava.

Ključna je i suradnja tijela državne vlasti, ministarstava, policije, državnog odvjetništva, sudova i organizacija civilnog društva u borbi protiv trgovanja ljudima. *De lege ferenda* potrebno je posebno osposobiti i usavršiti državne odvjetnike i suce koji će raditi na suzbijanju organiziranoga kriminaliteta, krijumčarenja ljudi i trgovanja ljudima. Pitanje korupcije kod organiziranoga kriminaliteta ostaje i dalje vrlo ozbiljan problem, unatoč tome što se bilježi stanoviti napredak u borbi protiv korupcije. Stoga je potrebno poboljšati suradnju između tijela za provedbu zakona i sudstva s obzirom na korupciju, prijevare i organizirani kriminalitet. Treba biti uspostavljena i bliska suradnja s civilnim organizacijama.

Neprekidno se mora razvijati i održavati suradnja s drugim državama i međunarodnim organizacijama na području tog organiziranoga kriminaliteta.

Summary

**HUMAN SMUGGLING AND TRAFFICKING IN CROATIAN
CRIMINAL LEGISLATION AND JURISPRUDENCE
(analysis of the situation *de lege lata* with proposals *de lege
ferenda*)**

The author of the paper provides an overview and analysis of Croatian criminal legislation with regard to criminal activities of human smuggling and trafficking. She points out to the similarities and differences between the criminal acts of illegal transfer of persons across the state border or illegal entering, movement and residence in the Republic of Croatia, other EU Member States or signatories of the Schengen Agreement and human trafficking, comparing and analyzing the legal norms of the old and the new Criminal Code of the Republic of Croatia, international instruments and jurisprudence. Emphasized is the importance of early recognition of the criminal act, especially for the victims. Attention is drawn to the disparity of case law on matters of personal gain as an essential element of this criminal activity, but also to the absence of clearly defining the act of attempting illegal entering, movement and residence in the Republic of Croatia, other EU Member States or signatories of the Schengen Agreement.

This paper investigates and analyzes the current situation regarding illegal crossing of state borders of the Republic of Croatia on the basis of available statistical data. Conducted was the analysis of the situation *de lege lata* in case law in relation to persons registered, accused and convicted of human smuggling and, also, especially for human trafficking. In conclusion, given are the proposals and measures *de lege ferenda* that need to be implemented in order to combat human smuggling and trafficking, and to successfully fight this type of organized crime.

Key Words: *Human Smuggling, Migrant Smuggling, Trafficking in persons, Illegal Entry, Movement and Residence, Illegal Transfer of People over State Borders, United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons.*

Zusammenfassung

**MENSCHENSCHLEUSUNG UND MENSCHENHANDEL IN
DER KROATISCHEN KRIMINELLEN GESETZGEBUNG
UND RECHTSPRECHUNG**
**(Analyse der Lage *de lege lata* mit Vorschlägen *de lege
ferenda*)**

Die Autorin dieses Artikels gibt einen Überblick und Analyse der kroatischen Strafgesetzgebung in Bezug auf kriminelle Aktivitäten der Menschenschleusung und des Menschenhandels. Sie weist auf die Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen den Straftaten der illegalen Schleusung von Personen über die Staatsgrenze, d.h. des illegalen Überquerens, der Einreise, Bewegung und des Aufenthalts in der Republik Kroatien, anderen EU-Mitgliedstaaten oder Unterzeichnern des Schengener Abkommens und des Menschenhandels hin, vergleicht und analysiert die Rechtsnormen des alten und neuen Strafgesetzbuches der Republik Kroatien, die internationalen Instrumente und die Jurisprudenz. Sie betont die Bedeutung der frühzeitigen Erkennung einer Straftat, insbesondere für die Opfer. Es wird auf die Ungleichheit der Rechtsprechung in Fragen des persönlichen Gewinns hingewiesen, als ein wesentliches Element der kriminellen Aktivitäten, aber auch auf das Fehlen eines klar definierten Versuches des der Straftat des illegalen Überquerens, der Einreise, Bewegung und des Aufenthalts in der Republik Kroatien, anderen EU-Mitgliedstaaten oder Unterzeichnern des Schengener Abkommens.

Dieser Artikel untersucht und analysiert die aktuelle Situation in Bezug auf das illegale Überschreiten der kroatischen Staatsgrenze anhand der verfügbaren statistischen Daten. Eine Analyse der Situation *de lege lata* der Rechtsprechung wurde durchgeführt in Bezug auf die Personen, die für die Menschenschleusung und vor allem für den Menschenhandel registriert, angeklagt und verurteilt wurden. Abschließend sind Vorschläge und Maßnahmen *de lege ferenda* gegeben, die implementiert werden sollten um die Menschenschleusung und Menschenhandel zu verhindern und diese Art der organisierten Kriminalität erfolgreich zu bekämpfen.

Schlüsselwörter: *Menschenschleusung, Migrantenschleusung, Menschenhandel, illegale Einreise und Aufenthalt, illegaler Transfer von Menschen über Staatsgrenzen, Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, Protokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg, Protokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels.*

Riassunto

IL CONTRABBANDO ED IL TRAFFICO DI PERSONE NELLA LEGISLAZIONE E NELLA GIURISPRUDENZA PENALE CROATA

(analisi della situazione *de lege lata* e proposte *de lege ferenda*)

L'autrice nel contributo offre una panoramica ed un'analisi della legislazione penale nella Repubblica di Croazia con riferimento alle attività criminali di contrabbando e traffico di persone. Osserva le similitudini e le differenze tra i reati di trasferimento illecito di persone oltre i confini statali, ovvero dell'ingresso, circolazione e soggiorno illecito nella Repubblica di Croazia, verso altro Stato membro dell'UE oppure firmatario dell'accordo di Schengen e, dall'altra parte, il traffico di persone, confrontando ed analizzando le norme giuridiche della legge penale croata vecchia e di quella nuova, dei documenti internazionali e della giurisprudenza. Sottolinea la necessità del riconoscimento precoce della commissione del reato, in particolare sotto il profilo della vittima. Segnala, altresì, l'eterogeneità della prassi giurisprudenziale con riguardo alla questione del vantaggio ricavato quale importante elemento della fattispecie di reato, come pure con riguardo all'inesistenza di una definizione chiara circa il tentativo di commissione del reato di illecito ingresso, circolazione e soggiorno nella Repubblica di Croazia, od in altro Stato membro dell'UE o firmatario dell'accordo di Schengen.

Nel contributo s'indaga e si analizza lo stato esistente con riferimento ai trapassi illeciti dei confini di stato della Repubblica di Croazia in base ai dati statistici a disposizione. E' stata altresì condotta un'analisi dello stato *de lege lata* nella prassi giurisprudenziale in riferimento alle persone denunciate, indagate e condannate per il contrabbando di persone ed, allo stesso modo, per il traffico di persone. In conclusione vengono offerte delle proposte e misure *de lege ferenda*, le quali è necessario vengano poste in essere al fine di sconfiggere il contrabbando di persone ed il traffico di persone e di combattere nel modo più efficace questo genere di criminalità organizzata.

Parole chiave: *contrabbando di persone, contrabbando di migranti, traffico di persone, ingresso, circolazione e soggiorno illegale, trasferimento illecito di persone oltre i confini statali, Convenzione sulla criminalità transnazionale organizzata, Protocollo contro il contrabbando di migranti, Protocollo per la prevenzione, lotta e sanzione del traffico di persone.*

UVJETI I NAČIN PRIJEVOZA OPASNE ROBE ZRAKOM

Dr. sc. Sandra Debeljak Rukavina, predavač
Veleučilište u Rijeci

UDK: 347.8:656.7
Ur.: 4. ožujka 2015.
Pr.: 9. lipnja 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se prikazuje međunarodni, europski i nacionalni sustav pravnih pravila kojima se uređuje prijevoz opasne robe zrakom. Uz pregled odredbi Zakona o prijevozu opasnih tvari i Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu opasnih tvari, posebice se razrađuju odredbe Pravilnika o uvjetima i načinu prijevoza opasne robe zrakom koji je u cijelosti usklađen s Dodatkom 18. Konvencije o međunarodnom civilnom zrakoplovstvu (tzv. Čikaške konvencije) - Siguran prijevoz opasnih roba zrakom, uključujući i njegove izmjene i dopune, kao i s Tehničkim uputama u izdanju 2013.-2014. i njihovom dopunom. Upućuje se i na odgovarajuće odredbe Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012, koja u svojim prilogima IV. i V. sadrži odredbe o prijevozu opasne robe tijekom operacija komercijalnog zračnog prijevoza.

Ključne riječi: *opasna roba, prijevoz zrakom, ICAO Konvencija, Tehničke upute, EASA OPS.*

1. UVODNE NAPOMENE

Pojedini predmeti odnosno tvari zbog svojih svojstava mogu prouzročiti značajan rizik za zdravlje ljudi, imovinu ili okoliš. Oni se kao opasna roba nalaze na odgovarajućim popisima opasnih roba, odnosno podliježu odgovarajućim klasifikacijama, a neki predmeti ili tvari obilježja opasne robe dobivaju pri prijevozu. Svaka grana prijevoza ima svoje posebnosti koje se odražavaju i na prijevoz opasne robe, a zračni prijevoz u tome pogledu nije izuzetak.

Opasni predmeti ili tvari mogu biti uobičajene stvari iz našeg okruženja s kojima se svakodnevno susrećemo i koje učestalo koristimo ili mogu biti razne industrijske kemikalije ili tvari koje mogu predstavljati znatan rizik za zračne putnike, zaposlenike ili zrakoplove. Kako bi se taj rizik umanjio na najmanju moguću mjeru, na međunarodnoj, europskoj i nacionalnoj razini uspostavljen je sustav pravnih pravila kojime se uređuju posebni uvjeti prijevoza opasne robe.

Zbog novih iskustava koja prijevoz takve opasne robe donosi u praksi, kao i novih znanstvenih spoznaja te razvoja novih tehnologija, taj je sustav podložan učestalim izmjenama i dopunama. Pri tomu se nastoje donijeti što učinkovitija pravila primjenjiva na prijevoz opasne robe.

Cilj je ovoga rada prikazati na jednom mjestu navedeni sustav pravnih pravila i posebno naglasiti određenja iz nacionalnog podzakonskog akta novijeg datuma, koji propisuje uvjete i način prijevoza opasnih roba zrakom, a koji je trenutno jedini nacionalni propis koji je u cijelosti usklađen s relevantnom međunarodnom i europskom pravnom regulativom prijevoza opasne robe zrakom.

Obradom teme postalo je jasno da ovaj sustav međunarodnih, europskih i nacionalnih pravila donosi određene neusklađenosti i praznine, koje je potrebno naglasiti, usporediti i analizirati. Zbog toga će se u daljnjem dijelu rada obraditi odredbe relevantnih izvora na međunarodnoj razini, u okviru EU propisa relevantne odredbe uredbe koja regulira prijevoz opasne robe za potrebe komercijalnog zračnog prijevoza, uputit će se na odredbe drugih izvora prava EU-a te će se provesti usporedba i rasčlamba s nacionalnim zakonodavnim aktom koji uređuje prijevoz opasnih roba i odredbama nacрта prijedloga izmjena i dopuna toga zakona. Posebice će se obraditi odredbe podzakonskog propisa koji slijedi međunarodna i europska rješenja i takvim svojim odredbama prethodi zakonskom aktu temeljem kojega je donesen, a koji i dalje nije usklađen s aktualnim promjenama i međunarodnom i europskom regulativom iz ovoga područja.

2. SUSTAV PRAVNIH PRAVILA KOJIM SE UREĐUJE PRIJEVOZ OPASNE ROBE ZRAKOM

Na međunarodnoj razini za prijevoz opasne robe u zračnom prometu relevantna je Konvencija o međunarodnom civilnom zrakoplovstvu iz 1944. godine (tzv. "Čikaška konvencija"),¹ Međunarodni standardi i preporučena praksa² Organizacije međunarodnog civilnog zrakoplovstva (ICAO)³ i to Dodatak 18. Konvencije o međunarodnom civilnom zrakoplovstvu (Siguran prijevoz opasnih tvari zrakom)⁴ te ICAO Doc. 9284 AN/905 Tehničke upute za siguran prijevoz opasnih tvari zrakom.⁵

Konvencija o međunarodnom civilnom zrakoplovstvu kao temeljni međunarodnopravni akt o civilnom zrakoplovstvu obilježila je 7. prosinca 2014. svoju 70-u obljetnicu. Stupila je na snagu 1947. godine, a danas ima više od 190 država članica.⁶ Konvencija je doživjela veći broj revizija, a trenutno je na snazi 9. izdanje Konvencije iz 2006. godine (Doc 7300/9).⁷

1 *Convention on International Civil Aviation of 7 December 1944*. U daljnjem tekstu: ICAO konvencija ili Čikaška konvencija.

2 *International Standards and Recommended Practices (SARPs)*.

3 *International Civil Aviation Organisation*. U daljnjem tekstu: ICAO.

4 *Annex 18 to the Convention on International Civil Aviation – The Safe Transport of Dangerous Goods by Air*.

5 *Technical Instructions for the Safe Transport of Dangerous Goods by Air*. U daljnjem tekstu: Tehničke upute.

6 V. više: Abeyratne, Ruwantissa, *Convention on International Civil Aviation, A Commentary*, Springer International Publishing Switzerland, 2014., str. v. V. i mrežnu stranicu ICAO: <http://www.icao.int/publications/Documents/chicago.pdf> (12. 02. 2015.) te mrežnu stranicu MPPI: <http://www.mppi.hr/default.aspx?id=9593> (12. 02. 2015.).

7 V. <http://www.icao.int/publications/pages/doc7300.aspx> (15. 02. 2015.).

U svojim dodatcima, tj. aneksima, Konvencija propisuje standarde i preporučene prakse kojima se reguliraju sva relevantna područja bitna za sigurno i učinkovito odvijanje zračnog prometa. Države članice obvezne su primjenjivati standarde i preporuke, ali mogu objaviti primjedbe, odnosno određena odstupanja u nacionalnoj regulativi,⁸ o čemu su obvezne obavijestiti Vijeće Organizacije međunarodnog civilnog zrakoplovstva.⁹

Organizacija međunarodnog civilnog zrakoplovstva utemeljena je Čikaškom konvencijom kao specijalizirana ustanova Ujedinjenih naroda. Jedan od najznačajnijih ciljeva ICAO-a je poticanje, planiranje i razvoj međunarodnog zračnog prijevoza kako bi se osigurala njegova sigurnost, učinkovitost i ekonomičnost. Temeljem misije iz 2012., kao i pet strateških ciljeva za 2014.-2016. godinu, naglašena je uloga ICAO-a kao globalnog foruma država članica za pitanja međunarodnog civilnog zrakoplovstva. Ciljevi koji se postavljaju odnose se na povećanje i unapređenje globalne sigurnosti civilnog zrakoplovstva, povećanje kapaciteta i poboljšanje učinkovitosti sustava međunarodnog civilnog zrakoplovstva, gospodarski razvoj zračnog prometa te zaštitu okoliša.¹⁰

ICAO izdaje dodatke u okviru ovlaštenja iz Čikaške konvencije, a osim njih, donio je i više dokumenata kojima se razrađuju te konkretiziraju norme i preporuke iz pojedinih dodataka. Tehničke upute jedan su od tih dokumenata.¹¹ Dodatak 18. i Tehničke upute stupili su na snagu 1. siječnja 1983. godine, a primjenjuju se od početka 1984. godine.¹²

Republika Hrvatska stranka je Čikaške konvencije od svibnja 1992. godine te je kod svih međunarodnih prijevoza opasnih roba, koji se obavljaju civilnim zrakoplovima, obvezna primjenjivati odredbe Dodatka 18. Konvencije i Tehničke upute. Republika Hrvatska, također je članica Organizacije međunarodnog civilnog zrakoplovstva.¹³

8 Liste odstupanja od propisanih standarda i preporučene prakse objavljuju se u dopunama aneksa. V. http://www.skybrary.aero/index.php/International_Civil_Aviation_Organisation_%28ICAO%29 (15. 09. 2015.).

9 V. čl. 38. Čikaške konvencije. V. i Grabovac, Ivo, Kaštela, Slobodan, *Međunarodni i nacionalni izvori hrvatskoga prometnog prava*, odabrana poglavlja, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Književni krug Split, Zagreb, Split, 2013., str. 232.-234.; Diederiks-Verschoor, Isabella H. Ph., *An Introduction to Air Law*, Kluwer Law International, 8. revised ed., 2006., str. 15. V. i: Status of Annex components, International Standards and Recommended Practices, Annex 18 to the Convention on International Civil Aviation, The Safe Transport of Dangerous Goods by Air, 4th ed., 2011., International Civil Aviation Organization, str. viii.

10 V. Abeyratne, Ruwantissa, *Regulation of Air Transport, The Slumbering Sentinels*, Springer International Publishing Switzerland, 2014., str. 2.-3.

11 V. Grabovac, Kaštela, op. cit., str. 234.-235.

12 V. The Convention on International Civil Aviation, Annexes 1 to 18, International Civil Aviation Organization, http://www.icao.int/safety/airnavigation/NationalityMarks/annexes_booklet_en.pdf (12. 02. 2015.). V. više o postupku donošenja Dodatka 18. u: Güner-Özbek, Meltem Deniz, *The Carriage of Dangerous Goods by Sea*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008., str. 28.-29.

13 Čikaškoj konvenciji, a sljedom toga i ICAO-u, mogu pristupiti samo države, pa bi za pristupanje EU bilo potrebno revidirati Konvenciju u tome pogledu. Ipak, EU ima status promatrača koji mu daje određena prava i svog predstavnika u ICAO-u. Također, sve države članice EU-a ujedno

U nacionalnom zakonodavstvu na primjenu Čikaške konvencije i Međunarodnih standarda i preporučene prakse ICAO-a upućuje Zakon o prijevozu opasnih tvari iz 2007. godine.¹⁴ Navedeni Zakon u svojim odredbama regulira uvjete prijevoza opasnih tvari,¹⁵ a odnosi se na prijevoz opasnih tvari u cestovnom, željezničkom i zračnom prometu te prometu unutarnjim vodama.

Cilj donošenja ovoga Zakona bio je sveobuhvatno urediti odnose sigurnog prijevoza opasnih tvari u pojedinim prijevoznim granama,¹⁶ ali i uskladiti regulaciju s pravnom stečevinom Europske unije te potpisanim međunarodnim ugovorima, obvezama i praksom.¹⁷ U međuvremenu su uočene određene nepravilnosti i nedorečenosti koje su otežavale njegovu primjenu. Ukazala se i potreba za daljnjim usklađivanjem s međunarodnim ugovorima, standardima i preporučenom praksom, kao i s pozitivnim propisima koji su doneseni nakon njegovog donošenja 2007. godine. Zbog toga se pristupilo izmjenama i dopunama Zakona. U tom je postupku u veljači 2013. godine izrađen Nacrt Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu opasnih tvari¹⁸ te je od 16. do 31. svibnja 2013. provedeno javno savjetovanje.¹⁹ Daljnje zakonodavne aktivnosti u smjeru donošenja, objavljivanja i stupanja na snagu navedenih izmjena i dopuna u ovom se razdoblju zaustavljaju i traju do danas.

U veljači 2013. godine, međutim se donosi Pravilnik o uvjetima i načinu prijevoza opasnih roba zrakom.²⁰ Pravilnik je usklađen s Dodatkom 18. Siguran prijevoz opasnih roba zrakom, uključujući i njegove izmjene i dopune,²¹ kao i s Tehničkim uputama za koje treba naglasiti da su podložne izmjenama i dopunama kako bi bile aktualne i dale potrebna pojašnjenja pojedinih zahtjeva.²² Odredbe Pravilnika i odredbe sadržane u

-
- su i stranke Konvencije i članice ICAO-a. V. Radionov, Nikoleta, et al., *Europsko prometno pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2011., str. 344. V. <http://www.icao.int/publications/Documents/chicago.pdf> (13. 02. 2015.).
- 14 Objavljen je u NN, br. 79/07. V. čl. 3. st. 4. Zakona. U daljnjem tekstu: Zakon o prijevozu opasnih tvari.
 - 15 Čl. 1. Zakona o prijevozu opasnih tvari.
 - 16 To Zakon o prijevozu opasnih tvari izričito i propisuje u čl. 1. st. 2., navodeći da je svrha Zakona siguran prijevoz opasnih tvari.
 - 17 V. Ministarstvo pomorstva, prometa i infrastrukture, Nacrt, Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu opasnih tvari, Zagreb, veljača 2013., str. 1. U daljnjem tekstu: Konačni prijedlog.
 - 18 *Ibid.*, str. 2.
 - 19 V. pregled okončanih savjetovanja na mrežnoj stranici Ministarstva pomorstva, prometa i infrastrukture: <http://www.mppi.hr/default.aspx?id=8844> (13. 02. 2015.).
 - 20 NN, br. 30/13. Pravilnik je donesen na temelju čl. 50. st. 2. Zakona o prijevozu opasnih tvari. U daljnjem tekstu: Pravilnik.
 - 21 U Pravilnik su uključene izmjene i dopune 1-10 Dodatka 18. iz svibnja 2011. Nakon ovih izmjena i dopuna donesene su nove (*Amendment 11*), koje su se počele primjenjivati od 14. 11. 2013. godine. V. ICAO Publications Catalogue 2014: http://www.icao.int/publications/catalogue/cat_2014_en.pdf (7. 02. 2015.). V. i Agencija za civilno zrakoplovstvo, *Obrazloženje prijedloga za donošenje Pravilnika o uvjetima i načinu prijevoza opasnih roba zrakom*, Zagreb, 25. studeni 2011., www.ccaa.hr (13. 02. 2015.).
 - 22 Trenutno zadnje i ujedno važeće izdanje Tehničkih uputa za siguran prijevoz opasnih roba zrakom, uključujući Dodatak i dopune, odobrene i objavljene odlukom Vijeća ICAO-a, ono je

Tehničkim uputama moraju se primjenjivati na sve operacije civilnih zrakoplova u međunarodnom i domaćem prometu.²³

Pravilnik se primjenjuje na nadležno tijelo i certificirane pošiljatelje, otpremnike, pružatelje zemaljskih usluga prihvata i otpreme tereta, operatore i pružatelje usluge osposobljavanja. Primjenjuje se i na svaku organizaciju, trgovačko društvo ili pojedinca koji pruža usluge vezane uz pošiljke s opasnom robom koje se nude za prijevoz zrakom te uz prihvat i opremu putnika i prtljage, a njegova se primjena proteže i na imenovanog poštanskog operatora.²⁴

Zakon o prijevozu opasnih tvari i prethodno spomenuti Pravilnik dio su širokog hrvatskoga pravnog okvira koji uređuje područje zrakoplovne sigurnosti. U pravnom sustavu Republike Hrvatske zahtjevi sigurnosti za svako područje civilnog zrakoplovstva definirani su u EU propisima, Zakonu o zračnom prometu²⁵ i pravilnicima usvojenim na temelju toga zakona. Zakon o zračnom prometu primarni je pravni akt koji definira temelje za usvajanje zahtjeva Čikaške konvencije i ICAO Dodataka kroz pravilnike, ujednačavanje nacionalnih propisa s odgovarajućim EU propisima te implementira druge statutarne instrumente u području civilnog zrakoplovstva EU-a.

Uz zakone i pravilnike, zahtjevi sigurnosti utvrđeni su i sigurnosnim naredbama i direktivama, odnosno dokumentima koje izdaje Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo. Ove naredbe, direktive i dokumenti usmjereni su na nalažanje obvezatnih aktivnosti kako bi se osigurala, odnosno ponovno uspostavila prihvatljiva razina sigurnosti, a ako postoje dokazi na temelju kojih se može zaključiti da je ona ugrožena. Tu su i smjernice kao neobvezujući akti koji su uglavnom tehničkog sadržaja i demonstriraju jedan od mogućih načina ispunjavanja obveza i ciljeva obvezujućih propisa. U slučaju objave dodatnih smjernica za provedbu nacionalnih propisa, Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo izdaje zrakoplovne sigurnosne informacije,²⁶ koje su dostupne na njezinim mrežnim stranicama.²⁷

u izdanju 2015.-2016. Radi se o petnaestom, dvogodišnjem izdanju Tehničkih uputa koje će biti na snazi do 31. prosinca 2016. godine, dok novo ne stupi na snagu. Donesen je i Ispravak br. 1. ovoga izdanja Tehničkih uputa. V. CCAA, Sažeti pregled izmjena i dopuna Tehničkih instrukcija za siguran prijevoz opasnih roba zrakom (Doc 9284 AN/905) u izdanju 2015.-2016., u odnosu na izdanje 2013.-2014., Zrakoplovna sigurnosna informacija ASIL-2014-003, 3. 12. 2014., str. 1-2.; dostupno na: <http://www.ccaa.hr/download/documents/read/asil-2014-003-sazeti-pregled-izmjena-i-dopuna-tehnickih-instrukcija-za-siguran-prijevoz-opasnih-roba-zrakom-u-izdanju-2015---2016-1405> (16. 02. 2015.). Tekst izmjena Tehničkih uputa dostupan na: http://www.icao.int/safety/DangerousGoods/Documents/Doc%209284.2015_2016.Corr1.en.pdf (23. 02. 2015.).

23 Čl. 1. st. 5. Pravilnika.

24 Čl. 1. st. 2.-5. Pravilnika.

25 NN br. 69/09. Do danas je ovaj Zakon doživio nekoliko izmjena i dopuna objavljenih u NN br. 84/11., 54/13. (Zakon o osnivanju agencije za istraživanje nesreća u zračnom, pomorskom i željezničkom prometu), 127/13. i 92/14. U daljnjem tekstu: Zakon o zračnom prometu.

26 *Air Safety Information Letter – ASIL*.

27 V. Nacionalni program sigurnosti u zračnom prometu, Odluka o donošenju Nacionalnog programa sigurnosti u zračnom prometu, NN br. 68/14. Nacionalni program sigurnosti u zračnom prometu je dokument koji opisuje regulatorne zahtjeve i aktivnosti koje uključeni subjekti poduzimaju radi održavanja i unapređenja sigurnosti u zračnom prometu. Razvijen je u skladu sa standardima ICAO-a i programom EASA-e. V. Izjava o politici sigurnosti u zračnom

U okviru EU propisa, Uredbom Komisije (EU) br. 965/2012 od 5. listopada 2012. o utvrđivanju tehničkih zahtjeva i upravnih postupaka u vezi s letačkim operacijama u skladu s Uredbom (EZ) br. 216/2008 Europskog parlamenta i Vijeća (EASA OPS²⁸),²⁹ utvrđuju se detaljna pravila za operacije komercijalnog zračnog prijevoza avionima i helikopterima,³⁰ kao i uvjeta za izdavanje certifikata i svjedodžbi operatora zrakoplova,³¹ koji obavljaju operacije komercijalnog zračnog prijevoza. Također se detaljnije utvrđuju pravila vezana uz povlastice i odgovornost nositelja certifikata i svjedodžbi te uvjete pod kojima se operacije zabranjuju, ograničavaju ili podliježu određenim uvjetima u interesu sigurnosti.³²

Uredba Komisije (EU) br. 965/2012 predstavlja odgovarajuću provedbenu mjeru propisanu Uredbom (EZ) br. 216/2008.^{33, 34} Posebice u svojim prilogima IV. i V. sadrži odredbe o prijevozu opasne robe *CAT* operacijama (onima koje operatori obavljaju samo za potrebe komercijalnog zračnog prijevoza),³⁵ pritom se pozivajući na primjenu Dodatka 18. Čikaške konvencije i Tehničkih uputa, osim ako nije drugačije određeno njezinim Prilogom IV.³⁶

Uredba Komisije (EU) br. 965/2012 primjenjuje se od 28. listopada 2012. godine. Države članice mogle su se odlučiti da do 28. listopada 2014. godine ne primjenjuju odredbe njezinih priloga I. do V. Do toga su datuma operatori zrakoplova koji obavljaju komercijalni zračni prijevoz bili obvezni poduzeti sve potrebne

-
- prometu, Poglavlje 2. i Dodatak I. ove Odluke, str. 6., 8. i 68.
- 28 *The EASA Air Operations Regulation* ili EASA OPS. V. CAA agreed EASA Terminology, <http://www.caa.co.uk/default.aspx?catid=620&pagetype=90&pageid=12560> (22. 01. 2015.).
- 29 SL L 296, 25. 10. 2012. U daljnjem tekstu: Uredba Komisije (EU) br. 965/2012.
- 30 Prema Uredbi, operacijom komercijalnog zračnog prijevoza smatra se operacija zrakoplova namijenjena prijevozu putnika, tereta ili pošte uz naplatu ili drugu vrstu naknade. V. čl. 2. st. 1. Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.
- 31 Pritom se to odnosi na one zrakoplove koji su registrirani u državi članici ili koji su registrirani u trećoj zemlji i koje koristi operater kojemu nadzor operacija osigurava država članica, ili koje na letovima u Uniju, unutar nje, ili iz nje, koristi operater koji ima sjedište ili boravište u Uniji. V. detaljnije čl. 4. st. 1. t. b) i c). Uredbe (EZ) br. 216/2008. (v. bilj. 34. ovoga rada).
- 32 V. detaljnije čl. 1. st. 1. i 2. Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.
- 33 Radi se o provedbenoj mjeri iz članka 8. stavka 5. i članka 10. stavka 5. Uredbe (EZ) br. 216/2008, u skladu s člankom 69. stavkom 3. i člankom 69. stavkom 5. Uredbe (EZ) br. 216/2008.
- 34 Uredba (EZ) br. 216/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. veljače 2008. o zajedničkim pravilima u području civilnog zrakoplovstva i osnivanju Europske agencije za sigurnost zračnog prometa i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 91/670/EEZ, Uredbe (EZ) br. 1592/2002 i Direktive 2004/36/EZ (SL L 79, 19. 03. 2008.) uspostavlja okvir za definiranje i provedbu zajedničkih tehničkih zahtjeva i upravnih postupaka u području civilnog zrakoplovstva koji bi trebao osigurati da države članice ispunjavaju obveze nastale temeljem Čikaške konvencije te standarda i preporučenih praksa utvrđenih u njoj. Cilj pri donošenju Uredbe bio je također učinkovito prenijeti funkcije i zaduženja koja su izvršavale države članice, uključujući i ona koja su rezultat njihove suradnje unutar Zajedničke zrakoplovne uprave (JAA), na Europsku agenciju za sigurnost zračnog prometa. V. t. 1.-40. Preambule Uredbe (EZ) br. 216/2008. Pravilnikom o provedbi Uredbe (EZ) br. 216/2008 (NN br. 114/13.) utvrđuju se nadležna tijela i njihove ovlasti za provedbu navedene Uredbe.
- 35 V. čl. 5. st. 1. Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.
- 36 V. Prilog IV, CAT.GEN.MPA.200. Prijevoz opasne robe (a) Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.

aktivnosti koje će dovesti do usklađenosti s odredbama EASA OPS-a.³⁷

Do stupanja na snagu Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012, odnosno do isteka razdoblja odgode njezine primjene, na operacije komercijalnog prijevoza avionom primjenjivali su se zahtjevi Uredbe Vijeća (EEZ) br. 3922/91.³⁸ Na operacije komercijalnog prijevoza helikopterom primjenjivali su se zahtjevi Pravilnika o zahtjevima zajedničkih zrakoplovnih vlasti i upravnim postupcima koji se primjenjuju na komercijalni zračni prijevoz helikopterom (JAR OPS 3).^{39, 40}

Uredbom Komisije (EU) br. 379/2014 od 7. travnja 2014. o izmjeni Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012⁴¹ donesena su pravila i za zračni prijevoz balonima ili jedrilicama radi sukladnosti s osnovnim načelima i primjenom Uredbe (EZ) br. 216/2008. Uređene su i specifičnosti određenih komercijalnih operacija sa zrakoplovima i helikopterima, koje počinju i završavaju na istom aerodromu ili mjestu upravljanja, uključena su pravila za specijalizirane operacije sa zrakoplovima, helikopterima, balonima i jedrilicama, kao što su fotografije, izmjere, promatranja i ophodnje i drugo. U okviru navedenih pravila nalaze se i ona vezana uz prijevoz opasnog tereta zrakoplovima bez motornog pogona, kao i uz prijevoz opasnog tereta pri obavljanju specijaliziranih operacija.⁴²

Najnovija Uredba Komisije (EU) br. 452/2014 od 29. travnja 2014. o utvrđivanju tehničkih zahtjeva i upravnih postupaka u vezi s letačkim operacijama operatora iz trećih zemalja,⁴³ uređuje izdavanje odobrenja (autorizacije) operatorima trećih zemalja koji namjeravaju obavljati komercijalni zračni promet u Europskoj uniji.⁴⁴

37 Između ostaloga, do navedenoga datuma operatori zrakoplova koji posjeduju svjedodžbu za obavljanje komercijalnog zračnog prijevoza koju je izdala Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo prije primjene Uredbe 965/2012 bili su obvezni uskladiti se s Uredbom 965/2012 (v. čl. 7. i 10. Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012). Obveza usklađivanja odnosi se i na sustave rukovođenja, programe osposobljavanja, postupke i priručnike i drugo. V. više: informacija CCAA, www.ccaa.hr/download/documents/fodc-01-2013-rev-1_468 (12. 02. 2015.).

38 Uredba Vijeća (EEZ) br. 3922/91 od 16. prosinca 1991. o usklađivanju tehničkih propisa i upravnih postupaka u području civilnog zrakoplovstva (SL L 373, 31. 12. 1991.).

39 NN br. 103/09. i 42/14.

40 V. čl. 10. Uredbe Komisije (EU) 965/2012. V. i Dodatak I. Odluke o donošenju Nacionalnog programa sigurnosti u zračnom prometu, op. cit., str. 68.

41 Uredba Komisije (EU) 379/2014 od 7. travnja 2014. o izmjeni Uredbe Komisije (EU) 965/2012 o utvrđivanju tehničkih zahtjeva i upravnih postupaka u vezi s letačkim operacijama u skladu s Uredbom (EZ) br. 216/2008 Europskog parlamenta i Vijeća (SL L 123, 24. 04. 2014.). Primjenjuje se od 1. srpnja 2014., s mogućnošću prijavljivanja odgode početka primjene određenih Dodataka do 21. travnja 2017. godine za pojedine vrste operacija (specijalizirane operacije; CAT zrakoplovima klase performanse B ili nekompleksnim helikopterima, koje započinju i završavaju na istom aerodromu/operativnoj površini; CAT balonima i jedrilicama).

42 V. t. 3.-7. Preambule Uredbe Komisije (EU) 379/2014.; također v. Prilog IV. CAT.GEN. NMPA.150 i Prilog VII. SPO.GEN.150, SPO.GEN.155 i SPO.GEN.160. Uredbe Komisije (EU) 379/2014.

43 SL L 133, 6. 05. 2014.

44 Navedeno odobrenje izdaje EASA, kao potvrdu udovoljavanja takvog operatora ICAO standardima, dok države članice i dalje izdaju komercijalna odobrenja za letenje, temeljem prometnih prava. EASA-ino odobrenje preduvjet je odobrenju koje izdaju države članice. Uredba je stupila na snagu 26. svibnja 2014., a operatori iz trećih zemalja koji žele obavljati komercijalni zračni prijevoz u EU obvezni su podnijeti zahtjev EASA-i u roku od 6 mjeseci.

Odredbе prikazanih pravnih izvora u nastavku rada proučit će se kroz obradu nacionalnog podzakonskom akta, s daljnjim prikazom usuglašenosti, eventualnih praznina ili neusklađenosti u odnosu na ostala relevantna i neposredno prikazana vrela.

3. HRVATSKA AGENCIJA ZA CIVILNO ZRAKOPLOVSTVO KAO NADLEŽNO TIJELO ODGOVORNO ZA PRIJEVOZ OPASNIH ROBA ZRAKOM

Nadležno tijelo odgovorno za prijevoz opasne robe zrakom odgovarajuće je službeno (ili drugo) tijelo koje je određeno ili na drugi način priznato kao takvo u vezi s Tehničkim uputama.⁴⁵ U Republici Hrvatskoj odgovarajuće nadležno tijelo je Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo (HACZ).⁴⁶ Ona je u skladu s kriterijima ICAO-a, odgovorna za prijevoz opasnih roba zrakom.⁴⁷

Agencija je osnovana Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zračnom prometu iz 2007. godine,⁴⁸ kao organizacija izvan sustava državne uprave koja autonomno provodi u okviru svoje djelatnosti upravne i druge poslove koji se odnose na nadzor sigurnosti civilnog zračnog prometa. Godine 2009. donesen je novi Zakon o zračnom prometu⁴⁹ kojim je utvrđen kontinuitet rada Agencije⁵⁰ te pridodane inspeksijske ovlasti u obavljanju nadzora sigurnosti civilnog zračnog prometa i nadzora nad provođenjem mjera zaštite civilnog zračnog prometa u Republici Hrvatskoj.⁵¹

U 2011. godini donesen je Zakon o izmjeni i dopuni Zakona o zračnom prometu,⁵² kojim je dodatno proširena nadležnost Agencije na certificiranje organizacija za projektiranje, proizvodnju i održavanje zrakoplova, certificiranje organizacija za osposobljavanje zrakoplovnog osoblja, nadzor, inspekciju i druge aktivnosti vezane uz zaštitu prava putnika, osoba s invaliditetom, osoba smanjene pokretljivosti i dr. Osim nadzora nad provođenjem mjera zaštite civilnog zračnog prometa, također je utvrđena i nadležnost Agencije za usklađivanje i koordinaciju rada subjekata zaštite

EASA će u roku od sljedeća 24 mjeseca donijeti odluku o zahtjevu. Nakon datuma kada EASA donese odluku za odgovarajućeg operatora iz treće zemlje ili nakon razdoblja od najviše 30 mjeseci nakon stupanja na snagu Uredbe, ovisno o tome što ranije nastupi, država članica pri izdavanju odobrenja za letenje više ne provodi ocjenu sigurnosti za tog operatora iz treće zemlje u skladu sa svojim nacionalnim pravom. V. podatke s mrežne stranice CCAA: <http://www.ccaa.hr> (27. 01. 2015.).

45 V. definiciju "nadležnog tijela (*Competent Authority*)", čl. 2. t. 20. Pravilnika.

46 Engl. *Croatian Civil Aviation Agency – CCAA*. U daljnjem tekstu: Agencija.

47 Čl. 3. st. 1. Pravilnika.

48 NN br. 46/07. Tim je Zakonom izmijenjen i dopunjen Zakon o zračnom prometu iz 1998. (koji je prestao važiti donošenjem Zakona o zračnom prometu iz 2009. godine).

49 V. bilj. 25. ovog rada.

50 V. čl. 165. Zakona o zračnom prometu.

51 Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo, Godišnji program rada za 2013. godinu, Zagreb, prosinac 2012., str. 1. V. i čl. 5. Zakona o zračnom prometu.

52 NN br. 84/11.

civilnog zračnog prometa.⁵³ Ovim je izmjenama i dopunama Zakona o zračnom prometu promijenjen i naziv agencije iz Agencije za civilno zrakoplovstvo u Hrvatsku agenciju za civilno zrakoplovstvo.⁵⁴

Najnovijim izmjenama i dopunama Zakona o zračnom prometu, donesenima u srpnju 2014. godine, Agenciji je dana ovlast za podnošenje optužnoga prijedloga u svojstvu ovlaštenoga tužitelja i izdavanje prekršajnog naloga za prekršaje iz područja civilnoga zrakoplovstva te mogućnost ukidanja rješenja, odnosno drugoga upravnog akta u slučajevima postupanja protivno primjenjivim propisima.⁵⁵

Posebne djelatnosti i aktivnosti Agencije kao nadležnog tijela koje je odgovorno za prijevoz opasne robe zrakom reguliraju se Pravilnikom o uvjetima i načinu prijevoza opasnih roba. Agencija u tome pogledu priprema nacрте propisa i predlaže izmjene i dopune propisa za siguran prijevoz opasnih roba zrakom. Poduzima potrebne mjere kako bi se postigla usklađenost nacionalnih propisa s Tehničkim uputama i njihovim mogućim izmjenama i dopunama u razdoblju važenja njihovog zadnjeg izdanja. Obavještava ICAO o poteškoćama na koje naiđe u primjeni Tehničkih uputa i po potrebi predlaže njihove izmjene i dopune.

Predviđena je suradnja Agencije s nadležnim tijelima drugih država u situacijama kada se krše propisi koji reguliraju prijevoz opasne robe. U okviru svojih djelatnosti Agencija je obvezna utvrditi procedure radi kontrole poštanskih službi vezano uz prihvatanje opasnih roba koje se nalaze u poštanskim pošiljkama odnosno pošti, a koje se prevoze zrakoplovom. Te se procedure utvrđuju u skladu s međunarodnim procedurama za kontrolu poštanskih službi koje je ustanovila Svjetska poštanska unija.⁵⁶

Prema Pravilniku, Agencija donosi Program za opasne robe, a njegovi prioriteti se temelje na odgovarajućim odredbama Zakona o zračnom prometu i Zakona o prijevozu opasnih tvari, prioritetima koje određuje direktor Agencije u skladu s međunarodnim i nacionalnim programskim prioritetima, pripremi ljudskih potencijala kako bi se osiguralo da su zaposlenici, kojima je dodijeljena nadležnost u vezi s opasnim robama, stručni i kompetentni te da polaze odgovarajuća, neophodna osposobljavanja, kao i pripremi planova za provođenje nadzora, provođenju osposobljavanja i osiguravanje potrebnih sredstava. Agencija određuje osobu za kontakt i provođenje Programa za opasne robe i o tome izvješćuje ICAO. Pravilnikom se propisuju najvažnije aktivnosti osobe određene za provođenje Programa za opasne robe. Neke od njih su sudjelovanje u radu Nacionalnog povjerenstva za prijevoz opasnih roba, odgovaranje na upite

53 Čl. 5. st. 7. i 8. Zakona o zračnom prometu. V. i Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo, Godišnji program rada za 2013. godinu, op. cit., str. 1.

54 Čl. 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zračnom prometu, NN br. 84/11.

55 V. čl. 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zračnom prometu, NN br. 92/14. V. i Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zračnom prometu, s Konačnim prijedlogom zakona, Zagreb, srpanj, 2014., dostupno na mrežnoj stranici Hrvatskog sabora: <http://www.sabor.hr/prijedlog-zakona-o-izmjenama-i-dopunama-zakona0020> (19. 01. 2015.).

56 Čl. 3. st. 2., 4., 6. i 7. Pravilnika. Svjetska poštanska unija utemeljena je 9. listopada 1874. godine, a 1948. godine postala je specijaliziranom ustanovom Ujedinjenih naroda. Danas Unija ima 192 države članice. Detaljnije: <http://www.upu.int/en/the-upu/the-upu.html> (20. 03. 2015.).

zrakoplovne industrije u vezi s uvjetima i načinima prijevoza opasnih roba zrakom, sudjelovanje u pripremi nacionalnih propisa i standarda za prijevoz opasnih roba i druge.⁵⁷

Agencija također donosi i po potrebi mijenja i dopunjava Program informiranja zrakoplovne javnosti o opasnim robama. Ona mora osigurati da se informacije objavljuju na način da se putnici upozore na one vrste opasnih roba koje su zabranjene za prijevoz zrakoplovom kako je to propisano u Tehničkim uputama.⁵⁸

Ovlasti Agencije vezane uz izdavanje odobrenja za prijevoz opasne robe čiji je prijevoz inače zabranjen ili izdavanje odgovarajućeg izuzeća od odredbi Tehničkih uputa te druge njezine ovlasti, prikazuje se u radu na mjestima pri obradi tih tema.

4. POJAM OPASNE ROBE I NJEZINA KLASIFIKACIJA

Zakon o prijevozu opasnih tvari u svojem značenju pojmovima govori o “opasnim tvarima”, koje definira kao robe, terete, tvari, materijale i predmete koji su podijeljeni na odgovarajuće kategorije temeljem pojedinih međunarodnih ugovora pa time upućuje na njihovu klasifikaciju kako je ona propisana u tim međunarodnim ugovorima⁵⁹ (primjerice u ADR sporazumu kada je riječ o međunarodnom cestovnom prijevozu opasnih tvari te u drugima, ovisno o obliku prijevoza, što se u Zakonu o prijevozu opasnih tvari posebice navodi).⁶⁰ Nacrt Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu opasnih tvari ne intervenira u ovu terminologiju te ostavlja i dalje pojam i definiciju “opasnih tvari”.⁶¹

Pravilnik, koji koristi pojam “opasnih roba”,⁶² definira ih, kao i Uredba Komisije (EU) br. 965/2012, kao predmete ili tvari koje su u stanju prouzročiti značajan rizik po zdravlje, sigurnost, imovinu ili okoliš i koji se nalaze na popisu opasnih roba u Tehničkim uputama ili su klasificirani u skladu s njima.⁶³ Te su opasne robe temeljem Pravilnika i Tehničkih uputa podijeljene u jednu od devet klasa ovisno o opasnosti ili dominantnoj opasnosti koju predstavljaju, a neke od tih klasa podijeljene su u skupine.⁶⁴ Navedena podjela koristi se za sve oblike prijevoza.⁶⁵

Naime, klasifikaciju i opće odrednice opasnih roba kako su podijeljene prema Pravilniku i Tehničkim uputama, treba sagledati u okvirima koji se odnose na sve prijevozne grane. Ishodište klasifikacije nalazi se u djelovanju Ujedinjenih naroda, kao i njihovog Odbora stručnjaka za prijevoz opasne robe Ekonomskog i socijalnog vijeća. Stoga je navedena djelatnost posebice utjecala na donošenje prethodno spomenutog

57 Čl. 4. st. 1., 2., 5. i 6. Pravilnika.

58 Čl. 4. st. 3. i 4. Pravilnika.

59 Čl. 4. st. 1. t. 1. Zakona o prijevozu opasnih tvari.

60 Čl. 3. Zakona o prijevozu opasnih tvari.

61 Čl. 2. Konačnog prijedloga.

62 *Dangerous goods*.

63 Čl. 2. st. 2. t. 29. Pravilnika. Prilog I. t. 32. Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.

64 Čl. 8. st. 1. Pravilnika.

65 The Convention on International Civil Aviation, Annexes 1 to 18, International Civil Aviation Organization, http://www.icao.int/safety/airnavigation/nationalitymarks/annexes_booklet_en.pdf (16. 02. 2015.).

ADR sporazuma,⁶⁶ a kasnije i ostalih izvora koji reguliraju ovu tematiku. Ujedinjeni narodi i dalje, redovito donose odgovarajuće preporuke o prijevozu opasnih tvari.⁶⁷

Različita terminologija pojmova “opasne robe” i “opasnih tvari” može se uočiti i u prijevodima ADR sporazuma i najnovijih dopuna njegovih priloga A i B, u kojima se za pojam *dangerous goods* koriste termini i “opasne robe” i “opasne tvari”.⁶⁸

U klasifikaciji opasne robe prva klasa uključuje sve vrste eksploziva, od tvari i predmeta koji mogu izazvati masovnu eksploziju do onih koji ne predstavljaju značajnu opasnost, već samo manju opasnost u slučaju zapaljenja, kao što su primjerice vatromet ili signalne rakete. Druga klasa obuhvaća plinove koji mogu biti zapaljivi plinovi, nezapaljivi, neotrovni ili otrovni. Treću klasu čine zapaljive tekućine, kao što su benzin, lakovi ili razrjeđivač boje. Četvrta klasa pokriva zapaljive krutine, tvari podložne samozapaljenju te tvari koje u kontaktu s vodom tvore zapaljive plinove (primjerice metalni prahovi, ugljen i dr.). Peta klasa obuhvaća oksidirajuće tvari i organske perokside. U šestu klasu uvrštene su otrovne i zarazne tvari, a sedmu klasu čine radioaktivni materijali. To su uglavnom radioaktivni izotopi potrebni za medicinske ili istraživačke namjene, ali se ponekad nalaze u predmetima, kao što su srčani *pacemaker* ili detektor dima. Korozivne tvari koje mogu biti opasne za ljudsko tkivo ili koji predstavljaju opasnost za samu strukturu zrakoplova ulaze u osmu klasu (to su primjerice natrijev hidroksid, tekućina iz baterije i dr.). Konačno, devetu klasu čine razne druge opasne robe koje nisu obuhvaćene kriterijima ostalih klasa.⁶⁹

Kada je riječ o otpadu, on se mora prevoziti u skladu sa zahtjevima za odgovarajuću klasu, imajući u vidu opasnost koju predstavlja i kriterije iz Tehničkih uputa. Onaj otpad koji nije obuhvaćen Tehničkim uputama, ali je obuhvaćen propisima o nadzoru prekograničnog prometa otpada, može se prevoziti pod devetom klasom.⁷⁰

Za potrebe pakiranja, opasne tvari su raspoređene u tri pakirne grupe ovisno o stupnju opasnosti koji predstavljaju. Prava parkirna grupa obuhvaća tvari koje predstavljaju visoku opasnost, druga one koje predstavljaju srednju opasnost, a treća tvari koje predstavljaju nisku opasnost.⁷¹

66 Europski sporazum o međunarodnom cestovnom prijevozu opasnih tvari, donesen je 1957. godine te stupio na snagu 1968. Sporazum je doživio izmjene kroz svoj Protokol iz 1975. godine, a njegovi prilogi A i B redovito se mijenjaju i ažuriraju od stupanja na snagu ADR-a. Od 1. siječnja 2015. godine na snazi je izmijenjena i najnovija verzija navedenih priloga, a njezin je sadržaj u skladu s Preporukama UN-a o prijevozu opasnih tvari i relevantnih dokumenata ostalih oblika prijevoza. V. http://www.unece.org/trans/danger/publi/adr/adr_e.html (15. 09. 2015.). ADR sadrži tablice klasificiranih opasnih roba prema UN-u i to oko 2800 različitih tvari i predmeta. Detaljnije v. Starčević, Mario, Priručnik za opasne tvari, Gandalf, Zagreb, 2004., str. 6.

67 Prva verzija Preporuke navedenog Odbora objavljena je 1956. godine, a kao odgovor na tehnološke promjene i promjene u potrebama korisnika, one se redovito mijenjaju i ažuriraju. Detaljnije vidi: http://www.unece.org/trans/danger/publi/unrec/rev16/16fword_e.html (15. 09. 2015.).

68 V. posebice Izmjenu i dopunu priloga A i B Europskog sporazuma o međunarodnom cestovnom prijevozu opasnih tvari (NN MU br. 3/13., odnosno 3/15.).

69 V. čl. 8. Pravilnika. V. i http://www.icao.int/safety/airnavigation/nationalitymarks/annexes_booklet_en.pdf (1. 02. 2015.).

70 Čl. 8. st. 5. Pravilnika.

71 Osim eksploziva, plinova i radioaktivnog materijala, organskih peroksida, zaraznih tvari te

Opasne tvari koje predstavljaju opasnost jedne klase i jedne skupine razvrstane su u tu klasu i skupinu i, ako je primjenjivo, dodijeljen im je odgovarajući stupanj opasnosti (pakirna grupa). Kada je predmet ili tvar imenom posebno navedena u popisu opasnih roba u Tehničkim uputama onda se njihova klasa ili skupina, ako je primjenjivo, pakirna grupa i dodatna opasnost uzima s tog popisa.⁷² S druge strane, kada nije posebno imenom naveden u popisu opasnih roba Tehničkih uputa i kada predstavlja dvije ili više opasnosti određene klase ili skupine povezane sa zračnim prijevozom te kada po definiciji pripada dvjema klasama ili skupinama iz Tehničkih uputa, tada se mora klasificirati prema onoj koja predstavlja veću opasnost.⁷³

5. UVJETI PRIJEVOZA OPASNE ROBE ZRAKOM

Za razliku od detaljnijih odredaba kojima se uređuje prijevoz opasnih tvari u cestovnom prometu, željezničkom prometu i prometu unutarnjim vodama, Zakon o prijevozu opasnih tvari sadrži dva članka koja reguliraju prijevoz opasnih tvari u zračnom prometu. U njima se propisuju uvjeti prijevoza opasnih tvari zrakom i nadležnosti u zračnom prometu.⁷⁴ Tako se prijevoz opasnih tvari u zračnom prometu na domaćim i međunarodnim letovima smije obavljati sukladno propisima o zračnom prometu koji su na snazi u Republici Hrvatskoj i uz izravnu primjenu Međunarodnih standarda i preporučene prakse ICAO-a, Dodatka 18. Čikaške konvencije i Tehničkih uputa za siguran prijevoz opasnih tvari u zračnom prometu.⁷⁵

Navedeno detaljnije propisuje Uredba Komisije (EU) 965/2012, koja određuje da se zračni prijevoz opasne robe obavlja u skladu s Dodatkom 18. Čikaškoj konvenciji, kako je zadnje izmijenjena i proširena Tehničkim uputama za siguran zračni prijevoz opasne robe, uključujući njegove dopune i bilo koje druge dodatke ili ispravke.⁷⁶

Temeljem Zakona o prijevozu opasnih tvari zrakoplovom zabranjeno je prevoziti tvari koje su u Tehničkim uputama izričito navedene imenom ili generičkim opisom kao zabranjene za prijevoz u zračnom prometu, tvari koje su u njima navedene kao zabranjene za prijevoz u normalnim okolnostima te zaražene žive životinje.⁷⁷ Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo iznimno može, u slučaju potrebe i na privremenoj osnovi, odobriti izuzeća od navedene zabrane. Pritom je potrebno ispuniti dodatne uvjete koji su neophodni da bi se osigurala prihvatljiva razina sigurnosti.⁷⁸ Ako bi se radilo o međunarodnim letovima, moralo bi se pribaviti odobrenje i nadležnih tijela

samoreaktivnih tvari. V. čl. 8. st. 6. Pravilnika.

72 Čl. 8. st. 7. Pravilnika.

73 Kada predstavlja dvije ili više opasnosti klase 3., 4. ili 8. (zapaljive tekućine, zapaljive krutine, tvari podložne samozapaljenju, tvari koje u kontaktu s vodom tvore zapaljive plinove ili korozivne tvari) ili skupine 5.1 ili 6.1 (oksidirajuće tvari ili otrovne tvari). V. čl. 8. st. 6. Pravilnika.

74 V. čl. 49. i 50. Zakona o prijevozu opasnih tvari.

75 Čl. 49. st. 1. Zakona o prijevozu opasnih tvari.

76 V. Prilog IV., Poddio A Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012 (CAT.GEN.MPA.200 (a)).

77 Čl. 49. st. 2. Zakona o prijevozu opasnih tvari.

78 Treba napomenuti kako Zakon o prijevozu opasnih tvari koristi prethodni naziv ove Agencije ("Agencija za civilno zrakoplovstvo"), budući da je do promjene u nazivu došlo 2011. godine, a zakonske odredbe su iz 2007. godine. V. čl. 49. st. 3. Zakona o prijevozu opasnih tvari.

svih država preko čijega se teritorija obavlja let. Kada je riječ o zaraženim živim životinjama, njihov bi prijevoz bio izuzetno moguć dodatno uz posebno pisano odobrenje koje bi zračni prijevoznik dobio od nadležnog tijela države u kojoj je životinja prvi put utovarena u zrakoplov ili ako odredbe Tehničkih uputa navode da se životinje mogu prevoziti uz prethodno odobrenje nadležnih tijela.⁷⁹

Konačnim prijedlogom Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu opasnih tvari predložena je izmjena ovih odredbi pa je prema njima zabranjeno nuditi, prihvaćati na prijevoz ili prevoziti opasne tvari zrakom, osim u skladu s relevantnim međunarodnim ugovorima i standardima (Čikaškom konvencijom, Međunarodnim standardima i preporučenom praksom ICAO-a – Dodatkom 18. Konvencije i Tehničkim uputama), odredbama samoga Zakona i propisa koji su na temelju njega doneseni, kao i odgovarajućih propisa s područja civilnog zrakoplovstva.⁸⁰

Slijedom navedenoga, predložene su i izmjene prekršajnih odredbi Zakona o prijevozu opasnih tvari, pa bi se novčanom kaznom kaznila pravna ili fizička osoba ako bi nudila, prihvaćala na prijevoz ili prevozila opasne tvari suprotno propisanom određenju iz čl. 49., a ne više operator zrakoplova ako prevozi opasne tvari u zračnom prometu u suprotnosti s čl. 49., kako to predviđa sada važeća zakonska odredba.⁸¹

Vidljivo je da se u prijedlogu izmijenjenog zakonskog članka zabrana više ne odnosi samo na zabranu prijevoza opasnih tvari zrakoplovom, već je zabranjeno, također i nuditi i prihvaćati na prijevoz te prevoziti opasne tvari zrakom. Time je osim prijevoza uključeno i postupanje u smislu ponude, odnosno prihvaćanja prijevoza opasnih tvari. Zabrana prijevoza opasnih tvari zrakoplovom, izmijenjena je zabranom prijevoza opasnih tvari zrakom (i ponude te prihvata opasne tvari na prijevoz). Moguća kazna u slučaju nepridržavanja navedenih odredaba usmjerena je na svaku pravnu ili fizičku osobu, (a ne više isključivo na operatora), kako bi se obuhvatili svi oni sudionici koji nude, prihvaćaju na prijevoz ili prevoze opasne tvari zrakom.

Kod ponude, prihvata ili prijevoza opasnih tvari zrakom, prijedlog izmijenjene odredbe između ostaloga upućuje na poštovanje propisa donesenih temeljem Zakona o prijevozu opasnih tvari, čime se upućuje i na doneseni Pravilnik o uvjetima i načinu prijevoza opasne robe zrakom. To je izričito navedeno u daljnjem tekstu predloženih izmjena, u kojemu se propisuje da ministar nadležnog ministarstva prometa donosi propis o uvjetima i načinu prijevoza opasnih tvari zrakom.

Iz navedenoga, između ostaloga, proizlazi namjera predlagatelja zakonodavnog akta za donošenjem i stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu opasnih tvari, na čije će se odredbe moći jasno pozivati pri donošenju podzakonskog akta koji sadrži detaljnije odredbe o prijevozu opasnih tvari zrakom. Budući da je to izostalo, dolazi do toga da se navedeni Pravilnik donosi temeljem odredbi “staroga”, ali važećeg Zakona o prijevozu opasnih tvari iz 2007. godine i njegovih odredbi, koje propisuju donošenje takvoga podzakonskog propisa od nadležnog ministra, ali u detaljnijem određenju vidljivo je da upravo odredba Konačnog prijedloga izmjena i dopuna “priprema teren” za donošenje Pravilnika iz

79 Čl. 49. st. 2. i 3. Zakona o prijevozu opasnih tvari.

80 Čl. 25. Konačnog prijedloga.

81 V. čl. 59. st. 1. t. 36. Zakona o prijevozu opasnih tvari i čl. 34. Konačnog prijedloga.

2013. godine.⁸²

Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu opasnih tvari u svojem izmijenjenom članku 49. nadalje propisuje da sve one osobe koje nude ili prihvaćaju pošiljke, teret ili prtljagu u komercijalnom zračnom prometu na domaćim i međunarodnim letovima moraju nuditi ili prihvaćati te pošiljke, teret ili prtljagu u skladu s odredbama zadnjeg važećeg izdanja Tehničkih uputa, uključujući dodatak i dopune, odobrene i objavljene odlukom Vijeća ICAO-a.⁸³ Posebno se naglašava, kao i u Uredbi Komisije (EU) br. 965/2012 primjena zadnjeg važećeg izdanja Tehničkih uputa i svih njegovih dodataka i dopuna.⁸⁴

Propisujući ograničenja, odnosno restrikcije koje se primjenjuju u prijevozu opasnih roba zrakom, Pravilnik jednako tako određuje u svojim odredbama zabranu prijevoza opasnih roba, osim ako takav prijevoz nije u skladu s njegovim odredbama i detaljnim odredbama i postupcima propisanim u Tehničkim uputama.⁸⁵

Ako Agencija nije izdala odgovarajuće izuzeće sukladno propisanim uvjetima ili ako odredbama Tehničkih uputa nije naznačeno da se smiju prevoziti na temelju odobrenja koje je izdala država podrijetla, zrakoplovom se ne smiju prevoziti opasne robe koje su identificirane u Tehničkim uputama kao zabranjene za prijevoz u normalnim okolnostima te zaražene žive životinje. U zrakoplovu se ne smiju i prevoziti predmeti i tvari koji su posebno identificirani po imenu ili generičkom opisu u Tehničkim uputama kao zabranjene za prijevoz u svim okolnostima.⁸⁶ Jednako određenje propisuju odredbe Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.⁸⁷

Detaljnije propisujući uvjete prijevoza opasne robe zrakom, Pravilnik izuzima pojedinu opasnu robu od zahtjeva koji se inače normalno primjenjuju na tu robu. Radi se o iznimci koja se odnosi na predmete i tvari koji su klasificirani kao opasne robe, ali se moraju nalaziti u zrakoplovu u skladu s relevantnim plovidbenim i operativnim zahtjevima, pa su zbog toga izuzeti od odredaba Pravilnika. Isto se pravilo odnosi i na one predmete i tvari koji imaju posebnu namjenu određenu u Tehničkim uputama, kao i na određene predmete i tvari koje nose putnici ili članovi posade zrakoplova.⁸⁸

Zbog širine teme, spomenut će se da Tehničke upute sadrže odredbe za opasnu robu koju nose putnici ili posada u svojem Dijelu 8., koji je izmijenjen i dopunjen u Izdanju 2015.-2016. Tehničkih uputa. Osnovno je pravilo da opasnu robu putnici ili članovi posade ne smiju nositi i u ručnoj i u predanoj prtljazi ili imati uza sebe. Postoje, međutim, određene iznimke za robu koja služi za osobnu njegu, medicinske potrepštine, sportsku opremu i predmete koji su namijenjeni kao pomoć osobama s invaliditetom.⁸⁹

U određenim slučajevima Agencija može izdati odobrenje kojim će dopustiti

82 V. prijedlog izmjene čl. 49. i njegov st. 8. prema čl. 25. Konačnog prijedloga.

83 V. st. 2. izmijenjenog čl. 49. prema čl. 25. Konačnog prijedloga.

84 V. Prilog IV., Poddio A Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012 (CAT.GEN.MPA.200 (a)).

85 Čl. 9. st. 1. Pravilnika.

86 V. čl. 9. st. 2. i 3. Pravilnika.

87 V. Prilog IV., Poddijelu A Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012 (CAT.GEN.MPA.200 (b)).

88 V. čl. 2. t. 15. i čl. 5. st. 1. i 3. Pravilnika.

89 Detaljnije v. http://www.ccaa.hr/download/documents/read/opasna-roba-koju-nose-putnici-ili-posada-izdanje-2015---2016-_1450 (12. 05. 2014.).

prijevoz opasne robe koju je inače zabranjeno prevoziti na putničkim i/ili teretnim zrakoplovima. Radit će se o onoj opasnoj robi za koju je u Tehničkim uputama posebno predviđeno da se može prevoziti uz odobrenje. Bitan uvjet koji pritom mora biti ispunjen je taj da je postignuta razina sigurnosti u prijevozu jednaka onoj koja je predviđena u Tehničkim uputama. Ukoliko u njima nema posebne odredbe kojom se dopušta izdavanje odobrenja, može se tražiti izdavanje izuzeća.⁹⁰ Agencija naime može izdati izuzeće od odredbi Tehničkih uputa. Ako je riječ o onim predmetima i tvarima koji su zabranjeni za prijevoz u svim okolnostima, Agencija može izdati navedeno izuzeće od odredbi Tehničkih uputa pod uvjetom da operator dokaže da će ukupna razina sigurnosti u prijevozu biti jednaka razini sigurnosti koja je njima predviđena. Ovdje će se raditi o slučajevima koji su posebno hitni, odnosno kada drugi način prijevoza nije primjeren ili kada je potpuno udovoljavanje propisanim zahtjevima u suprotnosti s javnim interesom.^{91,92}

6. PAKIRANJE, OBILJEŽAVANJE I OZNAČAVANJE OPASNE ROBE

Zakon o prijevozu opasnih stvari ne sadrži odredbe koje uređuju postupke vezane uz pakiranje, obilježavanje i označavanje opasne robe koja se prevozi zrakom. Takve odredbe sadržane su u dijelu koji se odnosi na grane kopnenog prometa.⁹³ Predložene izmjene ovoga Zakona također ne donose dopune kada je riječ o onoj robi koja se sa svojstvima opasne stvari prevozi zrakom.

Pravilnik propisuje da se opasne robe moraju pakirati u skladu s njegovim odredbama i Tehničkim uputama.⁹⁴ Ambalaža koja se koristi za prijevoz opasnih roba zrakom mora biti kvalitetno dizajnirana i konstruirana kako bi se spriječilo curenje, do kojega bi u normalnim uvjetima prijevoza moglo doći promjenom temperature, vlažnosti, tlaka ili zbog vibracija. Ambalaža mora biti prikladna sadržajima i otporna na kemijsko ili drugo djelovanje opasnih roba te udovoljavati odgovarajućim specifikacijama koje su propisane u Tehničkim uputama. Ako bi se to zahtijevalo Tehničkim uputama, ambalaža koja je namijenjena za prijevoz opasnih roba zrakom mora od nadležnog tijela u Republici Hrvatskoj ili nadležnog tijela druge države imati odobrenje tipa.⁹⁵ Osim toga, mora ispunjavati i ostale uvjete propisane Pravilnikom i Tehničkim uputama.⁹⁶

Svako pakiranje opasne robe, odnosno opasnih roba mora se označiti odgovarajućim oznakama, odnosno obilježiti odgovarajućim tehničkim specifikacijama sadržaja i drugim obilježjima. Obilježja i oznake moraju biti trajne i vidljive te ne

90 V. čl. 2. t. 25. i čl. 6. Pravilnika.

91 V. čl. 2. t. 16. i čl. 7. Pravilnika.

92 Smjernice za postupanje sa zahtjevima za izdavanje izuzeća, uključujući i primjere posebno hitnih slučajeva, mogu se naći u Dopuni Tehničkih uputa, Dio S-1, Poglavlje 1, paragrafi 1.2 i 1.3 (v. čl. 7. st. 3. Pravilnika).

93 V. čl. 5.-9. Zakona o prijevozu opasnih stvari.

94 Čl. 10. st. 1. Pravilnika.

95 Čl. 10. st. 2.-6. Pravilnika.

96 V. čl. 10. st. 7.-11. Pravilnika.

smiju biti prekrivene ili zaklonjene nekim dijelom ili dodatkom ambalaže ili nekom drugom oznakom ili obilježjem. Za obilježavanje opasnih roba mora se koristiti engleski jezik, ali i dodatno drugi jezik, ako to zahtijeva država podrijetla.⁹⁷

7. CERTIFIKAT ZA OPASNE ROBE

U važećem Zakonu o prijevozu opasnih tvari ne nalaze se odredbe koje se odnose na certifikat za opasne robe koje se prevoze zrakom, ali je u tekstu prijedloga izmjena i dopuna ovog Zakona sadržano pravilo kojim pravna ili fizička osoba ne smije nuditi, prihvaćati za prijevoz ili prevoziti opasne tvari zrakom bez odobrenja Hrvatske agencije za civilno zrakoplovstvo. Agencija ovo odobrenje uz propisanu naknadu izdaje na temelju podnesenog zahtjeva. Odobrenje su obvezni pribaviti pošiljatelji, otpremnici, pružatelji usluga prihvata i otpreme tereta te zračni prijevoznici.⁹⁸

Predložene izmjene i dopune zadržavaju pojam zračnog prijevoznika u krugu osoba koje su obvezne posjedovati propisano odobrenje.⁹⁹ Pravilnik, sukladno s pojmovnim određenjem iz EU propisa, navodi operatora kojega definira kao osobu, organizaciju ili poduzeće koje se bavi ili nudi usluge letaćkih operacija zrakoplovom.¹⁰⁰

Operator se sukladno Pravilniku svrstava u pojam poduzetnika, a opasnu robu smiju prihvaćati i prosljeđivati samo oni poduzetnici kojima je Agencija izdala odobrenje, odnosno koje je certificirala kao sposobne za obavljanje tih operacija i koji su u posjedu važećeg Certifikata za opasne robe.¹⁰¹ Pod poduzetnicima se podrazumijevaju pošiljatelji, otpremnici, pružatelji zemaljskih usluga prihvata i otpreme tereta te, kao što je već navedeno, operatori.¹⁰²

Kako bi ishodio Certifikat za opasne robe, poduzetnik mora podnijeti zahtjev uz koji prilaže popratnu dokumentaciju. Dužan je uspostaviti unutarnje procedure (Standardne operativne procedure – SOP-ove u kojima mora detaljno opisati proces prihvata, otpreme i skladištenja pošiljka opasne robe, izvješćivanja o događajima s opasnom robom i detaljni prikaz operativnog postupanja), imati na raspolaganju važeće propise o opasnim robama te imenovati koordinatora za opasne robe,¹⁰³ kojeg

97 V. čl. 11. Pravilnika.

98 V. st. 4. i 5. izmijenjenog čl. 49. prema čl. 25. Konačnog prijedloga te izmijenjeni čl. 50. st. 3. prema čl. 26. Konačnog prijedloga.

99 Zakon o prijevozu opasnih tvari definira prijevoznika kao osobu koja obavlja prijevoz opasnih tvari i koja je u ugovoru o prijevozu, odnosno ispravi o prijevozu, navedena kao prijevoznik, a ako se prijevoz obavlja bez ugovora o prijevozu, odnosno bez isprave o prijevozu prijevoznik je osoba koja prevozi opasne tvari. Čl. 4. st. 1. t. 6. Zakona o prijevozu opasnih tvari.

100 Čl. 2. t. 30. Pravilnika.

101 *Dangerous goods certificate* – DG Certifikat. V. čl. 12. st. 1. Pravilnika.

102 Radi se o svakoj osobi, organizaciji ili ovlaštenom tijelu koje priprema pošiljku za prijevoz (pošiljatelj), osobi ili organizaciji koja pruža usluge organizacije prijevoza tereta zrakom (otpremnik), pravnoj ili fizičkoj osobi koja u ime operatora obavlja jednu ili više kategorija zemaljskih usluga, uključujući prihvata, ukrcaj, iskrcaj, premještanje ili druge obrade putnika ili tereta (pružatelj usluga prihvata i otpreme) te osobi, organizaciji ili poduzeću koje se bavi ili nudi usluge letaćkih operacija zrakoplovom (operator). V. čl. 2. t. 30., 35., 41. i 48. Pravilnika.

103 Detaljnije o koordinatoru za opasne robe v. čl. 13. Pravilnika.

mora prihvatiti Agencija.¹⁰⁴

Certifikat za opasne robe izdaje se za razdoblje od najduže dvije godine od dana njegovog izdavanja, a prije nego što istekne valjanost Certifikata, njegov imatelj je odgovoran za pravovremeno podnošenje zahtjeva za njegovo obnavljanje.¹⁰⁵ Donošenjem Pravilnika u veljači 2013. godine i njegovim stupanjem na snagu 19. ožujka iste godine, pošiljateljima, otpremnicima, pružateljima zemaljskih usluga prihvata i otpreme tereta i operatorima bio je ostavljen rok do 30. lipnja 2013., do kada su morali ishodovati i posjedovati Certifikat za opasne robe, kako bi i dalje mogli nastaviti obavljati dotadašnje aktivnosti u vezi s opasnom robom.¹⁰⁶

Sukladno odredbama Pravilnika, operatori čije je glavno mjesto poslovanja u Europskoj uniji, koji imaju Svjedodžbu zračnog prijevoznika (*Air Operator Certificate – AOC*) i operiraju u skladu sa zahtjevima iz Dodataka III. Uredbe (EEZ) br. 3922/91 (“EU-OPS”) ne moraju ishoditi Certifikat za opasne robe od Agencije, pod uvjetom da imaju posebno odobrenje za prijevoz opasne robe zrakom koje je izdalo nadležno tijelo, a koje je izdalo i Svjedodžbu zračnog prijevoznika.¹⁰⁷

Kao što je prethodno već spomenuto, za svjedodžbe zračnih prijevoznika koje je država članica izdala u skladu s Uredbom Vijeća (EEZ) br. 3922/91 prije početka primjene Uredbe Komisije (EU) 965/2012, smatrat će se da su izdane u skladu s Uredbom Komisije (EU) br. 965/2012. No, do 28. listopada 2014. operatori su morali prilagoditi svoje sustave upravljanja, programe osposobljavanja, postupke i priručnike, kako bi bili u skladu s prilogima III., IV. i V. Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012. Svjedodžbe zračnih prijevoznika morale su se zamijeniti sa svjedodžbama izdanim u skladu s Prilogom II. Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.¹⁰⁸

U određenim slučajevima Agencija će privremeno ili trajno oduzeti izdani Certifikat za opasne robe.

Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu opasnih tvari predviđa dopunu s pravilom prema kojemu bi Agencija privremeno povukla izdano odobrenje ako postoji osnovana sumnja da imatelj odobrenja više ne ispunjava propisane uvjete ili se ne pridržava odredbi zadnjeg važećeg izdanja Tehničkih uputa tijekom ponude ili prihvata pošiljaka, tereta ili prtljage u komercijalnom zračnom prometu na domaćim i međunarodnim letovima.¹⁰⁹

Pravilnikom je propisano da će Agencija privremeno oduzeti izdani Certifikat za

104 Čl. 12. st. 2. Pravilnika. Na mrežnoj stranici Hrvatske agencije za civilno zrakoplovstvo navedena je lista poduzetnika koji su imatelji DG Certifikata. Lista sadrži sve relevantne podatke o pojedinom poduzetniku (pošiljatelju, otpremniku i ostalim poduzetnicima), uključujući i DG koordinatora i ostale podatke. V. http://www.ccaa.hr/download/documents/read/popis-imatelja-certifikata-za-opasne-robe_797 (25. 02. 2015.). V. i Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo, Godišnji program rada za 2013. godinu, op. cit., str. 1.

105 Čl. 12. st. 3. i 4. Pravilnika.

106 Čl. 37. st. 1. Pravilnika.

107 Čl. 12. st. 5. Pravilnika.

108 V. čl. 7. st. 1. Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012. V. i Informaciju CCAA, FOD-FRM-052, INT na mrežnoj stranici: www.ccaa.hr/download/documents/fode-01-2013-rev-1_468. (14. 02. 2015.). V. i:

http://www.ccaa.hr/hrvatski/faq_28/ (14. 02. 2015.). V. i bilj. 38. ovoga rada.

109 V. st. 6. izmijenjenog čl. 49. prema čl. 25. Konačnog prijedloga.

opasne robe ako imatelj odobrenja više ne ispunjava propisane uvjete ili je mjerodavno ustanovljeno da je bio uključen i doprinio nastanku nesreće ili nezgode s opasnom robom¹¹⁰ ili nekog drugog događaja koji je ugrozio ili mogao ugroziti sigurnost zračnog prometa ili zahtjeve u vezi sa zaštitom zračnog prometa ili ako ne surađuje u dovoljnoj mjeri s obzirom na nalaze Agencije i poštovanje određenog vremenskog roka za otklanjanje utvrđenih nesukladnosti.¹¹¹

Prijedlogom izmjena i dopuna Zakona o prijevozu opasnih tvari bila bi propisana temeljna odredba u pogledu privremenog oduzimanja Certifikata za opasne robe, dok se Pravilnikom preciznije propisuju razlozi zbog kojih Agencija taj Certifikat može oduzeti na privremenoj osnovi. Važeći Zakon o prijevozu opasnih tvari, kako je navedeno, ne sadrži takve odredbe.

Predložene izmjene i dopune Zakona o prijevozu opasnih tvari predviđaju, a Pravilnik propisuje i razloge trajnog oduzimanja Certifikata. Razlozi obuhvaćeni Pravilnikom i Konačnim prijedlogom odnose se kada se Certifikat oduzima na zahtjev samoga imatelja Certifikata ili onaj kada imatelj Certifikata obavlja i takve aktivnosti za koje se zahtijeva neko drugo odobrenje, a to drugo odobrenje nije ishodilo. Osim toga, do trajnog oduzimanja Certifikata može doći i ako imatelj Certifikata ne dostavi dokaz da je otklonio razloge zbog kojih mu je privremeno oduzet Certifikat ili ako imatelj Certifikata namjerno ili zbog nemara dostavlja Agenciji netočne podatke o nekim značajnim pitanjima.¹¹²

Odredbe Pravilnika slijede određenja Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012. Ona sadrži odredbe o odobrenju koje mora posjedovati operator kako bi obavljao zračni prijevoz opasnih roba. Izuzetak će se odnositi na slučajeve predviđene u Prilogu IV. (dio-CAT) Uredbe, kada operator neće podlijegati Tehničkim uputama sukladno njihovom Dijelu 1. ili kada se radi o opasnoj robi koju nose putnici ili članovi posade ili se takva roba nalazi u prtljazi u skladu s Dijelom 8. Tehničkih uputa.¹¹³

Uredba propisuje uvjete koji moraju biti ispunjeni da bi operator dobio odobrenje za prijevoz opasnih roba pa on mora u skladu s Tehničkim uputama uspostaviti i održavati program osposobljavanja za cjelokupno uključeno osoblje i dokazati nadležnom tijelu da je to osoblje odgovarajuće osposobljeno. Također je dužan i uspostaviti operativne postupke kako bi osigurao sigurno rukovanje opasnim robama u svim fazama zračnog prijevoza. Operativni postupci koje je operator dužan uspostaviti moraju sadržavati informacije i upute o politici operatora u pogledu prijevoza opasnih roba, zahtjevima za prihvaćanje, rukovanje, utovar, smještaj i razdvajanje opasnih roba, informacije o mjerama koje se poduzimaju u slučaju nesreće ili nezgode zrakoplova kada prevoze opasne robe, reakcijama u hitnim situacijama i drugo.¹¹⁴

110 V. bilj. 148. ovoga rada.

111 Čl. 14. st. 1. Pravilnika.

112 Čl. 14. Pravilnika.

113 V. Prilog V., Poddio G (SPA.DG.100) i Prilog IV. Dio-CAT, Poddio A (CAT.GEN. MPA.200) Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012. V. i bilj. 89. ovoga rada.

114 V. Poddio G Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012 (SPA.DG.105).

8. ODGOVORNOST PODUZETNIKA U PRIJEVOZU OPASNE ROBE

Zakon o prijevozu opasnih tvari i njegove predložene izmjene i dopune ne sadrže posebne odredbe o odgovornosti poduzetnika u prijevozu opasne robe, dok su Pravilnikom predviđena razrađena pravila o odgovornosti pošiljatelja, operatora, otpremnika i pružatelja zemaljskih usluga prihvata i otpreme tereta. Uredba Komisije (EU) br. 965/2012 regulira odgovornost operatora u Prilogu III., gdje pored pravila koja se odnose na sve obveze kojih se mora pridržavati kod operacija zrakoplovom, sadrži i odredbu o obvezi uspostavljanja i održavanja programa osposobljavanja osoblja u vezi s opasnom robom u skladu s Tehničkim uputama. Ostale odredbe o njegovoj odgovornosti, a koje su vezane uz opasnu robu, sadržane su u posebnim dijelovima koji uređuju prijevoz opasne robe, odobrenje za njezin prijevoz i informacije i dokumentaciju o opasnim robama.¹¹⁵

8.1. Odgovornost pošiljatelja

Prije nego što uputi neku opasnu robu na prijevoz zrakom pošiljatelj mora osigurati da ta roba sukladno Tehničkim uputama nije zabranjena za prijevoz zrakom u svim okolnostima. Ako se opasna roba smije prevoziti jedino uz odobrenje, tada je pošiljatelj odgovoran pribaviti sva potrebna odobrenja, ako je tako naznačeno u Tehničkim uputama. Pošiljatelj mora osigurati da su robe klasificirane sukladno kriterijima za klasifikaciju koja su sadržana u Tehničkim uputama. Također mora osigurati da su robe pakirane i da se koristi odgovarajuća ambalaža. Obvezan je osigurati da je pakiranje opasne robe propisno obilježeno i označeno, da je ono u stanju podobnom za prijevoz zrakom te ispuniti i druge uvjete vezane uz pakiranje opasne robe sukladno Tehničkim uputama.¹¹⁶

Pošiljatelj ima i obveze koje se odnose na sastav i sadržaj dokumenta o prijevozu opasne robe. Tako mora osigurati da je navedeni dokument sastavljen na engleskom jeziku, odnosno dodatno na drugim jezicima, sukladno Tehničkim uputama te da sadrži izjavu koju je potpisao ili je potpisana za pošiljatelja i u kojoj se navodi da je udovoljeno Tehničkim uputama, da je opasna roba točno i potpuno opisana, ispravno klasificirana, pakirana, obilježena i označena i u odgovarajućem stanju za prijevoz zrakom. Pošiljatelj se mora pobrinuti da se dokument o prijevozu opasne robe, kao i drugi propisani dokumenti u skladu s Tehničkim uputama, dostavi operatoru.¹¹⁷

8.2. Odgovornost operatora

Operatori koji posjeduju Svjedodžbu zračnog prijevoznika obvezni su u Operativnom priručniku¹¹⁸ (ili u drugoj odgovarajućoj dokumentaciji) propisati

¹¹⁵ V. Prilog III. Dio-ORO, Poddio GEN (ORO.GEN.110), Prilog IV. Dio-CAT, Poddio A (CAT.GEN.MPA.200), Prilog V., Poddio G (SPA.DG.100, 105, 110).

¹¹⁶ Čl. 15. st. 1. Pravilnika.

¹¹⁷ Čl. 15. st. 2. i 3. Pravilnika.

¹¹⁸ Operativni priručnik je glavno sredstvo koje koristi zračni prijevoznik kako bi osigurao sigurno odvijanje operacija zračnog prijevoza. Taj je Priručnik i glavni element za izdavanje Svjedodžbe

odgovarajuće postupke za letačku posadu i zemaljsko osoblje u svezi sa slaganjem i prijevozom opasnih roba zrakom te postupke radi osiguravanja usklađenosti pošiljaka primljenih od pošiljatelja i pružatelja zemaljskih usluga sa zahtjevima Tehničkih uputa, koji moraju uključivati i postupke u slučaju opasnosti u skladu s Naputkom za postupanje u slučaju opasnosti za zrakoplovne nezgode povezane s prijevozom opasnih roba (Doc 9481-AN/928).¹¹⁹

Operator neće smjeti primiti na prijevoz opasne robe zrakom ako opasnu robu ne prate dvije kopije uredno popunjenog dokumenta o prijevozu opasne robe (osim kada je u Tehničkim uputama navedeno da se ne zahtijeva taj dokument) i sve dok pakiranje, omotno pakiranje ili teretni kontejner koji sadrži opasne robe nije pregledan u skladu s postupcima za prihvata propisanim u Tehničkim uputama.¹²⁰ Operator mora razviti i koristiti kontrolne liste prihvata u skladu s procedurom propisanom u Operativnom priručniku i drugoj odgovarajućoj dokumentaciji.¹²¹

Pakiranja i omotna pakiranja koja sadrže opasne robe i teretni kontejneri koji sadrže radioaktivni materijal moraju se utovarivati i smjestiti u zrakoplovu u skladu s odredbama Tehničkih uputa. Također se moraju pregledati prije utovara u zrakoplov (ili u jedinično sredstvo utovara) kako bi se utvrdilo je li došlo do curenja ili oštećenja, a ukoliko je došlo do curenja ili oštećenja, ne smiju se utovariti u zrakoplov.¹²²

Ukoliko je neko pakiranje opasne robe utovareno u zrakoplov, pa se za njega ustanovi da je oštećeno ili da iz njega curi, operator mora to pakiranje ukloniti iz zrakoplova (ili organizirati da ga nadležno tijelo ili drugi subjekt ukloni). I nakon istovara potrebno je pregledati pakiranja opasne robe kako bi se ustanovilo ima li znakova oštećenja ili curenja. Ukoliko bi to bio slučaj, prostor u zrakoplovu gdje je opasna roba bila smještena mora se pregledati i ustanoviti je li oštećen ili onečišćen.¹²³

Opasna roba se ne smije prevoziti u kabini zrakoplova u kojoj se nalaze putnici ili na palubi zrakoplova osim u okolnostima koje dopuštaju odredbe Tehničkih uputa.¹²⁴

Pri prijevozu opasne robe, operator može odlučiti primjenjivati restriktivnije odredbe od onih koje su propisane u Tehničkim uputama. U tom slučaju mora o tim odstupanjima obavijestiti Agenciju i ICAO.¹²⁵

Pravilnik sadrži i druge odredbe o manipulaciji opasnom robom i njezinom

zračnog prijevoznika. Informacije koje su sadržane u Operativnom priručniku su opsežne i stalno se nadopunjavaju. Objavom Operativnog priručnika zračni prijevoznik potvrđuje svoju određenost da je Priručnik u skladu s važećim propisima i Svjedodžbom zračnog prijevoznika. S druge strane on sadrži neophodne operativne upute za osoblje koje će obavljati poslove i zadatke pri zračnom prijevozniku. Detaljnije v. na mrežnoj stranici Agencije: http://www.ccaa.hr/hrvatski/faq_28/ (20. 02. 2015.)

119 Čl. 16. st. 1. Pravilnika. U svezi s navedenim Naputkom v. *Emergency Responce Guidance for Aircraft Incidents*, Doc 9481/AN982, 2013-2014 Edition, Approved by the Secretary General and published under his authority, ICAO, 2012. http://www.emfa.pt/infoaero/conteudos/galeria/ICAO/Digitalizados/DOC_9481_AN_928_2011_2012EDITION.pdf (25. 01. 2015.).

120 Čl. 16. st. 2. Pravilnika.

121 Čl. 16. st. 3. Pravilnika.

122 Čl. 16. st. 5. Pravilnika.

123 Čl. 16. st. 7. i 8. Pravilnika.

124 Čl. 16. st. 9. Pravilnika.

125 Čl. 16. st. 17. Pravilnika.

smještaju u zrakoplovu te o odgovornosti operatora vezano uz ove aktivnosti.¹²⁶

Kao što je već u jednom dijelu spomenuto, prema odredbama koje sadrži Uredba Komisije (EU) br. 965/2012, da bi uopće mogao dobiti odobrenje za prijevoz opasnih roba, operator mora uspostaviti operativne postupke, kako bi osigurao sigurno rukovanje opasnim robama u svim fazama zračnog prijevoza. Ti operativni postupci moraju sadržavati informacije i upute o njegovoj politici u pogledu prijevoza opasnih roba, zahtjevima za prihvaćanje, rukovanje, utovar, smještaj i razdvajanje opasnih roba. Moraju sadržavati informacije o mjerama koje se poduzimaju u slučaju nesreće ili nezgode zrakoplova kada prevoze opasne robe, reakcijama u hitnim situacijama i drugo.

Sukladno Uredbi, operator je u skladu s Tehničkim uputama obavezan glavnom pilotu/zapovjedniku osigurati pisane informacije o opasnim robama koje će se prevoziti u zrakoplovu i postupke, odnosno mjere koje će se poduzimati u hitnim slučajevima tijekom leta. Također, obavezan je koristiti kontrolnu listu provjere za prihvaćanje. Operator je dužan osigurati da je opasna roba praćena zahtijevanom prijevoznom ispravom odnosno ispravama za opasnu robu koju je sastavila osoba koja opasnu robu predaje na prijevoz, osim ako su informacije koje se odnose na opasnu robu dane u elektroničkom obliku. Kada je prijevozna isprava predana u pisanom obliku, operator mora osigurati da se kopija te isprave nalazi na zemlji gdje će joj se moći pristupiti u jednom razumnom razdoblju, dok roba ne stigne na konačno odredište. Njegova je obveza osigurati i da se kopija informacija koje su dane glavnom pilotu/zapovjedniku također zadrži na zemlji i da se toj kopiji ili informacijama koje su u njoj sadržane može trenutačno pristupiti na aerodromima posljednjeg odlaska i sljedećeg planiranog dolaska, do kraja leta na koji se te informacije odnose. Kontrolnu listu za prihvaćanje, prijevoznu ispravu i informacije dane glavnom pilotu/zapovjedniku operator je dužan čuvati najmanje tri mjeseca nakon završetka leta, a evidencije o osposobljavanju osoblja najmanje tri godine.¹²⁷

8.3. Odgovornost otpremnika

Otpremnik koji za pošiljatelja obavlja klasifikaciju, pakiranje, obilježavanje i označavanje pošiljke mora osigurati udovoljavanje odredbama Pravilnika i Tehničkih uputa o klasifikaciji, pakiranju i obilježavanju. Ovu obvezu otpremnik mora poštovati čak i onda kada pošiljatelj potpiše izjavu u dokumentu o prijevozu opasne robe u kojoj se navodi da je udovoljeno Tehničkim uputama i da je opasna roba potpuno i točno opisana, ispravno klasificirana, pakirana, obilježena i označena i u odgovarajućem stanju za prijevoz zrakom.¹²⁸

Osim propisa koji se primjenjuju na prijevoz opasnih roba zrakom, otpremnici moraju za obavljanje svih otpremničkih poslova primjenjivati i Opće uvjete

126 V. čl. 16. st. 3.-19. Pravilnika.

127 V. Prilog V., Poddio G Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012 (SPA.DG.105 (b), 110).

128 Čl. 17. st. 1. u vezi s čl. 15. st. 2. t. b) Pravilnika.

međunarodne udruge otpremnika.^{129, 130}

8.4. Odgovornost pružatelja zemaljskih usluga prihvata i otpreme tereta

Pružatelj zemaljskih usluga prihvata i otpreme tereta u skladu sa sporazumom o pružanju zemaljskih usluga preuzima od operatora zrakoplova odgovornost za udovoljavanje zahtjevima o prijevozu opasne robe zrakom koji su propisani Pravilnikom, ako je to primjenjivo.¹³¹

Pružatelj zemaljskih usluga prihvata i otpreme tereta mora voditi evidenciju o svim certificiranim operatorima koji obavljaju prijevoz opasnih roba sa zračne luke, gdje pružatelj usluga prihvata i otpreme obavlja svoje djelatnosti te takvu evidenciju dostaviti Agenciji na zahtjev.¹³²

9. PRIJEVOZ OPASNIH ROBA POŠTOM

Zakon o prijevozu opasnih tvari kod prijevoza opasne robe daje pošti status pošiljatelja. Pošta može, sukladno ovom Zakonu, pri prijevozu opasnih roba zrakom primjenjivati i odredbe propisa Svjetske poštanske unije koji se odnose na prijevoz opasnih roba u zračnom prometu. Konačni prijedlog u svojim izmjenama i dopunama ne sadrži takvu odredbu kojom posebice obuhvaća poštu, već sadrži onu koja se odnosi na obveze i odgovornost svih osoba koje nude ili prihvaćaju pošiljke, teret ili prtljagu u komercijalnom zračnom prijevozu na domaćim i međunarodnim letovima.¹³³

Pravilnik naglašava da one robe koje su definirane kao opasne robe u Tehničkim uputama, a u skladu s Konvencijom Svjetske poštanske unije,¹³⁴ nisu dopuštene u

129 Čl. 17. st. 2. Pravilnika.

130 Opći uvjeti poslovanja međunarodnih otpremnika Hrvatske navode otpremničke poslove te sadrže odredbe o ponudi, nalogu za otpremu (dispoziciji), prijehu i predaji stvari, prijevoznim i popratnim dokumentima, prispjeću oštećene pošiljke i postupku s istom, određivanju prijevoznog puta i načina prijevoza (instradaciji), rokovima izvršenja, pregledu pakiranja, utvrđivanju količine, uzimanju uzoraka, carinjenju, osiguranju, naknadi za usluge i naknadi troškova, odgovornosti otpremnika, zadržavanju i zalogu robe te rješavanju sporova. Tekst Općih uvjeta v. na mrežnoj stranici Hrvatske gospodarske komore:

<https://www.hgk.hr/category/udruzenja/udruzenje-medunarodnih-otpremnika> (20. 02. 2015.).

131 Čl. 18. st. 1. u vezi s čl. 16. st. 2., 3., 4., 5., 6., 8., 9., 10., 12., 13., 14., 15. i 16. Pravilnika. Tržište zemaljskih usluga na svim zračnim lukama regulira Direktiva Vijeća 96/67/EZ od 15. listopada 1996. o pristupu tržištu zemaljskih usluga u Zajednici. U Republici Hrvatskoj Direktiva Vijeća 96/67/EZ implementirana je kroz Pravilnik o pružanju zemaljskih usluga (NN br. 38/13.). V. više: http://www.ccaa.hr/hrvatski/pruzateljji-zemaljskih-usluga_117/ (20. 02. 2015.). V. i čl. 40. Zakona o zračnom prometu.

132 Čl. 18. st. 2. i 3. Pravilnika.

133 Čl. 50. st. 4. Zakona o prijevozu opasnih tvari. V. i čl. 25. i 26. Konačnog prijedloga.

134 Čl. 50. st. 4. Zakona o prijevozu opasnih tvari. V. čl. 15. i 16. Zakona o potvrđivanju Svjetske poštanske konvencije sa Završnim protokolom (Odluka o proglašenju Zakona o potvrđivanju Svjetske poštanske konvencije sa Završnim protokolom, NN-MU br. 1/11.). Svjetska poštanska konvencija kao temeljni dokument za međunarodni poštanski promet donesena je 1878. godine. Na svakom Kongresu na kojem se predstavnici država članica moraju sastati ne kasnije od četiri godine od datuma završetka godine u kojoj je održan zadnji Kongres donosi se nova Svjetska

pošti. Od ovoga pravila predviđeni su izuzeci koji se odnose na opasne robe koje se pod određenim uvjetima i karakteristikama smiju prihvaćati za poštanski zračni prijevoz.¹³⁵

Opasne robe koje se smiju prihvaćati u pošti za zračni prijevoz jesu: bolesnički uzorci (definirani Pravilnikom),¹³⁶ pod uvjetom da su razvrstani, pakirani i označeni u skladu s Tehničkim uputama, zarazne tvari određene kategorije i pakirane u skladu sa specifičnim zahtjevima za pakiranje, radioaktivni materijal određenih karakteristika, litijeve ionske baterije koje se nalaze u opremi te litijeve metalne baterije koje se nalaze u opremi (obje moraju udovoljavati propisanim uvjetima, a u pojedinom pakiranju, koje se šalje poštom, ne smiju se nalaziti više od četiri članka ili dvije baterije).¹³⁷

Imenovani poštanski operator¹³⁸ dužan je slijediti odgovarajuće procedure za nadzor slanja opasnih roba u pošti koja će se prevoziti zrakom. Te su procedure podložne pregledu i odobravanju tijela nadležnih za civilno zrakoplovstvo u državi gdje se prihvaća pošta.¹³⁹ Prije nego što imenovani poštanski operator počne s prihvatom litijevih baterija od Agencije mora dobiti posebno odobrenje. Poštanski operator obvezan je pridržavati se ove odredbe od početka 2014. godine.¹⁴⁰ Ostalu opasnu robu koja se smiju prihvaćati u pošti za zračni prijevoz, poštanski operator može prihvaćati bez posebnog odobrenja Agencije.^{141, 142}

10. OBVEZA INFORMIRANJA

Zakon o prijevozu opasnih tvari, a isto tako i Konačni prijedlog njegovih izmjena i dopuna, ne sadrže detaljnije odredbe o ovim pitanjima. Njih nalazimo u odredbama Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012 i nacionalnog podzakonskog akta. Prema Pravilniku, operatori, pošiljatelji i drugi subjekti uključeni u prijevoz opasne robe zrakom, moraju svom osoblju pružiti informacije koje će im omogućiti obavljanje dužnosti u svezi s prijevozom opasnih roba. Obvezni su pripremiti i naputke za

poštanska konvencija i ostaje na snazi do početka primjene nove konvencije usvojene na sljedećem Kongresu. V. Horvat, Ladislav, Kaštela, Slobodan, *Prometno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, str. 452. i 454. V. i Prijedlog Zakona o potvrđivanju Svjetske poštanske konvencije sa Završnim protokolom, www.sabor.hr/fgs.axd?id=11913 (22. 02. 2015.).

135 Čl. 19. st. 1. Pravilnika.

136 V. čl. 2. t. 2. Pravilnika.

137 Detaljnije vidi odredbu čl. 19. st. 2. Pravilnika.

138 Definiran u Pravilniku kao vladino ili nevladino tijelo koje je službeno imenovala država članica da pruža poštanske usluge i ispunjava obveze, na teritoriju države članice, koje proizlaze iz akata Konvencije Svjetske poštanske unije, povezane s poštanskim uslugama. Čl. 2. t. 13. Pravilnika.

139 Čl. 19. st. 3. Pravilnika.

140 V. čl. 37. st. 3. Pravilnika.

141 Čl. 19. st. 4. i 5. Pravilnika.

142 V. i Naredbu o zrakoplovnoj sigurnosti ASO-2012-014, Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo, Zagreb, 15. studenoga 2012., str. 1-3., koju je Agencija izdala sukladno svojim ovlastima, a koja se počela primjenjivati od 1. srpnja 2013. godine. Naredba čini Dopunu br. 6. Tehničkih uputa za siguran prijevoz opasnih roba zrakom (Doc 9284/AN905), koje se odnose na prijevoz opasnih roba poštom, a Pravilnik je u potpunosti usuglašen u svojim odredbama s njome.

poduzimanje mjera u slučaju pojavljivanja opasnosti povezane s opasnom robom.¹⁴³

Jednako pravilo postupanja sadržano je u Uredbi Komisije (EU) br. 965/2012. Temeljem njega operator pruža osoblju potrebne informacije koje im omogućavaju obavljanje njihovih odgovornosti kako se zahtijeva Tehničkim uputama.¹⁴⁴

Operator zrakoplova dužan je zapovjednika zrakoplova pisanim putem informirati o prijevozu opasne robe. Istu informaciju dužan je proslijediti i osoblju odgovornom za operativnu kontrolu zrakoplova (primjerice operativnim kontrolorima prometa, dispečerima leta i drugima). Kao što je prethodno spomenuto, operator je u Operativnom priručniku dužan propisati sve potrebne informacije kako bi omogućio letačkoj posadi da obavlja dužnosti u svezi s prijevozom opasnih roba i mora pripremiti naputke za poduzimanje mjera u slučaju pojavljivanja opasnosti povezane s opasnom robom.¹⁴⁵

Također su već spomenute odredbe Uredbe Komisije (EU) br. 965/201 u kojima se, propisujući obvezu informiranja i dokumentaciju o opasnim robama, nalaže operatoru da u skladu s Tehničkim uputama glavnom pilotu/zapovjedniku osigura pisane informacije o opasnim robama koje će se u zrakoplovu prevoziti te one koje će se upotrebljavati prilikom poduzimanju mjera u hitnim slučajevima tijekom leta. Također mora osigurati da se kopije tako danih informacija zadrže i na zemlji i da im se može trenutno pristupiti na aerodromima posljednjeg odlaska zrakoplova i sljedećeg planiranog dolaska, sve do kraja leta na koji se te informacije odnose.¹⁴⁶ Sukladno Pravilniku, kao i Uredbi, putnicima moraju biti dostupne informacije o vrstama opasnih roba koje je zabranjeno prevoziti u zrakoplovu i koje putnici ne smiju unijeti u zrakoplov.¹⁴⁷

Ako se tijekom leta pojavi opasnost, zapovjednik zrakoplova mora (čim mu to situacija dopusti) o tome informirati službu kontrole zračnog prometa kako bi ona informirala nadležne službe na zračnoj luci o opasnoj robi koja se nalazi u zrakoplovu.¹⁴⁸

U slučaju zrakoplovne nesreće ili ozbiljne nezgode koje mogu biti povezane s opasnim robama¹⁴⁹ koje se prevoze kao teret, operator koji prevozi opasnu robu kao

143 Čl. 21. st. 8. Pravilnika.

144 V. CAT.GEN.MPA.200 (d) Priloga IV., Poddijela A Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.

145 V. čl. 21. st. 1.-3. Pravilnika.

146 V. SPA.DG.110 Priloga V., Poddijela G Uredbe komisije (EU) br. 965/2012.

147 Detaljnije v. čl. 21. st. 5.-7. Pravilnika. Uredba Komisije (EU) br. 965/2012 također propisuje obvezu operatora koji osigurava da se putnicima daju informacije o opasnoj robi u skladu s tehničkim uputama (v. CAT.GEN.MPA.200 (f) Priloga IV., Poddijela A Uredbe komisije (EU) br. 965/2012).

148 Čl. 21. st. 9. Pravilnika.

149 Kao i temeljem odredbi Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012 (Prilog I., t. 33. i 34.), nesreća s opasnom robom (*Dangerous goods accident*) u skladu je s definicijom pojmova iz čl. 2. t. 23. Pravilnika, događaj povezan s prijevozom opasne robe zrakom koji ima za posljedicu smrt, ozbiljno ozljeđivanje osobe, veću materijalnu štetu ili štetu za okoliš. Nezgoda s opasnom robom (*Dangerous goods incident*) događaj je povezan s prijevozom opasne robe zrakom, koji nije nesreća s opasnom robom, i ne mora se nužno dogoditi u zrakoplovu, a koji ima za posljedicu ozljeđu osobe, materijalnu štetu ili štetu za okoliš, požar, lom, prolijevanje, curenje tekućine, zračenje ili drugi trag, koji ukazuju na to da nije sačuvana cjelovitost ambalaže.

teret, mora bez odgađanja, o opasnim robama u zrakoplovu informirati odgovarajuće službe nadležne za postupanje u slučaju nesreće ili ozbiljne nezgode. Operator, također mora, što je prije moguće, informirati odgovarajuća nadležna tijela u državi operatora¹⁵⁰ i u državi u kojoj se dogodila nesreća ili ozbiljna nezgoda.¹⁵¹

U slučaju nezgode zrakoplova, operator zrakoplova koji prevozi opasnu robu kao teret mora, ako to od njih zatraže, informirati odgovarajuće službe nadležne za postupanje u slučaju nezgode, i odgovarajuće nadležno tijelo države u kojoj se dogodila nezgoda s opasnom robom u zrakoplovu, kao što je navedeno u pisanoj informaciji za zapovjednika zrakoplova.¹⁵²

Treba ipak spomenuti i odredbu Zakona o prijevozu opasnih tvari, koja nameće dužnost zapovjedniku i drugim sudionicima koji su povezani s prijevozom opasnih tvari da u slučaju nesreća i ozbiljnih nezgoda zrakoplova povezanih s opasnim tvarima postupaju na način koji je propisan u ICAO Doc. 9481 Naputku za postupanje u slučaju opasnosti za zrakoplovne nezgode koje su povezane s opasnim tvarima. O svim ugrožavanjima sigurnosti zrakoplova, nesrećama i ozbiljnim nezgodama zrakoplova povezanih s opasnim tvarima obveza je da se na propisani način izvijesti Agencija. Predložene izmjene i dopune ne sadrže takvo određenje.¹⁵³

11. OSPOSOBLJAVANJA

Zakon o prijevozu opasnih tvari ne sadrži posebne odredbe kojima regulira pitanje osposobljavanja, ali prijedlogom njegovih izmjena dotadašnji članak 50. se mijenja¹⁵⁴ te se propisuje temeljno pravilo, po kojemu sve osobe koje sudjeluju u prijevozu opasnih tvari zrakom moraju proći odgovarajuće osposobljavanje po programima koje ovlaštenim organizacijama za provođenje osposobljavanja odobrava Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo.¹⁵⁵

Sukladno Pravilniku, organizacija (osoba ili poduzeće) kao pružatelj usluge osposobljavanja¹⁵⁶ mora imati odgovarajuće osoblje, opremu te djelovati u odgovarajućem okruženju.¹⁵⁷ Kako bi mogla provoditi osposobljavanje za opasne robe, organizacija mora biti certificirana, a ukoliko zadovoljava propisane uvjete

Svaki događaj povezan s prijevozom opasne robe, koji ozbiljno ugrozi zrakoplov i osobe u zrakoplovu, također se smatra nezgodom s opasnom robom (čl. 2. t. 24. Pravilnika). V. i čl. 3. t. 42., 42.a) i 53. Zakona o zračnom prometu.

150 Država u kojoj se nalazi glavno mjesto poslovanja operatora ili stalno sjedište operatora (ako mjesto poslovanja ne postoji). V. čl. 2. t. 7. Pravilnika.

151 Čl. 21. st. 10. Pravilnika.

152 V. čl. 21. Pravilnika. Također jednako i Uredba Komisije (EU) br. 965/2012 (v. CAT.GEN. MPA.200 (e) 1. Priloga IV., Poddijela A Uredbe komisije (EU) br. 965/2012).

153 Čl. 50. st. 1. Zakona o prijevozu opasnih tvari. V. i čl. 26. Konačnog prijedloga.

154 Kao što je prethodno navedeno, važeći čl. 50. Zakona o prijevozu opasnih tvari u svom st. 1. upućuje na odgovarajuće postupanje u slučaju ugrožavanja sigurnosti zrakoplova, nesreća i ozbiljnih nezgoda zrakoplova povezanih s opasnim tvarima.

155 V. izmijenjeni čl. 50. st. 1. prema čl. 26. Konačnog prijedloga. V. i čl. 22. Pravilnika.

156 Prema čl. 2. t. 49. Pravilnika pružatelj usluga osposobljavanja je osoba, organizacija ili poduzeće koje nudi ili provodi osposobljavanje.

157 Čl. 22. st. 1. Pravilnika.

Agencija će joj izdati Certifikat pružatelja usluge osposobljavanja.¹⁵⁸

Pružatelji usluga osposobljavanja moraju utvrditi i održavati programe za početno i periodično osposobljavanje. Takve programe dužni su utvrditi i održavati ih za potrebe pošiljatelja i pakiratelja opasnih roba, operatore, pružatelje zemaljskih usluga, otpremnike, osoblje zaštite i imenovane poštanske operatore.¹⁵⁹ Propisan je sadržaj tečajeva osposobljavanja te minimalni aspekti prijevoza opasnih roba zrakom s kojima bi navedene osobe trebale biti upoznate. Kako bi se u svakom trenutku osiguralo da znanje ovih osoba ostane na zahtijevanoj razini tako da mogu u cijelosti obavljati svoje dužnosti, u roku od najviše 24 mjeseca od prethodnog osposobljavanja mora se održati osposobljavanje za obnavljanje znanja (periodično osposobljavanje).¹⁶⁰

Na kraju osposobljavanja polaznik mora pokazati svoju razinu osposobljenosti polaganjem ispita. Uspješnim polaznicima pružatelji usluga osposobljavanja izdaju uvjerenja o položenom ispitu. Ovo uvjerenje, uz ostale sadržajne dijelove mora imati i registracijski broj polaznika koji je jedinstven za svako pojedino uvjerenje i koji temeljem zahtjeva pružatelja usluge osposobljavanja dodjeljuje Agencija.¹⁶¹

U dijelu u kojem se uređuju odgovornosti operatora u Uredbi Komisije (EU) br. 965/2012 propisana je i njegova obveza da uspostavlja i održava programe osposobljavanja osoblja u vezi s opasnom robom u skladu s tehničkim uputama, koji podliježu reviziji i odobrenju nadležnog tijela. Programi osposobljavanja razmjerni su odgovornostima osoblja. Navedena obveza operatora ujedno je i jedan od uvjeta kako bi dobio odobrenje za prijevoz opasnih roba, o čemu je već bilo govora na pojedinim mjestima ovoga rada.¹⁶²

12. OVLASTI VEZANE UZ OSIGURAVANJE PRIMJENE PROPISA

Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo odgovorna je za certificiranje, nadzor i inspekciju svih organizacija i osoba koji su na bilo koji način uključeni u prijevoz opasnih roba zrakom. Te su ovlasti Agencije propisane Zakonom o zračnom prometu, proizlaze iz odredbi Zakona o prijevozu opasnih tvari,¹⁶³ te posebice Pravilnika, koji sadrži u tome pogledu detaljnije odredbe. Odgovornost za certificiranje, nadzor i inspekciju mora udovoljavati odredbama Pravilnika, Tehničkih uputa i drugih propisa koji sadrže odredbe koje se odnose na prijevoz opasnih roba zrakom.¹⁶⁴

Uredba Komisije (EU) br. 965/2012 propisuje da države članice imenuju jedan ili više subjekata kao nadležno tijelo unutar te države članice s potrebnim ovlastima i dodijeljenim odgovornostima za certificiranje i nadzor osoba i organizacija koje podliježu Uredbi (EZ) br. 216/2008 i njezinim provedbenim pravilima.¹⁶⁵

158 Čl. 22. st. 2. Pravilnika.

159 V. čl. 24. st. 1. Pravilnika.

160 V. čl. 2. t. 39. i čl. 24. st. 3. i 4. Pravilnika.

161 V. čl. 25.-28. Pravilnika.

162 V. ORO.GEN.110 (j) Prilog III. Dio-ORO i SPA.DG.105 Priloga V. Poddijela G Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.

163 V. čl. 55. st. 7. Zakona o prijevozu opasnih tvari. V. i čl. 31. Konačnog prijedloga.

164 V. čl. 33. st. 1. Pravilnika.

165 Čl. 3. Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012.

Zakon o prijevozu opasnih tvari nadzor nad njegovom provedbom i provedbom propisa koji su temeljem njega doneseni, a koji se odnose na prijevoz opasnih tvari u zračnom prometu, stavlja u nadležnost zrakoplovnih nadzornika Agencije i zrakoplovnih inspektora nadležnog ministarstva prometa.¹⁶⁶ Konačni prijedlog izmjena i dopuna ovoga Zakona određuje kao nadležne osobe inspektore Agencije, čime bi se, kao i u prethodnim slučajevima, usuglasile odredbe Zakona i Pravilnika.¹⁶⁷

Sukladno Pravilniku, inspektor za opasne robe koji je od Agencije ovlašten za provođenje certifikacije i nadzora, može poduzimati odgovarajuće radnje ukoliko osnovano posumnja da se u konkretnom slučaju radi o opasnoj robi s kojom nije rukovano sukladno odredbama Pravilnika, Tehničkih uputa i drugih propisa. Tako može pregledavati ili uzimati uzorke takve robe, zaplijeniti je, otvarati ili zahtijevati da se otvori prtljaga ili pakiranje koje bi takvu robu moglo sadržavati.

Inspektor za opasne robe može pregledavati ili kopirati spise, podatke, procedure i sve druge materijale koji su povezani s obavljanjem certifikacijskih i/ili nadzornih zadataka. Može ulaziti u odgovarajuće prostorije, obavljati istrage, procjene, inspekcije, a kada je to potrebno poduzimati i mjere prisile kojima se osigurava poštovanje propisa. Može poduzeti i druge mjere za koje je ovlašten Zakonom o zračnom prometu.¹⁶⁸

Postupanje protivno odredbama Pravilnika, Tehničkih uputa i drugih propisa koji se odnose na opasne robe podliježu prekršajnim odredbama Zakona o prijevozu opasnih tvari i Zakona o zračnom prometu.¹⁶⁹

13. IZVJEŠTAVANJE O DOGAĐAJIMA S OPASNIM ROBAMA

Zakon o prijevozu opasnih tvari nameće obvezu da se na propisani način izvijesti Agencija o svim ugrožavanjima sigurnosti zrakoplova, nesrećama i ozbiljnim nezgodama zrakoplova povezanih s opasnim tvarima. Predložene izmjene i dopune ne sadrže takvo određenje.¹⁷⁰

Pravilnik ovu obvezu nameće izravno pošiljatelju, otpremniku, carinarnici, imenovanom poštanskom operatoru, pružatelju zemaljskih usluga prihvata i otpreme tereta, pružatelju usluge zaštitnih pregleda, operatoru i svim drugim subjektima čije se glavno mjesto poslovanja nalazi u Republici Hrvatskoj, a kod kojih se nalazi opasna roba u trenutku događaja s opasnom robom, bez obzira je li se opasna roba nalazila u teretu, pošti ili prtljazi. Oni trebaju postupiti u skladu sa zahtjevima za izvješćivanje propisanim u Pravilniku i moraju o svakom događaju s opasnim robama, kad god da se dogodi, izvijestiti Agenciju.¹⁷¹

Operator mora prijaviti nadležnim tijelima države operatora i države podrijetla i svaku prigodu kada je otkriveno kod prijevoza da opasna roba nije utovarena, razdvojena, razmaknuta i osigurana u skladu s odredbama Tehničkih uputa. Istu obvezu

166 Čl. 55. st. 7. Zakona o prijevozu opasnih tvari.

167 Čl. 32. Konačnog prijedloga.

168 V. čl. st. 2.-5. Pravilnika.

169 V. čl. st. 6. Pravilnika.

170 Čl. 50. st. 1. Zakona o prijevozu opasnih tvari. V. i čl. 26. Konačnog prijedloga.

171 Čl. 34. st. 1. Pravilnika.

ima i u slučaju kada je otkriveno da se opasna roba prevozi, a da o tome zapovjedniku zrakoplova nije dostavljena informacija u skladu s odredbama Pravilnika i odredbama Tehničkih uputa.¹⁷²

Sukladno odredbama Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012 operator mora bez odlaganja obavijestiti nadležno tijelo i nadležno tijelo države zbilžavanja u slučaju bilo kakve nesreće ili nezgode povezane s opasnom robom. Isto tako i ako otkrije neprijavljenu ili pogrešno prijavljenu opasnu robu ili teret ili poštu ili u slučaju pronalaska opasne robe koju prevoze putnici ili članovi posade ili koja se nalazi u njihovoj prtljazi, a to nije u skladu s Dijelom 8. Tehničkih uputa.¹⁷³

U svim slučajevima kada postoji obveza izvješćivanja, prvi izvještaj se mora poslati u roku od 72 sata od nastupa događaja, osim ako posebne okolnosti to ne onemogućuje. Izvještaj se može poslati na bilo koji način (uključujući e-mail, telefon ili telefaks) i mora sadržavati propisane podatke (koji su u tom trenutku poznati). Kada je potrebno, mora se što prije moguće, poslati dopunski izvještaj s dodatnim podacima koji nisu bili poznati u vrijeme slanja prvog izvještaja. Uz izvještaj treba priložiti preslike dokumenata i fotografije te izvještaj dostaviti na predviđenom obrascu. Za naglasiti je kako izvještavanje o događajima s opasnom robom koje je predviđeno Pravilnikom ne isključuje obvezu izvještavanja propisanu posebnim propisima.¹⁷⁴

14. ZAKLJUČAK

Države potpisnice ICAO Konvencije, pa tako i Republika Hrvatska, moraju primjenjivati odredbe Dodatka 18. Siguran prijevoz opasnih roba zrakom, kod svih međunarodnih prijevoza opasnih roba koji se obavljaju civilnim zrakoplovima. U tomu pogledu najvažnije obveze država članica su odrediti nadležno tijelo koje će biti odgovorno za udovoljavanje odredbama Dodatka 18, provođenje inspekcija, nadzora i mjera prisile za nepoštovanje propisa, prikupljanje izvještaja i istraživanje nezgoda i nesreća te udovoljavanje detaljnim odredbama Tehničkih uputa za siguran prijevoz opasnih roba zrakom.

Stupanjem na snagu Pravilnika o uvjetima i načinu prijevoza opasnih roba zrakom 2013. godine u nacionalnom zakonodavstvu zaživjele su odredbe koje su u cijelosti usklađene s Dodatkom 18., uključujući i njegove izmjene i dopune 1-10.

To je osobito bitno zbog Preporuke ICAO-a o potrebi uspostavljanja i implementiranja mehanizama kojima će Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo osiguravati da sve organizacije ili agencije koje sudjeluju u prijevozu opasnih roba provode osposobljavanje u skladu sa zahtjevima Dodatka 18. Čikaške konvencije i Tehničkih uputa.¹⁷⁵

172 Čl. 34. st. 2. Pravilnika.

173 V. i CAT.GEN.MPA.200 (e) Priloga IV., Poddijela A Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012. V. i bilj. 89. ovog rada.

174 Detaljnije v. čl. 34. st. 3.-7. Pravilnika. V. i Pravilnik o izvješćivanju događaja povezanih sa sigurnošću u zračnom prometu (NN br. 57/13.).

175 Navedena Preporuka rezultat je nadzora sigurnosti sustava civilnog zrakoplovstva u Republici Hrvatskoj koji je ICAO proveo 2010. godine. V. Agencija za civilno zrakoplovstvo, Obrazloženje prijedloga za donošenje Pravilnika o uvjetima i načinu prijevoza opasnih roba zrakom, Zagreb,

Trenutno važeći Zakon o prijevozu opasnih tvari ne sadrži odredbe vezane uz osposobljavanje. Sadrži tek dva članka koja sadrže odredbe o prijevozu opasnih tvari u zračnom prometu, u kojima regulira na temeljnoj razini uvjete prijevoza opasne robe zrakom te nadležnosti u zračnom prometu. S druge strane, takve odredbe nalazimo u tekstu Konačnog prijedloga izmjena i dopuna ovoga Zakona, Ministarstva pomorstva, prometa i infrastrukture iz veljače 2013. godine, koji ipak do danas nije prošao redovitu zakonodavnu proceduru te slijedom toga nije stupio na snagu. Iz neformalnih upita koji su razlozi tome, proizašlo je kako cijeli niz drugih zakonskih prijedloga ima svoje prvenstvo zbog značaja njihovog sadržaja pa je ovaj zakonski prijedlog na neki način "stavljen sa strane". No, kada se proučava odredbe ovoga Konačnog prijedloga, vidljivo je kako se njima ide u pravcu usuglašavanja s relevantnom međunarodnom i europskom regulativom pa on između ostalih sadrži i pravila koja se odnose na odgovarajuća osposobljavanja sudionika u prijevozu opasnih roba zrakom, odnosno programe osposobljavanja. Njegove odredbe također "pripremaju teren" za donošenje odgovarajućeg podzakonskog akta, koji bi detaljnije uredio prijevoz opasne robe zrakom. Ipak, došlo je do toga da je takav podzakonski propis donesen prije nego li što su usvojene i stupile na snagu izmjene i dopune Zakona o prijevozu opasnih tvari. Trenutna situacija je da provedbeni propis sadrži suvremene i međunarodnim i europskim pravnim izvorima usklađene odredbe prijevoza opasnih roba zrakom, dok odredbe Zakona na temelju kojih je ovaj provedbeni propis donesen, svojim sadržajem i terminologijom od toga u određenoj mjeri odudaraju. Kako se radi tek o dva važeća članka iz Zakona o prijevozu opasnih tvari, ipak se ne može reći da je riječ o znatnijoj neusklađenosti ili pravilima koja bi bila u suprotnosti s važećim odredbama iz međunarodnog i europskog prava. Ipak, u navedenom Zakonu nedostaju određena pravila, kao što je ono vezano uz obvezu svih osoba koje sudjeluju u prijevozu opasne robe zrakom da prođu odgovarajuće osposobljavanje po programima koje odobrava Hrvatska agencija za civilno zrakoplovstvo. Takvo se pravilo dodaje prijedlogom izmjena i dopuna ovoga Zakona, a također se usuglašavaju, sadržajno te terminološki u najvećem dijelu, temeljne obveze svih osoba koje sudjeluju u prijevozu opasnih roba zrakom. Zbog navedenoga bi se stupanjem na snagu Zakona o izmjeni i dopuni Zakona o prijevozu opasnih tvari usuglasila pravna regulativa na svim razinama, a time i dodatno omogućilo povećanje sigurnosti u prijevozu opasnih roba zrakom.

Kada je riječ o pravu Europske unije, treba dodatno naglasiti da su se danom početka primjene Uredbe Komisije (EU) br. 965/2012 u listopadu 2014. godine, počela primjenjivati razrađena pravila za operacije komercijalnog zračnog prijevoza avionima i helikopterima te ona u pogledu uvjeta za izdavanje certifikata i svjedodžbi operatora zrakoplova koji obavljaju operacije komercijalnog zračnog prijevoza pa tako i prijevoz opasne robe zrakom. Primjenom priloga IV. i V. ove Uredbe, koji sadrže odredbe o prijevozu opasne robe tijekom zračnog prijevoza i koji se pritom pozivaju na primjenu Dodatka 18. Čikaške konvencije i Tehničkih uputa te stupanjem na snagu našeg nacionalnog podzakonskog propisa iz 2013. godine, koji je usuglašen s odredbama ove Uredbe te sadrži detaljna pravila prijevoza opasne robe zrakom, može se zaključiti kako postoji obuhvatan i razrađen mehanizam pravila na više

razina, koja reguliraju uvjete i način prijevoza opasne robe zrakom. Uz donošenje novih izmjena i dopuna osnovnog zakonskog teksta koji regulira prijevoz opasnih roba, taj bi se mehanizam dodatno nadopunio i uskladio. Ipak, zbog stalnog napretka i želje za dodatnom sigurnošću u zračnom prijevozu, sva navedena pravila će se sa sigurnošću nadopunjavati i po potrebi mijenjati.

Summary

CONDITIONS AND A METHODS OF TRANSPORT OF DANGEROUS GOODS BY AIR

The paper shows the international, European and national system of legal rules governing the transport of dangerous goods by air. With the review of the provisions of the Carriage of Dangerous Goods Act and the Final proposal on amendments to this national act, the paper elaborates on the provisions of the Ordinance on the conditions and manner of transport of dangerous goods by air that is in full compliance with Annex 18 to the Convention on International Civil Aviation ("Chicago Convention") - Safe Transport of Dangerous goods by Air, including its amendments, as well as the 2013-2014 Technical instructions Issued and their amendments. A reference is also made to the relevant provisions of Commission Regulation (EU) no. 965/2012, which in its Annexes IV and V contains the provisions on the transport of dangerous goods for commercial air transport operations.

Keywords: *dangerous goods, air transport, ICAO Convention, Technical Instructions, EASA OPS.*

Zusammenfassung

BEDINGUNGEN UND MODALITÄTEN DES LUFTRANSPORTS GEFÄHRLICHER GÜTER

Dieser Artikel stellt die internationalen, europäischen und nationalen Systeme der gesetzlichen Vorschriften für den Lufttransport gefährlicher Güter dar. Neben dem Überblick des Gesetzes und der Endrechnung des Gesetzes über die Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über den Transport gefährlicher Güter, besondere Aufmerksamkeit wird den Bestimmungen der Verordnung über die Bedingungen und Modalitäten für den Lufttransport gefährlicher Güter gegeben, die in voller Übereinstimmung mit dem 18. Anhang des Abkommens über die internationale Zivilluftfahrt ist (s.g. Chicagoer Abkommen) - Sicherer Lufttransport gefährlicher Güter - sowie mit deren Änderungen und Technischen Anleitungen von 2013 - 2014 und deren Änderungen. Es wird auch auf die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung der Kommission (EU) Nr. 965/2012 hingedeutet, die in ihren Anhängen IV und V Regelungen über den Transport gefährlicher Güter während des gewerblichen Luftverkehrs enthält.

Schlüsselwörter: *gefährliche Güter, Lufttransport, ICAO Abkommen, technische Anleitungen, EASA OPS.*

Riassunto

LE CONDIZIONI E LE MODALITÀ DI TRASPORTO DI MERCİ PERICOLOSE PER VIA AEREA

Nel lavoro si illustra il sistema di regole giuridiche sul piano internazionale, europeo e nazionale, mediante il quale si disciplina il trasporto di merci pericolose per via aerea. In particolare si analizzano le disposizioni del Regolamento sulle condizioni e le modalità di trasporto di merci pericolose per via aerea, il quale è in toto conforme all'allegato 18 della Convenzione sul traffico aereo civile internazionale (c.d. Convenzione di Chicago) – Trasporto sicuro di merci pericolose per via aerea, comprese le sue modifiche ed integrazioni, come anche con le Istruzioni tecniche nell'edizione 2013-2014 e successiva modifica. Si rinvia altresì alle relative disposizioni del Regolamento comunitario n. 965/2012/UE, il quale negli Allegati IV e V contiene le disposizioni relative al trasporto di merci pericolose durante operazioni di trasporto aereo commerciale.

Parole chiave: *merci pericolose, trasporto aereo, ICAO Convenzione, Istruzioni tecniche, EASA OPS.*

ANTIDISKRIMINACIJSKO ZAKONODAVSTVO I SUDSKA PRAKSA U RH – INDIVIDUALNA I UDRUŽNA ANTIDISKRIMINACIJSKA TUŽBA KAO (NE) DJELOTVORNA SREDSTVA ZA OSTVARENJE PRAVNE ZAŠTITE

Dr. sc. Paula Poretti, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 342.722/.727
Ur.: 28. travnja 2015.
Pr.: 23. studenog 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se prikazuju osnovni izvori europskog i hrvatskog antidiskriminacijskog prava. Osobita pozornost posvećuje se Zakonu o suzbijanju diskriminacije iz 2009. godine, čije je donošenje imalo za cilj stvaranje antidiskriminacijskog zakonodavnog okvira koji bi jamčio visoki stupanj pravne zaštite od različitih oblika diskriminacije u hrvatskom pravnom sustavu. Propituju se individualna i udružna antidiskriminacijska tužba kao pravna sredstva za učinkovito ostvarenje te zaštite. Uz brojčane pokazatelje stanja sudske prakse donosi se i pregled dostupnih individualnih i udružnih antidiskriminacijskih tužbi kojima su pokrenuti postupci pred sudovima i ostalim tijelima u RH u posljednjih nekoliko godina. Detektiraju se manjkavosti antidiskriminacijskog zakonodavstva i problemi sudske prakse u RH. Upućuje se na nedostatke čijim bi se otklanjanjem stvorile pretpostavke za učinkovito ostvarivanje zaštite od diskriminacije u hrvatskom pravnom sustavu.

Ključne riječi: *antidiskriminacijsko zakonodavstvo; individualna antidiskriminacijska tužba, udružna diskriminacijska tužba, sudska praksa.*

1. UVODNE NAPOMENE

Iako je Republika Hrvatska (u nastavku: RH) u posljednjih dvadeset godina činila značajne napore kako bi razinu pravne zaštite ljudskih prava u što većoj mjeri izjednačila s onom koju predviđa zakonodavstvo Europske unije (u nastavku: EU), dvojbeno je jesu li postavljeni ciljevi u cijelosti i ispunjeni. Naime, postojećem zakonodavnom okviru, zaokruženom donošenjem Zakona o suzbijanju diskriminacije iz 2009. godine¹ (u nastavku: ZSD) i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o suzbijanju diskriminacije iz 2012. godine² (u nastavku: ZID ZSD) još uvijek nedostaje

1 Zakon o suzbijanju diskriminacije, NN br. 85/08.

2 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o suzbijanju diskriminacije, NN br. 112/12.

adekvatna provedba u praksi. Stoga smo ovim radom željeli dati pregled individualnih i udruženih antidiskriminacijskih tužbi i ujedno pokušali na temelju njega ustanoviti kvalitetu pravne zaštite zajamčenu hrvatskim antidiskriminacijskim zakonodavstvom i praksom.

Kao prvi korak u tome, bilo je nužno usporediti izvore hrvatskog i europskog diskriminacijskog prava. U okviru europskog prava u obzir smo uzeli isključivo Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine³ (u nastavku: Europska konvencija), Direktive Europske unije i Ugovor o funkcioniranju Europske unije⁴. Analiza pojedinih postupaka pokrenutih pred hrvatskim sudovima individualnim i udruženim antidiskriminacijskim tužbama, ali i pritužbama pred ostalim nadležnim tijelima⁵ poslužila je za utvrđivanje vrste i broja postupaka koji su vođeni u razdoblju od donošenja ZSD-a do danas. Broj postupaka također ukazuje na omjer individualnih i postupaka kolektivne pravne zaštite, pa nam je poslužio i kao relevantan pokazatelj zastupljenosti obje vrste postupaka u praksi hrvatskih sudova i proceduri ostalih nadležnih tijela. S obzirom da su podatci usporedivi s onima o postupcima vođenim pred europskim sudovima zaslužnima za oblikovanje antidiskriminacijskog prava i prakse EU-a, Europskim sudom za ljudska prava (u nastavku: ESLJP-a) i Sudom pravde Europske unije (u nastavku: Sud pravde EU), temeljem njih bilo je moguće zaključiti o tome u kojoj mjeri stanje prakse pred hrvatskim sudovima odgovara trendovima postupaka koji se vode pred ESLJP-om i Sudom pravde EU-a. Budući da je prikaz pojedinih antidiskriminacijskih postupaka vođenih pred hrvatskim sudovima pridonio stvaranju jasnije slike o dosezima ali i ograničenjima hrvatskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva, omogućio je davanje procjene o mjerama koje je u provedbenom smislu nužno poduzeti kako bi hrvatski pravni sustav uistinu osiguravao stupanj zaštite na koju se obvezao preuzevši pravne standarde europskoga antidiskriminacijskog prava.

2. IZVORI HRVATSKOGA I EUROPSKOG ANTIDISKRIMINACIJSKOG PRAVA

Kao što smo već ranije naveli, u okviru hrvatskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva zakonodavna aktivnost traje već oko dvadeset godina, a čini se da niti u proteklih nekoliko godina ne jenjava. Najprije je donesen značajan broj zakona⁶ koji

3 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava, NN MU br. 18/97., 6/99., 8/99., 14/02.

4 Ugovor o funkcioniranju Europske unije, Službeni list C 83/47 od 30. ožujka 2010.

5 Vidi Kunac, S. i dr., Kako suzbijati diskriminaciju? Izvješčaj o praćenju provedbe Zakona o suzbijanju diskriminacije u Hrvatskoj za 2009. i praksa Europskog suda za ljudska prava, Zagreb, Centar za mirovne studije, 2010. (u nastavku: Istraživanje za 2009. godinu).

6 Zakonodavni okvir prije donošenja ZSD-a činili su Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina, NN br. 155/02., 47/10., 80/10.; Zakon o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske, NN br. 33/02., 58/02., 175/03., 136/04., 76/07., 88/09., 124/09., 92/10.; Zakon o radu, NN br. 38/95., 54/95., 65/95., 17/01., 82/01., 114/03., 142/03., 30/04., 137/04. (pročišćeni tekst) i odluka Ustavnog suda RH br. U-I-2766/2003 i dr. od 24. svibnja 2005, NN br. 68/05., 149/09.; Kazneni zakon, NN br. 110/97., 27/98.-ispr., 50/00.-odluka Ustavnog suda br. U-I-241/2000 od 10. svibnja 2000., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03.-odluka Ustavnog suda br.

sadrže odredbe o suzbijanju diskriminacije. Donošenje dva posebna zakona, Zakona o ravnopravnosti spolova iz 2003. godine⁷ i Zakona o istospolnim zajednicama iz 2003. godine⁸ bio je svojevrsan uvod u donošenje ZSD-a⁹ kao cjelovitoga zakona na području diskriminacije koje je ubrzo uslijedilo. Budući da je zamišljen kao opći zakon, odredbe ZSD-a imaju se primjenjivati osim ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. Najnovije pomake učinjene u regulaciji antidiskriminacijskog zakonodavstva, pak, čine intervencije učinjene u pojedinim zakonima¹⁰ kojima se reduciraju odredbe o zabrani diskriminacije i time daje prednost primjeni ZSD-a kao općeg zakona, donošenje odredaba Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2011. godine¹¹ (u nastavku: ZID ZPP iz 2011. godine) kojima je regulirana tužba za zaštitu kolektivnih prava i interesa, predviđena kao supsidijarna zakonska osnova za provedbu postupaka u povodu antidiskriminacijskih tužbi te okončanje rada radne skupine na izmjenama i dopunama ZSD-a¹². Premda se još od 2010. godine najavljuje izmjena i dopuna ZSD-a, radna skupina osnovana tada zastala je s radom, a tek je 2012. godine osnovana nova radna skupina koja je započela raditi na izmjenama Zakona. Međutim, kao što je i naznačeno, njezin je rad bio suženog opsega, dok se daljnje izmjene ZSD-a predviđaju u nadolazećem razdoblju.¹³

Prvi, ali ujedno i jedan od najznačajnijih instituta donesenih u okviru europskog zakonodavstva na području suzbijanja diskriminacije bila je Europska konvencija. Člankom 14. Europske konvencije propisana je zabrana diskriminacije isključivo onih prava koje jamči Europska konvencija. Prema obvezama preuzetima Europskom konvencijom, države potpisnice, pa tako i RH, dužne su osigurati adekvatan sustav suzbijanja diskriminacije pri ostvarivanju prava građana predviđenih Europskom konvencijom. Ako država potpisnica ne osigura dovoljno učinkovite mjere za ostvarenje prava zajamčenih Europskom konvencijom, građanima je na raspolaganju mogućnost obraćanja ESLJP-u i podnošenje zahtjeva za zaštitu prava protiv te države. Međutim, prema praksi ESLJP-a odredba čl. 14. Europske konvencije ne primjenjuje

-
- U-I-2566/2003, U-I-2892/2003 od 27.11.2003., 105/04., 71/06., 110/07., 152/08.; Zakon o državnim službenicima, NN br. 92/05., 142/06., 77/07., 107/07., 27/08.
- 7 Zakon o ravnopravnosti spolova, NN br. 116/03., 82/08.
- 8 Zakon o istospolnim zajednicama, NN br. 116/03.
- 9 S obzirom na to da unutar do tada postojećih zakona, Zakona o radu i Zakona o ravnopravnosti spolova uznemiravanje i spolno uznemiravanje nije bilo predviđeno kao oblik diskriminacije, ti su oblici uvedeni u odredbe ZSD-a.
- 10 Tako su u Zakonu u radu, (NN br. 149/09.) odredbe o suzbijanju diskriminacije svedene tek na opću zabranu izravne i neizravne diskriminacije, te materijalne i postupovne odredbe o zaštiti dostojanstva radnika.
- 11 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, NN br. 57/11.
- 12 Prema Izvješću o pojavama diskriminacije za 2010. radna skupina održala je tek jedan sastanak, a s obzirom na zastoj koji je trajao više od godinu dana, pučki pravobranitelj upozorio je na potrebu da se rad radne skupine ubrzo nastavi. Prema *Izvješće o pojavama diskriminacije za 2010. godinu*, <<http://www.ombudsman.hr/index.php/hr/izvjescia/diskriminacija/finish/23-2010/5-izvjescie-o-pojavama-diskriminacije-za-2010-godinu>>, 24. studenog 2011. (u nastavku: *Izvješće za 2010. godinu*).
- 13 Tako *Izvješće o radu Pučkog pravobranitelja u 2011. godini*, str. 2. <<http://www.ombudsman.hr/index.php/hr/izvjescia/zastita/finish/22-2011/17-izvjescie-o-radu-puckog-pravobranitelja-u-2011-godini>>, 3. ožujka 2013. (u nastavku: *Izvješće za 2011. godinu*).

se samostalno, već samo kao dopuna pri tumačenju povreda drugih prava zajamčenih Europskom konvencijom. Komplementarno razvoju prakse ESLJP razvija se i praksa pred Sudom pravde EU-a. Doprinos Suda pravde EU-a u tumačenju odredaba Ugovora o europskoj zajednici bio je naročito naročito značajan za razumijevanje kako samog instituta suzbijanja diskriminacije,¹⁴ tako i vezanih pojmova, poput neizravne diskriminacije¹⁵. Od niza Direktiva donesenih na području suzbijanja diskriminacije, navodimo tek dvije čiji su standardi integrirani i unutar odredaba ZSD-a, Direktivu 2000/43/EZ o načelu jednakog postupanja neovisno o rasi i etničkom podrijetlu¹⁶ (u nastavku: Direktiva 2000/43/EZ) i Direktivu 2000/78/EZ kojom se uspostavlja opći okvir za ravnopravnost pri zapošljavanju i radu¹⁷ (u nastavku: Direktiva 2000/78/EZ).

Budući da je nastao unutar procesa usklađivanja zakonodavstva s pravnom stečevinom EU-a, zakonska rješenja integrirana u nekim dijelovima ZSD-a ne predstavljaju novinu u smislu zakonodavne djelatnosti hrvatskoga zakonodavca, nego u potpunosti odgovaraju odredbama Direktive 2000/43/EZ i Direktive 2000/78/EZ.¹⁸ Zadaća sudske prakse utoliko je zahtjevnija, budući da se pri primjeni dijelova ZSD-a koji se temelje na odredbama Direktive 2000/43/EZ i Direktive 2000/78/EZ ima oslanjati na tumačenja odredaba tih direktiva, dok pri primjeni dijelova ZSD-a koji značajno odstupaju i proširuju okvir postavljen europskim direktivama, dužna je izgraditi vlastite stavove i predodžbe o načinu primjene pojedinih odredaba, a s obzirom na trenutnu razinu praktične primjene ZSD-a očigledno, bit će riječ o dugotrajnom i tegobnom procesu.¹⁹ Nadalje, za antidiskriminacijsko zakonodavstvo

14 Vidi Presuda Suda pravde EU C-144/04 *Mangold v Helm* ECR 9981. Vidi još Presuda Suda pravde EU C-149/77 *Gabrielle Defrenne v Société Anonyme Belge de navigation Aérienne Sabene* (Defrenne III) ECR 1365.

15 Vidi Presuda Suda pravde EU C-170/84 *Bilka-Kaufhaus GMBH V Karin Weber Von Hartz* ECR 1607.

16 Direktiva 2000/43 EZ o načelu jednakog postupanja neovisno o rasi i etničkom podrijetlu (Službeni list L 180, 19.7.2000.).

17 Direktiva 2000/78/EZ kojom se uspostavlja opći okvir za ravnopravnost pri zapošljavanju i radu (Službeni list L 303, 2.12.2000.).

18 To se odnosi poglavito na zabranu izravne i neizravne diskriminacije (ZSD, baš poput Direktive 2000/43/EZ i Direktive 2000/78/EZ, ne definira pojam diskriminacije. Prijedlog Zakona o suzbijanju diskriminacije s konačnim prijedlogom (hitni postupak, prvo i drugo čitanje P. Z. E. br. 74.), str. 24-25. Posjeđeno 25.11.2011. na mrežnoj stranici Sabora RH, u arhivi sjednica 6. saziva Sabora, među aktima donesenima na 4. sjednici: <http://www.sabor.hr/>.

U određenim dijelovima, poput zabrane diskriminacije po svih šest osnova europskog prava na jednakoj razini ili s obzirom na pojmove višestruke diskriminacije, diskriminacije temeljem povezanosti ili temeljem pogrešne predodžbe, ZSD odstupa od Direktive 2000/43/EZ i Direktive 2000/78/EZ i uvodi zakonska rješenja koja nisu dio obveze koje proizlaze iz njihovih odredaba. Vidi Grgić, A. i dr., *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Zagreb, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, 2009, str. 14-16.

19 Doktrina je upozorila da analiza dosadašnje sudske prakse ukazuje na činjenicu da u domaćem pravnom poretku ne postoji jasna predodžba o tome što je zapravo diskriminacija niti kako se ona prepoznaje i dokazuje. Prema Potočnjak, Ž. i Grgić, A., *Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog prava* u: Crnić, I. i dr., *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi*, Zagreb, Centar za mirovne studije, 2011., str. 7. Dodali bismo da je također, u postojećem zakonodavnom okviru, vrlo teško naći kvalifikaciju za svaki oblik povrede ljudskih prava pa je sudska praksa nerijetko

i praksu u RH značajan je, uz odredbu čl. 14. Europske konvencije i Protokol 12.²⁰ uz Europsku konvenciju.²¹ Međutim, tumačenje i primjena odredbe čl. 14. Europske konvencije i Protokola 12. u hrvatskom pravnom sustavu nisu mogući bez oslanjanja na praksu ESLJP-a.²² Upravo praksa ESLJP-a prije stupanja na snagu Protokola 12. (od slučaja Hoffman protiv Austrije iz 1993. godine naovamo) može na određeni način pomoći pri rasvjetljavanju razloga ratifikacije Protokola 12., koji sadrži opću zabranu diskriminacije, za razliku od Europske konvencije koja zabranjuje diskriminaciju isključivo temeljem prava koje jamči.²³ Također, sudovi u RH kao članici EU-a trebali bi pratiti praksu Suda pravde EU-a i prema njoj nastojati oblikovati praksu domaćih sudova.²⁴ Sud pravde EU-a u posljednjih 50 godina tako razvijao je bogatu praksu na području suzbijanja diskriminacije na temelju spola²⁵. Međutim, diskriminacija na temelju spolne orijentacije, vjere i uvjerenja, invalidnosti i dobi te rasnog ili etničkog podrijetla zabranjena je kasnije, pa je praksa suzbijanja diskriminacije na tim temeljima još uvijek u razvoju. Usporedbom razine usklađenosti prakse hrvatskih sudova sa standardima koje u vlastitoj praksi postavljaju ESLJP i Sud pravde EU-a nećemo se posebno baviti u radu, nego ćemo na temelju dostupnih podataka pokušati utvrditi stanje antidiskriminacijske prakse na domaćim sudovima i pred ostalim nadležnim tijelima. Pri tome, treba imati na umu da je uvođenjem ZSD-a kao općeg zakona o suzbijanju diskriminacije zabranjena diskriminacija prema svim temeljima istovremeno, pa je očigledno da se razlog eventualnog neujednačenog razvoja antidiskriminacijske prakse u hrvatskom pravnom sustavu ne može tražiti u različitoj duljini primjene odredaba o zabrani diskriminacije prema određenim temeljima.

3. STANJE SUDSKE PRAKSE NA PODRUČJU SUZBIJANJA DISKRIMINACIJE PRED HRVATSKIM SUDOVIMA I OSTALIM NADLEŽNIM TIJELIMA

Prema odredbama ZSD-a sva pravosudna tijela dužna su voditi evidenciju o sudskim predmetima u vezi s diskriminacijom i osnovama diskriminacije po kojima se

-
- prisiljena posezati za kvalifikacijom koja u potpunosti ne odgovara biti počinjene povrede.
- 20 Zakon o potvrđivanju Protokola 12. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU br. 14/02., 19/05.
 - 21 RH ratificirala je Protokol 12. u travnju 2005. godine kojim je predviđena opća zabrana diskriminacije u uživanju svih prava određenih zakonom po bilo kojoj osnovi, uz ograničenje da se zabrana primjenjuje samo na postupanje javnih tijela. Prema Grgić, A. i dr., op. cit., str. 14.
 - 22 Slučaj Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine (br. 27996/06 i 34836/06) od 22. prosinca 2009. godine prvi je slučaj u kojemu je utvrđena povreda čl. 1. Protokola 12.
 - 23 Name, analiza pojedinih predmeta ukazala je na sklonost ESLJP-a da najprije razmatra (ne) postojanje diskriminacije, a podredno ocjenjuje je li došlo do povrede neke bitne odredbe Europske konvencije. Time je narušena ideja o čl. 14. kao podrednom jamstvu provedbe ostalih odredaba Europske konvencije, ali istovremeno naglašen je značaj koji ima zabranu diskriminacije prema Europskoj konvenciji, što je rezultiralo u prihvatanju Protokola 12.
 - 24 Slično, Izvješće za 2011., op. cit., str. 2.
 - 25 Presuda Suda pravde EU C-197/96.; Presuda Suda pravde EU C-421/92 *Gabriele Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf.e.V. i dr.*

vode ti postupci, kao i posebni pravobranitelji o slučajevima diskriminacije iz njihove nadležnosti.²⁶ Ova odredba jasno govori o podjednakom značaju koji ima samo formiranje prakse prekršajnih, kaznenih i građanskih sudova na području suzbijanja diskriminacije s jedne strane i njezino praćenje od strane nadležnih tijela s druge strane. S obzirom na razmjerno kratko vremensko razdoblje u kojemu je ZSD u primjeni te broj i vrstu sudskih predmeta u kojima su hrvatski sudovi do sada uopće bili u prilici primijeniti antidiskriminacijsko pravo, ne može se govoriti o osobito razvijenoj sudskoj praksi.²⁷ Ipak, dijelom zahvaljujući evidenciji koje je o sudskim predmetima u vezi sa suzbijanjem diskriminacije vodilo Ministarstvo pravosuđa, a dijelom zahvaljujući naporima koji su pučki/-a pravobranitelj/-ica, posebne pravobraniteljice te udruge civilnog društva uložile u redovito podnošenje izvještaja i preporuka o pojavama diskriminacije, moguć je uvid u broj i vrstu slučajeva diskriminacije koje su zaprimile organizacije civilnog društva, kao i ured pučkog/-e pravobranitelja/-ice te uredi posebnih pravobraniteljica te postupaka koji su se pred hrvatskim sudovima vodili u razdoblju od donošenja ZSD-a do danas.

3.1. Analiza podataka za 2009. godinu

Najveći broj prijavljenih slučajeva diskriminacije u 2009. godini, ukupno 1101, zaprimile su organizacije civilnog društva²⁸.

Analizom podataka utvrđeno je da su organizacije civilnog društva zaprimile čak 609 prijavljenih slučajeva diskriminacije prema spolnoj osnovi, 262 prijavljena slučaja diskriminacije na osnovi invaliditeta, a sljedeće najzastupljenije osnove su jezik te imovno stanje, zdravstveno stanje, bračni ili obiteljski status, rasa i/ili etnička pripadnost.

Ured pučkog pravobranitelja postupao je po svim zaprimljenim pritužbama, kojih je za 2009. godinu bilo ukupno 172.²⁹ Iako je bilo za očekivati da će Ured pravobraniteljice za osobe s invaliditetom³⁰ zaprimiti ukupno najveći broj pritužbi o

26 Prema Đurđević, Z. i Radačić, I., Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zagreb, Centar za mirovne studije, 2011., str. 198.

27 Među mogućim razlozima zbog kojih je pred hrvatskim sudovima za sada pokrenut, u tijeku, odnosno okončan razmjerno mali broj sudskih predmeta ističu se: nesklonost žrtava diskriminacije pristupanju sudu zbog nelagode koju izaziva sama diskriminacija, strah od viktimizacije zbog pokretanja sudskog postupka, svjedočenja i ostalih postupovnih radnji u kojima bi žrtva diskriminacije bila dužna sudjelovati jednom kada je postupak započela, a kao nimalo zanemariv razlog navodi se i visina naknade štete koja očekuje žrtve diskriminacije u slučaju uspjeha u sporu, koja tek ako je dovoljno motivirajuća može biti od utjecaja na odluku o pokretanju postupka. Grgić, A. i dr., op. cit., str. 18.

28 Od ukupnog broja prijavljenih slučajeva, čak 965 prijavljenih slučajeva zaprimile su četiri organizacije, tri organizacije zaprimile su između 3 i 60 prijavljenih slučajeva, a tri organizacije zaprimile su 10 ili manje prijavljenih slučajeva. Grgić, A. i dr., op. cit., str. 37.

29 Sukladno propisanim ovlastima u 11 predmeta dostavio je odgovor na upit stranke o postojanju elemenata diskriminacije, u četiri predmeta upućena je preporuka ili upozorenje nadležnom tijelu, a u jednom slučaju upućena je inicijativa za izmjenu podzakonskog akta.

30 Zakon o pravobranitelju za osobe s invaliditetom, NN br. 107/07.

diskriminaciji prema osnovi invaliditeta, zaprimio ih je ukupno 21 dok u podacima organizacija civilnog društva stoji podatak o 262 pritužbe zaprimljene na toj osnovi. Tijekom 2009. godine pučki pravobranitelj nije proveo niti jedan postupak mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe.³¹

Prema podacima Ministarstva pravosuđa o broju sudskih predmeta³² u vezi s diskriminacijom za 2009. godinu 2 su slučaja ostala neriješena iz razdoblja prije donošenja ZSD-a (prema skupnoj osnovi spol, izražavanje i spolna orijentacija). U 2009. godini sudovi su zaprimili još 12 prijavljenih slučajeva.³³

3.2. Analiza podataka za 2010. godinu

Prikaz i analiza evidencije prijavljenih slučajeva diskriminacije za 2010. godinu manjkava je u odnosu na onu za 2009. godine, s obzirom na to da nedostaju podatci o broju prijavljenih slučajeva diskriminacije koje su zaprimile organizacije civilnog društva. Izostanak evidencije organizacija civilnog društva opravdan je veoma malim odazivom na poziv pučkog pravobranitelja da se dostave izvješća o radu za 2010. godinu koje bi uključivalo zapažanja, praćenja i evidenciju o broju pritužbi podnesenih organizacijama civilnog društva. Očigledno se smatralo da podatci prikupljeni od 14 organizacija civilnog društva koje su uputile ukupno 18 odgovora, nedostadni kako bi ih se uključilo u Izvješće za 2010. godinu. Stoga, Izvješće za 2010. godinu tek navodi da je prema evidenciji koje su vodile organizacije civilnog društva tijekom 2010. godine podneseno 5 udružnih tužbi.³⁴ Ovaj podatak nije zanemariv ako se u obzir uzme činjenica da je u Istraživanju za 2009. godinu u okviru projekta "Podrška provedbi Zakona o suzbijanju diskriminacije II" za 2009. godinu izostao podatak organizacija civilnog društva o ukupnom broju udružnih tužbi podnesenih sukladno ZSD-u. Budući da organizacije civilnog društva (njih ukupno 10) nisu podnosile udružne tužbe bez obzira na legitimaciju za pokretanje postupka u povodu udružne tužbe koja im pripada prema odredbi ZSD-a, niti su vodile evidenciju o broju podnesenih udružnih tužbi, ukupan broj podnesenih udružnih tužbi niti nije mogao biti iskazan u Istraživanju za 2009. godinu. Međutim, u 2009. godini ipak je jedna organizacija civilnog društva podnijela udružnu tužbu i taj podatak učinila je dostupnim, pa on podatak naveden u Istraživanju za 2009. godinu. U preporukama danima u Istraživanju za 2009. godinu naglašena je nužnost da se organizacije civilnog društva intenzivnije uključe u aktivnosti implementacije ZSD-a, posebno u pogledu sudjelovanja u postupku kao umješać na strani tužitelja/-ice i podnošenja udružne tužbe. Iz podataka dostupnih

31 Grgić, A. i dr., op. cit., str. 76.

32 Iako u Istraživanju za 2009. godinu postoje podatci o broju i vrsti sudskih predmeta prekršajnih, kaznenih i građanskih sudova, izdvojiti ćemo isključivo za nas relevantne podatke s građanskih sudova.

33 Od ukupnog broja prijavljenih slučajeva, u četiri slučaja utvrđena je diskriminacija sukladno čl. 17. st. 1. toč. 1. ZSD-a, zabrana ili otklanjanje diskriminacije presuđena je u tri slučaja, a naknada štete sukladno čl. 17. st. 1. toč. 3. ZSD-a dodijeljena je u tri slučaja. Još tri slučaja nisu razvrstane prema kategorijama, već pripadaju vrlo nejasnoj kategoriji "ostalo". Grgić, A. i dr., op.cit., str. 68.

34 Izvješće za 2010., op.cit., str. 15.

temeljem evidencije organizacija civilnog društva za 2010. godinu proizlazi da je ova preporuka shvaćena prilično ozbiljno. Pomak u vidu pet podnesenih udružnih tužbi od strane organizacija civilnog društva u 2010. godini naspram jedne udružne tužbe podnesene u 2009. godini ne sugerira da je broj slučajeva diskriminacije koji bi dali povoda podnošenju udružne tužbe nužno porastao, već da je stalan rad u praćenju i analiziranju prakse pridonio kako detektiranju slabosti u provedbi zadaća koje su u ZSD-om povjerene organizacijama civilnog društva, u ovom slučaju u podnošenju udružne tužbe, tako i poduzimanju mjera od strane tih organizacija kako bi se njihov učinak poboljšao.

Prema podacima iz Ureda pučkog pravobranitelja, tijekom 2010. godine zaprimljeno je 1823 pritužbe, od kojih se dio odnosio i na diskriminaciju. Ukupno je u radu, uz ranije zaprimljene, bilo 2260 predmeta.³⁵ U Izvješću za 2010. godinu u Uredu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova u radu je bilo ukupno 207 prijavljenih slučajeva diskriminacije, od čega 184 pritužbe građana i 23 inicijative pravobraniteljice.³⁶ Tijekom 2010. godine pravobraniteljica nije podnijela niti jednu udružnu tužbu, nije sudjelovala u niti jednom postupku na strani tužitelja/-ice kao umješac niti je upućivala zahtjeve Državnom odvjetništvu za obvezatan postupak mirenja u slučaju podnošenja tužbe protiv RH.³⁷ Najveći broj pritužbi pravobraniteljici za ravnopravnost spolova u 2010. godini odnosio se na spolnu diskriminaciju, a značajno je da je broj pritužbi prema toj osnovi porastao u odnosu na prethodnu godinu i to u postotku 7,3 %. S obzirom na to da se uz taj podatak i podatak o osnovi diskriminacije, u tim slučajevima navodi nejasnu formulaciju kako se “radi uglavnom o ženama”, nije potpuno jasno treba li se taj podatak tumačiti na način da je u RH očigledno u porastu broj slučajeva spolne diskriminacije u kojima su žrtve žene, ili pak pretpostaviti da žene samo češće od muškaraca podnose pritužbe Uredu pravobraniteljice za ravnopravnost spolova. Stvaranje pretpostavke o tome da je stvaran broj slučajeva diskriminacije temeljem osnove spola u odnosu na žene veći nego u odnosu na muškarce bilo bi veoma nezahvalno s obzirom da bi se moglo samo nagađati o broju slučajeva u kojima su prema osnovi spola muškarci diskriminirani, ali pritužbe nisu podnosili. Ured pravobraniteljice za osobe s invaliditetom podnio je zatražene podatke za 2010. godinu iz kojih je razvidno da je u toj godini zaprimio ukupno 51 pritužbu. U taj broj svrstane su sve pritužbe koje su upućene Uredu pravobraniteljice u kojima je navedena riječ “diskriminacija” ili “diskriminiran”. Ovdje je, također, riječ o nepreciznoj kategoriji, u ovom slučaju vjerojatno tvorevini

35 Od tog ukupnog broja, u radu je bilo 186 prijavljenih slučajeva temeljem diskriminacijske osnove, od čega 144 prijavljenih slučaja zaprimljenih u 2010. godini. *Ibid.*, str. 4.

36 Najveći broj prijavljenih slučajeva diskriminacije bio je prema osnovi spola, bračnog ili obiteljskog statusa, rodnog identiteta, izražavanja i spolne orijentacije u odnosu na osobe ili skupine osoba.

37 Specifičnost Izvješća za 2010. godinu u odnosu na podatke iz Istraživanja za 2009. godinu činjenica je da su u potpunosti pri prikupljanju podataka za potrebe evidencije svojim doprinosom sudjelovale i pravobraniteljica za ravnopravnost spolova te pravobraniteljica za djecu, čime su sliku o broju i vrsti prijavljenih slučajeva kojima su se u tom razdoblju, uz pučkog pravobranitelja kao nadležno tijelo, bavile posebne pravobraniteljice, učinile cijelovitijom i jasnijom. Izvješće za 2010., *op. cit.*, str. 9.

samog Ureda pravobraniteljice za osobe s invaliditetom, koju ostala nadležna tijela nisu koristila u evidencijama podnesenima za sastavljanje Izvješća za 2010. godinu. U Izvješću za 2010. godinu stoji kako je Ured pravobraniteljice "otvorio" 16 predmeta i 3 predmeta iz 2009. godine. Time se vjerojatno mislilo da je tijekom 2010. godine u radu bilo 16 predmeta zaprimljenih u 2010. godini i 3 predmeta iz prethodnog razdoblja, odnosno iz 2009. godine. Usporedba podataka ukazala je da je od 2009. do 2010. godine došlo do udvostručenja broja pritužbi budući da je broj pritužbi narastao s 24 na 51 pritužbu.³⁸ Ovaj podatak s jedne strane porazan je ako se sagledava stanje društva, činjenica da su građani sve češće izloženi diskriminaciji po svim osnovama pa tako i prema osnovi invaliditeta, no s druge strane obećavajući je jer očigledno raste povjerenje građana u institucije pravne države, ali ujedno i svijest da je tek temeljem vlastite inicijative moguće je utjecati na brzinu i smjer nužnih promjena i otklanjanja prepreka u društvu koje onemogućuju osobama s invaliditetom da u potpunosti ostvaruju sebe i svoje potencijale. Ukupno najmanji broj pritužbi tijekom 2010. godine podnesen je Uredu pravobraniteljice za djecu, konkretno šest pritužbi. U četiri slučaja navedeno je kako su oštećene strane skupine djece, a u jednom slučaju dječak.³⁹ Valjalo bi promisliti je li u slučajevima skupine djece kao oštećenika bilo prostora za podnošenje udružne tužbe s jer Izvješće za 2010. godinu o tome ne govori. Podatci koje je Ministarstvo pravosuđa ustupilo Uredu pučkog pravobranitelja za sastavljanje Izvješća za 2010. godinu pokazuju da se vodilo 39 parničnih postupaka radi diskriminacije.⁴⁰ Iako je ZSD-om predviđena mogućnost podnošenja zahtjeva za objavu presude kojom je utvrđena diskriminacija u medijima na trošak tuženika kao i mogućnost podnošenja udružne tužbe, podatak o broju tužbi te vrste nije izražen, pa to navodi na pretpostavku da niti zahtjev za objavu presude niti jedna udružna tužba nije podnesena sudovima tijekom 2010. godine. Kako nije iskazan broj udružnih tužbi podnesenih sudovima za isto razdoblje, iako je prema podacima koje su učinile dostupne organizacije civilnog društva podneseno pet udružnih tužbi u 2010. godini, očigledno podatke ipak treba uzimati uz određenu rezervu. Izvješće za 2010. godinu nastoji protumačiti ove nepravilnosti navodeći kako prema Obrascima korištenima za prikupljanje relevantnih podataka te kategorije nisu bile predviđene, no također napominje kako je ostavljena kategorija "ostalo" unutar koje je bilo moguće izraziti te podatke. Od ukupnog broja postupaka, pravomoćno su okončana tri postupka, jedan je zahtjev odbijen, a dva su riješena na drugi način, dok je 36 ostalo neriješeno. Treba upozoriti kako je izraz "rješavanja na drugi način" veoma nejasan i neprecizan i bilo bi logičnije da umjesto tog izraza stoji da su preostala dva zahtjeva usvojena.⁴¹ Analiza

38 Ibid., str. 11.

39 Loc. cit.

40 Od toga tri sudska postupka vođena su povodom tužbi podnesenih u ranijem razdoblju (dakle, u 2009. godini) dok je ostalih 36 tužbi podneseno tijekom 2010. godine. Najzastupljenije su bile tužbe radi utvrđivanja diskriminacije, podneseno ih je ukupno 17. Radi zabrane ili otklanjanja diskriminacije podneseno je 7 tužbi, a radi naknade štete gotovo dvostruko veći broj, konkretno 12 tužbi. Ibid., str. 15.

41 Kategorija "izražavanja po svim osnovama" u ZSD-u povezana je s rodnim identitetom, točnije osobitosti u odijevanju, ponašanju, držanju i svemu ostalom temeljem čega drugima pokazujemo na koji način se rodno identificiramo. Osobito je važno naglasiti kako se "izražavanje" treba

ukupnog broja postupaka koji su vođeni pred građanskim, kaznenim i prekršajnim sudovima ukazuje na nešto drukčiju situaciju.^{42, 43}

3.3. *Analiza podataka za 2011. godinu*

Pri izradi Izvješća za 2011. godinu sukladno čl. 15. ZSD-a pučki pravobranitelj uputio je individualizirane dopise kao i javni poziv za sudjelovanje u izradi Izvješća za 2011. godinu, dostavljanje priloga o pojavama diskriminacije uočenima u okviru i području njihova rada i djelovanja,^{44, 45} Tijekom 2011. godine ukupno je riješeno 143 slučaja diskriminacije.⁴⁶ Iz podataka za 2011. godinu o radu pučkog pravobranitelja ipak da se zaključiti o određenim pozitivnim pomacima u odnosu na prethodne godine. U prvom redu, povećan je angažman državnih institucija u odnosu na pojave diskriminacije. Svijest građana o diskriminaciji kao društveno neprihvatljivom, nepoželjnom i zabranjenom obliku ponašanja porasla je, a o tome svjedoče i tri redovna parnična postupka pokrenuta temeljem čl. 17. ZSD-a o čijem su pokretanju tužitelji izvijestili pučkog pravobranitelja.⁴⁷ Osobito je važna činjenica da Izvješće za 2011. godinu navodi da su u navedenom razdoblju organizacije civilnog društva podnijele nekoliko udružnih tužbi za zaštitu kolektivnih interesa određenih skupina te da je pučki pravobranitelj u jednom od tih postupaka čak sudjelovao kao umješač. Osim toga, pučki pravobranitelj intervenirao je i u jedan sudski postupak pokrenut po privatnoj tužbi. U vrijeme podnošenja Izvješća za 2011. godinu ti su postupci još uvijek bili u tijeku.⁴⁸ Zamjetno je da se u brojnim pritužbama propustilo izraziti diskriminacijsku osnovu,

vezati isključivo uz rodni identitet, a ne druge osnove, što je podcrtano i u Izvješću. Iz ovoga se može zaključiti kako je neadekvatno podvođenje slučajeva prema drugim osnovama pod ovu kategoriju iskrivilo sliku o stvarnom broju slučajeva koje pripadaju pojedinim kategorijama. Ibid., str. 17.

- 42 Izvješće razloge porasta broja slučajeva diskriminacije utuženih tijekom 2010. godine vidi, između ostaloga, u izrazito aktivnoj sceni organizacija civilnog društva koje se bave pravima seksualnih i rodni manjina. Ibid., str. 19.
- 43 Izvješće za 2010. godinu obuhvatilo je i podatke koje je tijekom 2010. godine prikupilo Državno odvjetništvo o obveznim zahtjevima za mirenje koje je svaka osoba koja namjerava tužiti RH dužna podnijeti, a koji se odnose na zahtjeve za mirenje koje su podnositelji zahtjeva bili dužni podnijeti prije podnošenja antidiskriminacijske tužbe sudu protiv RH. U slučaju sva tri podnesena zahtjeva donesena je odluka o odbijanju. Ibid., str. 16.
- 44 Izvješće sadrži očitovanja udruge Protagora, SDF, Dodir, Svitanje, GONG, Regionalni info centar za mlade, Centar za mir, nenasilje i ljudska prava Osijek, Cenzura Plus, Centar za LGBT ravnopravnost, Hrvatska kršćanska koalicija, Matica umirovljenika Hrvatske, Nezavisni hrvatski sindikati, Savez samostalnih sindikata Hrvatske, i Ured za socijalno partnerstvo. Izvješće za 2011., op.cit., str. 76.
- 45 Pučki pravobranitelj iznio je opažanje o raznolikosti zaprimljenih očitovanja pa tako po njemu neka od njih podsjećaju na predmete koji su mu tijekom godine dostavljeni na nadležno postupanje ili problemsku analizu određenih pojava oblika diskriminacija, dok neka prezentiraju aktivnosti udruge u području suzbijanja diskriminacije. Loc.cit.
- 46 Tijekom 2011. godine Ured pučkog pravobranitelja "otvorio je" 147 novih spisa predmeta koji se odnose na diskriminaciju, od kojih je riješeno 103. Ibid., str. 10.
- 47 Ibid, str. 11.
- 48 Loc. cit.

a nije je moguće iščitati niti iz sadržaja pritužbe, što upućuje na potrebu ulaganja dodatnih napora u podizanje svijesti građana o diskriminaciji. Prema Izvješću za 2011. godinu⁴⁹ pravobraniteljica nije podnijela niti jednu udružnu tužbu, niti je pokrenula ili sudjelovala u postupcima mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe. Značajan pomak učinjen je i u pogledu korištenja prava na miješanje ili intervenciju u postupak, kojega je pravobraniteljica iskoristila u šest sudskih postupaka (četiri koja su se vodila na na Vrhovnom sudu, jedan koji se vodio na Upravnom sudu i Ijedan koji se vodio na Općinskom građanskom sudu).⁵⁰ U Izvješću pravobraniteljice za ravnopravnost spolova stoji kako se u pretežnom broju slučajevi odnose na spolnu diskriminaciju, a u najvećem broju radi se o ženama. Pretpostavljamo da pojašnjenje te tvrdnje valja potražiti u prethodnoj rečenici, da “iako se nije povećao broj pritužbi u odnosu na 2010. godinu, u ovom izvještajnom razdoblju povećao se broj slučajeva u kojima je pravobraniteljica utvrdila diskriminaciju i to sa 45 u 2010. godini na 60 u 2011. godini temeljem kojih je dala 32 preporuke i 27 upozorenja”⁵¹. Naime, vjerojatno se mislilo da se u najvećem broju slučajeva u kojima je utvrđena diskriminacija radilo o spolnoj diskriminaciji žena. Očigledno, ovdje se, kao i u odnosu na Izvješće iz 2010. godine može istaknuti ista primjedba, da još uvijek nije otklonjena upotreba prilično nepreciznih izraza koje se daju različito tumačiti, što za posljedicu može imati donošenje neujednačenih zaključaka prilikom njihove interpretacije. Pravobraniteljica za osobe s invaliditetom u Izvješću podnesenom pučkom pravobranitelju podatke o 25 zaprimljenih pritužbi za diskriminaciju u 2011. godini usporedila je s podacima o 24 pritužbe podnesene u 2009. godini te 51 pritužbi podnesenoj u 2010. godini. Evidentno, nagli porast broja pritužbi u 2010. godini u odnosu na godinu prije nije se nastavio u 2011. godini. Ta je okolnost razumljiva s obzirom da se u 2010. godini značajan broj od ukupnog broja podnesenih pritužbi odnosio na pritužbe pojedinaca i udruga zbog nejednakog postupanja na temelju uzroka nastanka invaliditeta vezano uz ostvarivanja povlastice na oslobađanje naknade za korištenje javnih cesta.⁵² Ured pravobraniteljice za djecu u Izvješću upućenom Uredu pučkog pravobranitelja navodi kako je u 2011. godini postupao u sedam slučajeva. Kako nigdje nije drukčije naznačeno, pretpostavljamo da su svi slučajevi iz te godine, te da se nije postupalo po prijavama iz prethodne dvije godine.⁵³

I kod izrade Izvješća za 2011. godine za prikupljanje podataka o sudskim predmetima koje su vodila pravosudna tijela korišteni su Obrasci za statističko

49 Ibid., str. 16.

50 Ibid., str. 18.

51 Loc. cit.

52 S obzirom da je Ured pravobraniteljice za osobe s invaliditetom u odnosu na svih 25 pritužbi na diskriminaciju postupao sukladno ovlastima iz čl. 13. ZSD-a, uz ispitivanje navoda iz pritužbe i ostalo, u slučajevima gdje je to bilo moguće (4 slučaja), pokušao je (barem neformalno) provesti postupak mirenja. Ibid., str. 19.

53 Od toga, u jednom slučaju postupalo se na inicijativu pravobraniteljice, dok su ostalih šest slučajeva prijavili građani (četiri prijave podnijele su žene, dvije prijave muškarci). Iz podataka proizlazi kako je pojava diskriminatornog postupanja u odnosu na djecu najčešća u području obrazovanja, što pripisujemo činjenici da su djeca i mladi uključeni u odgojno-obrazovni sustav, odnosno da su njegovi korisnici. Ibid., str. 20.

praćenje sudskih predmeta vezanih uz diskriminaciju⁵⁴ (u nastavku: Obrasci). U tom smislu, očekivano javljaju se isti nedostaci u pogledu nepotpunosti prikupljenih podataka kao i u prethodnim Izvješćima. Budući da to traži promjenu načina prikupljanja statističkih podataka, s Ministarstvom pravosuđa je dogovorena primjena novoga modela. Učinjene izmjene trebale bi učiniti Obrasce vjernijim odrazom stvarnoga stanja sudske prakse na području diskriminacije.⁵⁵ Odlukom da će se podatci o udružnim tužbama posebno prikupljati napokon će se ispraviti nedostatak u dosadašnjem načinu prikupljanja podataka kada su se ti podatci imali izraziti unutar kategorije “ostalo”. Osim što je zbog njihovog značaja neadekvatno smještati udružne odnosno tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava u kategoriju “ostalo”, budući da je riječ o postupcima u kojima se pruža apstraktna zaštita prava velikih skupina pojedinaca i ostvaruje opći, javni interes uz to je i neoportuno, s obzirom da su sudovi unutar kategorije “ostalo” jednostavno propuštali iskazati podatke o pokrenutim udružnim odnosno tužbama za zaštitu kolektivnih interesa i prava pa smo se za podatke o podnesenim udružnim tužbama bili prisiljeni oslanjati na statistiku organizacija civilnog društva.

U Obrascima Ministarstva pravosuđa za 2011. godinu uz napomenu da u Obrascima nije predviđeno iskazivanje podataka o udružnim tužbama, navedeno je da je prema podatcima organizacija civilnog društva u 2011. godini vođeno pet postupaka u povodu udružne tužbe, a da je u jedan čak intervenirao pučki pravobranitelj.⁵⁶ Ministarstvo pravosuđa navelo je i podatke pribavljene od Državnog odvjetništva da je tijekom 2011. godine podneseno osam zahtjeva za mirno rješavanje sporova povezanih s diskriminacijom, koji su nužna procesna pretpostavka za podnošenje tužbe protiv RH. Od toga, dva zahtjeva za mirno rješavanje spora odbijena su kao neosnovana. U ostalim slučajevima postupak je u vrijeme podnošenja Izvješća za 2011. godinu još uvijek bio u tijeku.⁵⁷

3.4. Analiza podataka za 2012. godinu

U Izvješću za 2012. godinu⁵⁸ nisu posebno izraženi podatci koje su prikupile

54 Obrasci za statističko praćenje sudskih predmeta vezanih uz diskriminaciju, NN br. 36/10.

55 Uz podatke koji su se prikupljali do sada (a odnose se na osnove, posebne diskriminacijske tužbe, način dovršetka predmeta i sl.) ubuduće bi se prikupljali i podatci o područjima diskriminacije (s posebnim osvrtom na zaštitu od diskriminacije u radnim sporovima) i njezinim oblicima, podatke o udružnim tužbama i zahtjevima za utvrđivanje diskriminacije kao prethodnog pitanja te dr. Podatci bi se trebali prikupljati na obrascima koji bi činili dijelove sudskih spisa, kvartalno i zbirno na kraju godine počevši sa 1. siječnja 2012. godine.

56 U Obrascima Ministarstva pravosuđa za 2011. godinu stoji da se vodilo ukupno 65 parničnih postupaka radi diskriminacije i to po 36 tužbi iz prethodnog razdoblja i 29 podnesenih u tekućem razdoblju. I Izvješće u odnosu na posljednji navod upozorava na ono što smo i sami zamijetili analizirajući podatke Ministarstva pravosuđa za 2010. godinu, da je izraz “riješeno na drugi način” neprecizan budući da se ne konkretizira na koji su to način ti postupci riješeni nego se samo može pretpostavljati da je riječ o odbacivanju tužbi iz procesnih razloga. Ibid., str. 25.

57 Loc. cit.

58 *Izvješće o pojavama diskriminacije za 2012. godinu*, <<http://www.ombudsman.hr/index.php/hr/izvjesca/izvjesca/finish/21-2012/2-izvjesce-o-pojavama-diskriminacije-za-2012-godinu>>.

organizacije civilnog društva.⁵⁹ Uz 202 predmeta koji se odnose na diskriminaciju koja su "otvorena" tijekom 2012. godine rješavani su i nezavršeni predmeti iz prethodnih godina. Ukupno je tijekom 2012. godine riješeno ukupno 156 predmeta koji se odnose na diskriminaciju.

U 2012. godini pučki pravobranitelj kao umješač na strani tužitelja sudjelovao je u dva nova sudska postupka. Također, u 15 prijavljenih slučajeva diskriminacije, građanima je pružena informacija o mogućnostima sudske ili druge zaštite u okviru sustava zaštite od diskriminacije. Značajno je i da je tijekom 2012. godine pučki pravobranitelj javnim priopćenjima reagirao i na neprimjerene diskriminatorne izjave u javnom prostoru. Pretpostavljamo da je riječ o istupima vezano uz koje je pokrenut postupak u povodu udružne tužbe, a o čemu ćemo detaljnije govoriti u nastavku.⁶⁰ Sve pritužbe koje su se odnosile na diskriminaciju iz nadležnosti posebnih pravobraniteljica upućivane su im na postupanje, a u statistici pučkog pravobranitelja takve su se pritužbe evidentirale kao nedopuštene.⁶¹ Izvješće za 2012. godinu u dijelu iz nadležnosti pravobraniteljice za ravnopravnost spolova rasvjetljava raniju dvojbu u pogledu tumačenja da se kod pritužbi na spolnu diskriminaciju "radi uglavnom o ženama". Naime, navodi se da od ukupnog broja pritužbi, njih 83 uputili su muškarci, 68 žene, dok je spol pritužitelja nepoznat u 51 pritužbi (grupne ili anonimne pritužbe te pritužbe iz kojih se ne može iščitati spol), što se smatra da ukazuje na nastavak dosadašnjeg trenda da zaštitu od diskriminacije po različitim osnovama u većem broju traže muškarci nego žene, što je konstantna pojava od početka primjene ZSD-a. Tijekom 2012. godine pravobraniteljica za ravnopravnost spolova rješavala je ukupno 317 slučajeva diskriminacije. Ti su podatci izraženi prema spolu oštećenih osoba, iz čega jasno proizlazi da su se slučajevi većinom odnosili na žene (75, 1 %), muškarce (24 %) te mješovite skupine (0,9 %). Tijekom 2012. godine nije bilo pokrenutih ni provedenih postupaka mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe, kao ni slučajeva podnošenja udružnih tužbi od strane pravobraniteljice.

Premda su bili dogovoreni i najavljeni novi statistički obrasci od 1. siječnja 2012. godine, u 2012. godini još nisu bili izrađeni i u primjeni pa su se statistički

16. svibnja 2014.

59 Ibid., str. 4.

60 Budući da Izvješće za 2012. godinu među poduzetim aktivnostima ističe i da je pučki pravobranitelj odgovarao na načelne upite državnih institucija, građana i organizacija civilnog društva, o tome može li se određeni postupak, praksa ili ponašanje smatrati diskriminacijom te o mogućim načinima zaštite od diskriminacije jasno je da i dalje postoje dvojbe i poteškoće u kvalificiranju određenih radnji ili postupanja kao diskriminatornih. To dodatno naglašava i okolnost da u velikom broju slučajeva nije iskazana diskriminacijska osnova niti se može iščitati iz pritužbe.

61 Tijekom 2012. godine zaprimljeno je 15 pritužbi iz nadležnosti pravobraniteljice za ravnopravnost spolova. Iz podataka Ureda pravobraniteljice za osobe s invaliditetom vidljiv je porast broja pritužbi u 2012. godini, u kojoj je zaprimljeno 37 pritužba u odnosu na 2011. godinu, u kojoj je zaprimljeno 25 pritužbi. Ured pravobraniteljice za djecu je tijekom 2012. godine postupao u 16 slučajeva, a od toga prenesena su dva slučaja u kojima je Ured tijekom godine primao obavijesti o postupanju nadležnih tijela po prijavama iz prethodne godine. Iz toga proizlazi da se broj slučajeva u kojima se podnosila pritužba zbog diskriminacije udvostručio u odnosu na ranije godine.

podatci za pravosudne predmete prikupljali na postojećim obrascima. U Izvješću za 2012. godinu nadalje je istaknuto da, premda se u sudskim postupcima sukladno odredbi čl. 16. ZSD-a može utvrditi diskriminacija kao prethodno pitanje kada se postupak vodi radi utvrđenja nekoga drugog pitanja ili postupak sukladno odredbi čl. 17. ZSD-a po posebnim tužbama za zaštitu od diskriminacije kojima se od suda može tražiti utvrđivanje diskriminacije, njezinu zabranu ili otklanjanje, naknadu štete te objavu presude kojom je utvrđena diskriminacija u medijima na trošak tuženika, evidencija se vodi samo za potonje. U obrascima nije predviđena posebna kategorija za pokrenute postupke u povodu udružne tužbe sukladno odredbi čl. 24. ZSD-a. Ponovno, nepreciznost kategorija kod obrazaca stvara poteškoće u razaznavanju o kojoj se vrsti tužbenog zahtjeva radi unutar kategorije "ostalo", jer može značiti da se radi o kumulaciji zahtjeva, odnosno da se tražilo i utvrđivanje diskriminacije i naknada štete istodobno, ali može značiti i da su tužitelji tražili objavu presude o postojanju diskriminacije na račun tuženika u medijima.

3.5. Analiza podataka za 2013. godinu

Za 2013. godinu podneseno je Izvješće pučke pravobraniteljice koje je po prvi puta objedinilo izvješće o stanju ljudskih prava u Hrvatskoj i radu Ureda.⁶² Kao i za prethodnu godinu, Izvješće za 2013. godinu ne posjeduje kategoriju podataka koje su dostavile civilne organizacije, ali upućuje da je ocjena i analiza stanja izvršena prema podacima iz godišnjih izvješća i javno dostupnih materijala različitih sudionika, ustupljenim za potrebe izrade Izvješća.⁶³ Prema novoj bazi podataka o pritužbama za diskriminaciju, tijekom 2013. godine otvoreno je 248 novih predmeta, gotovo trećina više nego 2012. godine. I dalje, u velikom broju pritužbi nije navedena ili je pogrešno navedena diskriminacijska osnova. Novinu čini kategorija pritužbi na višestruku diskriminaciju, odnosno diskriminaciju prema više diskriminacijskih osnova, i to u različitim kombinacijama (136).

Tijekom 2013. godine vodilo se ukupno 152 parnična postupka radi diskriminacije. U 46 tužbi, građani su tražili utvrđivanje diskriminacije, u četiri njezinu zabranu ili otklanjanje te u devet naknadu štete. U odnosu na ostale tužbe nije poznato o kojoj je vrsti tužbe riječ. Tijekom 2013. godine svih je pet zahtjeva za mirnim rješavanjem sporova u antidiskriminacijskim parničnim postupcima koji

62 Ono se razlikuje od dosada podnesenih izvješća pučkog pravobranitelja utoliko što obuhvaća postupanje pučke pravobraniteljice sukladno Zakonu o pučkom pravobranitelju i posebnim zakonima te se odnosi na zaštitu i promicanje ljudskih prava i sloboda, suzbijanje diskriminacije i rad Nacionalnog preventivnog mehanizma. *Izvješće pučke pravobraniteljice za 2013.: Po prvi puta objedinjeno izvješće o stanju ljudskih prava u Hrvatskoj i radu Ureda*, <<http://www.ombudsman.hr/index.php/hr/izvjescia/izvjescie-pucke-pravobraniteljice/finish/20-2013/55-izvjescie-pucke-pravobraniteljice-za-2013-po-prvi-puta-objedinjeno-izvjescie-o-stanju-ljudskih-prava-u-hrvatskoj-i-radu-ureda>>, 5. siječnja 2015.

63 Tijekom 2013. godine je zaprimljena 3021 nova pritužba, što čini značajan porast (63 %) u odnosu na 2012. godinu, a postupalo se i u 483 predmeta prenesenih iz prethodnih godina. Osim na inicijativu građana, temeljem pritužbi građana ili pritužbi koje su u ime građana podnosile treće osobe (nevladine organizacije), postupci su pokretani i na vlastitu inicijativu, temeljem saznanja iz medija.

su obvezni prije utuživanja u RH odbijeno. Kako bi se osiguralo kvalitetno praćenje stanja i analiza podataka s Ministarstvom pravosuđa dogovoreno je da će se novi statistički model praćenja, Obrasci⁶⁴ kao i upute sudovima za njihovo prikupljanje, početi primjenjivati od 1. siječnja 2014. godine.

3.6. Zaključci koji proizlaze iz analize

Iz podataka za 2009. godinu proizlazi kako su građani u slučaju diskriminacije najskloniji obraćanju organizacijama civilnog društva. Naime, gotovo deset puta veći broj prijavljenih slučajeva zaprimljenih od organizacija civilnog društva od broja prijavljenih slučajeva zaprimljenih od pučkog pravobranitelja i sudova upućuje na veoma neuravnotežen odnos u pogledu obraćanja osoba nadležnim tijelima, pa samim time i kasnijeg sudjelovanja nadležnih tijela u postupcima suzbijanja diskriminacije.⁶⁵

ZSD jasno propisuje ulogu svih tijela u njegovoj provedbi. Unutar institucionalnog okvira ZSD-a pučki pravobranitelj kao središnje tijelo osim najširih ovlasti ima i najveću odgovornost u radu na suzbijanju diskriminacije. Među najznačajnijim zadaćama povjerenima pučkom pravobranitelju postupanje je po prijavama (pritužbama) građana zbog diskriminacije koje su im u svom postupanju pričinili organi državne uprave, tijela s javnim ovlastima ili djelatnici u tim organima ili tijelima.⁶⁶

ZSD propisuje aktivno sudjelovanje organizacija civilnog društva u postizanju

64 Obrasci, NN br. 151/13.

65 U dijelu Istraživanja za 2009. godinu u kojemu se analiziraju podatci pribavljeni od pučkog pravobranitelja tek stoji kako je "i u svim ostalim predmetima upućen odgovor stranci kojim je upućena o svojim pravima, obvezama i mogućnostima sudske ili druge zaštite", no točan podatak o broju predmeta nije naveden. Kunac, S. i dr., op. cit., str. 75. Međutim, pri tome treba uzeti u obzir da bi potpuna i točna usporedba podataka bila moguća samo ako bi Istraživanje za 2009. godinu sadržavalo podatke o broju pritužbi koje su organizacije civilnog društva zaprimile, a zatim proslijedile pučkom pravobranitelju (kao nadležnom tijelu za postupanje) i u koliko su slučajeva pučki pravobranitelji uputili građane na pravo na sudsku zaštitu. Naime, tek temeljem tih podataka bilo bi moguće utvrditi koliki je postotak prijavljenih slučajeva koje su zaprimile organizacije civilnog društva koji se odnosi na prijavljene slučajeve iz nadležnosti pučkog pravobranitelja i je li on stvarno znatno veći od broja prijavljenih slučajeva koji je zaprimio Ured pučkog pravobranitelja. Ovakvo, temeljem nekategoriziranih i nepotpunih podataka analiza ostaje isključivo na razini pretpostavke. Neovisno o tome, buduće da Istraživanje za 2009. godinu samo navodi podatke, ne propitujući moguće uzroke nerazmjera među njima, interesantnim nam se učinilo barem pokušati pretpostaviti moguće odgovore na pitanje o tome koji bi to uzroci mogli biti.

66 U slučaju da su osobe pokrenule sudski postupak, pučki pravobranitelj nije ovlašten postupati prema zaprimljenoj pritužbi tih osoba, ali u postupku pred sudom može sudjelovati kao umješak na strani osobe koja je pokrenula postupak u povodu diskriminacije. Također, ZSD predviđa mogućnost da pučki pravobranitelj uz pristanak stranaka provodi postupak mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe. Uz pučkog pravobranitelja djeluju i posebne pravobraniteljice čiji su poslovi ZSD-om određeni s obzirom na diskriminacijske osnove za koje su nadležne. Osobito je važna suradnja pučkog pravobranitelja i posebnih pravobraniteljica u radu na pojedinačnim pritužbama građana, ali isto tako i prikupljanju, vođenju i analiziranju evidencije slučajeva diskriminacije. Odredba čl. 5. st. 1. Zakona o pučkom pravobranitelju, NN br. 60/92.

ciljeva suzbijanja diskriminacije. Naglašena je i važnost suradnje između pučkog pravobranitelja i organizacija civilnog društva u praćenju primjene ZSD-a, provođenju istraživanja i ukazivanju na nedostatke postojećih zakonskih odredbi. Temeljna zadaća organizacija civilnog društva u smislu suzbijanja diskriminacije, ipak, bila bi upućivanje građana na obraćanje pučkom pravobranitelju radi podnošenja pritužbi te pomaganje u ostvarivanju prava u sudskom postupku.⁶⁷

Moglo bi se uzeti da je jedan od mogućih uzroka zbog čega je u evidenciji za 2009. godinu zamjetan znatno veći broj pritužbi podnesenih organizacijama civilnog društva nego ostalim tijelima veće povjerenje koje građani kod obraćanja nadležnim tijelima ukazuju nezavisnim inicijativama, odnosno organizacijama civilnog društva nego nacionalnim institucijama koje se bave provedbom ZSD-a. Razlog tome mogao bi se tražiti u lakšem pristupu organizacijama civilnog društva i zadovoljavanju pretpostavki za podnošenje pritužbi nego pučkom pravobranitelju ili sudu, gdje su nametnuti zahtjevi zasigurno veći.⁶⁸ Pri tome, treba uzeti u obzir da uz zadovoljenje formalnih zahtjeva za građane svakako utječu oni materijalne naravi. Naime, organizacije civilnog društva osim što zaprimaju pojedinačne slučajeve diskriminacije, osiguravaju građanima prava na besplatnu pravnu pomoć olakšavajući im time ujedno i ostvarenje prava na pristup sudu. U Izvješću za 2011. godinu upozoreno je da sustav besplatne pravne pomoći još uvijek nije olakšao pristup sudu u mjeri u kojoj se to donošenjem Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći očekivalo

67 Stoga, organizacijama civilnog društva ostavljena je mogućnost da u sudskom postupku sudjeluju kao umješak na strani osobe koja je pokrenula postupak u povodu diskriminacije kao i da u slučaju povrede ili ugrožavanja kolektivnih interesa skupina pojedinaca pokrenu sudski postupak udružnom tužbom. Prema Grgić, A. i dr., op.cit., str. 85-90.

68 U bitnome, postupanje suda razlikuje se od postupanja pučkog pravobranitelja i organizacije civilnog društva. Sadržaj pritužbe koja se podnosi pučkom pravobranitelju određena je uputom koju je moguće pronaći na službenoj mrežnoj stranici pučkog pravobranitelja. *Često postavljena pitanja: Što sve mora sadržavati pritužba?*, <<http://www.ombudsman.hr/hr/pritube-pukom-pravobranitelju.html>>, 9. prosinca 2011.

Iz sadržaja pritužbe očigledno je da je riječ o obraćanju državnom tijelu zbog čega su zahtjevi kod sadržaja pritužbe formalni. To potvrđuje i činjenica da je u Istraživanju za 2009. godinu navedeno kako je dio zaprimljenih pritužbi bio nepotpun te nije bila iskazana osnova niti područje diskriminacije zbog čega je pučki pravobranitelj vratio građanima pritužbe zahtijevajući nadopunu kako bi se po njima moglo postupati. Slično, kao primjer pritužbe koja se podnosi organizaciji civilnog društva pronašli smo naznačen sadržaj koji bi pritužba trebala sadržavati na službenim stranicama jedne organizacije civilnog društva. <<http://www.iskorak.org/tvoja-prava/prijavi-diskriminaciju>>.

Dio Istraživanja za 2009. godinu u kojemu su prezentirani pojedinačni slučajevi koje su zaprimile organizacije civilnog društva koristio je protokol čiji je sadržaj veoma sličan sadržaju pritužbe koji je naveden na službenoj stranici organizacije civilnog društva koju smo konzultirali. Usporedbom između sadržaja pritužbi zamjetno je kako pučki pravobranitelj uz opće podatke traži podnošenje dokaza i dokumentacije o diskriminaciji dostupne osobi koja pritužbu podnosi. Za razliku od pučkog pravobranitelja, za podnošenje pritužbe organizaciji civilnog društva dostatno je detaljno navođenje slučaja diskriminacije. Ograničen sadržaj pritužbe koja se podnosi organizaciji civilnog društva može se objasniti činjenicom da će, u slučaju da postoje elementi diskriminacije, organizacija civilnog društva uputiti pritužbu pučkom pravobranitelju kao središnjem tijelu za suzbijanje diskriminacije ili će uputiti građane na pokretanje sudskog postupka. Kunac, S. i dr., op. cit., str. 41.-75.

postići. Uz to što se neposredno odražava na djelovanje organizacija civilnog društva kao pružatelja besplatne pomoći, odnosno besplatnog pravnog savjetovanja u okviru kojega se čak bave upućivanjem prikupljenih pritužbi nadležnim tijelima (Uredu pučkog pravobranitelja, posebnim pravobraniteljicama), još je važnije da građanima onemogućuje pristup sudu i ostvarenje pravne zaštite. Zbog toga, se očekivalo da će pod pritiskom struke i nevladinih organizacija i na tom području doći do neophodnih korekcija i unaprjeđenja.⁶⁹ Očekivanja međutim nisu ispunjena. Umjesto toga, proračunska sredstva predviđena za besplatnu pravnu pomoć prema Izvješću za 2012. godinu značajno su umanjena.⁷⁰ Ipak, za razliku od troškova koje stranke očekuju u slučaju podnošenja tužbe sudu, za podnošenje pritužbe pučkom pravobranitelju nije predviđeno plaćanje upravne pristojbe. Ta okolnost trebala bi imati pozitivan učinak na učestalost obraćanja pučkom pravobranitelju i podnošenja pritužbi kao i na ostvarenje prava građana koji su bili žrtvom diskriminativnog postupanja organa državne uprave, tijela s javnim ovlastima ili djelatnika u tim organima ili tijelima, osobito jer su nepovjerenje građana u učinkovitost pravosuđa, a ujedno s njim povezani strah od previsokih troškova, predugog trajanja i neizvjesnog ishoda postupka još uvijek veoma prisutni.⁷¹ Izvjesno je da u prilog velikog broja pritužbi koje zaprimaju organizacije civilnog društva ide veoma širok krug aktivnosti kojima se bave i napor koji ulažu kako bi pridonijeli suzbijanju diskriminacije.⁷² Jednako tako, važan je i angažman organizacija civilnog društva u osvješćivanju građana o pojavnosti diskriminacije u hrvatskom društvu i mogućnostima korištenja pravnim sredstvima predviđenima ZSD-om.⁷³ To je moguće iščitati i iz Izvješća za 2010. godinu koje dovodi u izravnu vezu broj podnesenih udružnih tužbi i angažman organizacija civilnog društva koje su ih podnijele⁷⁴ i Izvješća za 2011. godinu koje se služi podacima organizacija civilnog društva o broju podnesenih udružnih tužbi budući da Ministarstvo pravosuđa takve podatke još uvijek ne dostavlja⁷⁵. Kao relevantan čimbenik javlja se i stupanj u kojemu nadležna tijela koriste ovlasti povjerene ZSD-om u radu na suzbijanju diskriminacije. Naime, upravo odnos angažmana organizacija civilnog društva i broja udružnih tužbi podnesenih sudu, o kojemu govori Izvješće za 2010. godinu, potvrđuje važnost inicijative nadležnog tijela za ostvarenje ciljeva predviđenih zakonodavnim okvirom koji uređuje suzbijanje diskriminacije.

Pučkom pravobranitelju, uz ostale ovlasti, ostavljena je mogućnost sudjelovanja u postupku u položaju umješača.⁷⁶ Izvješće za 2010. godinu ne navodi podatak o broju

69 Tako Izvješće za 2011., op. cit., str. 3.

70 Vidi Izvješće za 2012. godinu, op. cit., str. 64.

71 Tako Izvješće za 2010., op. cit., str. 3.

72 Osim osiguravanja prava na besplatnu pravnu pomoć, organizacije civilnog društva upućuju primljene slučajeve nadležnim institucijama i prate provedbu antidiskriminacijske politike (rad pučkog pravobranitelja, sudova udruga, institucija). Ibid., str. 35.

73 Jedna od predviđenih aktivnosti organizacija civilnog društva je povećanje informiranosti građana o antidiskriminacijskom *policy* okviru u RH. Kunac, S. i dr., op. cit., str. 35.

74 Vidi Izvješće za 2010. op. cit., str. 17.

75 Vidi Izvješće za 2011. op. cit., str. 25.

76 Odredbom čl. 21. ZSD-a predviđena je mogućnost, ali ne i dužnost sudjelovanja pučkog pravobranitelja u postupku na strani tužitelja. Pučki pravobranitelj temeljem diskrecijske ocjene procjenjuje je li miješanje u određeni spor od šireg značaja i temeljem te procjene bira

prijavljenih slučajeva u kojemu je pučki pravobranitelj sudjelovao u postupku kao umješač na strani tužitelja niti je li uopće bio pozvan na miješanje u sudski postupak. Jedino je u evidenciji pravobraniteljice za ravnopravnost spolova moguće pronaći podatak da tijekom 2010. godine pučka pravobraniteljica za ravnopravnost spolova nije bila pozvana na miješanje u sudskom postupku.⁷⁷ Koji je razlog izostanka podataka o broju postupaka u kojima je pučki pravobranitelj sudjelovao kao umješač na strani tužitelja nije poznato, naročito zbog toga što je i sam pučki pravobranitelj u izjavi za jedan internetski portal istaknuo kako je u određenom broju postupaka pučki pravobranitelj pozvan na miješanje, iako nije naveo je li se i u koliko postupaka zaista i umiješao, no izjavio je kako još očekuje konačan ishod tih postupaka.⁷⁸ Možda je jedan od razloga nepostojanja iskazanih podataka ili, čak nepostojanja slučajeva miješanja, ako je to razlog izostanka podataka, činjenica da u svakom pojedinom slučaju pučki pravobranitelj temeljem diskrecijske ocjene procjenjuje je li miješanje od šireg značaja, što mu daje mogućnost, ali ga ni na koji način ne obvezuje na sudjelovanje.⁷⁹ Ipak, Izvješće za 2011. godinu, u kojemu stoji da se pučki pravobranitelj umiješao u jedan postupak u povodu udružbe tužbe za zaštitu kolektivnih interesa određenih skupina i u jedan postupak po privatnoj tužbi, zatim da se pravobraniteljica za ravnopravnost spolova umiješala se u šest postupaka⁸⁰, od toga u četiri postupka koja su se vodila na Vrhovnom sudu, 1 na Upravnom sudu i jedan na Općinskom građanskom sudu, te da je u 1 slučaju Ured pučkog pravobranitelja uputio obavijest Pravobraniteljici za djecu da se umiješao kao umješač *sui generis* na strani maloljetnih tužiteljica,⁸¹ odražava veće razumijevanje za nužnost uključivanja pučkog pravobranitelja i posebnih pravobraniteljica u postupke na strani onih čija su prava povrijeđena ili ugrožena diskriminatornim postupanjem i unaprijeđivanja njihovog položaja u sudskom postupku u kojemu zahtijevaju zaštitu od diskriminacije. Prema Izvješću za 2012. godinu pučki pravobranitelj kao umješač na strani tužitelja sudjelovao je u dva nova sudska postupka.

sporove u kojima će sudjelovati u položaju umješača. Prema Grgić, A. i dr., op.cit., str. 91.

77 Izvješće za 2010. op.cit., str. 9.

78 *Intervju: Jurica Malčić, pučki pravobranitelj*, <<http://www.novosti.com/2010/01/intervju-jurica-malcic-pucki-pravobranitelj>>, 15. siječnja 2010., 13. prosinca 2011.

79 Priopćenje povodom Dana ljudskih prava, dostupno na internetskoj stranici organizacije b.a.b.e. (organizacija osnovana u svrhu promicanja i zaštite ženskih ljudskih prava, koja se usredotočila na promicanje rodne ravnopravnosti i osiguravanje jednakih mogućnosti za sve rodove u svim sferama društvenog života). *Priopćenje povodom Dana ljudskih prava*, <<http://www.babe.hr/en/vijesti/772-priopcenje-povodom-dana-ljudskih-prava>>, 4. siječnja 2012.

80 Od tih šest postupaka, četiri sudska postupka pokrenuta su u povodu tužbe radi diskriminacije na temelju seksualne orijentacije (u jednom predmetu pred općinskim sudom, u jednom predmetu pred upravnim sudom i u dva predmeta pred Vrhovnim sudom). Izvješće za 2011., op. cit., str. 54.

81 Pučki pravobranitelj umiješao se kao umješač *sui generis* na strani maloljetnih tužiteljica, dviju učenica strukovne škole kojima zbog njihovog romskog podrijetla nije omogućeno obavljanje prakse koju su dužne obaviti u okviru redovnog srednjoškolskog obrazovanja. S obzirom na to da je samo obaviješten o tome da se pučki pravobranitelj u postupak umiješao, Ured pravobraniteljice za djecu nije uključio ovaj slučaj u podatke o slučajevima diskriminacije u kojima je postupao tijekom 2011. godine. Ibid., str. 20.

Treba napomenuti da su i organizacije civilnog društva⁸² u medijima prozvale hrvatske sudove zbog nedopuštanja da u postupku sudjeluju kao umješač na strani tužitelja i time povrijedili odredbe ZSD-a kojima je ta mogućnost predviđena. Inače, u zaključcima Istraživanja za 2009. godinu upozoreno je kako se u okviru podizanja kapaciteta u radu na suzbijanju diskriminacije treba potaknuti organizacije civilnog društva na veće sudjelovanje u postupku kao umješača na strani tužitelja.⁸³ Naime, u evidenciji za 2009. godinu samo jedna organizacija civilnog društva navela je da sudjeluje u postupcima kao umješač.⁸⁴ Međutim, sama preporuka i poticanje organizacija civilnog društva na djelovanje očigledno nije dostatna kako bi se unijele promjene u dosadašnji način postupanja nadležnih tijela. Nužno je otkloniti nedoumice u tumačenju i primjeni ZSD-a te uvesti sankcije ili postrožiti postojeće zbog nepoštovanja odredbi ZSD-a kao i neprimjerenog postupanja svih institucija koje provode ciljeve antidiskriminacijske politike hrvatskoga pravnog sustava.⁸⁵

Istraživanje za 2009. godinu ne bilježi niti jedan postupak mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe koji je proveo pučki pravobranitelj ili pravobraniteljica za osobe s invaliditetom.⁸⁶ U Izvješću za 2010. godinu pravobraniteljica za ravnopravnost spolova također navela je da nije bilo pokrenutih niti provedenih postupaka mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe. U evidenciji pučkog pravobranitelja, pravobraniteljice za osobe s invaliditetom i pravobraniteljice za djecu za 2010. godinu nije naveden podatak o broju pokrenutih ili provedenih postupaka mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe. Državno odvjetništvo navelo je da su podnesena tri zahtjeva za mirenje međutim, sva tri su odbijena te nije pokrenut niti jedan postupak mirenja s mogućnošću sklapanja izvansudske nagodbe. U Izvješću za 2011. godinu pravobraniteljica za ravnopravnost spolova istakla je da tijekom 2011. godine nije pokrenut niti proveden niti jedan postupak mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe⁸⁷ Pravobraniteljica za osobe s invaliditetom navela je kako je u slučaju pritužbe kod koje je Ured sumnjao u izravnu diskriminaciju uspješno proveden neformalni postupak mirenja na zadovoljstvo pritužitelja i prituženika diskriminacije⁸⁸, a pravobraniteljica za djecu nije se o tome uopće očitovala. Prema podacima Državnog odvjetništva, tijekom 2011. godine podneseno je osam zahtjeva za mirno rješavanje sporova povezanih s diskriminacijom, a koji se moraju podnijeti prije podizanja tužbe protiv RH. Dva su zahtjeva odbijena kao neosnovana, od toga u jednom se radilo o nezadovoljstvu ishodom upravnog spora, a u drugom o nezadovoljstvu odlukom poslodavca o poslovno uvjetovanom otkazu.

82 Riječ je o udrugama Iskorak i Kontra koje su se željele umiješati u postupak na strani tužitelja u postupku u povodu diskriminacije na fakultetu u Varaždinu. U navedenom slučaju sud je odlučio da, unatoč ovlaštenju organizacija civilnog društva propisanih odredbama ZSD-a da sudjeluju u postupku kao umješač, organizacije civilnog društva nemaju interesa pratiti sudski postupak i kontrolirati rad suda. *Hrvatski sudovi su homofobični!*, <<http://www.libela.org/vijesti/2042-hrvatski-sudovi-su-homofobicni>>, 17. svibnja 2011., 13. prosinca 2011.

83 Kunac, S. i dr., op. cit., str. 90.

84 Ibid., str. 36.

85 Ibid., str. 81.

86 Ibid., str. 76.

87 Izvješće za 2011., op. cit., str. 18.

88 Ibid., str. 20.

U ostalim slučajevima postupak je još bio u tijeku.⁸⁹ Tijekom 2012. godine nije bilo pokrenutih ni provedenih postupaka mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe pravobraniteljice za ravnopravnost spolova. Prema Izvješću za 2013. godinu Državno odvjetništvo je zaprimilo pet zahtjeva za mirnim rješavanjem sporova u antidiskriminacijskim parničnim postupcima koji su obvezni prije utuživanja RH, sukladno ZPP-u, a svi su zahtjevi odbijeni.

Iako je već u Istraživanju za 2009. godinu prepoznat problem nedovoljnoga rada Ureda pučkog pravobranitelja u primjeni ZSD-a kod postupaka mirenja uz mogućnost sklapanja izvansudske nagodbe, podatci od 2010. godine nadalje ne pokazuju da su ikakvi ozbiljni pomaci učinjeni, dapače, u evidenciji su gotovo u potpunosti izostavljeni podatci o vođenju tih postupaka.⁹⁰

Ova analiza, koliko god bila iscrpna, ne bi bila potpuna bez usporedbe broja individualnih i postupaka kolektivne pravne zaštite koji su pokrenuti pred hrvatskim sudovima od 2009. do 2013. godine. Naime, odredbama ZSD-a predviđena je mogućnost individualne i kolektivne antidiskriminacijske sudske zaštite. Već u samoj usporedbi evidencije sudova o postupcima za 2010. godinu,⁹¹ prema kojoj se pred sudovima vodilo 39 parničnih postupaka (povodom individualne tužbe)⁹² radi diskriminacije, od toga tri povodom tužbi podnesenih u ranijem razdoblju, a 36 povodom tužbi podnesenih tijekom 2010. godine u odnosu na pet postupaka vođenih temeljem udružnih tužbi podnesenih od strane organizacija civilnog društva ogleđa se nerazmjer u broju postupaka koji se pokreću individualnom i udružnom tužbom.⁹³ Značajno je i da u Izvješću za 2012. godinu u dijelu koji se odnosi na rad pravobraniteljice za ravnopravnost spolova, stoji da tijekom 2012. godine nije bilo slučajeva podnošenja udružnih tužbi od strane pravobraniteljice, iz čega se daje zaključiti da je učinjen pomak u vidu svijesti o nužnosti pokretanja postupaka u povodu udružnih tužbi. No, za osnaživanje sudske prakse bit će nužno najprije detektirati, a zatim ukloniti uzroke zbog kojih se pred sudovima u tako malom broju slučajeva suzbijanje diskriminacije nastoji ostvariti podnošenjem udružne tužbe.

89 Ibid., str. 25.

90 Prema Kunac, S. i dr., op. cit., str. 18-20.

91 S obzirom na to da u Istraživanju za 2009. godinu nije iskazan broj postupaka pokrenutih udružnom tužbom, odnosno od 10 organizacija, samo je jedna navela da je pokrenula postupak povodom udružne tužbe, broj individualnih i postupaka kolektivne pravne zaštite u 2009. godini nije moguće uspoređivati.

92 Iz vrste evidencije u kojoj je navedeno da je riječ o 17 tužbi radi utvrđivanja diskriminacije, sedam radi zabrane ili otklanjanja diskriminacije, a 12 radi naknade štete, jasno je da je riječ o individualnim antidiskriminacijskim tužbama.

93 Iz zaključaka Konferencije za suzbijanje diskriminacije održane u Kući ljudskih prava Zagreb 14. i 15. siječnja 2011. godine interesantna je preporuka da se istovremeno s podnošenjem udružne tužbe podnose i individualne (privatne) tužbe za suzbijanje diskriminacije. Time se očigledno želi potaknuti stvaranje sudske prakse na području kolektivne pravne zaštite, ali istodobno i osigurati da u slučaju da udružna tužba bude odbačena iz formalnih razloga, privatni podnositelj ostvari zaštitu svojih prava individualnom (privatnom) tužbom za suzbijanje diskriminacije. *Zaključci Konferencije za suzbijanje diskriminacije*, <<http://www.cms.hr/suzbijanje-diskriminacije/zakljucci-konferencije-o-suzbijanju-diskriminacije>>, 4. siječnja 2012.

4. ANALIZA DOSTUPNIH SLUČAJEVA PODNOŠENJA UDRUŽNE TUŽBE ZA SUZBIJANJE DISKRIMINACIJE

U nastavku rada bavimo se analizom dostupnih slučajeva⁹⁴, kako bi na temelju do sada vođenih postupaka pokrenutih udružnom tužbom pokušali naznačiti problematične aspekte koji bi mogli biti dio razloga tako oskudne prakse vođenja postupaka kolektivne pravne zaštite. Kao prvi u nizu problema može se uočiti pitanje podnositelja tužbi kojima se pokreće postupak kolektivne pravne zaštite. Iako su na pokretanje postupka za suzbijanje diskriminacije udružnom tužbom ovlaštene sve udruge koje imaju opravdani interes za zaštitu kolektivnih interesa određene skupine ili se u sklopu svoje djelatnosti bave zaštitom prava, u odnosnim slučajevima, udružne tužbe podnijele su udruge koje djeluju unutar centra za ravnopravnost LGBT osoba⁹⁵ te udruge Kontra⁹⁶ i Iskorak.⁹⁷ Analiza prakse koje su provele institucije koje se bave suzbijanjem diskriminacije ističe isključivo podatak o suviše malom broju udružnih tužbi na području suzbijanja diskriminacije koje su u prethodnom razdoblju podnesene sudovima, pa su sukladno tome dane određene preporuke za poduzimanje mjera kojima bi se takvo stanje trebalo promijeniti⁹⁸. Međutim, zapažamo da su u svim promatranim slučajevima podnositelji udružne tužbe isključivo udruge koje se u okviru svoje djelatnosti bave zaštitom prava seksualnih manjina (lezbijki, gejeva, biseksualnih i transrodnih osoba, LGBT osoba) u RH, a ta okolnost također je vrijedna pažnje, naročito zbog toga što se stvara dojam, ali još važnije može doći do stvaranja prakse prema kojoj udružnu tužbu kao pravno sredstvo za suzbijanje diskriminacije

- 94 Udružna tužba protiv zaposlenika Katoličke crkve, F. Jurčevića - za uznemiravanje, poticanje na diskriminaciju i teških oblika diskriminacije koje je počinio i nastavlja činiti na svom blogu i u javnim istupima na Novoj, udružna tužba protiv predsjednika Hrvatskog nogometnog saveza, V. Markovića, za izravnu diskriminaciju temeljem spolne orijentacije i težak oblik diskriminacije objavljenim u intervjuu za dnevnik Večernji list, udružna tužba protiv izvršnog dopredsjednika NK Dinamo, Z. Mamića – za izravnu diskriminaciju temeljem spolne orijentacije i težak oblik diskriminacije objavljenim u dnevniku Jutarnji list te udružna tužba protiv vjeroučiteljice zagrebačke osnovne škole J. Čorić Mudrovčić - za izravnu diskriminaciju temeljem spolne orijentacije počinjenu poučavanjem učenika na satu vjeronauka da je homoseksualnost bolest.
- 95 Centar za ravnopravnost LGBT je aktivistički savez koji radi na ostvarivanju jednakopravnosti lezbijki, gejeva, biseksualnih i transrodnih osoba u Republici Hrvatskoj, a osnovale su ga lezbijjska udruga LORI, Queer Zagreb i udruženje Zagreb Pride. *Centar za ravnopravnost LGBT*, <<http://www.ravnopravnost.hr/web/>>, 4. siječnja 2012.
- 96 Kontra je nevladina organizacija koja promovira ljudska prava lezbijki i biseksualnih žena. *Lezbijjska grupa Kontra*, <<http://www.kontra.hr/cms/>>, 4. siječnja 2012.
- 97 Iskorak je centar za prava seksualnih i rodnih manjina je nevladina udruga s ciljem zalaganja protiv svih oblika diskriminacija i stigmatizacije seksualnih i rodnih manjina kao i njihovu participaciju u društvu kao jednakopravnih građana i građanki. *Iskorak*, <<http://www.vcz.hr/partneri/organizatori-volontiranja/organizator-94/>>, 4. siječnja 2012.
- 98 Temeljem analize ustanovljen je nedostatak sudske prakse na području suzbijanja diskriminacije zbog čega je, uz ostale, u zaključcima dana i preporuka organizacijama civilnog društva da što više koriste ZSD, poglavito ovlaštenje za podnošenje udružnih tužbi, jer neovisno o tome što ne postoji sigurnost da će biti prihvaćene, njihovo podnošenje važno je za razvoj sudske prakse. *Zaključci Konferencije za suzbijanje diskriminacije*, <<http://www.cms.hr/suzbijanje-diskriminacije/zakljucci-konferencije-o-suzbijanju-diskriminacije/>>, 4. siječnja 2012.

koriste isključivo LGBT udruge, premda je ona predviđena kao opće sredstvo za suzbijanje diskriminacije.⁹⁹

4.1. Udružne tužbe za suzbijanje diskriminacije

4.1.1. Slučaj vjeroučiteljice J. Mudrovčić Čorić

Prva udružna tužba za suzbijanje diskriminacije u RH podnesena je protiv vjeroučiteljice zagrebačke Osnovne škole “Bartol Kašić” J. Mudrovčić Čorić koja je na satu vjeronauka učenike osmog razreda poučavala da je homoseksualnost bolest (slučaj vjeroučiteljice J. Mudrovčić Čorić)¹⁰⁰. Udruge Kontra i Iskorak podnijele su udružnu tužbu, navodeći kako je vjeroučiteljica, nazivajući homoseksualce bolesnicima poticala na diskriminatorno ponašanje i razmišljanje, čime je nanosila veliku štetu cijeloj zajednici i društvu. Udružna tužba podnesena je temeljem odredbe čl. 24. ZSD-a radi utvrđenja diskriminacije prema homoseksualnim osobama sa zahtjevom da se zabrani svako daljnje diskriminatorno ponašanje takve vrste i da se presuda objavi u medijima. Prvo ročište u postupku održano je 25. svibnja 2010. godine na Županijskom sudu u Zagrebu.¹⁰¹ Na drugom ročištu održanom 16. lipnja 2010. godine saslušane su svjedokinje obrane te gđa J. Čorić Mudrovčić, koja je tvrdila da “takvo što nije izjavila, nego da je, kad se prilikom nastavne jedinice u kojoj se govorilo o homoseksualnosti, kazala da se sve ljude, pa tako i homoseksualce, bez obzira na njihovu vjeru, rasu ili seksualnu orijentaciju ne smije vrijeđati, nego ih treba poštovati”.^{102, 103} U korist obrane svjedočila je savjetnica u Agenciji za odgoj i obrazovanje Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa.¹⁰⁴ Tužiteljica je u ime Kontre ocijenila nadzor krajnje neprofesionalnim, manjkavim i pristranim.^{105, 106} Tužiteljica je podatke iz provedenog nadzora zatražila, no sutkinja je taj zahtjev “odbila”, uz

99 Vidi Izvješće za 2010., op. cit., str. 17.

100 Radi preglednosti, dalje u radu ovaj slučaj nazivat ćemo “slučaj vjeroučiteljice Jelene Mudrovčić Čorić”.

101 Izjava sutkinje nakon prvog ročišta. *Izvještaj o stanju ljudskih prava seksualnih i rodni manjina u 2010. godini*, <<http://www.kontra.hr/cms/documents/izvjestaj2010hr.pdf>>, 5. siječnja 2012., str. 45. (u nastavku: *Izvještaj o stanju ljudskih prava seksualnih i rodni manjina*).

102 *Ibid.*, str. 46.

103 Izjava J. Mudrovčić Čorić za Jutarnji list od 19. lipnja 2010. o tome misli li osobno da je homoseksualizam bolest Šimić, Zlatko, *Ponosna sam što mogu podnijeti žrtvu za svoju Crkvu i uvjerenja*, <<http://www.jutarnji.hr/-ponosna-sam-sto-mogu-podnijeti-zrtvu-za-svoju-crkvu>>, 5. siječnja 2012.

104 Navodi svjedoka obrane o poučavanju vjeroučiteljice prilikom provođenja stručno-pedagoškog nadzora u školi. *Izvještaj o stanju ljudskih prava seksualnih i rodni manjina*, op. cit., str. 46.

105 Tome u prilog istaknuto je da rezultati nadzora uopće nisu dostavljeni osobi koja je nadzor zatražila, već samo tuženici. *Loc. cit.*

106 U nalazu nedostaju “konkretni i specifični podaci o tome koliko je učenika među kojima je provedena anketa i razgovor zaista prisustvovalo spornom satu vjeronauka”, odnosno koliko je učenika među kojima je provedena anketa bilo iz razreda 8a (u kojem se dogodio incident), a koliko iz razreda 8b, na što, upitana na ročištu, nadzornica nije odgovorila. *Loc. cit.*

obrazloženje da “nije riječ o presudnom dokazu”.^{107, 108} Treće je ročište održano 15. srpnja 2010. godine,¹⁰⁹ a četvrto ročište 7. ožujka 2011. godine. Prvostupanjsku presudu kojom odbacuje udružnu tužbu Kontre i Iskoraka protiv vjeroučiteljice J. Mudrovčić Čorić Županijski sud u Zagrebu objavio je 18. srpnja 2011. godine.

U medijima je 24. srpnja 2011. godine odbacivanje udružne tužbe protiv vjeroučiteljice J. Mudrovčić Čorić obrazloženo na način da je obrana vjeroučiteljice uspjela dokazati da vjeroučiteljica nije na nastavi vjeronauka nazvala LGBT osobe bolesnima nego da je pratila plan i program vjeronauka propisan zakonom.¹¹⁰

4.1.2. Slučaj kastavskog svećenika F. Jurčevića

U ožujku 2011. godine Centar za ravnopravnost LGBT osoba i Centar za mirovne studije podnijele su udružnu tužbu za suzbijanje diskriminacije protiv kastavskog svećenika F. Jurčevića Županijskom sudu u Rijeci, zbog njegovih izjava objavljenih na blogu na web stranici <http://zupnik.blog.hr> u članku “Beogradski poučak” od 11. listopada 2010. godine u kojemu se osvrnuo na događaje na Gay Prideu u Beogradu 10. listopada 2010. godine (slučaj kastavskog svećenika F. Jurčevića).¹¹¹ Tužitelji su udružnom tužbom i podneskom od 11. ožujka 2011. godine zahtijevali su usvajanje tužbenog zahtjeva, utvrđivanje da je tuženik pisanjem na blogu diskriminirao osobe iste spolne orijentacije, da se tuženiku zabrani daljnje objavljivanje tekstova na blogu na web stranici <http://zupnik.blog.hr>, te daljnje istupanje u medijima kojima na bilo koji način diskriminira osobe iste spolne orijentacije, te da sa svog bloga ukloni sve gore navedene članke i komentare na njih. Uz to, tužitelji su od suda tražili da tuženik na svom blogu objavi presudu kao i da presuda bude objavljena u dnevnim novinama “Jutarnji list” i “Novi list”, sve na trošak tuženika. Na Županijskom sudu u Rijeci 23. rujna 2011. godine održana je glavna i javna rasprava u prisutnosti tužitelja i njihovih punomoćnika, dok je tuženik bio odsutan. Prvostupanjska presuda objavljena je 3. listopada 2011. godine u kojoj je sud utvrdio da je F. Jurčević objavljivanjem članaka pod naslovima “Beogradski poučak” od 11. listopada 2010. godine i “Koliko mi je poznato do sada niti jedan novinar u Hrvatskoj nije osudio perverzije lezbijki i homoseksualaca u Španjolskoj” od 10. studenog 2010. godine u blogu, diskriminirao osobe iste spolne orijentacije. F. Jurčeviću zabranjeno je daljnje objavljivanje članaka na blogu na web stranici: <http://zupnik.blog.hr>, te mu je naloženo da ukloni sve članke u kojima diskriminira osobe iste spolne orijentacije. U presudi je naloženo

107 Žapčić, Andreja, *Bizarnosti na suđenju vjeroučiteljici*, <<http://www.tportal.hr/vijesti/hrvatska/73139/Bizarnosti-na-sudenju-vjerouciteljici.html>>, 05. siječnja 2012.

108 Izvještaj medija o atmosferi na održanom ročištu. Loc. cit.

109 Na ovom ročištu Kontri su se u postupku u svojstvu umješača pridružile organizacije civilnog društva Iskorak, Centar za žene žrtve rata, Ženska grupa Lošinj, Centar za građanske inicijative Poreč, Feministička organizacija za promicanje ženskih prava “Domine” te Centar za zdravo odrastanje “Idem i ja”. Čajdo, Marino, *Prekinut sudski postupak protiv vjeroučiteljice*, <<http://queer.hr/1369/prekinut-sudski-postupak-protiv-homofobne-vjerouciteljice>>, 5. siječnja 2012.

110 *Odbačena tužba protiv vjeroučiteljice*, <<http://queer.hr/9773/odbacena-tuzba-protiv-vjerouciteljice>>, 05. siječnja 2012.

111 Radi preglednosti, dalje u radu ovaj slučaj nazivat ćemo “slučaj kastavskog svećenika F. Jurčevića”.

i objavljivanje presude u dnevnim novinama “Jutarnji list” i “Novi list” na trošak tuženika.¹¹²

4.1.3. *Slučaj Marković*

Centar za ravnopravnost LGBT osoba i Centar za mirovne studije podnijeli su 10. prosinca 2010. godine udružnu tužbu protiv predsjednika Hrvatskog nogometnog saveza (u nastavku: HNS) V. Markovića, za izravnu diskriminaciju temeljem spolne orijentacije i težak oblik diskriminacije zbog izjave “Za gaya nema mjesta u vatrenim” u intervjuu pod naslovom “Homoseksualci ne bi igrali ni u mojoj reprezentaciji” za dnevne novine Večernji list od 7. studenog 2010. godine (slučaj Marković).¹¹³ Tužitelji su naveli u tužbi kako je izjavom da nogomet igraju samo zdravi ljudi, tuženik naveo da su osobe iste spolne orijentacije bolesne, čime je uznemirena odnosno vrijeđana skupina osoba iste spolne orijentacije. U prilog tuženikove izravne diskriminacije prema homoseksualcima, tužitelji se pozivaju na praksu Suda pravde EU-a i predmet C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* (2008) ECR I-05187¹¹⁴. Tuženik je zatražio da sud udružnu tužbu u cijelosti odbije. Prvo ročište u postupku održano je 2. svibnja 2011. godine na Županijskom sudu u Zagrebu. Protiv nepravomoćne presude Županijskog suda u Zagrebu podnesena je žalba kojom se pobija presuda protiv V. Markovića kojom je sud odbio tužbu u cijelosti.¹¹⁵ Pučki pravobranitelj podneskom od 20. svibnja 2011. godine zatražio

112 Kastavski svećenik je u siječnju 2011. godine proglašen krivim za “rasnu i drugu diskriminaciju” te je osuđen na tri mjeseca uvjetne zatvorske kazne u kaznenom postupku kojeg je protiv njega vodilo Općinsko državno odvjetništvo u Rijeci temeljem kaznene prijave zbog poticanja na nasilje i mržnju utemeljenu na seksualnoj orijentaciji, opisanog kaznenim djelom rasne i druge diskriminacije koju je protiv njega podnijela udruga Kontra.

Priopćenje dostupno na internetskoj stranici udruženja Zagreb Pride (nevladine organizacije koja se zalaže za solidarnost LGBTIQ zajednice, a protivni se nasilju i diskriminaciji LGBTIQ osoba). *Kastavski župnik kriv je za diskriminaciju!*, <<http://www.zagreb-pride.net>>, 6. siječnja 2012. Općinski sud u Rijeci proglasio je F. Jurčevića krivim jer je u cilju širenja mržnje i omalovažavanja na osnovi spolne orijentacije, javno iznio i pronio zamisli o podčinjenosti na osnovi spolnog opredjeljenja, čime je počinio kazneno djelo protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom – rasnom i drugom diskriminacijom, opisano i kažnjivo po čl. 174. st. 3. Kaznenog zakona. *Kastavskog župnika Jurčevića sud proglasio krivim*, <http://www.krizzivota.com/zoom/6265/kastavskog_zupnika_jurevia_sud_proglasio_krivim>, 6. siječnja 2012.

113 Radi preglednosti, dalje u radu ovaj slučaj nazivat ćemo “slučaj Marković”.

114 Nadalje, prema navodima tužitelja, riječ je o težem obliku diskriminacije, s obzirom na to da se tuženik kao javna osoba vrlo često javlja u medijima kao predsjednik Hrvatskog nogometnog saveza. Uzimajući u obzir popularnost nogometa u Hrvatskoj te ugled koji tuženik uživa među ljubiteljima nogometa, izjave koje je tuženik dao za medije imaju veću težinu i teže pogađaju žrtve diskriminacije, homoseksualce. Izjave tuženika prenošene su putem dnevnih novina, interneta i televizije i postale su dostupne većem broju ljudi, a bile su usmjerene protiv svih homoseksualaca. U slučaju *Feryn* Sud izravnu diskriminaciju prvenstveno poima kao uvjetovanost nepovoljnog postupanja te ne ustrajava na jasno određenom komparatoru kako bi ustanovio da je određeno postupanje uistinu diskriminatorno. C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* (2008) ECR I-05187, dostupan na: <http://ec.europa.eu/dgs/> (pristupljeno 07.01.2012.).

115 Naime, iako je sud pravilno utvrdio da je “...kada je tuženik kao osoba koja predstavlja HNS

je da mu se dopusti sudjelovanje u postupku u svojstvu umješača što su tužitelji i prihvatili jer je to dodatno osnažilo njihovo uvjerenje u osnovanost tužbenog zahtjeva protiv tuženika. U podnesku (žalbi) umješača od 27. svibnja 2011. godine pučki pravobranitelj iznio je razloge podnošenja žalbe koju bi Vrhovni sud trebao usvojiti i preinačiti prvostupanjsku presudu.¹¹⁶ Vrhovni sud RH odlučujući o žalbi tužitelja protiv presude Županijskog suda u Zagrebu od 2. svibnja 2011. godine, kojom je odbijen tužbeni zahtjev tužitelja, na sjednici održanoj 28. veljače 2012. godine donio je odluku kojom se žalbe tužitelja i umješača prihvaćaju, preinačava se presuda Žup. suda u Zagrebu broj Pnz-7/10 od 2. svibnja 2011. godine i utvrđuje da je tuženik izjavama kako homoseksualci neće igrati u hrvatskoj nogometnoj reprezentaciji dok je on predsjednik HNS-a te kako samo zdravi ljudi igraju nogomet, diskriminirao homoseksualce kao osobe iste spolne orijentacije, da se tuženiku zabranjuje daljnje istupanje u medijima u kojima isti na bilo koji način diskriminira homoseksualce kao osobe iste spolne orijentacije, da se nalaže tuženiku da se javno ispriča radi davanja izjave, a koja isprika se ima objaviti u dnevnom listu "Večernji list", u roku od tri dana od donošenja ove presude na trošak tuženika te se nalaže tuženiku da na svoj trošak objavi ovu presudu u dnevnim novinama "Večernji list" u roku od tri dana od donošenja. Također, nalaže se tuženiku u roku od 15 dana isplatiti tužiteljima iznos 6.696,00 kn na ime parničnog troška.¹¹⁷

4.1.4. Slučaj Mamić

Udružna tužba Centra za ravnopravnost LGBT osoba i Centra za mirovne studije podnesena je protiv Zdravka Mamića, izvršnog dopredsjednika nogometnog kluba "Dinamo" zbog izjave u članku "Homoseksualci ne bi igrali ni u mojoj reprezentaciji" objavljenome u dnevnim novinama "Jutarnji list", od 16. studenog 2010. godine, a koja je kasnije ponavljana i putem televizijskih emisija (slučaj Mamić).¹¹⁸ Prema ocjeni tužitelja, svojom izjavom tuženik podržava ranije izjave V. Markovića o tome kako homoseksualci ne bi trebali igrati u nogometnoj reprezentaciji i to isključivo zbog njihove seksualne orijentacije jer navodi kako "gay nogometaši ne mogu igrati

javno i nedvosmisleno izjavio da u hrvatskoj nogometnoj selekciji, u tome savezu, nema mjesta igračima koji se izjasne kao homoseksualci..." počinjena izravna diskriminacija prema osobama iste spolne diskriminacije, sud je pogrešno zaključio da tuženik kao fizička osoba nije u poziciji i mogućnosti uređivati te kriterije...Vidi više Županijski sud u Zagrebu, Pnz-7/10-2 od 2. svibnja 2011.

116 Pučki pravobranitelj istakao je kako je sud zauzeo pogrešan stav u presudi da nije riječ o stavu jedne utjecajne osobe, već o postojanju diskriminatornih kriterija i prakse te izveo zaključak da tuženik kao fizička osoba nije diskriminirao "već je riječ o kriterijima i praksi pravne osobe, HNS-a". Pučki pravobranitelj smatra upitnim zaključak Suda o postojanju diskriminatornih kriterija i prakse u HNS-u samo na osnovi jedne izjave, jer za svoje utvrđenje Sud ne navodi nikakve dokaze. Vidi više Žalba umješača protiv presude Županijskog suda u Zagrebu. Županijski sud u Zagrebu, Pnz-7/10-2 od 2. svibnja 2011.

117 U obrazloženju odluke Vrhovni sud naveo je kako pravno shvaćanje prvostupanjskog suda koji je odbio zahtjev tužitelja smatrajući da je izjava prema kojoj deklarirani homoseksualci ne mogu biti igrači nacionalne nogometne reprezentacije vid izravne diskriminacije u smislu odredbe čl. 2. st. 1. ZSD-a, nije pravilno.

118 Radi preglednosti, dalje u radu slučaj ćemo nazivati "slučaj Mamić".

za reprezentaciju”. Zbog svega navedenog, tužitelji su od Suda zatražili da donese presudu kojom će utvrditi da je tuženik izjavama kako homoseksualci ne bi igrali u njegovoj nogometnoj reprezentaciji, diskriminirao osobe iste spolne orijentacije, da zabrani tuženiku daljnje istupanje u medije kojima isti na bilo koji način diskriminira osobe iste spolne orijentacije, naloži tuženiku da se javno putem medija ispriča radi davanja izjava kojima je isti diskriminirao osobe iste spolne orijentacije, navodeći kako homoseksualci ne bi igrali u njegovoj nogometnoj reprezentaciji, a koja se ima objaviti u dnevnom listu “Jutarnji list”, sve u roku od tri dana od donošenja presude Županijskog suda u Zagrebu i na trošak tuženika te da se presuda ima objaviti u dnevnim novinama “Jutarnji list”, u roku od tri dana od njezina donošenja, sve na trošak tuženika. Prvo ročište u postupku održano je 4. ožujka 2011. godine na Županijskom sudu u Zagrebu, a tužitelji uputili su priopćenje o održavanju ročišta kao i poziv medijima te svim osobama zainteresiranima da prisustvuju raspravi. Na prvom ročištu punomoćnica tužitelja zatražila je izuzeće sutkinje zbog sumnje u njezinu nepristranost.¹¹⁹ U podnesku Sudu od 12. ožujka 2011. godine punomoćnica tužitelja očitovala se Predsjedniku Suda na izjave sutkinje od 4. ožujka 2011. godine.¹²⁰ Rješenjem od 18. ožujka 2011. godine odbijen je zahtjev tužitelja za izuzeće sutkinje Županijskog suda u postupku protiv Z. Mamića uz obrazloženje da stranke mogu tražiti izuzeće suca ako postoje okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristranost. Međutim u konkretnom slučaju okolnosti navedene u zahtjevu za izuzeće i naknadnom očitovanju, nisu takvog pravnog značaja da bi izazvale sumnju u nepristranost sutkinje.¹²¹ Zbog razloga koje je Sud obrazložio, zahtjev za izuzeće sutkinje ocijenjen je neosnovanim te je stoga odbijen. Presudom od 24. ožujka 2011. godine odbijen je tužbeni zahtjev tužitelja da se utvrdi da je tuženik izjavama u dnevnim novinama “Jutarnji list” od 16. studenoga 2010. godine u članku “Ni u mojoj reprezentaciji gayevi ne bi mogli igrati” diskriminirao osobe iste spolne orijentacije, da se zabrani tuženiku daljnje istupanje u medijima kojima isti na bilo koji način diskriminira osobe iste spolne orijentacije te da se naloži tuženiku da se javno putem medija ispriča radi davanja izjave kojima je tuženik diskriminirao osobe iste spolne orijentacije, navodeći kako homoseksualci ne bi igrali u njegovoj nogometnoj reprezentaciji te kako čovjeka *gay* orijentacije ne vidi kako ide glavom na kopačku, ali ga vidi kao baletana, tekstopisca, novinara, a koja isprika se ima objaviti u dnevnim novinama “Jutarnji list” na trošak tuženika. Također, da se naloži tuženiku da na svoj trošak objavi presudu Županijskog suda u Zagrebu u dnevnim novinama “Jutarnji list”.¹²² Protiv

119 LGBT organizacije zatražile izuzeće sutkinje u postupku protiv Mamića, Priopćenje dostupno na internetskoj stranici udruženja Zagreb Pride, <<http://www.zagreb-pride.net>>, 7. siječnja 2012.

120 U očitovanju stoji da je punomoćnica tužitelja cijeli tjedan - od ponedjeljka 28. veljače 2011. godine do dana rasprave u petak 4. ožujka 2011. godine bila onemogućena u pravu na uvid u sudski spis. Vidi više Očitovanje na izjavu sutkinje u povodu zahtjeva na izuzeće. Županijski sud u Zagrebu, 15 Pnz- 6/10-27, na broj 9 Su-387/11.

121 Rješenje o zahtjevu za izuzeće. Županijski sud u Zagrebu, 15 Pnz- 6/10-27, na broj 9 Su-387/11.

122 Slijedom svega navedenog, Sud je zauzeo stajalište da se u konkretnom slučaju ne radi o diskriminaciji u smislu odredaba ZSD-a već o tuženikovom mišljenju koje je javno izrekao koristeći se slobodom prava izražavanja i koje od tada nije samo individualno nego i građansko

nepravomoćne presude tužitelji su podnijeli žalbu Vrhovnom sudu navodeći kako je Županijski sud u Zagrebu pogrešno ocijenio da tuženikove izjave predstavljaju njegov vrijednosni sud, zbog čega je isključena mogućnost postojanja izravne diskriminacije kao i teške diskriminacije,¹²³ zahtijevajući od Vrhovnog suda Republike Hrvatske donošenje odluke kojom se usvaja žalba u cijelosti, ukida presuda Županijskog suda u Zagrebu od 24. ožujka 2011. godine te se predmet vraća Županijskom sudu u Zagrebu na ponovno odlučivanje. Vrhovni sud Republike Hrvatske odlučujući o žalbi tužitelja protiv presude Županijskog suda u Zagrebu od 24. ožujka 2012. godine na sjednici održanoj 18. travnja 2012. godine donio je odluku da se odbija žalba tužitelja kao neosnovana te se potvrđuje presuda Županijskog suda u Zagrebu, broj 15 Pnz-6/10-27 od 24. ožujka 2012. godine.¹²⁴

5. ANALIZA DOSTUPNIH SLUČAJEVA PODNOŠENJA INDIVIDUALNE TUŽBE ZA SUZBIJANJE DISKRIMINACIJE

5.1. Individualna tužba zbog diskriminacije na temelju spolne orijentacije

5.1.1. Slučaj Krešić

Prvu individualnu antidiskriminacijsku tužbu zbog diskriminacije na temelju spolne orijentacije na radnom mjestu podnio je dr. sc. D. Krešić, viši asistent na Fakultetu organizacije i informatike u Varaždinu protiv Fakulteta organizacije i informatike u Varaždinu. Dr. sc. D. Krešić prvi puta se obratio udrugama Kontri i Iskoraku još 2009. godine zbog uznemiravanja na radnom mjestu kolega profesora na fakultetu prof. dr.sc. B. Klička i neposredno nadređene osobe prof. dr. sc. Ž. Hutinskog. Kolege i nadređeni su ponavljano iznosili šale i opaske kojima su se ismijavali sa Krešićevom seksualnom orijentacijom.¹²⁵ Nakon dopisa kojeg je odvjetnik uputio upravi Fakulteta, prof. dr. sc. Kliček i prof. dr. sc. Hutinski pismeno su se ispričali zbog uznemiravanja. Dr. sc. Krešić nakon toga očekivao je normalizaciju odnosa na Fakultetu, međutim situacija se još više pogoršala. Nakon stjecanja doktorata na Sveučilištu u Erlangenu

pravo i sloboda koja jamči pravo na razlike mišljenja a što je temeljni preduvjet opstanka a i izgradnje demokratskog društva, te je donio presudu kako stoji u izreci. Županijski sud u Zagrebu, 15 Pnz-6/10-27, od 24. ožujka 2011.

123 Slijedom navedenoga, Županijski sud u Zagrebu u svome obrazloženju zauzima suprotne stavove o odlučnim pravnim postavkama, kojim postupanjem je pobijana odluka kontradiktorna sama sebi i kao takva nepodobna za ispitivanje njezine valjanosti i zakonitosti. Županijski sud u Zagrebu, 15 Pnz-6/10-27, od 24. ožujka 2011. godine, str. 6., para 3.

124 Pravno shvaćanje Vrhovnog suda jest da tuženikova tvrdnja da osobe istospolne orijentacije imaju sposobnosti biti baletan, tekstopisac, novinar, a ne nogometaš koji "ide glavom na kopačku", za te osobe nije uvredljiva i uznemiravajuća u toj mjeri da kod njih uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Slijedom navedenog proizlazi da je prvostupanjski sud osnovano zaključio da u konkretnom slučaju nije riječ o diskriminaciji i sukladno tome pravilno primijenio materijalno pravo kada je antidiskriminacijske zahtjeve tužitelja ocijenio neosnovanima.

125 *Suđenje za diskriminaciju na radu nastavlja se u listopadu*, <<http://queer.hr/9051/sudenje-za-diskriminaciju-na-radu-nastavlja-se-u-listopadu>>, 10. siječnja 2012.

kao znanstvenik-povratnik zaposlio se na Fakultetu organizacije i informatike u Varaždinu, ali da je uprava Fakulteta sustavno sprječavala u napredovanju na radnom mjestu od strane uprave Fakulteta.¹²⁶ Zbog toga se odlučio na podnošenje individualne tužbe protiv Fakulteta organizacije i informatike u Varaždinu. Prvo ročište u postupku održano je 4. ožujka 2011. godine na Općinskom sudu u Varaždinu. Tužitelj je u tužbenom zahtjevu tražio da Sud utvrdi da je prema njemu počinjena diskriminacija, zabrani sprječavanje napredovanja i naloži svako buduće suzdržavanje tuženika od diskriminatornog postupanja. Nakon što je odbila zahtjev udruga Kontra i Iskorak da u postupku sudjeluju kao umješaći, predstavnici udruga žalili su se na rješenje sutkinje. Rješenje je ukinuo Županijski sud u Varaždinu, navodeći kako je svojom odlukom sutkinja učinila bitnu povredu odredaba parničnog postupka tužitelja i umješaća. U postupak se na strani tužitelja potom umiješao i predstavnik Ureda pravobraniteljice za ravnopravnost spolova koji je do tada isključivo pratio postupak kao promatrač.¹²⁷ Sutkinja je željela uskratiti pravo javnosti, govoreći da udruge i predstavnik Ureda pravobraniteljice za ravnopravnost spolova ne mogu prisustvovati raspravi, a pogotovo da to ne mogu učiniti novinari “jer nije takav običaj” i “Predsjednik suda to u ovakvim slučajevima ne dopušta bez posebnog odobrenja”. Na inzistiranje predstavnika udruga Iskorak i Kontra koje su podnijele i zahtjeve da budu umješaći u postupku, dopustila je da ostanu u sudnici predstavnici udruga i predstavnik Ureda pravobraniteljice.¹²⁸ Tužitelji su zbog nekorektnog postupanja zatražili izuzeće sutkinje, a Predsjednik Općinskog suda u Varaždinu zahtjev je usvojio te je za rad na predmetu određen novi sudac. Treće ročište u postupku održano je 13. listopada 2011. godine.¹²⁹ Za tijek postupka i konačan ishod od značaja je bilo imenovanje Etičkog povjerenstva vezano uz postupak od strane Sveučilišta u Zagrebu i mišljenje koje je ono iznijelo.¹³⁰ Na Općinskom sudu u Varaždinu 12. srpnja 2012. godine donesena je nepravomoćna presuda u slučaju diskriminacije dr. sc. D. Krešića. Riječ je o prvoj pozitivnoj presudi u slučaju diskriminacije na osnovi spolne orijentacije povodom prijave građanina tako što je u slučaju dr. sc. D. Krešića utvrdio diskriminaciju na temelju spolne orijentacije, uznemiravanje na temelju spolne orijentacije te zabranio Fakultetu poduzimanje radnji kojima se sprječava napredovanje. Između ostaloga, presudom je nedvojbeno utvrđeno da su nadređeni prof. dr. sc. Kliček i prof. dr. sc. Hutinski uznemiravali dr. sc. D. Krešića izrugivanjem u javnosti zbog njegove drugačije spolne orijentacije. Međutim, prof. dr. sc. Kliček podnio je tužbu sudu protiv dr. sc. D. Krešića zbog uznemiravanja i sud je u tom postupku donio presudu kojom je naložio dr. sc. D.

126 *Prvo ročište u slučaju “Krešić vs. FOI”*, <<http://www.gay.hr/magazin/5745>>, 10. siječnja 2012.

127 *Suđenje za diskriminaciju na radu nastavlja se u listopadu*, <<http://queer.hr/9051/sudenje-zadiskriminaciju-na-radunastavlja-se-u-listopadu>>, 10. siječnja 2012.

128 Novinarka se vratila u sudnicu tek nakon pribavljenog odobrenja Predsjednika suda, prema sukladno zakonskim odredbama, odobrenje je potrebno samo za snimanje ili slikanje na raspravi. Vidi više *Slučaj Krešić: Sutkinja pitala dekana optuženog za diskriminaciju je li mu teško*, <<http://dalje.com/hr-hrvatska/slucaj-kresic-sutkinja-pitala-dekana-optuzenog-zahomofobiju-je-li-mu-tesko>>, 10. siječnja 2012.

129 *Suđenje za diskriminaciju na radu nastavlja se u listopadu*, <<http://queer.hr/9051/sudenje-zadiskriminaciju-na-radunastavlja-se-u-listopadu>>, 10. siječnja 2012.

130 *Jutros iznesena nepravomoćna presuda u slučaju Krešić vs. FOI*, <<http://www.lori.hr/forum/viewtopic.php?p=35500>>, 17. ožujka 2013.

Krešiću da zbog povrede ugleda i časti naknadi štetu tužitelju u iznosu od 30.000 kuna. Drugostupanjskom presudom Županijskog suda u Varaždinu u kolovožu 2013. godine tužba dr. sc. D. Krešića odbijena je u pretežitom dijelu odnosno po 13 točaka, a djelomično je usvojena po tri točke tužbenog zahtjeva. Kao neosnovan je, između ostalog, odbijen tužbeni zahtjev dr. sc. Krešića da mu je Fakultet onemogućio napredovanje zbog njegove spolne orijentacije, a odbijen je i zahtjev prema kojemu tvrdi da ga je Fakultet diskriminirao jer ga nije zaštitio od uznemiravanja kolega. Reviziju podnesenu protiv odluke Županijskog suda u Varaždinu Vrhovni je sud odbacio kao nedopuštenu.

5.2. Zaključci koji iz analize proizlaze

Koliko god oskudna bila sudska praksa postupaka u povodu diskriminacijske udružne tužbe, interpretacija izloženih slučajeva, osobito stavova izraženih u judikatima ponudila je vrijedne spoznaje. Da je riječ o sudskoj praksi koja je u nastajanju jasno je iz početnog oklijevanja i nesigurnosti sudaca u vođenju postupaka i pri donošenju odluka. Naime, čini se da je županijski sud kao prvostupanjski sud bio daleko skloniji donijeti presudu kojom se tužba odbacuje (slučaj vjeroučiteljice J. Mudrovčić Čović) ili odbija (slučaj Marković, slučaj Mamić) negoli presudu kojom se tužba usvaja (slučaj kastavskog svećenika F. Jurčevića). Oprez sudaca pri donošenju odluka ne iznenađuje i donekle je razumljiv s obzirom na to da su postupali svjesni značaja judikata donesenih u postupcima u povodu diskriminacijske udružne tužbe, njihove delikatnosti i utjecaja koji će imati na oblikovanje buduće antidiskriminacijske prakse. Ipak, to ne znači da bi okolnost da je riječ o sudskoj praksi koja se tek razvija trebala biti opravdanje za postupanja sudaca koja su uvjetovana predrasudama prema određenim skupinama pojedinaca i njihovom načinu života (slučaj vjeroučiteljice Jelene Mudrovčić Čović) ili, pak za zlouporabu procesnih ovlasti na način da se jednu od stranaka dovodi u nepovoljniji položaj u postupku u odnosu na drugu stranku (slučaj vjeroučiteljice Jelene mudrovčić Čović; slučaj Mamić).

Positivan smjer razvoja judikature ipak vidljiv je u odluci Vrhovnog suda (u slučaju Marković) kojom je odlučujući o žalbi tužitelja protiv presude Županijskog suda u Zagrebu od 2. svibnja 2011. godine kojom je odbijen tužbeni zahtjev tužitelja, prihvatio žalbe tužitelja i umješača te preinačio presudu Županijskog suda u Zagrebu, broj Pnz-7/10 od 2. svibnja 2011. godine. Mnogo više od toga što je njome ukazao na nedostatke prvostupanjske odluke, ova odluka značajna je kao reprezentativna odluka Vrhovnog suda u kojoj je po prvi puta zauzeo stav o tome koje postupanje u odnosu na ugroženu društvenu skupinu predstavlja diskriminaciju i kako ima biti sankcionirano. Uz to, nije zanemariva niti okolnost da je Vrhovni sud ovu odluku donio protiv osobe koja je bila uglednik u hrvatskom javnom i profesionalnom životu pa je medijski odjek donesene odluke mnogo veći nego što bi bio u drugim slučajevima i doprinosi jačanju svijesti građana o tome da su istupi poput onih javnih ličnosti koje nemaju izgrađenu svijest o težini javno izrečenog, zbog čega često koriste neprimjerene izraze prema osobama ugroženih društvenih skupina,¹³¹ nedopušteno i nepoželjno diskriminatorno

131 Izvješće za 2011., op. cit., str. 3.

postupanje.

U tom smislu, interesantno je da se odluka Vrhovnog suda, kojom je odlučivao o žalbi tužitelja protiv presude Županijskog suda u Zagreb u slučaju Mamić, značajno razlikuje od odluke Vrhovnog suda u slučaju Marković. Naime, za razliku od odluke u slučaju Marković, Vrhovni sud odlučujući o žalbi protiv presude Županijskog suda u Zagrebu od 24. ožujka 2012. godine, donio je odluku da se odbija žalba tužitelja kao neosnovana te se potvrđuje presuda Županijskog suda u Zagrebu. Prema shvaćanju Vrhovnog suda, sporna izjava tuženika ne može predstavljati diskriminatorno postupanje u smislu odredbe čl. 2. st. 1. ZSD-a. Izjava se, s obzirom na okolnosti u kojima ju je tuženik dao kao i njezin sadržaj, ne može smatrati niti poticanjem na diskriminaciju počinjenu s namjerom koje se prema odredbi čl. 4. st. 1. ZSD-a smatra diskriminacijom u smislu čl. 1. istoga Zakona. Sporna tuženikova izjava ne može se smatrati niti uznemiravanjem u smislu odredbe čl. 3. st. 1. ZSD-a koje predstavlja svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od osnova iz čl. 1. st. 1. ovoga Zakona, koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, a koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Pravno shvaćanje Vrhovnog suda jest da tuženikova tvrdnja da osobe istospolne orijentacije imaju sposobnosti biti baletan, tekstopisac, novinar, a ne nogometaš koji “ide glavom na kopačku”, za te osobe nije uvredljiva i uznemiravajuća u toj mjeri da kod njih uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Međutim, smatramo da je odlučujući o žalbi, Vrhovni sud trebao uzeti u obzir okolnost da je spornu izjavu tuženik dao u kontekstu izjave V. Markovića, koju je Vrhovni sud ocijenio kao diskriminirajuću nadovezujući se na nju i nastojeći ublažiti reakcije na nju. Premda je Vrhovni sud spornu izjavu ocijenio na način da tuženikova tvrdnja da osobe istospolne orijentacije imaju sposobnosti biti baletan, tekstopisac, novinar, a ne nogometaš koji “ide glavom na kopačku”, za te osobe nije uvredljiva i uznemiravajuća u toj mjeri da kod njih uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, činjenica da je iznesena i objavljena u medijima ukazuje na posljedice koje tužitelj ne bi niti trebao dokazivati, posebno uzme li se u obzir njihova težina (jer se njome prenose predrasude građanima o osobama istospolne orijentacije kao osobama koje nisu u stanju biti nogometaši koji “idu glavom na kopačku” odnosno baviti se sportom na način na koji se sportom bave heteroseksualne osobe) i neutvrđeni broj osoba na koje djeluje. Protiv presude Vrhovnog suda kao drugostupanjskog suda povodom žalbe protiv presude Županijskog suda u Zagrebu od 24. ožujka 2012. godine podnesena je revizija, no u vrijeme pisanja rada odluka revizijskog suda još uvijek nije bila poznata pa ostaje za vidjeti hoće li se ta odluka razlikovati od odluke prvostupanjskog i drugostupanjskog suda. Kod usporedbe slučajeva Marković i Mamić ostat ćemo i iz razloga što je u prvome u postupku na strani tužitelja sudjelovao umješač dok u drugome to nije bio slučaj. Kako je u slučaju Marković ishod postupka povoljan za tužitelja, to upućuje na zaključak da je za konačan ishod postupka značajno sudjelovanje umješača na strani tužitelja, osobito ako je riječ o pučkom pravobranitelju kao što je ovdje bio slučaj. Naime, osim što je intervencija pučkog pravobranitelja osnažila tužitelje u uvjerenju u uspjeh u sporu, što su i sami naveli, pučki pravobranitelj vlastitom žalbom vjerojatno je dao dodatnu težinu navodima u žalbi tužitelja podnesenoj Vrhovnom sudu.

Potvrdu nalazimo i u slučaju Krešić gdje je sutkinja najprije odbila zahtjev udruga Kontra i Iskorak da u postupku sudjeluju kao umješači, na što su se predstavnici udruga žalili pa je Predsjednik Županijskog suda ukinuo rješenje, navodeći kako je svojom odlukom sutkinja učinila bitnu povredu odredaba parničnog postupka tužitelja i umješača. U postupak se na strani tužitelja potom umiješao i predstavnik Ureda pravobraniteljice za ravnopravnost spolova koji je do tada isključivo pratio postupak kao promatrač. Postupak je okončan na način da je sud donio prvu pozitivnu presudu u slučaju diskriminacije na osnovi spolne orijentacije povodom prijave građanina, tako što je u slučaju Krešić utvrdio diskriminaciju na temelju spolne orijentacije, uznemiravanje na temelju spolne orijentacije te zabranio Fakultetu poduzimanje radnji kojima se spriječava napredovanje na Fakultetu. Presudom je i nedvojbeno utvrđeno da su nadređeni uznemiravali Krešića izrugivanjem u javnosti zbog njegove drugačije spolne orijentacije, što je u jednom dijelu potvrdio i Županijski sud u Varaždinu. Međutim, po okončanju prvostupanjskog postupka, u sporu između prof. dr. sc. Kliček i dr. sc. Krešića radi uznemiravanja, sud je naložio dr. sc. Krešiću da naknadi štetu od 30 000 kuna prof. dr. sc. Kličeku zbog njegovih javnih istupa o diskriminatornom postupanju prof. dr. sc. Kličeka. Sud je odluku obrazložio na način da dr. sc. Krešić nije trebao u medijskim istupima govoriti o postupanju prof. dr. sc. Kličeka.

Čini se da primjeri slučajeva Marković i Krešić potvrđuju da je u sudskoj antidiskriminacijskoj praksi podjednako važno jačati svijest suda, stranaka u postupku, ali i samih tijela kojima je, između ostalog, povjerena i obveza sudjelovanja u postupku u ulozi umješača, o važnosti intervencije u postupak za ishod postupka. Osim pučkog pravobranitelja mislimo i na sudjelovanje posebnih pravobraniteljica kao i organizacija civilnog društva koje se u sklopu svoje djelatnosti bave zaštitom i promicanjem interesa određenih skupina u društvu. Ipak, osim jačanja svijesti o nužnosti njihovoga uključivanja i sudjelovanja u postupku kao umješača na strani tužitelja, bitno je stvoriti i potrebne pretpostavke za to, poput adekvatnog sustava financijske potpore djelovanju organizacija civilnog društva. Sudjelovanje pučkog pravobranitelja kao nadležnog tijela za suzbijanje diskriminacije, posebnih pravobraniteljica kao i organizacija civilnog društva kao umješača na strani tužitelja u postupcima u povodu diskriminacijske udružne tužbe ima još jednu svrhu, time se dodatno naglašava da je riječ o postupcima u kojima se ostvaruje širi društveni, javni interes.

Hitnost postupanja u postupcima u povodu diskriminacijske udružne tužbe također je vezana uz okolnost da se u njima ostvaruje širi društveni odnosno javni interes, a predviđena je odredbom čl. 16. st. 3. ZSD-a. U tom kontekstu dobar primjer pruža postupanje Županijskog suda u Rijeci koji je u slučaju kastavskoga svećenika Franje Jurčevića u najkraćem roku utvrdio da je došlo do izravne diskriminacije i uznemiravanja LGBT osoba. U usporedbi, u slučajevima Marković i Mamić sud je unatoč hitnosti postupaka postupao iznimno sporo zbog čega je u slučaju Marković tužitelj uputio sudu čak pet požurnica.¹³²

132 *Vrhovni sud: Vlatko Marković je kriv za diskriminaciju po osnovi spolne orijentacije*, <<http://www.cms.hr/o-nama/vrhovni-sud-vlatko-markovic-je-kriv-za-diskriminaciju-po-osnovi>

Činjenicom da se u postupcima u povodu udružne tužbe ostvaruje širi društveni odnosno javni interes može se objasniti i okolnost da je odredbom čl. 24. st. 2. t. 3. ZSD-a predviđeno da tužitelj može uz ostale istaknuti i zahtjev da se presuda kojom je utvrđena povreda prava na jednako postupanje na trošak tuženika, objavi u medijima. No, svrha te odredbe ispunit će se samo ako se dosljedno primjenjuje. U slučaju Marković, Vrhovni sud naložio je, između ostalog, javnu ispriku tuženiku. Smatrajući to relevantnim aspektom pravne zaštite koju je sud pružio donošenjem presude Centar za ravnopravnost LGBT osoba približavanjem roka za objavu isprike i presude u dnevnim novinama najavio je da će u slučaju nepoštivanja presude i nepostupanja sukladno presudi pokrenuti ovrhu protiv V. Markovića.¹³³ Sukladno presudi Vrhovnog suda V. Marković objavio je ispriku i presudu u Večernjem listu koji je izašao 19. studenog 2012. godine.¹³⁴

Ovo su tek neki od problematičnih aspekata koje smo uočili kao relevantne u praksi sudova u postupcima u povodu diskriminacijskih udružnih tužbi. Pri tome, premda je u svim navedenim slučajevima riječ o pokrenutim postupcima radi diskriminacije na temelju spolne orijentacije, uočene probleme ne treba pripisati toj činjenici. Njihovo uklanjanje, dakle, nije važno samo zbog unaprijeđivanja postupanja sudova u slučaju pokretanja postupaka udružnom tužbom radi diskriminacije na temelju spolne orijentacije, nego u svrhu stvaranja preduvjeta kvalitetnog ostvarenja pravne zaštite pokretanjem postupaka u povodu diskriminacijske tužbe za ugrožene društvene skupine u slučaju uznemiravanja i diskriminacije općenito.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

U radu željeli smo istražiti stanje hrvatskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva i sudske prakse i utvrditi je li razdoblje od uvođenja ZSD-a bilo dostatno da se u njegovoj primjeni zaista osiguraju standardi koje propisuje europsko antidiskriminacijsko zakonodavstvo i promovira praksa ESLJP-a i Suda pravde EU-a. U iscrpnoj analizi antidiskriminacijske prakse poslužili smo se prikazom brojčanih pokazatelja za 2009., 2010., 2011., 2012. i 2013. godinu te pregledom individualnih i kolektivnih antidiskriminacijskih sporova na području diskriminacije na temelju spolne orijentacije pred sudovima u RH. Spoznaje proizašle iz analiza koje smo izložiti upotrijebili smo kao podlogu pri promišljanju o načinu na koji bi se hrvatsko antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa dali unaprijediti kako bi još bolje odgovorili nastajućim potrebama suzbijanja diskriminacije.

Hrvatsko antidiskriminacijsko zakonodavstvo razmjerno je složeno, a takvim ga čini okolnost da je 2009. godine uveden ZSD kao opći zakon čije se odredbe imaju primijeniti uvijek kada odredbama o suzbijanju diskriminacije nekog od posebnih zakona nije drukčije određeno. Imajući u vidu nedostatke takvoga rješenja, hrvatski

spolneorijentacije>, 27. ožujka 2013.

133 *Markovičeva isprika u subotu u Večernjem listu*, <http://queer.hr/27675/markoviceva_isprika_u_subotu_vecernji/>, 27. ožujka 2013.

134 *Marković se ispričao-obračivši se sebi u 3. licu*, <<http://queer.hr/28262/markovic-se-ispricao-obračivši-se-sebi-u-3-licu>>, 27. ožujka 2013.

zakonodavac pri noveliranju posebnih zakona nastoji ukloniti odredbe o suzbijanju diskriminacije iz tih zakona. Već 2010. godine promjenom je zahvaćen Zakon o radu¹³⁵ (u nastavku: ZOR) u kojemu su odredbe o suzbijanju diskriminacije svedene tek na opću zabranu izravne i neizravne diskriminacije, te materijalne i postupovne odredbe o zaštiti dostojanstva radnika. U ZID ZPP-a iz 2011. godine predviđena je tužba za zaštitu kolektivnih interesa i prava kao supsidijaran institut za pokretanje postupka u povodu diskriminacijske tužbe u odnosu na udružnu tužbu za suzbijanje diskriminacije predviđenu u ZSD-u. Hrvatski zakonodavac očekuje da će suzbijanjem prakse i uklanjanjem potrebe za posezanjem za posebnim zakonima pozitivno utjecati na postupanje u antidiskriminacijskim postupcima, olakšati njihovo pokretanje i vođenje te tako doprinijeti porastu broja podnesenih tužbi za suzbijanje diskriminacije.

U tom smislu bit će značajne i izmjene ZSD-a na kojima je radna skupina započela raditi u 2012. godini, i već najavljeno daljnje usavršavanje ZSD-a koje se planira u skorije vrijeme. Od nužnih zahvata bilo bi neophodno razmisliti bi li umjesto zatvorene liste osnova diskriminacije (*numerus clausus*) koja je predviđena ZSD-om trebalo preuzeti rješenje kakvo je i u Ustavu Republike Hrvatske¹³⁶ (u nastavku: Ustav RH) u kojemu je otvorena lista osnova diskriminacije. Naime, u hrvatskoj doktrini izneseno je shvaćanje da se kod međusobnog tumačenja odnosa između odredaba u kojima su pobrojane osnove diskriminacije u Ustavu RH i ZSD-u na radne odnose primjenjuje u Ustavu RH predviđena otvorena lista osnova diskriminacije. Kako je čl. 16. st. 2. ZSD-a predviđeno da se posebni postupci za zaštitu od diskriminacije u području rada i zapošljavanja smatraju sporovima iz radnih odnosa, u tim se postupcima, neovisno što se na njih primjenjuje ZSD ne primjenjuje zatvorena lista osnova diskriminacije iz čl. 1. st. 1. ZSD-a. To znači da sudovi u postupku suđenja na temelju Ustava RH i zakona mogu kao zabranjenu osnovu diskriminacije utvrditi i neku drugu u Ustavu RH, ZSD-u, ZRS-u ili nekom drugom zakonu nespomenutu osobinu. Utoliko, smatraju teoretičari, od sudske prakse ovisi što će smatrati diskriminacijom.¹³⁷ Očigledno, ako bi do takve izmjene zaista došlo, zakonski tekst bolje bi odgovarao uočenoj (redovnoj) praksi sudova u antidiskriminacijskim postupcima.

Kao nezaobilazno, nameće se pitanje bi li u slučaju da pučki pravobranitelj u većoj mjeri sudjeluje u postupcima kao umješač na strani tužitelja veći broj postupaka bio uspješno okončan i imao povoljniji ishod za tužitelja kao žrtvu diskriminacije? Isto tako, bi li se time ujedno motiviralo osobe koje su pretrpjele diskriminaciju na pokretanje sudskih postupaka? Pretpostavimo da je odgovor potvrđan. U tom bi smislu izmjene i dopune ZSD-a za koje se zalaže Ured pučkog pravobranitelja, koje bi sadržavale odredbu prema kojoj bi sudovi morali dostavljati primjerak tužbe podnesene prema odredbi čl. 17. ZSD-a i odgovor na tužbu, i time učinile podatke o sudskim postupcima dostupnima pučkom pravobranitelju te bi mu time omogućile da se u svim slučajevima u kojima bi procijenio da ima osnove za miješanje, pravodobno umiješa u postupak.¹³⁸ Ostaje vidjeti hoće li u izmjene i dopune ZSD-a zaista biti

135 Zakon o radu, NN br. 149/09.

136 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.

137 Tako Potočnjak, Ž. i Grgić, A., op. cit., str. 19.

138 Izvješće za 2010., op.cit., str. 64.

integrirana i predložena odredba te ako bude, koliko će utjecati na povećanje broja postupaka u kojima će pučki pravobranitelj sudjelovati kao umještač na strani tužitelja.

Osim izmjena u ZSD-u, stvaranje kvalitetnog zakonodavnog okvira za suzbijanje diskriminacije podrazumijeva i određene izmjene posebnih zakona. U tom smislu, dobrodošle su izmjene u Zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći iz 2013. godine,¹³⁹ kojima se nastojao osigurati lakši pristup sudu za one čija su prava diskriminatornim postupanjem povrijeđena ili ugrožena jer postojeća rješenja u tom smislu nisu se pokazala uspješnima.¹⁴⁰ Međutim, bez osiguranja većih sredstava za financiranje besplatne pravne pomoći, koje je za sada izostalo, uloga povjerena nevladinim organizacijama te drugim ovlaštenicima na pružanje pravne pomoći neće se moći na adekvatan način ostvarivati. Dodatno, postavlja se pitanje jesu li proširenjem pravnih stvari za koje se odobrava sekundarna pravna pomoć obuhvaćeni i postupci kolektivne pravne zaštite. Naime, prema shvaćanju stručnog tima za ocjenu Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći iz 2011. godine pravna pomoć pred sudovima trebala bi uključiti sve oblike potrebnog pravnog zastupanja te drugu potrebnu pomoć u sudskom postupku uključujući skupne i udružne tužbe u ime ciljnih skupina te postupke zbog povrede ljudskih prava, koji se podjednako pokreću individualnim i udružnim tužbama.¹⁴¹ Ostaje otvoreno bi li se u prilog toj mogućnosti mogla tumačiti odredba čl. 13. st. 2. t. f Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći iz 2013. godine prema kojoj se iznimno, u građanskim sudskim postupcima može odobriti sekundarna pravna pomoć kada takva potreba proizlazi iz konkretnih okolnosti podnositelja.

Evidentno, u hrvatskom pravnom sustavu nedostaje i poseban zakon o suzbijanju *mobbinga* pa bi trebalo započeti pripreme za njegovo donošenje. Naime, premda je hrvatski zakonodavac očekivao da će odredbom čl. 3. ZSD-a dostatno pokriti i postupanje koje se smatra *mobbingom*, judikatura i doktrina složne su u tome da postoje poteškoće pri podvođenju tog postupanja pod odredbe o zabrani uznemiravanja. *Mobbing* je širi rodni pojam od uznemiravanja te će samo u određenim slučajevima *mobbing* biti uznemiravanje i stoga obuhvaćen ZSD-om,¹⁴² pa to nerijetko rezultira u tome da osobe čija su prava povrijeđena ili ugrožena *mobbingom* ostaju bez adekvatne pravne zaštite jer u slučaju podnošenja tužbe (radi *mobbinga*) sud nema uvijek osnove za donošenje presude kojom će se utvrditi i zabraniti uznemiravanje.

Iz provedene analize proizlazi da izostaje pokretanje i provođenje postupaka

139 Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, NN br. 143/13.

140 Prema Izvješću za 2013. godinu veliki dio prijedloga pučke pravobraniteljice na sadržajnoj razini ušao u tekst novoga Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći: proširen je krug korisnika, priroda pravnih stvari za koji se pomoć odobrava, snižen je i preciziran imovinski cenzus korisnika pomoći i dr.

141 Johnson, Jon T., Stawa, Georg i Uzelac, Alan, Ocjena Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći i njegove provedbe u praksi: Međunarodno stručno mišljenje, Zagreb, Centar za ljudska prava, 2010., str. 18.

142 *Mobbing* je fenomen zlostavljanja na poslu, a ključna razlika u odnosu na uznemiravanje u smislu Zakona o suzbijanju diskriminacije je da kod *mobbinga* nije presudna veza s određenom diskriminacijskom osnovom. Zlostavljani radnik izvrgnut je uvredljivom ponašanju ne na osnovi dobi, spola, nacionalne pripadnosti i sl., već se izdvaja primjerice kao osoba koja je zadnja došla u "uhodanu radnu sredinu". *Mobbing*, <<http://www.ombudsman.hr/to-je-diskriminacija.html>>, 29. ožujka 2013.

mirenja i sklapanja izvansudske nagodbe pred pučkom pravobraniteljicom i posebnim pravobraniteljicama. Prema podacima Državnog odvjetništva na temelju podnesenih zahtjeva za mirenje u postupcima u kojima se tuži RH radi diskriminacije također se ne sklapaju izvansudske nagodbe, a kao razlog za to navodi se nedostatak sredstava za ispunjenje tražbina.¹⁴³ Razvoj kulture mirnog rješavanja sporova u antidiskriminacijskim sporovima trebalo bi dodatno poticati. Osim što se na taj način strankama u postupku omogućuje da po okončanju postupka zadrže suradne odnose, istovremeno rasterećuju se sudovi. Osim napora nadležnih tijela, u slučajevima u kojima se tuži RH značajan utjecaj imat će i visina sredstava za isplatu koja će se u tu svrhu osigurati u državnom proračunu.

Uz zakonski okvir koji olakšava prijavljivanje diskriminacije te pokretanje i vođenje diskriminacijskih sporova važno je osigurati sudska praksu koja neće imati odvratajući učinak. U tom smislu, kao primjer može poslužiti slučaj Krešić u kojemu je podnositelj individualne tužbe za diskriminaciju na temelju spolne orijentacije, neovisno o tome što je utvrđeno da je bio diskriminiran, osuđen na naknadu štete radi istupanja u javnosti.

Konačno, uz individualnu pravnu zaštitu trebalo bi razvijati i primjenu kolektivne pravne zaštite na području suzbijanja diskriminacije. Naime, prema postojećoj praksi sudova na području suzbijanja diskriminacije postupci kolektivne pravne zaštite pokazali su se uspješnima na području ostvarenja prava diskriminiranih LGBT osoba. No, za broj pokrenutih i većim dijelom uspješno okončanih postupaka odlučan je bio angažman udruga koje se bave zaštitom prava LGBT osoba. Doprinos udruga, tijela, ustanova i drugih organizacija sukladno odredbi čl. 24. st. 1. ZSD-a (uključujući pučkog pravobranitelja i posebne pravobraniteljice) presudan je za jačanje primjene kolektivne pravne zaštite u suzbijanju diskriminacije na područjima, poput zaštite manjina i zaštite prava djece te drugih područja. Primjena postupaka kolektivne pravne zaštite u zaštiti prava djece dio je recentne inicijative na europskoj i međunarodnoj razini, pa je tako bila predviđena i u nacrtu Trećeg Fakultativnog protokola uz Konvenciju UN o pravima djeteta¹⁴⁴. Ostaje za vidjeti ima li mjesta njezinoj primjeni i u okviru hrvatske prakse suzbijanja diskriminacije.

Suviše pretenciozno bilo bi očekivati da smo ovim radom obuhvatili sve nedostatke postojećeg antidiskriminacijskog zakonodavstva i sve probleme sudske prakse. Ipak, nadamo se da smo ukazivanjem na neke od njih dali poticaj traženju rješenja kako bi ih se otklonilo i tako unaprijedilo hrvatski pravni sustav u zaštiti ljudskih prava i suzbijanju diskriminacije. Kako bi se odgovarajuće promjene zaista dogodile nije dostatno da zakonodavac ispuni svoju zadaću i učini potrebne prilagodbe zakonodavnog okvira, potreban je doprinos i ostalih sudionika procesa, pravosuđa koje ima osigurati provedbu zakona, institucionalnih tijela i organizacija civilnog društva koje će im pružiti potporu pri ostvarivanju te konačno svakog građanina koji će ih poštovati i pridržavati ih se.

143 Vidi više Izvješće za 2012. godinu, op. cit., str. 30.

144 Treći Fakultativni protokol uz Konvenciju UN o pravima djeteta, NN MU br. 12/93.

Summary

**ANTI-DISCRIMINATION LAW AND COURT PRACTICE
IN CROATIA-INDIVIDUAL AND ASSOCIATIONAL
ANTI-DISCRIMINATION CLAIM AS (IN)EFFICIENT
MECHANISMS FOR LEGAL PROTECTION**

In the paper basic legal sources of European and Croatian anti-discrimination law are presented. Special attention is given to Anti-discrimination Act from 2009 which was enacted with the aim to provide anti-discrimination legal framework as a guarantee of a high level of legal protection from different forms of discrimination in Croatian legal system. Individual and associational anti—discrimination claim as legal mechanisms for efficient legal protection are questioned. Also, along with the numeric indicators which are provided in order to illustrate practice of the courts, an overview of available individual and associational anti-discrimination claims through which proceedings in front of courts and other competent authorities were initiated in last few years is presented. Deficiencies in anti-discrimination law and problems of court practice in Croatia are detected. Defects which need to be eliminated in order to create preconditions for efficient legal protection from discrimination in Croatian legal system are highlighted.

Keywords: *non-discrimination law; individual anti-discrimination claim; associational anti-discrimination claim; court practice.*

Zusammenfassung

**ANTIDISKRIMINIERUNGSGESETZ UND
GERICHTSPRAXIS IN KROATIEN - INDIVIDUELLER UND
VERBANDLICHER ANTIDISKRIMINIERUNGSANSPRUCH
ALS (UN)WIRKSAMER MECHANISMUS DES
RECHTSSCHUTZES**

In diesem Artikel werden die Grundrechtsquellen des europäischen und kroatischen Antidiskriminierungsgesetzes vorgestellt. Vor allem wird das Antidiskriminierungsgesetz aus dem Jahre 2009 betont, das zum Ziel hat, einen Antidiskriminierungsrechtsrahmen als Garantie zur Gewährleistung eines hohen Niveaus des Rechtsschutzes für verschiedene Formen der Diskriminierung im kroatischen Rechtssystem zu ermöglichen. Individueller und verbandlicher Antidiskriminierungsanspruch als rechtlicher Mechanismus für einen effizienten Rechtsschutz ist hier in Frage gestellt. Neben den numerischen Indikatoren, welche die Funktion haben den Gerichtsverfahren zu illustrieren, ist ein Überblick

der verfügbaren individuellen und verbandlichen Antidiskriminierungsansprüche gegeben, durch welche die Verfahren vor Gerichten und anderen zuständigen Behörden in vergangenen Jahren eingeleitet worden sind. Erfasst werden die Mängel im Antidiskriminierungsrecht und die Probleme der Gerichtspraxis in Kroatien. Diejenigen Mängel sind hervorgehoben, die beseitigt werden müssen um die Voraussetzungen für einen effizienten rechtlichen Schutz vor Diskriminierung im kroatischen Rechtssystem verschaffen zu können.

Schlüsselwörter: *Antidiskriminierungsrecht; individueller Antidiskriminierungsanspruch; verbandlicher Antidiskriminierungsanspruch; Gerichtspraxis.*

Riassunto

**LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA
ANTIDISCRIMINATORIA NELLA REPUBBLICA
DI CROAZIA – AZIONE GIUDIZIALE
ANTIDISCRIMINATORIA INDIVIDUALE E COLLETTIVA
QUALE (IN)EFFICACE STRUMENTO PER LA
REALIZZAZIONE DEL DIRITTO**

Nel contributo si illustrano le fondamentali fonti del diritto antidiscriminatorio europeo e croato. Particolare attenzione viene dedicata alla legge sulla lotta alla discriminazione del 2009, l'emanazione della quale aveva per scopo la creazione di un quadro legislativo antidiscriminatorio, che avrebbe garantito un elevato grado di tutela giuridica nei confronti delle diverse forme di discriminazione presenti nel sistema giuridico croato. Ci si interroga sulla validità dell'azione giudiziale antidiscriminatoria individuale e collettiva quale strumento giuridico atto a realizzare tale tutela. Unitamente agli indicatori numerici circa lo stato della prassi giurisprudenziale si passano in rassegna anche le azioni giudiziali antidiscriminatorie individuali e collettive mediante le quali sono state adite le corti e gli altri organi preposti nella Repubblica di Croazia negli ultimi anni. S'individuano le lacune della legislazione antidiscriminatoria, come anche i problemi della giurisprudenza rilevati in Croazia. In particolare, si segnalano quelle lacune, la cui rimozione porterebbe a realizzare i presupposti per un'efficace realizzazione della tutela rispetto alla discriminazione nel sistema giuridico croato.

Parole chiave: *legislazione antidiscriminatoria, azione antidiscriminatoria individuale, azione antidiscriminatoria collettiva, prassi giurisprudenziale.*

ODNOS POREZNE UPRAVE PREMA POREZNYM OBVEZNYCIMA U POSTUPKU PREDSTEČAJNE NAGODBE

Šime Jozipović, LLM (Munich), asistent
Sveučilište Harvard, Massachusetts
SAD

UDK: 347.736:336.22
Ur.: 17. veljače 2015.
Pr.: 15. studenog 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Postupak predstečajne nagodbe zauzima ključnu ulogu u restrukturiranju posrnulih poduzeća u Hrvatskoj. Značajan udio poreznog duga u ukupnim dugovima predstečajnih dužnika u Republici Hrvatskoj uzrok su za redovito sudjelovanje porezne uprave u postupcima predstečajne nagodbe. U svrhu sprječavanja zlouporaba ovog instituta te osiguranja ravnopravnosti među poreznim dužnicima donesen je niz pravnih propisa koji detaljno reguliraju postupanje poreznih tijela u slučajevima predstečajne nagodbe. Predmetni propisi u bitnome limitiraju slobodnu ocjenu poreznog tijela u skraćenom postupku. Kako u Republici Hrvatskoj niži pravni izvori nužno moraju biti u skladu s višim, a naročito Ustavom i odgovarajućim zakonima, postavlja se pitanje jesu li predmetni propisi koji su imali za cilj unifikaciju postupka stvarno svrsishodni u sadašnjem obliku ili je njima promašena bit unifikacije. Predmetni članak stoga analizira utjecaj javnih tijela na donošenje odluka o raspolaganju poreznog duga te ispituje ustavnost i zakonitost specifičnih ograničenja gabarita slobodne ocjene poreznih tijela u postupku, kako s aspekta predstečajnog prava tako i s aspekta poreznog prava odnosno fiskalnog interesa države.

Ključne riječi: *Porezni postupak, predstečajna nagodba, slobodna ocjena, otpis poreznog duga.*

1. UVOD

Postupak predstečajne nagodbe uveden je u hrvatski pravni sustav 2012. godine donošenjem Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (ZFPPN)¹. Od tada je bio osnova mnogih kontroverzi, prvenstveno zbog činjenice što je Republika Hrvatska redovito i sama bila stranka u postupcima u obliku Porezne uprave, koja je imala otvorene tražbine prema poreznim dužnicima - pokretačima predstečajne nagodbe. Odricanje od dijela poreznih tražbina utječe na potencijalne

1 NN 108/12, izmijenjen u NN 144/12, 81/13, 112/13; o postupku donošenja i kritici nacrta Zakona vidjeti Brkanić, Vlado: Nerealna očekivanja od Zakona koji bi trebao otkloniti financijski nered – povodom Prijedloga Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, str. 19, 21, RRiF, br. 9/12.

prihode proračuna, a time i na sve građane Republike Hrvatske. Shodno tomu nije iznenađujuće da je pojedine postupke u kojima je došlo do otpisa poreznog duga onim poreznim dužnicima koji imaju znatnu financijsku i gospodarsku moć osobito pratila javnost. Međutim, utemeljenost osuda predstečajne nagodbe ne može biti bezuvjetno prihvaćena s pravno-znanstvenog aspekta bez prethodnog promatranja predstečajne nagodbe u njenom širem kontekstu kao instrument sanacije i poticanja gospodarskog oporavka². Predstečajna nagodba mnogo je šira i u pogledu njene svrhe i samih instrumenata provedbe. Tako poreznom tijelu u postupku predstečajne nagodbe pored mogućnosti otpisa poreznog duga stoje na raspolaganju i mnoga alternativna sredstva, kao što su preuzimanje nekretnine umjesto naplate³, pretvorba tražbina u članska prava (*debt-equity swap*), obročna otplata poreznog duga ili odgoda naplate⁴. Svi ovi elementi zajedno sa složenošću samog postupka i višedimenzionalnom svrhom nagodbe čine kompleksni okvir za donošenje odluka za sve stranke u postupku, a posebno javnopravna tijela koja su vezana specifičnom svrhom i pravilima.

Nadležno porezno tijelo pritom ima osobito složen zadatak pronalaska optimalnog rješenja vrednujući osnovne nacionalne fiskalne potrebe podjednako kao i svrhu predstečajne nagodbe i povezanih poreznih propisa. Kao reakciju na ključnu ulogu porezne uprave u mnogim postupcima predstečajne nagodbe⁵, zakonodavac je 2013. godine predvidio daljnje konkretizacije postupka koje bi trebale poslužiti i ujednačenju rada javnih tijela vezanog uz predmete predstečajne nagodbe⁶. Ujedno je i Vlada RH uredbom⁷ te samo Ministarstvo financija napatkom reagiralo na ovu problematiku⁸. Tako je kombinacijom novih i starih zakonskih normi i podzakonskih akata došlo do stvaranja specifičnog okvira kompetencija poreznih tijela u postupku predstečajne nagodbe. Ovaj okvir djeluje između sfere poreznog postupovnog prava, koje je ključni pravni izvor regulacije raspolaganja poreznim dugom i propisa o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, koji definira prava i obveze svih

2 O svrsi i mehanizmima ostvarenja vidjeti Pavičić, Damir: Neke mjere iz plana financijskog restrukturiranja u postupku predstečajne nagodbe, str. 56 i slj. RriF 1/13.

3 Ova mogućnost sada je i formalno uvrštena u Opći porezni zakon (čl. 120. st. 6.) te je posebno značajna jer proširuje manevarski prostor stranaka u pregovorima. Međutim, zbog nemogućnosti precizne definicije vrijednosti nekretnine ova je odredba posebno kritična s aspekta zlouporabe ovlasti poreznog tijela.

4 Čl. 44. ZFPPN-a.

5 U Hrvatskoj, podjednako kao i u mnogim drugim državama, element "poreznog duga" posebno je složen te je i za stručnjake redovito problematično odrediti prava i obveze stranaka u svakoj etapi postupka. Složenost obveza nadležnih osoba dovela je tako primjerice u SRNJ do stvaranja izrazito razvijene prakse po pitanju odgovornosti poreznih savjetnika za poreznopravne probleme nastale u krizi poduzeća. Vidjeti primjerice Kruth, Claus-Peter: *Steuerliche Beratung in der Unternehmenskrise – Ein haftungsträchtiges Umfeld*, *SteuK*, 2014., 225; Göb, Marc: *Aktuelle gesellschaftsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz*, *NZI*, 2014., 602, 605.

6 Vidjeti zakone o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi NN 81/13 i 112/13.

7 Uredba o uvjetima, načinu i postupku raspolaganja tražbinama s naslova poreznog duga u postupku predstečajne nagodbe, NN 3/13 (u daljnjem tekstu Urtpn).

8 Napatuk o kriterijima za restrukturiranje poreznog duga u skraćenom postupku predstečajne nagodbe Kl. 423-08/13-01/9.

sudionika (uključujući i poreznu upravu⁹) u postupku predstečajne nagodbe.

Razmatrajući ovakvu hibridnu ulogu Porezne uprave, koja je državno tijelo, a ujedno redovito i stranka u postupku predstečajne nagodbe, nameće se pitanje u kojoj je mjeri Porezna uprava vezana svojom institucionalnom svrhom kada je riječ o postupcima izravno uređenim Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi te osigurava li trenutno postupanje poreznih tijela minimum Ustavom i zakonom zajamčene pravne zaštite poreznih obveznika. U tom je kontekstu posebno značajna analiza položaja podzakonskih akata koji detaljnije uređuju gabarite slobodne ocjene. Prethodno navedena tijela ovlaštena su za donošenje odgovarajućih akata, međutim ujedno su vezana zakonskim i ustavnim ograničenjima. Tako se podzakonskim aktima može regulirati gabarite slobodne ocjene isključivo unutar onog okvira koji je postavljen zakonom, a nikako izvan toga okvira (tj. *contra legem*¹⁰). Ujedno ovi akti ne smiju biti u suprotnosti s odredbama Ustava Republike Hrvatske, posebno s načelom jednakosti pred zakonom¹¹. Kako bi se razriješila ova složena situacija, u sljedećem poglavlju se analiziraju mjerodavne pravne norme te se definira odnos poreznog postupka i postupka predstečajne nagodbe, dok se u trećem poglavlju na primjeru skraćenog postupka promatra stvarna usklađenost trenutnih rješenja s dužnostima javnih tijela koje su rezultat ustavnih i zakonskih ograničenja u pravnome poretku Republike Hrvatske.

2. ZAKONITO POSTUPANJE POREZNE UPRAVE I JEDNAKOPRAVNOST POREZNIH OBVEZNIKA

U donošenju odluka o pitanjima vezanim uz raspolaganje poreznim dugom nadležno porezno tijelo ima određenu razinu slobode za pronalaženje najboljeg rješenja. Međutim, svako tijelo javne vlasti podliježe ograničenjima i smjernicama u odlučivanju¹² koji su nužni za ispunjenje biti načela diobe vlasti¹³. Ključno za ostvarenje podjele vlasti, a time i meritorno za odlučivanje poreznog tijela je načelo zakonitosti. Prema definiciji ovog načela sadržanoj u OPZ-u predviđeno je da je “porezno tijelo dužno ... zakonito utvrđivati sva prava i obveze iz porezno-pravnog odnosa”¹⁴. Iako ova formulacija upućuje na primjenu u sklopu utvrđivanja porezne obveze, a ne

9 Ovo je razvidno, primjerice iz čl. 15. st. 2. ili čl. 58. st. 4. ZFPPN-a.

10 Čl. 19. Ustava RH; vidjeti i Aviani, Damir: Diskrecijska ocjena u upravnom pravu nekih europskih država i Europske unije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 35 (1998), 177-196, 178.

11 Čl. 3. i čl. 14., Ustava Republike Hrvatske.

12 Stoll, Gerold: Ermessen im Steuerrecht – System der Theorie und rechtspraktischen Handhabung, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsverwirklichung, str. 25., 2. izd., Manz, Wien, 2001.

13 O značaju podjele vlasti za ostvarenje načela zakonitosti Huster, Stefan, Rux, Johannes: Art. 20 u Epping, Volker, Hillgruber, Christian [izd.], Kommentar Grundgesetz r. br. 156; za obuhvatnu analizu zadataka i ovlasti izvršne vlasti u konkretizaciji zakonskih propisa posebno u sferi poreznog prava vidjeti: Dourado, Ana Paula u Dourado, Ana Paula [izd.], Separation of powers in tax law, 2009., str. 51.

14 St. 1. čl. 6. OPZ-a; vidjeti i Žunić Kovačević, Nataša: Primjena načela dobre vjere u poreznom postupku, Zbornik Pravnog Fakulteta u Rijeci v. 31, br. 1, Suppl., 133-150 (2010.), 135.

raspolaganja poreznim dugom¹⁵, zbog činjenice da samo raspolaganje dugom ima svojevrsnu upravnu komponentu te da je i načelo zakonitosti redundantno s obzirom na to da izravno izvire iz Ustava Republike Hrvatske¹⁶, koji ograničava djelovanje državnih tijela na ovlasti dane zakonom¹⁷, nema zapreke analognoj primjeni ovoga načela na pitanja raspolaganja poreznim dugom u postupku predstečajne nagodbe.

Pored značaja načela zakonitosti u užem smislu, bitno je razmatrati i njegove implikacije u pogledu određenosti pravne norme i zabrane upravne samovolje. Naime, osim samog jamstva utemeljenosti odluka javnog tijela na zakonu, neophodno je za funkcioniranje pravne države¹⁸ da je primjena zakona smisljena i u duhu zakona¹⁹. Sukladno čl. 5. st. 2. ZUP-a, javnopravno je tijelo dužno u upravnim stvarima, u kojima je zakonom ovlašteno rješavati po slobodnoj ocjeni, donijeti odluku u granicama dane ovlasti i sukladno svrsi radi koje je ovlast dana. Ovo pravilo vrijedi jednako za posebne pravne akte (primjerice rješenja o otpisu dijela poreznog duga) kao i za opće pravne akte niže razine koji reguliraju postupanje javnih tijela (primjerice pravilnik koji regulira način i uvjete otpisa poreznih dugova)²⁰. Ustavni sud Republike Hrvatske zauzeo je u tom pogledu sljedeći stav²¹:

“Negativni smisao zahtjeva za određenošću i preciznošću pravne norme upućene tijelu državne vlasti znači da njezin izričaj mora vezati to tijelo tako da mu ne dopušta postupanje izvan svrhe određene njezinim sadržajem. To je važno i za postupanje tijela državne i javne uprave i za postupanje tijela sudbene vlasti. [Tijela državne vlasti] smiju postupati samo na temelju dovoljno jasnih zakonskih mjerila koja ih pravno vezuju ili im pak dopuštaju određeni stupanj slobodne prosudbe (najčešće u obliku diskrecijske ocjene). U suprotnom bi ono ugrozilo slobodu građana od samovolje i zlouporabe državne vlasti....”

Iako se predmetna presuda prije svega može vezati uz pitanja određenosti i ujednačenosti postupanja, koja će se redovito povezivati s načelom savjesnosti i poštenja u poreznome postupku, iz njih jasno proizlazi da pravni propisi kojima je svrha postizanje ujednačenosti (dakle upravo podzakonski akti koji usmjeravaju ponašanje poreznih tijela) moraju biti utemeljeni na stvaranju jednakosti među subjektima u postupku i u skladu sa svrhom zakona²². Takva obveza proizlazi općenito

15 Čl. 18. OPZ.

16 Arbutina, Hrvoje u Šimović, Jure i dr.: Hrvatski fiskalni sustav, Narodne novine, 2010., str. 226.

17 Čl. 16. st. 1. u vezi s čl. 5., Ustav Republike Hrvatske.

18 O korelaciji određenosti pravne norme i načela diobe vlasti vidjeti: Papier, Hans Jürgen: Der Bestimmtheitsgrundsatz u Friauf, Karl Heinrich [izd.], Steuerrecht und Verfassungsrecht Köln, 1989., str. 65.

19 Kriletić, Marija, Slobodna ocjena u poreznim stvarima, Zbornik Pravnog Fakulteta u Rijeci, v. 33, br. 1, 251-272 (2012), 258, s referencom na: Krbek, Ivo, Upravno pravo FNRJ, knjiga I., Beograd, 1955.

20 Posebno o izvorima prava i važnosti hijerarhije pravnih normi za tumačenje propisa a time i definiciju svrhe postupanja javnog tijela: Harašić, Žaklina: Zakonitost kao pravno načelo i pravni argument, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 3/2010., str. 745.-767., 756.

21 Odluka i rješenje broj: U-I-722/2009 od 6. travnja 2011. (“Narodne novine”, broj 44/11).

22 U tom kontekstu valja razmotriti i njemačku sudsku praksu, koja izravno veže jednakost i ujednačenost postupanja, usporedi BFH, BStBl. 158, str. 442.

iz ustavne jednakosti “svih” pred zakonom²³, ali je predviđena i kao specijalna norma poreznog prava u čl. 51. Ustava RH²⁴. U tom je smislu već Jelčić isticao nužnost ograničenja slobodne ocjene u poreznim stvarima onim pravilima koja proizlaze iz ustavne definicije pravednog oporezivanja²⁵. Daljnje smjernice Ustava o jednakome postupanju vidljive su i u članku 16. - “načelu razmjernosti”²⁶, iako ih je zbog širokih margina samoga pojma potrebno izvoditi neizravno, putem načela jednakog postupanja odnosno dosljednosti poštovanja prava (“što je razmjerno u jednome slučaju ne može biti nerazmjerno u drugom bitno sličnom ili identičnom slučaju”²⁷).

Temeljem svega navedenoga postoje dva ključna ograničenja za poreznu upravu koja proizlaze iz načela zakonitosti i načela jednakosti (poreznih obveznika). Prvo pravilo vezano je uz načelo zakonitosti prema kojemu akti izvršne vlasti moraju biti u skladu sa zakonom, a primjena diskrecijske ocjene usmjerena je na ispunjenje svrhe zakona²⁸. Drugo se ograničenje može definirati na način da postupanje prema jednom poreznom subjektu mora, uzimajući u obzir sve bitne činjenice, biti ekvivalentno postupanju prema poreznim obveznicima u bitno sličnoj situaciji²⁹. Dok se ovo drugo ograničenje, koje se služi poredbenom metodom, može izravno primijeniti na

23 Čl. 14., Ustav RH.

24 Arbutina, Hrvoje: Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 62, (5-6), 1283-1322 (2012), 1286 – utemeljeno kritizira svrhu odredbe o “jednakosti i pravičnosti” poreznog sustava unutar strukture čl. 51. Ustava ističući kontradikciju između st. 1. i st. 2. Jedan od mogućih pristupa objašnjenju svrhe odredbe o “jednakosti i pravednosti” leži upravo u njenom definiranju kao široj normi od one u st. 1. Naime, sudjelovanje u javnim troškovima implicira vezu s poreznim materijalnim pravom, dok termin “cijeli porezni sustav” upućuje na sve norme poreznog prava uključujući materijalne, ali i postupovne odredbe. Time bi st. 2. predstavljao svojevrstu konkretizaciju jednakosti poreznih obveznika pred zakonom, ali i obvezu poreznog tijela da razmatra sve okolnosti pojedinih slučajeva. Ovakvo tumačenje bi se i izvrsno uklapalo u pravnu doktrinu razvijenu od njemačkog ustavnog suda koji je u svojoj, tzv. “odluci o kamatama” utvrdio da su postupovne odredbe nerazdvojivo vezane uz materijalno pravo te da je jednakost u naplati (učincima) jednako kriterij jednakosti kao i jednakost u utvrđivanju. Vidjeti: BverfG 84, 239, prvi paragraf sažetka presude. O odnosu ustavnog i poreznog shvaćanja vezanog uz presudu Schremmer, Eckart: *Über gerechte Steuern - ein Blick zurück ins 19. Jahrhundert*, str. 37 i slj., Scripta Mercature Verlag St. Katharinen, 1994.

25 Jelčić, Božidar u: Jelčić, Božidar i dr.: *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, 2008., str. 244. i slj.

26 Vidjeti Arbutina, Hrvoje, Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 62, (5-6) 1283-1322 (2012), 1297 i slj.

27 U ovome kontekstu valja i razmatrati zahtjev za dosljednošću koji je razvila njemačka ustavnosudska praksa. Vidjeti: *Bundesverfassungsgericht*, presuda od 13.12.2006. - VIII R 6/05 *Bundessteuerblatt* 03, 534.

28 Slobodna ocjena mora imati za cilj da ispuni zakonsku svrhu jer je mogućnost slobode ocjene upravo i dana kako bi se pomoću većeg izbora rješenja u boljoj mjeri mogla ispuniti zakonska svrha. Vidjeti Stoll, Gerold: *Ermessen im Steuerrecht – System der Theorie und rechtspraktischen Handhabung, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsverwirklichung*, Manz, 2001., str. 62.

29 Detaljno o značaju jednakosti poreznih obveznika Rödel, Herbert: *der Begriff “unbillig” in § 131 Abgabenordnung – ein Versuch der rechtstheoretischen Konkretisierung*, str. 131., Mainz, 1975.

materiju ove analize, za prvo ograničenje nedostaje jedan ključan element. Naime, za provjeru zakonitosti akata izvršne vlasti neophodno je prethodno utvrditi koji je zakon u predmetnome slučaju mjerodavan.

3. MJERODAVNO PRAVO ZA PROVJERU ZAKONITOSTI PRAVNIH AKATA

U postupcima predstečajne nagodbe u koje su uključena porezna tijela dolazi do izravnog dodira dviju bitno različitih pravnih cjelina, poreznog prava i prava predstečajne nagodbe. Svrha predstečajne nagodbe je da dužniku koji je postao nelikvidan i/ili insolventan omogući financijsko restrukturiranje na temelju kojeg će postati likvidan i solventan i da vjerovnicima omogući povoljnije uvjete namirenja njihovih tražbina od uvjeta koje bi vjerovnik ostvario da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak³⁰. Nasuprot tome je porezno pravo usmjereno na ispunjenje fiskalnih i drugih ciljeva³¹. Djelovanje poreznog tijela trebalo bi biti usmjereno na vršenje radnji prema propisanim normama na onaj način koji najbolje izražava svrhu oporezivanja i načela poreznog postupka³². Međutim, kako porezno tijelo djeluje u postupku predstečajne nagodbe ne samo kao stranka nego i kao javnopravno tijelo unutar šire sfere financijskog prava, dužno je ujedno prilagoditi svoje postupke ostvarenju svrhe ZFPPN-a. Obje cjeline dakle imaju zasebnu inherentnu svrhu odgovarajuću njihovoj pravnoj i gospodarskoj naravi, dok se djelovanje poreznog tijela odvija unutar svojevrsnog presjeka ovih dvaju cjelina. Problematika ove konstelacije leži upravo u obvezi poreznog tijela da postupa u skladu sa zakonom, ali i da odlučuje imajući u vidu svrhu zakona. Takvo je postupanje, naime, nemoguće kada ne postoji jasno definiran odnos među zakonima. Stoga je nužno usporediti predmetne dvije cjeline i odrediti mjerodavno pravo.

3.1. Geneza propisa

Promatraju li se promjene u poreznome sustavu Republike Hrvatske u razdoblju od nastanka gospodarske krize u Hrvatskoj pa do danas, može se uočiti značajne promjene u usmjerenju djelovanja poreznih tijela. Pored pitanja preciznijeg utvrđivanja porezne obveze i sprječavanja porezne evazije, rad porezne uprave uvjetovan je posljedicama krize kao što su nelikvidnost i prezaduženost poreznih dužnika³³. Dostatno je spomenuti mjere, kao što su javno objavljivanje liste poreznih dužnika³⁴

30 Čl. 20. ZFPPN.

31 Kube, Hanno Art. 105. u: Epping, Volker, Hillgruber, Christian [izd.] *Kommentar Grundgesetz*, Beck 2013., br. 4 i slj.

32 Arbutina, Hrvoje u Šimović, Jure i dr.: *Hrvatski fiskalni sustav* str. 225.

33 Više o ovoj problematici vidjeti: Mijatović, Nikola, Jozipović, Šime: *Die Bedeutung des neuen kroatischen Finanzrechts für die Angleichung an die fiskalischen Standards der EU*, *Zeitschrift für Ostrecht*, 2014., str. 231- 245.

34 Lista se nalazi na mrežnoj stranici: <http://duznici.porezna-uprava.hr/> te je uvedena temeljem čl. 8. st. 7. OPZ-a, koji definira posebno izuzeće od porezne tajne.

ili reprogram poreznog duga fizičkim³⁵ i pravnim osobama³⁶ da bi se ustvrdio lom u odnosu na dotadašnji *ratio* postupanja. Kao negativnu posljedicu s aspekta prava poreznih obveznika zasigurno se može istaknuti dodatno ograničenje porezne tajne³⁷. S druge strane se može istaknuti kao pozitivna posljedica za porezne obveznike što država u većoj mjeri uzima u obzir stvarne gospodarske okvire u postupcima naplate poreza. To se očituje time da se do određene mjere ublažuje zahtjev za formalnim utjerivanjem svih poreznih dugova³⁸. Upravo unutar ovako definiranog novog *modus operandi*-a uvedena je i predstečajna nagodba. Predstečajna nagodba rezultat je namjere zakonodavca da ublaži negativne gospodarske učinke gospodarske krize³⁹. Time predstečajna nagodba ima slično usmjerenje kao novija praksa poreznog prava. Međutim, takvo usmjerenje više upućuje na koegzistenciju dvaju propisa, a ne primat jednoga zakona pred drugim.

3.2. Poveznice i razgraničenja unutar samih zakona i *lex posterior* načelo

Predstečajna nagodba predstavlja specifičan proces koji prvotno u OPZ-u, koji je nastao prije donošenja ZFPPN-a, nije bio predviđen. Tek izmjenama OPZ-a, a posebno definiranjem ovlasti poreznog tijela u postupcima predstečajne nagodbe stvoren je okvir za djelovanje u nagodbenim postupcima⁴⁰. Upravljanje poreznim

35 Zakon o naplati poreznog duga fizičkih osoba, NN 55/13.

36 Zakon o naplati poreznog duga uzrokovanog gospodarskom krizom, NN 94/13.

37 Razgraničenje između javnog interesa odnosno prava pojedinaca na pristup informacijama i zaštite osobnih informacija poreznih obveznika jedno je od ključnih pitanja u raspravi o definiranju razine zaštite porezne tajne. (Vidjeti Šinković, Zoran: Problem sukoba prava na pristup informacijama i zaštite čuvanja porezne tajne, Zbornik radova – znanstveni skup Pravo na pristup informacijama / Čizmić, Jozo; Šegvić, Saša; Radić, Željko; Šinković, Zoran; Boban, Marija (ur.). – Novalja: Sveučilište u Splitu, Pravni fakultet; Grad Novalja, 2008.) Međutim, upitno je, je li predmetni potez suviše ograničio prava poreznih obveznika ili ga se ipak može smatrati opravdanim u trenutnim ekonomskim okolnostima. Za razliku od Hrvatske, SRNJ je i u krizi zadržala visoku razinu zaštite tajnosti podataka, a što prije svega opravdava nužnošću osiguranja povjerenja između poreznog tijela i poreznog obveznika (vidjeti: Mijatović, Nikola: Određenje instituta porezne tajne u njemačkom pravu – Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 63, (1) 71-93 (2013)).

38 I prije uvođenja predstečajne nagodbe bila je predviđena mogućnost otpisa poreznog duga u OPZ-u. Međutim, promatra li se čl. 137 OPZ-a u verziji NN 147/08 od 18.12.2008., može se uočiti da su postavljeni izrazito strogi uvjeti otpisa. Tako je čl. 137. st. 3. predviđao mogućnost da se iz socijalnih razloga dug otpiše, ali isključivo fizičkim osobama, te je naglašeno u samoj odredbi da je riječ o izvanrednom instrumentu. Kako mjera obuhvaća samo fizičke osobe i cilja na mali broj slučajeva, nije od većeg značaja za predmetnu analizu. Slično vrijedi i za članak 91a koji je unesen u OPZ novelom NN 78/12 od 13.07.2012., a koji uređuje pitanje nagodbi sklopljenih između poreznog tijela i poreznog obveznika. Predmetna odredba donesena je svega nekoliko mjeseci prije uvođenja same predstečajne nagodbe te se sukladno tome nije razvila značajna samostalna praksa.

39 Prijedlog Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, str. 4., izvor: <http://www.mfin.hr/adminmax/docs/zakon%20o%20financijskom%20poslovanjux.pdf>

40 Izvrstan primjer je čl. 120. OPZ-a – članak je višestruko izmijenjen radi prilagodavanja stvarnim potrebama za fleksibilnošću poreznog tijela. Vidjeti primjerice: čl. 5. Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, NN 18/11; čl. 9., Zakona o izmjenama i dopunama Općeg

dugom od strane Porezne uprave predstavlja vršenje njenih temeljnih kompetencija te je detaljno uređeno Općim poreznim zakonom i drugim općim i specijalnim aktima⁴¹. Predmetna skupina pravnih akata proširuje se ovisno o konkretnoj sferi djelovanja pa tako i propisi koji nisu izravno vezani uz porezni ili upravni postupak mogu biti relevantan izvor prava⁴². Kako sam porezno-pravni odnos između poreznog tijela i poreznog obveznika nije isključivo reguliran poreznopravnim propisima u užem smislu, nema sistematskih prepreka da pravni propis poput Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi podrobnije regulira pojedina pitanja postupanja poreznog tijela. Ovakav vid dopunske regulacije postupaka poreznog tijela značajno može utjecati na usmjerenje njegova djelovanja u danj sferi. Stoga je osobito važno definirati međusobni odnos poreznih propisa i zadaća poreznog tijela prema propisima o predstečajnoj nagodbi. Pritom je predmetni zadatak utoliko složeniji što, unatoč brojnim izmjenama OPZ-a usmjerenim na usklađivanje s propisima o predstečajnoj nagodbi, ne postoji jedna opća odredba koja bi bila pandan onoj koja sveobuhvatno određuje odnos OPZ-a prema ZUP-u⁴³. Umjesto takve odredbe, predviđena su rješenja za pojedinačne dodirne točke dvaju zakona⁴⁴ te je dana posebna ovlast Vladi Republike Hrvatske da putem uredbi uređuje postupanja poreznih tijela u postupcima predstečajne nagodbe⁴⁵. Pritom valja imati na umu da tako donesena uredba unatoč opširnoj zakonskoj ovlasti nikako ne može sadržavati odredbe koje su *contra legem*. Kako, međutim, oba zakona imaju jasno izraženu svrhu odnosno načela, uredba kao propis nižeg ranga nije u stanju definirati koji će zakon imati prednost primjene.

3.3. Načelo *lex specialis derogat legi generali*

Za primjenu načela *lex specialis derogat legi generali* nužno je ustvrditi da oba propisa reguliraju isto područje te da jedan od njih po sadržaju podrobnije uređuje istu materiju⁴⁶. U predmetnome slučaju zaštita fiskalnih interesa predstavlja samu bit postojanja poreznog tijela, a OPZ je postupovni propis koji definira djelovanja

poreznog zakona, NN 78/12; čl. 10., Zakon o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, NN 136/12.

41 'ako je primjerice jasno definirano u čl. 4. OPZ-a da se podredno primjenjuju i odredbe Zakona o općem upravnom postupku.

42 Primjerice, Ovršni zakon NN 112/12, 93/14.

43 OPZ u čl. 4. pod naslovom "Odnos ovoga Zakona prema Zakonu o općem upravnom postupku" definira da:

"Ako ovim Zakonom nije uređeno drugačije, na postupanje poreznih tijela primjenjuje se Zakon o općem upravnom postupku." Time se jasno definira prednost OPZ-a pred ZUP-om. Međutim, kako se u slučaju Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi radi o propisu iz sfere (pred-)stečajnog prava koji po prirodi stvari nije primarno usmjeren na regulaciju postupanja javnih tijela, već takva regulacija isključivo služi za rješavanje civilnopravnog postupka predstečajne nagodbe, teško je postaviti jasna razgraničenja između njega i propisa koji primarno uređuje postupovna pitanja.

44 Primjerice čl. 137. st. 3. OPZ-a regulira otpis u slučaju sklapanja predstečajne nagodbe.

45 Čl. 211.a OPZ-a.

46 Visković, Nikola: Teorija države i prava, Zagreb, 2006., Centar za dopisno obrazovanje Birotehnika, str. 240.-241.

poreznog tijela te bi se s tog aspekta zasigurno moglo argumentirati da je raspolaganje poreznim dugom u predstečajnoj nagodbi specijalan postupak u odnosu na samu predstečajnu nagodbu, a time se prvenstvo mora dati i svrsi i ciljevima poreznog postupka. S druge strane je prethodno već obrazloženo da je dolaskom gospodarske krize donekle izmijenjeno fiksno shvaćanje “naplate pod svaku cijenu”. Ako se tome pridoda uloga Ministarstva financija u stvaranju sustava predstečajne nagodbe, zatim pojedine odredbe unesene u OPZ, kojima se upravo definira specijalan položaj dugova u postupku predstečajne nagodbe te i sam značaj ovog instituta za održivost gospodarskog, a time i fiskalnog sustava Republike Hrvatske, također je opravdano argumentirati da je upravo predstečajna nagodba specifičan slučaj raspolaganja poreznim dugom za koji ne bi trebala vrijediti jednaka prava kao za ostale porezne dugove⁴⁷. Stoga nije smisleno dati jednome od ovih dvaju bitno različitih zakona prednost nad drugim jer su oba precizna i usredotočena u pogledu svojih ciljeva, strukture i svrhe u postupku te barem u svom temeljnom usmjerenju ne mogu biti isključeni⁴⁸.

3.4. Formalan pristup razgraničenju

Strogo formalno promatrano, ovaj bi se sukob normi mogao riješiti na način da se zaključi da je riječ o dva odvojena postupka od kojih svaki za sebe djeluje pod posebnim pravnim okvirom⁴⁹. Do takvog bi se zaključka moglo doći jer je svaka odluka poreznog tijela, pa i takva o raspolaganju poreznog duga u postupku

47 U tom kontekstu može se spomenuti već i presuda njemačkog Reichsgerichta iz 1926. godine GrS 1/26 S, RstBl., 1926., str. 337., koja je prva dala prednost stečajnome pravu nad pojedinim postupovnim odredbama poreznog prava. O daljnjoj nadogradnji ove presude vidjeti: Maus, Karl Heinz: *Steuern im Insolvenzverfahren*, 2004., ZAP, str. 33. i slj.

48 Suprotno mišljenje zastupao je Financijski sud u Münchenu (FG München v. 12. 12. 2007., 1 K 4487/06), koji je dao prednost stečajnome pravu nad poreznim pravom. Kritički o predmetnoj odluci uz naglasak važnosti poreznog prava kao vodilje odluka porezne uprave: Gondert, Heinz-Günter, Büttner, Benjamin: *Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen – Anmerkung zum Urteil des Finanzgerichts München vom 12. 12. 2007* DStR 2008, 1676, 1678.

49 Rješenje načelnog odvajanja poreznih propisa od stečajnog prava popularno je i u njemačkoj pravnoj doktrini. Naime, i ovdje se višestruko nailazilo na izravne sukobe stečajnog prava i poreznog prava. Umjesto rješenja koje se temelji na integraciji dvaju prava, redovito je u sudskoj praksi dano prvenstvo jednome pravu (uglavnom stečajnome) te se ovim rješenjem nastojalo izbjeći takav ishod. Naime, pribjeglo se pristupu pojedinačnog rješavanja pa je tako, primjerice za fiktivnu dobit koja nastaje otpisom dugova dužnicima u stečajnoj nagodbi od njemačkih poreznih tijela primijenjen samostalan porezni propis - § 63. *Abgabenordnung*, prema kojemu je moguće za one slučajeve koji predstavljaju poseban i nerazmjeran teret za poreznog obveznika izmijeniti poreznu obvezu. Na taj je način izbjegnuto izravno referiranje na svrhu stečajne nagodbe kao stečajnog propisa uz istovremeno ublažavanje konačnih rezultata za poreznog obveznika. Vidjeti: Boochs, Wolfgang u Wimmer, Klaus: *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hermann Luchterhand Verlag 7. izdanje str. 1646.

predstečajne nagodbe, u srži i dalje upravni (porezni)⁵⁰ akt, dok je samo odlučivanje⁵¹ u sklopu predstečajne nagodbe dio nagodbenog postupka. Međutim, takvo razdvajanje dvaju zakona samo bi prividno riješilo problem. Naime, predstavnik poreznog tijela u postupku predstečajne nagodbe vezan je odlukom poreznog tijela⁵², a sama predstečajna nagodba upravo je zamišljena kao postupak koji objedinjuje sve vrste javnih i privatnih dugova. Stoga je na temelju tako snažno isprepletenih postupovnih radnji nemoguće faktički razdvojiti ove dvije sfere raspolaganja poreznim dugom. Iz navedenoga proizlazi da postoji načelna obveza uključivanja obje zakonske svrhe pri odlučivanju. Kao rezultat nemogućnosti jasnog definiranja hijerarhije predmetnih normi predstavlja se kao svrsishodno rješenje izravno utvrditi onaj sadržaj ovih dvaju zakona koji je relevantan za pitanje odlučivanja poreznog tijela u postupku te tako definiran sadržaj staviti u kontekst odnosa dvaju zakona.

4. ODNOS FISKALNOG INTERESA DRŽAVE I OBVEZE POREZNOG TIJELA PREMA ZAKONU O FINACIJSKOM POSLOVANJU I PREDSTEČAJNOJ NAGODBI

U idealnim uvjetima, svaka bi odluka poreznog tijela u postupku predstečajne nagodbe trebala biti donesena tako da njeni učinci oslikavaju skup fiskalnih interesa države, ustavom i zakonom zajamčena prava poreznih obveznika i svrhu samoga zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi. *Kriletić* u ovom kontekstu posebno ističe nužnost razmatranja svih socijalnih i gospodarskih prilika, ali i “pravičnost”⁵³. Takva je ravnoteža, međutim, već i unutar samog poreznog prava neostvariva⁵⁴. Isto vrijedi i za predstečajnu nagodbu koja se temelji na dva suprotstavljena interesa⁵⁵. Stoga je i nemoguće poreznome tijelu nametnuti zadatak da u svojoj slobodnoj ocjeni u jednakoj mjeri zadovolji kriterije svih pravnih načela ili svih svrha različitih zakona koji zajednički uređuju određeno područje. Međutim, iako stvarno postizanje takvog cilja nije ostvarivo, porezno tijelo ipak treba težiti tome da u što većoj mjeri ostvari zakonom definiranu svrhu svoga djelovanja⁵⁶. Jednako bi porezno tijelo trebalo težiti i pronalasku onih rješenja koja će objединiti svrhe predstečajne nagodbe i poreznog

50 U njemačkome pravu se unatoč razvijenosti poreznog prava kao samostalnoj grani prava, zbog specifičnog položaja stečajnog prava temeljem čl. 251. st. 3. *Abgabenordnung*, tražbine poreznog tijela u stečajnome postupku utvrđuju upravnim, a ne poreznim aktom. Vidjeti: BFH, Urt. vom 24.08.2011 - V R 53/09.

51 Glasanje u sklopu predstečajne nagodbe, primjerice o prihvaćanju plana predstečajne nagodbe.

52 Vidjeti čl. 9. st. 4., čl. 10. st. 4. i čl. 11. st. 4. Urtpn-a – u svima je riječ o donošenju “rješenja o obveznom glasanju”.

53 *Kriletić, Marija: Slobodna ocjena u poreznim stvarima, Zbornik Pravnog Fakulteta u Rijeci.*, v. 33, br. 1, 251-272 (2012), 259.

54 Na predmetnu situaciju može se preslikati opis problema sukoba pojedinih načela i svrha poreza u sferi poreznoga prava općenito. Vidjeti: Jelčić, Božidar u: Jelčić, Božidar i dr.: *Financijsko pravo i financijska znanost 2008.*, str. 179.

55 Čl. 20. ZFPPN.

56 Vidjeti čl. 2. st. 1. Zakon o poreznoj upravi skupa s čl. 6. st. 1. OPZ. Usporedno s jednakim učincima u njemačkome pravu: čl. 108. njemačkoga *Grundgesetza* skupa s § 85 st. 1. njemačkog *Abgabenordnung*.

postupka. Usporedbom samih struktura zakona vidljivo je da i predstečajna nagodba i porezni postupak sadrže elemente usmjerene k namirenju vjerovnika i elemente usmjerene prema zaštiti interesa dužnika. Stoga nije isključena mogućnost pronalaska nekog najmanjeg zajedničkog nazivnika navedenih elemenata koji bi mogao definirati postupanje poreznog tijela u onim slučajevima kada se svi navedeni ciljevi poklapaju. U svrhu pronalaska takvog presjeka valja odvojeno razmotriti obveze koje proizlaze iz ZFPPN-a i ostvarenje fiskalnih interesa u svjetlu postupovnih obveza poreznog tijela koje postoje u uobičajenom porezno-pravnom odnosu.

4.1. Fiskalni interes države i oporezivanje prema gospodarskoj moći poreznih obveznika

Funkcionalan porezni sustav osigurava fiskalne prihode nametanjem poreznih tereta subjektima⁵⁷ sukladno njihovoj gospodarskoj moći⁵⁸. Dok je svrha postupka utvrđivanja porezne obveze definicija stvarnih ekonomskih okolnosti koje su osnova za određivanje visine porezne obveze, raspolaganje poreznim dugom ima za cilj na temelju već utvrđenog poreznog duga provesti odgovarajuće radnje realizacije zahtjeva proizašlog iz porezno-dužničkog odnosa⁵⁹. Raspolaganje poreznim dugom u postupku predstečajne nagodbe, međutim, ima za posljedicu miješanje ovih dviju zadaća porezne uprave⁶⁰. Kako je već u slučaju utvrđivanja porezne obveze⁶¹ uzeta u obzir gospodarska snaga poreznog obveznika, ne bi bilo primjereno i u slučaju raspolaganja poreznim dugom ponovno vrednovati ovaj kriterij u istu svrhu⁶².

57 U hrvatskome ustavnom pravu jasno se ističe da se (cijeli) porezni sustav temelji na načelima jednakosti i pravednosti (čl. 51. st. 2. Ustav RH), prema kojima su svi dužni sudjelovati u podmiranju javnih troškova u skladu sa svojim mogućnostima. Iako je načelo oporezivanja prema gospodarskoj moći najizraženije u području poreza na dohodak, ono je ipak općeprihvaćeno načelo s dalekosežnim posljedicama za cijeli pravni sustav. O ulozi načela vidjeti Jachmann, Monika: *Verfassungsrechtliche Grenzen der Besteuerung – Sozialstaatliche Steuergesetzgebung im Spannungsverhältnis zwischen Gleichheit und Freiheit*, str. 7., Shaker Verlag, Aachen, 1996.

58 Vidjeti Arbutina, Hrvoje u: Šimović, Jure i dr.: *Hrvatski fiskalni sustav*, str. 230.-231. Posebno o načelnoj prednosti legitimnog fiskalnog interesa u ustavnome kontekstu i posebnim ograničenjima vezanim uz načelo pravednog oporezivanja Bodenheim, Dieter: *Der Zweck der Steuer – Verfassungsrechtliche Untersuchung zur dichotomischen Zweckformel fiskalisch-nichtfiskalisch*, Nomos 1979., str. 189., 196.

59 Prema tradicionalnom shvaćanju poreznog postupka utvrđivanje porezne obveze i naplata porezne obveze dva su odvojena stupnja poreznog postupka. Takvo je shvaćanje i danas temelj njemačke *Abgabenordnung*, vidjeti Gress, Daniel; Dornheimstr, Bertram: *Steuerverfahrensrecht*, str. 94., C.F. Müller, Heidelberg, 2006.

60 U odnosu na njemačko pravo vidjeti: Rüsken, Reinhart, AO § 155 Steuerfestsetzung in Klein, Franz [izd.], *Abgabenordnung*, 12. izd., 2014., br. 1-1 b.

61 Kod utvrđivanja porezne obveze na dohodak odnosno dobit porezna osnovica se prema zakonom definiranim kriterijima određuje sukladno ekonomskom pokazatelju stvorene gospodarske vrijednosti (dobiti odnosno dohotka) u određenom vremenskom intervalu.

62 U predmetnom slučaju misli se na ponovno odmjeravanje same porezne obveze, ali u drugom trenutku i to otpisom dijela poreznog duga prema gospodarskoj snazi. Druge mjere koje su isključivo vezane uz samu naplatu, a uzimaju u obzir gospodarsku snagu dužnika ne moraju

Naime, porezna obveza određuje se sukladno zakonom definiranim općim pravilima u određenom vremenskom intervalu⁶³ unutar kojega je dužnik vršio odgovarajuću gospodarsku aktivnost, pa tako gospodarski uspjeh determinira poreznu obvezu, što predstavlja *meritum* čl. 51. st. 1. Ustava Republike Hrvatske. Ako bi se ekonomsko stanje ponovno uzelo u obzir u trenutku naplate, time bi došlo do iskrivljenja stvarnog stanja jer bi novo mjerenje zamijenilo⁶⁴ prvotno te bi gospodarski subjekti izbjegli sudjelovanje u javnim troškovima sukladno svojoj gospodarskoj moći u trenutku nastanka obveze, a koji je ključna referentna točka određivanja porezne obveze⁶⁵. Stoga je očito da sama ideja primjene “dvostrukog mjerenja gospodarske snage” mora biti promatrana izrazito suzdržano⁶⁶.

Međutim, kao i svako pitanje vezano uz porezni sustav općenito, i dvostruko mjerenje treba biti sagledano u širem gospodarskom i socijalnom okruženju pa se tako ne može zanemariti učinak gospodarske krize na cjelokupno hrvatsko gospodarstvo. Naime, upravo je zaštita stabilnosti gospodarskog okruženja jedna od ključnih zadaća države, a time i potencijalni ograničavajući faktor pravednosti oporezivanja⁶⁷. Iz prethodno opisanog novog pristupa raspolaganja poreznim dugom⁶⁸, a posebno na temelju samog ZFPPN-a, moguće je jasno vidjeti volju zakonodavca da s obzirom na gospodarsko okruženje smatra osnovanim i primjerenim da u specifičnome slučaju (postupku predstečajne nagodbe) porezno tijelo uzme u obzir stvarno gospodarsko stanje dužnika u trenutku naplate. Ovakav je pristup i u cijelosti unutar kompetencija zakonodavca, koji definira nacionalnu gospodarsku i fiskalnu politiku. Opravdanje za otpis dijela poreznog duga, a time ujedno i osnovu za zakonsku regulaciju raspolaganja poreznim dugom može se naći u ekonomskim čimbenicima predstečajne nagodbe. Stvaranje stabilnog ekonomskog okruženja, zaštita radnih mjesta i povećanje likvidnosti gospodarskih subjekata korisni su za cijelo gospodarstvo pa je razvidno da je provođenje mjera za postizanje takvih rezultata dio kompetencija provođenja

nužno sadržavati element višestrukog vrednovanja gospodarske snage.

- 63 Primjerice čl. 29. Zakon o porezu na dobit, čl. 7. Zakona o porezu na dohodak; vidjeti i Germann Ossenbühl, Klaus: *Die gerechte Steurlast – Prinzipien der Steuerverteilung unter staatsphilosophischem Aspekt*, str. 96. i slj., F.H. Kerle Verlag, Heidelberg, 1972.
- 64 O *ex nunc* učinku naknadnog oslobođenja od porezne obveze Stoll, Gerold: *Das Steuerschuldverhältnis in seiner grundlegenden Bedeutung für die steuerliche Rechtsfindung*, str. 91. i slj., izd. Anton Orac, Wien, 1972.
- 65 Mijatović, Nikola: *Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima*, Rev. soc. polit., god. 14, br. 3-4, str. 289.-311., 2007., str. 294.
- 66 U ovome bi slučaju zapravo došlo do povrede jednakosti poreznih obveznika zbog nejednakog postupanja prema “jednakima”. Naime, ako je određeno da se porezi podmiruju prema točno određenome kriteriju, bio on ostvareni promet, dobit, paušalni iznos ili nešto drugo, a onda se za pojedinu kategoriju poreznih obveznika takav postupak iz razloga koji su s aspekta same porezne svrhe ekstrinzični (naknadni pad gospodarske moći) stavlja u povoljniji položaj, radi se načelno o povredi prava na jednako postupanje. Dopunski razlozi, međutim iznimno mogu biti relevantni za razlikovanje poreznih obveznika ako se uklapaju u širi kontekst poreznog sustava. Vidjeti Rödel, Herbert der Begriff “unbillig” in § 131 Abgabenordnung - ein Versuch der rechtstheoretischen Konkretisierung, str. 137. i slj., Mainz, 1975.
- 67 Matteotti, Rene: *Steuergerechtigkeit und Rechtsfortbildung*, str. 62., Stämpfli Verlag, Bern, 2007.
- 68 Vidjeti II 1.

gospodarske politike Republike Hrvatske⁶⁹. Uostalom, i sama Europska unija shvatila je značaj ovakvog pristupa za države članice pa je tako Komisija donijela preporuku kojom želi potaknuti države članice da svoje stečajno pravo tako redefiniraju da mu više nije primarna svrha likvidacija dužnika i podjela imovine vjerovnicima nego i restrukturiranje i sanacija u onim slučajevima u kojima bi takav pristup bio ekonomski isplativiji⁷⁰. Stoga se ne postavlja pitanje mogućnosti ponovnog vrednovanja gospodarske moći kao takvog, već je isključivo upitan način njene inkorporacije i utjecaja drugih čimbenika na postavljanje okvira odlučivanja poreznim tijelima.

Ako se, dakle zaključi da ponovno vrednovanje gospodarske moći predstavlja valjano rješenje, ne može se od takvog postupka odvojiti sva ona pravila koja su vezana uz definiranje porezne obveze, prije svega načelo pravednog (dosljednog) oporezivanja, koje je i sam temelj oporezivanja prema gospodarskoj moći⁷¹. Učinkovita bi reevalucija gospodarske snage u svjetlu fiskalnog interesa države trebala nalagati da se na temelju stvarne ekonomske moći poreznog obveznika pokuša naplatiti što je moguće veći dio poreznog duga ako je nemoguće naplatiti cijeli iznos redovitim putem. Dakle, u prvome koraku nužno je usporediti potencijalne fiskalne prihode u slučaju stečaja i u slučaju prihvaćanja plana financijskog i operativnog restrukturiranja. U slučaju otpisa dijela poreznog duga ili obročne otplate duga, ovakav izračun čini se relativno jednostavan; usporedit će se vrijednost udjela u stečajnoj masi s iznosom obročne otplate, ukalkulirati rok otplate i kamate i kao rezultat će se dobiti dvije usporedive vrijednosti. Međutim, već u ovom naočigled jednostavnom izračunu izrazito je problematičan faktor rizika. Naime, sama činjenica prihvaćanja plana financijskog restrukturiranja znači podršku nastavku poslovanja poduzetnika. Takvo poslovanje može rezultirati u uspješnoj naplati prema unaprijed dogovorenome modelu, ali isto tako može biti i osnova za daljnji gubitak vrijednosti imovine dužnika, a čime će se dodatno smanjiti potencijalna stečajna masa. Stoga primjerice naplata od 80 % u postupku predstečajne nagodbe nije nužno ekonomski isplativija od naplate od 25 % u stečajnome postupku, već će se za varijantu predstečajne nagodbe znatne napore morati investirati u procjenu rizika nastavka poslovanja. Ovaj će problem u složenim slučajevima prihvaćanja nekretnina umjesto naplate ili posebno opsežnim modelima restrukturiranja biti još i intenzivnije izražen.

Predmetni problem bi se, međutim mogao riješiti ako se u postupak donošenja odluke uključi vanjske ekonomske čimbenike. Pođe li se od pretpostavke da će u uvjetima tržišnog gospodarstva vjerovnici s odgovarajućim tražbinama izabrati predstečajnu nagodbu isključivo onda kada bi njome ostvarili povoljnije ekonomske rezultate nego u slučaju da nagodba ne uspije, nameće se misao da porezno tijelo uvijek bolje ostvaruje fiskalne interese kada pristane na predstečajne nagodbe u kojima je u stanju dobiti tržišnu vrijednost svoje tražbine prema poreznom obvezniku, a ta

69 Čl. 2., čl. 113., Ustav RH.

70 Commission recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency SWD (2014) 61, SWD 2014 62.

71 Pitanje pravednosti oporezivanja nije isključivo vezano uz uspostavu pravednog materijalnog poreznog prava, već i uspostavu poreznog postupka koji osigurava pravednu provedbu materijalnih propisa. Vidjeti primjerice: BFH od 16.7.2002., IX R 62/99, Bundessteuerblatt 03, 74.

vrijednost je veća od one koju bi dobilo nepristajanjem na nagodbu⁷². Kao rezultat, postupanje poreznih tijela u postupcima predstečajne nagodbe trebalo bi biti takvo da uzimajući u obzir stvarne gospodarske okolnosti slučaja nediskriminatorno⁷³ podrži predstečajnu nagodbu, barem uvijek onda kada bi poduzetnik u istome odnosno bitno sličnome slučaju podržao takvu nagodbu. Kako je u većini postupaka uključen veći broj vjerovnika, porezno tijelo može utvrđenjem njihovih stavova o nagodbi i njihovog tipa i iznosa tražbina povlačiti izravne zaključke za sklapanje barem onih nagodbi u kojima ona nije najveći i za odlučivanje samostalno mjerodavni vjerovnik. Ovakav sustav upravljanja poreznim dugom bio bi najučinkovitiji s aspekta zaštite fiskalnih interesa jer bi bio usmjeren na optimum naplate poreznog duga⁷⁴. Ujedno bi u mnogome odgovarao zamisli poreznog sustava kao pravednog⁷⁵ i zadaći poreznog tijela da djeluje kao podrška poreznim obveznicima u izvršenju njihovih obaveza⁷⁶.

Međutim, koliko se god može reći da je razmatranje stvarnih ekonomskih okolnosti derivat temeljnog ustavnog načela pravednosti oporezivanja, toliko je upravo ovo načelo i ograničavajući faktor za porezno tijelo. Naime, gospodarskom krizom pogođeni su gotovo svi poduzetnici u Republici Hrvatskoj. Međutim, samo jedan dio poduzetnika nije uredno plaćao svoje porezne obveze. S aspekta pravednosti stoga je problematično stavljati one porezne obveznike koji nisu uredno izvršavali svoju ustavnu i zakonsku dužnost "sudjelovanja u javnim troškovima"⁷⁷ u povoljniji položaj od onih poreznih obveznika koji su svoje obveze ispunjavali. Sama neravnopravnost gospodarskih subjekata donekle se može opravdati u činjenici da su oni subjekti koji se stvarno upuste u predstečajnu nagodbu redovito toliko ekonomski stagnerali da će njihov utjecaj na tržištu svakako značajno opasti, što će poticajno djelovati na njihove konkurente - uredne porezne obveznike. Međutim, činjenica da uredno plaćanje poreza i izbjegavanje predstečajne nagodbe redovito ima povoljnije gospodarske posljedice za poreznog obveznika ne znači nužno da otpis poreznog duga ne predstavlja "nepravdu" u smislu čl. 51. st. 2. Ustava RH prema urednim poreznim obveznicima.

Iako ovakve mjere u pojedinačnim slučajevima nisu u stanju proizvesti u potpunosti ravnopravne učinke među poreznim obveznicima, one sve dok su usmjerene na rješavanje općih problema – u ovome slučaju onih uzrokovanih gospodarskom krizom – predstavljaju opravdana sredstva nacionalne gospodarske

72 U ovome je kontekstu bitno razlikovati tržišnu vrijednost tražbine od njenog nominalnog iznosa. Naime, nominalni iznos definira ukupni iznos obveze, dok je tržišna vrijednost ovisna o osiguranosti tražbine, sadašnjoj i/ili budućoj naplativosti, kamatama itd.

73 U ovome slučaju valja istaknuti da porezna uprava ima pravo uzeti u obzir sve okolnosti slučaja, a naročito "dostojnost" oprosta dijela poreznog duga, koja bi posebno proizlazila iz razloga nastanka poreznog duga (primjerice teškoće uzrokovane gospodarskom krizom nasuprot sustavnom nepodmirivanju poreznih obveza). Detaljnije o ovome vidjeti fn. 79.

74 Riječ je o uspostavi takvog sustava naplate koji će omogućiti namirenje vjerovnika u što većoj mjeri i u što kraćem razdoblju u mjeri koja istovremeno dodatno ne ugrožava poslovnu održivost dužnika. Isključivo ako dužnik opstane, on može uprihoditi sredstva za otplatu svojih (poreznih) dugova.

75 Čl. 5. st. 2. Ustav RH.

76 Čl. 6. OPZ-a.

77 Čl. 51. st. 1. Ustav RH.

politike Republike Hrvatske. Iz toga proizlazi da je zaštita gospodarstva od negativnih posljedica gospodarske krize temelj za prilagodbu načela pravednosti oporezivanja i jednakosti poreznih obveznika u ovome slučaju. Međutim, to ujedno znači da gospodarska kriza odnosno ekstrinzične smetnje u gospodarstvu kao središnji element cjelokupne konstrukcije upravljanja poreznim dugom u predstečajnoj nagodbi isključivo mogu opravdati povlastice onim poreznim obveznicima čije spašavanje doprinosi predmetnim ciljevima⁷⁸, a što redovito neće biti slučaj ako su se dužnici isključivo svojom krivnjom doveli u situaciju da se nad njima provodi predstečajna nagodba, primjerice namjernom kumulacijom dugova, neekonomičnim upravljanjem ili ilegalnim radnjama (pokušajem utaje poreza)⁷⁹. Kao rezultat svega navedenog, može se zaključiti da bi porezno tijelo trebalo imati pravo raspolagati poreznim dugom uvijek onda kada dužnik ispunjava minimum “dostojnosti”⁸⁰ te da je porezno tijelo u tim slučajevima dužno prihvatiti bar one modele restrukturiranja koji su s aspekta privatnog poduzetnika isplativiji od nastupa stečaja dužnika.

4.2. Zaštita interesa vjerovnika i dužnika u postupku predstečajne nagodbe

Postupak predstečajne nagodbe temelji se na ravnopravnoj zaštiti interesa vjerovnika i dužnika; Vjerovnici bi se putem predstečajne nagodbe trebali u većoj mjeri naplatiti, a dužnicima bi se trebalo omogućiti da nastave sa svojim poslovanjem. Država koja u predstečajnim nagodbama jedino može zauzeti položaj vjerovnika⁸¹ putem predstečajne nagodbe trebala bi bolje ostvariti svoje fiskalne interese kroz uspješnu naplatu većeg udjela u poreznome dugu nego što bi to bilo moguće u stečajnome postupku. Stoga se primarna svrha poreznog tijela u predstečajnoj nagodbi očituje u zaštiti svog vjerovničkog interesa. Međutim, već je prethodno izloženo da državna tijela moraju uzeti u obzir sve zakonske svrhe te ne mogu postupati isključivo kao privatni vjerovnici, već su dužni kao dio državnog aparata podržati zakonsku svrhu.

78 U njemačkoj sudskoj praksi se razvilo shvaćanje da oprost poreznog duga mora ispunjavati niz kriterija vezanih uz “dostojnost oprosta” s jedne strane i ekonomski učinak oprosta s druge. Detaljno o svim kriterijima Farr, Carsten: *Vollstreckungsschutz, Stundung und Erlass – sowie weitere Wege zur Wahrung steuerlicher Rechte*, str. 103. i slj., Erich Schmidt Verlag, Berlin.

79 Sličnu je praksu razvila i njemačka porezna uprava, koja u pogledu “dostojnosti oprosta” zahtijeva da su kumulativno ispunjeni kriteriji da porezni obveznik nije u značajnoj mjeri postupao protivno javnom interesu (BFH, Rješenje BFH/NV, 1987., str. 619.) i da se porezni obveznik nije namjerno doveo u položaj nemogućnosti plaćanja (BFH Presuda, Bstbl., 1961., str. 288.).

80 Pojam “dostojnost” u ovome kontekstu nije trenutno razvijen u doktrini poreznog prava Republike Hrvatske, međutim s obzirom na sličnosti hrvatskoga poreznog sustava s poreznim sustavom SR Njemačke nema zapreke poslužiti se njime u smislu gore razrađenih značajki za daljnja razmatranja postupanja poreznog tijela.

81 Ovo proizlazi iz odredbe čl. 25. st. 3. ZFPPN-a, a izravno je vezano i uz odredbe čl. 3. st. 2. Stečajnog zakona, NN 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12., kojima su Republika Hrvatska i određena druga javna - odnosno javno financirana tijela isključena kao potencijalni stečajni dužnici.

U odnosu na interes države u svojstvu vjerovnika postavlja se slično pitanje kao i u odnosu na naplatu poreza u uobičajenom postupku. Nužno je odrediti kada i na koji način porezno tijelo može prihvatiti predstečajnu nagodbu, a da time ispunjava svoje zakonske obveze – u konkretnome slučaju zaštitu interesa Republike Hrvatske kao vjerovnika u postupku. Tako je *Janeš*⁸² naveo da je s aspekta prava državnih potpora nužno usporediti odluke javnog tijela s onima privatnog poduzetnika kako bi se utvrdilo optimalno postupanje, što ujedno predstavlja i stalnu praksu Suda Europske unije⁸³. Ovako definirana granica dijeli iz tržišne perspektive ekonomski isplative od ekonomski neisplativih investicija. Prihvaćanjem plana predstečajne nagodbe prema tržišnoj vrijednosti tražbine redovito će biti ispunjena svrha predstečajne nagodbe da se vjerovniku (u ovome slučaju Poreznoj upravi) pruža povoljnije uvjete namirenja jer je logično i u skladu s načelima tržišnog gospodarstva da tržišna vrijednost predstavlja optimum onoga što porezno tijelo može naplatiti⁸⁴.

Iako ovakva pretpostavka vrijedi u teoriji, u praksi je moguće zamisliti situaciju da nadležna porezna tijela koriste svoj položaj državnog tijela koji ekonomski nije ovisno o prihodima iz predstečajne nagodbe kako bi agresivnim pristupom ili isposlovali povoljnije uvjete od ostalih vjerovnika ili jednostavno bez izravne posljedice za porezno tijelo spriječili uspješnu provedbu predstečajne nagodbe. Kako samim ZFPN-om nije izričito predviđena zabrana opstrukcije, moglo bi se zaključiti da je ovakvo postupanje u skladu sa zakonom. Međutim, za porezno tijelo vrijede drugi standardi (ograničenja odlučivanja kod slobodne ocjene) od onih kojima podliježu ostali vjerovnici. Bilo bi suprotno svrsi predstečajne nagodbe, koja se temelji na načelu suradnje, a ne sukoba među uključenim strankama, kada bi porezno tijelo koristilo svoj položaj radi nametanja neproporcionalne prednosti u postupku. Također bi se takvim postavljanjem poreznog tijela dužnika izravno dovelo u situaciju da mora prilagoditi opću ponudu drugim vjerovnicima na svoju štetu te tako i ugroziti samo restrukturiranje jer u suprotnome njegov prijedlog biva u izravnoj suprotnosti s načelom jednakog postupanja prema svim vjerovnicima⁸⁵. Iz svega navedenoga proizlazi dužnost poreznog tijela da predstečajnu nagodbu podrži uvijek onda kada njome uspije dobiti “tržišnu” vrijednost porezne tražbine, a ona je veća od vrijednosti koju bi dobilo u slučaju neuspjeha nagodbe.

82 Janeš, Zlatan: Državne potpore i predstečajna nagodba, RRIF, 12/12, str. 45.

83 SEU, presuda od 24.01.2013. – C-73/11 *Frucona Košice*.

84 U ovome kontekstu valja naglasiti da je usporedivost u određenim slučajevima relativizirana zbog posebnih prava države u postupku oporezivanja, kao što su kategorizacije poreza kao troškova nužnih za poslovanje (vidjeti čl. 17. st. 2. i Tumačenje Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, kl. 423-08/13-01/71 Zagreb od 18.11.2013.). Posebna zaštita poreznih prihoda je uobičajena (vidjeti primjerice: Bisle, Michael: Fiskusprivileg “light”: Der neue § 55 Abs. 4 InsO GWR 2011, 352, 354; Schuster, Silvia: Die neuere BFH-Rechtsprechung zur Steuer in der Insolvenz – Fiskusprivileg versus Gläubigergleichbehandlung DStR 2013, 1509) te se u tim slučajevima porezne tražbine moraju usporediti s bitno slično zaštićenim tražbinama.

85 Čl. 22. ZFPN-a predviđa da dužnik ne smije svojim radnjama dovoditi u povoljniji položaj pojedine vjerovnike. Stoga bi osobito s aspekta manjinskih vjerovnika bilo opravdano suprotstaviti se nagodbama odnosno postupcima dužnika koji ih stavljaju u manje povoljan položaj od poreznih tijela ako njihove tražbine spadaju u istu kategoriju.

4.3. Posljedice za postupanje poreznog tijela

Iz svega navedenog jasno je vidljivo da se svrhe poreznog prava i prava predstečajne nagodbe u postupku sanacije dužnika u bitnome preklapaju. U obje se kategorije može naći snažno izražena svrha naplate, bila ona karakterizirana kao fiskalni interes države ili interes predstečajnog vjerovnika. Također je vidljivo da obje kategorije uzimaju u obzir stvarne gospodarske prilike dužnika, i to porezno pravo u obliku oporezivanja prema gospodarskoj snazi, a pravo predstečajne nagodbe u obliku interesa dužnika za preustrojem pod podnošljivim gospodarskim teretom. Stoga se ističe posebno dužnost konstruktivnog djelovanja porezne uprave. Usporedi li se ta obveza i sa zakonskom definicijom zabrane opstrukcije u stečajnome pravu⁸⁶, prema kojoj su centralni elementi procjene opstrukcije stvarna ekonomska vrijednost tražbine u slučaju prihvaćanja i neprihvaćanja predstečajne nagodbe te odnos vrijednosti koje dobiju vjerovnici uspješnom nagodbom, mogu se uočiti bitne sličnosti s obvezama porezne uprave. Naime, kako je iz gore analiziranih zakona upravo proizašao kriterij stvarne vrijednosti kao ključan za ocjenu valjanosti slobodne ocjene te je usporedba s ostalim vjerovnicima bitan čimbenik takve analize, dolazi se do zaključka da je za porezno tijelo obveza postupanja upravo ekvivalentna svojevrsnoj zabrani opstrukcije. Posebno se, međutim, ističe element pravednosti oporezivanja i dostojnosti poreznog dužnika, koji donekle dodatno ograničava porezno tijelo načelnom zabranom takvih ustupaka poreznim obveznicima koji s obzirom na postupanje poreznih obveznika i prirodu duga nisu primjereni.

5. POSEBNO O OGRANIČENJIMA SKRAĆENOG POSTUPKA

Rezultati analize iz prethodnog poglavlja jasno pokazuju da porezno tijelo u postupku predstečajne nagodbe ima specifičan položaj koji odudara od uobičajenog položaja vjerovnika. Kriteriji pravednosti i zakonitosti postupanja poreznog tijela predstavljaju bitno ograničenje slobodne ocjene, ali i temeljnu vodilju za prosuđivanje slučaja. U nastavku se analizira jedna konkretna kategorija predstečajnih nagodbi – nagodbe u skraćenom postupku. Predmetna kategorija se odnosi na one predstečajne dužnike koji zapošljavaju ili manje od 30 zaposlenika ili imaju ukupni dug manji od 2 milijuna kuna. Ova je kategorija posebno relevantna jer su upravo za nju podzakonskim aktima propisana dodatna ograničenja slobodne ocjene, koja će se u nastavku analizirati s aspekta gore definiranih kriterija postupanja poreznog tijela. Naime, dok za redoviti postupak ne postoje ograničenja poreznome tijelu u vidu pristanka na bilo koje zakonite modalitete nagodbe koji se procijene kao prihvatljivi, za skraćeni postupak je podzakonskim aktima definirana granica mogućim ustupcima na koje je porezno tijelo ovlašteno pristati.

86 Kako zabrana opstrukcije nije definirana ZFPPN-om, u kontekstu ovoga rada se za korištenje samog pojma opstrukcije te zabrane opstrukcije koristi zakonska definicija st. 1. čl. 241. Stečajnog zakona.

5.1. Kriteriji obročne otplate u skraćenom postupku

Za dugove u skraćenom postupku isključivo je predviđena mogućnost obročne otplate uz mogućnost otpisa do tada akumuliranih kamata. U članku 2. Naputka⁸⁷ navedeni su rokovi na koje se omogućava obročna otplata. Oni su ovisni o visini poreznog duga te se razvrstavaju prema sljedećem tabličnom prikazu:

Tablica 1. Odnos iznosa poreznog duga i raspona rokova otplate

Iznos poreznog duga	Broj rata otplate
0,01-250.000,00 kuna	2-24 uz mogućnost otpisa kamata
250.000,01-500.000,00 kuna	2-36 uz mogućnost otpisa kamata
500.000,01-1.000.000,00 kuna	2-48 uz mogućnost otpisa kamata
1.000.000,01-2.000.000,00 kuna	2-60 uz mogućnost otpisa kamata

Iako naočigled logičan pristup da se za veće iznose poreznog duga nudi duže razdoblje otplate duga, ovakvo rješenje može u nekim slučajevima predstavljati krajnje neprimjereno rješenje. Naime, visina poreznog duga predstavlja jedan od faktora koji su bitni za procjenu primjerenog roka otplate. Promatranje ograničeno isključivo na jedan faktor, međutim, može dovesti do neželjenih rezultata.

Prije svega bi trebalo biti nesporno da poduzetnici s većim prometom i potencijalom za ostvarivanje dobiti načelno mogu i brže otplatiti svoja dugovanja nego mali poduzetnici u istoj situaciji. U takvome slučaju bi bilo nepravedno nametnuti malome poduzetniku koji ima znatno manji promet jednak ritam otplate tražbina kao velikome poduzetniku jer je jednak dug znatno veći teret malome poduzetniku, koji teže prikuplja sredstva za njegovu otplatu. Uпитno je bi li se predviđenom metodom uopće generirali pozitivni rezultati s aspekta fiskalnih prihoda jer je za očekivati da će preopterećeni dužnik bez obzira na pozitivan gospodarski potencijal, završiti u stečaju. U ovome kontekstu također valja napomenuti da je ritam otplate dugovanja izrazito striktan te da može dovesti do smanjenja imovine dužnika na način da ovaj bude prisiljen opterećivati imovinu stvarnim teretima ili likvidirati dio svoje aktive u svrhu izvršenja financijskih obaveza. Takvi učinci mogu dodatno povećati rizik reprogramiranja duga smanjenjem potencijalne stečajne mase, a time i naštetiti fiskalnim interesima države.

Pored usporedbe poduzetnika različite gospodarske snage valja i razmotriti postupanje porezne uprave u odnosu na ostale vjerovnike. Naime, ograničenjem roka otplate mogući su scenariji u kojima će porezno tijelo zahtijevati povlašteni položaj u odnosu na ostale vjerovnike koji su u bitno sličnoj situaciji. Tako primjerice vjerovnici mogu s obzirom na gospodarsku situaciju dužnika doći do zaključka da maksimalni

⁸⁷ Naputak o kriterijima za restrukturiranje poreznog duga u skraćenom postupku predstečajne nagodbe, NN 150/11.

rok otplate koji predviđa porezna uprava nije dostatan te da je primjeren duži otplatni rok. U tom bi slučaju porezna uprava striktnim stavom koji je u skladu s napatkom faktički koristila krutost sustava radi uvjetovanja kriterija koji ne moraju odgovarati stvarnoj gospodarskoj vrijednosti porezne tražbine i mogućnostima dužnika (*de facto* opstrukcija), što je u izravnoj suprotnosti sa zadaćama porezne uprave⁸⁸.

Pored položaja poreznih dužnika različite gospodarske snage valja upozoriti na još jedan problem. Naime, dok je kriterij za otvaranje skraćenog postupka ukupni dug, kriterij za obročnu otplatu je porezni dug. Zbroj poreznog duga i svih ostalih dugova zajedno može biti maksimalno dva milijuna kuna jer se u protivnome provodi redoviti, a ne skraćeni postupak. Što je, dakle porezni dug u ukupnome dugu veći, to su i predviđeni povoljniji gabariti za slobodnu ocjenu porezne uprave. Primjerice: Porezni dužnik A duguje 1,1 milijuna kuna poreza i 0,25 milijuna kuna ostalim vjerovnicima. Dužnik B je znatno urednije izvršavao svoje porezne obveze te duguje 0,45 milijuna kuna poreza i 0,8 milijuna kuna ostalim vjerovnicima. U prvome bi slučaju porezna uprava prema napatku mogla dopustiti maksimalni rok otplate od 60 mjeseci, dok bi u drugome trebala pristati na maksimalni rok otplate od 36 mjeseci. Kako u drugome slučaju porezna uprava može zbog svog dijela u ukupnome dugu spriječiti predstečajnu nagodbu, a sukladno napatku neće pristati na rok otplate duži od 36 mjeseci, dok u prvome slučaju može temeljem svoje većine nametnuti rok otplate od 60 mjeseci, porezna uprava može izravno nagrađivati neuredno izvršavanje poreznih obveza. Ovo znači da porezna uprava u skraćenom postupku može ponuditi bolje uvjete otplate poreznog duga onim poreznim obveznicima koji su izbjegavali platiti porezne obveze u korist otplate drugih dugova. Odnosno, drugim riječima, prema napatku se barem u gornjem segmentu poreznog duga nagrađuje neuredne platiše poreza, a diskriminira one porezne obveznike koji su nastojali platiti poreze, a zbog toga akumulirali veće dugove drugog tipa. Ovakav pristup ne samo što je neprimjeren jer potiče štetno ponašanje poreznih obveznika, već ujedno ima učinak sličan degresivnom porezu te je stoga u izravnoj suprotnosti s načelom oporezivanja prema gospodarskoj moći, a time ujedno protuustavan.

Međutim, sam okvir obročnog plaćanja bi mogao biti relativiziran kroz element vremenskog raspona koji je uvijek određen u određenim intervalima, čime se poreznoj upravi daje mogućnost da uzme u obzir ostale stvarne okolnosti. Tome bi načelno govorila u prilog i struktura odobravanja predstečajne nagodbe. Naime, savjetodavno vijeće ima zadatak dubinske analize zahtjeva s naglaskom na sam plan provedbe predstečajne nagodbe. Pritom zakon propisuje kao kriterije pri davanju prijedloga: održivost plana financijskog restrukturiranja dužnika, vrstu djelatnosti i broj zaposlenih, kontinuitet plaćanja poreznih obveza te eventualno poduzete pravne radnje dužnika na štetu vjerovnika⁸⁹. Međutim, sama zakonska odredba u ovome slučaju je nedovoljno dorečena. Naime, kako je održivost plana financijskog restrukturiranja jedan od ključnih faktora, logično je da će se načelno gledati pozitivno na duže rokove otplate jer manje trenutačno financijsko opterećenje omogućava poduzetniku da lakše servisira svoje obveze te time i povećava izglednost

88 Vidjeti: II. 2. 2.2. u vezi s II. 1.

89 Čl. 9. st. 2. Urtpn-a.

uspjeha restrukturiranja. Načelno su i mogući slučajevi u kojima će kraći rok otplate više odgovarati cilju održivog poslovnog plana. No kako će održivost poslovnog plana obično zahtijevati da poduzetnik vodi poduzeće konzervativno, izbjegavajući suvišne rizike, za očekivati je da će godišnji prihodi biti odgovarajuće niži, a time i mogućnost brze otplate dugovanja manja. Tako je za očekivati da će u konačnici prevladati rokovi koji su bliži maksimumu otplatnog roka, čime će se relativizirati svrha raspona otplatnog roka.

5.2. Odnos skraćenog postupka i redovitog postupka

Usporede li se ovlasti poreznog tijela u raspolaganju poreznim dugom u skraćenom i redovitom postupku, može se uočiti jednu dodatni nedostatak sustava. Iz teksta Napatka bi, naime proizlazilo da nije predviđena mogućnost otpisa dijela duga, a što je zakonski izričito dopušteno. Time se prostor diskrecijske ocjene u sferi duga do dva milijuna kuna znatno sužava na način da se u jednak položaj stavljaju poduzetnici različite gospodarske snage, isključivo prema iznosu visine duga. *De facto* bi se moglo dogoditi da dužnik koji duguje 1.500.000,00 kuna mora platiti cijeli iznos glavnice, dok dužnik koji duguje 2.100.000,00 kuna mora platiti primjerice iznos umanjen za 30 % odnosno 1.470.000,00 kuna⁹⁰. Štoviše, prema postojećem rješenju porezna uprava može dužniku koji ne zapošljava niti jednog radnika otpisati značajan dio poreznog duga samo jer je ovaj "uspješno" akumulirao veći ukupni dug od primjerice poslodavca koji zapošljava gotovo trideset radnika, a urednije je izvršavao svoje obveze.⁹¹ Dakle, međudjelovanjem nedovoljne regulacije u jednome dijelu (definiranja kriterija vrednovanja) i pretjeranog ograničenja slobodne ocjene u drugoj sferi (nemogućnost otpisa poreznog duga za male dužnike) stvoren je okvir koji bez političkog, ekonomskog, socijalnog ili drugog suvislog temelja stavlja određenu kategoriju u povlašten položaj. Iako zakonodavac i javna tijela načelno imaju široke ovlasti u pogledu sistematizacije i kategorizacije unutar poreznih propisa (njem. *Schematisierung*), takvo postupanje je najkasnije onda protuustavno kada se

90 Situacija bi, stoga bila slična slučaju degresivne porezne stope, koja je u 2006. godini uvedena u Švicarskoj a koju je zbog izravne suprotnosti s načelom oporezivanja prema gospodarskoj snazi ukinuo Ustavni sud Švicarske federacije. Vidjeti: Presuda Ustavnog suda Švicarske federacije od 1.6.2007., 2P.43/2006 /fco.

91 Ovakav bi ishod u načelu trebao ostati teoretska mogućnost jer bi porezno tijelo sukladno uredbi trebalo uzeti u obzir "održivost plana financijskog restrukturiranja dužnika, vrstu djelatnosti i broj zaposlenih, kontinuitet plaćanja poreznih obveza, te eventualno poduzete pravne radnje dužnika na štetu vjerovnika". Kako je porezni dužnik koji zapošljava manje od trideset radnika, a ima dug veći od dva milijuna kuna, očito u lošijem položaju od poreznog dužnika koji zapošljava jednak broj radnika, a ima dug manji od dva milijuna kuna, ovi bi postupci redovito trebali rezultirati strožim režimom od onoga predviđenog napatkom. Pritom se isključenje ove kategorije dužnika iz skupine za skraćeni postupak može opravdati time što su ovi dužnici u takvome položaju da je nužno detaljno analizirati bi li uopće bilo primjereno ponuditi dužniku one uvjete koji se nude u skraćenom postupku. Iako bi ovakav stav bio racionalan i logičan, iz postojećih dokumenata nije razvidno da je takvo postupanje planirano kao "uobičajeno" u tim postupcima. Stoga se kriteriji predviđeni Uredbom moraju smatrati suviše nedorečenim da bi se nadležna lokalna tijela ujednačeno držala ovog sustava.

određena kategorija poreznih obveznika stavlja bez ustavno prihvatljivog opravdanja u povoljniji položaj⁹². Kako u predmetnome slučaju upravo nedostaje takva osnova kategorizacije malih poduzetnika, zakonsko rješenje nije u skladu s temeljnim načelima jednakosti i pravednosti, a ujedno bi zbog neiskorištenosti gospodarskog potencijala dužnika moglo biti protivno fiskalnim interesima države kao vjerovnika u postupku.

Kriletić navodi, “slobodnu odluku upravno tijelo mora koristiti s punom pažnjom i odgovornošću; ... To je osobito osjetljivo u poreznim stvarima gdje treba ostvariti ravnotežu između privatnih interesa poreznih obveznika i javnog interesa te interesa javnopravnih tijela kojima pripadaju određeni porezi.”⁹³ Iako su *Kriletićini* navodi primarno usmjereni na ekscesivnu primjenu diskrecijske ocjene, oni pogađaju u srž samoga problema predmetnoga slučaja u kojemu se poreznim tijelima putem podzakonskih akata oduzima pravo diskrecijske ocjene u manjim predmetima, a time onemogućava da se kod odlučivanja o sudbinama određenih kategorija dužnika uzima u obzir ravnoteža između privatnih interesa poreznih obveznika i javnog interesa te interesa javnopravnih tijela. Ovakvo rješenje stavlja velike poduzetnike koji nisu uredno izvršavali poreznu obvezu u bolji položaj od malih i srednjih poduzetnika, ali i velikih poduzetnika koji su urednije ispunjavali svoje porezne obveze. Time je promašena sama bit ograničenja slobodne ocjene, koje bi, upravo suprotno, trebalo biti usmjereno da stvori veću (apstraktnu)⁹⁴ razinu jednakosti⁹⁵.

6. ZAKLJUČAK

Postupak predstečajne nagodbe predstavlja novi mehanizam restrukturiranja posrnutih trgovačkih društava u hrvatskome pravu koji redovito zahtijeva i suglasnost Porezne uprave kao vjerovnika u postupku. Predstečajna nagodba ima dva temeljna cilja: optimalnu naplatu vjerovnika uz istovremeno restrukturiranje i nastavak poslovanja dužnika. Položaj Porezne uprave u predmetnome slučaju je specifičan jer se ona u postupku mora ponašati istovremeno kao vjerovnik i kao državno tijelo koje podliježe posebnom skupu pravnih normi. Iz takvoga dualističkog položaja proizlazi niz pitanja u pogledu postupanja u konkretnim predmetima predstečajne nagodbe. Porezna uprava dužna je postupiti u skladu sa zakonom, poštujući ravnopravnost poreznih dužnika. Međutim, dok ravnopravnost poreznih dužnika predstavlja jasno

92 Detaljno o ovome ograničenju s referencama na sudsku praksu i literaturu u Švicarskoj, Heil-Froidevaux, Adrienne: *Steuerrechtliche Praktikabilität unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten*, Stämpfli Verlag, Bern, 2009., str. 163. i slj.

93 Kriletić, Marija: *Slobodna ocjena u poreznim stvarima*, Zbornik Pravnog Fakulteta u Rijeci, v. 33, br. 1, 251-272, (2012.), str. 272.

94 Naglasak je ovdje na apstraktnoj razini jednakosti putem ujednačenosti. Kategorizacija uvijek nosi određenu razinu nejednakosti među različitim kategorijama, u ukupnoj bi strukturi međutim trebala pridonijeti uvažavanju ključnih razlika između skupina (“različito postupanje prema različitim”), a što ovdje nije slučaj jer kriteriji nisu određeni u skladu sa svrhom propisa i temeljnim načelima dvaju predmetnih zakona.

95 Löwer, Wolfgang: *Verfassungsrechtsfragen der Steuerauftragsverwaltung*, str. 129. Stofffuß Verlag, Bonn, 2000.

definiranu obvezu, pitanje zakonitosti postupanja ovisno je o mjerodavnom pravu. U svojstvu državnog tijela, Porezna uprava trebala bi odluke prilagoditi postizanju svrhe ZFPPN-a. No s druge strane, Porezna uprava mora primarno ispunjavati svoju institucionalnu svrhu u obliku osiguranja dotoka fiskalnih prihoda. Analiza svrhe predstečajne nagodbe rezultirala je, međutim, izrazito koherentnim rješenjem. Naime, svrhe dvaju zakona izrazito su kompatibilne i upravo presjek tih dvaju propisa predstavlja onaj segment u kojemu je ograničena slobodna ocjena poreznog tijela. Porezno tijelo dužno je barem onda podržati predstečajnu nagodbu kada se, kalkuirajući rizik, mogu očekivati fiskalni prihodi koji nadmašuju prihode koji bi proizašli iz neprihvatanja nagodbe jer time djeluje u skladu s fiskalnim interesima države i u skladu s pravima poreznih dužnika podjednako kao sa zakonom definiranom svrhom predstečajne nagodbe. Porezno tijelo temeljem poreznih načela i ustavnopravnih jamstava također je dužno suzdržavati se od opstrukcije postupka i u različitim slučajevima postupati nediskriminirajuće, a što je ujedno u skladu s načelom suradnje u postupku predstečajne nagodbe. Ograničenje ovakvog postupanja može jedino biti utemeljeno na ustavnom načelu "pravednog oporezivanja" i zaštite temeljnih vrijednosti pravne države, a čime će se u konkretnome slučaju isključiti od moguće nagodbe oni dužnici čiji postupci ih čine nedostojnim oprosta poreznog duga.

Kako su u protekloj godini doneseni propisi koji značajno utječu na ovlasti porezne uprave u postupku predstečajne nagodbe, posebno je važno bilo utvrditi je li novi okvir djelovanja poreznog tijela u skladu sa Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi te temeljnim vrijednostima poreznog postupka i pravne države. U tom vidu promatra se naputak za takozvani skraćeni postupak koji obuhvaća odluke o poreznome dugu do dva milijuna kuna kada je u dužniku zaposleno manje od 30 radnika. Iako je ideja o stvaranju jedinstvenog okvira za predstečajne nagodbe "malih dužnika" načelno prihvatljiva jer znatno doprinosi ujednačavanju onih postupaka koji se primarno odvijaju na lokalnoj razini, uočen je niz krajnje zabrinjavajućih propusta. Prije svega ovakvo rješenje zanemaruje potrebu ujednačenosti prakse za sve dužnike u duhu jednakosti poreznih obveznika pred zakonom. Nadalje, trenutno rješenje ne samo da tretira pojedine kategorije dužnika drugačije, već otvara niz mogućnosti povlaštenog tretmana dužnika s većim poreznim dugom. Tako se nedovoljna pažnja poklanja razlici između gospodarske snage dužnika i strukturi duga, što ima za izravnu posljedicu da porezni dužnici koji su urednije plaćali svoje porezne obveze, u konačnici bivaju stavljani u lošiji položaj od poreznih dužnika koji su akumulirali veće porezne dugove. Zbog nedorečenosti kriterija vrednovanja i kombinacijom pojmova ukupnog duga i poreznog duga stvoren je okvir koji može djelovati poticajno za porezne dužnike koji su primarno akumulirali porezni dug u korist otplate drugih obveza. Posebno je problematično što napatkom Ministarstva financija u skraćenom postupku nije predviđena mogućnost oprosta dijela poreznog duga, a što je eksplicitno predviđeno zakonom te je pod pretpostavkom da samo djelomična naplata predstavlja maksimum stvarne mogućnosti realizacije poreznog duga i dužnost odgovornog poreznog tijela.

S obzirom na sve navedeno nije moguće okarakterizirati trenutno rješenje kao zaokruženu funkcionalnu cjelinu. Iako je pravni okvir donošenja odluka poreznog

tijela u postupku predstečajne nagodbe smisleno i svrsishodno sredstvo zaštite pravne sigurnosti i ujednačenosti odluka poreznih tijela u državi, predmetni problemi predstavljaju nezanemarivu stvarnu prijetnju pravima poreznih dužnika koji imaju manju gospodarsku snagu ili su urednije izvršavali porezne obveze. Negativni učinci koji mogu proizići za dužnike koji podliježu pravilima skraćenog postupka ne mogu biti zanemareni s aspekta pravednosti oporezivanja. Stoga se može zaključiti da je međudjelovanje poreznih propisa i pojedinih odredbi koje uređuju predstečajnu nagodbu dovelo do rješenja koja su u nezanemarivom dijelu u neskladu s temeljnim vrijednostima hrvatskoga poreznog sustava, ali i svrhom predstečajne nagodbe te je neophodno izmijeniti predmetne podzakonske akte u sferi predstečajne nagodbe tako da one u većoj mjeri uzimaju u obzir stvarni fiskalni interes države, suradnju poreznog tijela s poreznim dužnikom i svrhu suradnje stranaka u postupku predstečajne nagodbe.

Summary

THE TREATMENT OF TAXPAYERS BY CROATIAN TAX AUTHORITIES IN THE PRE-INSOLVENCY PROCEDURE

The Croatian pre-insolvency procedure has a key role in the restructuring of corporations. Based on the fact that a relevant part of the pre-insolvency debt of most corporations is composed of tax debt, the tax authority is a common participant of pre-insolvency procedures. As such, it has various instruments to transform or restructure the tax-debt through the procedure. In order to prevent abuse of those instruments and to unify the actions of the respective tax bodies, there have been introduced various regulations which limit the discretionary power of the tax authorities. It is questionable if those limitations are on the one hand reasonable and on the other hand even legal under the constitutional principle of the rule of law. Regulations that are not statutes have to comply with statutory law and the Croatian constitution. The regulations regarding actions of tax authorities in pre-insolvency procedures, however, could due to their strictness and classification, especially in the shortened procedure (for small tax claims), have consequences which could be categorized as *contra legem*. In order to analyze the compliance of the regulations with the higher legal acts, the article examines the relation between Croatian tax law and pre-insolvency law, as well as the influence of the Croatian *rule of law* principle.

Key words: *Tax procedure, insolvency, discretionary power, tax relief.*

Zusammenfassung

DAS VERHÄLTNIS DES KROATISCHEN FINANZAMTES GEGENÜBER STEUERSCHULDNERN IM VORINSOLVENZVERFAHREN

Das kroatische Vorinsolvenzverfahren nimmt eine Schlüsselrolle im Bereich der Unternehmensanierung ein. Aufgrund der Tatsache, dass sich ein wesentlicher Anteil an den Gesamtschulden der Unternehmen im Vorinsolvenzverfahren auf Steuerschulden bezieht, ist das Finanzamt regelmäßig als Gläubiger an den Vorinsolvenzverfahren beteiligt. Dabei stehen dem Finanzamt verschiedene Instrumente der Umgestaltung der Steuerschuld zur Auswahl. Um einen Missbrauch durch die zuständigen Steuerbehörden zu verhindern und ein gleichmäßiges Vorgehen zu gewährleisten, wurde eine Reihe von Vorschriften erlassen, welche das Vorgehen der Steuerbehörden genauer definieren sollen. Diese Vorschriften beschränken wesentlich das freie Ermessen der Steuerbehörden insbesondere im verkürzten Verfahren (für kleine Steuerschulden). Hierbei ist fraglich, ob und in welchem Maße diese Einschränkungen einerseits zweckmäßig und andererseits überhaupt rechtmäßig

sind. Da solche Rechtsvorschriften, die keinen Gesetzesrang haben, grundsätzlich im Einklang mit dem Gesetz und der Verfassung der Republik Kroatien sein müssen, ist es im vorliegenden Fall fraglich, ob die Rechtsvorschriften zur Regulierung des Vorgehens der Steuerbehörden im Vorinsolvenzverfahren *contra legem* wirken. Um diese Frage beantworten zu können, wird sowohl auf das Verhältnis von Steuerrecht und Vorinsolvenzrecht eingegangen als auch auf die wesentlichen Charakteristika des kroatischen Gesetzlichkeitsgrundsatzes.

Schlüsselwörter: *Steuerverfahren, Insolvenz, freies Ermessen, Steuerschulderlass.*

Riassunto

IL RAPPORTO DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE CON I CONTRIBUENTI NEL PROCEDIMENTO DI CONCORDATO PREVENTIVO

Il procedimento di concordato preventivo detiene un ruolo chiave nella ristrutturazione delle imprese croate indebolitesi. La significativa parte che ricopre il debito fiscale nel complesso dei debiti dei debitori nel concordato preventivo nella Repubblica di Croazia pretenderebbe una continua partecipazione dell' Agenzia delle entrate nei concordati preventivi. Al fine di prevenire l' abuso di questo istituto giuridico e per la garanzia dell' eguaglianza tra i debitori fiscali sono state emanate numerose norme giuridiche, le quali regolano in maniera dettagliata le attività degli organi fiscali nei casi di concordato preventivo. Le norme in oggetto limitano in maniera significativa la libertà di valutazione dell' organo fiscale nell' ambito del procedimento abbreviato. Posto che nella Repubblica di Croazia le fonti normative inferiori necessariamente debbono essere rispettose di quelle superiori, ed in particolare della Costituzione e delle leggi di riferimento, si pone la questione se le leggi in oggetto, che ebbero come fine l' uniformazione del procedimento, siano davvero efficaci nella loro attuale forma o se esse rappresentino il fallimento di tale tentativo. Il contributo in oggetto analizzerà, pertanto, l' influenza degli enti pubblici sulle decisioni circa la possibilità di disporre del debito fiscale ed indagherà sulla legittimità costituzionale di determinate limitazioni della libera valutazione degli organi fiscali nel procedimento, come dal punto di vista del diritto al concordato preventivo, tanto dal punto di vista dell' interesse fiscale dello stato.

Parole chiave: *Procedimento tributario, concordato preventivo, libera valutazione, cancellazione del debito fiscale.*

SUVLASNIŠTVO NA BRODU I OVRHA NA UDJELIMA BRODA

mr. sc. Dean Vuleta
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.791.6
Ur.: 5. rujna 2014.
Pr.: 1. veljače 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Za razliku od samovlasništva koje predstavlja vlasništvo jedne fizičke ili pravne osobe na određenoj stvari (brodu), pravo suvlasništva predstavlja glavni oblik vlasništva u pravnim odnosima s više nositelja (subjekata prava). Općenito, na stvari može postojati i zajedničko vlasništvo, sličan pravni institut suvlasništvu, ali samo kada je to nekim zakonom izrijekom određeno. Sukladno odredbama Pomorskog zakonika postupak ovrhe radi namirenja novčane tražbine na prijedlog ovrhovoditelja, osim na brodu, može se odrediti i provesti na udjelu ili udjelima broda u vlasništvu suvlasnika - ovršenika. U tom slučaju mora postojati nedvosmislenost u shvaćanju pojma zajedničkog vlasništva i suvlasništva. U pravnom prometu udjel broda je samostalna stvar, kao i nepodijeljeni brod, pa vlasnik može s njime slobodno raspolagati, ako se takvom raspoložbom ne dira u prava ostalih suvlasnika broda. Iz tih se razloga odredbe koje reguliraju prisilnu prodaju nepodijeljenog broda primjenjuju i na prisilnu prodaju udjela broda, ali uz određena odstupanja. Stoga suvlasništvo na brodu, kao vrsta prava vlasništva, sadrži neke specifičnosti koje bi u slučaju prisilne prodaje udjela broda u vlasništvu ovršenika mogle imati neposredan utjecaj na pravni status ostalih suvlasnika broda koji nisu stranke u postupku. Isto tako, tijekom postupka prisilne prodaje udjela broda, kao i cijelog broda, dolazi do izražaja težak položaj vjerovnika ponajprije zbog nepotpunih odredbi Pomorskog zakonika. Odredbe nekih pravnih sustava koje se odnose na prisilnu prodaju broda ili udjela broda sadrže određene specifičnosti koje vrijedi analizirati kao putokaz zakonodavcu u budućim nadopunama Pomorskog zakonika.

Ključne riječi: ovrha, udjeli broda, zajedničko vlasništvo, suvlasništvo na brodu, poredbena analiza.

1. UVOD

Specifičnost ovršnog postupka na brodu uvjetovana je imovinskopravnim karakteristikama broda kao predmeta prisilne naplate vjerovnikove tražbine. Brod je

po svojim imovinskopравnim osobinama pokretna, nepotrošena i sastavljena stvar.¹ Fizički i pravno je pokretna stvar zbog svoje izuzetne mobilnosti i mogućnosti kratkotrajnog zadržavanja na određenoj lokaciji (luci). Opće je pravilo da su pokretne one pojedinačno određene stvari koje se mogu premještati s jednog mjesta na drugo, a da im se ne povrijedi bit (supstanca). Bitno obilježje pokretina je njihova mobilnost, pa je prema tome brod kao plovilo koje je namijenjeno plovidbi nedvojbeno pokretna stvar. Brod je i nepotrošena stvar jer mu je svrha trajno iskorištavanje. Kao sastavljena stvar predstavlja jedinstvo samostalnih i nesamostalnih dijelova te pripadaka koji kao stvari trajno služe upotrebi broda (primjerice konopi, sidra, čamci, nautički instrumenti).² Brodovi se u stvarnopravnim raspolaganjima tretiraju poput nekretnina na kopnu, prvenstveno zbog svoje velike vrijednosti te podvrgavaju knjižnom režimu evidentiranjem u upisnik brodova.³ Predmet ovrhe sukladno članku 842. PZ-a, osim broda koji se nalazi u unutarnjim morskim vodama i teritorijalnom moru Republike Hrvatske, može biti i udjel (udjeli) broda u vlasništvu ovršenika koji se nalazi u suvlasničkom pravnom odnosu s drugim vlasnikom (vlasnicima) udjela broda.⁴ Ovrhu na brodu (udjelima broda) prema članku 841. stavak 6. PZ-a određuju i provode trgovački sudovi nadležni za pomorske sporove.

S obzirom na to da PZ utvrđuje da se ovrha može odrediti i provesti na udjelima broda u suvlasništvu, potrebno je jasno odrediti razliku između terminološki i pravno sličnih instituta -zajedničkog vlasništva i suvlasništva. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (dalje: ZV), Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, utvrđuje institut zajedničkog vlasništva člancima 57.-66. Prema članku 57. stavku 1. stvar je u zajedničkom vlasništvu kad na nepodijeljenoj stvari postoji vlasništvo dviju ili više osoba (zajedničara). Sve takve osobe imaju na stvari udjele, ali veličina njihovih udjela nije određena. Udjeli zajedničara mogu se utvrditi, pa u tom slučaju zajedničko vlasništvo prestaje i pretvara se u suvlasništvo. Stavak 2. toga članka naglašava da stvar može biti u zajedničkom vlasništvu samo ako je to izriekom određeno nekim zakonom. Zajedničko vlasništvo je u pravnom prometu izvanredni oblik vlasništva, utvrđen zakonom, pa time suvlasništvo ima karakter glavnog oblika vlasništva s više nositelja (subjekata prava). Prema članku 58. stavku 2. ZV-a udjel koji posjeduje zajedničar u zajedničkom vlasništvu prelazi na njegove nasljednike. Članak 63. stavak 2. ZV-a daje ovlast svakome zajedničaru da može tražiti podjelu zajedničkog

- 1 Pomorski zakonik, Narodne novine, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13 (u daljnjem tekstu PZ) u članku 5. stavak 4. definira brod, osim ratnog broda, kao plovni objekt namijenjen za plovidbu morem, čija je duljina veća od 12 metara, a bruto tonaža veća od 15 ili je ovlašten prevoziti više od 12 putnika. Brod može biti putnički, teretni, tehnički plovni objekt, ribarski, javni ili znanstvenoistraživački.
- 2 O imovinskopравnim osobinama broda detaljnije: Marin, Jasenko, Stvarnopravno uređenje za plovila unutarnje plovidbe, Pravni fakultet u Zagrebu, PPP, br. 163, 2009., str. 34.-36.
- 3 Postupak za upisivanje u upisnik brodova reguliran je u PZ-u člancima 253.-313. Jedan od važnijih razloga za uspostavu takvog pravnog režima je činjenica da je pravo vlasništva tijesno povezano s pravom državne pripadnosti broda, a o državnoj pripadnosti broda često ovisi koji će pravni poredak biti mjerodavan u slučaju spora.
- 4 U današnjem pomorskom prometu veće brodarske kompanije kao nositelji pomorskoga gospodarstva u pravilu su vlasništvo više pravnih ili fizičkih osoba.

vlasništva tako da se odredi koliki mu suvlasnički dio pripada. Određivanjem njegovog suvlasničkog dijela on postaje suvlasnik s ostalima koji su u preostalom dijelu zajednički vlasnici dok se i oni ne podijele. Kad se i oni podijele njihovo zajedničko vlasništvo postaje suvlasništvo. Sukladno članku 64. ZV-a svaka osoba koja ima valjani pravni interes ovlaštena je zahtijevati da se zajedničko vlasništvo podijeli tako da se odredi koliki suvlasnički dio pripada određenom zajedničaru na ime njegovog udjela u zajedničkom vlasništvu. Takve osobe s pravnim interesom su nasljednici zajedničara i njegovi vjerovnici koji žele provesti ovrhu radi namirenja svojih tražbina na udjelu zajedničara u zajedničkom vlasništvu.

Pravni sustav Republike Hrvatske, sukladno Zakonu o nasljeđivanju, Narodne novine, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13 koji u članku 141. navodi nasljedničku zajednicu, smatra ostavinu (u kojoj mogu biti i brodovi) zajedničkom imovinom nasljednika od trenutka smrti ostavitelja pa sve dok ta imovina pravomoćnim rješenjem ne bude predana nasljednicima, neovisno hoće li se svakome od njih predati određene stvari u samovlasništvo ili će im biti predane u suvlasništvo. Prema članku 638. stavku 3. Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO), Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, kod ortaštva, jedinog značajnijeg područja u kojem se susrećemo sa zajedničkim vlasništvom, imovina ortaštva je zajedničko vlasništvo ortaka. U pomorskom prometu ortaštvo se često prakticira kod zajedničke gradnje brodova.

U pravnom prometu institut suvlasništva je prikladniji s obzirom na to da je suvlasnički dio uvijek točno određen, te je razvrgnuće jednostavnije. Kod zajedničkog vlasništva je određivanje udjela složeno s obzirom na poteškoće utvrđivanja radnog doprinosa i zarade svakoga zajedničara. To je važni razlog što je zajedničko vlasništvo u pravnom prometu izvanredni oblik vlasništva nad zajedničkom imovinom utvrđen zakonom.⁵ Za razliku od zajedničkog vlasništva, kod suvlasništva, kao glavnog oblika vlasništva s više pravnih subjekata, udjeli su određeni razlomkom - jedna polovica stvari (broda), jedna trećina, jedna četvrtina, jedna dvadeset petina itd. Kod zajedničkog vlasništva zajedničar ne može raspolagati svojim dijelom (prodavati ga, davati u zalog i sl.) bez suglasnosti ostalih zajedničara. Kod suvlasništva za suvlasnika nema takvih ograničenja, pa on može slobodno raspolagati svojim udjelom, prodati ga ili darovati, ako time ne dira prava ostalih suvlasnika.

2. KARAKTERISTIKE PRAVA SUVLASNIŠTVA NA BRODU

Pitanje suvlasništva kao oblika prava vlasništva na brodu PZ, u članku 209. stavku 2. i 3. jedino utvrđuje da brod može biti u suvlasništvu, te da se suvlasništvo dijeli na jednake dijelove, ako između suvlasnika nije drugačije ugovoreno. S obzirom na status broda, kao specifične nekretnine u stvarnopravnim raspolaganjima, za rješavanje ostalih pitanja u pogledu suvlasništva potrebno je primijeniti odredbe članka 36.-56. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima kojima se utvrđuje

5 Podrobnije o problematici koja prati zajedničko vlasništvo i suvlasništvo i njihovim karakteristikama kao vrstama vlasništva, Maganić, Aleksandra, Razvrgnuće suvlasničke zajednice, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008., sv. 29., no. 1., str. 413.-457.

institut suvlasništva. Taj zakon u članku 36. stavku 1. navodi da ako više osoba ima neku stvar (brod) u svome vlasništvu tako da svakoj pripada po dio toga prava vlasništva, računski određen razmjerom prema cijelom pravu vlasništva stvari (broda), sve su one suvlasnici te stvari (broda), a dijelovi prava vlasništva koji im pripadaju njihovi su suvlasnički dijelovi. Stavkom 2. utvrđeno je da kod postojanja sumnje koliki su suvlasnički dijelovi smatra se da su jednaki. Ti dijelovi mogu, ali i ne moraju biti isti. Neki brod je u suvlasništvu i ako je suvlasnički dio jednog suvlasnika devedeset devet posto, a drugog suvlasnika samo jedan posto. Sukladno članku 37. ZV-a svaki suvlasnik na dijelu koji mu pripada ima sva vlasnička prava kakva pripadaju vlasniku, ako izvršenjem tih prava ne dira u prava ostalih suvlasnika. U pravnom prometu se uzima da je suvlasnički dio broda samostalna stvar. Svaki suvlasnik ima pravo sudjelovati u odlučivanju o svemu što se tiče broda koji je u suvlasništvu (upravljanje brodom) zajedno s ostalim suvlasnicima. Kad je neki suvlasnik poduzeo posao glede suvlasničkog udjela bez potrebne suglasnosti ostalih suvlasnika, primjenjuju se odredbe o poslovodstvu bez naloga.⁶ Prema članku 44. i 45. ZV-a suvlasnici mogu ugovoriti da će međusobno podijeliti izvršavanje suvlasničkih ovlasti, a brod mogu suglasno povjeriti na upravljanje određenoj poslovno sposobnoj fizičkoj ili pravnoj osobi kao upravitelju koja će djelovati kao njihov opunomoćenik. Isto tako, za upravitelja mogu izabrati jednoga ili nekolicinu između sebe. Kad ima više upravitelja oni odlučuju većinom glasova, ako suvlasnici nisu odlučili drukčije. U odnosima između upravitelja i suvlasnika vrijede odredbe o pravnom odnosu između nalogodavca i nalogoprimca.⁷ Prema članku 46. ZV-a u pogledu zaštite broda u suvlasništvu prema trećima, svaki suvlasnik glede cijelog broda ima pravo postavljati protiv svakoga trećega one zahtjeve koje može stavljati svaki vlasnik broda, s time da predaju cijelog broda u posjed može tražiti samo prema pravilima obveznog prava o nedjeljivim obvezama.⁸ Članci 37.-42. ZV-a uređuju način odlučivanja i upravljanja u svemu što se tiče stvari (broda) u suvlasništvu, odnosno poslove redovite uprave i izvanredne poslove koji premašuju okvir redovitog upravljanja. O poslovima koji se tiču samo redovitoga upravljanja odlučuju suvlasnici većinom glasova, s tim da se većina glasova računa po suvlasničkim dijelovima, a ne po broju suvlasnika. Ako se ne može postići većina, a poduzimanje nekog posla redovite uprave je nužno za održavanje broda, na zahtjev bilo kojeg od suvlasnika odluku će donijeti sud. Svaki suvlasnik protiv čije je volje većina odlučila da se neki posao poduzme ili je to učinio sud u izvanparničnom postupku, ima pravo zahtijevati osiguranje za buduću štetu. U pomorskom gospodarstvu posebno su zanimljivi poslovi koji se svakodnevno sklapaju, pa su oni obzirom na brod od velikog značenja. Takvi poslovi premašuju okvire redovitoga upravljanja brodom u suvlasništvu i smatraju se izvanrednim poslovima. Za poduzimanje poslova koji premašuju okvir redovitoga upravljanja potrebna je suglasnost svih suvlasnika. Izvanredni poslovi su promjena namjene broda, veći popravci, dogradnja, nadogradnja, preuređenje, otuđenje broda, davanje broda u zakup ili najam na dulje od jedne godine, osnivanje hipoteke na brodu, odnosno

6 O poslovodstvu bez naloga vidi odredbe članka 1121.-1127. ZOO.

7 O pravnom odnosu nalogodavca i nalogoprimca vidi odredbe članka 763.-785. ZOO.

8 O nedjeljivim obvezama vidi članak 64. ZOO.

davanje broda u zalag te osnivanje stvarnih i osobnih služnosti. U slučaju postojanja sumnje radi li se o poslovima redovitog ili izvanrednog upravljanja, smatrat će se da poslovi spadaju u izvanredno upravljanje. Ako se suglasnost među suvlasnicima oko poduzimanja izvanrednih poslova ne može postići, onaj suvlasnik koji je predložio posao, predvidivo koristan za sve, može zahtijevati razvrgnuće suvlasništva.⁹ Uvjete i način razvrgnuća suvlasništva reguliraju članci 47.-56. ZV-a. Države kontinentalnog pravnog kruga, uključujući i Hrvatsku, u svojim zakonodavstvima na sličan način utvrđuju institut suvlasništva.¹⁰

2.1. Specifičnost suvlasništva na brodu po odredbama nizozemskoga prava

Nizozemski Građanski zakon posebnim reguliranjem suvlasništva na brodu i nekim specifičnim odredbama odstupaju od uobičajenih rješenja kontinentalnog prava.¹¹ Knjiga 8 (Transport i sredstva prijevoza), glava II. (Pomorsko pravo), naslov 3 (Pomorski brodovi i stvari na brodu), odjeljak 8.3.1. (Brodovlasničko društvo u vezi s pomorskim brodom), članci 160.-186. sadrže odredbe koje uređuju institut suvlasništva na brodu. Većim dijelom te su odredbe analogne uobičajenim rješenjima, ali neke jedinstvene vrijedi analizirati. Članak 160. stavak 1. određuje da vlasnici udjela broda (suvlasnici) tvore brodovlasničko društvo, ali se u stavku 2. naglašava da brodovlasničko društvo nije pravna osoba. Članak 170. regulira prava i zakonske mogućnosti jednog od suvlasnika, pod određenim okolnostima, kojeg su drugi suvlasnici imenovali upraviteljem broda. Ako je upravitelj (suvlasnik) kao član brodovlasničkog društva morao iz opravdanih razloga odstupiti s položaja upravitelja broda, na zahtjev ostalih članova brodovlasničkog društva (drugi suvlasnici), upravitelj u ostavci ima pravo zahtijevati od drugih članova društva otkup njegovog udjela u brodu u skladu s cijenom koju je utvrdio stručnjak. Međutim, ako je sam odstupio sa svoga položaja bez valjanoga razloga ostaje uskraćen za to pravo. Dužan je u roku od mjesec dana od dana kada je završio njegov mandat obavijestiti ostale suvlasnike i zatražiti od njih da otkupe njegov udjel. Ako ostali suvlasnici u tom roku (nakon što su obaviješteni) ne odgovore, ili ako cijena za njegov udjel nije plaćena u roku od dva tjedna nakon što je njegov udjel preuzet, na zahtjev upravitelja sud može odrediti da će brod biti prodan u roku od dva mjeseca. Sud će odrediti način na koji

9 O suvlasništvu na brodu dodatno vidi, Marin, Jasenko, *Pravo vlasništva na brodu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, sv. 47(4), god. 1997., str. 9.

10 Zakonodavstva temeljena na rimskom pravu i odredbe koje općenito reguliraju institut suvlasništva, bez posebnog određenja prava suvlasništva na brodu, nalaze se pretežno u građanskim zakonima država kontinentalnoga pravnog kruga. U hrvatskom zakonodavstvu te se odredbe nalaze u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima te u ZOO-u.

11 Nizozemski Građanski zakon (The Burgerlijk Wetboek-Dutch Civil Code) iz 1838. godine reformiran je 1992. Posljednja novela koja je na snazi objavljena je u Službenom listu (Central Wettenregister) br. 15. od 23. prosinca 2014. Sastoji se od 10 knjiga propisa: 1. obiteljsko pravo, 2. pravo društava, 3. nekretnine, 4. nasljedno pravo, 5. stvarna prava, 6. ugovorno pravo, 7. posebni ugovori, 8. prijevoz i sredstva prijevoza, 9. intelektualno vlasništvo, 10. međunarodno privatno pravo. Podaci dostupni na: http://www.en.wikipedia.org/wiki/Burgerlijk_Wetboek. Mrežna stranica pregledana 17. siječnja 2015.

će se ta prodaja održati.¹²

3. OVRŠNA PRODAJA UDJELA BRODA

Odredbе članka 852.-927. Pomorskog zakonika koje se odnose na ovršnu (prisilnu) prodaju broda primjenjivat će se i na prisilnu prodaju udjela broda, ali uz određena odstupanja koja određuje članak 924. PZ-a. Tako stavak 1. toga članka određuje da se zaustavljanje broda može dopustiti samo ako se ovrha traži na udjelima koji prelaze polovicu ukupne vrijednosti broda na kojem se provodi ovrha, odnosno ako ovrhovoditelj dokaže realnu opasnost koja može osujetiti ili znatno otežati naplaćivanje njegove tražbine ako se takva mjera ne poduzme.¹³ Stavak 2. dalje navodi da kod provedbe ovrhe na više od polovice udjela broda koji je predmet ovrhe, ovrhovoditelj može zahtijevati da se proda cijeli brod, s tim što će se njegova tražbina isplatiti samo iz dijela kupovnine koji se odnosi na dio ovršenika. Ovrhovoditelj će se u praksi najvjerojatnije koristiti tom ovlašću, jer opravdano smatra da će na dražbi lakše i brže prodati cijeli brod nego njegov udio. Time će i on brže naplatiti svoju tražbinu. Stavcima 3.-5. pruža se pravna zaštita ostalim suvlasnicima broda. Po stavku 3. svaki suvlasnik broda koji je predmet ovrhe ovlašten je prije početka ročišta za prodaju namiriti tražbinu ovrhovoditelja zajedno sa sporednim tražbinama i tako stupiti na njegovo mjesto. U stavku 4. se navodi da uz jednake uvjete suvlasnici imaju prednost u dosudi broda koji je predmet ovrhe pred ostalim sudionicima dražbe. Na kraju članka 924. u stavku 5. navodi se da ako više suvlasnika nudi iste uvjete kupnje, sud će dio izložen prodaji dodijeliti suvlasnicima u jednakim udjelima.

Ova odstupanja odredbi o prisilnoj prodaji udjela broda u odnosu na prisilnu prodaju nepodijeljenog broda uzrok su specifičnog pravnog statusa zainteresiranih strana u postupku.

3.1. Pravni status ovrhovoditelja (vjerovnika) u postupku

Općenito se može kazati da je ovrhovoditeljev položaj u postupku ovrhe neopravdano težak, s obzirom na to da on od države traži brzu i učinkovitu naplatu svoje nesporne tražbine temeljem ovršne isprave. Ovršenikov položaj je opravdano težak, jer je ovrha sankcija za njegovo neispunjenje tražbine ovrhovoditelju. Zakonodavac je maksimalno zaštitio prava ovrhovoditelja kad se traži ovrha na udjelima koji prelaze polovicu ukupne vrijednosti broda, jer će se na dražbi lakše prodati cijeli brod nego njegov udjel. Ipak, činjenica je da se ovrhovoditelj u postupku ovrhe na brodu radi namirenja novčane tražbine nalazi u vrlo teškom položaju. Uzrok su mnoge nejasnoće koje prate sam postupak. Sukladno tome i ovrhovoditelja koji bi pokrenuo ovrhu na

12 Izvorni tekst knjige 8, glave II., naslova 3, odjeljka 8.3.1., članci 160. - 186. dostupni na: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle8833.htm>. Mrežna stranica pregledana siječnja 2015.

13 Podrobnije o privremenoj mjeri zaustavljanja broda kao mjeri osiguranja tražbine vidi: Vuković, Ante i Bodul, Dejan, Privremena mjera zaustavljanja broda u hrvatskom pravu - *de lege lata* i *de lege ferenda* rješenja, Poredbeno pomorsko pravo, sv. 51 (2012), br. 56., str. 257- 294.

udjelu (udjelima) broda čeka ista situacija.

Ovrhovoditeljevi problemi započinju pokretanjem samog postupka ovrhe. U članku 865. stavku 1. PZ-a navodi se da troškove provedbe ovrhe, čuvanja i održavanja broda prethodno snosi ovrhovoditelj. Sud ima diskrecijsko pravo odrediti mu da predujmi potrebnu svotu za namirenje troškova provedbe ovrhe u određenom roku. Ako on u roku koji mu je odredio sud ne položi predujam, sud će rješenjem obustaviti ovršni postupak. Na prvi pogled dio ovih odredbi je logičan. Jasno je da netko mora podnijeti osnovne troškove ovrhe da bi postupak uopće mogao i započeti, pogotovo sudske troškove. Sud arbitrira, a ovršenik je protivnik pokretanja ovršnog postupka i nema pravni interes podnijeti troškove. Prema tome to može jedino ovrhovoditelj. Ako nije sporno da je ova odredba logična, pitanje je, je li ova odredba u koliziji s pravdom. Naime, ovršni postupak nije parnični postupak gdje treba utvrditi odgovornost neke stranke već je na temelju ovršne isprave jasno određena obveza dužnika (ovršenika) da ispuni tražbinu vjerovniku (ovrhovoditelju).

Kad se ovrha provodi na udjelu (udjelima) broda koji ne prelaze polovicu ukupne vrijednosti broda ovrhovoditelj ne može tražiti zaustavljanje broda, pa brod nije zaustavljen u svojoj gospodarskoj aktivnosti. Tu je ovrhovoditelj suočen samo s osnovnim troškovima provedbe ovrhe (sudski troškovi, troškovi oglašavanja prodaje itd.). Kada se ovrha, međutim, provodi na više od polovice udjela broda, ovrhovoditelj je ovlašten zahtijevati prodaju cijeloga broda što će vjerojatno i učiniti, jer opravdano smatra da će se na dražbi lakše prodati cijeli brod negoli udjel broda. U tom slučaju on će se namiriti samo iz dijela kupovnine koji se odnosi na suvlasnika (ovršenika). Ako iskoristi takvu mogućnost, a sud prihvati prodaju cijelog broda i u rješenju o ovrši bez odgode odredi zaustavljanje broda (u skladu s člankom 860. stavkom 1. PZ-a), ovrhovoditelj će biti izložen novim problemima (troškovima). Naime, dodatno se u članku 865. stavku 1. navodi da troškove čuvanja i održavanja zaustavljenog broda prethodno snosi ovrhovoditelj. Ova odredba izaziva nedoumice. Uobičajeno je da sud kao čuvar broda u postupku ovrhe odredi zapovjednika i dio posade -zaposlenike broдача koje ionako plaćaju suvlasnik (suvlasnici), ako su brođari, u skladu sa svojim internim dogovorom, te im je jedan od zadataka brinuti se o brodu odnosno čuvanju i održavanju. Sud može narediti da se posada broda iskrca i odrediti druge čuvarе koji donose nove troškove nepoznate visine. U kontekstu troškova čuvanja i održavanja broda treba znati da su suvlasnik -vlasnik udjela (ovršenik) zajedno s ostalim suvlasnicima vlasnici broda do kraja ovršnog postupka (donošenja rješenja o dosudi), pa oni trebaju čuvati i održavati brod ovisno o tome kako su ugovorili obavljanje izvanrednih poslova. Nedvojbeno je da bi se u tom slučaju radilo o izvanrednim poslovima.

Sporne su i odredbe stavaka 2. i 3. članka 865. po kojima sud može odrediti polaganje predujma troškova provedbe ovrhe u određenom roku (stavak 2.). Nepoznati su razlozi koji bi doveli do potrebe za polaganjem predujma i kriteriji za određivanje njegove visine. Sud će rješenjem obustaviti ovrhu ako ne postupi po zadanom nalogu (stavak 3.). Ovakva nejasna odredba stavlja ovrhovoditelja u nepovoljan položaj. U većem dijelu ovršnog postupka postoje fiksni rokovi u kojima postupaju zainteresirane strane. U ovom za ovrhovoditelja veoma važnom dijelu postupka sudu se daje ovlast

da po svojoj subjektivnoj ocjeni odredi rok u kojem ovrhovoditelj mora predujmiti određeni iznos (ako je određen) za namirenje troškova. Ako je taj rok prekratak može se dogoditi da ovrhovoditelj ne skupi potreban iznos za predujam, jer ga nema u tako kratkom roku, pa će mu sud u tom slučaju onemogućiti namirenje njegove nesporne tražbine, donošenjem rješenja o obustavi ovršnog postupka, što je pravno nedopustivo.

Ako ovrhu na udjelu (udjelima) pokrene hipotekarni vjerovnik, naplata tražbine može mu biti bitno otežana. Naime, i udjeli broda, kao i sam brod, mogu biti opterećeni različitim tražbinama, uključujući i privilegirane tražbine koje se razdiobom kupovnine naplaćuju prije svih ostalih tražbina (pa i hipotekarnih), ali nakon namirenja troškova nastalih tijekom postupka prodaje broda. Problematika vezana uz privilegije je da oni nisu podvrgnuti knjižnom režimu pa o njihovom postojanju ostali vjerovnici ne moraju imati saznanja. Niti sud ne mora imati saznanja o postojanju privilegiranih vjerovnika, ako u ovršnim spisima ne postoji dokaz, pa im nije poslao oglas o prodaji. Međutim, takvi vjerovnici mogu prijaviti svoje tražbine, ako su za ovrhu doznali drugim putem, ali najkasnije na ročištu za prodaju kako bi se njihova prava uzela u obzir tijekom postupka.¹⁴ Ovrhovoditelj (hipotekarni vjerovnik) ima pravni interes brzo naplatiti svoju nespornu tražbinu što mu je sud u konačnici dužan i osigurati temeljem ovršne isprave. Postojanje privilegija za koje nije mogao ili nije morao znati mogu osujetiti njegove planove o brzom naplati tražbine. Slične probleme može imati i privilegirani vjerovnik koji se u postupku pojavljuje kao ovrhovoditelj, ako su udjeli broda opterećeni drugim privilegijima s povoljnijim prvenstvenim redom namirenja.

Postoji opasnost da se založni vjerovnici (hipotekarni i privilegirani) u postupku razdiobe kupovnine, nakon prisilne prodaje broda, ne mogu iz te kupovnine u cijelosti namiriti. Prvo su se namirili vjerovnici s povoljnijim redom prvenstva u namirenju, pa za ostale nije ostalo dovoljno sredstava kojima bi se namirile njihove tražbine. Sud će u tom slučaju prema odredbama članka 923. PZ-a, na prijedlog ovrhovoditelja ili nekog vjerovnika, narediti ovršeniku da u određenom roku položi dugovane svote sudu, jer će u protivnom sud postupati po odredbama o ovrsci na novčanim tražbinama ovršenika. Sve to u konačnici znatno produžava postupak i otežava namirenje tražbine vjerovnika, posebno hipotekarnog. Da je hipotekarni vjerovnik znao prije pokretanja ovrhe za broj pomorskih privilegija koji opterećuju brod (udjele broda), vjerojatno bi se u namirenju svoje novčane tražbine odlučio za jednu od preostale dvije ovlasti koje mu daje PZ.¹⁵

Rješenje ovakve situacije bilo bi obvezno uspostavljanje knjižnog režima za pomorske privilegije, ako im je zakonodavac već dao takav status prvenstva u naplati

14 O privilegiranim tražbinama i njihovom međusobnom prvenstvenom redu u namirenju vidi: članke 241. i 245. PZ-a. Način oglašavanja utvrđuju članci 881. i 882. PZ-a.

15 Prema članku 219. stavku 1. PZ-a hipotekarni vjerovnik ima pravo prema kojem je ovlašten namiriti svoju tražbinu iz prodajne cijene broda ostvarene sudskom prodajom ili izvansudskom prodajom ili uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda do namirenja svoje tražbine. Analogno tome, vjerovnik bi imao pravo na izvansudsku prodaju udjela broda u vlasništvu svog dužnika, odnosno na ubiranje ekonomske koristi koju donosi udio broda u vlasništvu njegova dužnika tijekom gospodarske aktivnosti cijelog broda. Pri tom vjerovnika ne treba zanimati pravni odnos njegovog dužnika s ostalim suvlasnicima broda čija prava ostaju nedirnuti.

pred svim drugim tražbinama, jer bi u takvoj situaciji ovrhovoditelj bio upoznat sa svim tražbinama koje opterećuju brod (udjele broda).

3.2. Pravni status suvlasnika broda u postupku

Postupak prisilne prodaje udjela broda može dovesti u specifičan položaj suvlasnika broda, odnosno ostale suvlasnike koji nisu stranke u postupku.

Davanjem ovlasti ovrhovoditelju da može zahtijevati prodaju cijelog broda radi namirenja svoje tražbine, ako se ovrha provodi na više od polovice udjela broda koji je predmet ovrhe, na neki način kažnjavaju se i ostali suvlasnici koji ne bi htjeli prodati svoje udjele broda, a nisu krivi za dug drugog suvlasnika (ovršenika) prema ovrhovoditelju. Naime, brod je kao stvar velike vrijednosti ekonomski eksploatiran i suvlasnicima donosi materijalnu korist. Prodaja broda njima bi donijela nepopravljivu ili teško popravljivu štetu, jer više ne bi mogli ubirati dobit od eksploatacije. Osim toga, kako vrijednost broda na tržištu često varira na više ili manje u kratkom razdoblju, visina dijela kupovnine koja ih pripada nakon prisilne prodaje može biti manja, zbog pada vrijednosti (cijene) broda na tržištu u kratkom periodu, negoli je vrijednost njihova udjela u brodu. Ako vrijednost broda pada u dužem razdoblju računaju da će kontinuitetom plovidbenih pothvata pokriti eventualni gubitak.

Položaj ostalih suvlasnika broda koji je predmet ovrhe zakonodavac pokušava ispraviti odredbama članka 924. dajući im ovlast da mogu namiriti tražbinu ovrhovoditelja (svaki od njih), kao i pravo prvokupa (stavak 3. i 4.). Svrha je takve ovlasti da se prisilno ne proda brod na kojem imaju vlasničke udjele ako oni ne žele da se brod proda ili barem onaj suvlasnik koji isplati ovrhovoditelja i tako stupi na njegovo mjesto. Motiv je kontinuitet daljnje ekonomske eksploatacije broda. S druge strane, motiv suvlasnika, koji namirenjem ovrhovoditelja stupa na njegovo mjesto, može biti pritisak na ovršenika (suvlasnika) da mu umjesto duga prepusti svoj udjel u brodu, po povoljnijim uvjetima koji bi mu bili ponudeni negoli što bi inače dobio isplatom dijela kupovnine nakon javne dražbe koja se odnosi na njega. Ovršenik je suočen s prodajom broda u svakom slučaju, pa mu je ovo prilika da se okoristi, a i suvlasnik bi ostvario svoj cilj preuzimanjem udjela broda od ovršenika (suvlasnika) i tako sačuvao kontinuitet uspješne eksploatacije broda. Pravo prvokupa također je logičan slijed u zaštiti prava ostalih suvlasnika kojima se tako daje mogućnost nastavka uspješne eksploatacije broda.

Međutim, kako se ovrha može odrediti i provoditi na udjelima broda koji prelaze polovicu ukupne vrijednosti broda, tako se ovrha može provesti i na udjelima koji ne prelaze polovicu udjela broda, pa se ne može prodati cijeli brod na javnoj dražbi nego samo udjel broda koji je izložen dražbi. Ostali suvlasnici u tom slučaju mogu biti izloženi jednakim problemima kao i kod prodaje cijeloga broda. Novi vlasnik udjela broda kojeg je kupio na dražbi, također, može biti kratkoročno ili dugoročno nezainteresiran za daljnju eksploataciju broda. On za svoj vlasnički udjel može imati druge planove, pogotovo ako je njegov suvlasnički udjel u brodu veći, a na svojoj strani ima još nekoga od suvlasnika broda. Time bi prava ostalih suvlasnika koji žele daljnju ekonomsku eksploataciju i ubiranje dobiti bila ozbiljno narušena. Ovakva je

situacija malo vjerojatna, jer je ekonomska eksploatacija broda i dobit koju donosi jedini način da se opravda njegova velika vrijednost. Brod koji nije izložen takvoj aktivnosti rapidno gubi na svojoj cijeni bez obzira koliko je visoka njegova trenutna tržišna vrijednost.

4. POREDBENA ANALIZA SPECIFIČNOSTI OVRŠNE PRODAJE BRODA (UDJELA BRODA)

U današnjem međunarodnom pomorskom prometu ovršnu prodaju broda (udjela na brodu) prati određena problematika kao prepreka donošenju međunarodne konvencije koja bi svojim odredbama unificirala područje pomorskog ovršnog prava.¹⁶ Kontinentalno (europsko) pravo i anglosaksonsko pravo (*common law*) utvrđuju pomorske privilegije kao tražbine koje imaju prvenstvo u namirenju pred svim drugim tražbinama, pa i hipotekarnim, u slučaju ovršne prodaje broda ili njegovih udjela, ali uz određene razlike u tumačenju i klasificiranju. Sporno je davanje statusa određenoj tražbini kao privilegiranoj ili običnoj tražbini procesne naravi.¹⁷ Neka država čiju zastavu brod vije može određenu tražbinu priznati kao privilegiranu, ali druga država pred čijim se sudom odvija prisilna prodaja toj istoj tražbini priznaje samo status tražbine procesne naravi. O statusu tražbine kao troška ovrhe, privilegija, hipoteke (*mortgage*) ili obične tražbine ovisi koji će redosljed prvenstva u namirenju ovršni sud dodijeliti svakoj pojedinačnoj tražbini.¹⁸ Osim neujednačenog tumačenja prirode založnih prava, dodatni problem predstavlja i različito shvaćanje sudskog postupka. U kontinentalnom pravnom sustavu koji se temelji na kodificiranom građanskom pravu sudovi su obvezni da pri donošenju presude strogo tumače i primjenjuju zakonske odredbe. Primjeri iz sudske prakse za sud su samo savjetodavnog, a ne obvezujućeg karaktera. U *common law* sustavu, koji se temelji na običajnom pravu, suci su se dužni pri donošenju presude pridržavati sudskih mišljenja iz prethodnih sličnih slučajeva. Zakonske odredbe više služe sudovima kao vodič kroz postupak nego kao odredbe

16 Po tom pitanju već dugo traju pripreme Međunarodnog pomorskog odbora (*Comite Maritime International*) na izradi unifikacijskog dokumenta. Tako je radna grupa CMI izradila drugi privremeni nacrt unifikacijskog dokumenta pod nazivom „Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships“ koji je predložen na konferenciji u organizaciji CMI u Pekingu (NR Kina) 14.-19. listopada 2012. Osim nacrta unifikacijskog dokumenta predloženi su i komentari i konstruktivni prijedlozi odredbi tog dokumenta većega broja država. Namjera dokumenta nije stvaranje nekih novih samostalnih pravila glede založnih prava koja bi bila u suprotnosti s odredbama nacionalnih zakona. Svi pomorski privilegiji (*maritime liens*), *mortgages*, hipoteke i ostali registrirani tereti na brodu koji se spominju u dokumentu bit će priznati po mjerodavnom pravu države u kojoj je brod prodan putem sudske prodaje, sukladno s odredbama međunarodnog privatnog prava. Podaci dostupni na: <http://www.comitemaritime.org>. Mrežna stranica pregledana 5. siječnja 2015.

17 O tome Grabovac, Ivo, Hrvatsko pomorsko pravo i međunarodne konvencije, Književni krug, Split, 1995., str. 53.

18 U anglosaksonskom pravu (Velika Britanija i bivše engleske kolonije) institut *mortgage* odgovara hipoteci kontinentalnog prava. O različitoj klasifikaciji tražbina vidi Stanković, Gordan, Bolanča, Dragan, Neki problemi u vezi ovršne prodaje broda, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, br. 53, 2001., str. 77.

koje se obvezno primjenjuju. To znači da su neke propise stvorili sami suci i na takav način se popunjavaju zakonske praznine. S vremenom se zakonske odredbe mogu mijenjati pod utjecajem prošlih pojedinačnih sudskih odluka. Sudske odluke tako postaju „vladavina prava“ za sve buduće slične slučajeve. Odvjetnici predočavaju slučaj u postupku, a sudac donosi presudu prema slobodnom uvjerenju na temelju relevantnih argumenata.¹⁹

S obzirom na to da se u pravnoj teoriji smatra da su udjeli broda samostalne stvari kojima vlasnici tih udjela mogu u pravnom prometu slobodno raspolagati, ako time ne diraju u prava ostalih suvlasnika, određeni broj pravnih sustava u svojim odredbama koje se odnose na ovršnu prodaju brodova ne navode posebno da se te odredbe na odgovarajući način primjenjuju i na ovršnu prodaju udjela brodova.²⁰ Postupak provedbe ovrhe i osnovne ovršne radnje koje se provode u načelu su slične u svim pomorskim državama, bez obzira kojem pravnom sustavu pripada određena država i vode prema namirenju vjerovnikovih tražbina kao krajnjem cilju ovršnog postupka.²¹ Postoje i neka jedinstvena rješenja koja vrijedi analizirati kao putokaz u kvalitetnijoj nadopuni postojećih odredbi našeg PZ-a.

4.1. Slovenija

Odredbe članaka 840.-929. slovenskog Pomorskog zakonika kojima se utvrđuje ovrha na brodu i udjelima broda dobrim dijelom se podudaraju s odredbama našeg PZ-a.²² Međutim, u slučaju donošenja privremene mjere zaustavljanja broda u početku provedbe ovrhe, odredbe članka 958. koje se odnose na dostavu rješenja o zaustavljanju broda nude zanimljivo i kvalitetno rješenje kojim je neupitno riješeno pitanje dostave. Taj članak propisuje da se rješenje o zaustavljanju broda radi osiguranja pomorske tražbine dostavlja zapovjedniku broda. Ako zapovjednik odbije primiti rješenje, ono se pričvršćuje za oplatu broda koji se zaustavlja i stavlja na oglasnu ploču Uprave za pomorstvo i oglasnu ploču suda koji ga je donio. Ovakvim se postupkom smatra da je

19 Opširnije o založnim pravima na brodu i postupku ovršne prodaje broda radi namirenja novčane tražbine prema *common law* i kontinentalnom pravu, te specifičnostima koja prate postupak vidi: Hill, Christopher, *Maritime Law*, 1998., 5. izd., poglavlje 4., str. 91-167.

20 Naš PZ u članku 842. navodi da se odredbe ovršnog dijela primjenjuju i na ovrhu i na osiguranje na udjelima broda u vlasništvu ovršenika. Dodatno se u članku 924. navodi da ako se ovrha prodajom provodi prodajom udjela broda, odredbe Zakonika o prodaji primjenjivat će se uz odstupanja navedena u tom članku.

21 Ovršne radnje na brodu upisanom u upisnik brodova kako navodi članak 853. PZ-a su: zabilježba ovrhe u upisniku, utvrđivanje vrijednosti broda, prodaja broda i namirenje ovrhovoditelja (vjerovnika) iz iznosa dobivenog prodajom.

22 Hrvatski PZ utvrđuje ovrhu na brodu člancima 841.-932. Stupio je na snagu 2004. godine, Narodne novine, br. 181/04, dvije godine prije slovenskoga, pa je predstavljao uzor u rješavanju ove komplicirane materije. Pomorski zakonik Republike Slovenije, Službeni list, br. 120/06, 88/10, 59/11 navodi u članku 838. stavku 1. da se odredbe o ovrsi i osiguranju odnose na brod, udjele na brodu i na brod u izgradnji. U članku 920. navodi da će se odredbe Zakonika primjenjivati uz određena odstupanja navedena u tom članku, ako se ovrha provodi prodajom udjela broda.

dostava obavljena.²³

4.2. Crna Gora

Odredbe članaka 906.-1001. Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Republike Crne Gore kojima se utvrđuje ovrha na brodu i udjelima broda uobičajene su i slične odredbama PZ-a.²⁴ U članku 907. posebno je istaknuto da se odredbe ovoga dijela zakona odnose i na postupak izvršenja (ovrhe) i osiguranja na udjelima broda.²⁵ Odredbe članka 915. (glava 1.), međutim, donose jedinstveno rješenje crnogorskog prava, nesvojstveno rješenjima kontinentalnog pravnog kruga, pa i odredbama PZ-a. Prema tom članku, izvršenje (ovrha) radi namirenja novčanih potraživanja - prodaja broda može se dopustiti samo ako dužnik nema novčanih sredstava ili se izvršenje na novčanim sredstvima dužnika nije moglo uspješno sprovesti. Smatra se da izvršenje na novčanim sredstvima dužnika nije moglo biti uspješno sprovedeno, ako potraživanje nije namireno u roku od 30 dana od dana kad je sud dopustio izvršenje na novčanim sredstvima dužnika.²⁶

4.3. Italija

Talijanski Plovidbeni zakonik općenito sadrži odredbe karakteristične i uobičajene za ovršnu prodaju broda, premda se talijanskom Zakoniku ne mogu poreći neka kvalitetna rješenja koja nisu predviđena u drugim pravnim sustavima.²⁷ Zanimljive

-
- 23 Ova specifična odredba slovenskoga PZ-a o dostavi rješenja novitet je i kvalitetan pomak u materiji kojom se regulira zaustavljanje broda. Tako niti odredbe članaka 951.-965. hrvatskoga PZ-a kojima se regulira privremena mjera zaustavljanja broda ne spominju način dostave rješenja. Izvorni tekst slovenskog Pomorskog zakonika dostupan je na: <http://www.zakonodaja.com/zakon/pz>. Mrežna stranica pregledana 3. siječnja 2015.
- 24 Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi Republike Crne Gore objavljen je u Službenom listu SRJ, br. 12/98., 44/99. i 73/2000. Zakon je shodno Ustavnoj povelji na snazi u Crnoj Gori i nakon proglašenja nezavisnosti 2006. Dio 8. zakona odnosi se na postupak izvršenja (ovrhe) i osiguranja na brodovima. Izvorni tekst crnogorskog Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi dostupan je na: <http://www.podaci.com/Z-puplov02v9812-05A1.html>. Mrežna stranica pregledana 22. siječnja 2015.
- 25 Članak 996. crnogorskoga zakona koji utvrđuje prodaju udjela broda jednak je članku 924. našega PZ-a.
- 26 Ova odredba predstavlja kvalitetno rješenje u skladu s ostvarenjem načela socijalnosti i zaštite dužnika. Naime, tumačenjem odredbe može se zaključiti da izvršenje (ovrhu) treba u svakom slučaju izbjeći, ako je to moguće, jer ovrha predstavlja situaciju koja dugoročno može ugroziti egzistenciju ovršenika (dužnika) i članova njegove uže obitelji koje je dužan uzdržavati po zakonu. O pojmu ovrhe kao osveti (sankciji) države za građanski delikt neispunjenja tražbine vjerovnika vidi: Dika, Mihajlo, Građansko ovršno pravo, Knj. 1., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 14-16.
- 27 Codice della navigazione (talijanski Plovidbeni zakonik), odobren Kraljevskom uredbom od 30. ožujka 1942. br. 327. utvrđuje ovršni postupak na brodu u glavi V. člancima 643.-686. Na snazi je posljednja novela od 12. rujna 2014., objavljena u Službenom listu br. 133. Izvorni tekst talijanskoga Plovidbenog zakonika dostupan je na: <http://www.fog.it/legislaz/cn-indice.htm>. Mrežna stranica pregledana 3. siječnja 2015.

su specifične odredbe članaka 646.-648. talijanskog Plovidbenog zakonika, koje se odnose na privremenu mjeru zaustavljanja broda pokretanjem ovršnog postupka na brodu. Naime, kad sudska odluka o ovrši postane pravomoćna nadležni sud u roku od 24 sata donosi odluku o zaustavljanju broda. Odluku provodi u suradnji s nadležnom lučkom kapetanijom i po potrebi s pravosudnom policijom. Ako brod nije zaustavljen u roku od 30 dana od dana donesene odluke, ona postaje nevažeća.²⁸ Kad se ovrha provodi na više od polovice udjela broda, Zakonik predviđa mogućnost, ako to zatraži vjerovnik (ovrhovoditelj), prodaju cijeloga broda. Tako taj Zakonik u članku 644. navodi da se vrijednost udjela ostalih suvlasnika pretvara u novčani iznos koji će im se isplatiti iz iznosa koji se dobije sudskom prodajom broda nakon namirenja tražbina vjerovnika. Iznosi koji se moraju isplatiti ostalim suvlasnicima oslobođeni su troškova ovršnog postupka.²⁹ Posebno je zanimljiv članak 650. Zakonika koji sadrži neke jedinstvene odrednice. Naime, kad primi prijedlog vjerovnika za ovrhu sud šalje obavijest ovršeniku da se suzdrži od bilo kojeg kaznenog djela, pod prijetnjom sankcija, uperenog prema brodu ili udjelu (udjelima) broda u njegovom vlasništvu, s namjerom da se onemogući ili znatno oteža namirenje tražbine vjerovnika. Osim obavijesti sud može, ako se brod nalazi u plovidbi, zahtijevati da se zapovjednik broda obavijesti radio telegrafom o detaljima postupka ovrhe, te da mu se daju dodatne upute o daljnjem postupanju. Svrha takvog sudskog djelovanja je brza provedba postupka prisilne prodaje broda (udjela broda). Čim zapovjednik potvrdi primitak obavijesti ovrhovoditelj je ovlašten zatražiti od tijela koje vodi upisnik brodova upis ovrhe u taj upisnik. Prema članku 653. ovrhovoditelj ili jedan od vjerovnika može zahtijevati prodaju broda ili udjela ne prije 30 i najkasnije 90 dana od pravomoćnosti sudske odluke o ovrši. Sud dostavlja taj zahtjev vlasniku broda (udjela broda) -ovršeniku i vjerovnicima. Ako se radi o ovršnom postupku na stranom brodu obavijestit će se i konzul države pod čijom zastavom brod plovi.

Odredbe članka 661. Zakonika utvrđuju dražbenu prodaju broda na ročištu za prodaju i predstavljaju kvalitetno rješenje kojim se štite prava svih zainteresiranih strana postupka. Taj članak utvrđuje da će sud odrediti ročište za prodaju na kojem će biti istaknuta utvrđena vrijednost broda kao najniža prihvatljiva ponuda. Ako se brod ne proda na tom ročištu, sud će organizirati nova ročišta na kojima će se vrijednost broda spuštati svaki put za 20 % od utvrđene vrijednosti. Kad se vrijednost broda spusti na 40 % od utvrđene vrijednosti, a do tada se brod ne proda, sud će dopustiti privatnu (izvansudsku) prodaju broda. Takvom bi se prodajom broda zasigurno postigla povoljnija cijena pa je time i veća mogućnost da se namire sve tražbine vjerovnika.³⁰

28 U slučaju prisilne prodaje udjela broda PZ u članku 924. stavku 1. naglašava da se zaustavljanje broda može dopustiti samo ako se ovrha provodi na udjelima koji prelaze 50 % ukupne vrijednosti broda. Talijanski Plovidbeni zakonik takvu mogućnost ne spominje.

29 PZ člankom 924. detaljnije i kvalitetnije rješava pravni status ostalih suvlasnika dajući im ovlast da mogu, svaki od njih, namiriti tražbinu ovrhovoditelja i tako stupiti na njegovo mjesto. Isto tako, ako sudjeluju kao ponuditelji na dražbi, uz jednake uvjete imaju prednost pred ostalim sudionicima dražbe. O pravnom statusu ostalih suvlasnika po PZ-u, vidi supra točka 3.2.

30 Odredbama se posebno ne naglašava da se odnose i na dražbenu prodaju udjela broda na ročištu za prodaju, ali to je jasno iz općenite odrednice da se odredbe koje se odnose na ovršnu prodaju

4.4. Portugal

Portugalsko pravo koje uređuje ovršnu prodaju broda nudi zanimljiva rješenja. Odredbe novoga Građanskog postupovnog zakona člancima 801.-943. reguliraju ovrhu na brodu. U dijelu VI., glave III., člancima 886.-911. uređuju se metode sudske prodaje broda.³¹ Mogućnosti provedbe ovršne prodaje broda ili njegovih udjela navedene su u članku 886.:

1. prodaja putem ponuda u zapečaćenim omotnicama
2. prodaja na registriranim tržištima kapitala putem ovlaštene osobe
3. prodaja broda neposrednom pogodbom osobi ili osobama ovlaštenim na stjecanje vlasništva na brodu
4. prodaja privatnom inicijativom (izvansudska prodaja broda)
5. prodaja na javnoj dražbi
6. prodaja putem elektroničke pošte.

O formi ovrhe, prema specifičnim okolnostima svakog pojedinačnog slučaja, odlučuje osoba imenovana od suda (ovršni službenik) nakon što saslušava sve zainteresirane stranke. Ako postoji neslaganje, odluku donosi sudac i protiv nje nije dopuštena žalba. Članak 886-A/5 određuje da će ovršni službenik angažirati potrebne vještake kako bi se utvrdila vrijednost broda. Članak 892/2 određuje da se sudska prodaja najavljuje objavom u Narodnim novinama te da sudski službenik može odrediti i druge načine objave prodaje, a i zainteresirane stranke mogu predložiti dodatne oblike objave. Najčešće korištena metoda sudske prodaje je putem ponude u zapečaćenim omotnicama. U objavi prodaje sud poziva zainteresirane da pošalju svoje ponude u zatvorenim omotnicama na adresu suda. Minimalna vrijednost za ponude je fiksna i iznosi 70 % utvrđene vrijednosti broda. Sud će zakazati ročište na kojem će se utvrditi ponude te objaviti dosuda najboljem ponuditelju. Poslije metode prodaje zapečaćenim ponudama i privatnim pregovaranjem (izvansudska prodaja), najčešće se koristi metoda klasične javne dražbe kad se brod prodaje ponuditelju koji je ponudio najveću cijenu. Ova metoda sudske prodaje praktički se koristi samo kao posljednja mogućnost i to u slučaju brodova sa znatno smanjenom vrijednošću kada ne postoji relevantan interes na tržištu.

Osim metoda ovršne prodaje broda članak 886. predviđa i institut „adjudicacao“. Taj pravni mehanizam omogućava ovrhovoditelju ili bilo kojem drugom registriranom vjerovniku, kojima je sud priznao i rangirao njihovo založno pravo na brodu, da

broda na odgovarajući način primjenjuju i na ovršnu prodaju udjela broda. Za razliku od sudske prodaje broda koja odredbama predstavlja strogo utvrđeni način namirenja vjerovnikovih tražbina i nužno uključuje aktivnost suda, privatna (izvansudska) prodaja broda neformalan je postupak prepušten inicijativi stranaka, a koju u pravilu provodi vjerovnik. Privatna prodaja broda je brža i jeftinija, ne uključuje aktivnost suda i može se obaviti dok brod plovi (nije potrebno da bude u luci za vrijeme prodaje). Tako nema sudskih troškova i troškova čuvanja broda u luci koji se kod sudske prodaje namiruju prije tražbina svih vjerovnika.

- 31 Portugalski Građanski postupovni zakon objavljen je 26. lipnja 2013. u Službenom listu Portugala, br. 14. Dopunjen je novelom od 12. kolovoza 2013. objavom u broju 36. čime prestaje važiti stari zakon, br. 44129 od 28. prosinca 1961. Novi zakon je stupio na snagu 1. rujna 2013.

licitiraju svojim ponudama u odnosu na brod (udjel broda) izložen sudskoj prodaji. Dakle, samo vjerovnici čije je založno pravo priznao sud imaju pravo na prijavu za licitaciju. Ponuda za „adjudicacao“ mora biti predana na adresu suda u zapečaćenoj omotnici i prelaziti 70 % utvrđene vrijednosti broda. Svi ostali potencijalni ponuditelji će biti obaviješteni putem službene objave i mogu dostaviti svoje ponude. Na određenom sudskom ročištu će se utvrditi najpovoljnija ponuda.³²

4.5. *Nizozemska*

Ovršnu prodaju broda regulira Građanski postupovni zakon člancima 563.-582.³³ Odredbe članka 576. navode da će se sudska prodaja odvijati prema odredbama koje vrijede za sudsku prodaju pokretnina ako je brod izložen prodaji bruto volumena manjeg od 20 kubičnih metara ili bruto tonaže manje od 6 tona. Zanimljiv je postupak prodaje broda na javnoj dražbi. Dražba se sastoji od dva dijela. U prvom dijelu se stavljaju ponude i najviša ponuda, odnosno iznos te ponude plus dodatak od pola postotka od te najviše ponude, postaje najniža prihvatljiva ponuda za drugi dio dražbe. Na početku drugog dijela voditelj dražbe govori iznose iznad najniže prihvatljive ponude dok se ne javi zainteresirana osoba s izjavom „moje“ što znači da prihvaća ponudu. Ta je osoba novi kupac broda ili njegovog udjela. Ako se nitko ne javi tijekom drugog dijela dražbe, sud će predmet izložen dražbi dodijeliti osobi koja je dala najvišu ponudu u prvom dijelu dražbe.³⁴

4.6. *Španjolska*

Premda je Španjolska od davnina pomorska velesila, odredbe koje uređuju ovršnu prodaju broda ili njegovih udjela ne nude ništa više od uobičajenih rješenja kontinentalnog pravnog kruga.

Novi španjolski Pomorski zakonik osnovnim odrednicama regulira ovrhu na brodu člancima 480.-486.³⁵ U članku 480. navodi da se dražbena prodaja broda provodi po odredbama Građanskog postupovnog zakona ili upravnom propisu primjenjivom na dražbenu prodaju nekretnina.³⁶ Članak 641. Građanskog postupovnog zakona

32 Izvorni tekst portugalskog Građanskog postupovnog zakona dostupan na: <http://www.dgpj.mj.pt/processo/codigo-processo-civil>. Mrežna stranica pregledana 21. prosinca 2014.

33 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (nizozemski Građanski postupovni zakon) stupio je na snagu 7. svibnja 1986. i objavljen je u Službenom listu (Central Wettenregister), br. 295., s novelama objavljenim u Službenom listu, br. 48/2005., 65/2008., 30/2009. Izvorni tekst zakona dostupan je na: <http://www.wetten.overheid.nl/BWBR0001827>. Mrežna stranica pregledana 26. prosinca 2014.

34 Podaci o prodaji broda na javnoj dražbi po odredbama nizozemskoga zakona preuzeti na: <http://www.kernkamp.nl/en/judicial-sale-of-vessels>. Mrežna stranica pregledana 26. prosinca 2014.

35 Ley Navegacion Maritima Espana (novi španjolski Pomorski zakonik) objavljen je 25. srpnja 2014. u španjolskom službenom listu (BOE), br. 180, a stupio na snagu 25. rujna 2014. Izvorni tekst zakona dostupan na: http://www.boe.es/diario_BOE/txt.php?id=boe-a-2014-7877. Mrežna stranica pregledana 2. siječnja 2015.

36 Ley de Enjuiciamiento Civil-law no. 1 (španjolski Građanski postupovni zakon) objavljen je 8. siječnja 2000. u španjolskom Službenom listu – BOE, br. 7, novela od 14. travnja 2000. – BOE,

predviđa mogućnost prodaje neposrednom pogodbom ili putem osobe nadležne za promet nekretninama. U članku 648. predviđena je mogućnost ponuda u zatvorenim oмотnicama koje se otvaraju početkom dražbe od imenovanog sudskog službenika i imaju učinak kao i usmene ponude. Posebno su zanimljivi članci 666.-672. kojima je uređena dražbena prodaja. Članci 666.-669. utvrđuju obavijest o prodaji, postupak utvrđivanja vrijednosti i polaganje jamčevine za sudionike dražbe.³⁷ Člancima 670.-672. regulirano je ročište za prodaju. Ako je najveća ponuda u visini ili veća od 70 % utvrđene vrijednosti stvari, sud će isti dan ili najkasnije sutradan donijeti rješenje o dosudi. Tu cijenu, odnosno razliku od položene jamčevine i postignutog iznosa na dražbi, najbolji ponuditelj mora uplatiti u roku od 20 dana. Ako je najveća ponuda manja od 70 %, ponuditelj može u roku od 10 dana dostaviti novu ponudu veću od 70 % utvrđene vrijednosti. On može ponuditi i manji iznos ako je on dostatan za namirenje svih tražbina. Ako ponuditelj ne iskoristi ovu mogućnost u zadanom roku, sud će odrediti dosudu najboljem ponuditelju pod uvjetom da je iznos koji je ponudio veći od 50 % utvrđene vrijednosti. Ako ovi uvjeti nisu zadovoljeni, sud će odlučiti o osnovanosti prodaje.³⁸

4.7. Njemačka

Njemačko pravo u pogledu ovršne prodaje broda pored odredbi uobičajenih u državama kontinentalnog pravnog kruga nudi i neka jedinstvena rješenja. Sudska prodaja broda utvrđena je odredbama članaka 162.-171. Ovršnog zakona (ZVG), a postupak za prodaju putem javne dražbe prema odredbama članaka 66.-78. ZVG slijedi istu zakonsku proceduru koja se provodi i u slučaju prisilne prodaje nekretnine.³⁹ Tako se u članku 74.a stavak 1. navodi da najpovoljnija ponuda mora biti najmanje u visini 70 % utvrđene vrijednosti stvari izložene sudskoj prodaji. Prema stavku 3. istoga članka, ako ne bude postignuta ta cijena na prvom ročištu za dražbu, sud će odrediti novo ročište za dražbu u roku ne kraćem od tri i ne dužem od šest mjeseci od dana prve dražbe. Odredbe koje se odnose na nadležnost suda iz članka 163. stavka 1. i na donošenje rješenja o ovrsi na brodu suda sadržane u članku 165. stavku 1. ne odudaraju od uobičajenih. Pitanje dostave rješenja o ovrsi zapovjedniku broda kao zakonskom zastupniku vlasnika broda-ovršenika, u određenim slučajevima,

br. 90, novela od 28. srpnja 2000. – BOE, br. 180. Trenutno je na snazi novela (law no. 5/72) od 6. srpnja 2012. – BOE, br. 173. Izvorni tekst zakona dostupan na: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=1400>. Mrežna stranica pregledana 2. siječnja 2015.

37 Sudionici dražbe za prodaju nekretnine sukladno članku 669. moraju položiti jamčevinu u iznosu 30 % od utvrđene vrijednosti stvari što je dosta visoki iznos depozita. Primjerice, prema članku 873. stavku 2. hrvatskoga PZ-a, ponuditelji koji sudjeluju na usmenoj javnoj dražbi moraju položiti deseti dio utvrđene vrijednosti broda koji je predmet ovrhe.

38 Dodatno o osnovnim karakteristikama sudske prodaje broda u Španjolskoj vidi: Gosling, James, Warder, Rebecca, *The shipping law review*, srpanj 2014., dio 39., str. 496-500.

39 Zwangsverwaltung (njemački Ovršni zakon) - ZVG iz 1897. godine. Na snazi je posljednja novela od 7. prosinca 2011. objavljena u njemačkom službenom listu (*Bundesgesetzblatt - BGBl*, seite - 2582). Izvorni tekst zakona dostupan na: <http://www.gesetze-im-internet.de/zvg>. Mrežna stranica pregledana 5. siječnja 2015.

predviđaju odredbe članka 170. i 171. Građanskog postupovnog zakona (ZPO).⁴⁰ Isto tako, mogućnost dostave rješenja o ovrši zapovjedniku broda navode i odredbe članka 527. Trgovačkog zakonika (HGB). Međutim, odredbe članka 619. HGB-a nisu svojstvene drugim državama kontinentalnog pravnog kruga i predstavljaju jedinstveno rješenje njemačkog prava.⁴¹ Prema tom članku, ako prihvati dostavljanje rješenja o ovrši kapetan broda postaje sudionik postupka prodaje. Vjerovnik tada ima pravo slobodnog izbora te može, osim od ovršenika, zahtijevati ispunjenje tražbine i od zapovjednika broda. U tom slučaju zapovjednik broda postaje optuženi u postupku, pa bi odluka suda protiv zapovjednika također bila važeća i protiv vlasnika broda. Takvo specifično rješenje predstavlja najviši stupanj zaštite vjerovnikove tražbine.

4.8. Norveška

Norveško pravo u pogledu ovršne prodaje broda pretežno slijedi rješenja kontinentalnog pravnoga kruga. Ipak, vrijedi analizirati neka specifična rješenja poglavlja 4. (članci 4.-1. do 4.-19.) dijela II. Ovršnog zakona koja su nesvojstvena kontinentalnom pravnom krugu.⁴² Tim se odredbama uređuju uvjeti koje mora zadovoljiti hipotekarni vjerovnik da bi pokrenuo ovrhu. Prije podnošenja prijedloga za ovrhu, na dan dospjeća tražbine, hipotekarni vjerovnik je dužan poslati hipotekarnom dužniku pismenu obavijest u kojoj upozorava dužnika da će pokrenuti ovrhu ako mu on ne namiri dospjelu tražbinu u zakonskom roku od 14 dana. Protekom roka od 14 dana u kojem dužnik nije namirio tražbinu vjerovnik može pokrenuti ovrhu. Uz prijedlog za ovrhu mora dostaviti sudu i dokaz o prethodnoj pismenoj obavijesti dužniku, pravni temelj za ovrhu (ovršnu ispravu) te dokaz da je tražbina dospjela pozivanjem na hipotekarni ugovor. Prijedlog za ovrhu podnosi se nadležnom sudu na području kojeg se brod nalazi ili se očekuje njegovo uplovljavanje. Ovrhovoditelj mora posebno navesti za koju se od dvije zakonske opcije koje mu stoje na raspolaganju odlučio radi namirenja svoje dospjele tražbine. Može se opredijeliti za uzimanje broda u posjed od ovršenika radi ekonomskog iskorištavanja do namirenja svoje tražbine ili sudsku prodaju broda putem javne dražbe. Vjerovnik ima pravo koristiti brod maksimalno dvije godine, osim ako sud ne odobri produljenje iz opravdanih razloga. Ako nakon isteka razdoblja korištenja broda ostaje nepodmiren dio osiguranog duga, hipotekarni vjerovnik je ovlašten podnijeti zahtjev za prisilnu prodaju broda.⁴³ Prisilnu prodaju

40 Zivilprozessordnung (njemački Građanski postupovni zakon) - ZPO iz 1950. godine. Na snazi je posljednja novela od 8. srpnja 2014. objavljena u Službenom listu - BGBl, seite - 890. Izvorni tekst zakona dostupan na: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo>. Mrežna stranica pregledana 5. siječnja 2015. Slične odredbe sadrži i članak 856. stavak 1. i 3. hrvatskoga PZ-a. Ako je boravište vlasnika - ovršenika nepoznato ili ako se ovršenik nalazi u inozemstvu, sud će rješenje o ovrši dostaviti zapovjedniku broda. Ako je zapovjednik napustio brod, sud će za privremenog zastupnika ovršenika postaviti drugu odgovarajuću osobu.

41 Handelsgesetzbuch (njemački Trgovački zakonik) - HGB iz 1897. Na snazi je posljednja novela od 15. srpnja 2014. objavljena u BGBl, seite - 934. Izvorni tekst zakonika dostupan na: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb>. Mrežna stranica pregledana 5. siječnja 2015.

42 Tvangsfullbyrdsloven (norveški Ovršni zakon) objavljen je u Službenom listu, br. 86. od 26. lipnja 1992.

43 Preuzimanje broda radi ekonomske eksploatacije uobičajeno je ovlaštenje vjerovnika prema

broda reguliraju odredbe poglavlja 11. (članci 11.-1. do 11.-63.) koje svojim rješenjima ne odudaraju od uobičajenih.⁴⁴ Brod se može prodati neposrednom pogodbom putem ovlaštenog brokera prije javne dražbe. Sud najprije razmatra jesu li ispunjeni svi potrebni uvjeti te odlučuje hoće li prihvatiti ili odbiti prijedlog za prodaju. Brod se prodaje putem javne dražbe i dosuđuje najpovoljnijem ponuditelju slobodan od svih tereta. Od iznosa dobivenog prodajom prvo se namiruju troškovi postupka, a onda vjerovnici prema utvrđenom redu prvenstva.⁴⁵

4.9. Kina

Kinesko pomorsko zakonodavstvo ne slijedi tradiciju *common law* i kontinentalnog pravnog sustava. Kineski Pomorski postupovni zakon u pogledu ovršne prodaje broda sadrži većim dijelom uobičajene odrednice za ovu materiju, ali i neke jedinstvene odredbe, prvenstveno one koje se odnose na sankcije uperene prema sudionicima dražbe. Taj zakon regulira privremenu mjeru zaustavljanja broda u glavi III., dio 2, člancima 21.-29., a dražbenu prodaju broda člancima 30.-43.⁴⁶ Posebno je zanimljivo da odredbe ne navode udjele broda odnosno suvlasništvo na brodu, ali se zato spominje zajedničko vlasništvo na brodu. Tako se u članku 21. točka 20. kao jedan od razloga za donošenje privremene mjere zaustavljanja broda navodi svaka tražbina prouzročena od zajedničkih vlasnika broda.⁴⁷ Člancima 30. i

odredbama kontinentalnog prava. Navođenje roka u kojem se može koristiti brod i njegovo eventualno produljenje od strane suda iz opravdanih je razloga specifičnosti odredbi norveškog ovršnog prava. Hrvatski PZ navodi u članku 219. stavku 1. da je hipotekarni vjerovnik ovlašten namiriti svoju tražbinu iz prodajne cijene broda ostvarene sudsom prodajom ili izvansudskom prodajom ili uzimanjem broda u posjed i iskorištavanjem broda. Dodatno se u članku 225. stavku 1. navodi da u slučaju preuzimanja broda u posjed i njegova iskorištavanja radi zaštite svojih interesa vjerovnik može zaprimati prihode broda te zaradu rabiti za namirenje svoje tražbine.

- 44 Tako članci 11.-1. do 11.-11. utvrđuju zajedničke odredbe i osnovne pojmove, članci 11.-12. do 11.-42. ovršne radnje, članci 11.-43. do 11.-54. dražbenu prodaju broda i članci 11.-55. do 11.-63. učinke prisilne prodaje.
- 45 Izvorni tekst norveškog Ovršnog zakona dostupan na: <http://www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=3261>. Mrežna stranica pregledana 9. siječnja 2015.
- 46 Kineski Pomorski postupovni zakon usvojen je na 13. sjednici Stalnog odbora devetog Nacionalnog narodnog kongresa 25. prosinca 1999. Proglasio ga je predsjednik NR Kine po nalogu br 28., a stupio na snagu 1. srpnja 2000.
- 47 Razlog za ovakvu odredbu različito je shvaćanje pojma vlasništva dviju ili više fizičkih i pravnih osoba na određenoj stvari između kontinentalnog i kineskog imovinskog prava. Kineski Zakon o vlasništvu svojim odredbama poglavlja VIII. člancima 93.-105. definira takvu vrstu vlasništva. Usvojen je na 5. sjednici 10. Nacionalnog narodnog kongresa NR Kine 16. ožujka 2007., proglasio ga je predsjednik NR Kine po nalogu br. 62., a stupio na snagu 1. listopada 2007. Prema članku 93. pokretne i nekretnine mogu biti u zajedničkom vlasništvu dviju ili više fizičkih ili pravnih osoba. Dvije su vrste zajedničkog vlasništva, odnosno suvlasništvo i zajedničko vlasništvo. Daljnjim člancima se definira institut suvlasništva i njegova osnovna razlika u odnosu na zajedničko vlasništvo na stvari slično kako to regulira hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 143/12) člancima 36.-57. Međutim, osnovna razlika kineskog i našeg (time i kontinentalnog) imovinskog prava je u tome što je po kineskom zakonu zajedničko vlasništvo glavni oblik vlasništva s više subjekata, a suvlasništvo

31. utvrđen je postupak podnošenja prijedloga za ovrhu. Nakon što primi zahtjev za prodaju broda pomorski sud će razmotriti razloge zbog kojih podnositelj prijedloga traži prodaju, a zatim odlučiti o prihvaćanju ili odbijanju zahtjeva za prodaju. Stranka koja je nezadovoljna odlukom suda može podnijeti zahtjev za preispitivanje odluke u roku od pet dana. Nakon što je podnio zahtjev za prodaju broda podnositelj može od nje i odustati, ali sud zadržava diskrecijsko pravo da odluči hoće li prihvatiti ili odbiti odustajanje od prodaje. Ako sud prihvati odustajanje od prodaje, troškove koji su nastali u pripremi za prodaju broda mora podnijeti podnositelj prijedloga za prodaju. Prema odredbama članka 32. pomorski sud će oglas o prodaji objaviti u novinama ili drugim specijaliziranim medijima. U slučaju prodaje stranog broda oglas se objavljuje u novinama i drugim medijima koji se koriste za inozemnu distribuciju. Od dana objave oglasa do dana prodaje ne smije proteći manje od trideset dana. Prema članku 33. sud će najkasnije trideset dana prije prodaje broda obavijestiti matični registar u koji je brod upisan te poznate nositelje pomorskih privilegija, prava retencije i hipoteke. Obavijest mora sadržavati ime broda, vrijeme i mjesto održavanja javne dražbe, razloge za prisilnu prodaju kao i ostale formalnosti vezane za brod. Obavijest mora biti izdana u pisanom obliku kako bi primitak obavijesti mogao biti potvrđen.

Dražbena prodaja broda regulirana je odredbama članaka 34.-36. Pomorski sud će prije javne dražbe osnovati aukcijski (dražbeni) odbor koji se sastoji od 4 do 5 osoba. U njega su uključeni službenik suda, voditelj dražbe, brodski procjenitelj, a po potrebi i druge osobe. Aukcijski odbor je u svom radu neposredno odgovoran sudu i pod njegovim je nadzorom. Zadatak odbora je utvrđivanje vrijednosti broda prije dražbe, organizacija razgledavanja i inspekcije broda zainteresiranim osobama (ponuditeljima) te pružanje relevantnih podataka i dokumenata koji se odnose na brod. Na ročištu za dražbu potencijalni kupci (ponuditelji) i njihovi pravni zastupnici moraju prije početka dražbe priložiti odboru identifikacijske dokumente. Dokumenti se prinose sudu u trenutku prijave za dražbu zajedno s plaćanjem utvrđenog iznosa depozita (jamčevine). Aukcijski odbor odnosno njegov predstavnik rukovodi dražbenim ročištem. Članak 37. utvrđuje status kupca koji je dao najpovoljniju ponudu. Nakon što potpiše potrebne dokumente po zahtjevu odbora odmah će platiti najmanje dvadeset posto od kupoprodajne cijene, a ostatak mora biti plaćen u roku od sedam dana nakon datuma kupnje. Prema okolnostima svakog pojedinačnog slučaja aukcijski odbor može postići i drugačiji dogovor s kupcem. Prema odredbama članka 38. kada kupac isplati iznos u cijelosti vlasnik broda je dužan u određenom roku predati brod kupcu. Predaju broda organizira i nadzire aukcijski odbor i u tu svrhu vrši potpisivanje potrebnih dokumenata radi isporuke odnosno primitka dosuđenog broda. Prema članku 39. nakon što je vlasnik predao brod kupcu, sud će objaviti u novinama

samo ako se posebno naglašavaju vrijednosti udjela stvari i njihova visina. Takav zaključak proizlazi iz odredbi članka 93. po kojima se zajedničko vlasništvo dijeli na suvlasništvo i zajedničko vlasništvo (u užem smislu). Suprotno tome, prema odredbi članka 57. stavka 2. hrvatskog Zakona o vlasništvu, zajedničko vlasništvo je u pravnom prometu izvanredni oblik vlasništva, utvrđen zakonom, pa time suvlasništvo ima karakter glavnog oblika vlasništva s više subjekata prava. Izvorni tekst kineskoga zakona o vlasništvu dostupan na: <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/general/property-rights-law-of-the-peoples-republic-of-china.html>. Mrežna stranica pregledana 12. siječnja 2015.

i drugim specijaliziranim medijima prodaju broda na dražbi i isporuku kupcu. Prema članku 40. poslije predaje broda, na temelju aukcijske potvrde i drugih relevantnih dokumenata, kupac je ovlašten zatražiti formalan upis prava vlasništva na brodu u upisniku u koji je brod upisan, a prethodni vlasnik je dužan zatražiti brisanje svoga prava vlasništva iz upisnika.

U odredbama koje se odnose na prisilnu prodaju broda nije navedeno postupanje suda ako kupac koji je dao najbolju ponudu ne izvrši svoje obveze. Vjerojatno se u odredbi da ostatak iznosa mora biti plaćen u roku od sedam dana, osim ako se aukcijski odbor drugačije dogovorio s kupcem, krije diskrecijsko pravo suda da kupcu ostavi dodatni rok u kome će izvršiti svoje preostale obveze. Ipak, analognim tumačenjem članka 41. može se zaključiti da će sud odrediti održavanje novog ročišta sve dok se brod ne proda, ako kupac nije izvršio svoje obveze, jer je namirenje tražbina cilj i svrha sudske prodaje broda.⁴⁸

Članak 41. sadrži jedinstvene i specifične odredbe nepoznate drugim međunarodnim zakonodavnim pomorskim aktima, mada odredbe nisu sasvim jasno određene pa stvaraju nedoumice. Odredbe tog članka određuju da će se održati nova prodaja ili barem novo ročište za prodaju, ako je prodaja ništetna zbog zlonamjernog postupanja ponuditelja. Tu bi moglo biti uključeno i neplaćanje kupovnine sa svrhom da se odugovlačenjem postupka spriječi namirenje vjerovnika. Posebno su zanimljive predviđene sankcije u postupku prodaje broda. One su uperene prema ponuditeljima zbog njihovog nezakonitog postupanja ili sporazuma radi sprječavanja održavanja dražbe ili namirenja vjerovnika. Ponuditelji koji sudjeluju u zlonamjernom sporazumu odgovaraju za troškove i dužni su nadoknaditi svaki gubitak nastao njihovim raspoložbama. Pomorski sud može odrediti takvim ponuditeljima novčanu kaznu u iznosu ne manjem od deset posto, ali ne većem od trideset posto od najviše ponude na dražbi. Ove odredbe nisu precizirane i jasno utvrđene. Nije jasno kakav bi to mogao biti nezakonit i zlonamjerna sporazum ili postupanje ponuditelja te način i postupak kojim bi sud utvrdio takvo postupanje zainteresiranih strana postupka.⁴⁹

5. ZAKLJUČAK

Odredbe pojedinih članaka Pomorskog zakonika nisu potpune i izazivaju nedoumice te kao takve mogu biti nedostatne da pokriju moguće situacije koje bi se mogle pojaviti u praksi tijekom ovršnog postupka. Zakonodavac je posvetio prisilnoj prodaji udjela broda samo članak 924. PZ-a koji nije dostatan u reguliranju specifičnih pravnih odnosa u koje mogu ući suvlasnici broda, a s obzirom na karakteristike broda kao pokretnine koja se u stvarnopravnim raspolaganjima tretira nekretninom. U današnjem pomorskom prometu brodovi (posebno veći brodovi) rijetko su u vlasništvu jedne fizičke ili pravne osobe. Obično se kao vlasnici pojavljuju broderske

48 Hrvatski PZ je riješio takvu situaciju odredbama članka 902. stavka 1. po kojima će sud rješenjem prodaju oglasiti nevažećom i odrediti novu prodaju, ako kupac u određenom roku ne položi kupovninu.

49 Tekst Pomorskog postupovnog zakona NR Kine dostupan na: <http://www.jmlc.org/MPLChina.PDF>. Mrežna stranica pregledana 18. siječnja 2015.

kompanije - dionička društva u suvlasništvu više pravnih ili fizičkih osoba. Članak 924. određuje da se na prodaju udjela broda, uz neka odstupanja, primjenjuju odredbe o ovršnoj prodaji broda ne uzimajući u obzir specifičnosti instituta suvlasništva na brodu. Kao primjer potpunog i kvalitetnog rješenja instituta suvlasništva na brodu zakonodavcu bi *de lege ferenda* trebale poslužiti odredbe nizozemskoga Građanskog zakona. Minimum koji bi trebao poslužiti kao uzor u nadopuni odredbi o suvlasništvu iz članka 924. PZ-a je članak 170. nizozemskoga zakona.⁵⁰ U članku 170. nizozemskoga zakona jasno su utvrđena prava i zakonske mogućnosti upravitelja broda (jedan od suvlasnika) koji zbog spora s ostalim suvlasnicima mora odstupiti s položaja upravitelja te sudski rokovi u kojima može postupati. Prema odredbama hrvatskoga prava, u sličnoj situaciji, upravitelj broda (jedan od suvlasnika) jedino je ovlašten pokrenuti parnicu koja može biti dugotrajna i neizvjesna.

Cjelokupni postupak ovrhe na brodu (udjelima broda) radi namirenja novčane tražbine prati određena problematika koja stavlja zainteresirane strane u neizvjestan položaj. Niti najnovija novela PZ-a, Narodne novine, br. 56/13., uz neke manje nadopune koje se ne tiču prisilne prodaje udjela broda, nije bitno popravila stanje. Ključno pitanje je rješavanje pravnog statusa ovrhovoditelja kao pokretača i nositelja ovršnog postupka. Članak 865. PZ-a uzrok je njegova teškog položaja. U njemu je utvrđena obveza ovrhovoditelja da prethodno snosi troškove provedbe ovrhe, čuvanja i održavanja broda te da mu sud može odrediti polaganje predujma za namirenje troškova provedbe ovrhe. Na kraju ovrhovoditelj je dužan i položiti predujam troškova u roku koji mu odredi sud, a ako tako ne postupi sud će rješenjem obustaviti ovršni postupak. Ovrhovoditelj je već dovoljno oštećen činjenicom da je zbog tražbine koju ovršenik nije namirio morao pokrenuti ovrhu, a sad bi dodatno trebao biti izložen novim troškovima nepoznatog (vjerojatno znatnog) iznosa. Potpuno je jasno da članak 865. treba nadopuniti, jer je njime ovrhovoditeljev položaj izuzetno težak. Logično je da ovrhovoditelj snosi osnovne troškove provedbe ovrhe (sudske troškove, troškove oglašavanja ovrhe i druge) da bi postupak mogao započeti. Troškovi čuvanja i održavanja broda koje on mora podnijeti nisu logični. Naime, što se tiče troškova čuvanja i održavanja broda, vlasnik udjela - ovršenik i ostali suvlasnici imaju pravo vlasništva na brodu do donošenja rješenja o dosudi broda kupcu i dužni su čuvati i održavati svoj brod. Stoga bi ovrhovoditelja trebalo osloboditi troškova čuvanja i održavanja broda koje moraju podnijeti suvlasnici kao vlasnici stvari. Slučajevi u kojima sud može odrediti polaganje predujma troškova provedbe ovrhe i kriteriji za određivanje njegove visine nisu navedeni, a svakako bi trebali biti utvrđeni. Rok u kojem je ovrhovoditelj dužan položiti predujam nije jasno određen, premda u većem dijelu ovršnog postupka postoje fiksni rokovi u kojima su stranke dužne postupati. Sud može odrediti prekratak rok da bi ovrhovoditelj skupio dovoljan iznos i ostaje bez mogućnosti naplate svoje nesporne tražbine koja je utvrđena temeljem ovršne isprave.

Rješenje ove složene situacije moguće je kad bi sud imao ovlast odrediti ovrhovoditelju polaganje jednog određenog (prihvatljivog) iznosa predujma troškova (prema visini tražbine), u razumnom roku, kao garanciju da će platiti i sve druge troškove koji mogu nastati provedbom ovrhe.

50 Vidi supra odjeljak 2.1. Specifičnost suvlasništva na brodu po odredbama nizozemskog prava.

Dodatno se kao nužnost javlja i potreba uspostavljanja obveznog knjižnog režima za pomorske privilegije kako bi u svakom trenutku zainteresirane strane u postupku imale uvid u opterećenost broda (udjela broda) tražbinama.

Pravni položaj ostalih suvlasnika koji ne žele prodati svoj udio (odnosno ne žele prodaju cijelog broda) može biti nepovoljan. Oni kao posredni sudionici postupka ovrhe žele samo nastavak ekonomske eksploatacije broda, a u čemu mogu biti spriječeni. Kako najvjerojatnije nisu krivi za dug drugog suvlasnika (ovršenika) zaslužuju bolju zaštitu odredbama PZ-a. Odredbama bi trebalo dati ovlast sudovima da svojom diskrecijskom ocjenom, prema situaciji, ako je to moguće bez pokretanja dugotrajnog i skupog ovršnog postupka, odrede odgovornost dužnika prema vjerovniku i njegovom drugom imovinom (novčanom tražbinom). Kao primjer kvalitetnog rješenja, posebno u slučaju ovršne prodaje udjela broda, zakonodavcu bi *de lege ferenda* mogle poslužiti odredbe članka 915. crnogorskog Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi. Prema tom članku ovrha radi namirenja novčane tražbine prodajom broda može se dopustiti samo ako dužnik nema novčanih sredstava ili se ovrha na novčanim sredstvima dužnika nije mogla uspješno sprovesti.⁵¹

Zakonodavac bi trebao *de lege ferenda* uzeti u obzir i neke odredbe drugih pravnih sustava koje utvrđuju ovršnu prodaju broda (udjela broda). Odredbe ovršnog dijela PZ-a, osobito one koje se odnose na dražbenu prodaju broda, trebaju bolje zaštititi prava vjerovnika i dužnika (ovršenika), jer sadašnje to ne čine u najboljoj mjeri. Odredbe stavka 1. i 2. članka 876. PZ-a određuju da se na prvom ročištu za dražbu brod ne može prodati ispod jedne polovice utvrđene vrijednosti. Dakle, jedna polovica utvrđene vrijednosti broda najniža je prihvatljiva ponuda (osim ako sud ne odredi veću vrijednost kao najniže prihvatljivu). Ako se brod ne proda na prvom ročištu, sud će odrediti drugo ročište na kojemu se brod može prodati ispod polovice utvrđene vrijednosti, ali ne ispod jedne trećine te vrijednosti. Kako su brodovi, pa i udjeli broda, u pravilu opterećeni tražbinama različitih provenijencija, kad se cijena na dražbi približi iznosu od jedne polovice ili čak jedne trećine utvrđene vrijednosti, minimalne su šanse namirenja svih vjerovnika. Pogotovo je uskraćen ovršenik koji nema nikakve mogućnosti da se okoristi iznosom od prodajne cijene broda (udjela) preostalim nakon namirenja troškova postupka i tražbina vjerovnika. Iz ovih razloga stavak 1. i 2. članka 876. PZ-a treba nadopuniti kvalitetnijim rješenjima, koja se odnose na dražbenu prodaju broda, po uzoru na neke države kontinentalna pravnog kruga. Portugalski, španjolski i njemački zakon navode 70 % utvrđene vrijednosti broda kao minimalnu ponudu na javnoj dražbi. Kvalitetno je rješenje i talijanska Plovidbenog zakonika koji navodi isticanje utvrđene vrijednosti broda kao najniže prihvatljive ponude na prvom dražbenom ročištu. Ako se brod do tada ne proda, sud će organizirati nova ročišta na kojima će se vrijednost broda spuštati svaki put za 20 %. Kad se spusti na 40 % utvrđene vrijednosti, sud će odobriti izvansudsku prodaju broda. Ovakvim ili sličnim nadopunama odredbi PZ-a u punoj bi se mjeri ostvarila načela socijalnosti i zaštite stranaka u postupku.

51 Vidi supra odjeljak 4.2. Crna Gora.

Summary

CO-OWNERSHIP ON THE SHIP AND ENFORCEMENT ON THE SHIP SHARES

Unlike ownership of one person or entity to certain thing (ship), there is co-ownership as a main form of ownership in legal relationships with multiple carriers (subjects of law). Generally, in fact there may be a common property, co-owned by a similar legal institution, but only in cases where there is some law expressly specified. In accordance with the provisions of the Maritime Code, enforcement proceedings (court forced sales) in satisfaction of a monetary claim on a proposal from creditors (judgment creditors), except on the board, can be determined and implemented to share (shares) ship owned by the execution debtor. In this case, there must be an unambiguous understanding of the idea of joint ownership and co-ownership. The provisions relating to the forced sale of the entire ship will be applied to the forced sale of the ship, but with certain deviations. Therefore co-ownership, as a kind of property rights on the board, which contains some specifics in the case of forced sale of a ship owned distrainee might have immediate impact on the legal status of the other co-owners of the ship that are not parties to the proceedings. Also, during the forced sale of a ship (as well as the entire ship) comes to the fore the plight of judgment creditors (creditors), primarily due to incomplete provisions of the Maritime Code. The provisions of certain legal systems related to the forced sale of the ship or a share of the ship, contain some specifics that are worth analyzing.

Key words: *enforcement, ship shares, common ownership, co-ownership, bailiff.*

Zusammenfassung

MITEIGENTUM AM SCHIFF UND ZWANGSVOLLSTRECKUNG AM SCHIFFSANTEIL

Im Gegensatz zum Selbsteigentum, welches das Eigentum bestimmter Sachen (des Schiffes) einer natürlichen oder juristischen Person darstellt, bezieht sich das Recht auf Miteigentum auf die wichtigste Form des Eigentums im Rechtsverkehr mit mehreren Rechtssubjekten. Allgemein betrachtet spricht man auch vom gemeinsamen Eigentum, einem dem Miteigentum ähnlichen Rechtsinstitut, aber nur in den Fällen, in denen es das Gesetz ausdrücklich vorsieht. Im Einklang mit den Regelungen des Seegesetzbuches kann das Vollstreckungsverfahren für die Abwicklung von Geldforderungen über den Vorschlag der Zwangsvollstreckung bestimmt und durchgeführt werden, und zwar nicht nur für den Schiff sondern auch auf einen Anteil oder Anteile des Schiffes im Besitz des Miteigentümer-Schuldners. In solchem

Fall darf es keine Doppeldeutigkeit in Bezug auf das Konzept der gemeinsamen Verantwortung und des Miteigentumsanteils geben. In Rechtsgeschäften ist der Anteil des Schiffes eine unabhängige Sache, wie auch das ungeteilte Schiff, so dass der Besitzer frei damit umgehen kann, wenn er somit die Rechte anderer Miteigentümer des Schiffes nicht beeinträchtigt. Aus diesen Gründen werden die Vorschriften für die Zwangsversteigerung des ungeteilten Schiffes auch auf den Zwangsverkauf der Anteile des Schiffes angewandt aber mit einigen Ausnahmen. Deswegen enthält das Miteigentum des Schiffes, als eine Art des Eigentumsrechts, einige Besonderheiten, die im Falle des Zwangsverkaufs der Anteile des Schiffes, die im Besitz des Schuldners sind, direkte Auswirkungen auf den Rechtsstatus anderer Miteigentümer des Schiffes haben könnten, die keine Parteien des Verfahrens sind. Auch während des Zwangsverkaufs der Anteile des Schiffes, sowie des ganzen Schiffes, tritt in den Vordergrund die Not der Gläubiger vor allem aufgrund der unvollständigen Bestimmungen des Seegesetzbuches. Die Regelungen mancher Rechtssysteme, die sich auf den Zwangsverkauf des Schiffes oder eines Anteiles des Schiffes beziehen, enthalten bestimmte Besonderheiten, die analysiert werden sollten um ein Leitfadens für den Gesetzgeber in zukünftigen Änderungen des Seegesetzbuches zu sein.

Schlüsselwörter: *Ausführung, Anteil des Schiffes, gemeinsamer Eigentum, Miteigentum des Schiffes, vergleichende Analyse.*

Riassunto

COMPROPRIETÀ NAVALE ED ESECUZIONE FORZATA SULLE QUOTE DI PROPRIETÀ DELLA NAVE

A differenza della proprietà, che rappresenta la facoltà di una persona fisica o giuridica di disporre di un certo bene (nella fattispecie nave) in modo pieno ed esclusivo, la comproprietà rappresenta la forma principale di proprietà nei rapporti legali tra più titolari (comproprietari). In generale, per quanto concerne le cose, esiste anche la proprietà comune, un diritto simile alla comproprietà che, tuttavia, è applicabile solo nei casi in cui ciò viene esplicitamente indicato dalla legge. Ai sensi delle disposizioni del Codice della navigazione, l'esecuzione forzata ai fini di provvedere a saldare i debiti esistenti su proposta del creditore procedente, oltre che sull'intera nave, può essere applicata su una quota (o sulle quote) di proprietà della nave del comproprietario-debitore. In tal caso non deve sussistere l'ambiguità nell'interpretazione dei termini proprietà comune e comproprietà. Le disposizioni che si riferiscono alla vendita forzata dell'intera nave, vista come istituto del processo esecutivo civile, saranno applicate anche alla vendita forzata di una quota di proprietà della nave, tuttavia con alcune differenze. Di conseguenza, la comproprietà, intesa come una forma di diritto di proprietà sulla nave, contiene alcune peculiarità che in caso di vendita forzata di una quota di proprietà della nave del debitore potrebbero avere un impatto immediato sullo status legale dei rimanenti comproprietari della

nave, che non costituiscono parte nel processo. Inoltre, durante la vendita forzata di una quota di proprietà della nave, analogamente alla vendita dell'intera nave, viene messa in evidenza la posizione difficile dei creditori dovuta, innanzitutto, alle lacune presenti nelle disposizioni del Codice della navigazione. Le disposizioni di alcuni sistemi giuridici relative alla vendita forzata della nave o di una quota di proprietà contengono alcune peculiarità, le quali meritano di essere analizzate.

Parole chiave: *esecuzione forzata, quota di proprietà della nave, proprietà comune, comproprietà della nave, parti nel processo.*

OGRANIČENJA U PRIMJENI VALUTNE KLAUZULE NAČELIMA MORALNOG SADRŽAJA

Ivan Akrap, predavač
Sveučilišni odjel za stručne studije u Splitu
Mirella Rodin, sutkinja
Općinski sud u Rijeci, Stalna služba u Rabu

UDK: 336.748.7
Pr.: 27. kolovoza 2015.
Ur.: 18. studeni 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Odredba kojom se dopušta ugovaranje valutne klauzule u Republici Hrvatskoj uvedena je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima 1994. godine u cilju ostvarenja načela razmjernosti činidaba, radi tadašnje potrebe zaštite vjerovnika zbog deprecijacije nacionalne valute. Ujedno se nisu propisala ograničenja u primjeni iste, koja u okolnostima promjene vrijednosti valute za koju je tražbina vezana, može dovesti do neravnomyjernosti u pravima i obvezama stranaka.

U ovom radu obrazložit će se ekonomski, društveni i pravni ciljevi uvođenja zakonodavnih rješenja o valutnoj klauzuli te značaj pravnih pravila poslovnog morala kao ograničenja dodijeljenih prava na temelju valutne klauzule tijekom trajanja ugovornog odnosa. U tu svrhu razgraničit će se građanskopravni odnosi prema općim pravilima obveznog prava od onih posebnih sadržanih u pravu zaštite potrošača i trgovaca te će se obrazložiti njihov odnos. Nastavno, ispitat će se mogućnosti zaštite od nepoštenja u postupanju tijekom ugovornog odnosa s valutnom klauzulom prema tim posebnim granama prava u hrvatskom, europskom i međunarodnom pravu. Rad će se osvrnuti i na recentnu sudsku praksu koja u ugovorima s valutnom klauzulom nalazi bitne elemente aleatornosti, a koja isključuje primjenu načela moralnog sadržaja zbog promjene vrijednosti valorimetra. Zaključno, na temelju rezultata rada, autori će odgovoriti na pitanje ograničavaju li opća načela moralnog sadržaja primjenu valutne klauzule tijekom ugovornog odnosa.

Ključne riječi: *načelo monetarnog nominalizma, valutna klauzula, poslovni moral, načelo jednake vrijednosti činidaba, načelo savjesnosti i poštenja*

1. UVOD

Monetarne nestabilnosti, inflacije i deflacije javljale su se još u antičkim vremenima, u razdoblju industrijske revolucije, a najnaplašenije inflacije događale su se u zapadnim zemljama nakon Drugog svjetskog rata kada se svake godine za

određeni iznos novca moglo platiti sve manju količinu dobara i usluga. Tada se zapadni svijet suočio s deflacijom cijena, koja je zahtijevala zakonodavnu intervenciju.¹

U odnosima između privatnih stranaka takva ekonomska kretanja imala su učinke na određivanje opsega njihovih prava i obveza u trajnim ugovornim odnosima, kao što su ugovori o kreditu, zajmu, zakupu i dr. Naime, unatoč promjenama vrijednosti novca, primjenjivalo se načelo monetarnog nominalizma koje smatra vrijednost, odnosno kupovnu moć novca nepromjenjivom, točnije da ona uvijek odgovara nominalnoj vrijednosti novca, čime se prividno održava stabilnost novčane jedinice. Načelo monetarnog nominalizma prihvaćeno je u sudskoj praksi u prvoj polovici 20. stoljeća tumačenjem da je to ugovorna volja stranaka ugovora, pa se od toga može odstupiti samo ugovaranjem posebnih odredbi kojima se stranke štite od promjena vrijednosti novca.²

Kako promjena vrijednosti novca ne bi predstavljala rizik za ugovorne strane, danas se primjenjuje više vrsta zaštitnih vrijednosnih klauzula kao što su zlatna i valutna klauzula (čl. 2. st. 1. ZOO-a³), indeksna klauzula (čl. 23. ZOO-a), klizna skala (čl. 24. ZOO-a), klauzule o promjenjivim, varijabilnim kamatama.⁴

Cilj je ovog rada analizirati pravna pravila koja zabranjuju nepošteno postupanje tijekom ugovornog odnosa te ocijeniti njihovu primjenjivost na ugovore s valutnom klauzulom i to neovisno o vrsti ugovora i subjektima koji su stranke tog ugovora, a s obzirom na to da do sada o tome nije dostatno raspravljano u pravnoj znanosti i praksi. Zbog ograničenja postavljenim ciljem rada, isti se neće baviti pravilima koja propisuju zabranu nepoštenja pri sklapanju ugovora i u sadržaju ugovora, poput pravila o ništetnosti ugovora ili ugovorne odredbe zbog protupravnosti⁵ ili nemoralnosti ugovorene valutne klauzule⁶, kao niti pravilima o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima, primjenom kojih je donesena presuda u predmetu "Franak"

1 Hauser, Rita E., *The Use of Index Clauses in Private Loans: A Comparative Study*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 7, br. 3. (1958.), str. 350.

2 *Loc. cit.*, str. 351.

3 Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., dalje u tekstu: ZOO).

4 Više o tome v. u: Giunio, Miljenko, *Pravni poslovi u stranoj valuti i valutna klauzula*, Hrvatska gospodarska revija, (48), 1999.

5 Zahtjev za apstraktnu kontrolu ustavnosti valutne klauzule, odnosno ukidanje spornog 22. članka ZOO-a, u siječnju 2011. podnijela je Hrvatska udruga radničkih sindikata (HURS) o kojoj do danas nije odlučeno.

6 Vrhovnisudjeupresudiposl.br.Rev-1501/11-2od12.3.2013.naveo: "*Kodnespornečinjenicedasu stranke u kupoprodajnom ugovoru cijenu nekretnina ugovorile uz primjenu tzv. valutne klauzule dopuštene odredbom čl. 395. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96. i 112/99.), jasno je da takva ugovorena kupoprodajna cijena nekretnina nema značaj nedopuštenog raspolaganja, niti da bi zbog toga predmetni ugovori bili ništavi u smislu odredbe čl. 103. ZOO-a*».

⁷ te u odnosu na koje je donesena bogata europska praksa.⁸ Rad se također neće baviti gospodarskim, društvenim i monetarnim učincima ugovora s valutnom klauzulom, koje su aktualne javne, političke i ekonomske teme.

2. POJAM I SVRHA VALUTNE KLAUZULE

Valutna klauzula kao sredstvo zaštite vrijednosti novčane obveze strogo je vezana uz načelo monetarnog nominalizma. Dakle, kada obveza ima za činidbu iznos novca, dužnik je dužan platiti onaj broj novčanih jedinica za koji obveza glasi, osim kad zakon određuje što drugo.⁹ Budući da se kupovna snaga, tj. vrijednost novca prema drugim robama i uslugama neprestano mijenja, valutna klauzula, kao i druge zaštitne vrijednosne klauzule upravljene su na očuvanje omjera vrijednosti stranačkih činidaba kakav je postojao u trenutku sklapanja ugovora.¹⁰ Neugovaranje zaštitne klauzule u sustavima koji prihvataju načelo monetarnog nominalizma, može dovesti do povrede načela jednake vrijednosti činidaba. Stoga, uz načelo monetarnog nominalizma, proklamiranog u članku 21. ZOO-a, nužno je dopustiti instrument

7 Predmet posl. br. P- 1401/2012. koji se vodi pred Trgovačkim sudom u Zagrebu pokrenut je temeljem kolektivne tužbe Potrošača - Hrvatskog saveza udruga za zaštitu potrošača protiv Zagrebačke banke d.d., PBZ d.d., Erste & Steiermärkischebank d.d., Raiffeisenbank Austria d.d., Hypo Alpe-Adriabank d.d., OTP banke Hrvatska, Societe Generale - Splitske banke d.d., Sberbanke d.d. Ovaj predmet izazvao je značajan interes javnosti, jer se prema izvorima iz medija, pretpostavlja da je kredit s valutnom klauzulom u CHF sklopilo od 52.000 do 53.000 građana. U tom predmetu se u odnosu na valutnu klauzulu zahtijevalo utvrđenje da je ništetna i nepoštена ugovorna odredba u ugovorima o potrošačkom kreditiranju - ugovorima o kreditima kojom je ugovorena valuta uz koju je vezana glavnica švicarski franak, a da prije zaključenja i u vrijeme zaključenja predmetnih ugovora banke kao trgovci nisu potrošače u cijelosti informirale o svim potrebnim parametrima bitnim za donošenje valjane odluke utemeljene na potpunoj obavijesti, a tijekom pregovora i u svezi sa zaključenjem predmetnih ugovora o kreditu, što je imalo za posljedicu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana, kao protivno odredbama tada važećega Zakona o zaštiti potrošača (Narodne novine, br. 96/03.) u razdoblju od 1.4.2005. godine do 6.8.2007. godine i to člancima 81., 82. i 90., a od 7.8.2007. do 31.12.2008. godine protivno odredbama tada važećega Zakona o zaštiti potrošača (Narodne novine, br. 79/07., 125/07., 75/09., 79/09., 89/09., 133/09.) i to člancima 96. i 97. Zakona o zaštiti potrošača te suprotno odredbama Zakona o obveznim odnosima.

8 Primjerice presude Suda pravde Europske unije C-618/10 od 14. lipnja 2012. Banco Español de Crédito SA protiv Joaquín Calderón Camino (ECLI:EU:C:2012:349), C-472/10 od 26. travnja 2012. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság protiv Invitel Távközlési Zrt. (ECLI:EU:C:2012:242), C-92/11 od 21. ožujka 2013. RWE Vertrieb AG protiv Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. (ECLI:EU:C:2013:180), C-26/13 od 30. travnja 2014. Árpád Kásler i Hajnalka Káslerné Rábai protiv OTP Jelzálogbank Zrt. (ECLI:EU:C:2014:282), C-453/10 od 15. ožujka 2012. Jana Pereničová i Vladislav Perenič protiv SOS financ spol. s r. o. (ECLI:EU:C:2012:144), C-169/14 od od 17. srpnja 2014. Juan Carlos Sánchez Morcillo i Mariadel Carmen Abril García protiv Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA. (ECLI:EU:C:2014:2099), C-348/14 od 9. srpnja 2015. Maria Bucura protiv SC Bancpost SA. (ECLI:EU:C:2015:447).

9 Čl. 21. ZOO-a.

10 Gorenc, Vilim; Česić, Zlatko; Kačer, Hrvoje; Momčinović, Hrvoje; Pavić, Drago; Perkušić, Ante; Pešutić, Andrea; Slakoper, Zvonimir; Vidović, Ante; Vukmir, Branko; Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF, Zagreb, 2005., str. 54.

korekcije eventualne povrede načela jednake vrijednosti činidbi, jer načelo monetarnog nominalizma uvijek pogoduje jednoj strani ili dužniku ili vjerovniku, ovisno o tome je li se kupovna moć smanjila ili povećala.¹¹

Valutna klauzula trenutno je najaktualniji korektiv ovom načelu. Ona predstavlja vezivanje vrijednosti ugovorene novčane obveze u domaćoj valuti uz tečaj neke druge (strane) valute (euro, švicarski franak, američki dolar i sl.) u trenutku ispunjenja. Tehnika ugovaranja valutne klauzule pretpostavlja postojanje (najmanje) dviju valuta. Jedna je valuta valorimetar i prema njoj se određuje broj novčanih jedinica koji će biti isplaćen u drugoj valuti – valuti plaćanja.¹²

Prema članku 22. stavak 2. ZOO-a obveza se ispunjava u valuti Republike Hrvatske prema prodajnom tečaju koji objavljuje devizna burza, odnosno Hrvatska narodna banka i koji vrijedi na dan dospjelosti, odnosno po zahtjevu vjerovnika, na dan plaćanja.¹³ Kako je u Republici Hrvatskoj zakonsko sredstvo plaćanja kuna¹⁴ nije dopušteno ispunjenje novčane obveze u stranoj valuti, čak i ako bi kao takvo bilo ugovoreno. Međutim, ugovaranje takve odredbe ne bi imalo za posljedicu ništetnost takvog ugovora, nego bi se jednostavno izvršila konverzija te valute u kune prema prodajnom tečaju Hrvatske narodne banke koji vrijedi na dan dospjelosti, odnosno pa zahtjevu vjerovnika na dan plaćanja.

3. CILJ UVOĐENJA VALUTNE KLAUZULE U HRVATSKI PRAVNI SUSTAV

Valutna klauzula uvedena je u hrvatski pravni sustav 1994. godine Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima.¹⁵ U obrazloženju prijedloga Zakona navodi se: *“Sadašnji članak 395. Zakona propisuje sankciju za onoga tko protivno izričitoj zakonskoj odredbi ugovori plaćanje u stranoj valuti. U tom slučaju vjerovnik može zahtijevati ispunjenje obveze u domaćoj valuti i to po tečaju koji je važio trenutku nastanka obveze. Time se isključuje revalorizacija obveze, a samim tim i uporaba valutne klauzule. Navedenom odredbom Zakona onemogućuje se, međutim, primjena nekih temeljnih načela Zakona o obveznim odnosima - načela jednake vrijednosti davanja (čl. 15. Zakona). To je razumljivo budući da se primjena ovog načela ne može očekivati i nije nužna kod primjene odredbe Zakona koja propisuje sankciju za onoga tko je kod ugovaranja novčane obveze protupravno postupio. S druge strane, međutim, uobičajena je pojava da stranke ispunjenje novčane obveze vezuju za vrijednost izraženu u stranoj valuti, najčešće DEM te u pravilu određuju da će se ugovorna obveza izvršiti u dinarskoj protuvrijednosti na dan isplate (ukoliko uopće dogovore isplatu duga u dinarskoj protuvrijednosti strane valute). Navedeno*

11 Unatoč kritici da pogoduje jednoj ili drugoj strani pa je stoga protivno načelu pravičnosti, ono olakšava ulogu novca kao općeg prometnog sredstva, tj. posrednika u prometu robe i usluge i omogućava njegovo brzo kolanje. Tako Grbin, Ivo u: Ugovaranje zlatnih i valutnih klauzula, *Zakoni*, (47), 1993., br. 1, str. 52.

12 Giunio, Miljenko, op. cit., str. 81.

13 Odredba je dispozitivne naravi pa stranke mogu ugovoriti i drugi tečaj.

14 Čl. 21. Zakona o Hrvatskoj narodnoj banci (*Narodne novine*, br. 75/08., 54/13.).

15 *Narodne novine*, br. 3/94.

postupanje uzrokovano je u prvom redu visokom stopom inflacije, kao i gospodarskim promjenama koje su u tijeku u Republici Hrvatskoj.”

Dakle, razlog uvođenja valutne klauzule u hrvatski pravni sustav bila je prilagodba postojećoj gospodarskoj situaciji i već usvojenoj praksi kod ugovaranja novčanih obveza, kod kojih se ispunjenje takve obveze vezivalo uz vrijednost izraženu u najčešće njemačkoj marki¹⁶, a sve zbog izrazito visoke inflacije koja je bila izražena krajem 80–ih i početkom 90–ih godina.¹⁷ Tijekom vremena institut valutne klauzule postao je uobičajen u poslovnoj praksi kod sklapanja ugovora o kupoprodaji nekretnina, zakupu, najmu, zajmu, kreditu, *leasingu* itd. tako što se ugovorena cijena izračunava na temelju tečaja kune u odnosu na određenu stranu valutu. Takva praksa usvojena je radi ostvarenja jednog od temeljnih načela obveznog prava – načela jednake vrijednosti činidaba.¹⁸ Do ovih je izmjena vjerovnik mogao zahtijevati ispunjenje obveze samo u domaćoj valuti i to prema tečaju koji je važio u trenutku nastanka obveze, čime je zbog inflacije dolazilo do povrede ovog načela, na štetu vjerovnika. Prema tome, pravni cilj uvođenja valutne klauzule bio je zaštita načela jednake vrijednosti činidaba.

4. UČINCI VALUTNE KLAUZULE

Valutna klauzula smatra se zaštitnim sredstvom vjerovnika kako bi se njegovo potraživanje zaštitilo od promjena vrijednosti novca u razdoblju između nastanka novčane obveze i trenutka njezina dospijeca tj. kako bi se vezivanjem novčane obveze uz “čvrstu” valutu uklonio valutni rizik. U promijenjenim ekonomskim prilikama može doći i do same promjene vrijednosti valorimetra, odnosno valute prema kojoj se izračunava vrijednost obveze.¹⁹ Stoga se valutna klauzula u praksi, najčešće kod ugovora o kreditu, počela koristiti u kombinaciji s drugim zaštitnim sredstvom vjerovnika, a to je promjenjiva, varijabilna kamata, kojom vjerovnik za sebe ostavlja mogućnost eliminacije rizika same valutne klauzule.²⁰ Korištenjem zaštitnog sredstva

16 Razlog zbog kojeg se vrijednost ugovorene novčane obveze vezivala baš uz tečaj njemačke marke prvenstveno je bila stabilnost te valute u odnosu na tadašnji dinar, odnosno poslije kunu, ali i rezultat priljeva te valute s njemačkog tržišta, jer je velik broj stanovništva koji je bio na privremenom radu u inozemstvu, radio i zarađivao u Saveznoj Republici Njemačkoj, pa su i depoziti u bankama bili u toj valuti.

17 Stopa inflacije iznosila je na godišnjoj razini 1988. - 239.3 %; 1989. - 2181.9 %; 1990. - 66.5 %; 1991. - 233.4 %; 1992. - 796.5 %; 1993 - 851.5 %. Usp. <http://www.dzs.hr/app/rss/stopa-inflacije.html> (30.6.2015.).

18 Vidi na primjer presude VSRH Rev – 2872/1991 od dana 12. 2. 1992., VSRH Rev – 2359/1994-2 od 15. 10. 1997.

19 Početkom financijske krize 2008. godine švicarski franak izgubio je status “valute sigurnog utočišta” te je u odnosu na kunu došlo do rasta njegove vrijednosti, tako je tečaj CHF u odnosu na KN 1. 1. 2008. iznosio 4,428403, 1. 1. 2009. 4,916034, 1. 1. 2010. 5,066286, 1. 1. 2011. 5,904603, a njegova najviša razina u odnosu na kunu bila je 3. 2. 2015. kada je tečaj iznosio 7,291236.

20 U predmetu Franak (P-1401/2012, Trgovački sud u Zagrebu) utvrđena je ništetnost nepoštenih ugovornih odredbi u ugovorima o potrošačkom kreditiranju promjenjive redovne kamatne stope, jer prije zaključenja i u vrijeme zaključenja ugovora banke i potrošači nisu pojedinačno

promjenjive kamate, vjerovnik ujedno dolazi i u bolji pravni položaj od dužnika, jer za razliku od njega, vjerovnik može intervenirati u ugovorni odnos, što može dovesti i do neravnopravnosti u zaštiti ugovornih strana.²¹

Početak 20. stoljeća u Republici Hrvatskoj se pod utjecajem prava Europske unije posebno štite prava potrošača.²² Naime, zaštita potrošača je u javnom interesu Europske unije i država članica²³, no valja dodati da je također u javnom interesu i pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Stoga, u svakom pravnom odnosu potrebno je zaštititi interese vjerovnika i dužnika, odnosno trgovaca i potrošača, kao i javni interes. Međutim, zbog razvoja i kompleksnosti tržišta, ravnomjerna zaštita interesa svih sudionika tržišta, kao i javnog interesa je kao pokretna meta.

Tako je primjerice, financijska kriza koja je započela 2008. godine ukazala na ponovnu potrebu zakonodavne intervencije.²⁴ U Direktivi 2014/17 od 4. veljače 2014. o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i o izmjeni Direktiva 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010. (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/17), u odnosu na valutnu klauzulu u točki 4. preambule, navodi se da su potrošači uzeli kredite nominirane u stranoj valuti kako bi ostvarili korist od ponuđene stope zaduživanja, ali bez primjerenih informacija o tome ili razumijevanja tečajnog rizika koji je s time povezan.²⁵ Kao uzrok tim problemima vidi tržišne i

pregovarali i ugovorom utvrdili egzaktno parametre i metodu izračuna tih parametara. Više o analizi ugovornih klauzula o varijabilnim kamatama u potrošačkim ugovorima s osvrtom na predmet Franak, vidi Petar Miladin, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Godišnjak, 21, 2014., Organizator, Zagreb, 2014., str. 37-62.

- 21 Naime, banke redovito u svojim ugovorima stipuliraju pravo na promjenu kamatne stope i u općim uvjetima poslovanja određuju parametre kojima se vode kod donošenja odluke o korekciji promjenjive kamatne stope, vezujući ih uz referentnu kamatnu stopu (LIBOR, EURIBOR) ili nacionalnu referentnu stopu prosječnog troška financiranja hrvatskoga bankovnog sektora ili prinos na Trezorske zapise Ministarstva financija ili prosječnu kamatnu stopu na depozite građana u odnosnoj valuti. Pravo na izmjenu ugovorene kamate imaju samo banke, dok dužnik nema mogućnost utjecaja na izmjenu kamatne stope u slučaju promijenjenih okolnosti na tržištu, niti ima neki drugi sličan instrument kojim bi intervenirao u postojeći ugovorni odnos, čime se narušava ravnopravnost ugovornih strana.
- 22 Prvi posebni Zakon o zaštiti potrošača u Republici Hrvatskoj donesen je 29. svibnja 2003. godine (Narodne novine, br. 96/03.), a do tada su se primjenjivale odredbe Zakona o trgovini (Narodne novine, br. 53/91. kojim je preuzet Zakon o trgovini (Službeni list SFRJ, br. 46/90., 77/92. i 26/93.) koji je sadržavao samo 10 članaka o zaštiti potrošača.
- 23 U novije vrijeme Europska unija radi i na donošenju propisa zaštite malih i srednjih poduzetnika kao slabije kategorije subjekta, manje pregovaračke moći u odnosima s drugim, jačim trgovcima. O zaštiti malih i srednjih poduzetnika kao slabije kategorije subjekta na području ugovornog prava vidi: Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law {SEC (2011) 1165 final} {SEC (2011) 1166 final}, a na području nepoštenog trgovanja: Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food And Non-Food Supply Chain in Europe, broj dokumenta: 52013DC0037.
- 24 Više o razvoju europskog prava o potrošačkom kreditiranju i utjecaju gospodarske krize iz 2008. godine na europsko zakonodavstvo o potrošačkom kreditiranju vidi: Ramsay, I., *Changing Policy Paradigms of EU Consumer Credit and Debt Regulation*, dostupno na: www.academia.edu/8019833/Changing_Policy_Paradigms_of_EU_Consumer_Credit_and_Debt_Regulation.
- 25 U predmetu Kásler i Káslerné Rábai, ECLI:EU:C:2014:282 od 30.4.2014. Sud je u tumačenju

regulatorne propuste, kao i druge čimbenike poput opće gospodarske situacije i niskih razina financijske pismenosti te druge probleme koji uključuju nedjelotvorne, nedosljedne ili nepostojeće režime za kreditne posrednike i nekreditne institucije koji nude kredite za stambene nekretnine. Nadalje, navodi se da utvrđeni problemi imaju potencijalno značajne makroekonomske učinke prelijevanja te mogu dovesti do štete za potrošača, djelovati kao gospodarske ili pravne prepreke prekograničnim aktivnostima i stvoriti nejednake uvjete za uključene sudionike.

U Republici Hrvatskoj zakonodavac je nakon uvođenja valutne klauzule u hrvatski pravni sustav dosada više puta intervenirao u postojeće potrošačke ugovore o kreditu s valutnom klauzulom pozivajući se na zaštitu javnog interesa - promicanje gospodarskog i kulturnog napretka te socijalnog blagostanja, kao i na zaštitu Ustavom²⁶ zajamčenih prava građana. U Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju iz 2015.²⁷ zakonodavac je ponovno kao razlog naveo zaštitu načela jednake vrijednosti činidaba: "*Zajedničko obilježje svih modernih demokratskih država je zaštita ekonomski slabije strane u poslovnim transakcijama na tržištu, stoga zakonodavac, zbog evidentnog nerazmjera uzajamnih činidbi, ima zadatak da propisima osigura zaštitu fizičkih osoba - potrošača kada kupuju na tržištu proizvode i usluge za svoje osobne potrebe.*"

Navedenim zakonodavnim intervencijama pružena je *ad hoc* zaštita određenoj društvenoj skupini - potrošačima, u određenoj situaciji i to samo kod sklopljenih ugovora o kreditu s trgovcima. Stoga, takva regulacija ima ograničeni učinak s obzirom na osobe, materiju i ekonomsku situaciju na koju se odnosi. Međutim, postavlja se pitanje postoje li opća ograničenja u primjeni valutne klauzule tijekom ugovornog odnosa, koja se odnose na sve vrste ugovora i tržišne sudionike.

5. OPĆENITO O MORALNIM PRAVNIM PRAVILIMA KAO OGRANIČENJU PRAVA

U obveznom pravu još su rimski pravници postavili brojna pravna načela koja su izveli iz moralnih pravila. Postupak humanizacije prava u rimskoj pravnoj tradiciji započeo je pod utjecajem grčke filozofije o etici, prvo uvođenjem u pravo moralnog pravila *bona fides*, koje je značilo poštovanje obećanja i izvršenje dužnih činidaba²⁸, a zatim usvajanjem i drugih pravila poput *contra bonos mores, neminem leadere* itd.²⁹

čl. 4. st. 2. Direktive 93/13. naveo da ugovorna odredba mora biti jasno i razumljivo sastavljena **što** podrazumijeva obvezu ne samo da konkretna odredba potrošaču bude gramatički razumljiva nego i da ugovor razvidno izloži funkcioniranje konkretnog mehanizma konverzije u stranu valutu na koji se poziva dotična odredba kao i odnos između tog mehanizma i mehanizma propisanog drugim odredbama koje se tiču isplate kredita, tako da je potrošač na temelju točnih i razumljivih kriterija može procijeniti ekonomske posljedice koje iz toga za njega proizlaze.

26 Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.).

27 Narodne novine, br. 102/15.

28 Horvat, Marijan, *Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava*, Zagreb, 1939., str. 153.

29 *Bona fides* je u sustav starog civilnog prava ušla u procesnoj formuli: *quid dare facere oportet ex fide bona*, a tek kasnije je dobilo materijalno značenje koje je i danas izraženo načelom

Rimsko pravo poslužilo je kasnije za stvaranje nepristranog prava temeljenog na moralnoj filozofiji.³⁰Tako od antičkih vremena, nastanak i oblikovanje prava te njegovo izvršavanje ne smije biti u suprotnosti s moralnim pravilima. Prvo, načela moralnog sadržaja kao načela pravičnosti, pomažu u primjeni i tumačenju pravnih pravila (tzv. *aequitas infra legem* - pravičnost iza zakona), a drugo, pomažu u popunjavanju pravnih praznina kod rješavanja konkretnih slučajeva (*aequitas praeter legem* - pravičnost uz zakon).³¹

Za razliku od dispozitivnih normi koje posebice prevladavaju u obveznom pravu, moralna pravila su kogentne norme. Stoga, odredbe moralnog sadržaja nomotehnički se propisuju kao dužnost ili kao zabrana (dužnost poštenog postupanja - zabrana nepoštenog postupanja, dobra vjera - loša vjera). Kada se propisuju kao zabrana, tada uvijek povreda tog pravila za izravnu posljedicu ima dužnost naknade štete, jer zabrana implicira protupravnost. Tako na primjer počinjenje nepoštene poslovne prakse, nepoštenog trgovanja ili zlouporabe prava, za koje je propisano da je zabranjeno, za posljedicu ima naknadu štete te se ne zahtijeva postojanje krivnje, već je dovoljno da je došlo do povrede.³² Bilo da se propisuju kao pozitivna (dužnost) ili negativna definicija (zabrana), moralna pravila su ograničenje svakog pravnog odnosa i dodijeljenog prava.

Moralna pravila normirana su na način da su u nekim slučajevima pravne norme preuzele sadržaj moralnih normi tako da su moralne norme, postale pravne (npr. nije moralno drugom prouzročiti štetu, sadržano je u pravnoj normi zabrane prouzročenja štete, lat. *neminem laedere*) ili pravne norme upućuju na primjenu moralnih normi, primjerice, u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja; ugovor koji je protivan moralu društva je ništetan. U tim slučajevima moralne norme primjenjuju se izravno i izvor su prava. Izrazi poput “dobri trgovački običaji”, “poštena poslovna praksa”,

savjesnosti i poštenja sadržanim u čl. 4. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15.). Moralna pravila su se prvo počela uvoditi u procesna pravna pravila tijekom druge polovice Republike, kada su se uvele promjene tako što se pretor (*pro praetore*), posebni magistrat za pravosuđe više nije trebao držati utvrđenih tužbenih oblika, već je mogao izdati formulu - edikt kada je smatrao da tužitelj treba dobiti pravnu zaštitu. U praksi radi razvoja prometa i neformalnih pogodbi pretor je omogućavao pravnu zaštitu pamičnoj stranci kada je to prema njemu zahtijevao naravni osjećaj pravde – više o tome vidi: P. Stein, *Rimsko pravo u Europi, Povijest jedne pravne kulture, Golden marketing - Tehnička knjiga*, Zagreb, 2007., str. 16-19. Nakon usvajanja *bona fides*, uslijedilo je prihvaćanje i drugih edikata koji su također naglašavali *aequitas*, kao što su *metus* i *dolus*. Zatim edikti *de convicio* i *de adtemptata pudicitia* koji su sadržavali pravne sankcije za povredu načela *contra bonos mores*, vidi: Plescia, J., *The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, RIDA, 3. serija, Tom XXXIV, Office International des Periodiques, Bruxelles, 1987., str. 277. i 278.

30 O moralnim temeljima u današnjem privatnom pravu vidi i Gordley, J., *The moral foundations of private law*, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, 2002.

31 Navedeno načelo primijenjeno je na primjer u odluci Županijskog suda u Zagrebu u predmetu XXXIII Gž-1542/2007 od 1. prosinca 2009. – vidi: Petrak, M., *Traditio iuridica*, vol. I, *Regulae iuris*, Novi informator, Zagreb, 2010.

32 Čl. 63. st. 2. i čl. 65. st. 1. Zakona o trgovini (Narodne novine, br. 87/08., 96/08., 116/08., 76/09., 114/11., 68/13., 30/14., dalje u tekstu: ZT), čl. 31. Zakona o zaštiti potrošača (Narodne novine, br. 41/14., dalje u tekstu: ZZP), čl. 6. ZOO-a. Vidi i Gorenc i dr., op. cit., str. 15.

“savjesnost i poštenje”, “moral društva” kojima se upućuje na primjenu moralnih normi su nepravni koncepti, jer se njihovo značenje utvrđuje u svakom konkretnom slučaju sukladno važećim moralnim pravilima.

Moralna pravila po svom sadržaju mogu biti različita pa kada pravna norma upućuje na primjenu moralnih pravila, treba utvrditi gdje je granica od koje pravo pruža pravnu zaštitu moralu, jer pravo ipak ne usvaja sva moralna pravila. Naime, izuzetci su beznačajna moralna pravila. Tako u poslovnom prometu neće sva nemoralna postupanja biti zabranjena, kao na primjer prešućivanje da se u drugoj trgovini ista roba prodaje po nižoj cijeni, da će roba koju kupac namjerava kupiti sljedećeg tjedna biti na akciji i sl. Konačna ocjena o tome hoće li se neko nemoralno postupanje, ako nije posebnim propisom izričito zabranjeno, podvesti pod zabranu određenog moralnog pravila je na sucu koji će odluku o tome donijeti cijeneći sve okolnosti konkretnog slučaja.

6. NAČIN UTVRĐIVANJA POVREDE POSLOVNOG MORALA I UPOTREBA DUŽNE PAŽNJE KOD RAZLIČITIH KATEGORIJA SUBJEKATA

Moral ili javni moral (*public morality*) obuhvaća dvije vrste moralnih pravila, pravila osobnog morala i pravila poslovnog morala. Dok se osobni moral vezuje uz samu osobu te se odnosi na nemoralno postupanje u privatnom, javnom i političkom djelovanju, poslovni moral vezuje se uz osobu kao poslovnog subjekta (fizičku ili pravnu) te se odnosi na poslovno i ekonomsko djelovanje. Za razliku od osobnog morala, koji ima naglašeniji nacionalni karakter, jer ovisi o društvu i razini razvoja društva³³, poslovni moral uglavnom zahtijeva manje ili više ista pravila igre na nacionalnom, regionalnom ili međunarodnom tržištu.

Valutna klauzula unosi se u ugovore s novčanom obvezom koji se u pravilu odnose na poslovno, odnosno ekonomsko djelovanje ugovornih strana. Ovisno o tome, dokazuje se i sadržaj norme poslovnog morala. Naime, dok sudac povredu osobnog morala utvrđuje sa stajališta društva kojem pripada u određenom vremenu na određenom području, ovisno o svom moralnom osjećaju, koji odgovara većinskom stajalištu društva u cijelosti (etičko načelo), što se smatra nepoštenim i nemoralnim u poslovnom prometu, trebalo bi se utvrđivati ovisno o stajalištu poslovnih krugova na tržištu (empirijsko načelo). Dakle, poslovni moral, ako ne postoje nekakvi etički kodeksi pojedine struke u kojima se povrede izričito navode³⁴ primjerenije

33 No, i unutar društva postoje različiti svjetonazori; konzervativni ili moderni. Razlike među društvima upravo su najnaglašenije u većinskim stajalištima o moralu u osobnim stvarima (pitanja istospolnih zajednica, pobačaja, eutanazije i sl.). Primjerice u Republici Hrvatskoj se 1. prosinca 2013. godine održao referendum o uvođenju u Ustav definicije braka o životne zajednice žene i muškarca, kada su se pokazale razlike u shvaćanju moralnih normi između pripadnika istog društva. Sudac odluku o tome je li nešto protivno moralu donosi na temelju vlastitog moralnog osjećaja koje mora biti u skladu s vladajućim moralom u društvu, što u praksi može dovesti do, za određeni dio javnosti, dvojbenih odluka.

34 Kodeks etike u poslovanju posrednika u prometu nekretninama, kodeks etike za profesionalne računovođe i dr.

je dokazivati kao činjenicu dokaznim sredstvima, poput vještačenja, ispravama o postupanju drugih sudionika na tržištu i dr., budući da sud u pravilu nema posebna znanja o tome smatraju li se nemoralnima neke ugovorne klauzule ili postupanje u pojedinoj struci.³⁵

Osim utvrđivanja sadržaja pravila poslovnog morala i njegovog kršenja, sud treba utvrditi i jesu li sudionici tog odnosa upotrijebili dužnu pažnju. Naime, odgovornost ili pravo zbog povrede pravila poslovnog morala, ovisit će o stupnju pažnje koju su sudionici u određenom odnosu dužni primijeniti.

Prema ZOO-u osobe koje se profesionalno bave određenom djelatnošću dužne su u poslovnom prometu postupati s pažnjom dobrog stručnjaka (čl. 10. st. 2. ZOO); obrtnici, trgovci pojedinci, trgovci i sve pravne osobe dužne su postupati s pažnjom dobrog gospodarstvenika, a svi ostali s pažnjom dobrog domaćina (čl. 10. st. 1. ZOO-a). Zbog potrebe postupanja s povećanom pažnjom, zaštita može biti izričito isključena kod trgovačkih odnosa, kao na primjer kod prekomjernog oštećenja.³⁶

U drugoj polovici dvadesetog stoljeća razvija se posebna zaštita potrošača,³⁷ tako da su trgovci u odnosu s potrošačima dužni postupati s profesionalnom pažnjom koja u smislu odredbe iz čl. 5. toč. 19. ZZP-a znači standard strukovnih sposobnosti i stupanj pažnje za koje se razumno očekuje da će ih trgovac primjenjivati u odnosu s potrošačem, a koje su u skladu s poštenom poslovnom praksom i načelom savjesnosti i poštenja na području djelovanja trgovca. Iako se od trgovca zahtijeva da s povećanom pažnjom postupi prema potrošaču, tako što mu se nameću dodatne obveze (npr. obavještanje potrošača i sl.), ipak to ne znači potpunu negaciju pravila *caveat emptor* – neka kupac pazi. Naime, iako se u ZZP-u ne navodi kakvu pažnju mora upotrijebiti potrošač, prema europskoj praksi pretpostavlja se da je prosječan potrošač razumno dobro informirana osoba koja razumno zamjećuje i sumnja.³⁸ Primjerice, Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi³⁹ u preambuli navodi da kao mjerilo postavlja prosječnog potrošača koji je u razumnoj mjeri obaviješten, pažljiv i oprezan, uzimajući

35 Rodin, Mirella, Protivnost moralu (*contra bonos mores*) kao razlog nevaljanosti ugovora, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 2, 1109-1137, 2013., str. 1126 i 1127.

36 Čl. 375. st. 5. ZOO-a.

37 Europska unija (tada Europska ekonomska zajednica) je 14. travnja 1975. godine donijela Rezoluciju Vijeća o preliminarnom programu Europske ekonomske zajednice za politiku zaštite potrošača i informiranje. To je predstavljalo formalnu inauguraciju te politike na EU razini u kojoj se objašnjava da se potrošač ne vidi više samo kao kupac ili korisnik dobara ili usluga za osobne, obiteljske ili grupne potrebe već i kao osoba suočena s različitim aspektima društva koji mogu utjecati na njega izravno ili neizravno kao potrošača te su se interesi potrošača iskazali kroz pet temeljnih prava: pravo na zaštitu zdravlja i sigurnosti, pravo na zaštitu ekonomskih interesa, pravo na naknadu, pravo na informiranje i edukaciju i pravo na predstavljanje (pravo biti saslušan) - S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Edward Elgar, 2013.

38 Hilty, R. M., Henning-Bodewig, F., *MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Law Against Unfair Competition, Towards a New Paradigm in Europe?*, Springer – Verlag Berlin Heidelberg, 2007., str. 105.

39 Direktiva 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća – u daljnjem tekstu Direktiva 2005/29/EZ (*OJL 149, 11.6.2005*).

u obzir socijalne, kulturne i jezične čimbenike, kao što to tumači Sud. Ona, također, sadrži odredbe čiji je cilj spriječiti iskorištavanje potrošača kojega njegova obilježja čine posebno ranjivim u odnosu na nepoštenu poslovnu praksu.⁴⁰ Ako je poslovna praksa posebno usmjerena na određenu skupinu potrošača kao što su djeca, poželjno je da se učinak prakse ocjenjuje sa stajališta prosječnog člana skupine. Dodaje se da test prosječnog kupca nije statistički test, već će nacionalni sudovi i druga tijela morati izvršavati pravo vlastitog prosuđivanja uzimajući u obzir praksu Suda EU-a kako bi utvrdili tipičnu reakciju prosječnog potrošača u danom slučaju. Sud EU-a je u predmetu Korn⁴¹ naveo da europsko pravo ne isključuje mogućnost da nacionalni sud u dvojbenim slučajevima može pod propisanim uvjetima u svom nacionalnom pravu, uzeti u obzir istraživanje potrošača ili vještački nalaz.

Dakle, Sud EU-a je podržao i empirijski način utvrđivanja koncepta prosječnog potrošača, odnosno ocjenu ponašanja prosječnog potrošača kao činjenice.⁴² Smatramo da nema zapreke da sud, osim vlastitom prosudbom, u dvojbenim situacijama, može empirijski utvrđivati prosječno ponašanje i drugih subjekata u poslovnom prometu.

7. DUŽNOST POSTUPANJA SUKLADNO POSLOVNOM MORALU TIJEKOM UGOVORNOG ODNOSA S VALUTNOM KLAUZULOM U OBVEZNOM PRAVU

Poslovna moralnost u pravnom prometu prihvaćena je kao opće načelo. Dužnost postupanja sukladno poslovnom moralu tijekom trajanja ugovornog odnosa izražena je u nizu načela obveznog prava, kao što su načelo savjesnosti i poštenja, zabrana prouzročenja štete, zabrana zlouporabe prava, načelo jednake vrijednosti činidaba, načelo ravnopravnosti i dr. U hrvatskom pravu temeljna načela obveznog prava propisana u općem dijelu ZOO-a su uglavnom blanketne norme⁴³ koje služe za oblikovanje drugih instituta u kojima je sadržana i pravna posljedica.⁴⁴ Pojedina

40 Točka 18. preambule Direktive 2005/29/EZ.

41 Predmet C-210/96. od 16. srpnja 1998. GutSpringenheide GmbH i Rudolf Tusky protiv Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung (ECLI:EU:C:1998:369).

42 U predmetu “Franak” Vrhovni sud Republike Hrvatske je u odluci Revt-249/14-2 od 9.4.2015. za utvrđivanje “prosječnog potrošača” primijenio jedino mjerilo vlastitog prosuđivanja suca navodeći “Čini se da bi svakoj punoljetnoj, odrasloj i prosječno opreznj osobi trebalo biti jasno da se tijekom tako dugog vremenskog razdoblje ne može očekivati da će prilike u društvu, posebno one ekonomske ostati neizmijenjene (...)”, pritom ne analizirajući broj potrošača i njihovu strukturu (po obrazovanju, zanimanju i dr.), koji su doista sklopili taj ugovor.

43 Izuzetak je, primjerice, načelo zabrane zlouporabe prava u čl. 6. ZOO-a koje propisuje da je zabranjeno ostvarivanje prava iz obveznog odnosa suprotno svrsi zbog koje je ono propisom ustanovljeno ili priznato. Budući da se radi o zabranjenoj radnji, izravna posljedica je naknada štete, no šteta se dokazuje prema pravilima o naknadi štete. Opširnije vidi, Gorenc i dr., op. cit., str. 14-16.

44 Primjerice načelo savjesnosti i poštenja (čl. 4. ZOO-a) konkretizirano je brojnim drugim zakonskim odredbama, npr. (čl. 29., 174., 251., 296., 297., 344., 371., 372., 811., 817., 838., 839., 117.), načelo jednake vrijednosti činidaba (čl. 7. ZOO-a) konkretizirano je u odredbama o zelenaškom ugovoru (čl. 329. ZOO-a) i prekomjernom oštećenju (čl. 375. ZOO-a), načelo

ponašanja u poslovnom prometu mogu predstavljati povredu više moralnih pravila. Tako na primjer zlouporaba prava može biti protivna i drugim načelima poput zabrane prouzročenja štete, načelu savjesnosti i poštenja, načelu ravnopravnosti.

Valutna klauzula se u zakonodavstvo prvenstveno uvela radi očuvanja jednake vrijednosti činidaba tijekom trajanja ugovora. Načelo jednake vrijednosti činidaba propisano člankom 7. ZOO-a predstavlja nastojanje stranaka da kod dvostranoobveznih naplatnih ugovora svaka strana treba dati drugoj jednaku korist za onu koju ona dobiva iz tog odnosa. Naravno da jednakost uzajamnih činidbi ne znači matematičku jednakost činidbi među strankama, ali predstavlja smjer kojim stranke moraju ići da ne bi narušile tu približnu vrijednost uzajamnih davanja. Iako je ugovaranje obveznopравnih odnosa slobodno i stranke same određuje hoće li, s kim i u kojem sadržaju sklopiti određeni pravni posao, zakonodavac ipak postavlja određene okvire preko kojih stranke u ostvarivanju svoje dispozitivnosti ne mogu ići. Tako su zakonom određeni slučajevi u kojima narušavanje načela jednake vrijednosti činidaba povlači pravne posljedice. Do nejednakosti može doći već prilikom sklapanja ugovora (kod prekomjernog oštećenja ili zelenaškog ugovora), ili nakon sklapanja ugovora (izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti). Iako je zakonodavac uvodeći valutnu klauzulu u naš pravni sustav kao razlog naveo načelo jednake vrijednosti činidaba, propustio je kod valutne klauzule izričito propisati primjenu tog načela na ugovorni odnos s valutnom klauzulom, odnosno pravnu posljedicu njegovog narušavanja prema članku 7. stavku 2. ZOO-a. Neovisno o tome, u sudskoj praksi se načelo jednake vrijednosti činidaba povezivalo s valutnom klauzulom. Tako se u presudi Vrhovnog suda Republike Hrvatske posl. br. Rev – 2872/1991 od dana 12.2.1992. navodi: “*Valutnom klauzulom ugovorne stranke žele postići to da u vrijeme ispunjenja obveze vjerovnik dobije u novcu upravo onu vrijednost koju su stranke imale pred očima kada su sklapale ugovor, a to znači da nastoje ostvariti načelo jednake vrijednosti uzajamnih davanja.*” S obzirom na obilježja valutne klauzule, ona u izmijenjenim ekonomskim prilikama kod promjene vrijednosti valorimetra može svejedno dovesti do narušavanja upravo tog načela koje štiti.

Nadalje, drugo važno načelo obveznog prava koje se primjenjuje tijekom trajanja ugovornog odnosa je načelo savjesnosti i poštenja koje je propisano člankom 4. ZOO-a. Prema njemu u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni postupati savjesno i pošteno. U europskom pravu načelo savjesnosti i poštenja (*bona fides*) ima istaknutu ulogu⁴⁵ i šire značenje nego u našem pravnom sustavu. Na primjer, ono predstavlja i ograničenje slobode ugovaranja umjesto *contra bonos mores* (čl. 1:102: sloboda ugovaranja - Landova načela⁴⁶), pa se

ravnopravnosti sudionika u obveznom odnosu (čl. 3. ZOO-a) konkretizirano je, primjerice, u čl. 32. st. 2. Zakona o trgovini, prema kojem kupac ima pravo zahtijevati isplatu kamata radi prodavateljevog prekoračenja roka ispunjenja obveze, a posljedica uređivanja obveznih odnosa protivno moralu društva (čl. 2. ZOO-a) je ništetnost ugovora (čl. 322. ZOO-a).

45 O načelu savjesnosti i poštenja u europskom ugovornom pravu, povijesni i komparativni prikaz, vidi: Zimmermann, Reinhard, Whittaker, Simon, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2000.

46 Lando & Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies, Dordrecht, 1995., 7. Lando & Beale (eds.), Principles of European

implementacijom sekundarnog zakonodavstva Europske unije kod pojedinih instituta u našem pravu načelo savjesnosti i poštenja koristi umjesto klauzule “moral društva” koja uzrokuje ništetnost ugovora, primjerice ništetnost odredbi općih uvjeta ugovora (čl. 296. st. 1. ZOO-a), nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima čija je posljedica ništetnost (čl. 55. ZZP-a).

U našem ZOO-u od načela savjesnosti i poštenja treba razlikovati klauzulu “moral društva” iz članka 2. ZOO-a koja je konkretizirana člankom 322. ZOO-a, koji kao posljedicu propisuje ništetnost ugovora.⁴⁷ Klauzula *contra bonos mores* sadrži opću zabranu sudionicima da uređuju svoje obvezne odnose protivno moralu. Opće pravilo kao i posebne odredbe koje se izvode iz pravila klauzule *contra bonos mores*⁴⁸, primjenjuju se samo kad je ugovor ili njegova odredba nemoralna po svom sadržaju odnosno objektu ugovorne obveze - činidbama (čl. 271. ZOO-a), u pobudi iz koje je ugovor sklopljen (čl. 273. st. 4. ZOO-a, a vezano uz čl. 271. ZOO-a) ili zbog takvog odgovnog ili raskidnog uvjeta (čl. 298. st. 1. ZOO-a). Dakle, radi se o zabrani u pobudi i sadržaju, dok načelo savjesnosti i poštenja sadrži zabranu u postupanju (koje podrazumijeva i propuštanje), jer propisuje dužnost savjesnog i poštenog postupanja pri zasnivanju obveznog odnosa i tijekom tog obveznog odnosa kada ostvaruje svoja prava i obveze. I tijekom ugovora s valutnom klauzulom, stranke su ograničene načelom savjesnosti i poštenja. Odnosno svako njihovo postupanje ili propuštanje,⁴⁹ koje u konkretnom slučaju dovodi do neravnomjernosti u pravima i obvezama stranaka, može biti podložno ocjeni savjesnosti i poštenja.

Nadalje, u sudskoj praksi valutna klauzula se dovodi i u vezu s načelom ravnopravnosti propisanog člankom 3. ZOO-a. Tako je Vrhovni sud Republike Hrvatske u presudi Rev- 2320/1998-2 od 8.9.1999. naveo: “*Valutna klauzula koja je ugovorena da bi se očuvala vrijednost novčane obveze primjenjuje se kako kod ispunjenja obveze tako i kod vraćanja onoga što je u ispunjenju obveze dano. Jedino na taj način postiže se jednaki učinak valutne klauzule u odnosu na obje ugovorne stranke što predstavlja i ostvarenje načela ravnopravnosti sudionika u obveznom odnosu.*”⁵⁰ Pitanje ravnopravnosti stranaka posebno se pojavljuje u situaciji kada jedna od ugovornih stranaka uz valutnu klauzulu ugovori sebi pravo korištenja i druge zaštitne klauzule, u praksi najčešće promjenjive kamate, čime sebi ostavlja mogućnost da mijenja visinu prava i obveza ovisno o tržišnim uvjetima, dakle i u

Contract Law, Parts 1. and 2, The Hague, 1999., 19. Lando & Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Part 3, The Hague, 2003.

47 Više o *contra bonos mores* u obveznom pravu vidi: Rodin, M., op. cit.

48 Iz te opće zabrane posebno se razvio, primjerice institut zelenaškog ugovora iz čl. 329. ZOO-a. On se posebno primjenjuje u odnosu na generalnu klauzulu sadržanu u čl. 322. ZOO-a, što proizlazi i iz samoga teksta tog članka, koji određuje da se primjenjuje samo ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.

49 Javna vlast je posljednjih godina više puta intervenirala u postojeće ugovorne odnose s valutnom klauzulom u CHF, radi zaštite potrošača i javnog interesa, što može upućivati na to da je izostalo postupanje jače ugovorne strane da se pravično izmijeni ugovor na takve ili slične načine.

50 Isto takvo stajalište Vrhovni sud Republike Hrvatske je iznio i u presudama, posl. br. Rev-235/1996-2 od 2. 2. 2000., posl. br. Rev-1081/2010-5 od 5. 2. 2013.

slučaju promjena valorimetra, a koju mogućnost nema druga ugovorna strana.⁵¹ Načelo ravnopravnosti se tumači kao jednakost snaga i odnosa sudionika ugovora, ali i nepostojanje diskriminacije jače ugovorne strane poput gospodarskih udruga, tijela javne vlasti, banaka i sl. kojim bi se osoba koja nije stručnjak u određenom području zbog toga stavila u gori položaj. Ravnopravnost sudionika treba postojati u trenutku zasnivanja ugovora, u vrijeme ispunjenja kao i u trenutku prestanka obveznog odnosa.⁵²

Nadalje, sukladno odredbi iz članka 6. ZOO-a koja propisuje zabranu zloupotrebe prava, zabranjeno je ostvarivanje prava iz obveznog odnosa suprotno svrsi zbog koje je ono propisom ustanovljeno ili priznato. Valutna klauzula definira se kao klauzula kojom se vjerovnik novčane obveze štiti od promjena vrijednosti novca u razdoblju između nastanka novčane obveze i trenutka njezina dospjeća.⁵³ Kako se pravo ugovaranja valutne klauzule zakonski dopustilo radi zaštite vjerovnika, te u pravilu vjerovnik zahtijeva njeno ugovaranje, tako vjerovnik ne smije činjenicu ugovaranja valutne klauzule zlouporabiti. Pri tom se krivnja u konkretnom slučaju niti ne ispituje, ako je objektivno došlo do zlouporabe.⁵⁴

Svako postupanje tijekom ugovornog odnosa protivno zabrani povrede poslovnog morala, a kojim postupanjem je drugoj strani nastala šteta, povlači pravnu posljedicu naknade štete primjenom načela iz članka 8. ZOO-a, prema kojem je svatko dužan uzdržati se od postupka kojim se može drugome prouzročiti štetu.

U ranije važećem Zakonu o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01., dalje: ZOO/91.) opće načelo poslovne moralnosti bilo je propisano u članku 21. stavku 1. ZOO-a koje je glasilo: "*Sudionici u obveznim odnosima dužni su u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima.*" Dakle, radilo se o propisivanju dužnosti postupanja u skladu s poslovnim moralom u svim obveznim odnosima. Navedena odredba izmjenama Zakona iz 2005. godine izostavljena je iz zakonskoga teksta, no smatra se da je takvo načelo svejedno sadržano u članku 2. ZOO-a.⁵⁵ Međutim, valja ukazati kako taj članak propisuje načelo slobode ugovaranja, dakle primjenjuje se samo u zasnivanju ugovornih odnosa, a ne i na izvršavanje ugovora i na izvanugovorne odnose. Čini se da je zakonodavac izostavio ovu odredbu iz metodoloških razloga, jer je uz tu odredbu bila propisana i odredba o primjeni uzanci, zbog čega je članak 21. ZOO/91. bio kritiziran u pravnoj znanosti⁵⁶, a ne jer dužnost postupanja sukladno poslovnom moralu u svim odnosima nije opće načelo u našem obveznom pravu, u kojem su sadržana i sva posebna načela obveznog prava koja su moralnog sadržaja.

51 Vidi bilješku 21.

52 Gorenc, V. i dr., op. cit., str. 8.

53 Poslovni dnevnik/Leksikon, <http://www.poslovni.hr/leksikon/valutna-klauzula-975> (17.8.2015.)

54 Gorenc, V. op. cit., str. 15.

55 Zubović, A., *Primjena trgovačkih običaja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 2006., str. 335.

56 Primjerice vidi: Barbić, J., *Primjena običaja u hrvatskom ugovornom pravu*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Rad 492, Razred za društvene znanosti 43, (2005).

8. DUŽNOST POSTUPANJA SUKLADNO POSLOVNOM MORALU TIJEKOM UGOVORNOG ODNOSA S VALUTNOM KLAUZULOM PREMA POSEBNIM GRANAMA PRAVA

8.1. Nepošteno trgovanje i nepoštena poslovna praksa

Dužnost postupanja sukladno poslovnom moralu u zasnivanju, tijekom i nakon ugovornog odnosa te u izvanugovornim odnosima između trgovaca, kao i trgovaca i potrošača propisana je pravom protiv nepoštenog tržišnog natjecanja, koje je u Republici Hrvatskoj regulirano institutom nepoštenog trgovanja sadržanog u člancima 63.- 65. ZT-a i institutu nepoštene poslovne prakse propisanog člancima 30.-38. ZZP-a. Ti instituti sadrže generalne klauzule kojima se zabranjuje postupanje protivno poslovnom moralu (dobrim trgovačkim običajima, poštenom poslovnom praksom i načelu savjesnosti i poštenja) pri zasnivanju, tijekom trajanja, nakon ugovornog odnosa kao i u izvanugovornim odnosima.⁵⁷Ovo pravo smatra se konkretizacijom načela savjesnosti i poštenja (*bona fides*), ali u njegovom najširem značenju.⁵⁸

Iako su u Republici Hrvatskoj zakonodavno ovi instituti odvojeni, i djelo nepoštenog trgovanja kao i djelo nepoštene poslovne prakse štite subjekte od nepoštenog postupanja trgovaca, pa pojedini europski znanstvenici još uvijek pravila o nepoštenom trgovanju (eng. *unfair trading*) za odnose između trgovaca (eng. *Business - to - business relationship*, skr. B2B) i pravila o nepoštenoj poslovnoj praksi (eng. *unfair commercial practices*) za odnose između trgovca i potrošača (eng. *Business - to - consumer relationship*, skr. B2C) zajedno smatraju jednim pravom protiv nepoštenog tržišnog natjecanja.⁵⁹

U našem pravnom sustavu pojam “nepošteno tržišno natjecanje” (eng. *unfair competition*, njem. *unlauteren wettbewerb*, fran. *concurrence déloyale*, tal. *concorrenza sleale*) napušten je donošenjem novoga Zakona o trgovini od 25. srpnja 2008. godine, koji je po uzoru na europsko zakonodavstvo za B2B odnose usvojio pojam “nepošteno trgovanje”. Odredbe o nepoštenoj poslovnoj praksi u B2C odnosima prvi put su uvedene u hrvatsko zakonodavstvo Zakonom o zaštiti potrošača 2007. godine (Narodne novine, br. 79/07.) radi implementacije Direktive 2005/29/EZ

57 Čl. 63. st. 1. ZT-a propisuje: “Pod nepoštenim trgovanjem podrazumijevaju se radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povređuju dobri trgovački običaji.”, a prema čl. 32. st. 1. ZZP-a “Poslovna praksa je nepoštena: ako je suprotna zahtjevima profesionalne pažnje i ako, u smislu određenog proizvoda, bitno utječe ili je vjerojatno da će bitno utjecati na ekonomsko ponašanje prosječnog potrošača kojemu je takva praksa namijenjena ili do kojega ona dopire, odnosno prosječnog člana određene skupine potrošača na koju je ta praksa usmjerena.”

58 Schulze, R. and Schulte-Nölke, H., *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, 2003., (www.europa.eu.int., 4.8.2015.) str. 91.

59 Vidi na primjer djela: Hilty, R. M., Henning-Bodewig, F., op. cit., De Vrey, R. W., *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Legal Families: A Comparative Study of English, German and Dutch Law in Light of Existing European and International Legal Instruments*, Koninklijke Brill, NV Leiden, 2006. Za razliku o njih naš autor Dragan Zlatović u svom djelu *Nepošteno tržišno natjecanja i poslovna praksa*, Organizator, Zagreb, 2009., str. 27-29. razgraničava pravo nepoštenog tržišnog natjecanja od prava nepoštene poslovne prakse kao različitog pravna područja.

Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. godine o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, Direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća (dalje u tekstu: Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi).

Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi donijela se radi ostvarenja dvaju ciljeva, prvo očuvanja unutarnjeg tržišta i drugo, radi zaštite potrošača⁶⁰, pa zbog odvojene regulacije i dijelom različitih ciljeva u odnosu na propise o zaštiti trgovaca⁶¹, postoje i razlike u razini⁶² i načinu ostvarivanja zaštite trgovaca i potrošača⁶³ i u Europskoj uniji i u Republici Hrvatskoj, koja je Direktivu o nepoštenoj poslovnoj praksi implementirala u Zakon o zaštiti potrošača.⁶⁴

8.2. Pojmovno određenje tržišnih sudionika

Grane prava koje propisuju ponašanje tržišnih sudionika na tržištu poput prava zaštite tržišnog natjecanja, prava protiv nepoštenog tržišnog natjecanja, intelektualnog vlasništva i dr., ograničavajući pri tom poduzetničku slobodu, radi zaštite javnog interesa i morala ili posebnih skupina pojedinaca⁶⁵ ne koriste pojmove “vjerovnik” i

60 Članak 1. Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi propisuje: “Svrha je ove Direktive da doprinese urednom funkcioniranju unutarnjeg tržišta i postigne visok stupanj zaštite potrošača putem usklađivanja zakona i drugih propisa država članica o nepoštenoj poslovnoj praksi koja šteti gospodarskim interesima potrošača.”

61 Na razini Europske unije na području nepoštenog tržišnog natjecanja donesene su prvo direktive koje uređuju odnose među trgovcima u oblasti oglašavanja, i to: Direktiva Vijeća 84/450/EEZ od dana 10. rujna 1984. godine koja se odnosi na usklađivanje zakona, uredbi i upravnih postupaka država članica vezanih uz zavaravajuće oglašavanje, a zatim Direktiva 97/55/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 6. listopada 1997. o izmjenama i dopunama Direktive 84/450/EEZ o zavaravajućem oglašavanju na način da se uključuje i usporedno oglašavanje, a pročišćeni tekst donesen je Direktivom 2006/114/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o zavaravajućem i komparativnom oglašavanju. Obje direktive izmijenjene su Direktivom o nepoštenoj poslovnoj praksi.

62 Pretpostavke za primjenu generalnih klauzula propisanih čl. 63. st. 1. ZT-a i čl. 32. st. 1. ZPP nisu jednake, vidi bilješku 55.

63 Pravila o nepoštenom trgovanju propisuju samo pravo zahtijevati naknadu štete (čl. 65. ZT-a) kod individualne i kolektivne tužbe, dok ZPP propisuje postupovne odredbe koje se odnose na kolektivne tužbe radi utvrđenja, prestanka povrede i zabrane takve ili slične povrede ubuduće (čl. 65. ZPP), a individualna zaštita ostvaruje se prema odredbama ZOO-a i ZPP-a. Zanimljivo je da niti jedan od tih zakona ne predviđa udružnu tužbu više potrošača ili trgovaca (*opt-in*).

64 Za razliku od većine država članica EU-a koje su Direktivu o nepoštenoj poslovnoj praksi implementirale u poseban zakon o zaštiti potrošača, takav pristup, na primjer, nisu usvojile Austrija i Njemačka koje su zadržale svoj sustavni način zaštite trgovaca, potrošača i javnog interesa te su navedenu Direktivu implementirale u svoje posebne Zakone protiv nepoštenog natjecanja (*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb*, skr. UWG).

65 Ustav Republike propisuje da su temelji gospodarskog ustroja Republike Hrvatske poduzetnička i tržišna sloboda (čl. 49. st. 1. i 2. Ustava). Posebni razlozi za ograničenje poduzetničke slobode su zaštita interesa i sigurnosti Republike Hrvatske (opći interes), prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. Međutim, ovo gospodarsko pravo kao i ostala ustavna prava i slobode mogu se ograničiti zakonom i radi zaštite sloboda i prava drugih ljudi te pravnog poretka, javnog morala

“dužnik”, već pojmove “poduzetnik” (monopolist, poduzetnik u vladajućem položaju i dr.), “trgovac” (mala i srednja poduzeća (SME- *small and medium-sized enterprises*), velika poduzeća (LE - *large enterprises*))⁶⁶, “potrošač” i dr.

Prava i obveze prema tim posebnim granama prava dodjeljuju se ovisno o tome kojoj skupini određena osoba u određenoj situaciji pripada. Svaka od tih grana prava ima i svoje definicije tih pojmova koje se u potpunosti ne poklapaju. U obveznom pravu primjenjuje se definicija trgovca kako je on definiran Zakonom o trgovačkim društvima⁶⁷ (u daljnjem tekstu – ZTD), te je prema općoj definiciji trgovac pravna ili fizička osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu (čl. 1. st. 1. ZTD-a). U ZT-u trgovac se definira kao pravna ili fizička osoba registrirana za obavljanje kupnje i prodaje robe i/ili pružanja usluga u trgovini (čl. 4. st. 1. ZT-a). Trgovac je najšire definiran ZZP-om, prema kojem je trgovac bilo koja osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti, uključujući i osobu koja nastupa u ime ili za račun trgovca (čl. 5. st. 1. toč. 26. ZZP). Iako i ZOO i ZT, izravno ili neizravno pružaju zaštitu i potrošačima, samo ZZT sadrži definiciju tog pojma određujući potrošača kao svaku fizičku osobu koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti (čl. 5. st. 1. toč. 15. ZZP). Pojam potrošača je ključni koncept za primjenu većine direktiva EU-a, kojima se štite potrošači, kao i Uredbe Rim I i Bruxelles I. O razgraničenju pojma trgovca od potrošača, Sud EU donio je i niz presuda prema kojima se koncept potrošača tumači vrlo usko.⁶⁸

8.3. Razgraničenje obveznog prava od prava protiv nepoštenog trgovanja i nepoštene poslovne prakse

U odnosu na obvezno pravo pravila o nepoštenoj poslovnoj praksi i nepoštenom trgovanju su posebni (*lex specialis*), i to, gledajući prvo, s obzirom na osobu, jer je jedna ugovorna strana uvijek trgovac (institut nepoštenog trgovanja pruža zaštitu drugim trgovcima, dok institut nepoštene poslovne prakse pruža zaštitu potrošačima) te s obzirom na pravno područje, jer se ocjenjuje moralnost postupanja trgovca na području “tržišta”. Kod ovih propisa kao i preostalih grana prava koja sadrže pravila o postupanju na tržištu, za razliku od obveznog prava, naglašena je javnopravna zaštita, odnosno oni sadržavaju i prekršajne odredbe, a javnim interesom smatra se pravilno funkcioniranje tržišta te zaštita posebnih kategorija osoba, poput potrošača, ali u novije vrijeme i malih i srednjih poduzetnika.⁶⁹

i zdravlja (čl. 16. Ustava).

66 O određenju pojma SME u pravu EU-a, vidi Preporuku Komisije iz 2003/361/EZ od 6.5.2003.

67 Narodne novine, br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 125/11., 152/11., 111/12., 68/13.

68 Vidi na primjer presude Suda EU br. C-269/95. Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl. od 3.7.1997., C-464/01. Johann Gruber v. Bay Wa Ag od 20.1.2005.

69 Europska unija osim zaštite potrošača, na području nepoštenog trgovanja namjerava ojačati zaštitu malih i srednjih poduzetnika, vidi bilješku 23.

No, i kod primjene ovih posebnih propisa obvezno pravo je supsidijarni izvor prava, a ukoliko nema uvjeta za pružanje zaštite po tim posebnim propisima, nema zapreke da se postupanje trgovca kao vjerovnika prosuđuje i prema odredbama obveznog prava.

Dok ZT kod instituta nepoštenog trgovanja ne sadrži niti jednu odredbu koja određuje odnos s pravilima općeg obveznog prava, ZZZP u članku 4. stavak 2. propisuje da ako posebnim zakonom ili ZZZP-om nije drugačije određeno na obveznopravne odnose između potrošača i trgovca primjenjuju se odredbe ZOO-a.

Tako na primjer odredbe o zavaravajućoj poslovnoj praksi iz Zakona o zaštiti potrošača⁷⁰ i Zakona o trgovini⁷¹ posebno se primjenjuju u odnosu na *ob culpam in contrahendo* iz članka 251. stavak 2. ZOO-a⁷², koji propisuje dužnost pregovaranja sukladno načelu savjesnosti i poštenja. No ako nisu ispunjeni uvjeti za primjenu posebnih instituta tada se ispituje primjenjivost odredbe iz članka 251. ZOO-a. U oba slučaja povreda stvara pravo na naknadu štete oštećeniku.⁷³

8.4. Pravo protiv nepoštenog tržišnog natjecanja u međunarodnom pravu

U međunarodnom pravu još uvijek je zadržan jedinstveni koncept zaštite od nepoštenog tržišnog natjecanja, a pod utjecajem jačanja zaštite potrošača, ta je zaštita proširena i na potrošače. Prema Pariškoj konvenciji za zaštitu industrijskog vlasništva (dalje u tekstu: Pariška konvencija⁷⁴) nepošteno tržišno natjecanje je: “*Svako tržišno*

70 Čl. 33.-35. ZZZP-a.

71 Čl. 64. st. 1. toč. 4. ZT-a.

72 Izmjenama ZOO-a iz 2005. godine izvršeno je usklađenje s Načelima europskog ugovornog prava (vidi: Lando & Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht, 1995., Lando & Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts 1. and 2*, The Hague, 1999., Lando & Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Part 3*, The Hague, 2003. te je tako došlo do proširenja predugovorne odgovornosti naglašavanjem dužnosti poštovanja načela savjesnosti i poštenja, na način da se odgovara i za davanje nepotpunih informacija. Članak 30. ranijeg Zakona o obveznim odnosima propisivao je samo dva oblika predugovorne odgovornosti, i to za vođenje pregovora bez nakane sklapanja ugovora i odustajanje od pregovora bez opravdanog razloga, ako se i imalo nakanu sklapanja ugovora - više vidi: Komentar Zakona o obveznim odnosima, Gorenc, V. i dr., Zagreb, 2005., str. 345-349.

73 Djelo nepoštenog tržišnog natjecanja je protupravno, odnosno predstavlja građanski delikt - čl. 63. st. 2. ZT-a i čl. 31. ZZZP-a.

74 Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva od 20. ožujka 1883. revidirana u Bruxellesu 14. prosinca 1900., u Washingtonu 2. lipnja 1911., u Haagu 6. studenoga 1925., u Londonu 2. lipnja 1934., u Lisabonu 31. listopada 1958. i u Stockholmu 14. srpnja 1967. te izmijenjena i dopunjena 28. rujna 1979. (eng. *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*). Republika Hrvatska je 1993. godine donošenjem Uredbe o potvrđivanju (ratifikaciji) Zajedničkog protokola o primjeni Bečke konvencije i Pariške konvencije od 21. rujna 1988. postala ugovorna strana Pariške konvencije. Pariška konvencija ne unificira nacionalna prava država članica Unije, već sadrži obvezu članica da osiguraju državljanima drugih zemalja članica prikladna pravna sredstva koja omogućuju učinkovito sprječavanje djela nepoštenog natjecanja. Radi navedenog, države članice Pariške unije različito su u svoje nacionalne sustave implementirali ovu Konvenciju što je dovelo do različitosti uređenja koja su u odnosima trgovac - trgovac i danas prisutni.

natjecanje suprotno poštenoj industrijskoj ili trgovačkoj praksi” (eng. *any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters*). Model odredbi o zaštiti protiv nepoštenog tržišnog natjecanja⁷⁵ (u daljnjem tekstu – Model odredbi) koje imaju značaj uputa za implementaciju, definira nepošteno tržišno natjecanje kao: *”...svaka radnja ili praksa radi obavljanja industrijske ili trgovačke aktivnosti, koja je suprotna poštenoj praksi predstavlja radnju nepoštenog natjecanja.*” Dakle, u definiciji se izostavlja uvjet da se radi o aktu konkurencije, te umjesto radnje upotrebljava izraz praksa. Na taj način željelo je učiniti jasnim da se ovaj institut primjenjuje i u situacijama gdje nema izravnog natjecanja između strane koja počini djelo nepoštenog natjecanja i strane čiji su interesi pogođeni tim djelom te da su i potrošači zaštićeni.⁷⁶ U obrazloženju se navodi da se izraz “praksa” koristi kao dodatak izrazu radnja kako bi se razjasnilo da ne samo “radnja” u uskom smislu riječi, već i ponašanje koje se sastoji u propuštanju, može predstavljati “djelo nepoštenog natjecanja”.⁷⁷ Odredbe Pariške konvencije nisu izravno primjenjive u nacionalnim državama, niti države obvezuje na ujednačavanje nacionalnih zakonodavstava, već su države članice u ostvarenju cilja određenog Pariškom konvencijom, slobodne odabrati način postizanja tog cilja, odnosno način reguliranja zaštite protiv nepoštenog tržišnog natjecanja.

8.5. *Mogućnosti ostvarivanja zaštite u ugovornom odnosu s valutnom klauzulom prema posebnim granama prava*

Generalne klauzule propisuju se kako bi se spriječio svaki novi oblik nepoštenog djelovanja na tržištu i tako popunile pravne praznine. Generalna klauzula sadržana u Pariškoj konvenciji, a prema tumačenju Model odredbi, široko određuje pojam nepoštenog tržišnog natjecanja, pa tako svako postupanje ili propuštanje tijekom ugovornog odnosa koje je protivno poštenoj praksi predstavlja djelo nepoštenog tržišnog natjecanja. U dužnost poštenog postupanja sadržana su sva načela moralnog sadržaja, kao što su načelo savjesnosti i poštenja, načelo jednake vrijednosti činidaba, načelo ravnopravnosti, načelo zabrane zlouporabe prava, načelo zabrane prouzročenja štete. Stoga, možemo zaključiti da postoji pravni okvir prema međunarodnom pravu za pružanje zaštite trgovcima i potrošačima protiv svakog nepoštenog postupanja trgovaca, pa tako i nepoštenog propuštanja ili propuštanja tijekom trajanja ugovornog odnosa s valutnom klauzulom. Međutim, tako široki koncept nije usvojen u hrvatskom pravu protiv nepoštenog tržišnog natjecanja, odnosno u pravu protiv nepoštenog trgovanja i nepoštenih poslovnih praksi. Naime, generalna klauzula sadržana u članku 63. stavak 1. ZT-a je uža, jer se zahtijeva da se radi o radnji poduzetoj “radi tržišnog natjecanja”, pa radnje ili propuštanje tijekom ugovornog odnosa s klijentom teško se mogu odrediti kao radnje poduzete u svrhu tržišnog natjecanja, a osim toga

75 Model Provisions on protection against unfair competition, WIPO, Geneva, 1996.

76 Na primjer Osnovni zakon o prometu robe (Sl. list SFRJ, br. 1/67.) koji se primjenjivao na području Republike Hrvatske, obranu od posljedica djela nepoštenog natjecanja, štete ili mogućnost nastanka štete omogućavao je i potrošačima.

77 Loc. cit., str. 8.

ograničena je i definicija trgovca. Nadalje, niti položaj potrošača nije bolji prema institutu nepoštenih poslovnih praksi. Generalna klauzula sadržana u članku 32. ZZP-a također je uža od međunarodnog definiranja nepoštenog tržišnog natjecanja, jer se zahtijeva uvjet da se značajno utječe na ekonomsko ponašanje potrošača, odnosno da se poslovna praksa koristi radi znatnog umanjivanja sposobnosti potrošača da donese odluku utemeljenu na potpunoj obavijesti, što dovodi do toga da potrošač donosi odluku o poslu koju inače ne bi donio.⁷⁸ Dakle, za primjenu odredaba o nepoštenoj poslovnoj praksi mora doći do povrede prava potrošača na potpunu informaciju prije njegove odluke o poslu, a zbog umanjivanja njegove sposobnosti rasuđivanja. Kako značajna promjena valorimetra ne ovisi o odluci potrošača niti o njegovoj sposobnosti rasuđivanja tako je isključena primjena i ovih odredbi.⁷⁹

9. DAJE LI VALUTNA KLAUZULA UGOVORIMA OBILJEŽJA ALEATORNOSTI, KOJA ISKLJUČUJU PRIMJENU NAČELA MORALNOG SADRŽAJA?

9.1. Elementi aleatornosti kod ugovora s valutnom klauzulom

Vrhovni sud Republike Hrvatske u obrazloženju presude u slučaju Franak dao je pravnu kvalifikaciju ugovora s valutnom klauzulom, kako slijedi:⁸⁰

“Dakle, pri sklapanju dugoročnog ugovora o kreditu, potpuno je izvjesno da po redovnom tijeku stvari unutar dužeg vremenskog razdoblja na koje je takav ugovor sklopljen, će izvjesno nastupiti određene, moguće i značajne promjene, a koje će utjecati i odrediti konačnu cijenu iznosa tog kredita.

Radi se o vrsti ugovora uz koje je uvijek prisutan znatni element aleatornosti, s kojim čimbenikom se uvijek mora računati prilikom sklapanja dugoročnog ugovora o kreditu...”

Iako Vrhovni sud Republike Hrvatske u citiranom dijelu presude spominje znatan element aleatornosti kao karakteristiku ugovora kojemu je dodana valutna klauzula, mišljenja smo da se ugovor s valutnom klauzulom ne bi mogao odrediti i pravno klasificirati kao aleatoran ugovor. U suprotnom, davanje pravne kvalifikacije aleatornog ugovora svakom ugovoru s valutnom klauzulom moglo bi stvoriti dalekosežne pravne i moralne posljedice, jer bi to značilo da je svaki ugovor s valutnom klauzulom, posebna vrsta ugovora, koja s obzirom na ta obilježja isključuje primjenu temeljnih načela obveznog prava koja su moralnog sadržaja.

U pravnoj teoriji aleatorni ugovor (lat. *alea*- kocka) je takav ugovor kod kojeg u trenutku sklapanja istoga nisu u svemu poznata prava i obveze strana, a ponekad niti

78 Čl. 3. al. 24. ZZP-a.

79 Miladin, P., op. cit., str. 39. navodi da presuda VTS 43. Pž-7129/13-4 (str. 53) u predmetu “Franak” ostavlja mogućnost da se u pojedinačnim parnicama ispituje je li došlo do zavaravajućeg i agresivnog oglašavanja. Dakle, ove odredbe mogu se primijeniti kod nepoštenog postupanja trgovca pri sklapanju ugovora s valutnom klauzulom ili donošenja određene odluke tijekom ugovornog odnosa.

80 Ibid., str. 19.

njihove stranačke uloge, već se sve to čini zavisnim o nekom vanjskom, neizvjesnom događaju.⁸¹ Stranke tog ugovora svjesno pristaju na preuzimanje obveze koja će ovisiti o neizvjesnom događaju. Prema tome, za kvalifikaciju nekog ugovora aleatornim trebaju biti kumulativno ispunjene dvije pretpostavke, i to neodređenost stranačkih uloga i/ili neodređenost njihovih činidbi u vrijeme sklapanja ugovora te da se prava i obveze svjesno čine zavisnima o nekom neizvjesnom i budućem događaju.

Prva pretpostavka je ispunjena ako se u trenutku sklapanja ugovora ne zna koja strana će što i koliko primiti, a koja će što i koliko dugovati. Kod ugovora s valutnom klauzulom u trenutku sklapanja ugovora su poznate stranačke uloge, a određena je i njihova činidba ili je barem određiva. Druga pretpostavka je svjesno vezivanje ugovornih prava i obveza za neizvjestan događaj. Na primjer, ugovor na sreću je tipičan primjer aleatornog ugovora i da nema neizvjesnosti dobitka, ne bi se radilo o ugovoru na sreću. Isto je tako kod ugovora o doživotnom uzdržavanju, jer je smrt primatelja uzdržavanja neizvjestan događaj bez koje neizvjesnosti se ne bi niti radilo o ugovoru o doživotnom uzdržavanju.⁸² Događaj kada “čvrsta” valuta prestane biti “čvrsta” ne bi se trebalo smatrati takvim neizvjesnim događajem, jer stranke nisu svjesno sklopile ugovor s valutnom klauzulom da bi ga vezale uz takav neizvjestan događaj, već upravo suprotno, da se ne bi mijenjala vrijednost novca, odnosno da ugovorna obveza bude izvjesna. Naime, cilj valutne klauzule zaštita je načela jednake vrijednosti činidaba, pa narušavanje tog načela na način da “čvrsta” valuta prestane biti “čvrsta” trebalo bi se smatrati neočekivanim događajem na koji ugovorne strane nisu pristale, odnosno čimbenikom na kojeg nisu računale.

9.2. Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti kao način popravljivanja eventualne disproporcije među strankama

Jedan od načina popravljivanja eventualne disproporcije među strankama ugovora s valutnom klauzulom bila bi primjena instituta *clausula rebus sic stantibus*, odnosno izmjene ili raskida ugovora zbog promijenjenih okolnosti koji je u ZOO-u uređen člancima 369. do 372.

Pretpostavke koje se trebaju ispuniti da bi došlo do izmjene ili raskida ugovora su nastup izvanrednih okolnosti koje nastanu nakon sklapanja ugovora, a koje stranke nisu mogle predvidjeti u vrijeme sklapanja ugovora. Pored toga, izmjenu ili raskid ugovora ne može zahtijevati strana koja se poziva na promijenjene okolnosti ako je bila dužna u vrijeme sklapanja ugovora uzeti u obzir te okolnosti ili ih nije mogla izbjeći ili savladati. Dakle, u konkretnom slučaju treba se ispitati jesu li stranke ugovora s valutnom klauzulom primijenile dužnu pažnju koja se od njih pri sklapanju ugovora traži. Uzevši u obzir stupanj pažnje koji su trgovci - profesionalci dužni primijeniti, teško bi bilo očekivati da oni pri sklapanju ugovora nisu mogli predvidjeti aprecijaciju ili deprecijaciju valute valorimetra u znatnijem postotku, a zbog koje bi ispunjenje obveze za jednu stranu postalo pretjerano otežano ili bi joj nanijelo pretjerano veliki gubitak. Takav stav zauzima i sudska praksa kao u presudi VSRH Rev 2521/1995-2,

81 Klarić, Petar; Vedriš, Martin, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2009. str. 111.

82 Gavella, Nikola, *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1986, str. 369.

od 4. veljače 1996. i VSRH Gzz 44/1991-2 od 17. prosinca 1991., u kojima se zahtjev banke za raskid ugovora zbog smanjenja visine kamatne stope koje banke plaćaju ulagačima na depozite, a što se ističe kao dovođenje banke u nepovoljniji položaj u odnosu na situaciju u trenutku zaključenje ugovora, odbijaju zbog toga što nije zadovoljen kriterij nepredvidivosti događaja za banku kao profesionalnog subjekta.

S druge strane, stupanj pažnje, koju bi gospodarstvenik trebao primijeniti je niži, dok je najniži stupanj pažnje potrošača. Ostaje otvoreno pitanje kakva bi bila sudska praksa u slučaju zahtjeva za izmjenu ili raskid ugovora s valutnom klauzulom zbog značajne promjene valorimetra, pogotovo jer se dosada ova iznimka od načela *pacta sunt servanda* tumačila jako restriktivno.⁸³

Institut izmjene ili raskida ugovora zbog promijenjenih okolnosti predstavlja afirmaciju, prije svega, načela jednake vrijednosti činidaba, ali i načela savjesnosti i poštenja. Načelo savjesnosti i poštenja izričito se navodi u čl. 371. ZOO-a, u kojem je propisano da se njime sud dužan rukovoditi pri odlučivanju o izmjeni ugovora, odnosno njegovom raskidu, vodeći računa osobito o svrsi ugovora, o podjeli rizika koja proizlazi iz ugovora i zakona, o trajanju i djelovanju izvanrednih okolnosti te o interesima obiju strana.

9.3. Aleatornost i načela moralnog sadržaja

Primjena moralnih načela na ugovore s valutnom klauzulom, kao i institut izmjene ili raskida ugovora zbog promijenjenih okolnosti kojim su konkretizirana načela jednake vrijednosti činidaba i načelo savjesnosti i poštenja, bila bi isključena kada bi se prihvatilo stajalište da ugovor s valutnom klauzulom predstavlja aleatoran ugovor. Tako, na primjer, ugovorna strana ne bi mogla istaknuti prigovore nesavjesnosti druge ugovorne strane⁸⁴, zlorabiti prava, povrede načela jednakih vrijednosti činidaba zbog korištenja prava na temelju ugovorene valutne klauzule kod nastupanja promijenjenih okolnosti, jer bi sve to bile okolnosti koje je ta ugovorna strana mogla očekivati sklapajući aleatoran ugovor, odnosno na njih je svjesno pristala.

Namjera zakonodavca kada je uvodio valutnu klauzulu u naš pravni sustav bila je ostvarenje načela jednakosti činidaba. Kada bismo prihvatili mišljenje o valutnoj klauzuli kao aleatornom elementu ugovora, postiglo bi se upravo suprotno, jer aleatornost negira primjenu načela jednakosti činidaba, ali i drugih općih načela obveznog prava do čije povrede može doći tijekom ugovornog odnosa.

Odredba o valutnoj klauzuli ne bi se smjela primjenjivati gramatičkim tumačenjem propisa. Naime, *summum ius, summa iniuria* (najveće pravo, najveća nepravda) je kad se doslovnim primjenom pravnog pravila izravno negiraju prava čijoj su zaštiti bila izvorno namijenjena, osobito ako su ta pravila tijekom vremena izgubila smisao i funkciju zbog kojih su donesena. Pravni sustav treba korespondirati

83 Detaljnije o ovom institutu u hrvatskom i poredbenom pravu vidi u: Petrić, Silvija, *Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1., 2007.

84 Aleatornost s druge strane ne isključuje ispitivanje postupanja sukladno poslovnom moralu pri zasnivanju ugovornog odnosa prema pravilu *ob culpam in contrahendo*.

s razvojem društva, da bi se izbjegle nepravde u konkretnim životnim situacijama.⁸⁵ Dakle, kod primjene valutne klauzule treba se koristiti teleološko (ciljno, svrhovito) tumačenje, gledajući cilj zakonodavca pri normiranju valutne klauzule, a to je ostvarenje načela jednake vrijednosti činidaba, dok aleatornost u potpunosti negira primjenu tog načela, koje se uvođenjem valutne klauzule pokušalo zaštititi. Treba uzeti u obzir izvornu intenciju zakonodavca da pruži zaštitu tom načelu te uvažavajući razvoj društva, odnosno tržišta treba paziti da ostvarenje prava iz valutne klauzule bude pravedno, odnosno sukladno općim načelima obveznog prava koja su moralnog sadržaja. Tim tumačenjem ostvarila bi se svrha pravne norme i u promijenjenoj društveno-ekonomskoj situaciji. Stoga, primjenom teleološkog tumačenja, može se zaključiti da valutna klauzula ne daje ugovorima obilježja aleatornog ugovora, već naprotiv, na nju se primjenjuje načelo jednake vrijednosti činidaba, ali i ostala temeljna načela obveznog prava kao što su načelo ravnopravnosti, savjesnosti i poštenja, zabrane zlouporabe prava i zabrane prouzročenja štete.

10. ZAKLJUČAK

Ugovaranje valutne klauzule dopušteno je sukladno odredbi iz članka 22. stavak 1. ZOO-a, pa u slučaju da se kod značajne izmjene valorimetra u odnosu vjerovnik - dužnik ne radi o ništetnom ugovoru zbog nedopuštene, nemoralne ili neodređene činidbe, pobude ili uvjeta, odnosno ako se u odnosu trgovac - potrošač ne radi o nepoštenoj ugovornoj odredbi (čl. 49. ZZP) ili nepoštenoj poslovnoj praksi (čl. 30. ZZP), ostaje otvoreno pitanje je li tijekom izvršavanja tog ugovora vjerovnik odnosno trgovac postupio ili propustio postupiti sukladno poslovnom moralu, odnosno je li vjerovnik odnosno trgovac tijekom izvršavanja tog ugovora povrijedio načela savjesnosti i poštenja, jednake vrijednosti činidaba, ravnopravnosti i zabrane zlouporabe prava.

Naime, osim u zasnivanju ugovornih odnosa stranke su i u ostvarivanju prava i obveza iz ugovora dužne se pridržavati načela savjesnosti i poštenja. Ograničenje izvršavanju prava tijekom ugovornog odnosa predstavlja i načelo zabrane zlouporabe prava i zabrane prouzročenja štete, pa tako ugovorna strana ne smije niti zloupotrijebiti dodijeljena prava, na način da to uzrokuje neravnomjernost u pravima i obvezama ugovornih strana. Pri tom valja naglasiti, da sud treba voditi računa i o tome postoji li tijekom ugovornog odnosa ravnopravnost stranaka (načelo ravnopravnosti), odnosno stoje li dužniku na raspolaganju jednaka ugovorna sredstva intervencije u ugovorni odnos kao i vjerovniku u slučaju izmjene vrijednosti valorimetra. Iako načela poput načela savjesnosti i poštenja, načela jednake vrijednosti činidaba i načela ravnopravnosti u općem dijelu ZOO-a ne sadrže pravnu posljedicu, ona su kao i ostala opća načela, temeljne postavke obveznog prava, kogentne pravne norme, kojima se stranke ugovora i sudovi trebaju rukovoditi u tumačenju svakog prava i pravnog odnosa na način da postavljaju granice u primjeni prava. Svako postupanje protivno tim načelima trebalo bi se smatrati protupravnim, jer dužnost postupanja, ujedno podrazumijeva zabranu postupanja protivno toj dužnosti. Međutim, u primjeni

⁸⁵ Petrak, M., op. cit., str. 128.

nije dovoljno apstraktno pozivanje na opća načela, već sud mora prema objektivnim kriterijima, dakle što se smatra poštenim i moralnim u poslovnom prometu, u svakom konkretnom slučaju utvrditi kako bi se u određenoj situaciji ponašao prosječan potrošač, trgovac, odnosno dobar domaćin, gospodarstvenik ili stručnjak.⁸⁶

U odnosima financijskih institucija i potrošača prema Direktivi 2014/17, propisana je obveza svake države članice Europske unije, pa tako i Republike Hrvatske da omogući, ako se ugovor o kreditu odnosi na kredit u stranoj valuti, da u trenutku sklapanja kredita treba postojati prikladan regulatorni okvir kojim se osigurava barem da potrošač ima pravo pretvoriti ugovor o kreditu u alternativnu valutu, pod određenim uvjetima; ili da postoje drugi aranžmani kojima se ograničava tečajni rizik kojem je potrošač izložen u okviru ugovora o kreditu. Dakle, Direktiva 2014/17 predviđa da se nacionalnim pravom omogući potrošaču pravična izmjena ugovora s valutnom klauzulom - konverzija⁸⁷, odnosno obvezuju se države članice da osiguraju mehanizme kojima se ograničava valutni rizik.⁸⁸

Na temelju rezultata ovoga rada, autori su došli do zaključka da u hrvatskim propisima već postoje mehanizmi ograničenja valutne klauzule, a to su temeljna načela obveznog prava. Međutim, pozivanje na opća načela prava u slučajevima kada njihova pravna posljedica nije propisana u konkretnom institutu, može izazvati pravnu nesigurnost, odnosno različitu sudsku praksu. Stoga, prema mišljenju autora, zakonodavac bi trebao primjenu valutne klauzule izričito ograničiti načelima moralnog sadržaja u institutu valutne klauzule odnosno u članku 22. ZOO-a te propisati pravnu posljedicu za povredu tih načela. Kao uzor može poslužiti odredba članka 29. stavak 4. ZOO-a koja propisuje pravnu posljedicu ako na temelju okolnosti slučaja, a poglavito trgovačkih običaja i naravi predmeta obveze, proizlazi da je ugovorenom stopom zateznih kamata, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzročena očigledna neravnopravnost u pravima i obvezama ugovornih strana. Na taj način bi se mogla popraviti moguća disproporcija u pravima i obvezama stranka koja se pojave tijekom ugovornog odnosa.

Izričitim propisivanjem ograničenja valutne klauzule načelima moralnog sadržaja, ostvarila bi se potpuna zaštita navedenih načela u odnosu na sve sudionike na tržištu i u svim ugovornim odnosima s valutnom klauzulom, a ne samo u odnosu na potrošače kod ugovora o kreditu. Ujedno, otklonila bi se pravna nesigurnost te bi se doprinijelo stvaranju povjerenja u pravnom prometu, koji je ključan aspekt pravilnog funkcioniranja tržišta, pa bi u konačnici to bilo i u interesu vjerovnika i javnog interesa uopće.

86 Gorenc i dr., op. cit., str. 10.

87 S obzirom na to da čl. 23. st. 3. Direktive 2014/17 propisuje da država članica osigurava da je tečaj koji se koristi za pretvaranje tržišni tečaj koji vrijedi na dan provedbe pretvaranja, osim ako je u ugovoru o kreditu drugačije određeno, upitno je hoće li se u slučaju nagle promjene valorimetra postići jednaka vrijednost činidaba ugovornih stranaka.

88 Države članice dužne su ovu Direktivu implementirati u svoja zakonodavstva do 21.3.2016., a ne primjenjuje se na ugovore o kreditu koji su sklopljeni prije 21. ožujka 2016. (čl. 42. st. 1. i čl. 43. st. 1.).

Summary

**THE LIMITATIONS IN THE APPLICATION OF THE
CURRENCY CLAUSE BY THE PRINCIPLES WITH
MORALCONTENT**

The provision, which allows the use of currency clause in the Republic of Croatia is introduced in the Law on Obligations in 1994 with the purpose to realize the principle of equal value of performances, in order to protect creditors from the depreciation of the national currency. At the same time no limitations were prescribed in the application of the currency clause, which can, in the different circumstances, lead to a disproportion in the rights and obligations of the parties, on the damage of the debtor.

This paper will analyze the economic, social and legal reasons for the introduction of the foreign currency clause in Law, and the importance of legal rules of business with moral content as the limitations of rights based on currency clause during execution of the contract.

For that purpose, the general Civil Law rules will be restricted from the separate fields of law, which seek to protect consumers and traders. Furthermore, the authors will examine the possibilities of the protection by these special branches of law against unfair practice during contractual relations with currency clause in Croatian, European and International Law. The authors will observe the recent case law, which classify contracts with a foreign currency clause as the contract with aleatory elements. In conclusion, it would be given the answer to the question whether the basic principles with moral content limit the application of the currency clause.

Keywords: *principle of monetary nominalism, currency clause, business morality, principle of equal value of performances, principle of good faith and fair dealing.*

Zusammenfassung

**ANWENDUNGSBESCHRÄNKUNGEN IN DER
WÄHRUNGSKLAUSEL AUFGRUND DER GRUNDSÄTZE
MIT MORALISCHEM INHALT**

Die Regelung, welche die Verwendung der Währungsklausel in der Republik Kroatien ermöglicht, wurde im Jahre 1994 ins Gesetz über die Verpflichtungen eingeführt mit dem Ziel den Grundsatz des Gleichwerts der Leistungen zu realisieren und um die Gläubiger von der Abwertung der nationalen Währung zu schützen. Doch zur gleichen Zeit wurden keine Einschränkungen in der Anwendung der Währungsklausel vorgeschrieben, welche unter verschiedenen Umständen zu einem

Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien auf Kosten des Schuldners führen könnten.

In diesem Artikel werden die Autoren die rechtlichen Elemente der Fremdwährungsklausel analysieren unter den Aspekten deren Zielsetzung unter der Bedeutung der gesetzlichen Vorschriften mit moralischem Inhalt als Beschränkungen jenes Rechts vor allem während der Ausführung des Vertrags. Darüber hinaus werden die Autoren die jüngsten Rechtsprechungen, welche die Verträge mit einer Fremdwährungsklausel als aleatorische Verträge klassifizieren, kritisch beobachten. Am Ende wird die Frage beantwortet, ob die grundlegenden Prinzipien mit moralischem Inhalt die Anwendung der Währungsklausel beschränken.

Schlüsselwörter: *Prinzip des Währungsnominalismus, Währungsklausel, Geschäfts Moral, Grundsatz des Gleichwerts der Leistungen, Grundsätze von Treu und Glauben und Rechtschaffenheit.*

Riassunto

LIMITAZIONI NELL'APPLICAZIONE DELLA CLAUSOLA VALUTARIA IN RAGIONE DI PRINCIPI DAL CONTENUTO MORALE

La disposizione con la quale si consente la contrattazione della clausola valutaria nella Repubblica di Croazia è stata introdotta con la legge di modifica ed integrazione della legge sulle obbligazioni nel 1994 con l'intento della realizzazione del principio di proporzionalità delle prestazioni, in ragione dell'allora presente esigenza in capo ai creditori dovuta al deprezzamento della valuta nazionale. Tuttavia, al contempo non vennero dettate delle limitazioni concernenti l'uso della clausola medesima, la quale in circostanze di mutamento del valore della valuta alla quale il credito è legato, può condurre ad una disproporzione quanto ai diritti e doveri delle parti.

Nel presente lavoro verranno presi in considerazione i fini economici, sociali e legali dell'introduzione di soluzioni legali circa la clausola valutaria ed il significato delle regole giuridiche della conduzione morale degli affari, quale limitazione dei diritti spettanti in base alla clausola valutaria per il periodo di durata del rapporto contrattuale. A tale fine verranno distinti i rapporti civilistici basati sulle regole generali del diritto delle obbligazioni dai rapporti speciali contenuti nel diritto di protezione dei consumatori e dei professionisti, cercando di spiegare in che rapporto si trovino. Ancora, verranno interrogate le possibilità di protezione rispetto al comportamento scorretto durante il rapporto contrattuale in relazione alla clausola valutaria con riferimento a tali particolari rami del diritto croato, europeo ed internazionale. Il contributo si soffermerà anche sulla recente giurisprudenza la quale nei contratti con clausola valutaria individua importanti elementi di aleatorietà, escludendo pertanto l'applicazione del principio dal contenuto morale in ragione del mutamento

del valore. In conclusione, in base ai risultati ottenuti nel contributo, gli autori risponderanno all'interrogativo se i principi generali di contenuto morale possano limitare l'applicazione della clausola valutaria durante il rapporto contrattuale.

Parole chiave: *principio nominalistico, clausola valutaria, conduzione morale degli affari, principio dell'equo valore delle prestazioni, principio di diligenza e correttezza.*

REORGANIZACIJA OVRHE NA TEMELJU VJERODOSTOJNE ISPRAVE U SLOVENIJI*

Marko Bratković, mag. iur., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.736
Ur.: 3. studenog 2015.
Pr.: 27. studenog 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Ovrha na temelju vjerodostojne isprave u Sloveniji je 2008. godine sustavno reorganizirana. Ispostavilo se, naime, da upravo ona generira velik dio zaostataka na slovenskim sudovima. Novoustrojeni Centralni oddelek za vjerodostojno listino (COVL) postao je isključivo nadležan za izdavanje rješenja o ovrsi. Sam je postupak elektronificiran i normativno revidiran, a u šestogodišnjoj se praksi pokazalo da je time postao brži i jednostavniji. Na marginama prikaza slovenskih iskustava i kvantitativne analize uspješnosti provedene reforme izneseni su i komparativni podatci za Hrvatsku kao poticaj promišljanjima hrvatskoga zakonodavca.

Ključne riječi: *ovrha na temelju vjerodostojne isprave, certificiranje nesporne tražbine, elektronifikacija sudskog postupka, COVL, sudska statistika.*

1. UVOD

Ovrha na temelju vjerodostojne isprave osobitost je ovršnopравnih uređenja postjugoslavenskih država. U njima je taj institut u bitnom zadržao karakteristike svoga uređenja iz bivšega jugoslavenskog prava, ali je u organizacijskom pogledu u posljednjem desetljeću nemalo izmijenjen, i to različito u pojedinim državama sljednicama bivše Jugoslavije. Kako su ovrhe na temelju vjerodostojne isprave zbog svoje brojnosti postale generatorom sudskih zaostataka, izmjene su poglavito motivirane potrebom rasterećivanja sudova. U tom je kontekstu osobit slovenski pristup rješavanju toga problema. Od 2008. godine u Sloveniji je nadležnost za izdavanje rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave centralizirana, a postupak elektronificiran kako bi bio prilagođeniji potrebama efikasne masovne obrade zahtjeva. Na temelju slovenskih iskustava s provedbom reforme postupka i kvantitativne analize pokazatelja efikasnosti reorganizirana postupka u radu su izneseni opći zaključci ne bi li poslužili kao poticaj promišljanjima (i) hrvatskoga zakonodavca *de lege ferenda*.

1* Rad je izrađen u okviru znanstvenoga projekta Hrvatski pravni sustav Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

2. OVRHA NA TEMELJU VJERODOSTOJNE ISPRAVE – INOVACIJA JUGOSLAVENSKOG PRAVA

Koncept ovrhe na temelju vjerodostojne isprave autohton je plod bivšega jugoslavenskog zakonodavstva. Nepreciznost njegova izvornog uređenja iz Zakona o izvršnom postupku iz 1978.² uglavnom je otklonjena novelom iz 1990.³ godine. Njome je lista vjerodostojnih isprava znatno proširena⁴, a sam je postupak oblikovan kao hibrid – postupak izdavanja dokumentarnoga platnog naloga funkcionalno je povezan s postupkom izdavanja rješenja o ovrsi. Intencija zakonodavca bila je, naime, da se u pravno i činjenično nespornim slučajevima, koji u praksi nisu rijetki, izbjegne potreba vođenja (nerijetko dugotrajnog) parničnog postupka samo radi certificiranja nesporne tražbine i izdavanja ovršne isprave te da se vjerovniku koji o postojanju svoje tražbine ima (zakonom propisanu) ispravu omogućiti da već na temelju te isprave predloži ovrhu.

U razradi te ideje zakonodavcu je kao ishodište⁵ poslužio postupak za izdavanje dokumentarnoga platnog naloga⁶ u kojem sud na temelju kvalificiranih isprava, bez prethodnoga kontradiktornog raspravljanja, donosi rješenje kojim prihvaća tužiteljev zahtjev da se tuženiku naloži neko plaćanje. Platni nalog postaje pravomoćan i ovršan ne podnese li tuženik u zakonom predviđenom roku protiv njega prigovor. Pravodobnim pak podnošenjem prigovora tuženik inicira sudsko ispitivanje pravilnosti i zakonitosti donesenoga platnog naloga. Međutim, jugoslavenski je zakonodavac otišao i korak dalje. Novelom iz 1990. godine omogućeno je da sud, na vjerovnikov zahtjev, na temelju vjerodostojne isprave, a bez prethodnoga kontradiktornog raspravljanja, izda u okviru akta nazvanog rješenje o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave (u širem smislu) ne samo (uvjetni) platni nalog nego i (uvjetno – na temelju toga nepravomoćnog platnog naloga) i rješenje o ovrsi protiv dužnika (u užem, pravom smislu). Istekne li zakonom predviđen rok, a dužnik ne podnese prigovor ni protiv platnoga naloga ni protiv rješenja o ovrsi (u užem smislu), ta rješenja postaju bezuvjetna i pravomoćna. Izdano rješenje o ovrsi osnova je za provedbu ovrhe.

Sagleda li se izloženi koncept u cjelini ovršnoga prava i postupka, vjerodostojne su isprave postale, doduše uvjetno, osnove za određivanje ovrhe (*tituli executionis*).

2 Zakon o izvršnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91; *Narodne novine*, br. 26/91, 53/91, 91/92, 57/96 (dalje u bilješkama: ZIP).

3 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 27/90.

4 Prema izvornom uređenju iz 1978. vjerodostojne su isprave bile samo faktura, mjenica i ček (čl. 21.). Spomenutom novelom iz 1990. tom su popisu pridodani javna isprava, izvod iz ovjerenih poslovnih knjiga i po zakonu ovjereni privatna isprava. Specificirano je i da se fakturama smatra i obračun kamate te da ček, ako je to potrebno za zasnivanje tražbine, mora biti popraćen protestom i povratnim računom.

5 Dika, M., *Građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 253.; Triva, S.; Belajec, V.; Dika, M., *Sudsko izvršno pravo*, Informator, Zagreb, 1984., str. 155.

6 Zuglia i Triva navode da je dokumentarni platni nalog po svom povijesnom postanku prvi akt ovršnoga postupka. Nedokumentarne pak platne naloge smatraju zaostatom starog postupka opominjanja (monitornog postupka) – *Mahnverfahren* (koji u dosta izmijenjenu obliku i danas postoji u austrijskom i njemačkom pravu). Zuglia, S.; Triva, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, II. svezak, Narodne novine, Zagreb, 1957., str. 397, 398 i 401.

Ipak, u jugoslavenskom je pravu njihova primjena kao osnove za određivanje ovrhe bila višestruko ograničena.⁷ Naime, u izvornom uređenju iz 1978. godine ovrha se na temelju vjerodostojne isprave mogla odrediti tek za dospjele tražbine između organizacija udruženog rada koje obavljaju privrednu djelatnost (čl. 21.). Novela iz 1990. godine te je granice olabavila omogućivši da se ovrha na temelju vjerodostojne isprave može odrediti za tražbine svih pravnih osoba.⁸ Dakle, svaka je pravna osoba mogla tražiti određenje ovrhe na temelju vjerodostojne isprave protiv dužnika koji je ili pravna ili fizička osoba.

3. SLOVENSKI OVRŠNI ZAKON

Nakon raspada SFRJ i proglašenja neovisnosti Republika Slovenija je, kao i Republika Hrvatska⁹, u bitnom nastavila primjenjivati bivše federalno ovršno pravo. Prvi slovenski zakon o ovrši i osiguranju (*Zakon o izvršbi in zavarovanju*¹⁰) donesen je tek 1998. godine te je uz mnogobrojne izmjene i dopune i danas na snazi.¹¹

I jugoslavenska inovacija o ovrši na temelju vjerodostojne isprave integralni je dio toga zakona.¹² U pravosuđu opterećenom nerazumno dugotrajnim parničnim postupcima¹³ i velikim brojem neriješenih predmeta zadržavanje toga koncepta činilo

7 Osim ograničenjima propisanim ZIP-om, mogućnost predlaganja ovrhe na temelju vjerodostojne isprave bila je dodatno ograničena Zakonom o osiguranju plaćanja između korisnika društvenih sredstava. Triva; Belajec; Dika, *op. cit.* u bilj. 4, str. 157 *sqq.*; Popović, B.; Ristić, V., *Zakon o izvršnom postupku sa komentarom, sudskom praksom i obrascima za praktičnu primenu*, Beograd, 1978., str. 22.

8 Dika, *op. cit.* u bilj. 4, str. 260.

9 Republika Hrvatska prvi je nacionalni zakon koji uređuje ovršnopravnu materiju donijela 1996. godine (*Narodne novine*, br. 57/96). Osnovni koncepti ovršnoga prava iz toga zakona zadržani su i u kasnijim izmjenama i dopunama te u novom zakonu iz 2012. godine (Ovršni zakon, *Narodne novine*, br. 112/12, 25/13, 93/14). U ovom je radu primarni interes usmjeren na analizu slovenskoga ovršnoga prava i pravosuđa, a podatci za Hrvatsku tek su nadopuna i služe kao orijentir za potpunije razumijevanje iznesenih slovenskih podataka i razvojnih smjernica ovršnih sustava u Hrvatskoj i Sloveniji.

10 *Zakon o izvršbi in zavarovanju*, *Uradni list RS*, br. 51/98.

11 *Zakon o izvršbi in zavarovanju*, *Uradni list RS*, br. 3/07 – pročišćen tekst, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14 i 58/14 – odl. US (dalje u bilješkama: ZIZ). Proklamirani cilj svih izmjena ZIZ-a bilo je postizanje što veće efikasnosti ovrhe i onemogućavanje dužnika da odugovlači postupak. Usp. Galič, A., Slovenia, u: Taelman, P. (ur.), *International Encyclopaedia of Laws: Civil Procedure*, Kluwer Law International, 2014., redni br. odlomka 421.

12 Rijavec, V., *Civilno izvršilno pravo*, GV Založba, Ljubljana, 2003., str. 135 *sqq.*

13 U tom su pogledu ilustrativni podatci za Republiku Sloveniju za 2000. godinu (kada su po prvi put statistički obrađeni i ti podatci) prema kojima je preko 63 % prvostupajskih parničnih postupaka pred *okrajnim* sudovima trajalo preko jedne godine (a više od 28 % i više od tri godine). Pred *okrožnim* sudovima više od 80% prvostupajskih trgovačkih sporova trajalo je dulje od jedne godine (a više od 36 % i dulje od tri godine). Pred tim su sudovima pokazatelji bili nešto bolji u pogledu ostalih (netrgovačkih) prvostupajskih parničnih postupaka jer je (tek) 44 % njih trajalo dulje od jedne godine (a preko 16 % dulje od tri godine). Valja napomenuti da su se reformama slovenskog pravosuđa ti podatci znatno popravili u idućem desetljeću tako da je u 2010. godini šezdesetak posto svih prvostupajskih parničnih postupaka trajalo kraće od

se opravdanim. Štoviše, u slovenskom su ovršnom zakonu, baš kao i u hrvatskom, otpala personalna ograničenja primjene toga instituta tako da je svaki vjerovnik, i fizička i pravna osoba, na temelju vjerodostojne isprave o postojanju svoje tražbine postao ovlašten zahtijevati izdavanje rješenja o ovrši protiv dužnika.

Upogledu zakonskih pretpostavaka za (prisilno) ostvarenje tražbine, za vjerovnika novčane tražbine osmišljeni je koncept vrlo atraktivan. Vjerovnik je, naime, ovlašten pribaviti pravomoćno rješenje o ovrši bez potrebe vođenja parničnog postupka i u (nastavnom) ovršnom postupku namiriti svoju tražbinu. Postupak izdavanja rješenja o ovrši jednostavan je i brz ili bi takav trebao biti. Naime, jednostavnost i brzina postupanja ovisne su ne samo o normativnom uređenju postupka nego i o kvaliteti organizacije rada i razdiobe poslova unutar tijela koje taj postupak provode. Važnu ulogu ima i stručnost te kvaliteta rada osoba koje te poslove obavljaju.

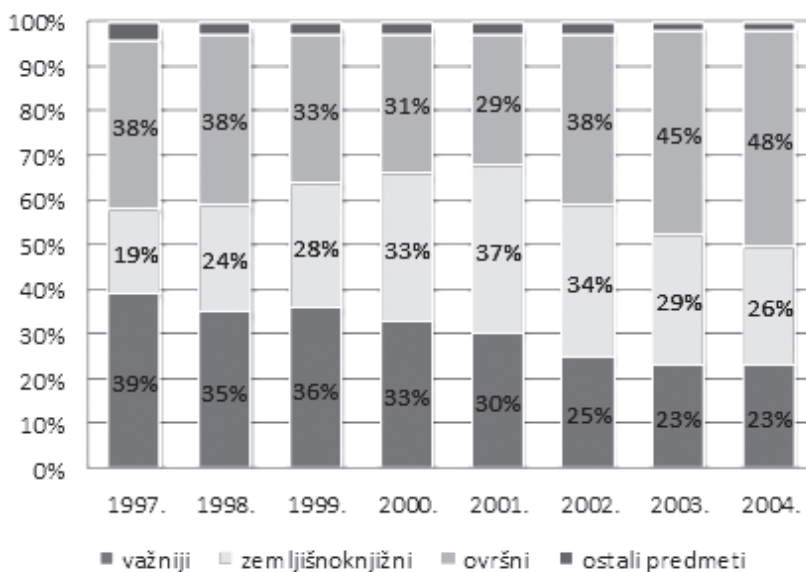
4. OVRHE NA TEMELJU VJERODOSTOJNE ISPRAVE KAO GENERATOR SUDSKIH ZAOSTATAKA

U Sloveniji je određivanje¹⁴ ovrhe izdavanjem rješenja o ovrši na temelju vjerodostojne isprave u sudskoj nadležnosti kao što je bilo i u bivšem jugoslavenskom pravu.¹⁵ Za izdavanje rješenja o ovrši na temelju vjerodostojne isprave sve do 1. siječnja 2008. bila su nadležna 44 prvostupanijska suda, i to mjesno nadležna *okrajna sodišča*, a oko njihova izdavanja bilo je angažirano (barem u dijelu njihova radnog vremena) oko 350 zaposlenika u pravosuđu.¹⁶ Mogućnost *preskakanja* parničnog postupka i izdavanja rješenja o ovrši na temelju vjerodostojne isprave osiguravala je ponešto manji priljev novih parničnih predmeta, ali su zato suci koji su radili na ovršnim predmetima postali preopterećeni poslom, katkad onim više administrativnim negoli (pravim) sudačkim. Prijedlozi vjerovnika za izdavanje rješenja o ovrši na temelju vjerodostojne isprave svojom su brojnošću opterećivali slovenske sudove, a gdje gdje za njih predstavljali i nepremostiv problem. Neefikasnost ovršnog sustava bila je jedan od izvorišta neefikasnosti slovenskoga pravosuđa u cjelini.¹⁷ Na to zorno

jedne godine. (*Poročilo o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2006*, str. 85, 88.; v letu 2010, str. 104).

- 14 Provedba ovrhe povjerena je, ovisno o predmetu ovrhe, sudovima i privatnim ovršiteljima. Potonja je mogućnost predviđena već u slovenskom ovršnom zakonu iz 1998. godine. Usp. Galič, *op. cit.* u bilj. 10, redni br. odlomka 132.
- 15 I u hrvatskom je pravu bilo tako sve do početka 2006. godine. Od tada je, naime, izdavanje rješenja o ovrši na temelju vjerodostojne isprave u nadležnosti javnih bilježnika. Predmeti se ustupaju sudu tek ako dužnik podnese prigovor protiv tog rješenja.
- 16 Strojini, G., The Central Department for Enforcement on the basis of Authentic Documents in Slovenia, u: Contini, F.; Lanzara, G. F. (ur.), *Building Interoperability for European Civil Proceedings Online*, Clueb, Bologna, 2013., str. 161.
- 17 Uzelac navodi generalnu ocjenu da je zajednička karakteristika ovršnih sustava država koje su pripadale socijalističkoj pravnoj tradiciji njihovo loše stanje – negativno su percipirani u javnosti, slabo financijski potpomognuti, suviše birokratizirani i iznimno formalizirani. (Uzelac, A., *Privatization of Enforcement Services - A Step forward for Countries in Transition?*, u: C.H. van Rhee, A. Uzelac (ur.), *Enforcement and Enforceability - Tradition and Reform*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2010., str. 84).

upućuje i *Grafikon 1.* iz kojega je vidljivo da se od 1997. do 2004. godine u ukupnom broju svih sudskih predmeta koji nisu riješeni na kraju pojedine godine (neovisno o tome kada su zaprimljeni) velik udio odnosio upravo na neriješene ovršne predmete. Svemu tomu valjalo je ispitati uzroke. Statistički pokazatelji pokazali su se dobrim polazištem za analizu.



Grafikon 1. Struktura neriješenih predmeta na slovenskim sudovima u razdoblju od 1997. do 2004. godine¹⁸

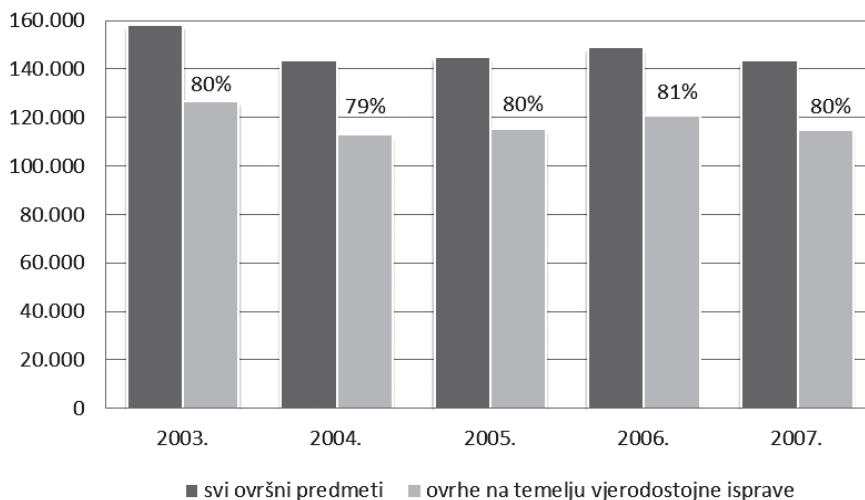
Zbog svoje atraktivnosti za vjerovnike logično je, a i iskustveno utvrđeno, da se velik dio ovršnih sudskih predmeta u Sloveniji odnosi upravo na ovrhe na temelju vjerodostojne isprave. Dostupni statistički pokazatelji upućuju da je u razdoblju od 2003. do 2007. na slovenskim sudovima svake godine evidentirano u prosjeku 148.000¹⁹ novih ovršnih predmeta, a da je među njima bilo čak 118.000²⁰ ovrha na

18 Grafikon se temelji na grafikonu iz *Poročila o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2004*, str. 106. Važniji predmeti za potrebe slovenske statistike obuhvaćaju predmete na *okrajnim* i *okrožnim* sudovima u kojima ti sudovi meritorno odlučuju i predmete svih ostalih sudova.

19 Izračun se temelji na podatcima sudske statistike koju za svaku godinu objavljuje Ministarstvo pravosuđa Republike Slovenije. Publikacije *Sodna statistika* od 2001. do 2014. godine dostupne su na mrežnim stranicama Ministarstva. U izračun su uzeti u obzir novi predmeti zaprimljeni na sudu u godinama 2003. – 2007. i upisani u upisnike *I (izvršilne zadeve)*, *Ig (izvršilne gospodarske zadeve)* i *In (izvršilne nedenarne in nepremičninske zadeve)*. Relevantni podatci dostupni su tek od 2003. godine otkada se statistički zasebno obrađuju podatci o broju ovršnih predmeta na temelju vjerodostojne i ovršne isprave.

20 U pogledu broja predmeta na temelju vjerodostojne isprave moguća su (manja) odstupanja jer se predmeti u kojima je predložena ovrha na nekretnini upisuju u poseban upisnik *In* u kojem predmeti nisu razdijeljeni ovisno o tome je li ovrha predložena na temelju ovršne ili

temelju vjerodostojne isprave.²¹ Dakle, 80 % svih ovršnih predmeta zaprimljenih na slovenskim sudovima u tom razdoblju činili su predmeti ovrha na temelju vjerodostojne isprave. Precizniji podatci za svaku godinu prikazani su na *Grafikonu 2*. On prikazuje ukupan broj ovršnih predmeta na slovenskim sudovima u pojedinim godinama, a posebno je naznačen udio predmeta koji se odnose na ovrhe na temelju vjerodostojne isprave.



Grafikon 2. Broj prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave i njihov udio u ukupnom broju ovršnih predmeta u Sloveniji

vjerodostojne isprave nego se prikazuju odvojeno ovisno o tome je li riječ o novčanoj ili nenovčanoj tražbini. Izneseni podatci prikazuju samo broj predmeta koji je evidentiran u upisniku *I* i *Ig*, a odnosi se na ovrhe na temelju vjerodostojne isprave. Međutim, pretpostavi li se, samo za potrebe statističkog izračuna, da su i svi predmeti iz upisnika *In* koji su pokrenuti radi naplate novčane tražbine pokrenuti upravo na temelju vjerodostojne isprave (što zasigurno nije slučaj), udio ovršnih predmeta na temelju vjerodostojne isprave u ukupnom zbiru ovršnih predmeta raste s 80 na 86 %. Preciznije, za 2003. i 2004. godinu iznosi 85 %, za 2005. 86 %, a za 2006. 87 %. Vjerojatno je i to razlog što se u izvješćima slovenskoga Vrhovnog suda za 2005. i 2006. godinu navodi da u strukturi ovršnih predmeta 85 % čine ovrhe na temelju vjerodostojne isprave. (*Poročilo o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2005* (str. 77), *v letu 2006* (str. 95)).

- 21 Za usporedbu s Hrvatskom moguće je kao relevantne uzeti u obzir samo 2004. i 2005. godinu jer podatci za ranije godine nisu dostupni, a od početka 2006. godine određivanje ovrhe na temelju vjerodostojne isprave u nadležnosti je javnih bilježnika. U godinama 2004. i 2005. hrvatski su sudovi zaprimili 475.703, odnosno 474.011 novih ovršnih predmeta, s time da su u njih uključeni i predmeti koji su ranijih godina bili zaprimljeni kao novi, a u kojima je donesena odluka koja je u žalbenom postupku ukinuta i vraćena prvostupanjskom sudu na ponovno odlučivanje. Usporede li se ti podatci sa slovenskima i dovedu li se u odnos s brojem stanovnika tih država, proizlazi da je u Hrvatskoj na 100.000 stanovnika bilo oko 10.700 ovršnih predmeta, a u Sloveniji 7.350. Koliki se dio tih predmeta odnosi na ovrhe na temelju vjerodostojne isprave za Hrvatsku nije moguće izračunati jer se zasebni podatci o tome statistički nisu iskazivali. (Ministarstvo pravosuđa, *Statistički pregled za 2006. godinu*).

Tako velik broj predmeta opterećivao je slovensko pravosuđe i nepovoljno utjecao na statističke pokazatelje o efikasnosti pravosuđa. Sve to otegotno je djelovalo i na slovenske pristupne pregovore s Europskom unijom.²² Slovenski Vrhovni sud u svom je izvješću za 2004. godinu jasno naznačio da je područje ovrhe potrebno temeljito analizirati i provesti radikalne zahvate kako bi se stanje popravilo. U tom je pogledu slovensko Ministarstvo pravosuđa u suradnji sa sudovima provelo sustavnu analizu i ustanovilo da čak 42 % neriješenih sudskih predmeta čine upravo ovršni predmeti.²³ Jedan od glavnih zaključaka analize bio je da sudovi među ovršnim predmetima pretežito rješavaju ovrhe na temelju vjerodostojne isprave i da se te ovrhe nerijetko odnose na tražbine malih iznosa. Upravo velik broj takvih ovršnih predmeta bio je, ispostavilo se kasnije, među najvećim generatorom sudskih zaostataka. Međutim, razlog za to, navodi se u izvješću, ne krije se u složenosti tih predmeta nego u administriranju kojim je taj postupak opterećen, a na koje zaposlenici u pravosuđu gube velik dio svog radnog vremena. Sudovi su, dakle, smatrali da su preopterećeni administrativnim aktivnostima koje su daleko od njihove osnovne funkcije – suđenja. U izvješću se navodi i paradoks da su neki slovenski sudovi brže rješavali pravno i činjenično složenije ovrhe na nekretninama nego pravno jednostavne ovrhe na temelju vjerodostojne isprave.²⁴ Izdavanje rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave valjalo je, dakle, sveobuhvatno reformirati.

5. PROJEKT SUSTAVNE REORGANIZACIJE POSTUPKA IZDAVANJA RJEŠENJA O OVRSI

Dok se hrvatski zakonodavac, suočen sa sličnim poteškoćama u pravosuđu, od početka 2006. godine odlučio izdavanje rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave prebaciti iz sudske u nadležnost javnih bilježnika i time²⁵ rasteretiti sudove, slovenski se zakonodavac, doduše nešto kasnije, orijentirao na elektronifikaciju postupka izdavanja rješenja o ovrsi. Procijenjeno je, naime, da je struktura vjerodostojnih isprava prikladna za elektroničku obradu podataka jer su u zakonu taksativno pobrojani tipovi tih isprava kao i njihov obvezan sadržaj.²⁶ Međutim, tu je

22 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 170.

23 *Ibid.* U analizi se navodi da su od ukupnog broja od 569.871 neriješenih sudskih predmeta na kraju prve polovice 2003. godine njih čak 239.265 bili ovršni predmeti. V. i *Grafikon 1.*

24 *Poročilo o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2004*, str. 126.

25 Broj ovršnih predmeta na hrvatskim je sudovima nakon toga znatno smanjen, posebice u 2006. i 2007. godini. U kasnijim godinama (do 2013.) broj je opet rastao jer su se na sudove počeli vraćati ovršni predmeti u kojima je protiv rješenja javnoga bilježnika izjavljen prigovor. Uzelac (*op. cit.* u bilj. 16, str. 89), međutim, dvoji o tome je li prebacivanje određenja ovrhe na temelju vjerodostojne isprave u nadležnost javnih bilježnika doista doprinijelo efikasnosti ovrhe u Hrvatskoj. Potpuniji podatci o broju ovršnih predmeta na hrvatskim sudovima vidljivi su u sljedećoj tablici (Ministarstvo pravosuđa, *Statistički pregled za 2014. godinu*, str. 21).

	2004.	2005.	2006.	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.
novi ovršni predmeti	475.703	474.011	271.357	162.632	183.100	198.718	177.083	189.900	191.514	146.309	122.107

26 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 161.

ideju valjalo razraditi na organizacijskoj, tehničkoj i normativnoj razini.

U tu je svrhu Odjel za evidenciju sudske prakse slovenskoga Vrhovnog suda od 2004. do 2008. godine predvodio projekt sustavne reorganizacije postupka izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave primjenom suvremene informacijske tehnologije. Taj je odjel i inače, među ostalim, bio zadužen za razvoj primjene informacijske i komunikacijske tehnologije u slovenskom pravosuđu sve do kraja 2014. godine kada je tu ulogu preuzela novoustrojena samostalna *Služba za upravljanje projektov* (SUP). U okrilju Odjela za evidenciju razvio se i Centar za informatiku (CIF), posebna ustrojbeno jedinica slovenskoga Vrhovnog suda u djelokrugu koje je pružanje tehničke podrške slovenskim sudovima i razvoj centraliziranih sudskih informacijskih sustava. U strateškom razvoju projekata informatizacije slovenskog pravosuđa uz Centar za informatiku djeluje i posebno Vijeće korisnika sastavljeno od predstavnika pojedinih sudova koje se sastaje najmanje jednom godišnje kako bi utvrdilo rezultate projekata u provedbi i odlučilo o budućim projektima aktivnostima.

Projekt sustavne reorganizacije postupka izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave osmišljen je kao rezultat već izložene analize stanja u području sudske ovrhe i kao poticaj povećanju njezine efikasnosti. Elektrifikacijom toga postupka htjelo se postići da pravosudni sustav uslugu izdavanja rješenja o ovrsi svojim korisnicima može pružiti brzo i jednostavno. Proklamirani cilj projekta bio je, da nakon njegove implementacije vjerovnik može primjenom suvremene informacijske tehnologije, brzo pribaviti rješenje o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave i svakodobno ostvariti uvid u tijek postupka jednostavnim pristupom za to namijenjenom mrežnom portalu. Cijeli je projekt proveden u okviru šireg europskog projekta u kojem su slovenski predstavnici radili zajedno s njemačkim stručnjacima na smanjenju sudskih zaostataka na slovenskim sudovima (*EU Twinning project Reduction of Judicial Backlog*).²⁷

Projekt reorganizacije postupka izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave urodio je djelomičnom promjenom sudske nadležnosti, razvojem novoga informacijskog sustava i mnogobrojnim normativnim izmjenama. Njegova realizacija ipak nije uvijek protjecala bez problema. Nerijetko je izostala, kažu njegovi sudionici, odgovarajuća podrška resornoga ministarstva, zbog čega se od nekih prvotnih zamisli i odustalo.²⁸ I gospodarski je sektor katkad bio trom u potpori projektu za čije bi ciljeve trebao biti izravno zainteresiran.²⁹ Tomu usprkos, cilj je na posljetku postignut osobitim angažmanom proaktivnih pojedinaca.³⁰

27 *Ibid.*, str. 168.

28 Ministarstvo pravosuđa tako, primjerice, nije prihvatilo sugestije vodstva projekta da se ustroji posebna evidencija dužnika ili da se odredi minimalan iznos tražbine radi čije bi se naplate mogla predlagati ovrha na nekretnini.

29 O problemima u timskom radu u provedbenoj fazi projekta zorno govori sljedeći citat: “*Twinning* znači zajednički rad, postizanje zajedničkih rezultata, a to znači i čitanje dokumenata, iznošenje vlastitih ideja, prijedloga i dokumenata za plodonosnu raspravu. To je katkad bio problem u svim segmentima projekta.” (Strojin, *op. cit.* u bilj. 15, str. 180, prijevod s engleskog M. B.).

30 Strojin, *op. cit.* u bilj. 15, str. 179.

6. CENTRALNI ODDELEK ZA VERODOSTOJNO LISTINO (COVL)

Od 1. siječnja 2008. godine izdavanje rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave u isključivoj je nadležnosti samo jednog suda – *Okrajnog sodišča* u Ljubljani, i to njegova posebnog odjela čiji je naziv *Centralni oddelek za verodostojno listino*, a akronim COVL. Prvi član naziva upućuje na to da su u nadležnosti toga odjela svi postupci izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave u cijeloj Sloveniji. Ustrojavanje jednog isključivo nadležnog suda radi poboljšanja organizacijske strukture postupka izvorno su predlagali njemački stručnjaci. Svojim su slovenskim kolegama prenijeli pozitivna iskustva s centraliziranom organizacijom provođenja *Mahnverfahren*, postupka po svojim obilježjima donekle srodna našem platnom nalogu, a funkcionalno, barem dijelom, ovrsi na temelju vjerodostojne isprave.³¹ COVL je tako nadomjestio raniju nadležnost 44 *okrajna* suda, mjesna nadležnost koja je u pravilu ovisila o dužnikovu prebivalištu, odnosno sjedištu. Mjesno nadležni *okrajni* sudovi i nadalje su, međutim, nakon što rješenje o ovrsi postane pravomoćno, nadležni za provođenje ovršnog postupka i odlučivanje u njemu.³²

Jedinstveno tijelo nadležno za izdavanje svih rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave ustrojeno je s namjerom prevladavanja problema proizašlih iz različitih stručnih i tehničkih kapaciteta pojedinih sudova. Utvrdilo se, naime, da su na mnogim sudovima, posebice manjim, ovršne predmete u svim segmentima, čak i onim administrativno-tehničke prirode, rješavali suci bez pomoći administrativnog osoblja. Istini na volju, suci se tomu nisu opirali jer su i tim aktivnostima uspješno izvršavali obujam posla predviđen sudačkom normom. Štoviše, nerijetko je jedan sudac rješavao sve ovršne predmete zaprimljene na sudu na kojem je radio, što je, razumije se, dovodilo do znatnog povećanja broja neriješenih drugih predmeta i sudskih zaostataka uopće. Na većim je sudovima postojala posve drukčija praksa. Pojedine je radnje u svim postupcima obavljala točno određena osoba koja se *specijalizirala* za taj dio posla.³³ I ta je praksa, dakako, zbog međusobne nekoordiniranosti osoblja i različite složenosti pojedinih postupaka urodila velikim zaostacima, ali i potrebom zapošljavanja velikoga broja ljudi. Njih preko 350 (od čega oko 50 sudaca) u cijeloj Sloveniji radilo je na ovršnim predmetima barem u dijelu svoga radnog vremena.³⁴

U COVL-u, naprotiv, ukupan broj zaposlenih od njegova ustrojavanja nije prešao broju 68. Broj zaposlenih na izdavanju rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave u razdoblju od 2007. do 2014. godine prikazan je u *Tablici 1*. Od 2008. godine na COVL-u su uz administrativno osoblje bila zaposlena samo četiri suca kojima su 2011., kada je primijećen rast broja podnesenih prijedloga za ovrhu, pridodana još dvojica. Od 2012. godine broj sudaca ustalio se na pet. Među ostalim zaposlenicima najveći udio (oko dvije trećine) čine sudački pomoćnici (*sodniški pomoćniki*) i zapisničari, a nešto je manji broj zaposlenih upisničara i stručnih suradnika pravnikar (*strokovni sodelavci*).

31 Riječ je zapravo o, kako naziv i upućuje, specifičnu postupku sudske opomene koji poznaje njemačko, ali, u nešto drukčijem obliku, i austrijsko pravo. Usp. i bilj. 5.

32 ZIZ, čl. 40.c i 45.

33 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 172.

34 *Ibid.*, str. 204.

Tablica 1. Broj zaposlenih na izdavanju rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave u Sloveniji u razdoblju od 2007. do 2014. godine³⁵

	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.
ukupan broj zaposlenika	oko 350	66	66	66	68	67	68	64
od čega sudaca	oko 50	4	4	4	6	5	5	5

Dakle, u cijeloj Sloveniji samo pet sudaca uz pomoć šezdesetak ostalih zaposlenika radi na izdavanju preko 200.000 rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave godišnje i odlučuje godišnje o oko 20.000 prigovora protiv izdanih rješenja.³⁶ Sudac u COVL-u je, naime, ovlašten odbaciti prigovore koji nisu dopušteni, potpuni, pravodobni ili obrazloženi.³⁷ Suci su, doduše, tu svoju ovlast ovlaštenu *odredbom* prenijeti i na stručne suradnike i sudačke pomoćnike³⁸, a dio njih na to je ovlašten i *ex lege*³⁹, tako da primarno sudački posao ipak može obavljati veći broj osoba. Isto tako, uspoređuju li se podatci iz prethodnoga razdoblja, valja uzeti u obzir da je velik dio poslova koje je ranije obavljalo osoblje na sudu nakon ustrojavanja COVL-a ugovorom eksternaliziran (*outsourcing*).⁴⁰

Naime, svu poštu iz COVL-a priprema i otprema privatni poduzetnik s odgovarajućom informatičkom opremom kojemu je to ugovorna obveza. On sve dokumente iz COVL-a prima u elektroničkom *.pdf* obliku, ispisuje ih, razvrstava i slaže u omotnice. Na omotnice ispisuje adrese na koje se pošta šalje, upisuje u poseban upisnik i predaje poštanskom uredu radi dostave adresatima. Na taj je način

35 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 204 za podatke do 2011., a preostali su podatci pribavljeni sa slovenskog Vrhovnog suda (iz Sustava poslovne inteligencije Vrhovnog suda – *Skladišće podataka in poslovno obveščanje*).

36 Precizniji su podatci izneseni *infra*. U Hrvatskoj je izdavanje rješenja na temelju vjerodostojne isprave u nadležnosti tristotinjak javnih bilježnika. Njihov se broj kretao od 203 u 2006. godini do 311 u 2013. i 2014. godini. U hrvatskom je javnom bilježništvu u 2014. godini bilo zaposleno i 252 javnobilježničkih prisjednika, 81 javnobilježnički savjetnik i 111 javnobilježničkih vježbenika te nemali broj administrativnog osoblja. (Izneseni su podatci pribavljeni iz Hrvatske javnobilježničke komore. Broj zaposlenog administrativnog osoblja nije posebno evidentiran.) Izneseni se brojevi ipak ne mogu uspoređivati sa slovenskim podatcima o broju osoblja angažiranog na izdavanju rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave jer javnim bilježnicima određivanje ovrhe nije jedina povjerena djelatnost.

37 ZIZ, čl. 62., st. 5. U slovenskom je pravu od novele ovršnog zakona iz 2002. godine izričito propisano da dužnik u prigovoru mora navesti činjenice i predložiti dokaze kojima se te činjenice mogu utvrditi. (*Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ-A), Uradni list*, br. 75/05.) *V. amplius* (i o ranijem (još strožem, ali potencijalno neustavnom) uređenju da dužnik svoj prigovor mora dokazati podnesenim ispravama) Wedam Lukić, D., *Ustavnopравни vidiki izvajanja dokazov v pravdnem postopku, Podjetje in delo*, br. 6-7, 2012., str. 1387.

38 ZIZ, čl. 6., st. 2. I to je rješenje inspirirano njemačkim.

39 *Zakon o sodiščih, Uradni list RS*, br. 94/07 – pročišćeni tekst, 45/08, 96/09, 86/10 – ZJNepS, 33/11, 75/12 – ZSPDLS-A, 63/13 i 17/15 (dalje u bilješkama: ZS); čl. 53.a.

40 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 179.

ujedno spriječeno da COVL bude zatrpan papirima. Na potrebu eksternalizacije već u vrijeme razrade projekta upozorili su suci svjesni da bi upravo priprema i otprema pošte mogle biti usko grlo čitavog postupka izdavanja rješenja o ovrsi, a u iznalaženju pravog rješenja uvelike je pripomoglo slično njemačko iskustvo. Samo u 2010. godini za potrebe COVL-a otpremljeno je više od milijun poštanskih pošiljaka s preko 9 milijuna stranica, za što bi, da nije provedena eksternalizacija, bilo potrebno angažirati godišnje između 60 i 70 ljudi.⁴¹ Eksternalizacija pripreme i otpreme pošte pokazala se iznimno učinkovitom pa se kasnije primijenila i u zemljišnoknjižnim i stečajnim stvarima.⁴²

U COVL-u je od 2011. godine eksternalizirana i digitalizacija povratnica. Privatni poduzetnik sve povratnice zaprimljene u COVL-u skenira te datum dostave unosi u odgovarajuće polje elektronički kreiranog spisa. I ta se eksternalizacija kasnije primijenila u zemljišnoknjižnim i stečajnim postupcima⁴³, a od 2014. i u svim ovršnim postupcima.⁴⁴ Sve to smanjilo je poštanske troškove za sudstvo u cjelini za oko milijun eura.⁴⁵ Poštanski troškovi, naime, predstavljaju gotovo četvrtinu ukupnog proračuna za materijalne troškove pravosuđa (ako se iz njih izuzmu troškovi plaća). COVL za poštanske troškove godišnje izdvaja oko 3,5 milijuna eura (što je 50 % za materijalne troškove predviđenih sredstava)⁴⁶, a za eksternalizaciju dodatnih 0,5 milijuna eura godišnje. Osim financijskih ušteda, pozitivni se učinci eksternalizacije ogledaju i u tome što su sudovi lišeni dosta administrativnog posla koji im je ranije oduzimao podosta vremena. Ne treba, međutim, podcjenjivati ni potencijalne probleme koji se uz eksternalizaciju mogu pojaviti (potreba provođenja postupka javne nabave, pitanje cijene usluge i vremena na koje se obavljanje usluge ugovara te pitanje povjerenja u privatnog poduzetnika koji, skrenirajući povratnice koje su javne isprave, zapravo kreira elektroničke javne isprave).

Postupak u COVL-u ograničen je na izdavanje rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave i odlučivanje o dopuštenosti, potpunosti, pravodobnosti i dostatnoj obrazloženosti prigovora protiv izdanih rješenja.⁴⁷ Preko 90 % izdanih rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave postaje pravomoćno odmah nakon

41 U 2010. godini otpremljeno je 1.109.649 pošiljaka ili oko 9.444.600 stranica (*Poročilo o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2010*, str. 75).

42 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 190.

43 *Ibid.*, str. 190.

44 *Poročilo o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2014*, str. 70.

45 *Ibid.*, str. 71. U izvješću se navodi da su ranije poštanski troškovi iznosili 11.606.483 eura, a nakon provedene eksternalizacije 10.588.115 eura.

46 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 209. Poštanski troškovi cijelog pravosuđa prelaze iznos od 12 milijuna eura, dok je za materijalne troškove (bez troškova plaća) predviđeno 50 milijuna eura. U COVL-u se za pokriće poštanskih troškova potroši oko 3,5 milijuna eura. Zanimljiv je podatak o troškovima dostave na Trgovačkom sudu u Zagrebu na konferenciji održanoj u Zagrebu u travnju 2014. pod nazivom *Elektronička komunikacija i moderne tehnologije u parničnom postupku: dostava, dokazivanje, zapisivanje* iznijela njegova predsjednica Nada Nekić Plevko. Na tom sudu u 2013. godini otpremljeno je 172.544 pošiljaka, za što je utrošeno 2.077.471,73 kn. Isto tako, na taj se sud godišnje vrati oko 3.000 neuručenih pošiljaka, što predstavlja trošak od oko 33.300 kn.

47 V. bilj. 36.

isteka roka za podnošenje prigovora jer je učestalost prigovora protiv rješenja stalno oko 10 %. Precizniji podatci po godinama izneseni su u *Tablici 2*. Zanimljivo, tijekom osmišljavanja projekta predviđalo se da će se učestalost prigovora kretati između 20 i 30 %.^{48 49} Niska učestalost prigovora protiv rješenja može biti pokazatelj efikasnosti postupka. Ako je postupak efikasan, dužnici su, naime, destimirani u isticanju neopravdanih prigovora jer su svjesni da bi ih to izložilo samo dodatnim financijskim izdacima (u vidu dodatnih sudskih pristojbi i troškova eventualnog odvjetničkog zastupanja te zateznih kamata) koje će biti prisiljeni podmiriti u vrlo kratkom roku. O učestalosti opravdanih prigovora govori i podatak da je od svih u 2010. godini podnesenih prigovora njih 42 % odbačeno.⁵⁰

Tablica 2. Učestalost prigovora i žalbi protiv rješenja o ovrshi na temelju vjerodostojne isprave izdanih u COVL-u u razdoblju od 2008. do 2014. godine⁵¹

	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.
prigovori	8.9%	11%	12.6%	10.6%	10.7%	10%	10%
žalbe	1%	1.5%	3%	1.6%	1.4%	1%	1.8%

Protiv odluke ovlaštene osobe u COVL-u o odbačaju prigovora zbog njegove nedopuštenosti, nepotpunosti, nepravodobnosti i nedostatne obrazloženosti stranka ima pravo i na žalbu o kojoj odlučuje drugostupanjski sud.⁵² U *Tablici 2*. prikazana je i učestalost podnošenja žalbi u pojedinim godinama. Razlozi za njihov nevelik broj slični su onima već iznesenima kod prigovora, s time da su kod žalbe dodatni troškovi još i veći negoli kod prigovora. Statistički gledano, odluke suda povodom žalbe uglavnom su negativne za njihova podnositelja. Od rješenja ožaljenih u 2010. godini njih 20 % bilo je drugostupanjskom odlukom ukinuto, a 16 % preinačeno dok je u svim ostalim slučajevima žalba bila neuspješno izjavljena.⁵³ Prevenirajući neujednačenost sudske prakse različitih drugostupanjskih sudova zakonodavac je odredio da je i u žalbenom postupku nadležan samo jedan od ukupno četiri drugostupanjska suda,

48 *Ibid.*, str. 203.

49 I hrvatski je zakonodavac u obrazloženju Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona iz 2005. godine (str. 81) naveo da se očekuje da će do 80 % rješenja javnih bilježnika postati pravomoćno bez podnošenja prigovora, dakle bez potrebe angažiranja suda. Ako je vjerovati statističkim podatcima pribavljenima iz Hrvatske javnobilježničke komore (usprkos tomu što ne postoji službena metodologija njihova prikupljanja i obrade), prigovori se u Hrvatskoj podnose još i rjeđe nego što se očekivalo i rjeđe nego u Sloveniji. U nastavku je tablica s prikazom učestalosti prigovora protiv rješenja o ovrshi na temelju vjerodostojne isprave koje je izdao javni bilježnik.

učestalost prigovora	2006.	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.
	6.5%	4.9%	5.6%	6.4%	6.7%	6.5%	9.5%	6.9%	6.2%

50 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 203.

51 Podatci su preuzeti iz godišnjih izvješća slovenskoga Vrhovnog suda za odnosne godine.

52 Postoji, međutim, i žalba protiv rješenja o ovrshi na temelju vjerodostojne isprave koju je ovlašten podnijeti podnositelj prijedloga za ovrhu.

53 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 203.

i to *Višje sodišče* u Ljubljani. Međutim, to je tako tek od 1. siječnja 2011. godine Ministarstvo pravosuđa, naime, isprva nije prihvatilo prijedloge o jedinstvenom drugostupanjskom forumu za ovrhe na temelju vjerodostojne isprave, ali je na to, nakon uočenog kontinuiranog rasta broja predmeta (a time i žalbenih predmeta), ipak pristalo.

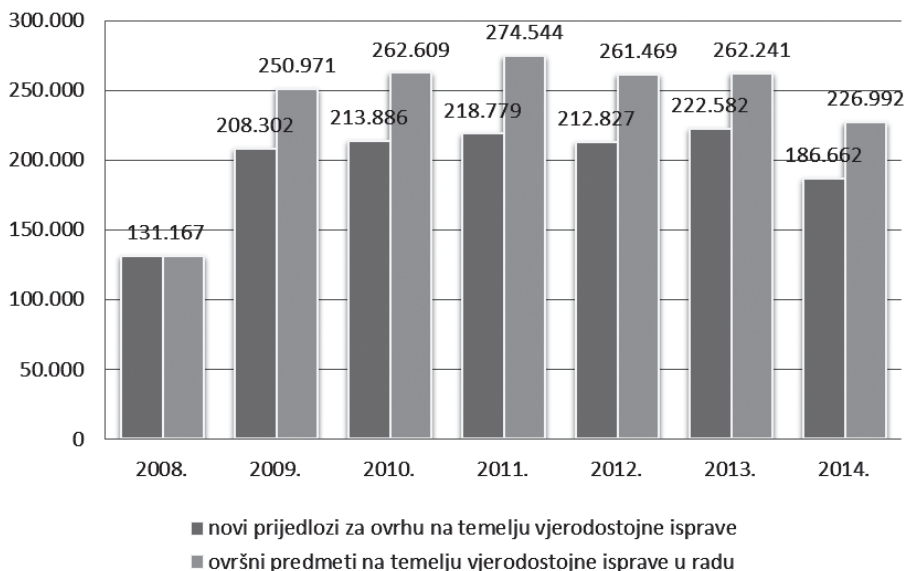
Ukupan broj prijedloga za ovrhu podnesenih COVL-u kontinuirano je rastao do 2011. godine, a onda se počeo smanjivati. Izuzetak je 2013. godina u kojoj je zabilježen najveći priljev novih predmeta u dosadašnjem radu COVL-a. U *Grafikonu 3.* usporedno je po pojedinim godinama od 2008. do 2014. prikazan broj novih prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave zaprimljenih u COVL-u i ukupan broj ovršnih predmeta na temelju vjerodostojne isprave koji su u toj godini u COVL-u bili u radu. Broj predmeta u radu obuhvaća, osim novih prijedloga za ovrhu zaprimljenih u rad u tekućoj godini, i predmete zaprimljene u prethodnom razdoblju, a koji nisu riješeni u godini zaprimanja. Usporede li se podaci iz *Grafikona 3.* s podacima iz *Grafikona 2.* jasno je da je uspostavom COVL-a znatno (za 60-70 %) povećan godišnji broj novih prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave. Dio toga povećanja valja vjerojatno pripisati financijskoj krizi koja je upravo u to vrijeme uzela maha u (ne samo) ovom dijelu Europe.⁵⁴ Međutim, uzme li se u obzir i podatak da je rok između datuma dospijeca tražbine i podnošenja prijedloga skraćen u odnosu na ranije (u 2009. godini on je u prosjeku iznosio 69 dana⁵⁵), povećanje broja novih prijedloga za ovrhu pokazatelj je da i korisnici novi sustav smatraju efikasnim. Povećanje broja predmeta raslo je, čini se, proporcionalno sa sviješću vjerovnika o postojanju elektronicirana postupka koji im omogućava bržu i jednostavniju naplatu tražbina.

54 Zanimljivi su i podaci o broju novih prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave podnesenih javnim bilježnicima u Hrvatskoj prikazani u sljedećoj tablici. Podatci su pribavljeni iz Hrvatske javnobilježničke komore.

novi prijedlozi za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave	2006.	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.
	271.205	404.891	431.129	474.315	558.124	701.786	639.476	722.672	660.599

Usporede li se ti podaci sa slovenskima i dovedu li se u odnos s brojem stanovnika tih država, proizlazi da je u Hrvatskoj na 100.000 stanovnika bilo godišnje i do 40 % više novih prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave nego u Sloveniji. U 2014. godini takvih je predmeta u Hrvatskoj bilo čak 60 % više nego u Sloveniji. Tomu bi valjalo temeljitije ispitati uzroke. Dio bi se povećanog broja prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave vjerojatno mogao objasniti okolnošću da Hrvati u prosjeku loše upravljaju svojim financijama. Trebalo bi, međutim, provjeriti i u kojoj je mjeri povećan broj prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave posljedica mogućnosti (koja, doduše, postoji i u Sloveniji, ali su troškovi drukčiji nego u Hrvatskoj) da vjerovnik podnošenjem više sukcesivnih prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave (umjesto jednog) *razdijeli* cjelokupnu tražbinu koju ima prema dužniku na više manjih tražbina za koje ima posebne vjerodostojne isprave (npr. račune) povećavajući tako troškove postupka koje u konačnici mora snositi dužnik (a pogodujući time odvjetnicima vjerovnika i javnim bilježnicima).

55 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 202.



Grafikon 3. Broj novih prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave i broj predmeta ovrha na temelju vjerodostojne isprave u radu u COVL-u od 2008. do 2014. godine⁵⁶

Nov se elektronicirani sustav bez većih problema nosio s povećanim priljevom novih predmeta. Proklamirani cilj projekta da rješenje o ovrsi bude izdano u roku od dva radna dana od dana podnošenja prijedloga ostvaren je u dosadašnjem radu COVL-a kod otprilike 60 % izdanih rješenja, a preko 80 % rješenja izdano je u roku od pet radnih dana od dana podnošenja.⁵⁷ Reorganizacija postupka znatno je, naime, skratila postupak izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave. Dok su prije 2008. ti postupci u prosjeku trajali više od šest mjeseci⁵⁸, u COVL-u je u prosjeku nešto manje od dva mjeseca potrebno da bi predmet u COVL-u bio u potpunosti riješen.⁵⁹ To je čak i nešto bolje nego što bi se s obzirom na priljev novih predmeta očekivalo prema formuli Clark-Capelettijeva indeksa⁶⁰ koji u prosjeku iznosi dva

56 U grafikonu su prikazani podaci iz *Sodne statistike* slovenskog Ministarstva pravosuđa, a podatke za 2008. i 2009. godinu navodi Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 204. Valja napomenuti da izneseni podatci u apsolutnim iznosima nisu posve identični s onima koje se navode u godišnjim izvješćima slovenskoga Vrhovnog suda. Ipak, riječ je tek o manjim odstupanjima.

57 Izračun se temelji na podacima iz godišnjih izvješća slovenskoga Vrhovnog suda.

58 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 161.

59 Stvarno prosječno trajanje postupka izračunava se u slovenskoj sudskoj statistici Ministarstva pravosuđa od 2012. godine prema formuli kojom se stvarno trajanje postupka (broj dana od dana zaprimanja na sudu do dana označavanja spisa kao riješenog) dijeli s brojem riješenih predmeta.

60 Clark-Capelettijev indeks izračunava se prema formuli kojom se broj neriješenih predmeta u jednoj godini dijeli s brojem riješenih predmeta u toj godini, a dobiveni se količnik pomnoži s 12 kako bi se dobilo prosječno očekivano trajanje postupka izraženo u mjesecima. Indeks najčešće služi kao mjera zagušenosti sudova predmetima. Podatak o visini Clark-Capelettijeva

mjeseca.

Dugotrajnim su postupanjem, osobito ako se uzme u obzir da su ovrhe nakon izdavanja rješenja o ovrsi trajale i po nekoliko godina⁶¹, sudovi često kršili ustavno i konvencijsko pravo stranaka na suđenje u razumnom roku. Dugotrajni su postupci pogodovali jedino dužnicima koji, svjesni loše organizacije ovršnog aparata, nerijetko hotimično nisu pravodobno podmirivali svoje obveze. Reorganiziran je sustav izdavanja rješenja o ovrsi pozitivno djelovao i na disciplinu plaćanja obveza.⁶² Utvrđeno je, naime, da dužnici čak u 30 % predmeta u cijelosti ili djelomično podmire svoju obvezu i prije nego što ovrha bude provedena.⁶³ Tomu u prilog govore i podatci da je otprilike 10 % prijedloga povučeno prije pravomoćnosti rješenja, a dodatnih 20 % prije nego što provedba ovrhe započne.⁶⁴ Dakle, vjerojatno su u tim slučajevima dužnici podmirili svoju obvezu svjesni da bi ih daljnje otezanje s plaćanjem izložilo dodatnim troškovima. Ipak, pozitivni bi se učinci u discipliniranju dužnika trebali uočiti tek u dugoročnom smanjenju broja podnesenih prijedloga za ovrhu.⁶⁵ Tom trendu pripisati već smanjenje priljeva novih predmeta u 2014. godini, bilo bi ipak paušalno.

7. ELEKTRONIFIKACIJA IZDAVANJA RJEŠENJA O OVRSI NA TEMELJU VJERODOSTOJNE ISPRAVE

Elektronifikacija izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave bila je jedan od osnovnih ciljeva slovenskoga projekta sustavne reorganizacije toga postupka. Struktura je vjerodostojnih isprava, naime, prikladna za efikasnu elektroničku obradu velikoga broja prijedloga za ovrhu jer su, kako je već rečeno,⁶⁶ u zakonu taksativno pobrojani tipovi tih isprava kao i njihov obvezan sadržaj. To je omogućilo jednoobrazno kreiranje obrazaca za elektroničko podnošenje prijedloga za ovrhu.

Od 1. siječnja 2008. prijedlozi za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave u Sloveniji se mogu podnijeti i elektronički.⁶⁷ Za podnošenje tih prijedloga i kasnije

indeksa preuzet je iz sudske statistike slovenskoga Ministarstva pravosuđa.

61 Prema podacima iz godišnjih izvješća slovenskoga Vrhovnog suda i nadalje preko 80 % svih ovršnih predmeta zaprimljenih na *okrajnim* sudovima radi provedbe ovrhe čine upravo predmeti u kojima je rješenje o ovrsi izdano na temelju vjerodostojne isprave. Usprkos brzu izdavanju rješenja o ovrsi ovršni predmeti i dalje imaju najveći udio među neriješenim predmetima na slovenskim sudovima od 2008. do 2014. godine. Taj se udio čak i povećao u odnosu na razdoblje prikazano u *Grafikonu 1.*, tako da je u 2014. iznosio 61 % (*Poročilo o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2014*, str. 17). Pritom pri usporedbi treba uzeti u obzir da su ovdje izneseni tek relativni odnosi, a da se ukupan broj neriješenih predmeta na slovenskim sudovima ipak postupno smanjuje. Ipak, među neriješenim predmetima najveći je udio ovršnih predmeta pa je očito da provedba ovrhe u Sloveniji tek čeka učinke sveobuhvatnije reforme.

62 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 161.

63 *Poročilo o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2009*, str. 77.

64 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 202.

65 *Ibid.*, str. 203.

66 *V. supra* 4. dio rada.

67 Podnošenje prijedloga moguće je i na strogo propisanom papirnatom obrascu koji vjerovnik

praćenje daljnjeg tijeka postupka u početku je postojao zaseban mrežni portal koji je od 1. ožujka 2012. nadomješten potportalom *e-Izvršba* (e-ovrha) unutar portala *e-Sodstvo*.⁶⁸ Novi portal omogućio je elektroničko podnošenje podnesaka ne samo u ovršnim nego i u zemljišnoknjižnim i stečajnim postupcima.

Prijedlog za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave u elektroničkom obliku može podnijeti svatko tko ima pristup internetu i valjanu e-adresu, neovisno o svom državljanstvu. Novi se korisnik u sustav na portalu *e-Sodstvo* jednostavno može prijaviti navođenjem samo svog imena i prezimena te e-adrese na koju će primiti svoju osobnu zaporku za prijavu. Tako jednostavna prijava pravnicima naviklima na pedantno predviđanje svih mogućih zlouporaba vjerojatno je predstavljala revolucionarno novi pristup uređivanju postupka. Slovenski se zakonodavac na to ipak odlučio inspiriran engleskim sustavom *Money Claims Online* iza kojeg stoji jednostavno pragmatičko pravilo da, ako je korisnik spreman platiti pristojbu i snositi pravne posljedice svoje prijave, njegovo je pravo izbora hoće li se i s kojom namjerom prijaviti. Jednostavno podnošenje e-podnesaka bez posebne registracije moguće je i u Finskoj, čija su iskustva s elektronifikacijom sudskih postupaka Slovenci provjerili u stručnom boravku u toj državi tijekom provedbe projekta.⁶⁹

Na mrežnom portalu *e-Sodstvo* predviđena je i mogućnost prijave kvalificiranog korisnika koji se mora identificirati svojom kvalificiranom potvrdom koju su mu ovlaštenu izdati samo izdavatelji upisani u poseban registar. Kvalificirani su korisnici ovlaštenu istodobno podnijeti više prijedloga za ovrhu. Valja istaknuti da je cijeli postupak prijave u sustav vrlo jednostavan i pristupačan svim korisnicima i onima s temeljnim informatičkim znanjima. Portal je, naime, opremljen detaljnim uputama za korisnike, odgovorima na često postavljena pitanja i posebnom e-adresom na koju se korisnici mogu obratiti za tehničku pomoć. Prijedlozi se mogu podnijeti od ponedjeljka do petka u vremenu od osam sati ujutro do osam sati navečer.⁷⁰ Korisnici su prepoznali prednosti elektroničkog načina podnošenja prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave te ga obilato koriste, o čemu svjedoče i podatci iz *Tablice 3.* da je u 2014. godini 99,7 % prijedloga za ovrhu bilo podneseno u elektroničkom obliku. Među elektronički podnesenim prijedlozima postupno raste i broj prijedloga koje podnose kvalificirani korisnici. Dok je njihov udio u ukupno podnesenim prijedlozima 2008. iznosio svega 20 %, on je 2014. godine dostigao udio od oko 50 % svih podnesenih prijedloga.⁷¹

može besplatno podići na *okrajnim* sudovima. Svaki obrazac ima svoj jedinstveni identifikacijski broj na koji se podnositelj prijedloga mora pozvati pri uplati sudske pristojbe. Strojina, *op. cit.* u bilj. 15, str. 192.

68 V. <http://evlozisce.sodisce.si/esodstvo/index.html>. *Ibid.*

69 *Ibid.*, str. 184.

70 Usp. Sajković, J., *Novi način vlaganja izvršbe na podlagi verodostojne listine*, *Ovjetnik*, br. 38, 2008., str. 4-6.

71 Strojina, *op. cit.* u bilj. 15, str. 204 za podatak za 2008. godinu, a podatak za 2014. godinu pribavljen je sa slovenskoga Vrhovnog suda (iz Sustava poslovne inteligencije Vrhovnog suda – *Skladišče podatkov in poslovno obveščanje*).

Tablica 3. Učestalost podnošenja prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave u elektroničkom, odnosno papirnatom obliku po godinama⁷²

prijedlozi	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.
u elektroničkom obliku	73%	94%	96.4%	97.4%	99.2%	99.5%	99.7%
na papirnatom obrascu	27%	6%	3.6%	2.6%	0.8%	0.5%	0.3%

Iako se sustav tradicionalno naziva ovrhom na temelju vjerodostojne isprave, valja istaknuti da se u reorganiziranu postupku izdavanja, rješenja o ovrsi vjerodostojne isprave⁷³ sudu uopće ne podnose nego ih vjerovnik mora samo naznačiti u prijedlogu te unijeti datum njihova izdavanja.⁷⁴ Sustav se zapravo temelji na sustavu afirmativne litiskontestacije prema kojemu se pasivnost dužnika da u propisanom roku podnese prigovor tumači kao usuglašavanje s navodima vjerovnika iz prijedloga za ovrhu.⁷⁵ To presumirano usuglašavanje s činjeničnim navodima vjerovnika osnova je da uvjetni platni nalog i uvjetno rješenje o ovrsi postanu bezuvjetni i pravomoćni. Isto tako, podnese li dužnik pravodoban, potpun i obrazložen prigovor protiv rješenja o ovrsi, rješenje neće postati pravomoćno ni biti odgovarajuća osnova za daljnje provođenje ovršnog postupka nego će se prijedlog za ovrhu smatrati tužbom o kojoj će odlučivati nadležni parnični sud. Ishod postupka izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave ovisi, dakle, u potpunosti o dužnikovoj (ne)aktivnosti.

Iako je izostanak obveze podnošenja vjerodostojnih isprava bitno olakšalo elektrifikaciju i rasteretilo sudove dodatnoga angažmana oko uvida i spremanja priloženih isprava, dužnik je zbog toga izgubio jedan od mehanizama zaštite od mogućih vjerovnikovih zlorupaba postupka.⁷⁶ Uz priložene je dokaze (a vjerodostojna je isprava formalni dokaz analogno kao i javna isprava, ali slabije dokazne snage) nadležnom tijelu ipak (barem u povećanoj mjeri) omogućeno da odluči o osnovanosti vjerovnikova zahtjeva. Osim toga, kada ti dokazi budu uz (uvjetni) platni nalog dostavljeni dužniku, omogućit će i njemu samom lakšu kontrolu je li uopće dužan i koliko. U načelu se, dakle, valja složiti s tvrdnjom da postojanje vjerodostojne isprave upućuje na povećanu razinu vjerojatnosti da tražbina postoji.⁷⁷ Međutim, treba se zapitati koliko su sve vjerodostojne isprave iz liste doista *vjerodostojne*. Neke od njih, poput računa ili izvotka iz poslovnih knjiga, mogu se, naime, vrlo lako fabricirati.⁷⁸ Zato se odlučivanje o osnovanosti prijedloga (čak i kad se vjerodostojna isprava

72 Podatci se temelje na podacima iz godišnjih izvješća slovenskoga Vrhovnog suda.

73 O vjerodostojnim ispravama u slovenskom pravu v. *amplius* Rijavec, *op. cit.* u bilj. 11, str. 136 *sqq.*

74 ZIZ, čl. 41.

75 U tom se kontekstu o platnom nalogu govori i kao o anticipativnom kontumacijskom sustavu. Usp. Čalija, B.; Omanović, S., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000., str. 311.

76 *Green Paper on a European order for payment procedure and on measures to simplify and speed up small claims litigation*, COM/2002/0746 final, t. 3.1.1.

77 Dika, *op. cit.* u bilj. 4, str. 254. Triva; Belajec; Dika, *op. cit.* u bilj. 4, str. 132. Poznić, B.; Rakić-Vodinec, V. *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2010., str. 447.

78 Izrada lažnih ili neistinitih vjerodostojnih isprava sankcionirana je, doduše, i kazneno (Kazneni zakon, *Narodne novine*, br. 125/11, (...), 61/15; čl. 278.).

podnosi uz prijedlog za ovrhu kao u Hrvatskoj) doima ipak više simboličnom negoli stvarnom aktivnosti.

U novom je uređenju primjenom moderne informacijske tehnologije otklonjena još jedna Ahilova peta ranijega uređenja koja je znatno utjecala na dugotrajnost postupka, a to je prikupljanje podataka potrebnih za donošenje odluke u ovršnom postupku iz drugih (javnih) registara i evidencija. Podatke o, primjerice, dužnikovu poslodavcu, dužnikovim bankovnim računima, nekretninama i dionicama bio je obavezan prikupiti vjerovnik posebnim pisanim podneskom. To je katkad dugo trajalo i nerijetko rezultiralo nedostatnim odgovorima, stoga se provoditeljima projekta finiski model sudskog pristupa drugim registrima činio optimalnim rješenjem. Prema tom se modelu, koji je zaživio i u Sloveniji, podatci potrebni sudu za donošenje odluke iz vanjskih registara i evidencija prikupljaju elektronički. Povezivanje sudskog informacijskog sustava s vanjskim registrima iziskivalo je ne samo kvalitetno tehničko rješenje nego i usklađenje mnogobrojnih posebnih propisa s propisima o zaštiti osobnih podataka. Sud je tako sada ovlašten elektronički pribaviti podatke iz, primjerice, registra porezne uprave, knjige državljana Republike Slovenije, jedinstvenog registra bankovnih računa, zemljišnih knjiga, trgovačkog registra i sl.⁷⁹ Štoviše, ako iz elektronički dostupnih evidencija proizlazi da će se na predmetima ovrhe koje je predložio vjerovnik ovrha moći provesti, *Okrajno sodišče* u Ljubljani nadležno je ne samo za izdavanje rješenja o ovrsi nego i za dostavu toga rješenja određenim adresatima ovisno o tome o kojem je predmetu ovrhe riječ. Tako će se rješenje, primjerice, dostaviti dužnikovu dužniku, središnjem klirinškom depozitarnom društvu, zemljišnoknjižnom sudu (radi zabilježbe rješenja u zemljišne knjige), ovršitelju ako je određen ili organizaciji za platni promet ako je riječ o ovrsi na novčanoj tražbini po računu dužnika.

Podatci iz vanjskih registara služe i kao korektiv vjerovniku kada u elektroničkom obliku podnosi prijedlog za ovrhu ispunjavajući podatke predviđene u obrascu e-prijedloga. Naime, podatci koje korisnik unosi u polja predviđena u obrascu uspoređuju se s podacima iz odgovarajućih evidencija te je korisnik odmah upozoren na potencijalne pogreške, nepodudarnosti ili nelogičnosti svoga unosa. Tako se, primjerice, ime i prezime dužnika elektronički uspoređuje s popisom slovenskih državljana i upućuje podnositelja prijedloga na potencijalne poteškoće u identifikaciji dužnika. Ipak, ako je riječ o manjoj nepodudarnosti za koju vjerovnik smatra da nije ključna za njegov prijedlog, on će usprkos upozorenju moći podnijeti prijedlog. Automatsko upućivanje na pogreške doprinijelo je ubrzanju cijeloga postupka jer je smanjen udio onih prijedloga koje sud zbog njihove nepotpunosti ili nerazumljivosti mora slati na ispravak i dopunu. Od svih elektronički podnesenih prijedloga u 2011. godini samo njih 1,5 % bilo je nepotpuno dok je među prijedlozima podnesenim u papiru njih preko 16 % bilo nepotpuno.⁸⁰

U reorganiziranu postupku izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave nije elektronificirano samo podnošenje prijedloga. I sudske se odluke (odluka o potrebi ispravka nepotpunog prijedloga i rješenje o ovrsi) kreiraju elektronički.

79 Stojin, *op. cit.* u bilj. 15, str. 190.

80 *Ibid.*, str. 207.

U COVL-u se digitaliziraju i svi u papiru zaprimljeni podnesci i ostali dokumenti. Administrativno osoblje zaduženo je sve te dokumente, čim budu zaprimljeni, skenirati, optički očitati (OCR) i provjeriti ispravnost očitavanja⁸¹, stoga će se i na temelju prijedloga podnesena u papiru, nakon što je digitaliziran, u informacijskom sustavu sudska odluka generirati elektronički.

Već je spomenuto kako bi samo pravilno vođena statistika trebala biti podlogom za promišljanja o eventualnim promjenama i unapređenjima pojedinih pravosudnih modela i rješenja, ali i ocjene postignutoga.⁸² Toga su bili svjesni i sudionici projekta tako da su posebnu pažnju posvetili da podatci o radu COVL-a budu i adekvatno statistički popraćeni i obrađeni. U pripremi projekta već su njemački stručnjaci upozorili da su slovenski statistički prikazi s jedne strane prekomplikirani, a s druge neprimjenjivi za sustavniju analizu.⁸³ Prije ustrojavanja COVL-a, izuzev *supra*⁸⁴ iznesenih, nije bilo pouzdanih statističkih podataka o broju ovrha na temelju vjerodostojnih isprava, učestalosti prigovora i žalbi te o trajanju postupka izdavanja rješenja. Upravo stoga je za potrebe statističke obrade podataka COVL, iako formalno samo odjel *Okrajnega sodišča* u Ljubljani, zasebna jedinica kako bi svi prikupljeni podatci mogli vjerno odražavati stvarno stanje i rezultate provedene sustavne reorganizacije postupka.

U novom su sustavu ovrhe na temelju vjerodostojne isprave primijenjena i neka pozitivna iskustva iz drugih slovenskih projekata modernizacije pravosuđa. Tako je i ovdje prihvaćena njemačka sugestija da se za svaki sudski predmet uvede jedinstvena identifikacijska oznaka koju on zadržava dokle god je u postupku sudskoga rješavanja.⁸⁵ Na taj je način postignuta veća statistička preciznost u analizi priljeva novih i evidentiranju riješenih sudskih predmeta jer je spriječeno da, primjerice, predmet koji je ustupljen drugom sudu zbog nenadležnosti bude kao priljev brojen dvaput, jednom kod nenadležnog, a drugi put kod nadležnog suda iako je u biti riječ o istom predmetu. To rješenje valja pozitivno ocijeniti i s aspekta mogućnosti kasnijega praćenja konačna ishoda pojedinog predmeta.

Da bi elektroničko podnošenje prijedloga za ovrhu bilo što jednostavnije, omogućeno je i e-plaćanje sudske pristojbe prema modelu koje je već ranije za svoje potrebe razvilo Ministarstvo za javnu upravu. Taj sustav omogućava plaćanje sudske pristojbe kreditnom karticom, a svako se plaćanje evidentira na sudskom informacijskom sustavu eOBVEZ tako da se podatci o uplati uparaju s identifikacijskim brojem prijedloga koji je podnesen COVL-u.⁸⁶

81 Stojin (*op. cit.* u bilj. 15, str. 198) navodi da 30 % prijedloga podnesenih u papiru zahtijeva nakon digitaliziranja verifikaciju ljudi.

82 O važnosti statističkoga prikupljanja podataka, usp. i *CEPEJ Guidelines on Judicial Statistics (GOJUST)* iz 2008. godine. Dokument je dostupan na mrežnim stranicama CEPEJ-a <https://wcd.coe.int/cepej>.

83 Borchert, H. U., *Še enkrat: Izvršba - kam z verodostojno listino?*, *Pravna praksa*, br. 39-40, str. 10.

84 V. 3. dio rada.

85 *Ibid.*

86 Stojin, *op. cit.* u bilj. 15, str. 190.

8. **NORMATIVNA OSNOVA REORGANIZIRANA POSTUPKA**

Izložene izmjene na organizacijskoj i tehničkoj razini ne bi bile moguće da ih sustavno tijekom realizacije projekta nije pratila zakonodavna aktivnost. Vrijedi, dakako, i obratno. Samo normativne izmjene bez odgovarajućih tehnički i organizacijski primjenjivih rješenja ne bi dovele do željenih učinaka. Čak ni samo fragmentarne izmjene pojedinih zakona nisu dostatne. Radi međusobna usklađenja i izbjegavanja kolizija izmijenjeni su ne samo zakoni i podzakonski akti koji uređuju ovršni i parnični postupak, pravila koje se supsidijarno primjenjuju i u ovršnom postupku, nego i brojni drugi organizacijski propisi poput zakona o sudovima, sudskog poslovnika, zakona o sudskim pristojbama i odvjetničkim tarifama. Izmijenio se čak i kazneni zakon. Zlouporeba ovršnog postupka postala je, naime, kazneno djelo za koje je predviđena novčana kazna i kazna zatvora do dvije godine.⁸⁷ Sveobuhvatne su izmjene doprinijele većoj efikasnosti postupka i još jednom potvrdile da se pozitivni rezultati mogu očekivati tek ako se dobro promisli način na koji se oni žele postići. Pokazalo se mudrim najprije osmisliti praktična tehnička rješenja, a tek ih onda, kada su se u probnoj fazi pokazala primjenjivima, i normativno regulirati.⁸⁸

Elektronifikacija postupka iziskivala je temeljitu reviziju dotadašnjih propisa. Do ustrojavanja COVL-a, naime, u slovenskom pravosuđu podnošenje podnesaka u elektroničkom obliku *de facto* nije bilo moguće iako su za to postojali odgovarajući propisi o parničnom postupku, elektroničkom poslovanju i potpisu. Naime, ti su propisi međusobno bili neusklađeni, a katkad i proturječni. Na primjer, sudovi su tužbu podnesenu u elektroničkom obliku bili ovlaštene (barem se tako smatralo) odbaciti jer nije bila podnesena u dovoljnom broju primjeraka za sud i stranke.⁸⁹

Novelom Zakona o parničnom (*pravdnem*) postupku iz 2007. godine⁹⁰ napokon je previđena realno ostvariva elektronifikacija sudskoga postupka. Podnesak u elektroničkom obliku načelno je izjednačen s podnescima u pisanom obliku, a potpis sigurnim elektroničkim potpisom ovjeren kvalificiranom potvrdom, izjednačen je s vlastoručnim potpisom podnositelja (čl. 105., 105.b). Sudovi su postali ovlaštene elektronički izdati i potpisati odluku koju suci više ne moraju i vlastoručno potpisivati. Jasno je da je time osigurana i normativna podloga za elektroničko generiranje rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave. E-dostava je, nadalje, izjednačena s tradicionalnom dostavom pismena. Zakon je predvidio i niz (katkad suviše detaljnih) tehničkih detalja kojima je nastojao prevenirati da realizacija osmišljena projekta ne bude otežana zbog strogog formalizma u primjeni zakona (čl. 16.a). Tako je, primjerice, izričito određeno da se podnesak u elektroničkom obliku podnosi samo u jednom primjerku kako sudovi ne bi (više) odbacivali e-podneske jer nisu podneseni u dovoljnom broju primjeraka za sud i stranku. Isto tako, određeno je da stranka ne treba podnositi pisani dokaz o uplaćenju pristojbi ako je pristojba plaćena elektronički. O kolikim je pojedinostima, očito poučen ranijim iskustvima, vodio računa donosilac

87 Kazenski zakonik, *Uradni list RS*, br. 50/12; čl. 216.

88 Strojini, *op. cit.* u bilj. 15, str. 206.

89 *Ibid.*, str. 171.

90 *Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku (ZPP-C)*, *Uradni list RS*, br. 52/07.

propisa zorno svjedoči i podatak da je posebnim pravilnikom jednoobrazno određena boja, veličina, način ispisa i izgled omotnice u kojima se dostavljaju sudska pismena u parničnom postupku.⁹¹

Zakonom ipak izravno nije dopušteno da se podnesci mogu podnositi elektronički bez sigurnoga elektroničkoga potpisa. Međutim, zakon ovlašćuje ministra pravosuđa da propiše koji se podnesci, i pod kojim uvjetima, mogu podnijeti i na taj način. Stoga je posebnim pravilnikom propisano da se podnositelj prijedloga za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave identificira samo navođenjem svog imena i prezimena te valjane e-adrese. Izostanak bilo kakva dodatna formalizma kompenziran je obvezom plaćanja sudske pristojbe. Određeno je, naime, da će se, ne bude li za podneseni prijedlog za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave podmirena sudska pristojba u roku od osam dana⁹² od njegova podnošenja, smatrati da je prijedlog povučen.⁹³

Potonja je presumpcija predviđena u zakonu koji je *sedes materiae* ovršnoga prava, *Zakonu o izvršbi in zavarovanju*, odnosno njegovoj noveli iz 2007. godine.⁹⁴ I taj je propis, naime, zahvaćen zakonodavčevom aktivnošću radi provedbe projekta sustavne reorganizacije ovrhe na temelju vjerodostojne isprave. Njime je i uklonjena obveza podnošenja vjerodostojne isprave sudu radi izdavanja rješenja o ovrsi. Sada je dovoljno da se vjerovnik u prijedlogu na nju pozove te unese datum izdavanja isprave i datum dospijeca tražbine (čl. 41.). Osim glavnice podnositelj je ovlašten u prijedlogu zahtijevati i naplatu kamata te troškova postupka (poštarina, sudska pristojba, odvjetnički troškovi i sl.).⁹⁵ U pogledu plaćanja sudske pristojbe taj je zakon uredio i da se, neovisno o općem propisu o plaćanju sudske pristojbe, podnositelj prijedloga za ovrhu mora pri plaćanju pozvati na jedinstveni identifikacijski broj prijedloga za ovrhu kako bi uplata bila elektronički evidentirana. U istom je propisu (čl. 40.c, st. 2.) predviđena i obveza COVL-a da ispita mogućnost provedbe ovrhe na predloženim predmetima ovrhe uvidom u odgovarajuće elektroničke registre.

Posebnim pravilnikom⁹⁶ predviđen je izgled obrazaca podnesaka koji se podnose u pisanom obliku. Osim standardnoga prijedloga za ovrhu, predviđene su i posebne varijante obrazaca kada prijedlog podnosi više vjerovnika, kada se on podnosi protiv

91 *Pravilnik o ovojnicama za vraćanje po pošti u pravdnem postupku*, Uradni list RS, br. 93/08 i 25/09. Strojim, *op. cit.* u bilj. 15, str. 186.

92 Taj je rok prije 2012. godini iznosio 10 dana. Usp. Guzej, N., *Uspješnost e-izvršbe na podlagi vjerodostojne listine*, Pravna praksa, br. 47, str. 23.

93 Podnositelji mogu unaprijed ili najkasnije s podnošenjem prijedloga za ovrhu tražiti i oslobođenje od plaćanja sudske pristojbe, o čemu odlučuje sud. U COVL-u se vodi i poseban popis osoba koje su *ex lege* oslobođene od plaćanja sudske pristojbe. Njih informacijski sustav prepoznaje prema njihovu identifikacijskom broju.

94 *Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ-F)*, Uradni list RS, br. 93/07.

95 O troškovima postupka izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave autor je ovoga rada proveo zasebno komparativno istraživanje, rezultate kojega je iznio u izlaganju pod naslovom *The Costs of Privatization of Public Justice: a Comparison of Croatian, Slovenian and Austrian Systems of Enforcing Uncontested Debt* na konferenciji *Private and Public Justice* održanoj u Dubrovniku u lipnju 2015. godine.

96 *Pravilnik o obrazacima, vrstama izvršbe in poteku avtomatiziranega izvršilnoga postupka*, Uradni list RS, br. 121/07, 71/10, 35/11 i 104/11 i Uradni list RS, br. 104/11 i 88/14.

više dužnika ili se ovrha predlaže na temelju više vjerodostojnih isprava.⁹⁷ Slično je uređen i obrazac za podnošenje prijedloga u elektroničkom obliku.

Isključiva nadležnost *Okrajnog sodišča* u Ljubljani za izdavanje rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave propisana je i u *Zakonu o sodiščih*⁹⁸, a istim su zakonom obvezani voditelji zbirki osobnih podataka potrebnih sudu za utvrđivanje činjenica i donošenje odluke u postupku da ih sudovima daju bez odgode i besplatno. Tim je zakonom dana i pravna osnova za rad na tehničkoj interoperabilnosti različitih elektroničkih registara kako bi se sudski informacijski sustav s njima mogao povezati.

I visina sudske pristojbe, važan aspekt organizacijske reforme pravosuđa, određena je posebnim zakonom koji je 2013. izmijenjen i u dijelu u kojem se odnosi na ovrhe na temelju vjerodostojne isprave.⁹⁹ Neovisno o visini tražbine čija se ovrha predlaže sudska pristojba iznosi 44 eura ako je prijedlog podnesen elektronički. Kako bi podnositelje dodatno motivirao na podnošenje prijedloga u elektroničkom obliku, zakonodavac je predvidio nešto višu pristojbu ako je prijedlog podnesen na papirnatom obrascu (55 eura).¹⁰⁰ Budući da visina pristojbe nije ovisna o visini tražbine čija se ovrha predlaže, čini se da je intencija zakonodavca bila da se destimuliraju prijedlozi za ovrhu malih tražbina. U 2010. godini podneseni prijedlozi odnosili su se na tražbine ukupne vrijednosti preko 1,2 milijardi eura. Prosječna tražbina iznosila je oko 5.700 eura, a tražbina iz pojedine vjerodostojne isprave oko 1.400 eura.¹⁰¹ Vjerovnici su, naime, stimulirani na podnošenje prijedloga na temelju više vjerodostojnih isprava time što se sudska pristojba plaća samo jednom neovisno o broju vjerodostojnih isprava na temelju kojih se izdavanje rješenja za ovrhu predlaže.

Učestalost podnošenja neopravdanih prigovora protiv izdanog rješenja donekle je smanjena i time što je za podneseni prigovor dužnik dužan platiti pristojbu u visini od 55 eura, odnosno 44 eura ako ga podnese u elektroničkom obliku. Sličnom je logikom motivirana i visina pristojbe za žalbu koja se podnosi *Višjem sodišču* u Ljubljani. Za žalbu je potrebno podmiriti pristojbu u iznosu od 125 eura, odnosno 100 eura ako je podnesena u elektroničkom obliku.¹⁰²

Naplat sudskih pristojbi u COVL-u izdašan je prihod državnoga proračuna. U 2010. godini od sudskih se pristojbi ubralo oko 10 milijuna eura,¹⁰³ dok je sljedećih godina taj iznos ponešto smanjen tako da je u 2013. iznosio oko 8.300.000 eura.¹⁰⁴

97 Zanimljivi su podatci koje za 2010. godinu navodi Strojín (*op. cit.* u bilj. 15, str. 202) da je u 2010. godini u prosjeku svaki vjerovnik podnosio prijedlog za ovrhu na temelju četiriju vjerodostojnih isprava. Nije, doduše, navedeno protiv koliko dužnika. Strojín navodi da je razlogu tomu vjerojatno i to što se sudska pristojba plaća samo jednom neovisno o broju vjerodostojnih isprava na temelju kojih se izdavanje rješenja za ovrhu predlaže.

98 ZS, čl. 99.a.

99 Zakon o sodnih taksah, *Uradni list RS*, br. 37/08, 97/10, 63/13, 58/14 – odl. US i 19/15 – odl. US (dalje u bilješkama: ZST).

100 ZST, tarifni brojevi 4011 i 4041. I kad je prijedlog povučen ili odbačen, treba platiti trećinu propisanog iznosa.

101 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 202.

102 ZST, tarifni brojevi 4031 i 4041. Visokom se pristojbom, međutim, šikaniraju mali, siromašni dužnici koji nisu oslobođeni plaćanja pristojbi.

103 *Poročilo o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2010*, str. 75.

104 *Poročilo o delu Vrhovnega sodišča RS v letu 2012*, str. 37.

Tako prikupljena sredstva nadilaze operativne troškove COVL-a koji se kreću između 5,5 i 6 milijuna eura godišnje, od čega većina otpada na poštanske troškove (3,5 milijuna eura) i plaćanje eksternaliziranih usluga ispisivanja i skeniranja (0,5 milijuna eura).¹⁰⁵ Uzme li se u obzir da su troškovi razvoja novoga sustava do 2008. godine bili oko 3,2 milijuna eura, razvidno je da je država naplatom sudskih pristojbi vrlo brzo vratila novac uložen u reorganizaciju postupka izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave.

9. SLOVENSKA LEKCIJA O OVRSI NA TEMELJU VJERODOSTOJNE ISPRAVE

Slovenci su, iako ni među njima (na početku) nije nedostajalo oponenta novoj organizaciji postupka¹⁰⁶, ponosni na svoj novi sustav izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave. Kako se čini, opravdano. Izneseni statistički podatci potkrepljuju tvrdnju da je cilj projekta – brz i efikasan sustav izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave – postignut. Europska komisija i Vijeće Europe taj su sustav 2010. godine nagradili Kristalnom vagon pravosuđa kojom se nagrađuju inovativni doprinosi efikasnosti i kvaliteti građanskoga pravosuđa. I korisnici su sustava, kako pokazuje prosječna ocjena 4,13 iz ankete kojom je ispitivano njihovo zadovoljstvo novim sustavom¹⁰⁷, njime vrlo zadovoljni. Međutim, i Slovencima tek predstoji intenzivan rad na reformama kojima bi cjelokupni pravosudni sustav postupno postajao efikasniji i vrijedan povjerenja svojih građana. Ipak, projekt reorganizacije postupka izdavanja rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave pokazao je da se sustavnim, interdisciplinarnim radom, usprkos poteškoćama, željeni rezultati mogu postići. Samo normativne izmjene bez odgovarajućih tehnički i organizacijski primjenjivih rješenja najčešće nisu dostatne.

Slovenska lekcija o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave mogla bi se sažeti u nekoliko teza. Pouzdani empirijski podatci pretpostavka su ozbiljne kvantitativne i kvalitativne analize postojećega stanja. Bez takve analize i jasno definiranih, a realno ostvarivih ciljeva smisljena i sustavna reforma u pravosuđu nije moguća. Utvrđivanje nespornih tražbina zahtijeva specifičan i autonoman sustav prilagođen potrebama efikasne masovne i elektroničke obrade zahtjeva. Centralizacija takva sustava doprinosi njegovoj efikasnosti i ujednačenosti pravne prakse. Elektronifikacija postupka može bitno doprinijeti njegovu ubrzanju i omogućiti statističko praćenje svih relevantnih parametara radi eventualnih daljnjih poboljšanja i analitičkog praćenja postignutoga. Elektronifikacija postupka olakšana je ako se uz prijedlog ne moraju podnositi i (vjerodostojne) isprave o postojanju tražbine. Administrativni se poslovi, zagušuju li postupanje nadležnoga tijela, mogu i eksternalizirati. Kvalitetno uređenje pravila o dostavi i razumljiva postupovna pravila preduvjet su efikasnosti svih sudskih postupaka. Jedinstvena identifikacijska oznaka svakoga sudskog predmeta doprinosi transparentnosti pravosuđa i pouzdanosti statističkih evidencija, a povezivanje

105 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 203.

106 Usp., primjerice, Volk, D., *Izvršba: kam z verodostojno listino, Pravna praksa*, br. 6, 2007.

107 Strojín, *op. cit.* u bilj. 15, str. 203.

sudskoga informacijskog sustava s drugim registrima ekonomično je rješenje i za sud i za stranke. Ako se predvide odgovarajuća rješenja za oslobođenja od plaćanja pristojbe za one koji ih doista ne mogu platiti, podnošenje neopravdanih prigovora moguće je djelomično spriječiti propisivanjem obveze plaćanja pristojbe za podneseni prigovor. Reforma u pravosuđu treba biti pažljivo i stručno osmišljena te ne smije biti oruđem dnevne politike.

Summary

REORGANISATION OF ENFORCEMENT ON THE BASIS OF A TRUSTWORTHY DOCUMENT IN SLOVENIA

Enforcement on the basis of a trustworthy document in Slovenia underwent a systematic reorganisation in 2008. The reason for this was the fact that it had been responsible for a vast amount of backlog in Slovenian courts. The newly established Central Department for Trustworthy Document (COVL) was given exclusive competence for issuing enforcement orders. The procedure was digitalised and revised in terms of regulation, and has proved to be quicker and simpler in the six years since its implementation. Alongside the presentation of the Slovenian experience and quantitative analysis of the reform, the paper features comparative data for Croatia with a view to proffering new ideas to the Croatian legislator.

Keywords: *enforcement on the basis of a trustworthy document, certification of uncontested debt, digitalisation of court procedures, COVL, court statistics.*

Zusammenfassung

REORGANISATION DES ABSCHLUSSES EINER ZWANGSVOLLSTRECKUNG AUFGRUND EINES AUTHENTISCHEN DOKUMENTS IN SLOVENIEN

Der Abschluss einer Zwangsvollstreckung wurde im Jahre 2008 in Slowenien systematisch reorganisiert. Es stellte sich heraus, dass genau sie einen großen Teil des Rückstands in den slowenischen Gerichten verursacht. Die neu gegründete Zentralabteilung für authentische Dokumente (Centralni oddelek za verodostojno listino, COVL) wurde dadurch für die Ausstellung eines Vollstreckungsbescheids verantwortlich. Das Verfahren selbst wurde elektronifiziert und normativ überarbeitet. In der sechsjährigen Praxis wurde festgestellt, dass es somit schneller und einfacher wurde. Am Rande des Überblicks der slowenischen Erfahrungen und der quantitativen Analyse des Erfolgs der Reformen wurden Vergleichsdaten für Kroatien dargestellt als ein Anreiz für die Überlegungen des kroatischen Gesetzgebers.

Schlüsselwörter: *Zwangsvollstreckung aufgrund eines authentischen Dokuments, Zertifizierung einer unbestrittenen Forderung, Elektronifizierung in Gerichtsverfahren, COVL, Gerichtsstatistiken.*

Riassunto

LA RIORGANIZZAZIONE DELL'ESECUZIONE FORZATA IN BASE ALL'IDONEITÀ DEL TITOLO IN SLOVENIA

L'esecuzione forzata basata su di un titolo idoneo è stata riorganizzata in maniera sistematica in Slovenia nell'anno 2008. Precisamente, s'è constatato che proprio il processo esecutivo costituisce gran parte degli arretrati nelle corti slovene. Il nuovo Centralni oddelek za verodostojno listino (COVL) è divenuto competente esclusivamente per il rilascio di provvedimenti esecutivi. Il procedimento è informatizzato e riformato da un punto di vista normativo; inoltre, nel corso di sei anni d'esperienza s'è evinto che la procedura è divenuta più veloce e snella. Ai margini dell'esposizione delle esperienze slovene e dell'analisi quantitativa circa il successo della riforma, vengono altresì illustrati alcuni dati comparati per la Croazia, quale invito alla riflessione rivolto al legislatore.

Parole chiave: *esecuzione sulla base di un titolo idoneo, certificazione di un credito non contestato, informatizzazione del procedimento giudiziario, COVL, statistica giudiziale.*

POREDBENOPРАВNA ANALIZA AKTIVNOG PODMIĆIVANJA U UJEDINJENOM KRALJEVSTVU VELIKE BRITANIJE I SJEVERNE IRSKE

Mijo Galiot, dipl. iur., sudac
Općinski ud u Splitu,
Zamjenik predsjednika Državnog sudbenog vijeća

UDK: 343.352
Ur.: 16. studenoga 2015.
Pr.: 9. prosinca 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Suprotstavljanje društveno neprihvatljivim postupanjima, poglavito činjenju korupcijskih kaznenih djela, u koje spada i davanje mita, važno je pitanje svakog uređenog pravnog poretka. Središnji dio te politike predstavlja kaznena politika. U ovom radu autor obrađuje kazneno zakonodavstvo Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske s obzirom na pitanje aktivnog podmićivanja kao jednog od temeljnih oblika koruptivnog ponašanja. Prikazujući poredbeno uređenje kaznenog sustava navedenih zemalja, autor će se osvrnuti na osnovne sličnosti i razlike pravnog uređenja pasivnog podmićivanja u Ujedinjenom Kraljevstvu u odnosu na domaći pravni sustav.

Ključne riječi: dar; mito, druga korist; korupcija; organizirani kriminalitet; davanje mita; kažnjavanje; svrha kažnjavanja; kazna; kazna zatvora; kazneni postupak; kaznene sankcije.

1. UVOD

U radu se daje pregled temeljnih značajki kaznenopravne zaštite protiv davanja mita u pravnom sustavu Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske. Iznose se glavna obilježja pojedinih inkriminacija i zakonske politike kažnjavanja u pogledu davanja mita. Naglasak je stavljen na davanje mita u javnoj službi, ukoliko dati sustav u kaznenopravnoj zaštiti protiv davanja mita odražava razliku između aktivnog podmićivanja u javnom i privatnom sektoru.

Polazeći od relevantnih izvora prava, doktrine i sudske prakse, daje se bliža pravno povijesna geneza i osnovne pozitivno-pravne značajke ovih sustava te se iznose usporedni zaključci o sličnostima i razlikama u odnosu na karakteristike hrvatskoga sustava kaznenopravne zaštite protiv davanja mita.

Uvodno, potrebno je dati razloge kojima smo se vodili pri odabiru sustava kaznenopravne zaštite protiv davanja mita u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske za predmet istraživanja u ovom dijelu rada.

Sustav kaznenopravne zaštite protiv davanja mita u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije (u nastavku teksta: UK) odabrali smo prvenstveno zbog nepripadnosti

kontinentalno-europskom pravnom krugu. Pritom smo se vodili i relativno novijim i cjelovitim zakonodavnim promjenama u tom sustavu do kojih je došlo donošenjem (2010. godine) i stupanjem na snagu (2011. godine) *Bribery Act-a*. Taj je zakon privukao veliku doktrinarnu pažnju. Razlog tomu leži u činjenici što je donio drukčija i cjelovita normativna rješenja u odnosu na ona ranije važeća u UK, dokidajući raniji pluralitet pravnih izvora i oblika inkriminacija, apstrahirajući razlikovanje između privatnog i javnog sektora u pogledu kaznenopravne zaštite protiv mita, proširujući ekstrateritorijalnu primjenu propisanih inkriminacija, i uspostavljajući do sada najcjelovitiji normativni okvir kažnjavanja podmićivanja stranih javnih službenika u okruženju suvremene međunarodne korporativne ekonomije, čime je isprovocirao i usporedbe s mjerodavnim saveznim zakonodavstvom u Sjedinjenim Američkim Državama.

2. UJEDINJENO KRALJEVSTVO VELIKE BRITANIJE I SJEVERNE IRSKE

Pregled temeljnih značajki kaznenopravne zaštite protiv davanja mita u UK-u započinjemo bližom povijesnopravnom genezom, iznoseći osnovne značajke inkriminacija i kaznenopravne sankcije u pogledu davanja mita prema pravnim izvorima važećima prije stupanja na snagu *Bribery Act-a* iz 2010. godine.

Dat će se sistematizacija osnovne odrednice kritike toga ranije važećeg normativnog okvira koje su poslužile kao razlozi pristupanja dugotrajnom procesu zakonodavne reforme koji je okončan 2010. godine donošenjem *Bribery Act-a*. Osnovne odrednice kritike ranije važećeg normativnog okvira povezujemo s izloženim zakonodavnim rješenjima koje je prihvatio *Bribery Act* te sistematiziramo osnovna obilježja propisanih inkriminacija i kaznenopravne sankcije. Najzad, daje se sustavan prikaz osnovnih razlika u odnosu na mjerodavno savezno zakonodavstvo Sjedinjenih Američkih Država.

2.1. Normativni okvir

Normativni okvir kaznenopravne zaštite protiv davanja mita u UK-u, koji je važio prije stupanja na snagu *Bribery Act-a* iz 2010. godine, karakterizira pluralitet i zastarjelost izvora prava. Pluralitet se ogledao u podvojenosti pravnih izvora između *statutory law* i *common law*¹, dok se zastarjelost tih izvora ogledala u tome što se radilo o normativnom okviru koji je u svim svojim bitnim obilježjima uspostavljen na prijelazu iz 19. u 20. stoljeće.

Što se tiče zakonskih izvora (*statutory law*), *Public Bodies Corrupt Practicies*

1 Radi se o podvojenosti izvora koja je općenito karakteristična za pravo UK-a. Pod *statutory law* podrazumijevaju se zakoni (*acts*) kao opći pravni akti koje je u zakonodavnoj proceduri donio zakonodavac. Pod *common law* podrazumijevaju se pravna pravila običajnog porijekla i stvorena koju su stvorili sudovi kroz sudske odluke koje imaju narav presedana. Usp. Vićan, M. Dunja; Pavić, Z.; Smerdel, B.: Engleski za pravnike, Narodne novine, 2008., str. 6. Usp. Martin, Elizabeth A (ur.): Oxford Dictionary of Law, 5. ed., Oxford University Press, 2003., str. 93., 94. i 447.

Act iz 1889. godine² je, u članku 1. stavak 1., regulirao kazneno djelo pasivnog podmićivanja, dok je stavkom 2. toga članka, na podudaran način, normirao kazneno djelo aktivnog podmićivanja.

Tako se, prema zakonskom opisu iz navedenoga članka 1. stavka 2. *Public Bodies Corrupt Practicies Act-a* iz 1889. godine, radi o kaznenom djelu aktivnog podmićivanja kada svaka osoba koja osobno, putem bilo koje druge osobe, ili zajedno s bilo kojom drugom osobom, koruptivno obeća ili ponudi bilo koji dar, zajam, naknadu, nagradu, ili kakvu drugu korist bilo kojoj osobi, bilo u korist te osobe ili druge osobe, kao poticaj, nagradu ili što drugo u korist bilo kojeg člana, dužnosnika ili službenika bilo kojeg javnog tijela, kako ga definira ovaj zakon, radi toga da učini ili propusti učiniti nešto u odnosu na bilo koje, tekuće ili predloženo, pitanje ili postupanje toga javnog tijela.

Izloženim zakonskim opisom kaznenog djela aktivnog podmićivanja, *Public Bodies Corrupt Practicies Act* iz 1889. godine sankcionirao je aktivno podmićivanje u javnom sektoru, dok je aktivno podmićivanje u privatnom sektoru ostalo izvan njegovog dometa.

Potom je 1906. godine donesen *The Prevention of Corruption Act*.³ Taj zakon je člankom 1. predvidio kazneno djelo aktivnog podmićivanja agenta, propisujući da to kazneno djelo čini svaka osoba koja koruptivno daje ili je suglasna dati agentu bilo koji poklon ili korist kao poticaj ili nagradu da učini ili propusti učiniti bilo koju radnju u vezi s poslovima agentovog principala. Pojam agenta prema zakonskoj definiciji uključuje svaku osobu zaposlenu kod drugog ili koja radi za drugog i osobu koja služi pod Krunom ili javnom vlašću, dok pojam principala uključuje poslodavca.

Ovakvom regulativom *The Prevention of Corruption Act* iz 1906. godine, regulacijom odnosa agenta i principala, te definiranjem pojmova agenta i principala na prethodno navedeni način, prošireno je sankcioniranje aktivnog podmićivanja i na privatni sektor.⁴

Daljnje je izmjene u *statutory law* uveo *The Prevention of Corruption Act* iz 1916. godine.⁵ Najvažnija novota koju je taj zakon donio je propisivanje pretpostavke korumpiranosti. Prema toj pretpostavci, u postupcima protiv okrivljenih za kaznena djela iz *Public Bodies Corrupt Practicies Act* iz 1889. godine i *The Prevention of Corruption Act* iz 1906. godine, kada je dokazano da je novac, dar ili druga korist plaćen ili dan osobi ili ga je primila osoba zaposlena u ministarstvu ili javnom tijelu, od osobe ili agenta osobe koja je sklopila ili zahtjeva sklapanje ugovora s državom

2 *Public Bodies Corrupt Practicies Act* iz 1889. godine, dostupno na <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/52-53/69/section/1>; u nastavku teksta: *Public Bodies Corrupt Practicies Act* iz 1889. godine.

3 *The Prevention of Corruption Act* iz 1906. godine, dostupno na http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1906/34/pdfs/ukpga_19060034_en.pdf; u nastavku teksta: *The Prevention of Corruption Act* iz 1906. godine.

4 Usp. Nicholls QC, Colin et al., *Corruption and misuse of public office*, 2. izd., Oxford University Press, 2014., str. 28.

5 *The Prevention of Corruption Act* iz 1916. godine, dostupno na http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1916/64/pdfs/ukpga_19160064_en.pdf; u nastavku teksta: *The Prevention of Corruption Act* iz 1916. godine

ili ministarstvom, ima se smatrati da se radilo o koruptivnom plaćanju ili davanju i primanju, osim ako se ne dokaže suprotno. Tako je teret dokazivanja u tim postupcima prebačen s optužbe na obranu na koju je stavljen teret dokazivanja da se u konkretnom slučaju nije radilo o koruptivnom plaćanju odnosno davanju.^{6 7} Ova presumpcija izazvala je oštre kritike koje su se uglavnom svodile na argument njene nepomirljivosti s presumpcijom okrivljenikove nevinosti.⁸

Pored iznesenog, i prema *common law* bilo je predviđeno kazneno djelo davanja mita. Pod bitnim obilježjima tog kaznenog djela, kako ih je na podlozi sudske prakse oblikovala kaznenopravna doktrina, navodi se nudenje nepripadajuće nagrade bilo kojoj osobi koja obavlja javnu dužnost radi utjecaja na ponašanje te osobe u obavljanju te javne dužnosti i poticanja te osobe na postupanje koje je suprotno poznatim pravilima čestitosti i integriteta.⁹

Tako se, još 1916. godine, ustalio normativni okvir kaznenopravne zaštite davanja mita, i to u pogledu svih oblika i bitnih obilježja kaznenog djela, kako prema *statutory law*, tako i prema *common law*.

U pogledu *statutory law*, taj su okvir tvorile inkriminirajuće odredbe *Public Bodies Corrupt Practicies Act-a* iz 1889. godine, *The Prevention of Corruption Act-a* iz 1906. godine i *The Prevention of Corruption Act-a* iz 1916. godine. Navedene se zakone u literaturi često navodi i pod zajedničkim imenom "*The Prevention of Corruption Acts 1889 to 1916*".¹⁰

Tim je zakonskim odredbama inkriminirano kazneno djelo davanja mita u javnom sektoru (tzv. "*Corruption in office*" prema *Public Bodies Corrupt Practicies Act* iz 1889. godine) te kazneno djelo davanja mita u javnom i privatnom sektoru (tzv. "*Bribes given to agent*" odnosno davanje miti agentu vezano uz poslove agentovog javnog ili privatnog principala, prema odredbama iz *The Prevention of Corruption Act* iz 1906. godine).

Istovremeno su se ustalila i prethodno navedena obilježja *common law* djela davanja mita javnom dužnosniku.

Zakonodavne izmjene tako uspostavljene normativnog okvira, kojima se i nije diralo u sama obilježja pojedinih oblika kaznenog djela davanja mita, uslijedile su tek 2001. godine.

Navedene su izmjene unesene Glavom 12. *Anti-terrorism, Crime and Security Act* iz 2001. godine.¹¹ Tim je izmjenama obuhvat davanja mita proširen na slučajeve

6 Usp. Obidario, Simeon: *Transnational Corruption and Corporations, Regulating Bribery through Corporate Liability*, ASHGATE, 2013., Ch. 3. *Regulating bribery*, str. 46.

7 Usp. Mukwiri, Jonathan: *British law on corporate bribery*, *Journal of financial crime*, vol. 22 (2015.), str. 17.

8 V. Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 30-31

9 Tako u Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4) str. 19. Isto i u Ryznor, Margaret; Korkor, Samer: *Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom - A Comparative Analysis of Scope and Sentencing*, *Missouri Law Review*, vol. 76, Iss. 2 (2011), Art. 4., str. 434-435.

10 V. Obidario, Simeon, op. cit. (bilj. 6), str. 45.

11 Glava 12. *Anti-terrorism, Crime and Security Act* iz 2001. godine, dostupno na <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/part/12>, u nastavku teksta: Glava 12. *Anti-terrorism, Crime and Security Act* iz 2001. godine

kada to djelo, bilo kao *common law* kazneno djelo ili kao *statutory law* kazneno djelo (prema odredbama iz *The Public Bodies Corrupt Practicies Act* iz 1889. godine i *Prevention of Corruption Act*-a iz 1906.) počini državljanin UK ili pravna osoba osnovana prema propisima UK izvan područja UK, pri čemu je propisano da se u tim slučajju ne primjenjuje pretpostavka korumpiranosti iz *The Prevention of Corruption Act* iz 1916. godine.

Prethodnim u vezi, Glava 12. *Anti-terrorism, Crime and Security Act* iz 2001. godine, donosi dvije važne izmjene ranije zakonske regulative.

Prvo, izmijenjena je zakonska definicija “javnog tijela” iz *The Public Bodies Corrupt Practicies Act* iz 1889. godine i *The Prevention of Corruption Act* iz 1906. godine. Tom izmjenom je propisano da pojam “javnog tijela” obuhvaća i takva odgovarajuća tijela koja postoje u državama i na područjima izvan UK-a.^{12,13}

Drugo, izmijenjene su i zakonske definicije agenta i principala iz *The Prevention of Corruption Act* iz 1906. godine. Tim je izmjenama propisano da nije od utjecaja to što poslovi principala nemaju poveznicu s UK ili se obavljaju izvan područja UK-a, te da nije od utjecaja to što agentova funkcija nema poveznicu s UK ili se obavlja izvan područja UK-a.

Sušтина navedene izmjene prema Glavi 12. *Anti-terrorism, Crime and Security Act* iz 2001. godine svodi se na ekstrateritorijalnu primjenu odnosno proširenje dometa kaznenog djela davanja mita prema *statutory law* i prema *common law* na slučajeve kada to djelo počini državljanin UK ili pravna osoba osnovana po propisima UK izvan područja UK.¹⁴

Dakle, normativni okvir kaznenopravne zaštite protiv davanja mita u UK prije *Bribery Act*-a iz 2010. godine tvorili su ovi pravni izvori:

- *Public Bodies Corrupt Practicies Act* iz 1889. godine,
- *The Prevention of Corruption Act* iz 1906. godine
- *The Prevention of Corruption Act* iz 1916. godine,
- Glava 12. *Anti-terrorism, Crime and Security Act*-a iz 2001. godine,
- *common law* kazneno djelo davanja mita osobi koja obavlja javnu dužnost.

2.2. Osnovni oblici kaznenog djela davanja mita prema normativu prije Bribery Act-a iz 2010.

Temeljni oblici kaznenog djela davanja mita prema normativu prije *Bribery Act*-a iz 2010.:

- tzv. “*Corruption in office*” odnosno davanje mita u javnom sektoru prema *statutory law* odredbama iz *Public Bodies Corrupt Practicies Act*-a iz 1889. godine);
- tzv. “*Bribes given to agent*”, odnosno davanje mita agentu u javnom ili

12 Usp. Ryznor; Korkor; op. cit. (bilj. 6), str. 435.

13 I prema normativnom okviru prije ove izmjene postojalo je uporište za kažnjavanje davanja mita stranom javnom službeniku. Tako u H. Deming, Stuart: *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*; Oxford University Press, 2014., str. 126.

14 Usp. Obidairo, op. cit. (bilj. 5), str. 46.

privatnom sektoru vezano uz poslove agentovog javnog ili privatnog principala, prema *statutory law* odredbama iz *The Prevention of Corruption Act*-a iz 1906. godine);

- *common law* kazneno djelo davanja mita čija su bitna obilježja nuđenje neprispadajuće nagrade bilo kojoj osobi koja obavlja javnu dužnost radi utjecaja na ponašanje te osobe u obavljanju te javne dužnosti i poticanja te osobe na postupanje koje je suprotno poznatim pravilima čestitosti i integriteta.
- tzv. "*Bribery committed outside UK*", što obuhvaća slučajeve kada državljanin UK ili pravna osoba osnovana po propisima UK-a izvan područja UK-a počini bilo koji od prethodno navedenih oblika kaznenog djela davanja mita, prema *statutory law* odredbama iz Glave 12. *Anti-terrorism, Crime and Security Act*-a iz 2001. godine.

2.3. Kaznenopravne sankcije prema normativu prije *Bribery Act*-a iz 2010. godine.

Vezano kaznenopravnih sankcija prema normativnom okviru prije *Bribery Act*-a iz 2010. godine, bio je propisan sustav simetričnih kaznenopravnih sankcija koji karakterizira zapriječenost iste vrste i zakonskog okvira kaznenopravne sankcije i za davanje i za primanje mita, pa su tako bile zapriječene sljedeće kaznenopravne sankcije¹⁵:

- za *statutory law* oblik kaznenog djelo davanja mita iz *Public Bodies Corrupt Practices Act*-a iz 1889. godine (tzv. "*Corruption in office*") i za *statutory law* oblik kaznenog djela davanja mita iz *The Prevention of Corruption Act*-a iz 1906. godine (tzv. "*Bribes given to agent*") bile su propisana jednake vrste i zakonski okviri kaznenopravnih sankcija, i to: (i) u sumarnom postupku, kazna zatvora u trajanju do 6 mjeseci ili novčana kazna do općeg zakonskog maksimuma, ili oboje, i (ii) u postupku po optužnici, kazna zatvora u trajanju do 7 godina, ili novčana kazna, ili oboje;
- za *common law* kazneno djelo davanja mita bilo je predviđeno kažnjavanje u postupku po optužnici neograničenom novčanom kaznom i neograničenom kaznom zatvora, neovisno o tome je li mito prihvaćeno ili ne. Ova neograničenost kazne zatvora nije specifičnost *common law* kaznenog djela davanja mita nego se radi o općoj karakteristici *common law* kaznenih djela¹⁶. Zbog toga se *common law* kaznena djela sve više napuštaju (iako ne i potpuno) i zamjenjuju popisivanjem odgovarajućih *statutory law* kaznenih djela i zakonskog okvira kazne zatvora za ta kaznena djela.

15 Sistematizirano prema Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 27., 32 i 35., i prema Yu, Geoneng: Towards More Reasonable and Effective Punishment Strategies for Bribery, A Comparative and Behavioral Study, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2012., str. 47 i 48.

16 Tako Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 27., bilj. 70.

2.4. Temeljni razlozi promjene postojećeg normativnog sustava kažnjavanja davanja mita

Nekoliko je temeljnih razloga koji su uvjetovali pristupanju reforme prethodno izloženog normativnog okvira kaznenopravne zaštite protiv (davanja) mita.

Prvo, zastarjelost normativnog okvira koji se, kako smo to već i naveli, u pogledu bitnih obilježja pojedinih oblika *statutory law* i *common law* kaznenog djela davanja (i primanja) mita ustalio na prijelazu iz 19. u 20. stoljeće. Zbog toga su isticali prigovori da takav i tada uspostavljen normativni okvir nije prikladan prilikama suvremenog društva, a pogotovo za sankcioniranje davanja i primanja mita u okruženje globalne kapitalističke korporativne ekonomije, prekograničnih javnih nabava i s tim povezanom problematikom davanja mita stranim javnim službenicima.

17

Drugo, sve se glasnije problematiziralo u praksi ustaljeno, a u doktrini kritizirano¹⁸, pravno shvaćanje prema kojem se članovi parlamenta ne mogu podvesti pod kategoriju javnih dužnosnika i pod kategoriju agenata iz opisa odgovarajućih oblika *statutory law* i *common law* kaznenog djela davanja (i primanja) mita te se isticala potreba zakonodavne intervencije kojom bi se napustila ova tzv. parlamentarna privilegija.¹⁹

Treće, isticalo se da se u sudskoj praksi pojavljuje sve više nejasnoća i nedosljednosti vezano za tumačenje pojedinih pojmova iz zakonskog opisa *statutory law* oblika kaznenog djela. Kao najproblematičniji se navode pojam “koruptivno” (“*corruptly*”); pojam članova, dužnosnika i službenika javnih tijela (“*members, officers, and servants of public bodies*”) i pojam agenta (“*agent*”). Kritika je išla u pravcu da se zakonski opisi pretjerano oslanjaju na slobodna i različita shvaćanja porote u pogledu značenja pojma “koruptivno” (“*corruptly*”). Kritizirala se i prisutnost različitih i opet nedovoljno jasnih pravnih shvaćanja sudova koja su u pogledu značenja i definiranja tog pojma izražavana u sudskim odlukama. Tako se u slučajevima *Cooper v Salde*²⁰ i *R v Wellburn*²¹ definira pojam “koruptivno” (“*corruptly*”) kao namjerno poduzimanje radnje koju pravo zabranjuje kao radnju koja naginje korupciji, dok se u slučaju *Bradford Election Case*²² obrazlaže da je taj pojam analogan pojmu zle vjere (“*evil mind*”). U vezi s pojmom članova, dužnosnika, i službenika javnih tijela (“*members, officers, and servants of public bodies*”) kao primjer se navodi presuda u predmetu *R*

17 Usp. Ryznor, Margaret; Korkor, Samer, op. cit. (bilj. 9), str. 435-436; Alldridge, Peter: The U.K. Bribery Act: The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA, *Ohio State Law Journal* 2012, vol. 73, Iss. 5, str. 1184-1185.

18 Za kritiku tzv. parlamentarne privilegije vidi Bradley, A.W.: Parliamentary Privilege and the Common Law of Corruption: *R v. Greenway and others*; *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 24, Iss. 3-4, 1998., str. 1317-1324; i Zellick, Graham; *Bribery of Members of Parliament and the Criminal Law*; *Public Law* (1979) str. 31-58.

19 Usp. Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 25.

20 (1856) 10 ER 1488 at 1499.

21 (1979) 69 Cr.App.Rep 254 at 264.

22 (1869) 19 LT 723 at 728.

v *Natchi*²³. U tom je predmetu po žalbi optuženika, optuženik oslobođen optužbe da bi počinio tzv. “*Corruption in office*” kazneno djelo davanja mita iz *Public Bodies Corrupt Practices Act*-a iz 1889. godine kada je dao mito službeniku zaposlenom u Ministarstvu za nacionalnost i imigraciju (“*Immigration and Nationality Department*”), uz problematično obrazloženje da se navedeni zakon primjenjuje na članove, dužnosnike, i službenike javnih tijela (“*members, officers, and servants of public bodies*”), ali ne i na zaposlenike u ministarstvima. Nadalje, zakonska definicija pojma agenta (“*agent*”) kritizirana je kao nejasno postavljena u pogledu razlikovanja privatnih i javnih subjekata, pri čemu je kritika problematizirala i samu potrebu inzistiranja na razlici između privatnih i javnih subjekata u pogledu kaznenopravne regulacije mita jer je razgraničenje privatnog i javnog sektora postalo fluidno i nejasno u suvremenim prilikama privatizacije, deregulacije i “*outsourcinga*”.²⁴

Četvrto, kritizirana je i “presumpcija korumpiranosti” koja je uvedena *The Prevention of Corruption Act*-om iz 1916. godine. Prigovaralo se da ta presumpcija nije u skladu s pretpostavkom okrivljenikove nevinosti. Ove su kritike se uglavnom pozivale na argument protivnosti takve zakonske odredbe višem pravnom izvoru, i to članku 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kojom je propisana pretpostavka okrivljenikove nevinosti.²⁵

Peto, oštre je kritike pretrpjela i obveza pristanka glavnog državnog odvjetnika (“*Attorney-General*”) za kazneni progon kod kaznenog djela davanja i primanja mita. Ovu obvezu je propisivao članak 2. *The Prevention of Corruption Act* iz 1906. godine. Kritike su se inspirirale specifičnom i bitno političkom funkcijom glavnog državnog odvjetnika (“*Attorney-General*”). Prema ustavnom uređenju UK-a, glavni državni odvjetnik (“*Attorney-General*”) je glavni pravni savjetnik Krune, obično je član parlamenta iz redova vladajuće stranke, nositelj je ministarske funkcije iako ne i član kabineta, glavni je pravni savjetnik vlade, odgovora na zastupnička pitanja iz pravne problematike u Donjem domu parlamenta (“*House of Commons*”) te politički odgovara za rad svih državnoodvjetničkih organizacija i razina u UK, osobno zastupa optužbu samo u kaznenim postupcima iznimnog javnog interesa, te ima uobičajeno diskrecijsko pravo neposredne obustave svakog kaznenog postupka.^{26 27}

Šesto, međunarodna javnost izgubila je povjerenje u učinkovitost normativno-institucionalnog okvira borbe protiv mita u UK-u zbog ishoda poznatog korupcijskog slučaja britanske tvrtke BAE Systems LPC (dalje u tekstu: BAE). Radi se o tvrtki koja je na svjetskoj razini među najzastupljenijima pri sklapanju ugovora o javnoj nabavi za naoružanje. BAE je optužena za davanje mita saudijskoj kraljevskoj obitelji i državnim dužnosnicima u ukupnom iznosu 2 bilijuna USD radi osiguranja ugovora o naoružanju u vrijednosti od 85 bilijuna USD koji je sklopljen 1985. godine. Nakon što je *Serious Fraud Office*²⁸ (dalje u tekstu: SFO) započeo istragu, Saudijska Arabija

23 (2002) 2 Cr.AppR 20.

24 Usp. Alldrige, Peter, op. cit. (bilj. 16), str. 1185. i 1189.; Obidairo, op. cit. (bilj. 5), str. 46-47 i 52-53

25 V. Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 30-31.

26 Usp. Oxford Dictionary of Law, op. cit. (bilj. 4), str. 38-39.

27 Usp. Obidairo, op. cit. (bilj. 5), str. 47.-48.; Alldrige, Peter (op. cit. bilj. 16), str. 1198-1199.

28 *Serious Fraud Office* je istražno-tužiteljsko tijelo osnovano radi istrage i kaznenog progona

zaprijetila je UK-u prekidom svih obavještajno-diplomatskih veza ako se s istragom nastavi. Potom je u prosincu 2006. godine direktor SFO-a donio odluku o obustavi istrage koju je *Divisional Court* ukinuo i vratio na ponovni postupak. Nakon toga je *The House of Lords*, revidirajući ukidnu odluku *Divisional Court*-a, osnažio odluku direktora SFO-a o obustavi istrage. Istovremeno su u ovom slučaju Sjedinjene Američke države provele istragu, da bi najzad u ožujku 2010. godine *American Federal District Court* osudio BAE na novčanu kaznu u iznosu 400 milijuna USD.²⁹

Sedmo, a ujedno i razlog koji je najneposrednije utjecao na pristupanje reformi, ogleda se u obvezama UK-a kao potpisnice Konvencije Organizacije za ekonomsku suradnju i razvoj o suzbijanju davanja mita stranim javnim službenicima u međunarodnim poslovnim transakcijama od 17. studenog 1997. godine (u nastavku teksta: OECD Konvencija) koju je UK ratificirala 14. prosinca 1998. godine.³⁰

OECD Konvencija u člancima 1. do 3. obvezuje potpisnice da u svoje nacionalno kazneno zakonodavstvo uvedu odredbe: o kaznenom djelu davanje mita stranom javnom dužnosniku; o kažnjavanju pokušaja tog kaznenog djela i o kažnjavanju udruživanja radi počinjenja tog kaznenog djela; o odgovornosti pravnih osoba za počinjenje tog kaznenog djela; o učinkovitim, razmjernim i odvraćajućim kaznenopravnim sankcijama za to kazneno djelo koje su u pogledu mjere kaznenopravne sankcije usporedive s propisanom mjerom kaznenopravnih sankcijama za davanje mita javnom službeniku države potpisnice; učinkovitim, razmjernim i odvraćajućim nekaznenopravnim sankcijama za pravne osobe, uključujući novčane sankcija, za slučajeve kada nacionalno zakonodavstvo države potpisnice ne propisuje kaznenopravnu odgovornost pravne osobe; oduzimanju ili konfiskaciji ili drugoj sličnoj mjeri iste svrhe u pogledu dane koristi ili njene novčane protuvrijednosti.

Prema opisu kaznenog djela davanja mita stranom javnom službeniku koji je sadržan u članku 1. OECD Konvencije, radi se o kaznenom djelu davanja mita stranom javnom službeniku ako neka osoba s namjerom ponudi, obeća ili dade bilo kakvu nepripadajuću novčanu ili drugi korist, izravno ili putem posrednika, stranom javnom službeniku, za tog službenika ili za treću osobu, kako bi taj službenik poduzeo ili propustio poduzeti radnju u vezi s obavljanjem službene dužnosti, a radi dobivanja ili zadržavanja posla ili druge nedopuštene prednosti u vođenju poslovanja s međunarodnim elementom.

Prema definiciji iz članka 1. OECD Konvencije, strani javni službenik je svaka osoba koja je nositelj zakonodavne, izvršne ili sudske vlasti u stranoj državi, bilo da je izabrana ili imenovana, svaka osoba koja izvršava javnu funkciju za stranu državu, uključujući i javne agencije i javna poduzeća te svaki službenik ili agent međunarodne

ozbiljnih i teških prijevара. Na čelu *Serious Fraud Office*-a je direktor kojeg imenuje i nadzire glavni državni odvjetnik (*Attorney General*). U nadležnosti ovog ureda su i složeniji slučajevi kaznenog djela davanja i primanja mita. Za djela iz nadležnosti ovog ureda kazneni postupak se vodi kod *Crown Court*. Usp. Oxford Dictionary of Law, op. cit. (bilj. 4), str. 455.

29 V. Ryznor, Margaret; Korkor, Samer, op. cit. (bilj. 9), str. 436-438.

30 OECD Convention on Combating the Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, dostupno na: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf (u nastavku teksta: OECD Konvencija).

organizacije.³¹

U dugotrajnom procesu (2001.-2010. godine) pripremnih radova i donošenja pripremnih dokumenata³², koji je prethodio donošenju i stupanju na snagu Bribery Act-a iz 2010. godine, najveću ulogu imali su Radna skupina Organizacije za ekonomsku suradnju i razvoj o suzbijanju davanja mita stranim javnim službenicima u međunarodnim poslovnim (u nastavku teksta: Radna skupina OECD) i *Law Commission*.^{33,34}

Prema prvom izvještaju Radne skupine OECD od 14. i 15. prosinca 1999. godine³⁵, zaključeno je da mjerodavno važeće pravo UK-a nije u suglasnosti s OECD Konvencijom, preporučeno je donošenje novoga cjelovitog zakona koji će sadržavati posebnu odredbu o zakonskom opisu davanja mita stranom javnom službeniku koji je podudaran opisu iz OECD Konvencije, uz jasno naglašen element "svake nepripadajuće novčane ili druge koristi" te uz propisivanje da se to kazneno djelo može počinuti i u korist treće osobe.³⁶

Drugim je izvještajem Radne skupine OECD-a od ožujka 2007. godine³⁷ zaključeno da u UK postoji manjak smislenog napretka u pogledu reforme zakonskog okvira davanja mita stranom javnom službeniku te da su dotadašnje reforme okončane donošenjem *Anti-terrorism, Crime and Security Act*-a iz 2001. godine nedostatne.

Uvažavajući navedene ustrajne kritike Radne skupine OECD-a, Izvještajem "*Reforming Bribery*" od 19. studenog 2008. godine³⁸ *Law Commission* predložila je donošenje novoga zakona kojim će se posve zamijeniti dotadašnji *common law* i *statutory law* regulatorni okvir, i to propisivanjem temeljnog oblika kaznenog djela davanja mita, temeljnog oblika kaznenog djela primanja mita, posebnog kaznenog djela davanja mita stranom javnom službeniku, i korporativnog kaznenog djela nepažljivog propusta u sprječavanju mita od strane zaposlenika ili agenta. Time su

31 V. i Moran, Jon: Bribery and Corruption - the OECD Convention on Combating the Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, *Business Ethics: A European Review*, vol. 8. No. 3, July 1999., str. 143.

Usp. Pacini, Carl i dr: The Role of the OECD and EU Conventions in Combating Bribery of Foreign Public Officials, *Journal of Business Ethics* 37/2002, str. 397-398.

32 Za detaljan prikaz procesa pripremnih radova i donošenja pripremnih dokumenata koji je prethodilo donošenju i stupanju na snagu *Antibribery Act*-a iz 2010. godine v. Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 53-67.

33 *Law Commission* je tijelo ustanovljeno *Law Commission Act*-om iz 1965. godine sa zadaćom da nadzire pravni poredak radi njegovog sistematičnog razvoja i reforme, što obuhvaća poslove vezane za donošenje i izmjene zakona radi uklanjanja proturječnih odredbi te pojednostavljenja, sistematizacije i modernizacije pravnog sustava. Sastoji se od predsjednika i četiri člana koje imenuje *Lord Chancellor* iz redova pravosudnih dužnosnika, odvjetnika i pravnih znanstvenika. Usp. *Oxford Dictionary of Law*, op. cit. (bilj. 4), str. 280-281.

34 Usp. Ryznor, Margaret; Korkor, Samer; op. cit. (bilj. 9), str. 439.-441.

35 OECD, UK Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation, Phase I bis Report I (2003), dostupno na <http://www.oecd.org/unitedkingdom/2498215.pdf>.

36 Usp. Pacini, Carl i dr., op. cit. (bilj. 27), str. 396.

37 OECD, Report on Implementation of the Convention and 1997 Recommendation 4 (2008), dostupno na <http://www.oecd.org/dataoecd/23/20/41515077.pdf>.

38 *Law Commission*, *Reforming Bribery*, doc. no. 313, dostupno na <http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/lc313.pdf>.

definirana i osnovna zakonodavna rješenja preuzeta u *Bribery Act* iz 2010. godine.

2.5. *Regulativa Bribery Act-a iz 2010. o davanju mita*

Konačno, *Bribery Act* iz 2010. godine (u nastavku teksta: BA),³⁹ nakon okončanja parlamentarnih procedura, dobivene Potvrde Krune i službene objave, stupio je na snagu 1. srpnja 2011. godine.

Što se tiče sadržaja BA, taj je zakon propisao temeljne oblike kaznenog djela davanja mita ("*Offences of bribing another person*" iz članka 1. BA), temeljne oblike kaznenog djela primanja mita ("*Offences relating to being bribed*" iz članka 2. BA), posebno kazneno djelo davanja mita stranom javnom službeniku ("*Bribery of foreign public officials*" iz članka 6. BA) i posebno kazneno djelo propusta komercijalne organizacije u sprječavanju mita ("*Failure of commercial organisations to prevent bribery*" iz članka 7. BA), vrste i mjere kaznenopravnih sankcija za navedena djela, pravila o pristanku na kazneni progon, pravila o prostornom važenju te pravila o obrani za određene oblike kaznenih djela koja propisuje, kao i to da stupanjem na snagu BA u cijelosti prestaje važiti prethodno izloženi normativni okvir koji je bio na snazi do stupanja na snagu BA.⁴⁰

Općenito su osnovna obilježja BA, u kojim se ogleda uvažavanje prethodno izloženih kritika upućenih ranije važećem normativnom okviru, sljedeća.⁴¹

Prvo, BA propisuje suvremenu, sustavnu i cjelovitu materijalnopravnu kaznenu zaštitu protiv mita i tako dokida dvojnost pravnih izvora (*statutory law* i *common law*) koja je karakterizirala raniji normativni okvir koji je u pogledu osnovnih obilježja uspostavljen gotovo stoljeće prije donošenja BA i koji je u cijelosti prestao važiti stupanjem na snagu BA. BA je relativno kratak propis koji broji 20 nomotehnički dotjeranih članaka koji su rezultat izuzetno dugog i mukotrpnog pripremnog procesa koji je prethodio njegovu donošenju. Taj je pripremi proces u širem smislu započeo ratifikacijom OECD Konvencije 1998. godine, dok je u užem smislu započeo nastavkom rada na reformi ranijeg normativnog okvira odmah nakon donošenja *Anti-terrorism, Crime and Security Act* iz 2001. godine, a trajao je sve do 2010. godine.

Drugo, u pogledu kaznenopravne zaštite mita napuštena je pravna konstrukcija odnosa *agent-principal*, kao i razlikovanje između javnog i privatnog sektora koje se održalo jedino kod posebnog kaznenog djela davanja mita stranom javnom službeniku.

Treće, umjesto ranije propisane i kritizirane obveze pristanka glavnog državnog odvjetnika ("*Attorney General*") za kazneni progon, propisana je obveza pristanak

39 *Bribery Act* 2010, dostupno na <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>, u daljnjem tekstu: BA

40 Usp. Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 69-72; Alldridge, Peter op. cit. (bilj. 16), str. 1185 i 1189

41 Usp. Sullivan, Bob; Refolmulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010, u Horder, Jeremy; Alldridge, Peter (ur.): *Modern Bribery Law – Comparative perspectives*, Cambridge University Press 2013., str. 13-16; Obidairo, op. cit. (bilj. 5), str. 50-51; Ryznor, Margaret; Korkor, Samer, op. cit. (bilj. 9), str. 440-442; Mukwiri, Jonathan, op. cit. (bilj. 7), str. 17-21; H. Deming, Stuart, op. cit. (bilj. 12), str. 125-126; Yu, Geoneng, op. cit. (bilj. 14), str. 19., 23., 32. i 37.

direktora javnog tužiteljstva (“*Director of Public Prosecutions*”) ili direktora SFO.

Četvrto, napuštena je kritizirana pretpostavka korumpiranosti koju je propisivao ranije važeći normativni okvir čime je u pogledu kaznenih djela propisanih BA-om teret dokaza posve stavljen na optužbu, osim u pogledu dokaza zakonom propisanih razloga obrane u pogledu kojih teret dokaza leži na obrani.

Peto, propisani su konkretniji zakonski opisi inkriminirajuće radnje te je napušten kritizirani pojam “koruptivno” (“*corruptly*”).

Šesto, propisano je posebno kazneno djelo davanja mita stranom javnom službeniku zakonskim opisom koji je sukladan opisu iz OECD Konvencije.

U nastavku, izlažemo o temeljnom kaznenom djelu davanja mita (“*Offences of bribing another person*”) iz članka 1. BA.⁴²

Člankom 1. BA propisana su dva temeljna oblika kaznenog djela davanja mita, i to: prvi oblik iz stavka 2. u vezi sa stavcima 4. i 5. tog članka, i drugi oblik iz stavka 3. u vezi sa stavkom 5. toga članka.

O prvom obliku, koji je propisan člankom 1. stavak 2. BA u vezi sa stavcima 4. i 5. tog članka, radi se kada osoba (“P”) ponudi, obeća ili daje financijsku ili drugu korist drugoj osobi u namjeri da: (i) - potakne osobu na neprikladno obavljanje relevantne funkcije ili aktivnosti ili (ii) - nagradi osobu za neprikladno obavljanje takve funkcije ili aktivnosti, pri čemu nije odlučno je li osoba kojoj je ta korist ponuđena, obećana ili dana ista ona osoba koja obavlja ili je obavila tu funkciju ili aktivnost, te nije odlučno je li osoba “P” tu korist ponudila, obećala ili dala neposredno ili putem treće osobe.

O drugom obliku, koji je propisan člankom 1. stavak 3. BA u vezi sa stavkom 5. tog članka, radi se kada osoba (“P”) ponudi, obeća ili daje financijsku ili drugu korist drugoj osobi, znajući ili vjerujući da će prihvaćanje te koristi samo po sebi biti temelj za neprikladno obavljanje relevantne funkcije ili aktivnosti, pri čemu nije odlučno je li osoba “P” tu korist ponudila, obećala ili dala neposredno ili putem treće osobe.

Vezano za prethodno izložene zakonske opise temeljnog kaznenog djela davanja mita, BA propisuje pretpostavke pod kojima se radi o funkciji ili aktivnosti koja je relevantna (članak 3.) i neprikladnom obavljanju takve funkcije ili aktivnosti (članak 4.) te s tim u vezi i test očekivanja (članak 5.)

Prema članku 3. stavak 1. i 6. BA, funkcija ili aktivnost, čak i kada nema poveznicu s UK i kada je obavljena u zemlji ili na području izvan UK-a, relevantna je ako:

- spada po stavak 2. toga članka kojim su propisane sljedeće funkcije i aktivnosti: a) svaka funkcija javne prirode, b) bilo koja aktivnost povezana s poslovanjem (pri čemu je poslovanje stavkom 7. tog članka definirano kao trgovina ili profesija), c) svaka aktivnost koju osoba obavlja u radnom odnosu, d) svaka aktivnost obavljena od strane ili u ime tijela sačinjenog od više osoba, neovisno o tome ima li to tijelo pravnu osobnost; i
- ispunjava jedan ili više od tri uvjeta (uvjet A, B i C) koje propisuju stavci

42 Usp. Sullivan, Bob, op. cit. (bilj. 40), str. 16-26; Obidairo, op. cit. (bilj. 5), str. 50-51; Ryznor, Margaret; Korkor, Samer, op. cit. (bilj. 9), str. 441; Mukwiri, Jonathan, op. cit. (bilj. 7), str. 20-21; H. Deming, Stuart, op. cit. (bilj. 12), str. 127, 131, 135, 138-140; Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 73-75.

3. do 5. toga članka: uvjet A je da se od osobe koja obavlja funkciju ili aktivnost očekuje obavljanje iste u dobroj vjeri, uvjet B je da se od osobe koja obavlja funkciju ili aktivnost očekuje nepristrano obavljanje iste, uvjet C je da se osoba koja obavlja funkciju ili aktivnost samim time nalazi u položaju povjerenja.

Članak 4. stavak 1. BA u pogledu neprikladnosti obavljanja relevantne funkcije ili aktivnosti propisuje da relevantna funkcija ili aktivnost: je neprikladno obavljena ako je obavljena suprotno relevantnim očekivanjima (podstavak a), i da se ima smatrati neprikladno obavljenom, ako postoji povreda u obavljanju te funkcije ili aktivnost koja je sama po sebi suprotna relevantnim očekivanjima (podstavak b)).

S prethodnim u vezi, u članku 4. stavak 2. BA definirana su relevantna očekivanja na sljedeći način:

- Za funkciju ili aktivnost koja ispunjava uvjet A ili B, relevantna su ona očekivanja koja se navode u tim uvjetima. Tako se prema prethodno izloženom uvjetu A očekuje obavljanje funkcije ili aktivnosti u dobroj vjeri, dok se prema prethodno izloženom uvjetu B očekuje nepristrano obavljanje funkcije ili aktivnosti
- Za funkciju ili aktivnost koja ispunjava uvjet C, relevantna su sva ona očekivanja koja su povezana s pozicijom povjerenja navedenom u tom uvjetu.

Članak 4. stavak 3. BA određuje da sve ono što je neka osoba učinila ili propustila učiniti, a što proizlazi ili je u vezi s njenim obavljanjem relevantne funkcije ili aktivnosti u prošlosti, smatrat će se u smislu ovog zakona da je učinjeno ili propušteno od strane te osobe u obavljanju te funkcije ili aktivnosti.

Članak 5. BA određuje test očekivanja prema kojem se, u smislu prethodno izloženih članaka 3. i 4. BA, test očekivanja provodi prema kriteriju onog što bi razumna osoba u UK očekivala u vezi s obavljanjem funkcije ili aktivnosti o kojoj se u konkretnom slučaju radi. Pritom, a ako se radi o funkciji ili aktivnosti koja nije podčinjena pravu bilo kojeg dijela UK, tada se bilo kakvi lokalni običaji i prakse neće uzimati u obzir, osim ako ih ne dopušta ili ne zahtjeva pisano pravo primjenjivo u zemlji ili na području o kojem se radi, pri čemu se pod pisanim pravom imaju smatrati odredbe primjenjivih pisanih propisa u toj zemlji ili na tom području ili primjenjive sudske odluka koje su dostupne i evidentirane u pisanim izdanjima.

Što se tiče posebnog kaznenog djela davanja mita stranim javnim službenicima (“Bribery of foreign public officials”), ono je propisano člankom 6. BA.

Kako je to prethodno navedeno, kažnjavanje davanja mita stranom javnom službeniku kako ga je prije stupanja na nagu BA propisivala Glava 12. *Anti-terrorism, Crime and Security Act*-a iz 2001. godine pretrpjelo je kritike Radne skupine OECD-a. Na tragu tih kritika, ovo je kazneno djelo u BA propisano s ciljem potpunog ispunjavanja obveza UK-a prema OECD Konvenciji u pogledu propisivanja kaznene odgovornosti za davanje mita stranom javnom službeniku. Pritom je zakonski opis tog kaznenog djela kako ga propisuje članak 6. BA, usklađen s prethodno izloženim opisom tog kaznenog djela i pojmom stranog javnog službenika iz OECD Konvencije.

Tako se, prema članku 6. stavci 1. do 3. BA koji tvore zakonski opis tog kaznenog

djela, radi o kaznenom djelu davanja mita stranom javnom službeniku kada osoba ("P"), u namjeri da utječe na stranog javnog službenika ("F") u pogledu njegovog svojstva stranog javnog službenika ("*to influence "F" in "F-s" capacity as a foreign public official*"), i u namjeri da zadrži ili dobije neki posao ("*business*") ili prednost u vođenju posla ("*conduct of business*"), izravno ili putem treće osobe ponudi, obeća ili dade bilo koju financijsku ili drugu korist F-u ili drugoj osobi na zahtjev F-a ili uz izričit ili prešutan pristanak F-a kojemu pisano pravo ("*written law*") koje se na njega primjenjuje ne dopušta niti od njega zahtijeva da se u pogledu njegova svojstva stranog javnog službenika na njega utječe ponudom, obećanjem ili darom.

Nadalje je u narednim stavcima članka 6. BA (stavci 4. do 8.) propisano što se podrazumijeva pod utjecajem na stranoga javnog službenika u pogledu njegovog svojstva stranog javnog službenika – "*to influence "F" in "F-s" capacity as a foreign public official*" (članak 6. stavak 4. BA), zakonska definicija pojma strani javni službenik – "*foreign public official*" (članak 6. stavak 5. BA), zakonska definicija pojma javne međunarodne organizacije – "*public international organisation*" (članak 6. stavak 6. BA), što se podrazumijeva pod pisanim pravom – "*written law*" (članak 6. stavak 7. BA), te što se u smislu članka 6. BA podrazumijeva pod poslom – "*business*" (članak 6. stavak 8. BA).

Prema članku 6. stavak 4. BA, utjecaje na stranog javnog službenika ("F") u pogledu njegova svojstva stranog javnog službenika znači utjecaj na F u obavljanju njegove funkcije takvog službenika što uključuje bilo kakav propust u obavljanju te funkcije i bilo kakvu uporabu F-ove službeničke pozicije, čak i kada je izvan F-ove nadležnosti.

Prema članku 6. stavak 5. BA, strani javni službenik je pojedinac koji:

- je izabrani ili imenovani nositelj zakonodavne, izvršno-upravne ili sudbene funkcije bilo koje vrste, u zemlji ili na području izvan UK-a ili u bilo kojem dijelu takve zemlje ili područja,
- izvršava javnu funkciju (i) za ili u ime zemlje ili području izvan UK-a ili bilo kojeg dijela takve zemlje ili područja; ili (ii) za bilo koju javnu agenciju ili javno poduzeće zemlje ili području izvan UK-a ili bilo kojeg dijela takve zemlje ili područja,
- službenik ili agent javne međunarodne organizacije.

Prema članku 6. stavak 6. BA, međunarodna javna organizacija je organizacija čiji članovi potpadaju pod neku od sljedećih kategorija: a) zemlje ili područja, b) vlade zemalja ili područja, c) druge javne međunarodne organizacije, d) kombinaciju prethodno navedenih kategorija.

Prema članku 6. stavak 7. podstavci a) do c) BA, pisano pravo ("*written law*") koje se primjenjuje na stranog javnog službenika ("F") je:

- u situaciji kada je obavljanje njegove funkcije na koju P namjerava utjecati podčinjeno pravu bilo kojeg dijela UK-a, tada je to pravo tog dijela UK-a (podstavak a)),
- u situaciji kada se podstavak a) ne primjenjuje i kada je F službenik ili agent javne međunarodne organizacije, tada su to primjenjiva pisana pravila te organizacije (podstavak b)),

- u situaciji kada se podstavci a) i b) ne primjenjuju, tada je to pravo zemlje ili područja u odnosu na koje je F strani javni službenik, i to ono pravo te zemlje ili tog područja koje je sadržano u odredbama primjenjivih pisanih propisa u toj zemlji ili na tom području ili u primjenjivim sudskim odlukama koje su dostupne i evidentirane u pisanim izdanjima.

Prema članku 6. stavak 8. BA, posao ("business") u smislu toga članka obuhvaća trgovinu ili profesiju.⁴³

Člankom 7. BA propisano je posebno kazneno djelo propusta komercijalne organizacije u sprječavanju mita ("*Failure of commercial organisations to prevent bribery*"). Prema zakonskom opisu tog djela, relevantna komercijalna organizacija ("C") je kriva za to djelo ako osoba ("A") koja je povezana sa C daje mito drugoj osobi u namjeri da zadrži ili dobije posao za "C" ili zadrži ili dobije prednost u vođenju posla za "C".

Bitni elementi tog djela su: - da je "A" počinio kazneno djelo davanja mita iz članka 1. ili 6. BA, pri čemu nije odlučno je li protiv "A" poduzet kazneni progon zbog tog kaznenog djela te nije odlučno postoji li "bliska veza" između A i UK; te - da je "A" povezana osoba sa "C", u vezi s čim je člankom 8. BA propisano da je "A" povezana osoba sa "C" ako za ili u ime "C" obavlja usluge, što se prosuđuje prema svim relevantnim okolnostima, a ne samo uzimajući u obzir odnos između "A" i "C", s tim da se u okolnostima kada je "A" zaposlenik "C" pretpostavlja da "A" za ili u ime "C" obavlja usluge, osim ako se ne dokaže suprotno.

Iz odredbe članka 7. stavak 5. BA koja propisuje značenje pojma "relevantna komercijalna organizacija" proizlazi da su to različiti oblici poslovnih pravnih osoba (trgovačkih društava) koja su ili osnovana po propisima UK ili obavljaju barem dio poslova u UK.

Izložene osobine kaznenog djela propusta komercijalne organizacije u sprječavanju mita iz članka 7. BA govore za zaključak da se radi o kaznenom djelu stroge odgovornosti relevantne komercijalne organizacije s neograničeno ekstrateritorijalnim prostornim važenjem.⁴⁴

BA propisuje i razloge obrane za kaznena djela propisana tim zakonom.

Ukupno su tri propisana razloga obrane. Dva opća razloga obrane propisuje članak 9. BA i ti se razlozi odnose na sva kaznena djela propisana tim zakonom. Treći, i jedini posebni, razlog obrane propisuje članak 7. stavak 3. BA i taj se posebni razlog obrane odnosi samo na kazneno djelo propusta komercijalne organizacije u sprječavanju mita iz članka 7. BA.

Prvi opći razlog obrane je pravilno izvršavanje bilo koje funkcije obavještajne

43 U pogledu izloženih obilježja posebnog kaznenog djela davanja mita stranom javnom službeniku iz čl. 6. BA usp. Sullivan, Bob, op. cit. (bilj. 40), str. 26-27; Obidairo, op. cit. (bilj. 5), str. 50; Ryznor, Margaret; Korkor, Samer, op. cit. (bilj. 9), str. 441; Mukwiri, Jonathan, op. cit. (bilj. 7), str. 21; Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 83-88.; H. Deming, Stuart, op. cit. (bilj. 12), str. 127 i 130-132.

44 U pogledu izloženih obilježja posebnog kaznenog djela propusta komercijalne organizacije u sprječavanju mita iz članka 7. BA usp. Sullivan, Bob, op. cit. (bilj. 40), str. 27.-32.; Ryznor, Margaret; Korkor, Samer op. cit. (bilj. 9), str. 441.-443. Mukwiri, Jonathan, op. cit. (bilj. 7), str. 21.-23., Alldridge, Peter (op. cit. bilj. 16), str. 1199.-1210.

službe.

Drugi opći razlog obrane je pravilno izvršavanje bilo koje funkcije oružanih snaga kada su angažirane u aktivnoj službi. Navedeni opći razlozi obrane trpe kritiku zbog toga što je upravo vojno-obavještajni sektor povezan s javnim nabavama u naoružanju prilikom kojih se ugovaraju izuzetno visoke cijene nabave, a UK baš u tom sektoru baštini loše iskustvo gubitka povjerenja međunarodne javnosti u pogledu učinkovitosti normativno-institucionalnog okvira kaznenopravne zaštite protiv mita, i to baš na prethodno izloženom slučaju BAE.

Treći (i jedini posebni) razlog obrane odnosi se samo na kazneno djelo propusta komercijalne organizacije u sprječavanju mita iz članka 7. BA. Taj posebni razlog obrane propisuje odredba iz članka 7. stavak 3. BA, prema kojoj je obrana za relevantnu poslovnu organizaciju ako dokaže da je provela odgovarajuće postupke radi sprječavanja davanja mita od strane osoba povezanih s tom relevantnom poslovnom organizacijom.

S tim u vezi, Ministarstvo pravde UK-a je, na temelju propisanog ovlaštenja i obveze iz odredaba članka 7. stavak 4. i članka 9. BA, donijelo Upute o postupcima koje relevantne komercijalne organizacije moraju provesti radi prevencije davanja mita od strane s njima povezanih osoba (u daljnjem tekstu: Upute)⁴⁵. Upute sadrže osnovne informacije o primjeni BA na poslovne subjekte, načela provedbe preventivnih procedura (načelo procjene rizika, načelo najviše razine predanosti, načelo pažljive provedbe, načelo jasne, praktične i pristupačne politike i procedure, načelo učinkovite provedbe, i načelo praćenja i ispitivanja), kao i *case study* primjere za provedbu tih procedura.⁴⁶

Članak 12. BA sadrži pravila o prostornom važenju toga zakona.

A, što se tiče prostornog važenja inkriminacija iz članka 1. i 6. regulirano je: - pravilo iz članka 12. stavak 1. BA prema kojem je kazneno djelo počinjeno na teritoriju UK-a kada je bilo koja radnja ili propuštanje iz zakonskog opisa tog kaznenog djela počinjeno u UK; - pravilo o ograničenoj (uvjetovanoj) ekstrateritorijalnoj primjeni iz članka 12. stavci 2. do 4. BA, prema kojem se u situaciji kada bilo koja radnja ili propuštanje iz zakonskog opisa tog kaznenog djela nije počinjeno u UK-om (prvi kumulativni uvjet), a radnja ili propuštanje koje je osoba počinila izvan UK-a predstavljala bi radnju ili propuštanja iz zakonskog opisa tog kaznenog djela, da je ta radnja ili to propuštanje počinjeno na području UK-a (drugi kumulativni uvjet) i ako ta osoba ima usku vezu s UK (treći kumulativni uvjet); tada se radi o radnji ili propuštanju iz zakonskog opisa tog kaznenog djela te se postupak za to kazneno djelo može pokrenuti bilo gdje u UK. S tim u vezi, članak 12. stavak 4. taksativno propisuje svojstva koja mora imati fizička osoba (državljanstvo UK itd.) i pravna

45 Ministry of Justice, THE BRIBERY ACT 2010 Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, March 2011., dostupno na https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf

46 Za izložene razloge obrane prema BA i kritiku istih usp. Sullivan, Bob, op. cit. (bilj. 40), str. 34.-38.; Ryznor, Margaret; Korkor, Samer, op. cit. (bilj. 9), str. 441.-443.; Mukwiri, Jonathan, op. cit. (bilj. 7), str. 21.-23.; Nicholls QC, Colin et al., op. cit. (bilj. 4), str. 66. i 110.; H. Deming, Stuart, op. cit. (bilj. 12), str. 141.-148.

osoba (osnivanje prema propisima UK-a) da bi postojala uska veza između te osobe i UK-a (treći kumulativni uvjet).

U pogledu prostornog važenja inkriminacije iz članka 7. BA propisano je pravilo neograničene (bezuvjetne) ekstrateritorijalne primjene, prema kojem nije odlučno je li radnja ili propuštanje koje je zakonsko obilježje toga kaznenog djela poduzeto na području UK ili drugdje, u kojem potonjem slučaju se postupak za to kazneno djelo može pokrenuti bilo gdje u UK.⁴⁷

Odredbom iz članka 11. BA propisan je sustav kaznenopravnih sankcija za kaznena djela iz toga zakona koji čine dvije vrste kaznenopravnih sankcija, i to kazna zatvora i novčana kazna. Kao što je to bio slučaj i sa sustavom kaznenopravnih sankcija prema ranije važećem normativnom okviru, BA propisuje sustav simetričnih kaznenopravnih sankcija koji karakterizira zapriječenost iste vrste i zakonskog okvira kaznenopravne sankcije i za davanje i za primanje mita.⁴⁸

Glede zakonskog izbora vrste i mjere kaznenopravne sankcije razlikuju se, s jedne strane, kaznenog djela iz članaka 1., 2. i 6. BA za koja je propisana kazna zatvora i novčana kazna, te s druge strane kazneno djelo iz članka 7. BA za koje je propisana samo novčana kazna s obzirom na to da je počinitelj tog kaznenog djela pravna osoba. Na propisanu vrstu i mjeru kaznenopravne sankcije utječe: (i) svojstvo osobe počinitelja, tj. radi li se o fizičkoj ili pravnoj osobi, pri čemu je, po prirodi stvari, kazna zatvora propisana samo za počinitelje koji su fizičke osobe, dok je u pogledu novčane kazne veća mjera zapriječena pravnoj osobi te (ii) vrsta postupka (sumarni postupak ili postupak po optužnici), pri čemu je veća mjera kaznenopravne sankcije propisana za postupke po optužnici.

Tako je za kaznena djela iz članaka 1., 2. i 6. BA propisano⁴⁹:

- za fizičke osobe:
 1. u sumarnom postupku, kazna zatvora u trajanju do 12 mjeseci ili novčana kazna do visine zakonskog maksimuma⁵⁰, ili oboje;
 2. u postupku po optužnici, kazna zatvora u trajanju do 10 mjeseci ili novčana kazna⁵¹, ili oboje;
- za sve druga osobe:
 1. u sumarnom postupku, novčana kazna do visine zakonskog maksimuma,⁵²
 2. u postupku po optužnici, novčana kazna.⁵³

Za kazneno djelo iz članka 7. BA propisana je novčana kazna⁵⁴ u postupku po optužnici.⁵⁵

47 Usp. Sullivan, Bob, op. cit. (bilj. 40), str. 32.-34.; Mukwiri, Jonathan, op. cit. (bilj. 7), str. 25-26; Nicholls QC; H. Deming, Stuart, op. cit. (bilj. 12), str. 128-130.

48 V. Yu, Geoneng, op. cit. (bilj. 15), str 47.-48.

49 V. članak 11. stavak 1. i 2. BA.

50 Zakonski maksimum novčane kazne iznosi 5.000,00 GBP u Engleskoj, Walesu i Sjevernoj irskoj, a 10.000,00 GBP, v. Explanatory Notes za članka 11. BA, dostupno na <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/notes/division/5/11>

51 Radi se o neograničenoj novčanoj kazni, v. Explanatory Notes, (op.cit. bilj. 47).

52 V. bilj. 47 *supra*.

53 V. bilj. 48 *supra*.

54 V. bilj. 51 *supra*.

55 V. članak 11. stavak 3. BA.

Donošenje BA izazvalo je interes za usporedbe s mjerodavnim zakonodavstvom Sjedinjenih Američkih Država, među britanskim i američkim pravnicima. Razlog tome leži u činjenici što je već 1977. godine u Sjedinjenim Američkim Državama donesen *Foreign Corrupt Practices Act* (u nastavku teksta: FCPA), savezni zakonom kojim je propisano kazneno djelo i kaznenopravne sankcije za davanje mita stranom javnom službeniku. Ključna normativna rješenja ovog zakona, pri čemu u prvom redu mislimo na zakonski opis kaznenog djela davanja mita stranom javnom službeniku i zakonsku definiciju pojma stranog javnog službenika, preuzeta su i u OECD Konvenciju preko koje su Sjedinjene Američke Države, kao jedna od potpisnica, svojim gospodarsko-političkim utjecajem težile tome da rješenja iz toga zakona putem OECD Konvencije nametnu i drugim državama, radi postizanja unificirane kaznenopravne zaštite protiv davanja mita u međunarodnom poslovanju. Stoga je donošenje BA poslužilo za usporedne analize zakonskih rješenja iz FCPA i BA u kojima se ističu poredbene razlike od kojih glavne u najkraćim crtama izlažemo u nastavku.⁵⁶

Prvo, postoje razlike u propisanim kaznenim djelima. Tako BA propisuje ukupno četiri kaznena djela koja sva inkriminiraju davanje i primanje mita, a FCPA propisuje samo dva kaznena djela. Prvo propisano kazneno djelo davanje mita stranom javnom službeniku (tzv. "*FCPA anti-bribery provision*") i usporedivo je s inkriminacijom iz članka 6. BA. Drugo se kazneno djelo odnosi na propuste poslovnog subjekta u ažurnom vođenju knjigovodstva (tzv. "*FCPA books and records and internal control provision*") u pogledu čega BA ne sadrži usporedivu regulativu. FCPA ne poznaje inkriminaciju kakvu propisuje članak 7. BA, a utoliko ni poseban razlog obrane koji BA propisuje u odnosu na tu inkriminaciju.

Drugo, daljnje se razlike ogledaju i u mjerama kaznenopravne sankcije. Tako FCPA za povredu "*anti-bribery provision*" zapriječio korporaciji novčanu kaznu u iznosu dvostruke vrijednosti plaćenog mita ili dvostruke vrijednosti tražene, odnosno primljene koristi ako je taj iznos veći, a fizičkoj osobi novčanu kaznu do iznosa od 100.000,00 USD i kaznu zatvora u trajanju do pet godina.

Treće, razlikuju se i propisani zakonski razlozi obrane. FCPA poznaje dva razloga obrane koji nisu propisani u BA. Prvi je razlog tzv. poticajnih odnosno ubrzavajućih plaćanja ("*facilitating or grease payments*") koji se odnose na plaćanja stranom javnom službeniku u svrhu ubrzavanja provođenja rutinskih i nediskrecijskih administrativnih radnji, ukoliko ta plaćanja nisu povezana s poticanjem tog službenika da donese odluku o dodjeli ili zadržavanju posla s određenom stranom. Drugi je razlog tzv. razumnih i *bona fide* troškova ("*reasonable and bona fide expenditure*") koji se svodi na dokaz obrane da se radilo o plaćanju kojem nedostaje koruptivna svrha.

Četvrto, postoje razlike i u pogledu ekstrateritorijalne primjene ovih propisa, pri čemu su odredbe BA o ekstrateritorijalnoj primjeni šireg dometa od onih sadržanih u

56 Usp. Hills, Lindsey: Universal anti-bribery legislation can save international business – a comparison of the FCPA and the UKBA in an attempt to create universal legislation to combat bribery around the globe, *Richmond Journal of Global Law & Business*, 469, 2014., str. 471.-492.; Richard, Samuel B.: To bribe a prince – clarifying the Foreign Corrupt Practices Act through comparison to the United Kingdom's Bribery Act of 2010, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 37, Iss. 2, 2014., str. 419.-450; Obidairo, op. cit. (bilj. 5), str. 61.-78.; Ryznor, Margaret; Korkor, Samer, op. cit. (bilj. 9), str. 443.-453.

FCPA.

Peto, FCPA propisuje dvije vrste pregovaračkih sporazuma između obrane i optužbe kakve BA ne poznaje. Radi se o “*non-prosecution agreement (NPA)*” i “*deferred prosecution agreement (DPA)*”. Oba navedena sporazuma imaju isti sadržaj. Sadrže odredbu o okrivljenikovom priznanju krivnje i obvezama koje se okrivljeniku nameću pod određenim rokom, a može se raditi o obvezi plaćanja novčane kazne, vraćanja stečenog profita ili koristi, te o obvezi poduzimanja određenih proaktivnih mjera i postupaka u svrhu specijalne prevencije. Razlika je jedino u pravnom učinku ovih sporazuma. NPA ima učinak odgode kaznenog progona i ne evidentira se u sudskim evidencijama, a DPA u suštini ima učinak odgode optuženja te predstavlja optužnicu pod odgovornim uvjetom i rokom i podnosi se sudu. Ukoliko okrivljenik ispuní obveze preuzete tim sporazumima, izostat će kazneni progon okrivljenika odnosno pravni učinci optuženja okrivljenika. Tako pogodnost ovih sporazuma po okrivljenika leži u činjenici što mu omogućuju izbjegavanje teških posljedica kaznene osude za povredu “*anti-bribery provision*” među kojima je i zabrana obavljanja djelatnosti što je izrazito nepovoljno za poslovne subjekte. U praksi je primjena ovih sporazuma toliko česta da otvara pitanje same svrhe propisane kaznenopravne zaštite s obzirom na to da se velika većina predmeta riješi kroz mehanizam ovih sporazuma pa se, u konačnici, vrlo malen broj slučajeva sudski procesuirá.⁵⁷

Iako BA ne sadrži usporedive odredbe o sporazumijevanju obrane i optužbe, 2014. godine donesena je izmjena *Crime and Courts Act*-a iz 2013. godine kojom je uvedena mogućnost primjene DPA u pogledu kaznenih djela iz BA.⁵⁸

Zaključno, navedimo da usporedne analize uglavnom daju prednost zakonskim rješenjima iz BA, pozdravljajući kao poredbenu prednost prvenstveno inkriminaciju iz članka 7. BA i s njom povezani zakonski razlog obrane, kao i širi domet ekstrateritorijalne primjene BA, dok kritike naglašavaju potrebu proširenja zakonskih razloga obrane i jačanja pregovaračkog instrumenta između obrane i optužbe, sve po uzoru na FCPA.⁵⁹

Pritom, nailazimo i na prijedloge da se BA uzme kao pilot-zakon na svjetskoj razini u pogledu reguliranja kaznenopravne zaštite protiv davanja mita stranom javnom službeniku u međunarodnom poslovanju.⁶⁰

3. ZAKLJUČAK – KOMPARACIJA S HRVATSKIM PRAVNIM SUSTAVOM

Zaključno, iznosimo temeljne usporedne sličnosti i razlike između sustava kaznenopravne zaštite protiv davanja mita u UK (BA) i Hrvatskoj (KZ), i to u pogledu

57 V. Hills, Lindsey, op. cit. (bilj. 53), str. 478.-482.

58 Tako Nunez, Adalgiza A.: International business, bribery, and criminal liability, New Jersey Lawyer Magazine, June 2014., str. 65.-66.

59 Usp. Hills, Lindsey, op. cit. (bilj. 53), str. 490.-492.; Richard, Samuel B., op. cit. (bilj. 53), str. 446.-450.

60 Tako Richard, Samuel B., op. cit. (bilj. 53), str. 448.; a tako i Boles, Jeffrey R.: The two faces of bribery – international corruption pathways meet conflicting legislative regimes, Michigan Journal of International Law, vol. 35, Iss. 4, 2014., str. 713.

propisanih oblika kaznenih djela, počinitelja, radnje počinjenja te propisane vrste i mjere kaznenopravne sankcije.

Usporedbom propisanih oblika kaznenih djela, prvenstveno se uočavaju razlike. S jedne strane, BA u članku 1. propisuje dva oblika temeljnog kaznenog djela, od kojih je prvi davanje mita radi poticanja osobe ili nagrade osobi za neprikladno obavljanje funkcije ili aktivnosti, a drugi davanje mita u znanju ili uvjerenju da će prihvaćanje istog samo po sebi utemeljiti neprikladno obavljanje funkcije. S druge strane, KZ u propisivanju pojedinih oblika temeljnog kaznenog djela davanja mita iz članka 294. razlikuje davanje mita radi obavljanja nezakonite radnje ili nepoduzimanja dužne radnje (tzv. pravo aktivno podmićivanje odnosno posredovanje u tom podmićivanju iz stavka 1.) i davanje mita radi obavljanja zakonite radnje ili radi neobavljanja radnje koja se inače ne bi smjela obaviti (tzv. nepravo aktivno podmićivanje odn. posredovanje u tom podmićivanju iz stavka 2.). Razvidno je da su propisani pojedini oblici temeljnog kaznenog djela aktivnog podmićivanja u BA i KZ propisani polazeći od posve različitih kriterija razvrstavanja tih oblika. Dok BA polazi od kriterija poticanja na neprikladno obavljanje funkcije, nagrade za neprikladno obavljanje funkcije i utemeljenja neprikladnog obavljanja funkcije; KZ polazi od naravi službene ili druge radnje na obavljanje koje je davanje mita usmjereno. Pored toga, iz članka 1. BA dalo bi se iščitati da se kod davanja mita radi nagrade osobi za neprikladno obavljanje relevantne funkcije ili aktivnosti sankcionira i naknadno aktivno podmićivanje. S druge strane, KZ naknadno podmićivanje sankcionira samo kod pasivnog podmićivanja (kazneno djelo primanja mita iz članka 347. stavak 3. KZ-a), a ne i kod aktivnog podmićivanja.

Isto tako, razlikuju se i posebni oblici kaznenih djela davanja mita koje propisuju BA i KZ. Naime, KZ propisuje više posebnih oblika kaznenog djela davanja mita koji su razvrstani u različitim glavama tog zakona. To su: kazneno djelo primanja i davanja mita u postupku stečaja (čl. 251. KZ-a, Glava XXIV. KZ-a – Kaznena djela protiv gospodarstva), kazneno djelo davanja mita u gospodarskom poslovanju (čl. 253. KZ, Glava XXIV. KZ – Kaznena djela protiv gospodarstva), kazneno djelo davanja mita za trgovanje utjecajem (čl. 296. KZ-a, Glava XXVIII. KZ-a – Kaznena djela protiv službene dužnosti) i kazneno djelo podmićivanja zastupnika (čl. 339. KZ-a, Glava XXXI. KZ-a – Kaznena djela protiv biračkog prava.): Međutim, KZ ne poznaje inkriminacije usporedive s onima iz članka 6. BA (*“Bribery of foreign public officials”* – Davanje mita stranim javnim službenicima) i članka 7. BA (*“Failure of commercial organisations to prevent bribery”* - Propust komercijalne organizacije u sprječavanju mita).

Što se pak tiče kruga počinitelja kaznenog djela, tu se očituju sličnosti između BA i KZ. I u BA i u KZ se, kako u pogledu temeljnih oblika kaznenog djela davanja mita, tako i u pogledu propisanih posebnih oblika tog kaznenog djela, radi o općim kaznenim djelima (*delicta communia*) koja može počinuti svatko. Ovo uz iznimku kaznenog djela iz članka 7. BA koje je posebno kazneno djelo (*delictum proprium*) koje može počinuti samo ona osoba koja ima svojstvo komercijalne organizacije.

I u pogledu radnje počinjenja primjetne su sličnosti, ali i razlike. Naravno, a s obzirom na prethodno pojašnjenje razlike između posebnih oblika djela prema KZ i

BA, ovdje dolazi u obzir jedino usporedba radnje počinjenja temeljnih oblika kaznenog djela davanja mita prema KZ i BA. Tako se prema KZ-u, i kod tzv. pravog aktivnog podmićivanja odn. posredovanja u takvom podmićivanju iz članka 294. stavka 1., kao i kod tzv. nepravog aktivnog podmićivanja odn. posredovanje u takvom podmićivanju iz članka 294. stavka 2., radnja počinjenja sastoji u ponudi, davanju ili obećavanju mita ili u posredovanju pri takvom podmićivanju. S tim u vezi članak 87. stavak 22. KZ-a daje zakonsku definiciju mita, propisujući da je mito svaka nagrada, dar ili druga nepripadna imovinska ili neimovinska korist bez obzira na vrijednost. S druge strane, BA u članku 1. stavak 2. i 3. propisuje tri modaliteta radnje počinjenja. Prvi modalitet radnje počinjenja temeljnog kaznenog djela iz članka 1. stavak 2. i 3. BA sastoji se u ponudi, obećanju ili davanju financijske ili druge koristi. Drugi modalitet radnje počinjenja temeljnog kaznenog djela davanja mita iz članka 1. stavak 2. BA sastoji u poticanju osobe na neprikladno obavljanje relevantne funkcije. Treći modalitet radnje počinjenja temeljnog kaznenog djela davanja mita iz članka 1. stavak 2. BA sastoji u nagradi osobi za neprikladno obavljanje relevantne funkcije. Usporedbom opisane radnje počinjenja prema KZ i izloženih pojedinih modaliteta radnje počinjenja prema BA-u ukazuje se sličnost, točnije podudarnost, između radnje počinjenja prema KZ-u i prvog modaliteta radnje počinjenja prema BA. S druge strane, usporedne razlike ogledaju se u tome što u BA, za razliku od KZ-a, posredovanje pri podmićivanju nema narav radnje počinjenja, kao i u tome što KZ ne poznaje radnju počinjenja usporedivu s izloženim drugim i trećim modalitetom radnje počinjenje prema BA.

Najzad, preostaje usporediti zakonsku politiku kažnjavanja davanja mita prema BA i KZ. Usporedbe radi, ponavljamo već prethodno izloženu shemu normativnog okvira vrsta i mjera kaznenopravne sankcije za davanje i primanje mita prema BA: a) za fizičke osobe (i) u sumarnom postupku, kazna zatvora u trajanju do 12 mjeseci ili novčana kazna do visine zakonskog maksimuma (5.000,00 GBP u Engleskoj, Walesu i Sjevernoj Irskoj, a 10.000,00 GBP u Škotskoj), ili oboje; (ii) u postupku po optužnici, kazna zatvora u trajanju do 10 mjeseci ili neograničena novčana kazna, ili oboje; b) za sve druga osobe (i) u sumarnom postupku, novčana kazna do visine zakonskog maksimuma (5.000,00 GBP u Engleskoj, Walesu i Sjevernoj Irskoj, a 10.000,00 GBP u Škotskoj); (ii) u postupku po optužnici, neograničena novčana kazna; c) za kazneno djelo iz članka 7. BA propisana je neograničena novčana kazna u postupku po optužnici.

Što se tiče vrsta i mjera kaznenopravnih sankcija koje KZ propisuje za kazneno djelo primanja mita (članak 293.) i kazneno djelo davanja mita (članak 294.), za pravo pasivno podmićivanje (članak 293. stavak 1. KZ-a) propisana je kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina, za nepravo pasivno podmićivanje (članak 293. stavak 2. KZ-a) je propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina, a za naknadno pasivno podmićivanje (članak 293. stavak 3. KZ-a) kazna zatvora u trajanju do jedne godine; dok je za pravo aktivno podmićivanje odnosno posredovanja u takvom podmićivanju (članak 294. stavka 1. KZ-a) propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina, a za tzv. nepravo aktivno podmićivanje odnosno posredovanje u takvom podmićivanju (članak 294. stavka 2. KZ-a) propisana je kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina.

Apstrahiramo li razlike u pogledu vrste postupka i počinitelja, usporedba propisanih vrsta i mjera kaznenopravnih sankcija ukazuje na sljedeće razlike. Prvo, za razliku od BA, KZ ne pribjegava sustavu simetričnih kaznenopravnih sankcija odnosno propisivanju iste vrste i mjere kaznenopravne sankcije i za davanje mita i za primanje mita, već propisuje težu mjeru kaznenopravne sankcije (konkretno kazne zatvora) za kazneno djelo primanja mita nego za kazneno djelo davanja mita. Drugo, za razliku od BA, KZ ne propisuje novčanu kaznu kao kaznenopravnu sankciju ni za davanje ni za primanje mita nego propisuje (samo) kaznu zatvora. Treće, zapriječena mjera kazne zatvora koju propisuje KZ, kako za davanje mita, tako i za primanje mita, znatno je veća u usporedbi s onom koju propisuje BA.

Zaključno, proizlazi da se sličnosti između prethodno izloženog kaznenopravnog uređenje aktivnog podmićivanja u Republici Hrvatskoj i UK u najvećoj mjeri očituju u pogledu kruga počinitelja te, jednim dijelom, u pogledu radnje počinjenja, dok se bitne razlike očituju baš u pogledu zakonske politike kažnjavanja.

Summary

**COMPARATIVE LEGISLATIVE ANALYSIS OF ACTIVE
BRIBERY IN THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN
AND NORTHERN IRELAND**

Confronting socially unacceptable activities, especially corruptive criminal acts, including bribing, makes an important issue of every regulated legal system. The crucial part of such policies are the criminal polices. In this paper, the author deals with the criminal legislation of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, related to the matters of active bribing as one of the basic forms of corruptive behaviour.

While comparing the way the penal system is regulated in the said country, the author comments basic similarities and differences of the passive bribing legal regulation in the United Kingdom and the Republic of Croatia.

Key words: *gift; bribe, other benefit; corruption; organised criminality; bribing; punishing; purpose of punishing; punishment; imprisonment; criminal procedure; criminal sanctions.*

Zusammenfassung

**VERGLEICHENDE LEGISLATIVE ANALYSE DER
AKTIVEN BESTECHUNG IM VEREINIGTEN
KÖNIGREICH VON GROSSBRITANNIEN UND
NORDIRLAND**

Die Auseinandersetzung mit sozial inakzeptablen Aktivitäten, vor allem mit Korruptionsstraftaten darunter auch Bestechung, ist eine wichtige Frage jedes geregelten Rechtssystems. Der entscheidende Teil dieser Politik ist die Kriminalpolitik. In diesem Artikel beschäftigt sich der Autor mit der Strafgesetzgebung des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland, die mit den Fragen der aktiven Bestechung als einem der Grundformen des Korruptionsverhaltens verbunden ist. Durch den Vergleich der Regelung des Strafvollzugs in den genannten Ländern kommentiert der Autor grundlegende Gemeinsamkeiten und Unterschiede der gesetzlichen Regelung der passiven Bestechung im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland und in der Republik Kroatien.

Schlüsselwörter: *Geschenk, Bestechung, zusätzlicher Nutzen; Korruption; organisierte Kriminalität; Strafe; Zweck der Strafe; Haft; Strafverfahren; strafrechtliche Sanktionen.*

Riassunto

ANALISI COMPARATA SULLA CORRUZIONE ATTIVA NEL REGNO UNITO DELLA GRAN BRETAGNA ED IRLANDA DEL NORD

La lotta ad attività socialmente deplorevoli, in particolare alla commissione di reati penali di corruzione tra i quali si annovera anche la dazione di tangenti costituisce una questione fondamentale di ogni sistema giuridico regolato. La parte centrale di tale politica è rappresentata dalla politica di matrice penale. Nel presente lavoro l'autore esamina la legislazione penale del Regno Unito della Gran Bretagna ed Irlanda del Nord con riferimento alla questione della corruzione attiva, quale uno dei comportamenti corruttivi di base. Illustrando in chiave comparata i sistemici giuridici penali dei menzionati paesi, l'autore si concentrerà sulle fondamentali similitudini e differenze della disciplina giuridica delle attività corruttive passive nel Regno Unito rispetto al sistema giuridico nazionale.

Parole chiave: *dono; tangente, altro vantaggio; corruzione; criminalità organizzata; dazione di tangente; punizione; funzione della sanzione; pena; pena detentiva; procedimento penale; sanzioni penali.*

ODNOS NAČELA UZAJAMNOG PRIZNAVANJA/ POVJERENJA I PROVJERE DVOSTRUKE KAŽNJIVOSTI

Ivan Turudić, sudac
Županijski sud u Zagrebu
Tanja Pavelin Borzić, sutkinja
Županijski sud u Zagrebu
Ivana Bujas, sutkinja
Općinski kazneni sud u Zagrebu

UDK: 343.2:061.1.EU
Ur.: 26. studenog 2015.
Pr.: 16. prosinca 2015.
Pregledni znanstveni rad

Skrivanje iza zastarjelih pojmova suvereniteta i međuvladinih struktura koji ostavljaju građane vani u hladnoći više nije obranjivo.
Dr. sc. John A. E. Vervaele¹

Sažetak

U radu se obrađuje problematika odnosa načela uzajamnog priznavanja i povjerenja te provjere dvostruke kažnjivosti, koja zaokuplja veliku pozornost stručnih krugova u području međunarodne pravosudne suradnje sa težištem na kaznenim stvarima. U uvodnom dijelu rada prikazuje se struktura zakonske podloge Europske unije, potom se analizira načelo uzajamnog povjerenja kao struktorno načelo ustavnog prava EU, njegovo porijeklo i kontekst u svjetlu odluka Europskog suda za ljudska prava. Središnji dio rada problematizira načelo provjere dvostruke kažnjivosti s obzirom na različite oblike dvostruke kažnjivosti bez unificirane primjene tog pojma u pravosudnoj suradnji, a što kolidira sa načelom uzajamnog povjerenja te time dovodi do problema u međunarodnoj pravosudnoj suradnji. Potom se iznosi i odnos Republike Hrvatske prema načelu uzajamnog povjerenja s osvrtom na odluke Ustavnog suda RH i Vrhovnog suda RH te zaključno završna ocjena značaja načela uzajamnog priznavanja u međudržavnoj pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima.

Ključne riječi: pravosudna suradnja, uzajamno povjerenje, uzajamno priznavanje, dvostruka kažnjivost.

1 J. A. E. Vervaele, Europsko kazneno pravo i opća načela prava Unije, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 12, broj 2, (2005.), str. 855-882

1. UVOD

Ugovorom o Europskoj uniji iz 1990. godine (potpisan je 7. veljače 1992. u gradu Maastrichtu, Nizozemska, a stupio na snagu 1. studenog 1993. godine) stvorena je Europska unija. Riječ je o presudnom događaju u stvaranju Europske unije kojim se utvrđuju jasna pravila o budućoj jedinstvenoj valuti te o vanjskoj i sigurnosnoj politici² te tješnjoj suradnji u pravosuđu i unutarnjim poslovima. Tim se Ugovorom naziv “Europska zajednica” službeno zamjenjuje nazivom “Europska unija”.

Uvodi se trojaka struktura, struktura tzv. grčkog hrama. Radi se o tri stupa Europske unije: nadnacionalni (prvi stup), zajednička vanjska i sigurnosna politika (drugi stup) i suradnja u pravosuđu i unutarnjim poslovima (treći stup) koja obuhvaća i pravosudnu suradnju u pitanjima kaznenog prava (opisana u VI. dijelu Ugovora o Europskoj uniji).

Najvažnija razlika među stupovima odnosi se na metode odlučivanja. Za politike koje se odnose na prvi stup koristi se, tzv. nadnacionalna metoda koja umanjuje utjecaj država i nacionalnih vlada, a povećava položaj institucija Europske unije. Naime, vlade država članica mogu sudjelovati samo u obliku i procedurama određenima u ugovorima te ako se donese neka odluka kojoj se neka država članica protivi, ona je mora provesti. Suradnja u druga dva stupa je međuvladina suradnja, što daje veće ovlasti odlučivanja samim državama članicama, tj. ne obvezuje državu da provede donesene odluke.

Ugovor o Europskoj uniji iz Maastrichta i Ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice iz Rima pravni su temelji Europske unije (*founding treaties*). Predmetnim ugovorima, koji imaju jednaku pravnu snagu stvorena je Europska unija, kao sljednica Europske ekonomske zajednice koja u Ugovoru o osnivanju 1957. nije sadržavala kaznenopravne odredbe.

Europska unija se temelji na vrijednostima “poštivanja ljudskoga dostojanstva, slobode, demokracije, jednakosti, vladavine prava i poštivanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina” s ciljem “promicanje mira, njezinih vrijednosti i blagostanja njezinih naroda” na način da svojim građanima pruža prostor “slobode, sigurnosti i pravde” bez unutarnjih granica (članak 1. 2. i 3. Ugovora o Europskoj uniji). Ugovorom o Europskoj uniji stvoren je treći stup pod nazivom “Pravosuđe i unutarnji poslovi”, koji je, između ostalog, obuhvaćao i kaznenopravnu suradnju država članica.³ Međutim, doneseni pravni akti smatrali su se, tzv. “soft law”, jer nisu imali obvezujuću snagu i nedostajali su adekvatni alati za njihovu provedbu na europskoj razini⁴ odnosno institucije Unije⁵ imale su ograničenu ulogu jer je donošenje odluka i dalje bilo na razini dogovora država članica.

2 Više o tome: http://europa.eu/pol/cfsp/index_hr.htm.

3 Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas, Europski uhidbeni nalog s primjerima iz sudske prakse, Novi informator, Zagreb, 2014. str. 18.

4 Wolfgang Bogensberger, Rudi Troosters, The End of Soft Law Cooperation : the Court's Jurisprudence in Criminal Matters, Revue internationale de droit pénal 2006/1 (Vol. 77)

5 Prema članku 13. Ugovora o Europskoj uniji, institucije Europske unije su Europski parlament, Europsko vijeće, Vijeće, Europska komisija (“Komisija”), Sud Europske unije, Europska središnja banka i Revizorski sud.

Ugovor iz Amsterdama⁶ o izmjeni Ugovora o Europskoj uniji, ugovorâ o osnivanju Europskih zajednica i određenih s njima povezanih akata potpisan je u Amsterdamu 2. listopada 1997., a stupio je na snagu 1. svibnja 1999. Njime treći stup postaje isključivo kaznenopravni jer se u potpunosti odnosio na policijsku i pravosudnu suradnju u kaznenim stvarima, uvodi okvirne odluke kao mjere za promicanje policijske i pravosudne suradnje između država članica. Okvirne odluke kao izvor sekundarnoga prava koji se upotrebljavao za približavanje pravnih sustava država članica, koji je bio obvezujući za države članice glede postizanja cilja, ali je oblik i način unošenja u nacionalno zakonodavstvo bio prepušten nacionalnim tijelima. Za provođenje okvirnih odluka nije bila potrebna ratifikacija već samo implementacija u nacionalne propise (članak 34. Ugovora o Europskoj uniji). Značaj i snaga okvirnih odluka proizlazi iz odluke Europskog suda pravde u slučaju Pupino (C-105/03) u kojoj je Sud zaključio da obveza tumačenja domaćeg prava u skladu s odredbama europskog prava, vrijedi i u odnosu na okvirne odluke kao instrumente, čime je okvirnim odlukama priznao posredan učinak na nacionalno pravo⁷. U toj se odluci se ističe da tumačenje domaćeg prava u skladu s odredbama i svrhom okvirnih odluka ima svoja ograničenja. Mora biti sukladno općim pravnim načelima, i to osobito načelima pravne sigurnosti i neretroaktivnosti te ne može služiti kao osnova za tumačenje domaćeg prava *contra legem*.⁸ Dakle, okvirne odluke su stvarale obvezu prema državama članicama prvo da ih implementiraju, a zatim da njihova nacionalna pravosudna tijela tumače domaće pravo, uključujući i implementacijski propis, u svjetlu okvirne odluke.

Na značaj okvirnih odluka upozorava prof. John A. E. Vervaele⁹ u članku "Europsko kazneno pravo i opća načela prava Unije", gdje ističe: "*Okvirne odluke stvorile su posve drugačiju pravnu situaciju i iako Ugovor negira neposredan učinak, kristalno je jasno da će okvirne odluke, kao što je ona o Europskom uhidbenom nalogu, dovesti do odluka ustavnih sudova država članica koje bi mogle izazvati napetosti u pogledu sadržaja okvirnih odluka i koncepta međusobnog priznanja koje se razvilo u ključni koncept sudske suradnje prema zaključcima iz Tamperera.*"

Lisabonskim ugovorom¹⁰ uspostavljena je nadnacionalna nadležnost prava EU-a

6 Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, The Treaties establishing the European Communities and related Acts (Official Journal C 340, 10 November 1997).

7 Paragraf 43. Odluke: "U svjetlu svih naprijed iznesenih razmatranja, Sud zaključuje kako je načelo tumačenja u skladu s pravom Zajednice obvezujuće u odnosu na okvirne odluke donesene u kontekstu VI. Glave Ugovora o Europskoj uniji. Prilikom primjene nacionalnog prava, nacionalni sud koji je pozvan tumačiti ga to mora učiniti što je više moguće u svjetlu teksta i svrhe okvirne odluke radi postizanja rezultata koji slijedi i tako poštivati članak 43 (2)(b) EU-a."

8 paragrafi 44, 47 i 48 odluke

9 Prof. dr. John A. E. Vervaele, profesor ekonomskog i financijskog kaznenog prava na Pravnom fakultetu u Utrechtu, Nizozemska i profesor europskog kaznenog prava na Europskom koledžu u Brugesu, Belgija. Članak je nastao na temelju predavanja koje je profesor Vervaele održao 17. lipnja 2005. na Pravnom fakultetu u Zagrebu. Članak je uz dopuštenje autora s engleskog jezika prevela i uredila doc. dr. sc. Zlata Đurđević, str. 858

10 Treaty of Lisbon amending the Treaty Establishing the European Union and the Treaty Establishing the European Community, Official Journal C 306/1 od 17.XII.2007. Lisabonski

u kaznenopravnom području, kazneno pravo EU-a postaje nadnacionalno (kazneno pravo *sui generis*), a nacionalni sudovi imaju obvezu, različitog intenziteta, tumačiti domaće pravo u svjetlu prava EU-a. Lisabonski ugovor potpisan je 13. XII. 2007. u Lisabonu, a stupio je na snagu 1. XII. 2009. nakon što je ratificiran u svim državama članicama EU-a, a sastoji se od Ugovora o EU i Ugovora o funkcioniranju EZ-a. Njime je provedeno objedinjavanje triju stupova, određen je novi kaznenopravni okvir EU i uspostavljena je nadnacionalna nadležnost EU u kaznenopravnom području, kako postupovnom (pravosudna suradnja u kaznenim stvarima, uzajamno priznanje presuda) tako i u materijalnom (harmonizacija određenih kaznenih djela i sankcija u kaznenim zakonodavstvima pojedinih država članica). Nestaje razlika u pravnim aktima između prvog i trećeg stupa i mjere u kaznenopravnom području donose se u obliku direktiva (čl. 82 Ugovora o funkcioniranju Europske unije) koje obvezuju države članice u pogledu rezultata koji se njima ostvaruju, ali ostavljaju nacionalnim vlastima izbor oblika i metoda. Okvirne odluke iz trećeg stupa, koje su izbrisane Lisabonskim ugovorom sa liste izvora prava EU-a, se definiraju vrlo sličnim direktivama iz prvog stupa.¹¹ Naime, definicija direktiva iz članka 249. stavka 3. Ugovora o funkcioniranju EU-a je gotovo jednaka definiciji okvirne odluke, ali postoji značajna razlika između direktiva i okvirnih odluka. Iako su države članice dužne obavijestiti Vijeće i Komisiju o načinu implementacije i direktive i okvirne odluke, nakon čega Komisija sastavlja izvješće o svakoj državi članici, u slučaju neispunjenja obveza koje proistječu iz direktiva, Komisija može pokrenuti postupak protiv države članice pred Sudom pravde EU-a sukladno članku 226. Ugovora o funkcioniranju EU,¹² dok u slučaju neispunjenja obveza iz okvirne odluke ili pogrešne implementacije okvirne odluke nije predviđeno formalno sredstvo kojim bi se utjecalo na državu članicu. Potrebno je istaknuti da obveza tumačenja nacionalnog prava u skladu s ciljevima direktive odnosi se i na nacionalno pravo koje je doneseno ranije i koje nije doneseno u specifičnu svrhu provedbe direktive.¹³ Osim toga, okvirne odluke koje su donesene prije Lisabonskog ugovora ostaju na snazi sa svim obvezama domaćih pravosudnih tijela kako je to prethodno opisano, ako se zakonodavnom odlukom ne pretvore u neki drugi akt.

Učinci Lisabonskog ugovora imali su prijelazno razdoblje od pet godina koje je isteklo 1. prosinca 2014. i do toga datuma Europska komisija nije mogla pokretati postupak u smislu članka 226. Ugovora o funkcioniranju EU-a¹⁴ niti je Europski

ugovor potpisan je 13. XII. 2007., a stupio je na snagu 1. XII. 2009.

- 11 Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas, *Europski uhidbeni nalog s primjerima iz sudske prakse*, Novi informator, Zagreb, 2014. str. 19.
- 12 1/Ako smatra da neka država članica nije ispunila neku obvezu na temelju Ugovora, Komisija o tom predmetu, nakon što je dotičnoj državi dala priliku da se očituje, daje obrazloženo mišljenje. 2/Ako dotična država ne postupi u skladu s mišljenjem u roku koji odredi Komisija, Komisija taj predmet može uputiti Sudu Europske unije.
- 13 Siniša Rodin, Tamara Čapeta, *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu*, www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Ucinci_direktiva.pdf, str. 37.
- 14 Prijelazne odredbe o aktima donesenima na temelju Glava V. i VI. Ugovora o Europskoj uniji prije stupanja Ugovora iz Lisabona na snagu propisuju da kao prijelazna mjera i uzimajući u obzir akte Unije u području policijske suradnje i sudske suradnje u kaznenim stvarima koji su doneseni prije stupanja Ugovora iz Lisabona na snagu, ovlasti institucija na dan stupanja tog

sud pravde imao nadležnost rješavati prethodna pitanja u pogledu okvirmih odluka, osim postojanja izričite izjave o tome pojedine države članice EU-a. Dakle, nakon toga datuma, Europski sud pravde dobiva nadležnost nad pravosudnom suradnjom u kaznenim stvarima, pa i nad onim mjerama koje su usvojene prije Lisabonskog ugovora, čime se također mijenja ravnoteža između nacionalnog kaznenog zakonodavstva i prava EU jer se otvara mogućnost provjere je li ono u skladu sa pravnom stečevinom EU (*acquis communautaire*). Posljedica stupanja na snagu Lisabonskog ugovora i proteka prijelaznog razdoblja od pet godina, činjenica je da je nacionalni suverenitet država članica EU-a okrnjen u pogledu jednog od konstitutivnih elemenata - državne vlasti kažnjavanja (*ius puniendi*).¹⁵

Hijerarhijski gledano, izvori prava Europske unije dijele se na primarne i sekundarne. Primarni izvori prava su ugovori (Ugovor o Europskoj uniji i Ugovor o funkcioniranju Europske unije) i opća načela prava Unije, a Ugovorom iz Lisabona ista je vrijednost dana i Povelji o temeljnim pravima. Povelju o temeljnim pravima Europske unije svečano su proglasili Europski parlament, Vijeće i Komisija u Nici 2000. godine, a nakon unesenih izmjena, ponovno je proglašena 2007. dok je postala pravno obvezujućom 1. prosinca 2009. (do donošenja Ugovora iz Lisabona bila je deklaracija o pravima).¹⁶ Nadalje, izvor prava su i međunarodni sporazumi koje je sklopila Unija, a podređeni su primarnom zakonodavstvu.¹⁷ Na nižoj se razini nalazi sekundarno zakonodavstvo: uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja koje donosi Europski parlament, djelujući zajedno s Vijećem te Vijeće i Komisija.

Europski sud pravde je u odluci u predmetu *Van Gend en Loos* (predmet 26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1) definirao pravni poredak Europske zajednice kao novi pravni poredak koji je različit od međunarodnog i njega u nacionalnim pravnim porecima država članica više ne kontroliraju ustavi država članica.¹⁸

U odnosu na kazneno pravo, smatra se da je i prije Lisabonskog ugovora ovlast Unije da harmonizira nacionalne kaznene zakone utvrđena odlukom Europskog suda pravde o zaštiti okoliša iz 2005. godine.¹⁹ Osim toga, dvojba o inovativnosti Lisabonskog ugovora u kaznenopravnom području pojačava se i pogledom u prošlost,

Ugovora na snagu su sljedeće: ovlasti Komisije na temelju članka 226. Ugovora o funkcioniranju Europske unije nisu primjenjive, a ovlasti Suda Europske unije na temelju glave VI. Ugovora o Europskoj uniji, u inačici koja je na snazi prije stupanja Ugovora iz Lisabona na snagu, ostaju iste, uključujući slučajeve kad su prihvaćene na temelju članka 35. stavka 2. navedenog Ugovora o Europskoj uniji. U svakom slučaju prijelazna mjera koja je navedena u stavku 1. prestaje proizvoditi pravne učinke pet godina nakon dana stupanja Ugovora iz Lisabona na snagu.

15 Z. Đurđević, Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2, 2008., str. 1077-1127.

16 Članak 6 stavak 1 Ugovora o Europskoj uniji propisuje da "Unija priznaje prava, slobode i načela određena Poveljom Europske unije o temeljnim pravima [...], koja ima istu pravnu snagu kao Ugovori."

17 www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/hr/

18 Siniša Rodin i Tamara Čapeta, Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu, www.pravo.unizg.hr/download/repository/Ucinci_direktiva.pdf, str. 14.

19 Z. Đurđević: Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, broj 2, 2008, str. 1093.

pa je tako prije 147 godina donesena Revidirana konvencija o plovidbi na Rajni (17.10.1868.) koja je propisivala: “*Odluke sudova o plovidbi na Rajni jedne obalne države Rajne će se izvršiti u drugoj državi na temelju formi propisanih zakonom u državi izvršenja*” što otvara i pitanje otkrivamo li sada načelo koje je poznato u pravu preko stotinu godina²⁰ ili države članice, osjećajući zabrinutost zbog zadiranja u njihov kaznenopravni suverenitet, iznalaze načine da zadrže kontrolu nacionalnih pravosudnih tijela u ovom području.

2. NAČELA UZAJAMNOG POVJERENJA I PRIZNAVANJA KAO TEMELJNA NAČELA U PODRUČJU PRAVOSUDNE SURADNJE U KAZNENIM STVARIMA

Načelo uzajamnog povjerenja strukturno je načelo ustavnog prava EU (*EU constitutional law*)²¹ iako se ne navodi u osnivačkim Ugovorima o EU (*founding treaties*). Veže se uz područje slobode, sigurnosti i pravde i ulazi u opća pravna načela institucionalnog karaktera. Ističe važnost uzajamnog povjerenja u pravni sustav i sudske institucije druge države članice.

Načelo uzajamnog povjerenja temelji se na vrijednostima koje su zajedničke državama članicama EU kao što su sloboda, demokracija i poštovanje ljudskih prava (članak 2. Ugovora o EU) i predstavlja povjerenje da svaka država članica, iako različito, ali jednakovrijedno štiti temeljna prava, dakle pretpostavlja se ekvivalentna, ne nužno identična, razina zaštite. Navedeno ističe i Sud pravde u odluci C-491/10 - Zarraga, točka 70.: “*Kao što je istaknuto u stavku 46. ove presude, sustavi za priznavanje i izvršenje presuda donesenih u državi članici, a koje su utvrđene tim propisom temelje se na načelu uzajamnog povjerenja između država članica u činjenici da su njihovi nacionalni pravni sustavi sposobni za pružanje ekvivalentni i učinkovitu zaštitu temeljnih prava, priznata na razini Europske unije, osobito u Povelji o temeljnim pravima*”.

Tako u području zaštite ljudskih prava, države članice Europske unije pri implementaciji prava Europske unije u nacionalna zakonodavstva, sukladno pravu Europske unije, pretpostavljaju da se temeljna ljudska prava poštuju i uzimaju u obzir u svim državama članicama, slijedom čega ne da ne mogu zahtijevati od druge države članice viši stupanj zaštite od onog predviđenog EU pravom, već ne moraju, osim u iznimnim slučajevima, provjeravati je li druga država članica, u konkretnom slučaju, poštovala temeljna ljudska prava zajamčena pravom EU (C-168/13 - *Jeremy F*, C-491/10, *Zarraga*).

Porijeklo i kontekst načela uzajamnog povjerenja vidljiv je u načelu uzajamnog priznavanja kao metode suradnje i integracije u području slobode, sigurnosti i pravde. Načelo uzajamnog priznavanja pretpostavlja i izvire iz načela uzajamnog povjerenja,

20 Hans G. Nilsson, Developments in mutual legal assistance and extradition at the international level, www.unafei.or.jp

21 Koen Lenaerts, The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice, The fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture all Souls College, University of Oxford, 30. siječanj 2015., str. 2

a što ističe i Sud pravde u odluci C-168/13, *Jeremy F* gdje se navodi: "Načelo uzajamnog priznanja na kojem se temelji sustav Europskog uhidbenog naloga, svoju osnovu nalazi u uzajamnom povjerenju između država članica da su njihovi nacionalni pravni sustavi sposobni pružiti ekvivalentnu i efikasnu zaštitu temeljnih prava priznatih na nivou EU-a, posebno Poveljom, pa je stoga unutar pravnog sustava države članice izdavanja da se osobe koje su subjekt Europskog uhidbenog naloga mogu koristiti bilo kojim od pravnih lijekova koji omogućuju zakonitost, da osporavaju kazneni postupak za izvršenje kazne zatvora ili istražnog zatvora ili pak kaznenog postupka koji je doveo do izricanja kazne ili izdavanja naloga."

Načelo uzajamnog priznavanja osnovno je načelo pravosudne suradnje u kaznenim stvarima između država članica Europske unije i Europsko vijeće ga smatra "kamenom temeljcem" pravosudne suradnje ne samo u kaznenim već i u građanskim stvarima, a odnosi se i na presude i na ostale odluke pravosudnih tijela. Ta su stajališta usvojena Zaključcima Europskog vijeća na sastanku održanom 15. i 16. listopada 1999. u Tampere-u sa ciljem stvaranja prostora slobode, sigurnosti i pravde.²²

I domaći implementacijski propis, Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima između država članica Europske unije (Narodne novine, broj 91/10., 81/13., 124/13. i 26/15., dalje u tekstu: ZPSKS-EU), u članku 3. propisuje da je načelo uzajamnog priznavanja temelj pravosudne suradnje.

Učinkovita pravosudna suradnja zahtijeva visoku razinu povjerenja između država članica, pa primjena načela uzajamnog priznavanja može biti suspendirana samo ako neka država članica ozbiljno i neprekidno krši načela iz članka 6. stavka 1. Ugovora o Europskoj uniji²³ i to prava, slobode i načela određena Poveljom Europske unije o temeljnim pravima od 7. prosinca 2000., kako je prilagođena u Strasbourgu 12. prosinca 2007., a koja ima istu pravnu snagu kao Ugovori. Navedeno je da Unija pristupa i Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (ETS 005) 24, a temeljna prava, kako su zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća načela prava Unije. Ljudska prava i slobode zaštićene Europskom konvencijom o ljudskim pravima i slobodama kao i Poveljom o temeljnim pravima Europske unije, obuhvaćaju, između ostalog, i pravo na pošteno suđenje (članak 6. Konvencije i članak 47. Povelje), pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života (članak 8. Konvencije i članak 7. Povelje), zabranu mučenja (članak 3. Konvencije i članak 4. Povelje koji propisuje zabranu mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja) kao i pravo na djelotvoran pravni lijek (članak 13 Konvencije i članak 47. Povelje). Navedena prava zajamčena su i Općom

22 Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency conclusions, http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm

23 Stavak 10. Preambule Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu: "Mehanizam europskog uhidbenog naloga temelji se na visokoj razini povjerenja između država članica. Njegova primjena može biti suspendirana samo u slučaju da neka država članica ozbiljno i neprekidno krši načela iz članka 6. stavka 1. Ugovora o Europskoj uniji. Kršenje utvrđuje Vijeće u skladu s odredbama članka 7. stavka 1. spomenutog Ugovora, s posljedicama predviđenima u članku 7. stavku 2. Ugovora".

24 Narodne novine – MU, broj 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10.

deklaracijom Ujedinjenih naroda o ljudskim pravima²⁵ i to člankom 3. pravo na život, slobodu i osobnu sigurnost, člankom 5. zabrana mučenja ili okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupka ili kazne, člankom 8. pravo na djelotvorno pravno sredstvo, člankom 10. pravo na pravično i javno saslušanje od strane neovisnog i nepristranog suda i člankom 12. pravo na privatni život i obitelj.

Načelo uzajamnog priznavanja zahtijeva da se sudska odluka priznaje i izvršava neovisno o činjenici da ju je donijelo sudsko tijelo druge države članice i prihvaća se kao odluka domaćeg suda čime se omogućava slobodno kretanje i sudskih odluka kao nužne posljedice stvaranja područja bez unutarnjih granica u kojem se ljudi mogu slobodno kretati, živjeti i raditi znajući da se njihova prava u potpunosti poštuju uz zajamčenu sigurnost. To načelo je jedini put za nadilaženje razlika između kaznenopravnih sustava država članica Europske unije rezultat čega se mora ogledati u gotovo automatskom izvršavanju stranih odluka bez propitivanja merituma i uz postojanje uskog broja razloga (npr. *ne bis in idem*) za odbijanje njihovog priznavanja. Navedeno ističe Sud pravde u odluci C-187/01- *Hüseyin Güzütok and Klaus Brügge* (C-385/01), točka 33. gdje navodi: “*U tim okolnostima, bez obzira da li je ne bis in idem načelo, sadržano u članku 54. CISA primijenjeno u postupcima u kojima je daljnji kazneni progon obustavljen (bez obzira da li je sud uključen) ili na temelju sudske odluke, tu je nužno stajalište da države članice imaju uzajamno povjerenje u sustave kaznenog pravosuđa i da svaka od njih priznaje važeće kazneno pravo u drugim državama članicama, čak i kada bi ishod bio drugačiji da su primijenjen vlastiti nacionalni zakon.*” Također i odluka Suda pravde C-436/04, *Van Esbroek*, točka 30., navodom da je: “*Nužna implikacija ne bis in idem načela, izražena u tom članku, je da ugovorne države imaju međusobno povjerenje u njihove kaznene pravosudne sustave i da svaka od njih priznaje kazneno pravo na snazi druge države ugovornice, čak i kad bi rezultat bio drugačiji kad bi primjenjivale nacionalno pravo.*”

Iako se tim načelom omogućuje da različiti kaznenopravni sustavi stvaraju pravne posljedice unutar sustava druge država članice ponekad i drugačije nego što bi one bile u skladu s odredbama domaćeg kaznenopravnog zakonodavstva, ishodište takvog povjerenja je u preuzetim obvezama svih država članica Europske unije da poštuju temeljna ljudska prava i slobode kao i vladavinu prava uz uspostavljanje zajedničkih minimalnih standarda u kaznenom postupku. Radi postizanja tih standarda 2009. godine Vijeće za pravosuđe donijelo je smjernice o procesnim pravima u kaznenom postupku koje predlažu stvaranje pet zakonskih mjera i to: pravo na tumačenje i prevođenje, pravo na informacije, pravo na pravnu pomoć prije i tijekom suđenja, pravo osoba lišenih slobode na komunikaciju s obitelji, poslodavcem i konzularnim tijelima, na obavješćivanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju s trećim osobama, pravo na zaštitu ranjivih osumnjičenika i Zelenu knjiga o istražnom zatvoru. Tri su mjere već donesene: Direktiva 2010/64/EU o pravu na tumačenje i prevođenje u kaznenim postupcima (SL L 280, 26.10.2010., str. 1.), Direktiva 2012/13/EU o pravu na informacije u kaznenom postupku (SL

25 Narodne novine – MU, broj 12/09. Opća deklaracija UN o ljudskim pravima usvojena je i proglašena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, Rezolucijom 217 A (III), na dan 10. prosinca 1948. godine.

L 142, 1.6.2012., str. 1.) i Direktiva 2013/48/EU o pravu na pristup odvjetniku u kaznenom postupku i u postupku na temelju europskog uhidbenog naloga te o pravu na obavješćivanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju s trećim osobama i konzularnim tijelima tijekom trajanja lišenja slobode (SL L 294, 6.11. 2013., str. 1.). Zelena knjiga o istražnom zatvoru pokrenuta je u lipnju 2009. kao posljedica postojanja velikih razlika u rokovima trajanja istražnog zatvora prije i tijekom suđenja između država članica Europske unije, pri čemu izuzetno dugački rokovi trajanja negativno utječu na stvaranje povjerenje u pravosudni sustav te države članice.

Primjena načela uzajamnog povjerenja vodilja je za tumačenje sekundarnog prava Europske unije. Naime, načelo uzajamnog priznavanja ostavlja diskreciju državama članicama (npr. pri implementaciji i primjeni fakultativnih osnova za odbijanje Europskog uhidbenog naloga), međutim diskrecija se mora kretati u okvirima načela uzajamnog povjerenja. Navedeno se vidi iz odluke Suda pravde C-192/12, *West*, točka 77. koja ističe: “*Ako, kao što je navedeno u stavcima 64. do 65. gore, članci 27. i 28. Okvirne odluke dodjeljuju zemljama članicama određene precizne ovlasti u odnosu na provedbu Europskog uhidbenog naloga, te odredbe, u kojima su propisana pravila koja odstupaju od načela uzajamnog priznavanja navedenog u članku 1(2) Okvirne odluke, se ne mogu tumačiti na način koji bi ometao traženi cilj te Okvirne odluke, a taj je da se olakšaju i ubrzaju predaje između pravosudnih tijela zemalja članica u svjetlu međusobnog povjerenja koje mora postojati među njima. U tom svjetlu, treba naglasiti, što jasno izražava članak 28(3) Okvirne odluke, da pravosudna tijela države izvršenja moraju, u pravilu, dati pristanak na predaju. Jedino ako je udovoljeno uvjetima iz članka 3. do 5. Okvirne odluke, tada pravosudna tijela mogu ili moraju, ovisno o slučaju, odbiti dati pristanak na predaju.*”

Načelo uzajamnog povjerenja ne predstavlja “slijepo” povjerenje, već se polazi od pretpostavke poštovanja prava Europske unije te jednakovrijedne zaštite i poštovanja temeljnih prava *de iure* i *de facto*. Da bi to bilo moguće, postoje mjere koje podupiru uzajamno povjerenje. Na razini legislative to je harmonizacija zakona, dok na razini primjene i usklađenosti sa zakonom načelo uzajamnog povjerenja zahtijeva postojanje “sigurnosnih ventila” koji garantiraju funkcioniranje pravosuđa i državnih tijela (npr. u instrumentima koji sadrže uvjete za primjenu i osnove za odbijanje), koji su vrlo usko vezani na temeljna prava, s potrebom da se zaštite temeljna prava. Navedeni “sigurnosni ventili” u sustavu sprječavaju potrebu provjere, u svakom konkretnom slučaju, razine zaštite i poštovanja temeljnih ljudskih prava i ostalih vrijednosti. Sud pravde u odluci C-168/13, *Jeremy F*, točka 40. ističe: “*dakle, za početak, članak 1. (3) Okvirne odluke izričito navodi da odluka svojim učinkom ne smije mijenjati obvezu poštovanja temeljnih prava i temeljnih pravnih načela utvrđenim člankom 6. EU, obvezu koja se štoviše tiče svih država članica, osobito država izdavanja i izvršenja.*”

Osobito je značajno i: Mišljenje Suda 2/13, točke 191.-194.:

191. *Kao drugo, treba podsjetiti da načelo uzajamnog povjerenja među državama članicama u pravu Unije ima temeljno značenje s obzirom na to da omogućuje stvaranje i održavanje prostora bez unutarnjih granica. To načelo svakoj od tih država nalaže, osobito u pogledu područja slobode, sigurnosti i pravde,*

- da smatra, osim u iznimnim okolnostima, da sve ostale države članice poštuju pravo Unije i konkretno temeljna prava priznata tim pravom (vidjeti u tom smislu presude N. S. i dr., C-411/10 i C-493/10, EU:C:2011:865, t. 78. do 80. i Melloni, EU:C:2013:107, t. 37. i 63.).*
192. *Stoga, kad provode pravo Unije, države članice mogu, na temelju tog prava, biti obvezne pretpostaviti da druge države članice poštuju temeljna prava, tako da od druge države članice ne samo da ne mogu zahtijevati višu nacionalnu razinu zaštite temeljnih prava od one koju osigurava pravo Unije nego ni, osim u iznimnim slučajevima, provjeriti je li ta druga država članica u konkretnom slučaju doista poštovala temeljna prava koja jamči Unija.*
193. *Međutim, pristup zauzet u okviru predviđenog sporazuma, koji se sastoji od izjednačavanja Unije s državom i davanja Uniji uloge u svakom aspektu istovjetne onoj svake druge ugovorne stranke ne poštuje upravo intrinzičnu narav Unije, a osobito ne uzima u obzir okolnost da su države članice zbog svoje pripadnosti Uniji prihvatile da su njihovi međusobni odnosi, u pogledu područja koja su predmet prenošenja nadležnosti s država članica na Uniju, uređena pravom Unije uz isključenje, ako to pravo tako zahtijeva, svakog drugog prava.*
194. *U mjeri u kojoj EKLJP, time što nalaže da se Unija i države članice smatraju ugovornim strankama ne samo u svojim odnosima s ugovornim strankama koje nisu države članice Unije nego i u svojim uzajamnim odnosima, uključujući kad te odnose uređuje pravo Unije, zahtijeva da jedna država članica provjerava poštovanje temeljnih prava od strane druge države članice, iako pravo Unije nameće uzajamno povjerenje među tim državama članicama, pristupanje može ugroziti ravnotežu na kojoj je Unija utemeljena te autonomiju prava Unije.”*

3. DVOSTRUKA KAŽNJIVOST

Praksa država članica, prvenstveno u primjeni europskog uhidbenog naloga koji je prva konkretna mjera u području kaznenog prava kojom se primjenjuje načelo uzajamnog priznavanja uz uvođenje i načela uzajamnog povjerenja u 10. točki Preambule²⁶, ne ukazuje na visoku razinu povjerenja između država članica, a osnovni “kamen spoticanja” je provjera dvostruke kažnjivosti kroz koju provjeru se ograničava posljedica načela da se priznaju i izvršavaju odluke koje bi bile drugačije da su donesene na temelju nacionalnih propisa.

Dakle, ograničenje takvog utjecaja kaznenopravnog sustava drugih država članica ostvaruje se kroz provjeru dvostruke kažnjivosti koja je zanemarena u stručnoj literaturi i ima gotovo toliko tumačenja i različitosti njene primjene u praksi koliko i instrumenata pravosudne suradnje u kaznenim stvarima.

U pravnoj literaturi ne postoji jedinstvena definicija pojma “dvostruka kažnjivost”

26 (10) Mehanizam europskog uhidbenog naloga temelji se na visokoj razini povjerenja između država članica. Njegova primjena može biti suspendirana samo u slučaju da neka država članica ozbiljno i neprekidno krši načela iz članka 6. stavka 1. Ugovora o Europskoj uniji. Kršenje utvrđuje Vijeće u skladu s odredbama članka 7. stavka 1. spomenutog Ugovora, s posljedicama predviđenima u članku 7. stavku 2. Ugovora.

te se mogu naći razni “slični pojmovi” (identitet norme, dvojna kažnjivost, dvostruka inkriminiranost, obostrana kažnjivost) i upravo zbog toga što nije jasno određena opća definicija pojma, postavlja se pitanje je li dovoljan opis pojma kao ponašanja koje predstavlja kazneno djelo u obje države, osobito ako se uzme u obzir raznolikost opisanog pojma u pravnim instrumentima.²⁷

Okvirna odluka o europskom uhidbenom nalogu²⁸ propisuje da tražena osoba može biti predana pod uvjetom da djela zbog kojih je izdan europski uhidbeni nalog predstavljaju kazneno djelo u skladu s pravom države članice izvršenja, bez obzira na elemente ili opis kaznenog djela.

Okvirna odluka o primjeni načela uzajamnog priznavanja naloga za oduzimanje²⁹ propisuje da država izvršenja može priznati i provesti nalog za oduzimanje za kaznena djela pod uvjetom da djela koja dovode do naloga za oduzimanje predstavljaju kazneno djelo koje dopušta oduzimanje na temelju prava države izvršenja, bez obzira na njegove sastavne elemente ili način na koji je opisano u pravu države izdavanja. Dakle, ova okvirna odluka zahtijeva da nije dovoljna činjenica da djelo predstavlja kazneno djelo u obje države već pravosudna suradnja može biti odbijena ako prema pravu države izvršenja nije moguće oduzimanje u odnosu na to djelo, što dodatno ograničava suradnju.

Europska konvencija o ustupanju kaznenih postupka (ETS 073)³⁰ definira dvostruku kažnjivost u članku 7., na način da dvostruka kažnjivost pretpostavlja da bi djelo predstavljalo kazneno djelo da je počinjeno na teritoriju zamoljene države i da bi osoba kojoj je izrečena sankcija bila kazneno odgovorna da je djelo počinila na teritoriju zamoljene države, a u skladu s njenim zakonima. Dakle, u svrhu ove Konvencije dvostruka kažnjivost se opisuje *in concreto* jer se osim objektivnih elemenata djela traži i ispunjenje subjektivnih elemenata i to da bi osoba bila proglašena krivom i da bi joj bila izrečena kazna pri čemu *nomen juris* ne mora biti identičan.

Konvencija Vijeća Europe o međunarodnom važenju kaznenih presuda (ETS 070)³¹ u članku 4. propisuje da kazna neće biti izvršena od strane druge ugovorne države ako prema njenom pravu djelo, za koje je kazna izrečena, ne bi predstavljalo

27 Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas, Europski uhidbeni nalog s primjerima iz sudske prakse, Novi informator, Zagreb, 2014. str. 72. Također, Plachta, M. “The role of double criminality in international cooperation in penal matters”, in Jareborg, N., Double Criminality, Uppsala, Iustus Forlag, 1989, p 84-134, koji spominje “terminološki kaos” ... “caused by the (distinct) use of double criminality, double punishability, double penalization, dual (criminal) liability, dual incrimination, double prosecutability, double culpability, equivalency of offences and even reciprocity of offences”. Također, WILLIAMS, S. A. “The Double Criminality Rule and Extradition: A Comparative Analysis.” *Nora Law Review* 1991, 3, p 581-623, koji navodi “dual criminality” ali i “duality of offences”.

28 Okvirna odluka Vijeća 2002/584/PUP od 13. lipnja 2002. o europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica (SL L 190, 18. 7. 2002.).

29 Okvirna odluka Vijeća 2006/783/PUP od 6. listopada 2006. o primjeni načela međusobnog priznavanja naloga za oduzimanje (SL L 328, 24. 11. 2008.).

30 Sklopljena 15. svibnja 1972. godine u Strasbourgu (potpisana 23. lipnja 2003. ali ne i ratificirana u RH).

31 Convention of the Council of Europe on the International Validity of Criminal Judgments iz 1970. godine

djelo da je počinjeno na njenom teritoriju i osoba kojoj je kazna izrečena ne bi mogla biti kažnjena da je djelo počinila na njenom teritoriju. U svom Eksplanatornom izvještaju³², Vijeće Europe je istaknulo da se vodila diskusija o tome je li dovoljno propisati dvostruku kažnjivost *in abstracto*, odnosno da djelo predstavlja djela u obje države ili dvostruku kažnjivost *in concreto*, kako je u konačnici i prihvaćeno, dok je u odnosu na problematiku zastare prevladalo mišljenje da zastara kaznenog progona ili zastara izvršenja kazne ne bi smjela biti predmetom razmatranja od strane zamoljene države.

Konvencija Vijeća Europe o izručenju³³ u članku 2. uvjetuje će se izručenje izvršiti u slučajevima kaznenih djela koja su kažnjiva u skladu sa zakonima strane koja izručenje traži, kao i sa zakonima strane koja izručenje treba izvršiti, lišavanjem slobode te sigurnosnom mjerom s lišavanjem slobode za najduže razdoblje od bar jedne godine, ili primjenom strože kazne, a kada je osuđujuća presuda na kaznu zatvora ili sigurnosnu mjeru donesena na teritoriju strane koja traži izručenje, sankcija mora biti izrečena u trajanju od najmanje četiri mjeseca.

U odnosu na europski uhiđbeni nalog, ZPSKS-EU definira dvostruku kažnjivost na način da ista ostvarena ako “djelo sadrži bitna obilježja kaznenog djela i prema domaćem pravu, neovisno o zakonskom opisu i pravnoj kvalifikaciji kažnjive radnje navedenim u zaprimljenom nalogu”.³⁴ Za razliku od hrvatskog implementacijskog propisa, Zakon o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima Republike Njemačke³⁵ u članku 80., koji se odnosi na predaju njemačkih državljanina, jasnije propisuje da je provjera dvostruke kažnjivosti ispunjena ako djela za koje se predaja traži, predstavlja kazneno djelo prema njemačkom pravu i ispunjava *actus reus* i *mens rea*³⁶ obilježja djela prema njemačkom zakonodavstvu, pri čemu se dodaje i uvjet da interesi tražene osobe da se ona ne preda ne pretežu nad ostalim interesima.

Dakle, pojedini oblici pravosudne suradnje dvostruku kažnjivost definiraju ne samo kao uvjet da ponašanje predstavlja kazneno djelo u obje države, već ju i uvjetuju visinom propisane kazne ili drugim uvjetima, zbog čega se takva dvostruka kažnjivost naziva i kvalificiranom dvostrukom kažnjivosti.

Kao rezultat svega navedenog, literatura prikazuje različite pokušaje da se katalogiziraju razlike i ustroje različiti tipovi dvostruke kažnjivosti. Tako postoji “osnovna”, “apstraktna” (*in abstracto* test) dvostruka kažnjivost, koja traži da je ponašanje kažnjivo u obje države članice, ali i “kvalificirana”, “konkretna” (*in*

32 <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/070.htm> .

33 Europska konvencije o izručenju od 13. prosinca 1957., Dopunski protokol Europske konvencije o izručenju od 15. listopada 1975. i Drugi dopunski protokol Europske konvencije o izručenju od 17. ožujka 1978. “Narodne novine – Međunarodni ugovori” broj 14/94.

34 članak 20. Stavak 1. ZPSKS-EU

35 Act on International Cooperation in Criminal Matters of 23 December 1982 (Federal Law Gazette I page 2071), as last amended by Article 1 of the Act of 18 October 2010, Bundesgesetzblatt I 2010, 1408

36 U zemljama angloameričkog pravnog sustava postoje kaznena djela za koja vrijedi načelo objektivne odgovornosti (*strict liability*) odnosno dovoljna je činjenica da je radnja kao objektivni element djela (*actus reus*) počinjena, dok se subjektivni element odnosno krivnja (*mens rea*) pretpostavlja i nije predmet dokazivanja.

concreto test) dvostruka kažnjivost, koja osim prve pretpostavke kažnjivog ponašanja u obje države upućuje na mogući daljnji utjecaj razlika u razlozima isključenja protupravnosti (odnosno bi li osoba bila osuđena kada bi djelo počinila na području države razmatranja, npr. u slučaju krajnje nužde, nužne obrane...).³⁷ Može se zaključiti da stručna literatura³⁸ razlikuje različite oblike dvostruke kažnjivosti bez unificirane primjene tog pojma u pravosudnoj suradnji, dok i praksa država³⁹ članica, ovisno o vrsti pravosudne suradnje, ukazuje na različita tumačenja tog pojma što u konačnici često rezultira odbijanjem pravosudne suradnje.

Kao što je navedeno, u praksi se ukazuje nedovoljnim teoretska definicija instituta dvostruke kažnjivosti kao uvjeta da određeno ponašanje predstavlja kažnjivo djelo u obje države članice (države donošenja sudske odluke i države njenog izvršenja). Nedovoljno je i pojašnjenje da se dvostruka kažnjivost provjerava kroz činjenični opis djela neovisno o zakonskom opisu i pravnoj kvalifikaciji, jer se u praksi javljaju dvojbe vrši li se takva provjera analizom potpunog preklapanja svih obilježja djela, kao i provjerom postojanja zakonskih pretpostavki da se takvo ponašanje konkretno može i procesuirati u obje države članice što dalje otvara pitanje obuhvaća li onda takva provjera i provjeru ostalih pretpostavki za kazneni progon (npr. zastaru kaznenog progona). Takvo široko tumačenje provjere dvostruke kažnjivosti pretvara ga zapravo u mehanizam zaštite država članica od pravosudne suradnje na temelju sudskih odluka koje bi bile drugačije da su donesene na temelju odredbi domaćeg kaznenog prava.

Neučinkovitost pravosudne suradnje zbog provjere dvostruke kažnjivosti, njena nedostatna definiranost i različito tumačenje u praksi uzrokovalo je sve glasnjia zagovaranja njenog potpunog isključenja radi jačanja pravne sigurnosti na području Europske unije i borbe protiv kriminala, čime se u potpunosti omogućuje primjena načela uzajamnog priznavanja i šalje poruka građanima Europske unije da nije moguće izbjegavanje kaznene odgovornosti koristeći različitosti kaznenih zakonodavstava država članica EU-a.

Prema domaćoj pravnoj teoriji vezanoj uz međunarodnu pravnu pomoć

37 Tako D. Krapac: *Novi Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima: načela i postupci*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol.12, broj 2, 2005., str 637-639 i Plachta, M., *The role of double criminality in international cooperation in penal matters*, in Jareborg, N., *Double criminality*, Uppsala, Iustus Forlag, 1989., p 84-134.

38 Npr: M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, str. 298; Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, str. 89; Jonathan O. Hafen, *International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement*, *BYU Law Review*, Volume 1992, Issue 1, Article 4, str. 199.

39 Više o tome: *Note on dual criminality, in concreto or in abstracto*, COMMITTEE OF EXPERTS ON THE OPERATION OF EUROPEAN CONVENTIONS ON CO-OPERATION IN CRIMINAL MATTERS PC-OC (2012) 02 Final, EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (CDPC), Strasbourg, 11 May 2012 gdje se navodi: Njemačka i Ruska Federacija su prihvatile tumačenje "in concreto" dvostruke kažnjivosti (potrebno je da opisano ponašanje u potpunosti ispunjava sva obilježja djela ali i da ne smiju postojati razlozi isključenja krivnje kao što su npr. nužna obrana, nebrojivost i slično) dok Belgija, Danska, Italija i Švedska primjenjuju tumačenje dvostruke kažnjivosti "in abstracto" (da je opisano ponašanje kazneno djelo neovisno o pravnoj kvalifikacija djela (nomen juris) ili postojanju razloga koji isključuju kažnjavanje).

u kaznenim stvarima pitanje primjene uvjeta obostrane kažnjivosti rješava se u zamoljenoj državi u dva koraka. U prvom se ispituje je li riječ o djelu koje je u času odlučivanja o zamolbi strane države predviđeno u kaznenom zakonu, dok se u drugom koraku ispituje postoje li u zainteresiranim državama razlozi isključenja protupravnosti, osobni razlozi isključenja kazne, sudbenost i nadležnost sudova države moliteljice i dr.⁴⁰

Međutim, stav je autora da valja razlikovati institut dvostruke kažnjivosti kada je isti uvjet za izvršavanje prava kažnjavanja (*ius puniendi*) odnosno primjene hrvatskog kaznenog zakonodavstva izvan teritorija države, od situacija u kojima država pomaže drugoj državi da izvrši svoju kaznenu vlast, kao što je to u slučaju izručenja trećim državama te posebno u slučaju predaje državama članicama Europske unije. Naime, sasvim je razumljivo da uvjet dvostruke kažnjivosti mora biti ispunjen da bi hrvatsko zakonodavstvo moglo biti primijenjeno za kaznena djela počinjena izvan Republike Hrvatske, jer se radi o izvršavanju kaznene vlasti (*ius puniendi*) Republike Hrvatske. Isto tako je jasno da se izručenje trećoj državi neće dopustiti, ako nije ispunjen uvjet dvostruke kažnjivosti, a sve radi poštovanja načela reciprociteta, jednog od temeljnih načela međunarodne suradnje u kaznenim stvarima s trećim državama, odnosno jamstva državi izvršenja da bi država tražiteljica isto postupila kada bi to od nje bilo zahtijevano.

Sustav predaje između državama članica Europske unije, međutim, predstavlja institut različit od izručenja trećim državama. Predstavlja pomoć državi članici da ostvari svoju kaznenu vlast. Temelji se na načelima uzajamnog povjerenja i uzajamnog priznanja odluka dok načelo reciprociteta nije relevantno jer se Europska unija temelji na zajedničkim shvaćanjima o kažnjivosti određenih ponašanja uz preuzetu obvezu država članica da štite temeljna ljudska prava. Na tom temelju usuglašen je popis 32 kažnjiva djela za koja se ne traži provjeravanje dvostruke kažnjivosti kod nekih instituta suradnje (npr. europski uhidbeni nalog, priznanje i izvršenje novčane kazne). Međutim, za kaznena djela koja se ne nalaze na popisu uvjet dvostruke kažnjivosti i nadalje je jedan od uvjeta "pomaganja" državi članici u svim instrumentima pravosudne suradnje. Postavlja se pitanje zašto je potrebna garancija institutom dvostruke kažnjivosti za pomaganje i suradnju s državom članicom i to u kaznenim stvarima?

4. SUSTAV KLASIFIKACIJE KAZNENIH DJELA NA RAZINI EU

4.1. Ecris i eulocs

Tijekom godina, države članice su međusobno razmjenjivale podatke osuđenih osoba na operativnom nivou, a na temelju Europske konvencije o međusobnoj suradnji u kaznenim stvarima iz 1959.⁴¹ godine Odlukom Vijeća Europe iz 2005.,

40 Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas, Europski uhidbeni nalog s primjerima iz sudske prakse, Novi informator, Zagreb, 2014. str. 72.

41 Council of Europe. European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (ETS No.30), 20 April 1959. Available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>

države članice su se suglasile da standardiziraju obrazac za traženje podataka iz kaznenih evidencija⁴², te je 6. travnja 2009., Vijeće Europe usvojilo odluku, kojom je ustanovilo sustav kaznenih podataka na razini Europske unije, tzv. "the European Criminal Records Information System" (ECRIS)⁴³. Odluka je određivala da kada se prosljeđuju informacije iz kaznenih evidencija, država članica mora se pozvati na odgovarajuću šifru svakoga kaznenog djela. Prilog odluke sadržavao je popis kaznenih djela jednostavnih i složenih, transnacionalnih i prekograničnih, prikazan na način općih kategorija i potkategorija. Prilog je sadržavao i šifru kaznenog djela ovisno da li je djelo dovršeno, pokušano ili u fazi pripremnih radnji, odnosno, je li se tražena osoba počinitelj, supočinitelj, pomagač ili poticatelj. Države članice su morale poduzeti mjere da provedu odluku do 7. travnja 2012. godine. To je u stvari značilo da su države članice morale revidirati svoje nacionalne kaznene zakone, a sve s ciljem kako bi se odredilo koje kazneno djelo nacionalnog zakonodavstva spada u određenu šifru za potrebe razmjene podataka iz kaznenih evidencija.

Kao svojevrsan slijed rada na ECRIS-u, u svrhu europskog uhidbenog naloga i popisa kategorija kaznenih djela iz članka 2. stavak 2. Okvirne odluke te popisa iz članka 7. Okvirne odluke Vijeća 2008/909/JHA o primjeni načela uzajamnog priznanja presuda u kaznenim stvarima, obzirom predmetne okvirne odluke nisu osigurale detaljne opise popisa predmetnih kaznenih djela, u ožujku 2007. Europska komisija je pokrenula projekt stvaranja sustava klasifikacije kaznenih djela na europskoj razini (*EU Level Offence Classification System-EULOCS*), radi podrške implementacije EU akcijskog plana za razvoj strategije mjerenja zločina i kaznene pravde⁴⁴.

Smisao projekta bio je stvaranje sustava kategorizacije kaznenih djela u svrhu razmjene statističkih podataka u Europskoj uniji. Predmetni sustav bio je namijenjen široj audijenciji nego ECRIS-ov prilog šifriranih kaznenih djela, koji je služio samo u svrhu razmjene podataka iz kaznenih evidencija, dok je EULOCS bio zamišljen kao kategorizacija kaznenih djela za bilo koji oblik komunikacije i razmjene podataka između zemalja članica. Projekt EULOCS dovršen je i izdan 2009. godine⁴⁵. Konačna verzija sadrži tabele kategoriziranih kaznenih djela slično kao i ECRIS, međutim razlika je bila u tome što je ECRIS djela opisivao paušalno, kategorije koje su se temeljile na vrsti ponašanja, dok se EULOCS temeljio na konkretnim kaznenim djelima, s time da je svakoj kategoriji kaznenog djela pridružena i definicija te kategorije s nazivom izvora iz kojeg potječe, a sastoji se od 16 kategorija kaznenih djela.⁴⁶ Iako EULOCS

42 Council Decision 2005/876/JHA on the exchange of information extracted from the criminal record. Available at: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:322:0033:0037:EN:PDF>

43 Council Decision 2009/316/JHA of 6 April 2009 on the establishment of the European Criminal Records

44 the European Commission DG-JLS, "Study on the development of an EU-level offence classification system and an assessment of its feasibility to support the implementation of the EU Action Plan to develop an EU strategy to measure crime and criminal justice."

45 Više; Mennens, A., De Wever, W., Dalamanga, A., Kalamara, A., Kazlauskaitė, G., Vermeulen, G., De Bondt, W. Developing an EU level offence classification system. EU study to implement the Action Plan to measure crime and criminal justice. Maklu: Antwerpen. (2009).

46 (1) crimes within the jurisdiction of the international criminal court, (2) participation in a criminal organisation, (3) offences linked to terrorism, (4) trafficking in human beings, (5) sexual

predstavlja značajan korak u razvoju definicija kategorija kaznenih djela na razini Europske unije, podnio je i kritiku, ali, unatoč svemu, predmetni sustav predstavlja vrijedan alat u “prevođenju” kategorija kaznenih djela sa razine Europske unije na razinu nacionalnog prava.

4.2. Popis 32 kažnjiva djela

Uvođenje popisa 32 kažnjiva djela za koje je isključena provjera dvostruke kažnjivosti izazvalo je brojne diskusije te je bilo i predmetom ocjene Europskog suda pravde u Luksemburgu, koji je u svojoj odluci broj C-303/05 od 3. svibnja 2007., naveo da kod propisivanja 32 kategorije djela kod kojih se ne provjerava dvostruka kažnjivost, smisao Okvirne odluke nije ujednačavanje kaznenih djela u njihovim zakonskim obilježjima ili propisanim kaznama, već jednostavno određivanje posebnih procesnih pravila i uvjeta predaje traženih osoba za takve kategorije kaznenih djela (s tim da je za odluku o predaji u državi izvršenja relevantan opis kaznenog djela i kazne od strane države izdavanja naloga, neovisno o provedbenom propisu države izvršenja naloga) te je opravdana proceduralna distinkcija tih kategorija kaznenih djela, zbog ozbiljnosti tih kategorija kaznenih djela s aspekta javnog poretka i sigurnosti, pa stoga, zaključno Okvirna odluka ne krši načelo zakonitosti, jednakosti i zabrane diskriminacije.

Uvođenje toga popisa u razne instrumente pravosudne suradnje uz uvjet da je za kažnjiva djela propisana kazna zatvora od tri godine ili teža, pri čemu podvođenje kaznenih djela pod jednu od 32 kategorije ovisi isključivo o pravu države izdavanja, obvezalo je države članice na međusobnu suradnju neovisno o činjenici predstavlja li opisano ponašanje kazneno djelo prema njihovom domaćem zakonodavstvu, pri čemu se ističe da se radi o takvim kažnjivim djelima za koja se pretpostavlja da predstavljaju kaznena djela u svim državama članicama.

Popis 32 kažnjiva djela obuhvaća sljedeća djela: pripadanje zločinačkoj organizaciji, terorizam, trgovanje ljudima, spolno iskorištavanje djece i dječja pornografija, nedopuštena trgovina opojnim drogama i psihotropnim tvarima, nedopuštena trgovina oružjem, streljivom i eksplozivima, korupcija, prijevara (uključujući i one koje utječu na financijske interese Europskih zajednica u smislu Konvencije od 26. srpnja 1995. o zaštiti financijskih interesa Europskih zajednica), pranje novca, krivotvorenje valute (uključujući i euro), računalni kriminalitet, djela protiv okoliša (uključujući i nedopuštenu trgovinu ugroženim životinjskim vrstama i vrstama i sortama ugroženih biljaka), omogućavanje neovlaštenog ulaska i boravka, ubojstvo i teška tjelesna ozljeda, nedopuštena trgovina ljudskim organima i tkivom, otmica, protupravno oduzimanje slobode i držanje talaca, rasizam i ksenofobija,

offences, (6) offences related to drugs or precursors, (7) firearms, their parts and components, ammunition and explosives, (8) harming the environment and/or public health, (9) offences against property, (10) offences against life, limb and personal freedom, (11) offences against the state, public order, course of justice or public officials, (12) offences against labour law, (13) motor vehicle crime and offences against traffic regulations, (14) offences against migration law, (15) offences related to family law, and (16) offences against military obligations., *Developing Standards in Justice and Home Affairs Statistics, International and EU Acquis, 2010*, str 30.

organizirana ili oružana pljačka, nedopuštena trgovina kulturnim dobrima (uključujući starine i umjetnička djela), varanje, reketarenje i iznuda, krivotvorenje i piratstvo proizvoda, krivotvorenje i trgovina administrativnim ispravama, krivotvorenje sredstava plaćanja, nedopuštena trgovina hormonskim supstancijama i drugim tvarima za poticanje rasta, nedopuštena trgovina nuklearnim i radioaktivnim materijalima, trgovina ukradenim vozilima, silovanje, podmetanje požara, kaznena djela iz nadležnosti Međunarodnog kaznenog suda, protupravno oduzimanje letjelica/plovnih objekata, te sabotaza.

Međutim, zbog pojave sve glasnijeg zagovaranja da se test dvostruke kažnjivosti isključi u cijelosti u pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima, uočava se ne samo širenje Popisa u instrumentima pravosudne suradnje već i potpuno napuštanje testa dvostruke kažnjivosti. Tako u Okvirnoj odluci Vijeća 2005/214/PUP od 24. veljače 2004. o primjeni načela uzajamnog priznavanja novčanih kazni (SL L 76, 22. 3. 2005.) taj Popis se širi i obuhvaća i djela: ponašanje kojim se krše prometni propisi, uključujući kršenje pravila o broju sati vožnje i vremenu odmora i propisi o opasnim tvarima, krijumčarenje robe, povrede prava intelektualnog vlasništva, prijetnje i nasilna djela protiv osoba (uključujući nasilje na sportskim priredbama), kaznena djela uništenja i oštećenja tuđe imovine, krađa, ali i "prijestupi koje je inkriminirala država izdavateljica i pri čemu se izvršava obveza koja proizlazi iz instrumenata usvojenih sukladno Ugovoru o EZ-u ili sukladno glavi VI. Ugovora o EU-u".

Okvirna odluka 2008/675/JHA od 24. srpnja 2008. o prijašnjoj osuđivanosti u državama članicama EU-a isključuje provjeru dvostruke kažnjivosti i u članku 3. propisuje da podatak o prijašnjoj osuđivanosti koji je prikupljen na temelju odgovarajućih instrumenata pravosudne suradnje o razmjeni informacija iz kaznenih evidencija, ima jednake pravne posljedice propisane domaćim zakonodavstvom kao i prijašnja nacionalna osuđivanost, što znači da pravne posljedice u jednoj državi članici ima i osuđivanost u drugoj državi članici i za djela koja ne bi bila kaznena djela prema nacionalnom zakonodavstvu.

Okvirna odluka Vijeća 2008/978/PUP od 18. prosinca 2008. o europskim nalogima za pribavljanje predmeta, dokumentacije i podataka za korištenje u kaznenim postupcima (SL L 350, 30. 12. 2008.) u članku 14. stavak 1. propisuje da priznavanje ili izvršenje europskog dokaznog naloga nije predmet provjere dvostruke kažnjivosti, osim ako je nužno provesti pretragu ili zapljenu.

Iz navedenoga je vidljivo da je test dvostruke kažnjivosti prepoznat kao uzrok koji vodi k neučinkovitoj pravosudnoj suradnji i da bi ukidanjem nacionalnih granica bilo pravedno, u svijetlu potpunog ostvarenja načela uzajamnog priznavanja i povjerenja, napustiti dvostruku kažnjivost u cijelosti u instrumentima pravosudne suradnje u kaznenim stvarima, dok bi propisivanje Popisa 32 djela trebalo predstavljati kompromisno prijelazno rješenje k tom budućem cilju. Pri tome valja naglasiti da se napuštanje testa dvostruke kažnjivosti odnosi isključivo na razlog odbijanja pravosudne suradnje jer djelo za koje se suradnja traži ne predstavlja kazneno djelo u državi izvršenja naloga što ne priječi odbijanje suradnje zbog kršenja temeljnih prava i načela priznata člankom 6. Ugovora i koja su izražena u Povelji o temeljnim pravima Europske unije, a posebno u njezinom poglavlju VI. ili imuniteta ili načela *ne*

bis in idem ili kršenja prava zajamčenih nacionalnim ustavima. Tako Okvirna odluka o priznanju i izvršenju novčanih kazni u točki 6. Preambule navodi da: "Ova Okvirna odluka ne sprječava državu članicu da primjenjuje svoja ustavna pravila u vezi sa zakonitim postupkom, slobodom udruživanja, slobodom tiska i slobodom izražavanja u drugim medijima".

Stoga, iako je svrha Popisa 32 djela zabrana provjere dvostruke kažnjivosti, moguće je odbijanje pravosudne suradnje i za ta djela zbog zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda, kao što su npr. pravo na pošteno suđenje, pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života ili zabranu mučenja.

Isto tako postoji mogućnost, primjerice, da država članica implementacijskim propisom propiše provjeru dvostruke kažnjivosti i u odnosu na Popis kažnjivih djela. Tako je Republika Hrvatska implementacijom Okvirne odluke Vijeća 2008/909/PUP od 27. studenoga 2008. o primjeni načela uzajamnog priznavanja presuda u kaznenim predmetima, kojima se izriču kazne zatvora ili mjere koje uključuju oduzimanje slobode s ciljem njihova izvršenja u Europskoj uniji koja sadrži Popis 32 kažnjive radnje za koje se isključuje provjera dvostruke kažnjivosti, propisala obvezu provjeru dvostruke kažnjivosti za sva djela.⁴⁷

5. NAČELO UZAJAMNOG POVJERENJA U SUDSKOJ PRAKSI REPUBLIKE HRVATSKE

U odnosu na Popis 32 djela iz Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu, te kojim načelima se moraju rukovoditi domaći sudovi u pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama EU-a potrebno je citirati odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-III-351/2014 od 24. siječnja 2014., kojom je odlučeno povodom ustavne tužbe zbog povrede ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom RH koje su, prema tvrdnjama podnositelja, učinjene u postupku predaje na osnovi europskog uhidbenog naloga rješenjem Županijskog suda u Zagrebu, broj Kv-eun-2/14 od 8. siječnja 2014. i rješenjem Vrhovnog suda RH broj Kž-eun-2/14 od 17. siječnja 2014., kojom je potvrđen Vrhovni sud RH kao najviši autoritet za tumačenje zakona. Time je onemogućeno zakonodavcu da čestim izmjenama zakona utječe na donošenje odluka sudova u konkretnim predmetima, a zbog postojanja obveze nacionalnih sudova da zakone tumače u skladu s pravnom stečevinom EU-a, načelom učinkovite pravosudne suradnje u kaznenim stvarima i lojalnosti te u svjetlu načela uzajamnog priznavanja. Dakle, Ustavni sud RH obvezao je nacionalne sudove na tumačenje domaćih propisa u svjetlu odluke Suda pravde EU u slučaju *Pupino*.

Dio odluke glasi:

"10. Okvirna odluka 2002/584, koja se u svojoj preambuli poziva na načelo uzajamnog priznanja presuda i sudskih odluka u kaznenim stvarima (točka 10. prva rečenica preambule) te koja zamjenjuje ranije instrumente o "klasičnom" izručenju

47 Članak 89. stavak 1. ZPSKS-EU: Sud iz članka 5. stavka 1. podstavka 5. ovog Zakona će priznati presudu kojom je izrečena kazna zatvora ili mjera koja uključuje oduzimanje slobode za djelo koje prema domaćem pravu sadrži bitna obilježja kažnjivog djela neovisno o zakonskom opisu i pravnoj kvalifikaciji kažnjive radnje navedenim u zaprimljenoj presudi.

između država članica EU, mora se primjenjivati u domaćem pravu na način koji pridonosi ostvarenju načela uzajamnog priznavanja sudskih odluka država članica i tako izgrađuje prekogranični zajednički kaznenopravni prostor primjene nacionalnih kaznenih prava i nacionalne sudbenosti kaznenih sudova država članica EU.

U tim je okvirima dostatno podsjetiti da je i prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona (1. prosinca 2009.) Sud EU u presudi (Velikog vijeća) od 16. lipnja 2005. u slučaju C-105/03 - Pupino (Criminal proceedings against Maria Pupino [2005] ECR I-5285) proširio doktrinu o posrednom učinku prava Zajednice i na okvirne odluke, utvrdivši načelo lojalnosti kao temelj za postojanje obveze usklađene interpretacije.

Ipak, uslijed različitosti kaznenih poredaka država članica EU, njihovih kulturnih i socijalnih razlika te različite kaznenopravne dogmatike, institut predaje tek je u izgradnji pa među državama članicama EU mogu postojati razlike u pristupu kad je riječ o normativnom okviru za transponiranje Okvirne odluke 2002/584 i o njegovu tumačenju u svjetlu načela uzajamnog priznavanja (kao kamena temeljca za stvaranje područja slobode, sigurnosti i pravde utemeljenog na visokom stupnju povjerenja između država članica), načela supsidijarnosti i načela razmjernosti (proporcionalnosti).

II. Ustavni sud u tom svjetlu podsjeća da postupak predaje hrvatskog državljanina drugoj državi članici EU nije kazneni postupak već sudski postupak sui generis kojemu je cilj omogućavanje provedbe kaznenog progona ili izvršenja kaznene presude u drugoj državi članici EU, a ne odlučivanje o krivnji osobe osumnjičene za neko kazneno djelo ili o kazni za to djelo.

Stoga su odluke sudova donesene u tim postupcima podložne ustavnosudskom preispitivanju samo u odnosu na vrlo uzak opseg mogućih povreda koje se tiču isključivo ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom (ustavnih prava).

Tako je Ustavni sud nadležan ispitati, primjerice, prijete li traženoj osobi u državi koja je izdala europski uhidbeni nalog opasnost od mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja.

.....

Nadalje, Ustavni sud nadležan je ispitati, primjerice, postoji li stvarni rizik da bi tražena osoba (hrvatski državljanin) u državi koja je izdala europski uhidbeni nalog bila izložena flagrantnoj uskrati pravičnog suđenja tako da bi bila dokinuta sama bit njezina prava na pravično suđenje. Dok Sud EU eventualno ne odredi drugačije mjerilo, Ustavni sud u pitanjima vezanim uz europski uhidbeni nalog prihvaća značenje "flagrantne uskrate pravičnog suđenja" kako ga je odredio ESLJP u predmetu Ahorugeze protiv Švedske (presuda, 27. listopada 2011., zahtjev br. 37075/09, §§ 114-115.)

.....

Konačno, kad je riječ o postupanju domaćih sudova u izvršenju europskog uhidbenog naloga, Ustavni sud nadležan je ispitati je li ocjena domaćih sudova koji su odlučivali o predaji bila "flagrantno i očito arbitrarna" do stupnja da bi hrvatski državljanin bio predan drugoj državi članici EU suprotno članku 9. stavku 2. Ustava."

Jednako proizlazi i iz odluke Vrhovnog suda RH broj Kž-eun-5/14 od 6. ožujka 2014.: “...Stoga, radi postizanja ciljeva i poštovanja načela izraženih u pravu EU, nacionalni su sudovi obvezani primijeniti nacionalno pravo u svjetlu slova i duha propisa EU. To znači da se nacionalno pravo u primjeni mora tumačiti koliko god je to moguće u svjetlu izričaja i svrhe referentnih okvirnih odluka i direktiva, kako bi se time postigao rezultat kojem teže te okvirne odluke i direktive, i tako bio u skladu s odredbom člankom 34. stavkom 2. točkom b) Ugovora o Europskoj uniji (to je izrijekom navedeno i u presudi Europskog Suda Pravde u predmetu C-105/03 P. od 16. lipnja 2005.). Pristupanjem EU Republika Hrvatska obvezala se također postupati u tom smislu.”

Iskorak Republike Hrvatske, kao najmlađe članice Europske unije, vidljiv je i iz odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj Kž-eun-5/14, od 6. ožujka 2014., kojom je iznesen pravni stav da činjenica da Okvirna odluka o europskom uhidbenom nalogu izrijekom ne spominje žrtvu, ne znači da time žrtva nije obuhvaćena. Naprotiv, člankom 1. Okvirne odluke, kojim nalaže zaštita ljudskih prava iz članka 6. Ugovora o EU, obuhvaćena su i prava žrtve, a što je u skladu s Okvirnom odlukom o položaju žrtava u kaznenom postupku⁴⁸, koja istoj daje prava u kaznenom postupku, koji se formalno definira sukladno nacionalnom pravu, ali i svim drugim postupcima u širem smislu riječi i to prije, tijekom ili poslije kaznenog postupka, a u vezi sa slučajem žrtve (članak 1.(c) (d) Okvirne odluke), što obuhvaća i postupak predaje u okviru izvršenja europskog uhidbenog naloga, a što potvrđuje i prethodno navedena praksa Suda pravde.

6. ZAKLJUČAK

Provođenje načela uzajamnog priznavanja u punini njegovog značenja pretpostavlja istovremeno potpuno povjerenje i vjeru u strani pravosudni sustav i njegove suce, pa i kada se pravni sustavi države izdavanja i države izvršenja pojedinih instrumenata pravosudne suradnje u većoj mjeri razlikuju. Stoga, provjera dvostruke kažnjivosti u suprotnosti je sa suštinom i ciljem načela uzajamnog priznanja i povjerenja, te bi ju trebalo u potpunosti isključiti u primjeni instrumenata pravosudne suradnje u kaznenim stvarima⁴⁹. Razlozi odbijanja pravosudne suradnje trebali bi se isključivo vezati uz zaštitu temeljnih ljudskih prava i tek takvo postupanje pravosudnih tijela dovelo bi do efikasne, brze i pojednostavljene pravosudne suradnje, koja nužno mora biti takva da bi osigurala učinkovitu borbu protiv kriminala i prostor istinske

48 Okvirna odluka Vijeća od 15. ožujka 2001. o položaju žrtava u kaznenom postupku (2001/220/PUP)

49 Green paper on the approximation, mutual recognition and enforcement of criminal sanctions in the European Union / COM/2004/0334 final / točka 76: Provjera dvostruke kažnjivosti nije uključena u Sporazum o suradnji između Danske, Finske, Islanda, Norveške i Švedske od 23. ožujka 1962. (poznat kao Helsinški sporazum) ili u Sporazum o pravosudnoj suradnji sklopljen 1983. između Arapskih zemalja (Riyadh Arab Judicial cooperation agreement) i u “Commonwealth Scheme for the Transfer of Offenders” iz 1986. Slično o tome: Gert Vermeulen, Wendy De Bondt, Charlotte Ryckman, Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU, IRCP research series, Volume 42, str. 132.

slobode, sigurnosti i pravde svih građana Europske unije koji se mora ogledati i kroz predvidivost i ujednačenost sudskih odluka država članica Europske unije. Naime, organizacije i osobe koje se bave međudržavnim, teškim i organiziranim kriminalom iskorištavaju slabosti neučinkovite međudržavne suradnje, koja proizlazi iz nepovjerenja prema drugim državama, sporosti birokracije i različitosti u pravnim sustavima. Pravosudna suradnja u kaznenim stvarima između država članica Europske unije tako mora predstavljati takvo međusobno povjerenje između država članica EU-a koja nadilazi državni suverenitet i dozvoljava svim državama članicama efikasnu borbu protiv kriminaliteta.

Dakle, odbijanje pravosudne suradnje mora se jedino temeljiti na povredi načela zajamčenih Poveljom Europske unije koja propisuje da se Unija temelji na nedjeljivim, univerzalnim vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti, na načelima demokracije i vladavine prava te pojedinca postavlja u središte svog djelovanja uspostavljanjem statusa građana Unije i stvaranjem područja slobode, sigurnosti i pravde.

Nužno je razlikovati poštovanje raznolikosti kultura i tradicija naroda Europe, nacionalnih identiteta država članica i organizacije njihovih tijela vlasti na nacionalnoj, regionalnoj i lokalnoj razini dok razvoj i sigurnost slobodnog kretanja osoba, usluga, roba i kapitala zahtijeva visoki stupanj međusobnog povjerenja država članica koji pak pretpostavlja ukidanje provjere dvostruke kažnjivosti kako načelo međusobnog priznavanja ne bi ovisilo o raznolikosti sudske prakse pa ponekad i političkom ili nekom drugom utjecaju na pravosuđe.

Summary

**RELATION OF THE PRINCIPLE OF MUTUAL
RECOGNITION / TRUST AND VERIFICATION OF DOUBLE
CRIMINALITY**

The paper elaborates the problems of the relation between the principle of mutual recognition and trust and the verification of double criminality, which attract great attention of experts in the field of international judicial cooperation with a focus on criminal matters. In the introductory part of the paper, the structure of the legal foundations of the European Union is shown, then the principle of mutual trust as a structural principle of the constitutional rights of the EU, its origin and context in the light of the decisions of the European Court of Human Rights. The central part of the paper inquires into the problems of the principle of double criminality in regard to the various forms of double criminality with no uniform application of its term in judicial cooperation and thus collides with the principle of mutual trust in way that leads to problems in the international judicial cooperation. Afterwards, the paper outlines the relation of the Republic of Croatia towards the principle of mutual trust with regard to the decision of the Constitutional Court and the Supreme Court and concludes with the final analysis of importance of the principle of mutual recognition in transnational judicial cooperation in criminal matters.

Key words: *judicial cooperation, mutual trust, mutual recognition, dual criminality.*

Zusammenfassung

**VERHÄLTNIS ZWISCHEN DEM GRUNDSATZ DER
GEGENSEITIGEN ANERKENNUNG / DES VERTRAUENS
UND DIE ÜBERPRÜFUNG DER BEIDERSEITIGEN
STRAFBARKEIT**

Dieser Artikel erarbeitet die Probleme der Beziehung zwischen dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und des Vertrauens und der Überprüfung der beiderseitigen Strafbarkeit, die große Aufmerksamkeit der Experten auf dem Gebiet der internationalen justiziellen Zusammenarbeit mit dem Fokus auf Strafsachen anziehen. Im einleitenden Teil des Artikels wird die Struktur der Rechtsgrundlagen der Europäischen Union dargestellt, dann der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens als der Strukturgrundsatz der verfassungsmäßigen Rechte der EU, ihre Herkunft und Zusammenhang im Lichte der Beschlüsse des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Im Hauptteil des Artikels werden die Probleme des Grundsatzes der doppelten Strafbarkeit in Bezug auf verschiedene Formen der beiderseitigen

Strafbarkeit ohne einheitlicher Anwendung der Laufzeit in der justiziellen Zusammenarbeit analysiert, denn sie kollidieren mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Sinne, dass sie somit zu Problemen in der internationalen justiziellen Zusammenarbeit führen. Danach wird ein Überblick über die Beziehung zwischen der Republik Kroatien und dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Hinblick auf die Entscheidung des Verfassungsgerichts und des Obersten Gerichtshofs verschaffen. Der Artikel endet mit einer abschließenden Analyse der Bedeutung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen justiziellen Zusammenarbeit in strafsachlichen Fragen.

Schlüsselwörter: *justizielle Zusammenarbeit, gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung, beiderseitige Strafbarkeit.*

Riassunto

IL RAPPORTO TRA IL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO/AFFIDAMENTO E DELLA VERIFICA DELLA DOPPIA PUNIBILITA'

Nel contributo si esamina il problema del rapporto tra il principio del mutuo riconoscimento ed affidamento e dell'accertamento della doppia punibilità, che cattura l'attenzione degli esperti nell'ambito della cooperazione giudiziale internazionale nell'ambito delle questioni penali. Nella parte introduttiva del lavoro si illustra la struttura del sostrato legislativo dell'Unione europea, dopo di che si analizza il principio del mutuo affidamento quale principio strutturale del diritto costituzionale dell'UE, come pure le sue origini ed il contesto alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La parte centrale del lavoro disamina il principio della verifica della doppia punibilità in considerazione delle diverse forme della doppia punibilità senza un'applicazione uniforme di tale nozione nella cooperazione giudiziale, il che collide con il principio del mutuo affidamento, portando così a dei problemi nella cooperazione giudiziale internazionale. Di seguito si espone anche il rapporto della Repubblica di Croazia nei confronti del principio del principio del mutuo affidamento con uno sguardo alle decisioni della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia e della Corte Suprema della Repubblica di Croazia, venendo dunque alle conclusioni circa la valutazione finale del principio del mutuo riconoscimento nella cooperazione giudiziale internazionale nelle questioni penali.

Parole chiave: *cooperazione giudiziale, mutuo affidamento, mutuo riconoscimento, doppia punibilità.*

