

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 34

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 34,
Br. 2, str. XII+633-1172, Rijeka, 2013.

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)

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), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento/I)

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

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

za UDK/for UDC: Dejana Golenko, prof.

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel. (051) 359-555, fax. (051) 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

www: <http://law.pravri.hr/hr/zbornik/index.html>

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

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

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

Časopis je objavljen uz financijsku potporu:

Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske, Hrvatskog Telekom d.d.
Zaklade Sveučilišta u Rijeci, Županije Primorsko-goranske

ISSN 1330-349X

ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 34

BROJ 2

RIJEKA, 2013.

Objavu ovog broja Zbornika financijski potpomažu:

Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske



Županija Primorsko-goranska

SADRŽAJ

Članci:

Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,

Institut zakonskog poreznog jamstva nakon novele Općeg poreznog zakona 2012.: "proboj pravne osobnosti" trgovačkih društava u slučaju zloporabe prava (pregledni znanstveni rad) 635

Ana Keglević,

Neispunjenje ugovora u europskom privatnom pravu – perspektive harmonizacije i razvoja zajedničkog pravnog okvira (izvorni znanstveni rad) 671

Ivan Kosnica,

Naturalizacija u Hrvatskoj i Slavoniji od 1848. do 1918. (izvorni znanstveni rad) 701

Maša Marochini,

Council of Europe and the Right to Healthcare - Is the European Convention on Human Rights Appropriate Instrument for Protecting the Right to Healthcare? (izvorni znanstveni rad) 729

Petra Perišić,

Pravo naroda na vanjsko samoodređenje izvan kolonijalnog konteksta i slučaj proglašenja nezavisnosti Kosova (izvorni znanstveni rad) 761

Tea Hasić,

Dužnost dioničara na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima (izvorni znanstveni rad) 785

Marko Krešić,

Nacionalno ili međunarodno pravosuđenje kao nužan element međunarodnog prava? (izvorni znanstveni rad) 817

<i>Marko Šikić, Marko Turudić,</i> Troškovi upravnog spora (prethodno priopćenje)	841
<i>Mijo Galiot, Silvio Čović, Damir Juras,</i> Kaznena i stegovna (disciplinska) odgovornost sudaca (prethodno priopćenje)	859
<i>Vesna Crnić Grotić, Dunja Kasipović,</i> The Right to Self-determination - the Kosovo Case Before the International Court of Justice (pregledni znanstveni rad)	895
<i>Željko Bartulović, Dejan Bodul, Ante Vuković,</i> Pravnopovijesni i poredbenopravni prikaz razvoja stečajnog postupka (pregledni znanstveni rad)	911
<i>Mijat Jocović,</i> Pojam povlašćene informacije u pravnoj teoriji i praksi (pregledni znanstveni rad)	941
<i>Dubravka Klasiček,</i> Zakonsko nasljeđivanje istospolnih partnera u Republici Hrvatskoj u postojećem zakonskom okviru (pregledni znanstveni rad)	963
<i>Damir Primorac, Ante Vuković,</i> Pravni položaj vrhunskog trenera u hrvatskom sportskom pravu (pregledni znanstveni rad)	991
<i>Antonela Arhin,</i> Trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije: struktura i dinamika pravnog okvira u Republici Srbiji (pregledni znanstveni rad)	1019
<i>Marko Mrakovčić,</i> Doprinosi sociološke teorije konceptualizaciji (dez)integracije društva (pregledni znanstveni rad)	1043
<i>Matija Miloš,</i> Separation of Sharia from the State as Accommodation – Effects and Limits (pregledni znanstveni rad)	1073

Mirella Rodin,

Protivnos morali (*contra bonos mores*) kao razlog nevaljanosti ugovora
(pregledni znanstveni rad) 1109

Dražen Škrtić,

Mamljenje djeteta za zadovoljenje spolnih potreba uporabom
informacijsko-komunikacijske tehnologije
(stručni rad) 1139

TABLE OF CONTENTS

Articles:

Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,

The Statutory Tax Guarantee in the Light of General Tax Act
Ammendments' 2012.: Piercing the Corporate Veil for Tax Purposes 635

Ana Keglević,

Legal Remedies for Non-Performance of Contract in European Private
Law - Perspectives for Harmonization and the Creation of the
Common Legal Frame 671

Ivan Kosnica,

Naturalization in Croatia and Slavonia from 1848 to 1918 701

Maša Marochini,

Council of Europe and the Right to Healthcare - Is the European
Convention on Human Rights Appropriate Instrument for Protecting
the Right to Healthcare? 729

Petra Perišić,

The Right to External Self-Determination Outside of the Colonial
Context and the Case of Proclamation of the Kosovo Independence 761

Tea Hasić,

Shareholders' Duty of Loyalty Towards Joint-Stock Company
and Towards other Shareholders 785

Marko Krešić,

National or International Adjudication as Essential Element
of International Law? 817

Marko Šikić, Marko Turudić,

Costs of Administrative Dispute 841

Mijo Galiot, Silvio Čović, Damir Juras,

Criminal and Disciplinary Responsibility of Judges 859

Vesna Crnić Grotić, Dunja Kasipović,

The Right to Self-determination - the Kosovo Case Before
the International Court of Justice 895

Željko Bartulović, Dejan Bodul, Ante Vuković,

Legal History and Comparative Review of the Development
of Bankruptcy Proceeding 911

Mijat Jocović,

Concept of Insider Information in Legal Theory and Practice 941

Dubravka Klasiček,

Intestate Inheritance of Same-Sex Partners in the Republic
Of Croatia within the Existing Legal Framework 963

Damir Primorac, Ante Vuković,

Legal Status of Top Trainer in Croatian's Sport Law 991

Antonela Arhin,

Human Trafficking for Labour Exploitation: Structure
and Dynamics of the Legal Framework in the Republic of Serbia 1019

Marko Mrakovčić,

The Contributions of Sociological Theory to the Conceptualization
of (Dis)integration of Society 1043

Matija Miloš,

Separation of Sharia from the State as Accommodation
– Effects and Limits 1073

Mirella Rodin,

Immorality (Contra Bonos Mores) as the Reason
for Invalidity of Contracts 1109

Dražan Škrtić,

Enticement of Children for Satisfaction of Sexual Needs by Use of
Information and Communication Technology 1139

INHALT

Beiträge:

Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,

Institut der gesetzlichen Steuerbürgschaft nach der Novelle des
Allgemeinen Steuergesetzbuches aus dem Jahr 2012: „Durchbrechung
der Rechtspersönlichkeit“ von Handelsgesellschaften im Falle des
Rechtsmissbrauchs 635

Ana Keglević,

Nichterfüllung des Vertrags im europäischen Privatrecht
- Perspektiven der Harmonisierung und Entwicklung
des gemeinsamen Rechtsrahmens 671

Ivan Kosnica,

Naturalisierung in Kroatien und Slawonien von 1848 bis 1918 701

Maša Marochini,

Der Europarat und das Recht auf Gesundheitsschutz – ist die
Europäische Menschenrechtskonvention das richtige Instrument
für den Schutz des Rechtes auf Gesundheitsschutz 729

Petra Perišić,

Das Recht der Völker auf äussere Selbstbestimmung ausserhalb
des kolonialen Kontextes und der Fall der Unabhängigkeitserklärung
Kosovos 761

Tea Hasić,

Die Pflicht der Aktionäre zu loyalem Handeln der Gesellschaft
und anderen Aktionären gegenüber 785

Marko Krešić,

Nationale oder völkerrechtliche Rechtsprechung als notwendiges
Element des Völkerrechts 817

Marko Šikić, Marko Turudić,

Verwaltungsstreitigkeitskosten 841

Mijo Galiot, Silvio Čović, Damir Juras,

Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Disziplinarverantwortlichkeit
von Richtern 859

Vesna Crnić Grotić, Dunja Kasipović,

Das Recht auf Selbstbestimmung – der Fall Kosovo
vor dem Internationalen Gericht 895

Željko Bartulović, Dejan Bodul, Ante Vuković,

Historisch-rechtliche und vergleichsrechtliche Darstellung
der Entwicklung des Insolvenzverfahrens 911

Mijat Jocović,

Begriff der Insiderinformation in der Rechtstheorie und – Praxis 941

Dubravka Klasiček,

Gesetzliche Beerbung gleichgeschlechtlicher Partner in der
Republik Kroatien im bestehenden Gesetzesrahmen 963

Damir Primorac, Ante Vuković,

Rechtliche Position des Spitzentrainers im kroatischen Sportrecht 991

Antonela Arhin,

Menschenhandel zum Zwecke der Arbeitsexploitation:
Struktur und Dynamik des Rechtsrahmens in der Republik Serbien 1019

Marko Mrakovčić,

Beiträge der soziologischen Theorie zur Konzeptualisierung von
Gesellschafts(des)integration 1043

Matija Miloš,

Die Trennung des Shariatsrechtes vom Staat als Quelle für den
Raum der Veränderlichkeit: Auswirkungen und Einschränkungen 1073

Mirella Rodin,

Moralwidrigkeit (*contra bonos mores*) als Grund für
Vertragsungültigkeit 1109

Dražen Škrtić,

Lockung des Kindes zur Befriedigung sexueller Bedürfnisse mittels
Informations- und Kommunikationstechnologie 1139

INDICE

Articoli:

Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,

L'istituto della garanzia tributaria legale in seguito alla novella
della Legge tributaria generale del 2012: il c.d.
«Piercing the Corporate Veil» delle società commerciali
nell'ipotesi di abuso del diritto 635

Ana Keglević,

Inadempimento contrattuale nel diritto privato europeo - prospettive
di armonizzazione e sviluppo di un quadro normativo comune 671

Ivan Kosnica,

La naturalizzazione in Croazia e Slavonia dal 1848 al 1918 701

Maša Marochini,

Il Consiglio d'Europa ed il diritto alla protezione della salute
– si può ritenere la Convenzione Europea per la salvaguardia
dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali strumento
idoneo a garantire il diritto alla protezione della salute? 729

Petra Perišić,

Il diritto del popolo all'autodeterminazione esterna al di fuori del
contesto coloniale ed il caso della proclamazione di indipendenza
del Kosovo 761

Tea Hasić,

Il dovere di lealtà degli azionisti nei confronti della società
e dei rimanenti azionisti 785

Marko Krešić,

Provvedimento giurisdizionale nazionale o internazionale:
elemento essenziale del diritto internazionale? 817

Marko Šikić, Marko Turudić,

Le spese del contenzioso amministrativo 841

Mijo Galiot, Silvio Čović, Damir Juras,

La responsabilità penale e disciplinare del magistrato 859

<i>Vesna Crnić Grotić, Dunja Kasipović,</i> „Diritto all'autodeterminazione – il caso del Kosovo dinnanzi al tribunale internazionale“	895
<i>Željko Bartulović, Dejan Bodul, Ante Vuković,</i> Esposizione storico-giuridica e giuridico-comparata dello sviluppo della procedura fallimentare	911
<i>Mijat Jocović,</i> Il concetto di informazione privilegiata nella teoria del diritto e nella pratica	941
<i>Dubravka Klasiček,</i> La successione legittima di partners dello stesso sesso nella legislazione vigente della Repubblica di Croazia	963
<i>Damir Primorac, Ante Vuković,</i> La posizione giuridica dell'allenatore d'eccellenza nel diritto sportivo croato	991
<i>Antonela Arhin,</i> La tratta di persone ai fini di sfruttamento del lavoro: struttura e dinamica del quadro normativo nella Repubblica di Serbia	1019
<i>Marko Mrakovčić,</i> L'apporto della teoria sociologica alla concettualizzazione della (dis)integrazione della società	1043
<i>Matija Miloš,</i> La separazione del diritto islamico dallo stato quale fondamento di uno spazio di variabilità: effetti e confini	1073
<i>Mirella Rodin,</i> La contrarietà al buon costume (<i>contra bonos mores</i>) quale causa di invalidità del contratto	1109
<i>Dražan Škrtić,</i> Adescamento di minore al fine del soddisfacimento di bisogni sessuali mediante l'utilizzo di tecnologie informatiche e della comunicazione	1139

INSTITUT ZAKONSKOG POREZNOG JAMSTVA NAKON NOVELE OPĆEG POREZNOG ZAKONA 2012.: „PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI“ TRGOVAČKIH DRUŠTAVA U SLUČAJU ZLOPORABE PRAVA*

Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, izvanredna profesorica
Stjepan Gadžo, mag. iur., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.2.022(497.5)
Ur.: 14. veljače 2013.
Pr.: 25. veljače 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Autori u ovom radu istražuju institut hrvatskoga općeg poreznog prava, zakonsko porezno jamstvo, s posebnim naglaskom na njegove izmjene, i materijalno-pravne i postupkovno-pravne, po stupanju na snagu prve novele OPZ-a iz 2012. godine. Novelom se širi krug zakonskih jamaca za porezne obveze trgovačkih društava, i to na članove društva, članove uprave i izvršne direktore društva te s njima povezanih osoba, ako se u posebnoj dijelu poreznog postupka utvrdi da su zloporabom svojih prava ili ovlasti uzrokovali nemogućnost naplate poreznog duga od društva kao glavnog poreznog dužnika. Prikazuju se i kritički preispituju novelirane odredbe kojima se uvodi tzv. „proboj pravne osobnosti“ u OPZ, s posebnim osvrtom na postupovna pitanja koja bi mogla izazvati probleme u njihovoj primjeni. Prikaz zakonskih odredbi koje uređuju postupak dokazivanja zloporabe prava u porezno-dužničkom odnosu bio je i povod preispitivanju alternativnog pristupa problemu zloporabe prava te mogućnosti uvođenja općeg pravila o zabrani zloporabe u hrvatsko porezno pravo.

Ključne riječi: porezno jamstvo, novela OPZ-a, proboj pravne osobnosti, postupak dokazivanja zloporabe prava u porezno-dužničkom odnosu, opće pravilo zabrane zloporabe prava.

* Ovaj rad je objavljen u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, br. 1 (2013.), str. 393-416. Omaškom rad je objavljen bez fusnota. Uredništvo Zbornika se ispričava autorima zbog propusta te se u ovom broju Zbornika isti rad ponovno objavljuje u cijelosti s fusnotama.

1. UVOD

Promjena u hrvatskom poreznom sustavu ne nedostaje, kako onih koje su usmjerene izmjenama postojećih ili uvođenju novih poreznih oblika (materijalno porezno pravo)¹, tako i onih koje se odnose na porezni postupak (postupovno porezno pravo). Stoga se čini kako u hrvatskom poreznom pravu, parafrizirajući Preradovićev pjesnički izričaj čuvene Heraklitove izreke, počinje vrijediti pravilo kako „stalna samo mijena jest“. Promjene hrvatskoga poreznog postupovnog prava u posljednje su vrijeme uglavnom fiskalno motivirane, što nužno pretpostavlja i stroži stav fiskusa prema poreznim obveznicima koji ne udovoljavaju poreznoj obvezi. Stoga su u stručnoj i akademskoj zajednici predmetom prijedora.² Mišljenja su podijeljena i u široj javnosti, gdje se promjene postupovnih instituta percipiraju ili isključivo kao instrumenti pojačane porezne presije prema svim poreznim obveznicima ili kao pokušaji uspostavljanja narušene porezne discipline.³

U raspravama oko prednosti i nedostataka izmjena postojećih ili uvođenja novih instituta u hrvatski porezni postupak nerijetko se zanemaruju osnovne

1 Najaktualniji je primjer rasprava oko uvođenja novog imovinskog poreza u Hrvatskoj, tzv. poreza na nekretnine. Za sažetak ključnih otvorenih pitanja vidi npr.: Kesner-Škreb, M., *Prijedlog poreza na nekretnine – neka otvorena pitanja*, Institut za javne financije, Aktualni osvrt, br. 44./2012.

2 U nizu prinosa raspravi oko izmjena i dopuna hrvatskoga poreznog postupovnog prava u 2012. godini izdvajamo: Mijatović, N., *(Ne)opravdanost objave porezne tajne*, RRIF, br. 6/2012, str. 82.-85.; Kačer, H., *Nove odgovornosti po (predloženoj) noveli općeg poreznog zakona*, RRIF, br. 7/2012, str. 128.-131.; Kačer, H., *Još jedna porezna akrobacija – nema zastare*, RRIF, br. 1/2013, str. 41.-43.; Kaleb, Z., *Osobna odgovornost članova uprava društva i članova društva za porezne dugove*, RIF, br. 12/2012, str. 163.-168.

3 Najprije vrijedi upozoriti kako su navedeni ciljevi po svojem sadržaju, ali i sredstvima ostvarenja ipak bitno različiti te je stav o nužnosti ostvarenja istih postupovnim reguliranjem različit. Ipak, ostvarenje potonjeg, dakle financijske i porezne discipline treba pokušati ostvariti sustavnim izmjenama ne toliko poreznog zakonodavstva koliko širim i općim zahvatima te promjenama na razini nositelja vlasti. Vidi, Gangl, K., Hofmann, E., Kirchler, E., *Tax Authorities' Interaction with Taxpayers: Compliance by Power and Trust*, rad izložen na konferenciji „Tax Governance - The future role of tax administrations in a networking society“, Vienna, September, 20-21, 2012.

U tom smislu ističemo primjer rasprave u hrvatskoj javnosti oko izmjena instituta porezne tajne, odnosno postupka objave tzv. liste poreznih dužnika od strane poreznih tijela. Novinski i internetski izvori otkrivaju veoma podijeljene stavove. Vidi npr.: Danas.hr, *‘Što ako netko izvrši suicid, tko će odgovarati’* (dostupno na: <http://danas.net.hr/novac/petar-lovric-objava-liste-duznika-sto-ako-netko-izvrši-suicid-tko-ce-odgovarati> (1.2.2013.)); Mišević, B., *Lista poreznih dužnika: Novi početak nesposobne države* (dostupno na: <http://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/lista-poreznih-duznika-novi-pocetak-nesposobne-drzave.html>, (1.2.2013.)); Šunjerga, M., *Malo koristi od liste srama: Linić nije naplatio ni 1 posto duga* (dostupno na: <http://www.vecernji.hr/vijesti/malo-koristi-liste-srama-linic-nije-naplatio-ni-1-posto-duga-clanak-500834>, (1.2.2013.)). Valja istaknuti kako je Hrvatska udruga poslodavaca (HUP) uputila krajem prošle godine Ustavnom sudu RH prijedlog za ocjenu suglasnosti prve novele Općeg poreznog zakona iz 2012. sa Ustavom RH (dostupno na: <http://www.poslovnih.hr/hrvatska/hup-zatrazio-ocjenu-ustavnosti-izmjena-i-dopuna-poreznog-zakona-219989> (1.2.2013.)).

postavke poreznog prava, po svim bitnim obilježjima autonomne grane prava.⁴ To je posebno izraženo kod instituta koji vuku podrijetlo iz privatnog prava, a koji se, uz određena bitna odstupanja, primjenjuju i u poreznom pravu, dijelu javnog prava.⁵ Kao primjeri mogu poslužiti porezna zastara ili porezno jamstvo, instituti posebno uređeni Općim poreznim zakonom,⁶ ali utemeljeni na institutima privatnog prava.⁷ Primjena ovih instituta u praksi dovodi do značajnih nedoumica,⁸ što pripisujemo ne samo nomotehnički nekvalitetnim pravilima, već i nepoznavanju temeljnih pravila tumačenja poreznopravnih propisa, bitno različitih u odnosu na pravila tumačenja propisa privatnog prava. Naime, u pravilu se metoda teleološkog tumačenja u poreznom pravu ostvaruje kroz gospodarsko tumačenje, tj. „pripisivanje

- 4 O autonomiji poreznog prava, kao dijela heterogene pravne grane - financijskog prava, detaljnije vidi: Horvat, L., *O autonomiji poreznog prava*, Zbornik radova u povodu 70. godišnjice života prof. dr. sc. Božidara Jelčića, Zagreb, 2001., str. 77.-88.; slično i Jelčić, Bo., *et al.*, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 36.-37.
- 5 Dioba cjelokupnog pravnog uređenja na dva glavna pravna područja – privatno i javno – ustanovljena je u rimskom pravu, točnije u djelu rimskog pravника Ulpijana (170.-228. g. pr. Kr.), a to „razlikovanje se sačuvalo u kontinentalnoevropskim, tj. romansko-germanskim pravnim sistemima do današnjih dana“ (Padjen, I., *Javno i privatno pravo: transfer pravnih teorija*, Zb. rad. Prav. fak. Splitu, vol. 44, br. 3-4/2007, str. 446.). Padjen u ističe kako i hrvatski pravni sustav „priznaje određene pravne grane kao pretežno javne ili pretežno privatne“ (*ibid.*, str. 458.). Kriteriji razlikovanja javnog i privatnog prava, koji se pripisuju Ulpijanu, su: interesi kojima služe (javno pravo služi javnim, privatno privatnim interesima), stvaraočima (javno pravo stvara država, za razliku od privatnog), predmetu uređenja (javno pravo uređuje državu i odnose u kojima je država subjekt, dok privatno uređuje pojedince i odnose među njima), obveznosti (javno pravo je *ius cogens*, a privatno *ius dispositivum*) (prema: *loc. cit.*). Iako su ove i neke druge doktrinarne postavke razlikovanja predmetom prijepora, smještanje financijskog, tj. poreznog, prava u područje javnog prava čini se neprijepornim. Naime, njime se uređuju odnosi u kojima je jedan subjekt uvijek država, a s druge strane fizičke i pravne osobe. Ciljevi uređenja poreznog prava uvijek su vezani uz javni interes (ne nužno fiskalni). Pravila poreznog prava stvara isključivo država i njihova primjena je obvezna (slično o pojmu financijskog prava kao javnog prava vidi: Jelčić, Bo., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 4., str. 35.-36.).
- 6 Opći porezni zakon (NN br. 147/08., 18/11., 78/12., 136/12.; dalje: OPZ) predstavlja kodifikaciju hrvatskog općeg poreznog prava, odnosno „zajedničku osnovu poreznog sustava“, kako glasi formulacija iz čl. 1. OPZ-a. Značaj OPZ-a ogleda se u tomu da se njime, kao općim propisom (*lex generalis*) na jedinstven način uređuje porezni postupak u RH i to u odnosu na sve porezne oblike, ali i druga javna davanja. Naime, do donošenja prvog OPZ-a 2000. godine, „postupovna porezna pravila, tj. pravila utvrđivanja i naplate poreza i drugih javnih davanja, nalazila su se u većem broju poreznih zakona. Takva rasutost tih pravila, a osobito upućivanje pri utvrđivanju poreznog duga jednog poreza na odredbe koje se odnose na razrez i naplatu drugog poreza, činila ih je netransparentnim i teško primjenjivima“ (Jelčić, Bo., *et al.*, *Hrvatski fiskalni sustav*, Zagreb, Narodne novine, 2004., str. 149.).
- 7 Misli se na institute građanskog prava – zastaru i jamstvo. U Hrvatskoj su temeljna pravila o građanskopravnoj zastari i jamstvu sadržana u Zakonu o obveznim odnosima (NN br. 35/05, 41/08; dalje: ZOO).
- 8 Vjerojatno najeklatantniji primjer tumačenje je pravila o poreznoj zastari od strane poreznih tijela i Upravnog suda RH. O tome detaljnije u: Žunić Kovačević, N., *Zastara – o primjeni građanskopravnih pravila u poreznom pravu i sudska praksa*, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij., vol. 30, br. 1, 2009., str. 683.-702.

gospodarskog smisla pojmovima iz drugih pravnih područja, posebno iz područja građanskog prava.⁹ U hrvatskom poreznom postupovnom pravu ovaj oblik tumačenja ima odraz u propisivanju načela gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje kao jednim od temeljnih načela poreznog postupka.¹⁰

Imajući to u vidu autori su se u ovom radu odlučili na istraživanje jednog instituta hrvatskoga općeg poreznog prava, zakonskog poreznog jamstva, s posebnim naglaskom na njegove izmjene, i materijalnopravne i postupovnopravne, po stupanju na snagu prve novele OPZ-a iz 2012. godine.¹¹ Novelom se širi krug zakonskih jamaca za porezne obveze trgovačkih društava, i to na članove društva, članove uprave i izvršne direktore društva te s njima povezanih osoba, ako se u posebnom dijelu poreznog postupka utvrdi da su zloporabom svojih prava ili ovlasti uzrokovali nemogućnost naplate poreznog duga od društva kao glavnog poreznog dužnika. S obzirom na to da se novo uređenje ovog instituta u OPZ-u, pogotovo ako se radi o materijalnim odredbama, temelji na preuzimanju odredbi Zakona o trgovačkim društvima,¹² kojima se uređuje odgovornost članova društva za obveze društva, u javnosti se često predstavlja i kao proboj pravne osobnosti (engl. *Piercing the Corporate Veil*).¹³ Taj je pojam uvriježen u terminologiji prava društava (privatnom pravu), ali nije nepoznat ni u poreznom pravu, pogotovo imajući u vidu gospodarsko tumačenje poreznih propisa.¹⁴ Međutim, smatramo kako je preciznije

- 9 Jelčić, Bo., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 4., str. 540. S obzirom na to da je, s jedne strane, oporezivanje usmjereno određenoj gospodarski ostvarivoj vrijednosti, a s druge, načelo oporezivanja prema gospodarskoj snazi jedan od temeljnih postulata suvremenih poreznih sustava (pa tako i hrvatskoga, sukladno čl. 51. Ustava RH), ispravno je zaključiti kako se gospodarskim tumačenjem otkriva cilj koji se želi ostvariti poreznim propisima, te je tako ono „identično teleološkom postupku tumačenja“ (*loc. cit.*).
- 10 Ovo je načelo sadržano u konciznoj odredbi čl. 10., st. 1. OPZ-a: „Porezne činjenice utvrđuju se prema njihovoj gospodarskoj biti.“ Načelo gospodarskog pristupa odražava se i u nizu drugih odredbi OPZ-a.
- 11 Zakon o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona (NN br. 178/12.; dalje: ZIDOPZ); OPZ je u drugoj polovici 2012. godine doživio i drugu izmjenu i dopunu (NN br. 136/12.). Za kratki sveobuhvatni prikaz promjena vidi: Matković, B., *Komentar Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona*, PIP, br. 7/2012, str. 3.-9. i Matković, B., *Komentar najnovijih izmjena Općeg poreznog zakona*, RRIF, br. 1/2013, str. 37.-40.
- 12 Zakon o trgovačkim društvima (NN br. 152/11 (pročišćeni tekst), 111/12; dalje: ZTD).
- 13 I sam je predlagač ZIDOPZ-a navedene izmjene predstavio kao uvođenjem instituta proboja pravne osobnosti u porezni postupak. Iako sam tekst prijedloga ZIDOPZ-a ni u jednom dijelu ne sadrži ovaj pojam, on je korišten pri predstavljanju novele OPZ-a, najprije na sjednici Vlade RH, a zatim i u javnosti (vidi npr.: Vlada RH, *Izmjene i dopune Općeg poreznog zakona (prezentacija)*, dostupno na: http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/sjednice_i_odluke_vlade_rh/2012/23_sjednica_vlade_republike_hrvatske/prezentacija_izmjene_i_dopune_opceg_poreznog_zakona (1.12.2012.)).
- 14 Vidi npr.: Belley, D., *The Corporate Veil in Tax Law: In Praise of Judicial Circumspection*, Canadian Tax Journal, vol. 48., br. 3., str. 929.-978. Porezna tijela većeg broja država imaju na raspolaganju ovlasti koje im omogućuju da zanemare pravnu osobnost određenog subjekta, primjerice *trusta* (posebnog instituta u državama *common law* pravnog sustava) ili trgovačkog društva, te njegove dobitke izravno pripisati vlasnicima udjela, odnosno članovima. Ova se pojava na engleskom jeziku slikovito opisuje kao *looking through* pristup

govoriti o promjenama instituta zakonskog poreznog jamstva, nego o uvođenju novog, dosad nepoznatog, instituta proboja pravne osobnosti u OPZ. Osim toga, posebno je važno pitanje povezanosti cilja koji se ZIDOPZ-om želio postići i načela zabrane zlorabe prava, koje komparativnopravno dobiva sve značajniji zakonodavni izričaj.

Rad je strukturno podijeljen na četiri dijela. Nakon uvoda, u drugom se dijelu objašnjava značenje instituta zakonskog poreznog jamstva u RH, s prikazom najvažnijih odredbi do stupanja na snagu ZIDOPZ-a. U trećem se dijelu prikazuju i kritički preispituju odredbe OPZ-a koje se odnose na tzv. „proboj pravne osobnosti“, s posebnim osvrtom na postupovna pitanja koja bi mogla izazvati probleme u njihovoj primjeni. Četvrti dio bavi se općim i posebnim poreznim pravilima o zabrani zlorabe, prisutnim u poredbenom zakonodavstvu, koja dosad nisu dovoljno razvijena i korištena u Hrvatskoj. Peti i posljednji dio rada je zaključak.

2. OPĆENITO O INSTITUTU POREZNOG JAMSTVA U RH

Poreznopravni odnos je javnopravni odnos između javnopravnih tijela s jedne te fizičkih i pravnih osoba s druge strane, čiji objekt mogu biti sva prava i obveze i materijalne i postupovne naravi, iz područja poreza, odnosno javnih davanja.¹⁵ Porezno-dužnički odnos je uži pojam koji obuhvaća tek materijalni dio poreznopravnog odnosa, te je njegov objekt uvijek određeni imovinsko-pravni zahtjev, odnosno novčana činidba.¹⁶ OPZ u čl. 19. taksativno određuje prava i

(porezna tijela gledaju „kroz“ društvo kako bi utvrdili poreznu obvezu), a subjekti u pitanju nazivaju se *flow-through entities* („provodni subjekti“) ili *fiscal transparent entities* (fiskalno transparentni subjekti). Komparativnopravno postoje veoma heterogeni pristupi ovom pitanju, a detaljnija pravila uglavnom se odnose na porezni tretman dobitaka ortaštva (engl. *partnership*) i *trusta* (detaljnije o ovome vidi: Easson, A., Thurony, V., *Fiscal Transparency*, u: Thurony, V. (ed.), *Tax Law Design and Drafting* (vol. 2), International Monetary Fund, 1998.). Navedene mogućnosti poreznih tijela u skladu su sa shvaćanjem pojma porezne sposobnosti (sposobnosti biti nositeljem prava i obveza iz poreznopravnog odnosa), koja ne ovisi o postojanju pravne sposobnosti u smislu građanskog prava, već „se povezuje i uvjetuje postojanjem gospodarske sposobnosti“ (Jelčić, Bo., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 4., str. 546.). Tako subjekti koji, prema pravilima građanskog prava, imaju pravnu sposobnost, nemaju nužno i poreznu sposobnost, a česta je pojava i da se porezna sposobnost priznaje subjektima koji inače nemaju pravnu sposobnost (npr. stalnoj poslovnoj jedinici nerezidenta - inozemnog poduzetnika, prema čl. 2., st. 2. Zakona o porezu na dobit u RH). Zaključujemo kako se shvaćanje porezne sposobnosti može povezati s metodom gospodarskog tumačenja u poreznom pravu, kako je objašnjeno *supra*.

15 Misli se na terminologiju iz OPZ-a, koji izričito određuje kako se njegove odredbe koje se odnose na poreze na odgovarajući način primjenjuju i na puno širi krug drugih javnih davanja (čl. 2., st. 8. OPZ-a). O pojmu poreza i javnih davanja vidi: Šimović, J. *et al.*, *Hrvatski fiskalni sustav*, Zagreb, Narodne novine, 2010., str. 223.-224.

16 Zakonsko se određenje ovih pojmova razlikuje od izložene koncepcije. Određenje pojmova poreznopravnog i porezno-dužničkog odnosa u OPZ-u upućuje da prvi podrazumijeva odnos materijalnog, a potonji odnos postupovnog prava (prema: *ibid.*, str. 233.).

obveze koji čine sadržaj porezno-dužničkog odnosa.¹⁷ Pravo poreznog tijela na naplatu novčanog iznosa dužnog poreza, čiji je korelat obveza poreznog obveznika, u ovom odnosu preciznije - poreznog dužnika, da taj iznos plati, najčešći je objekt porezno-dužničkog odnosa.

Iako su sudionici porezno-dužničkog odnosa u pravilu porezno tijelo s jedne i porezni obveznik s druge strane,¹⁸ moguće je u porezno-dužnički odnos, uglavnom u ulozi dužnika,¹⁹ uključiti i neke druge osobe. Tako OPZ izričito, u čl. 18., st. 2., navodi, uz porezno tijelo i poreznog obveznika, i poreznog jamca kao mogućeg sudionika porezno-dužničkog odnosa. Porezno je jamstvo primjer poreznopravnog instituta koji vuče podrijetlo iz privatnog prava, točnije građanskog prava. Jamstvo (poručanstvo) je u građanskom pravu institut koji služi osobnom pojačanju obveznopravnog odnosa, „kojim se vjerovniku daje veća sigurnost da će mu dužna činidba biti ispunjena.“²⁰ Slična je svrha poreznog jamstva, koje pojačava porezno-dužnički odnos, jer u njega stupaju druge osobe, koje postaju odgovorne za tuđi porezni dug.²¹ Osnovna obilježja jamstva, kao što su akcesornost, supsidijarnost,

17 Čl. 19., st. 1. OPZ-a navodi prava poreznog tijela iz porezno-dužničkog odnosa: „*Porezno tijelo u porezno-dužničkom odnosu ima pravo na naplatu 1. poreza, 2. kamata i novčanih kazni, 3. novčanih činidbi po osnovi odgovornosti iz poreznog jamstva.*“ U čl. 19., st. 2. navedena su prava koja mogu imati porezni obveznici ili koje druge osobe u porezno-dužničkom odnosu: „*Porezni obveznik ili osoba koja je preplatila porez ili od koje je bez pravne osnove porez naplaćen ima pravo na: 1. povrat preplaćenog poreza ili poreza plaćenog bez pravne osnove, 2. kamate na porez koji je plaćen bez pravne osnove.*“

18 Pojam poreznog tijela u hrvatskom je zakonodavstvu izričito definiran u čl. 3. OPZ-a. „*Porezno tijelo jest tijelo državne uprave, tijelo jedinice područne (regionalne) samouprave ili tijelo jedinice lokalne samouprave u čijem su djelokrugu poslovi utvrđivanja, nadzora i naplate poreza.*“ S obzirom na propise koji uređuju nadležnost državne uprave u RH, kao porezno tijelo u porezno-dužničkom odnosu redovno se javlja Porezna uprava, upravna organizacija u sastavu Ministarstva financija. Pojam poreznog obveznika različit je ovisno o odnosnom poreznom obliku te se posebno definira u propisima kojima se uređuju pojedini porezni oblici. Tako, primjerice, Zakon o porezu na dobit definira pojam poreznog obveznika drukčije od Zakona o porezu na dodanu vrijednost. Može se reći kako općenito određenje pojma poreznog obveznika na razini čitavog poreznog sustava ne može postojati u sustavima koji se temelje na poreznom pluralizmu, što je prihvaćeno i u hrvatskom zakonodavstvu. Tako OPZ u čl. 13. određuje: „*Porezni obveznik je svaka osoba koja je kao takva određena zakonom kojim se uređuje pojedina vrsta poreza.*“

19 U opisu pojma i obilježja porezno-dužničkog odnosa namjerno izbjegavamo korištenje pojmova „porezni dužnik“ i „porezni vjerovnik“ kako bi prikaz bio što jednostavniji. Navedenim se pojmovima označava položaj sudionika porezno-dužničkog odnosa s obzirom na novčanu činidbu koja je njegov objekt. Onaj sudionik koji je ovlašten zahtijevati ispunjenje činidbe naziva se poreznim vjerovnikom, a onaj sudionik koji je obavezan činidbu ispuniti naziva se poreznim dužnikom. Primjerice, u odnosu na činidbu plaćanja dužnog poreza porezni vjerovnik je porezno tijelo, a porezni dužnik je porezni obveznik (detaljnije o ovome vidi: Lončarić-Horvat, O., *Osnove općeg poreznog prava – porezno-dužnički odnos*, Pravo i porezi, br. 6/2001, str. 3.-4.).

20 Vedriš, M., Klarić, P., *Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 435.

21 Prema: Lončarić-Horvat, O., *Porezno jamstvo*, RRIF, br. 7/2001, str. 95. Posebnost je poreznog jamstva i u tome da se njime „pojačava samo obveza poreznog obveznika, ali ne

opseg jamčeve odgovornosti, jamčevo pravo regresa i dr., istovjetna su i u građanskom i u poreznom pravu.²²

Temeljna je razlika između građanskog i poreznog jamstva u RH u pravnom temelju odgovornosti jamca. U građanskom je pravu to isključivo ugovor (ugovor o jamstvu), izraz slobodne volje osobe koja stupa u obveznopravni odnos kao jamac.²³ S druge strane, pravni temelj poreznog jamstva isključivo je zakonsko pravno pravilo, koje izričito propisuje odgovornost određenih osoba kao jamaca za tuđi porezni dug. U Hrvatskoj su takva pravila sadržana u čl. 26.-32. OPZ-a, a osobe u pitanju nazivaju se zakonskim (*ex lege*) poreznim jancima.

Potrebno je napomenuti kako je jamstvo za porezni dug temeljem ugovora također moguće, iako gotovo nepoznato u praksi.²⁴ Bitna je razlika što u tom slučaju ne dolazi do uključivanja jamca u porezno-dužnički odnos, već se uspostavlja isključivo građanskopravni odnos između poreznog tijela (kao vjerovnika u porezno-dužničkom odnosu) i jamca u odnosu na porezni dug, za koji kao glavni dužnik odgovara porezni obveznik. Sukladno tomu, *sedes materiae* za pitanje odgovornosti ugovornog jamca za porezni dug propisi su građanskog prava, točnije ZOO.²⁵ U odnosu na ugovornog jamca nemoguće je, dakle, donijeti porezno rješenje (upravni akt) kojim mu se nalaže plaćanje poreznog duga.²⁶ Svoje zahtjeve u odnosu na ugovornog jamca porezna tijela mogla bi ostvarivati samo u građanskom postupku. Iz ovoga nedvojbeno proizlazi zaključak kako se ugovorom o jamstvu koji se odnosi na porezni dug uspostavlja privatnopravni odnos, a zakonskim poreznim jamstvom javnopravni, porezno-dužnički odnos između poreznog tijela i jamca. Subjektivni obuhvat pojma „porezni jamac“, u smislu OPZ-a, stoga je ograničen isključivo na zakonske porezne jamce, a ne i na osobe koje za porezni dug jamče temeljem ugovora.²⁷

i države. Smatra se da je država dovoljno siguran i gospodarski jak dužnik da njenu obvezu nije potrebno pojačavati. Međutim, država svoje potraživanje ne želi dovesti u pitanje i osigurava ga poreznim jamstvom“ (*ibid*, str. 96.).

22 O osnovnim obilježjima jamstva u poreznom pravu vidi: *loc. cit.* O osnovnim obilježjima jamstva kao instituta građanskog prava vidi: Vedriš, M., Klarić, P., *op. cit.*, u bilj. 20., str. 435.-437.

23 Ugovor o jamstvu ureden je u čl. 104.-126. ZOO-a.

24 OPZ izričito određuje, u čl. 123., st.1., toč. 4. kako „jamstvo druge osobe“ može biti sredstvo osiguranja naplate poreznog duga, koje se traži kao uvjet za odgodu naplate poreznog duga. Nedvojbeno se misli na osiguranje naplate putem sklapanja ugovora o jamstvu između poreznog tijela kao vjerovnika i treće osobe kao jamca.

25 Čl. 108. ZOO-a, koji uređuje predmet jamstva, navodi kako se jamstvo može dati za svaku pravovaljanu obvezu, bez obzira na njezin sadržaj. Analogno tomu, i obveza plaćanja poreza može biti predmetom ugovora o jamstvu, ako je porezna obveza valjana, što ovisi o valjanosti poreznog akta (rješenja) u kojem je utvrđena.

26 Isto i Lončarić-Horvat, O., *op. cit.*, *Porezno ...*, u bilj. 21., str. 96.

27 U tom smislu navodimo u cijelosti odredbu čl. 12., st. 2. OPZ-a, koja određuje tko su sudionici poreznopravnog odnosa: „*Sudionici poreznopravnog odnosa jesu porezno tijelo i porezni obveznik te osobe koje prema odredbama ovoga Zakona jamče za plaćanje poreza.*“ S obzirom na opisane razlike između zakonskog i ugovornog poreznog jamstva smatramo kako ovu odredbu treba tumačiti restriktivno argumentima pravne logike. *Argumentum a*

2.1. Uređenje zakonskog poreznog jamstva do stupanja na snagu ZIDOPZ-a

Materijalne odredbe kojima se propisuje odgovornost određenih osoba kao poreznih jamaca za porezni dug sadržavao je već i prvi OPZ iz 2000. godine.²⁸ Niti stupanjem na snagu novog OPZ-a iz 2008. te njegove novele iz 2011. ove se odredbe nisu u bitnome mijenjale. Većina prijašnjih odredbi ostala je nepromijenjena i po stupanju na snagu ZIDOPZ-a. Promjene se odnose tek na ukidanje odredbe iz čl. 31. OPZ-a te uvođenje novih odredbi i materijalnih (čl. 26.a-26.d OPZ-a) i postupovnih (čl. 158.a-158.f OPZ-a). Kako bi se objasnilo značenje navedenih izmjena najprije iznosimo kratak prikaz uređenja poreznog jamstva prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a, koje se u najvećem dijelu podudara s uređenjem *de lege lata*.

Sve zakonske porezne jamce općenito možemo podijeliti u dvije kategorije s obzirom na oblik njihove odgovornosti. Porezni jamci prema odredbi čl. 30., st. 1. OPZ-a, koja ima *lex generalis* značenje, odgovaraju supsidijarno. To znači da porezno tijelo mora ispunjenje obveze koja je objekt porezno-dužničkog odnosa najprije zahtijevati od poreznog obveznika kao glavnog dužnika pisanim pozivom u kojem se određuje i rok ispunjenja. Ako porezni obveznik ne podmiri dospjeli porezni dug u roku, porezno tijelo plaćanje duga može tražiti od poreznog jamca.²⁹ Međutim, u tri taksativno navedena slučaja iz čl. 30., st. 2., OPZ-a, koji ima *lex specialis* značenje, porezni jamci ne odgovaraju supsidijarno, već solidarno. Navedeni slučajevi su: 1) ako je zakonom propisana odgovornost određene osobe kao jamca platca za tuđi porezni dug,³⁰ 2) ako je fizička ili pravna osoba utajila

contrario, osobe koje ne jamče za plaćanje poreza prema odredbama OPZ-a, već temeljem građanskopravnog ugovora o jamstvu, ne mogu se smatrati poreznim jancima u smislu odredbi OPZ-a. Ovakva zakonska odredba potvrđuje dihotomiju uređenja zakonskog i ugovornog poreznog jamstva. Zato napominjemo kako se ugovorno porezno jamstvo može samo uvjetno nazivati „poreznim jamstvom“, iako se taj pojam uvrježio u uporabi. Opisana dihotomija ima zanimljivu teoretsku važnost s obzirom na to da je jedan od povoda za pisanje ovog rada potreba za razjašnjenjem nedoumica i nejasnoća pri tumačenju poreznih propisa pomoću privatnopravnih načela i pojmova.

28 Opći porezni zakon (NN br. 127/00.), čl. 26.-32.

29 Ovakav se zaključak dobiva teleološkim tumačenjem prilično nejasno formulirane odredbe čl. 30., st. 1. OPZ-a u vezi sa stavkom 2. istog članka. Čl. 30. OPZ-a određuje: „(1) *Porezni jamac odgovara za porezni dug ako ga u roku nije platio porezni obveznik. Porezno tijelo pozvat će poreznog jamca na plaćanje poreznog duga.*

(2) Odredba stavka 1. ovoga članka ne primjenjuje se ako porezni jamac odgovara kao jamac platca, ako je sam utajio porez ili ako je sudjelovao u utaji poreza.“

30 Radi se isključivo o slučaju izričito navedenom u čl. 27. OPZ-a koji utvrđuje odgovornost poreznog platca (osobe koja je dužna obračunavati, obustavljati, uplaćivati i prijavljivati porez u ime i za račun druge osobe), kao jamca platca za porez koji se naplaćuje po odbitku (o pojmu poreza po odbitku vidi: Arbutina, H., Ott, K., *Porezni leksikon s višejezičnim rječnikom: engleski, hrvatski, francuski, njemački, španjolski*, Institut za javne financije, Zagreb, 1999., str. 374.). Dok je pojam poreznog platca uvrježen u terminologiji poreznog prava, pojam jamca platca očito je preuzimanje rješenja iz građanskog prava. U ovom slučaju iz čl. 111., st. 3. ZOO-a koji određuje: „*Ako se jamac obvezao kao jamac platca, odgovara vjerovniku kao glavni dužnik za cijelu obvezu i vjerovnik može zahtijevati njezino ispunjenje bilo od glavnog dužnika bilo od jamca ili od obojice u isto vrijeme.*“ Jamac platca, dakle, prema propisima građanskog prava odgovara solidarno, a ovakav je oblik odgovornosti predviđen i OPZ-om u posebno propisanim slučajevima, kako je opisano *supra*.

porez i 3) ako je fizička ili pravna osoba sudjelovala u utaji poreza. Na odgovornost navedenih osoba primjenjuje se čl. 21., st. 2. OPZ-a, kojim se definira pojam solidarnih dužnika, odnosno određuje značenje solidarne odgovornosti više osoba za isti porezni dug. Sukladno tomu, u tri navedena slučaja porezni jamac „odgovara poreznom tijelu kao glavni dužnik, pa može biti pozvan na plaćanje poreznog duga prije glavnog dužnika ili zajedno s njim“, ³¹ o čemu odlučuje porezno tijelo. Radi veće preglednosti rada, cjeloviti prikaz materijalnih odredbi OPZ-a (do stupanja na snagu ZIDOPZ-a) kojima je bila uređena odgovornost određenih osoba kao zakonskih poreznih jamaca, iznosimo *infra* u tablici 1.

OPZ sve do novele iz 2012., nije sadržavao posebna postupovna pravila, koja bi se primjenjivala u odnosu na utvrđivanje postoje li pravne činjenice, za koje zakon veže nastanak odgovornosti fizičke ili pravne osobe kao poreznog jamca. To znači da je i u odnosu na zakonske porezne jamce u obzir dolazila primjena općih pravila OPZ-a o utvrđivanju činjenica bitnih za oporezivanje, kao najvažnije faze poreznog postupka. ³² Porezna tijela su se, dakle, mogla, i još uvijek mogu, koristiti širokim zakonski predviđenim instrumentarijem, kako bi utvrdili je li koja od pretpostavki o odgovornosti određene osobe kao poreznog jamca, određenih u apstraktnim pravilima čl. 26.do 32. OPZ-a, ispunjena u odnosu na konkretni porezno-dužnički odnos.

Ako je odgovor potvrđan, u odnosu na zakonskog poreznog jamca od kojeg se porezni dug može naplatiti mora se uvijek, u skladu s čl. 93. OPZ-a, donijeti porezno rješenje – rješenje o naplati poreza na osnovi jamstva. Pritom porezno tijelo mora poštivati sve odredbe OPZ-a koje se odnose na porezna rješenja. ³³ Odredbu čl. 93., st. 2. OPZ-a, kojom se određuje da se rješenje o naplati poreza na osnovi jamstva ne može donijeti, ukoliko porezna obveza poreznog obveznika (glavnog dužnika) nije dospjela ili je prestala (zbog zastare prava na naplatu ili otpisa), tumačimo kao odraz shvaćanja o akcesornosti i načelnoj supsidijarnosti poreznog jamstva, kao njegovim glavnim obilježjima. Ako se u tim slučajevima rješenje u odnosu na jamca ipak donese, „bit će po službenoj dužnosti ili na zahtjev poreznog obveznika ili jamca objavljeno ništavim.“ ³⁴

Konačno valja dodati kako protiv rješenja o naplati poreza na osnovi jamstva porezni jamac ima pravo žalbe kao redovni pravni lijek, ali i pravo na pokretanje upravnog spora protiv drugostupanjske odluke. ³⁵ Poreznom jamcu se i inače priznaju sva postupovna prava kao i poreznom obvezniku te se, *mutatis mutandis*, u odnosu na njega primjenjuju i sve odredbe OPZ-a o pravima poreznih obveznika u poreznom postupku. ³⁶

31 Budić, M., *et al.*, *Opći porezni zakon s komentarom*, Institut za javne financije, 2001., Zagreb, str. 41.

32 Detaljnije o utvrđivanju činjenica bitnih za oporezivanje vidi: Šimović, J. *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 15., str. 244.-252.

33 Detaljnije o poreznom rješenju vidi: *ibid.*, str. 252.-256.

34 Budić, M., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 31., str. 96.

35 Detaljnije o pravnim lijekovima u poreznom postupku vidi: Šimović, J. *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 15., str. 282.-307.

36 Tako se, primjerice, i poreznim jamcima treba, prema čl. 7. OPZ-a, priznati pravo na očitovanje o svim činjenicama i okolnostima bitnima za donošenje poreznog akta.

Tablica 1.: prikaz zakonskog poreznog jamstva do stupanja na snagu ZIDOPZ-a

<i>porezni jamac</i>	<i>pravni emelj odgovor- nosti</i>	<i>pretpostavke odgovornosti</i>	<i>oblik odgovor- nosti</i>	<i>opseg odgovornosti</i>
zakonski zastupnik poreznog obveznika	čl. 26. OPZ-a (u vezi s čl. 32. OPZ-a)	pri obavljanju poslova alternativno ispunjenje jedne od pretpostavki: 1. počinjenje kaznenog djela utaje poreza 2. sudjelovanje u utaji poreza 3. bespravno smanjenje poreza ili ostvarenje druge porezne povlastice za zastupane osobe	soli- darna	neograničena odgovornost za manje plaćeni porez i kamate
zastupnik ili upravitelj udruženih osoba i imovinskih masa bez pravne osobnosti				
porezni platac	čl. 27. OPZ-a	postojanje obveze poreznog platca na obračun, obustavu, uplatu i prijavu poreza u ime i za račun druge osobe	soli- darna	neograničena odgovornost za porez po odbitku
osoba koja vodi poslovne knjige poreznog obveznika	čl. 28. OPZ-a	neuredno/neistinito/ nepravodobno vođenje poslovnih knjiga	supsi- dijarna	neograničena odgovornost za manje plaćeni porez i kamate
osoba koja ispostavlja isprave		ispostavljanje neistinitih i nevjerodostojnih isprava		
preuzimatelj gospodarske cjeline	čl. 30. OPZ-a	prijenos vlasništva gospodarske cjeline s poreznog obveznika na preuzimatelja	supsi- dijarna	ograničena odgovornost za poreze vezane uz poslovanje gospodarske cjeline i za porez po odbitku*

<i>porezni jamac</i>	<i>pravni emelj odgovor- nosti</i>	<i>pretpostavke odgovornosti</i>	<i>oblik odgovor- nosti</i>	<i>opseg odgovornosti</i>
utajivači poreza	čl. 32. OPZ-a	umanjenje/ neiskazivanje porezne obveze kao posljedica utaje ili pomaganja/ prikriivanja utaje poreza	soli- darna	neograničena odgovornost za manje plaćeni ili utajeni porez i kamate
pomagatelji/ prikrivatelji utaje				
vlasnici stvari ili prava**	čl. 31. OPZ-a	kumulativno ispunjenje dviju pretpostavki: 1. većinska članska prava u trgovačkom društvu 2. vlasništvo nad stvarima ili pravima koji služe za obavljanje djelatnosti društva	soli- darna	ograničena odgovornost za poreze vezane uz poslovanje društva

Napomene: * odgovornost ograničena visinom vrijednosti stečene gospodarske cjeline (definirane u čl. 33.-36. OPZ-a)

** odredba ukinuta stupanjem na snagu ZIDOPZ-a (detaljnije: *infra*, poglavlje 3.1.2.)

3. IZMJENE POREZNOG JAMSTVA NAKON STUPANJA NA SNAGU ZIDOPZ-A

ZIDOPZ je stupio na snagu 21. kolovoza 2012. Odredbe OPZ-a koje su doživjele izmjene i dopune odnose se na niz pitanja, među kojima posebno ističemo promjene u institutima porezne tajne i poreznog jamstva.³⁷ Upravo su te promjene odraz općih ciljeva koji su se donošenjem ZIDOPZ-a htjeli postići, jačanja financijske (porezne) discipline te veće učinkovitosti poreznih tijela pri naplati poreza.³⁸ O učinkovitosti naplate poreza u RH dovoljno govori gotovo nevjerovatan

37 Za kratki prikaz svih izmjena i dopuna vidi: Matković, B., *Komentar Zakona...*, op. cit., u bilj. 11., str. 3.-9.

38 Prema: Vlada RH, *Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona*, str. 2.-7.

podatak kako je 1. siječnja 2012. ukupni porezni dug (glavnica i kamate) iznosio preko 50 milijardi HRK.³⁹ S obzirom na to da naplata poreza, najznačajnijeg oblika javnih prihoda u suvremenim državama, u bitnome ovisi o kvaliteti i učinkovitosti porezne administracije i porezno-postupovnog okvira, hrvatski je zakonodavac očito imao namjeru navedene opće ciljeve ostvariti intervencijama u OPZ. Što se tiče specifičnih ciljeva zbog kojih se mijenjaju i dopunjuju odredbe o zakonskom poreznom jamstvu, oni su izraženi u prijedlogu ZIDOPZ-a. Ukratko se mogu opisati kao pojačanje položaja poreznih tijela kao vjerovnika u porezno-dužničkom odnosu te sprječavanje različitih pojava oblika zloraba u poslovanju trgovačkih društava, koji kao posljedicu imaju nemogućnost naplate poreznog duga.⁴⁰ Izmjene i dopune odredbi koje se odnose na zakonsko porezno jamstvo možemo podijeliti na izmjene materijalne i izmjene postupovne naravi.

3.1. Materijalne odredbe

Nove materijalne odredbe koje se odnose na institut poreznog jamstva, ubačene su u glavu IV. („Porezno-dužnički odnos“), odjeljak 2. („Odredbe o odgovornosti“) OPZ-a, gdje nalazimo i ostale, *supra* prikazane, odredbe (čl. 26.-32.) o poreznom jamstvu. Novim se odredbama zapravo širi krug osoba koje odgovaraju za tuđi porezni dug kao *ex lege* porezni jamci. I to samo u odnosu na porezne dugove čiji je glavni porezni dužnik trgovačko društvo.⁴¹ Osobe koje, prema novim odredbama, odgovaraju kao porezni jamci za porezni dug trgovačkih društava, možemo općenito podijeliti u dvije osnovne skupine: 1) članovi uprave i izvršni direktori trgovačkog društva te povezane osobe, čija se odgovornost uspostavlja novim čl. 26.a OPZ-a i 2) članovi trgovačkog društva, čija se odgovornost uspostavlja novim čl. 26.b OPZ-a.

Najprije valja navesti odredbe OPZ-a koje se *rationae personae* primjenjuju na obje navedene skupine. To je čl. 26.d, koji uređuje njihovu odgovornost kao

39 Prema: Vlada RH, *Izmjene ..., op. cit.*, u bilj. 13. Usporedbe radi, ovaj iznos gotovo dostiže ukupni planirani deficit konsolidirane opće države u razdoblju 2011.-2015.! (prema: Ministarstvo financija (2012), *Smjernice ekonomske i fiskalne politike 2013.-2015.*, str. 32.). Ipak, podatku o visini ukupnog poreznog duga valja *a priori* pristupiti s oprezom, jer ne postoji službeni podatak o tomu koliki se dio duga odnosi na zastarjele obveze, u smislu odredbi OPZ-a o zastari prava na naplatu poreza.

40 U prijedlogu ZIDOPZ-a tako se navodi kako su „u praćenju primjene OPZ-a uočeni problemi koji nastaju prilikom naplate poreza zbog nepodmirenih obveza brojnih pravnih osoba koje su u dužem vremenskom razdoblju neaktivne ili je nad njima otvoren stečajni postupak, a poslovanje je preneseno na druge nove tvrtke sa ciljem izbjegavanja plaćanja poreza. Uočene su pojavnosti osnivanja trgovačkih društava, ponajviše društva s ograničenom odgovornošću, u velikom broju slučajeva i samo sa jednim članom, slučajevi u kojima su pojedinci i društva osnovali veliki broj novih pravnih osoba, te formirali niz lanaca preko kojih se odvija poslovanje.“ Više o pojedinim pojavnim oblicima manipulacija i zloraba koje značajno utječu na nemogućnost naplate poreznog duga vidi: Vlada RH, *Konačni ..., op. cit.*, u bilj. 38., str. 15.-16.

41 Pojam i vrste trgovačkih društava u RH određeni su u čl. 2. ZTD-a.

zakonskih poreznih jamaca, što nužno pretpostavlja i potrebu primjene svih odredbi OPZ-a koje se općenito odnose na porezne jamce.⁴² Budući da nijedna posebna odredba ne propisuje odgovornost neke od navedenih osoba kao solidarnog jamca, možemo zaključiti kako je njihova odgovornost uvijek supsidijarna.⁴³ Također, sukladno čl. 26.d OPZ-a, odgovornost navedenih osoba kao poreznih jamaca može biti utvrđena tek po provođenju posebnog dijela poreznog postupka, postupka utvrđivanja zloporabe prava i donošenja rješenja kojim se taj postupak zaključuje.⁴⁴

Opće materijalnopravno značenje ima i odredba čl. 26.c OPZ-a, u kojoj se taksativno navode posebni slučajevi odgovornosti, u kojima će se u svakom slučaju (bez obzira na posebne odredbe iz čl. 26.a-26.b) uspostaviti odgovornost obje skupine osoba kao zakonskih poreznih jamaca.⁴⁵ Zapravo se radi o preuzimanju odredbi Kaznenog zakona⁴⁶ i ZTD-a koje se odnose na određena gospodarska kaznena djela.⁴⁷ Očito je namjera zakonodavca da odgovornost poreznog jamca protegne na osobe koje su izvršile radnju (činjenje ili nečinjenje), koja je dio bića taksativno navedenih, gospodarskih kaznenih djela. Pretpostavlja se, naime, da takve radnje mogu osobito utjecati na nemogućnost naplate poreznog duga. Te su radnje:

1. prividni ili besplatni prijenos imovine trgovačkog društva (glavnog poreznog dužnika) na trgovačko društvo, koje su osnovali sami ili s drugim osobama; drugi oblici prividne prodaje, opterećenja bez odgovarajuće protučinidbe ili besplatnog ustupa povezanim osobama, cijele ili dijela imovine; slučajevi oštećenja, uništenja ili činjenja neupotrebljivom imovine trgovačkog društva;
2. zaključenje prividnog pravnog posla ili priznanje nepostojeće tražbine trgovačkom društvu koje su osnovali sami ili s drugim osobama;
3. umanjenje imovine ili prikrivanje imovinskog stanja; nepodnošenje zakonom propisanih godišnjih izvješća; nepokretanje stečajnog postupka.

42 Vidi *supra*, poglavlje 2.1.

43 To jasno proizlazi i iz čl. 158a st. 2. OPZ-a.

44 Vidi *infra*, poglavlje 3.3.

45 Čl. 26.c OPZ-a određuje kada su „osobito“ ispunjene pretpostavke odgovornosti osoba navedenih u čl.26.a-26.b. Takav izričaj može navesti na zaključak kako se radi o primjeričnoj listi, te da postoji još slučajeva posebno navedenih u čl. 26c, koji bi mogli dovesti do uspostavljanja odgovornosti temeljem ove odredbe. Međutim, cilj je odredbe uspostaviti odgovornost osoba koje su počinile posebno grube povrede načela savjesnog i urednog gospodarenja. I to stoga što su počinile radnje, ili su se okoristile njima (ako se radi o povezanim osobama), koje temeljem drugih zakona mogu dovesti i do kaznene odgovornosti. U tim slučajevima je („osobito“) opravdano uspostavljanje zakonskog poreznog jamstva, bez obzira jesu li ispunjene pretpostavke odgovornosti iz čl.26.a-26.b. Načelo pravne sigurnosti traži da se takvi slučajevi navedu taksativno, pa smatramo kako i ovu odredbu treba tako tumačiti. U svim slučajevima koji se ne mogu podvesti pod čl. 26c u obzir dolazi uspostavljanje odgovornosti prema posebnim odredbama čl.26.a-26.b.

46 Kazneni zakon (NN, br. 125/11., 144/12.; dalje: KZ)

47 Radi se o preuzimanju, uz određena odstupanja, odredbi koje se odnose na kazneno djelo prouzročenja stečaja (čl. 249., st. 1., toč. 1.-2. KZ-a) te nekih kaznenih djela iz dijela 5., glave II., odjeljka 1. ZTD-a.

3.1.1. Odgovornost članova uprave i izvršnih direktora društava kapitala te povezanih osoba

OPZ izričito propisuje da članovi uprave i izvršni direktori društava kapitala odgovaraju kao porezni jamci, pod pretpostavkom da pri vođenju poslova društva zloupotrebljavaju svoje ovlasti, a što za posljedicu ima nemogućnost ispunjenja obveza iz porezno-dužničkog odnosa (plaćanje poreznog duga društva) i oštećenje poreznog tijela kao vjerovnika u tom odnosu.⁴⁸ Primjericnom metodom navodi se i koje se radnje, za koje su odgovorni članovi uprave ili izvršni direktori, osobito mogu smatrati uzrokom nemogućnosti naplate poreznog duga. To su: 1) preusmjeravanje novčanih tokova na druge pravne ili fizičke osobe radi izbjegavanja plaćanja poreznih obveza, 2) korištenje društva radi postizanja zabranjenih ciljeva, koje inače sami ne bi mogli postići i 3) umanjeње ili otuđenje imovine društva.⁴⁹

Opravljanje za uspostavljanje zakonskog poreznog jamstva navedenih osoba za porezne dugove trgovačkog društva njihove su ovlasti pri vođenju poslova društava kapitala,⁵⁰ te mogućnost da odgovaraju za štetu koju su nanijeli društvu povredom svoje dužnosti da poslove društva vode s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika. *Sedes materiae* za oba spomenuta pitanja u RH jest ZTD. „Vođenje poslova društva jest svako djelovanje usmjereno ostvarenju cilja zbog kojeg je društvo osnovano i ne odnosi se na osnove društva.“⁵¹ Društva kapitala u RH su, prema odredbama ZTD-a, društvo s ograničenom odgovornošću (dalje: d.o.o.) i dioničko društvo (d.d.). ZTD izričito propisuje kako je za vođenje poslova d.o.o.-a i d.d.-a ovlaštena uprava, organ koji moraju imati oba oblika društva kapitala.⁵² Uprava se može sastojati od jedne ili više fizičkih osoba kao njezinih članova, koji moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika te, ako tu svoju dužnost povrijede, odgovaraju za štetu koju su time nanijeli trgovačkom društvu.⁵³ Značajno je kako i vjerovnici društva, pa tako i porezna tijela, mogu u građanskom postupku prema članovima uprave postaviti zahtjev za naknadu štete, ukoliko svoje tražbine ne mogu podmiriti od samog društva.⁵⁴ ZTD predviđa i mogućnost izbora monističkog ustroja d.d.-a,

48 Čl. 26.a, st. 1. OPZ-a

49 Čl. 26.a, st. 2. OPZ-a

50 U tom smislu je i čl. 26.a naslovljen „Odgovornost osoba koje vode poslove društva i povezanih osoba“.

51 Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, *Društva kapitala*, Svezak I., *Dioničko društvo*, Organizator, Zagreb, 2010., str. 709.-710.

52 Detaljnije o razlikama u ovlastima za vođenje poslova društva uprave d.d.-a i uprave d.o.o.-a vidi: Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, *Društva kapitala*, Svezak II., *Društvo s ograničenom odgovornošću; Društvo za uzajamno osiguranje; Kreditna unija*, Organizator, Zagreb, 2010., str. 372.-374.

53 Čl. 252., st. 1. i 2. ZTD-a. Primjericna lista slučajeva u kojima se pretpostavlja odgovornost za štetu navedena je u čl. 252., st. 3. ZTD-a. Detaljnije o odgovornosti članova uprave d.o.o.-a za štetu vidi: *ibid.*, str. 391.-403. O odgovornosti članova uprave d.d.-a za štetu vidi: Barbić, J., *op. cit.*, u bilj. 50., str. 790.-832.

54 Čl. 252., st. 5. ZTD-a.

što predstavlja odstupanje od načelno dualističkog ustroja d.d.-a, koji počiva na striktno odvojenim ovlastima uprave i nadzornog odbora d.d.-a. Monistički ustroj pretpostavlja postojanje jednog organa – upravnog odbora – u kojem se objedinjuju funkcije vođenja poslova društva i nadzora nad vođenjem poslova društva.⁵⁵ U tom slučaju poslove društva vode izvršni direktori, koje imenuje upravni odbor. Na odgovornost izvršnih direktora na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ZTD-a kojima je uređena odgovornost članova uprave u dualistički ustrojenom d.d.-u.⁵⁶

S obzirom na ovlasti članova uprave i izvršnih direktora d.o.o.-a i d.d.-a pri vođenju poslova, ali i zastupanju društva,⁵⁷ jasno je kako njihove radnje, bilo činjenja ili nečinjenja, mogu izravno utjecati na mogućnost naplate poreznog duga trgovačkog društva. U tom smislu važno je, uz primjerično navođenje zloraba iz čl. 26.a, st. 2., imati na umu i taksativni popis slučajeva iz čl. 26.c, kod kojih se smatra da je pretpostavka odgovornosti ovih osoba ispunjena (npr. nepokretanje stečajnog postupka, suprotno odredbama Stečajnog zakona⁵⁸). Bitno je naglasiti kako u svakom pojedinom slučaju mora postojati uzročno-posljedična veza između radnje člana uprave ili izvršnog direktora i nemogućnosti naplate poreznog duga, a što utvrđuju porezna tijela u posebnoj dijelu poreznog postupka, opisanog dalje u radu.

Osim članova uprave i izvršnih direktora društva, temeljem čl. 26.a, st. 4. može se uspostaviti i odgovornost osoba koje su, u smislu odredbi OPZ-a, s njima povezane, a u čiju je korist poduzeto raspolaganje na štetu društva. Pojam povezanih osoba izričito je određen u čl. 41. OPZ-a te obuhvaća veoma širok krug fizičkih ili pravnih osoba.⁵⁹ Tako se, ako primjerice, član uprave d.o.o.-a nedopuštenim

55 Mogućnost monističkog ustroja d.d.-a uređena je u čl. 272a-272o ZTD-a. Detaljnije o monističkom i dualističkom ustroju d.d.-a vidi: *ibid.*, str. 645.-670.

56 Detaljnije o ovome vidi: *ibid.*, str. 1061.-1063.

57 Članovi uprave d.o.o.-a i d.d.-a s dualističkim ustrojem, kao i izvršni direktori d.d.-a s monističkim ustrojem temeljem zakona su ovlašteni zastupati društvo. Općenito o zastupanju trgovačkih društava, osobama koje su ovlaštene zastupati društvo, te njihovim ovlastima vidi: Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga prva, *Opći dio*, Organizator, Zagreb, 2008., glava II, poglavlje 13. (str. 389.-512.).

58 Stečajni zakon (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12., 133/12.).

59 Pravila OPZ-a o povezanim osobama u bitnome su se mijenjala ZIDOPZ-om (detaljnije o ovome vidi: Matković, B., *Komentar zakona ...*, op. cit., u bilj. 11., str. 5.-6.). Prema čl. 41., st. 1. OPZ-a povezane osobe su „osobe kod kojih je ispunjen najmanje jedan od sljedećih uvjeta: 1. dvije ili više fizičkih ili pravnih osoba koje za izvršavanje obveza iz porezno-dužničkog odnosa predstavljaju jedan rizik jer jedna od njih ima, izravno ili neizravno, kontrolu nad drugom ili drugima, 2. dvije ili više fizičkih ili pravnih osoba koje za izvršavanje obveza iz porezno-dužničkog odnosa predstavljaju jedan rizik jer jedna od njih ima, izravno ili neizravno, značajan utjecaj na drugu ili druge, 3. dvije ili više fizičkih ili pravnih osoba između kojih ne postoji odnos kontrole iz točke 1. ovoga stavka ili značajan utjecaj iz točke 2. ovoga stavka, ali koje predstavljaju jedan rizik za izvršavanje obveza iz porezno-dužničkog odnosa jer su međusobno povezane tako da postoji velika vjerojatnost da uslijed pogoršanja ili poboljšanja gospodarskog i financijskog stanja jedne osobe može doći do pogoršanja ili poboljšanja gospodarskog i financijskog

zahvatom umanju imovinu društva u korist drugog društva u kojem ima kontrolu⁶⁰, a to kao posljedicu izazove nemogućnost naplate cijelog ili jednog dijela poreznog duga d.o.o.-a, uspostavlja supsidijarna odgovornost i člana uprave i drugog društva kao zakonskih poreznih jamaca za taj porezni dug.⁶¹ Važno je naglasiti kako članovi uprave i izvršni direktori društva odgovaraju neograničeno cijelom svojom imovinom,⁶² dok je odgovornost povezanih osoba ograničena visinom koristi koju su imale od nedopuštenih radnji u pitanju.

3.1.2. Odgovornost članova trgovačkog društva

Čl. 26.b OPZ-a pravni je temelj za uspostavu odgovornosti članova trgovačkog društva, kao poreznih jamaca, za porezni dug društva. Pretpostavka odgovornosti jest zloraba pravila da članovi d.o.o.-a, dioničari d.d.-a i komanditori u komanditnom društvu (dalje: k.d.) načelno ne odgovaraju za obveze društva, pa tako ni za one iz porezno-dužničkog odnosa. Čl. 26.b OPZ-a u tom smislu preuzima pravila sadržana u čl. 10. ZTD-a, koja uređuju pitanje odgovornosti članova trgovačkog društva za obveze društva.

Trgovačka društva imaju pozitivnim pravnim poretom priznatu pravnu osobnost, odvojenu od osobnosti njihovih članova, fizičkih ili pravnih osoba. Kada u pravnom prometu društvo ulazi u ugovorne odnose, obveza u svakom slučaju nastaje za samo društvo, a tek pod određenim, zakonom propisanim uvjetima, i za članove. Isto se odnosi i na *ex lege* obveze te izvanugovorne obveze. „Društvo pravna osoba uvijek odgovara za svoje obveze cijelom svojom imovinom jer je riječ o njegovoj obvezi.“⁶³ I u poreznom se pravu odražava načelo odvojenosti osobnosti društva od članova, utvrđenog pravilima privatnog prava. U skladu s time, samo trgovačko društvo (a ne njegovi članovi) sudionik je poreznopravnog i porezno-dužničkog odnosa, i to s obzirom na čitav niz poreznih oblika, uređenih poreznim materijalnim pravom. Trgovačka društva sudionici porezno-dužničkog odnosa cijelom svojom imovinom odgovaraju za vlastite porezne obveze, a samo u

stanja jedne ili više drugih osoba, jer se između njih provodi ili postoji mogućnost prijenosa gubitaka, dobiti ili sposobnosti za plaćanje.“

Čl. 41., st. 2. određuje kako se „*smatra da postoji odnos povezanih osoba iz ovoga članka i između poreznog dužnika i: njegovog bračnog druga, njegovog krvnog srodnika u ravnoj liniji, u pobočnoj liniji do četvrtog stupnja, po tazbini do istog stupnja bez obzira da li je brak prestao ili nije, posvojitelja, posvojenika, skrbnika, osobe pod skrbništvom, staratelja, osobe pod starateljstvom, te osobe koja s njime živi u zajedničkom kućanstvu.*“

60 Pojam kontrole definiran je u čl. 40.c OPZ-a.

61 Manipulacije u gospodarskom poslovanju osnivanjem novih d.o.o.-a s jednim članom u korist kojih se otuđuje imovina drugih društava, jedan je od najčešćih pojava oblika zlorabe, čija je posljedica nemogućnost naplate poreznog duga (prema: Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, str. 6.).

62 Temeljem čl. 26.a, st. 3. OPZ-a osobna odgovornost članova uprave i izvršnih direktora postoji i kada se oni koriste drugim osobama koje djeluju kao njihovi povjerenici, tako da se u društvu kao član iskazuje netko drugi, ali to čini po njihovim nalogima i uputama.

63 Barbić, J., *op. cit.*, u bilj. 56., str. 297.

zakonom određenim slučajevima za te će obveze biti odgovorni i njihovi članovi.⁶⁴

Opće pravilo iz čl. 10., st. 2. ZTD-a (preuzeto u čl. 26.b, st. 2. OPZ-a) propisuje kako članovi društava kapitala te komanditori u k.d.-u ne odgovaraju za obveze društva. Čini se kako je upravo to razlog što praksa ukazuje na često korištenje nekim od oblika društva kapitala.⁶⁵ Od ovog općeg pravila iznimku predstavljaju slučajevi koji se zajednički mogu odrediti radnjama kojima član društva zlorabi svoju načelnu neodgovornost za obveze društva. U tim se slučajevima odgovornost može uspostaviti temeljem opće klauzule o zabrani zlorabe iz čl. 10., st. 3. ZTD-a (preuzeto u čl. 26.b, st. 3. OPZ-a). Ovim se pravilom zapravo uređuje institut proboja pravne osobnosti, tj. „ukidanje odvojenosti društva i članova kojom se inače uklanja odgovornost članova za obveze društva i omogućuje vjerovnicima da, naposljetku, svoje tražbine namire i iz imovina članova.“⁶⁶ Za primjenu ovog instituta i uspostavljanje odgovornosti člana društva pretpostavka jest zloraba njegove neodgovornosti, što nedvojbeno predstavlja primjenu jednog od osnovnih načela obveznih odnosa, načela zabrane zlorabe prava.⁶⁷ Činjenica zlorabe mora se procjenjivati i dokazati u svakom pojedinom slučaju,⁶⁸ osim ako se ne radi o nekom od kvalificiranih oblika zlorabe, kod kojih se ona ne mora dokazati.⁶⁹

64 Važno je naglasiti kako se slučajevi u kojima članovi odgovaraju za obveze društva ne smiju miješati sa snošenjem rizika ulaganja u društvo (prema: *loc. cit.*). Naime, udjel svakog člana društva u pravnom je smislu dio imovine društva, zasebne pravne osobe, kojom ona odgovara za vlastite obveze. U slučaju poslovnog neuspjeha, primjerice stečaja ili likvidacije društva, član društva gubi vrijednost svoga udjela, ali se ne može govoriti kako je došlo do odgovornosti člana za obveze društva (pa tako ni za porezne obveze), već jednostavno o činjenici snošenja poslovnog rizika.

65 „Stvaranjem većeg broja takvih društava za obavljanje različitih poslova postiže se ograničenje glede snošenja nepovoljnih posljedica poslovanja (rizik se ograničava samo na uložena sredstva), a osigurava se pribavljanje svih koristi dobrog poslovanja korištenjem članskih ovlasti u društvu.“ (*loc. cit.*). Slično stajalište, s obzirom na razlog odabira nekog od društava kapitala kao oblika društva, izrazio je i Slakoper (vidi: Slakoper, Z., *Osobna odgovornost članova društava kapitala za obveze tih društava prema njihovim vjerovnicima* (čl. 10., st. 3. ZTD), Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij., 1999, vol. 20, br. 2, 1999., str. 774.). To posebno, čini se, dolazi do izražaja kada se radi o d.o.o.-u, najrasprostranjenijem trgovačkom društvu u RH (prema: Širola, N., *Odgovornost članova društva s ograničenom odgovornošću za nedopušten zahvat u imovinu društva*, Zbornik PFZ, vol. 61., br. 5., 2011., str. 1687.).

66 Barbić, J., *op. cit.*, u bilj. 56., str. 299. Važno je napomenuti kako se navedene odredbe mogu *rationae personae* primijeniti samo u odnosu na članove društva, što obuhvaća „ne samo fizičke osobe kao članove društva nego i na pravne osobe kao članove društva“ (Slakoper, Z., *op. cit.*, u bilj. 64., str. 781.).

67 Detaljnije o ovome vidi: *ibid.*, str. 779. O načelu zabrane zlorabe u poreznom pravu vidi *infra*, poglavlje 4.

68 Prema: Braut Filipović, M., *Odgovornost društva majke za obveze društva kćeri*, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij., vol. 32, br. 2, 2011., str. 817.

69 Ti su slučajevi primjerično navedeni u odredbi čl. 10., st. 4. ZTD-a (preuzetom u čl. 26.b, st. 4. OPZ-a) koja glasi: „Smatra se da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva iz stavka 3. ovoga članka osobito:

1. ako koristi društvo za to da bi postigao cilj koji mu je inače zabranjen; 2. ako koristi društvo da bi oštetio vjerovnike; 3. ako protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina; 4. ako u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanju imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.“

S obzirom na izloženo uređenje, jasno je kako se i prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a mogla utvrditi odgovornost članova za porezne obveze društva, i to temeljem čl. 10., st. 3. ZTD-a, odnosno instituta proboja pravne osobnosti.⁷⁰ Preuzimanje navedenih materijalnih odredbi ZTD-a u OPZ ima bitne postupovne implikacije, jer dotad isključivo građanskopravna stvar (utvrđivanje odgovornosti članova za porezne obveze društva) o kojoj je mogao odlučivati isključivo trgovački sud u građanskom postupku postaje upravnom stvari o kojoj odlučuje porezno tijelo u poreznom postupku.⁷¹ Važno je, međutim, istaknuti kako razlike postoje i s materijalnopravnog aspekta, kada se radi o obliku odgovornosti. Naime, proboj pravne osobnosti prema ZTD-u rezultirat će uspostavom solidarne odgovornosti članova za obveze društva,⁷² dok se temeljem čl. 26.b OPZ-a uspostavlja supsidijarna odgovornost članova. To stoga što i u ovom slučaju dolazi do primjene odredbe čl. 26d OPZ-a, koja izričito određuje da i članovi društva odgovaraju kao porezni jamci, dakle supsidijarno.⁷³ Zaključujemo kako ovu novinu u OPZ-u treba tumačiti kao širenje kruga zakonskih poreznih jamaca preuzimanjem, *mutatis mutandis*, privatnopravnog instituta proboja pravne osobnosti.

Stupanjem na snagu ZIDOPZ-a prestala je potreba i za postojanjem odredbe iz čl. 31. OPZ-a.⁷⁴ Njime je bila uređena odgovornost, tzv. vlasnika stvari i prava za porezne obveze trgovačkog društva. *Rationae personae* odredba se primjenjivala u odnosu na osobe koje imaju većinska članska prava u društvu, a ujedno su i vlasnici stvari i prava koja služe za obavljanje djelatnosti društva. U slučaju ispunjenja navedenih kumulativnih uvjeta uspostavljala se ograničena odgovornost (do visine vrijednosti stvari ili prava u pitanju) za porezne obveze koje se odnose na poslovanje društva (npr. obveza plaćanja poreza na dodanu vrijednost), nastale u vrijeme u kojem su te osobe imale većinska članska prava. Ukinuta odredba čl. 31. OPZ-a u svakom se slučaju može povezati s načelom gospodarskog pristupa jer odražava shvaćanje kako se gospodarska korist ostvarena od stvari (npr. nekretnine) ili prava (npr. patenta) koja služe obavljanju djelatnosti društva može pripisati i vlasniku tih stvari ili prava.⁷⁵ Štoviše, analizom odredbe čl. 31. OPZ-a dolazi se do zaključka kako je i institut „proboja pravne osobnosti“ trgovačkog društva u odnosu na porezne dugove postojao u hrvatskom poreznom pravu i puno prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a, samo uz bitno drukčije zakonske pretpostavke. Pravilo iz čl. 31.

70 Slakoper posebno ističe kako se pravilo čl. 10., st. 3. ZTD-a, *rationae materiae* primjenjuje i u odnosu na javnopravne, pa time i porezne, obveze trgovačkog društva (Slakoper, Z., *op. cit.*, u bilj. 64., str. 780.).

71 Vidi *infra*, poglavlje 3.2.1.

72 Prema: *loc. cit.*, str. 783.

73 U postupovnom smislu odredba čl. 26.d OPZ-a ima odraz u propisivanju nemogućnosti naplate poreznog duga od trgovačkog društva, glavnog poreznog dužnika, kao nužne pretpostavke pokretanja postupka utvrđivanja zloporabe nakon kojeg osobe iz čl. 26.a i 26.b mogu rješenjem biti pozvani na plaćanje poreza na osnovi poreznog jamstva. Detaljnije o ovome vidi *infra*, poglavlje 2.2.

74 Ovaj je članak brisan čl. 3. ZIDOPZ-a.

75 Slično tome i: Budić, M., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 34., str. 42.

u praksi se ipak gotovo uopće nije primjenjivalo, a vjerojatno je razlog i njegova nomotehnička nepreciznost. Nije, naime, bilo određeno radi li se o supsidijarnoj ili solidarnoj odgovornosti⁷⁶, a do odgovornosti je u svakom slučaju dolazilo ispunjenjem navedenih kumulativnih uvjeta, bez obzira je li se u konkretnom slučaju radilo o kakvoj zloporabi prava.

3.2. Postupovne odredbe

Osobe na koje se odnose odredbe čl. 26.a-26.b OPZ-a odgovaraju kao porezni jamci za porezni dug trgovačkog društva tek ako se u posebnom dijelu poreznog postupka dokaže postojanje zakonskih pretpostavki njihove odgovornosti te donese porezno rješenje kojim se pozivaju na plaćanje poreznog duga.⁷⁷ U OPZ-u se taj dio poreznog postupka označava kao postupak utvrđivanja zloporabe prava, a uređen je odredbama čl. 158.a-158.f, objedinjenih u posebnoj glavi VI.a OPZ-a.⁷⁸

Postupak utvrđivanja zloporabe prava dio je poreznog postupka, koji porezna tijela provode po službenoj dužnosti, a čiji je cilj provjera i utvrđivanja onih činjenica koje su bitne za uspostavu odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a kao poreznih jamaca.⁷⁹ Pritom se postupak može provoditi u odnosu na sve porezne obveznike i druge osobe koje raspolažu činjenicama i dokazima bitnima za odlučivanje.⁸⁰ U čl. 158.d OPZ-a uređuje se koje su to činjenice predmet postupka utvrđivanja prava, što je u skladu i s materijalnim odredbama iz čl.26.a-26.c OPZ-a.⁸¹ Bitno ograničenje u provođenju ovog postupka jest kako se on može pokrenuti samo ako su prethodno neuspješno poduzete sve mjere prisilne naplate poreznog duga od trgovačkog društva glavnog dužnika te je porezni dug ostao nenaplaćen.⁸² Ostale postupovne odredbe pri utvrđivanju zloporabe prava i uspostavljanja odgovornosti

76 Tumačenjem čl. 31. u vezi sa čl. 21., st. 2. i čl. 30. OPZ-a valja zaključiti kako je odgovornost vlasnika stvari ili prava kao poreznog jamca bila solidarna.

77 Čl. 26.d OPZ-a

78 S obzirom na daljnju raščlambu ovog postupka, indikativno je smještanje odredbi kojim se on uređuje u OPZ-u. Naime, one su smještene neposredno nakon odredbi o ovršnom postupku u poreznim stvarima (glava VI., čl. 124.-158. OPZ-a). Detaljnije o porezno-ovršnom postupku vidi: Šimović, J. *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 15., str. 267.-278.

79 Čl. 158.a, st. 1. OPZ-a.

80 Čl. 158.c OPZ-a.

81 Čl. 158.d, st. 1. OPZ-a određuje: „U postupku utvrđivanja zloporabe prava utvrđuje se da li osoba nad kojom se postupak provodi: 1. koristi društvo za to da bi postigla cilj koji joj je inače zabranjen, 2. koristi društvo da bi oštetila porezno tijelo, 3. protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njezina imovina ili imovina povezanih društava ili osoba, 4. u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanju imovinu društva, iako je znala ili mogla znati da neće moći podmiriti svoje obveze, 5. sklapa pravne poslove ili raspolaže imovinom društva na način opisan u članku 26.c ovoga Zakona.“ Stavci 2. i 3. istog članka dodatno određuju kako „ako je poduzetnik fizička osoba, postupak utvrđivanja zloporabe prava može obuhvaćati i one činjenice koje nisu u vezi s njegovom gospodarskom djelatnošću. (3) Postupak utvrđivanja zloporabe prava kod društava kapitala ili društava osoba obuhvaća i provjeru odnosa bitnih za oporezivanje između člana društva i samog društva.“

82 Čl. 158.a, st. 2. OPZ-a. Za kritiku ovakvog ograničenja vidi: *infra*, poglavlje 3.2.2.

osoba iz čl. 26.a-26.b u biti predstavljaju, *mutatis mutandis*, preuzimanje rješenja kojima je u OPZ-u uređen porezni nadzor.⁸³ To se odnosi na obvezu dostave obavijesti o provođenju postupka zloporabe, sastavljanju zapisnika o provedenim radnjama, pravu prigovora na zapisnik, te, konačno, o donošenju rješenja kojim se ovaj postupak završava ako porezno tijelo utvrdi kako su ostvarene zakonske pretpostavke odgovornosti.⁸⁴ Ovo je rješenje po svim obilježjima zapravo rješenje o naplati poreza po osnovi jamstva.⁸⁵ To samo potvrđuje *infra* izneseno stajalište kako je pravo poreznog tijela na utvrđivanje zloporabe prava samo dio njegova prava iz porezno-dužničkog odnosa na naplatu poreza.

Uređenje postupka utvrđivanja zloporabe prava u OPZ-u opravdano trpi kritike. U nastavku se analiziraju dva pitanja koja zaslužuju osobitu pažnju: pitanje nadležnosti poreznog tijela za vođenje ovog postupka te pitanje porezne zastare unutar tematizirane problematike, odnosno dokazivanja zloporabe prava u porezno-dužničkom odnosu.

3.2.1. Pitanje opravdanja nadležnosti poreznih tijela

Jedna od osnovnih primjedbi upućenih po stupanju na snagu novih, *supra* opisanih, odredbi OPZ-a jest ustanovljenje nadležnosti⁸⁶ poreznih tijela za utvrđivanje, u okviru poreznog postupka, postojanja zloporabe te odlučivanje o odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a za porezne obveze trgovačkog društva kao glavnog poreznog dužnika.⁸⁷ Naime, do stupanja na snagu ZIDOPZ-a, za

83 Ovdje valja naglasiti kako su porezni nadzor i postupak utvrđivanja zloporabe prava značajno različiti prema svojem cilju. Naime, porezni je nadzor u OPZ-u definiran kao dio poreznopravnog odnosa, usmjeren na utvrđivanje činjenica bitnih za oporezivanje, kako bi se utvrdilo jesu li prava i obveze u porezno-dužničkom odnosu pravilno utvrđene. Cilj je nadzora, dakle, omogućiti i/ili provjeriti je li najvažniji dio cjelokupnog poreznog postupka, utvrđivanje činjeničnog stanja, pravilno proveden. Pritom načelno nije bitno je li ranije utvrđeni porezni dug uredno podmiren ili je u tijeku postupak njegove prisilne naplate. Naime, porezni nadzor se može smatrati i ostvarenjem prava poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze. Tako i iz čl. 104. OPZ-a proizlazi kako provođenje poreznog nadzora nije dopušteno ako je nastupila zastara prava na utvrđivanje poreza. S druge strane, cilj postupka utvrđivanja zloporabe prava jest provjera i utvrđivanje činjenica koje predstavljaju zakonske pretpostavke uspostave poreznog jamstva u odnosu na osobe iz čl. 26.a-26.b OPZ-a, te, posljedično, donošenje rješenje o naplati poreza na temelju zakonskog poreznog jamstva. Time se omogućuje naplata poreznog duga trgovačkog društva koji je, unatoč provođenju svih mjera prisilne naplate ostao nepodmiren. Zato se ovaj postupak i provodi isključivo nakon što je neuspješno okončan postupak prisilne naplate poreznog duga.

84 Ove su odredbe sadržane u čl. 158.e i 158.f OPZ-a. S obzirom na sličnost uređenja s poreznim nadzorom, upućujemo na usporedbu relevantnih odredbi s rješenjima iz čl. 107. i 112. OPZ-a koja se odnose na porezni nadzor (o tome detaljnije: Šimović, J. *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 15., str. 262.-266.).

85 O rješenju o naplati poreza na osnovi jamstva vidi: *supra*, poglavlje 2.1.

86 „Nadležnost je u objektivnom smislu definirana kao djelokrug poslova određenog tijela. U subjektivnom smislu nadležnost je pravo i dužnost određenog tijela da postupa u određenoj pravnoj stvari ili da samo poduzme određenu radnju“ (*ibid.*, str. 242.).

87 Vidi npr.: Kačer, H., *Nove odgovornosti ...*, *op. cit.*, u bilj. 2., str. 130.

provođenje postupaka u kojima se mogla utvrditi odgovornost članova za obveze društva, kao i za postupke u kojima se mogla utvrditi odgovornost članova uprave i izvršnih direktora za štetu koju su nanijeli društvu, stvarno je nadležan bio isključivo sud (trgovački sud).⁸⁸ Nakon stupanja na snagu ZIDOPZ-a porezna tijela u poreznom postupku, tj. u njegovom posebnom dijelu, utvrđuju činjenice za koje zakon veže uspostavu odgovornosti te donose rješenje kojim se navedene osobe poziva da kao zakonski porezni jamci plate porezni dug trgovačkog društva. Analizi ovog problema valja pristupiti s dva aspekta. Prvi aspekt tiče se općenitog opravdanja za uspostavljanje nadležnosti poreznog tijela, kao javnopravnog tijela, za odlučivanje o odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b kao zakonskih poreznih jamaca. Drugi aspekt tiče se praktičnih problema u provedbi ovih postupaka poreznih tijela, vezanih uz sumnje o osposobljenosti i stručnosti poreznih službenika za provođenje jednog tako složenog postupka.

Vezano za prvi aspekt, smatramo kako na načelnoj razini u ovom slučaju nema mjesta kritici o „premještanju nadležnosti“ sa sudske na upravno-izvršnu vlast.⁸⁹ Za

88 Čl. 34b, toč. 4. Zakona o parničnom postupku (NN br. 148/11. (pročišćeni tekst)).

89 Smatramo kako je ovdje potrebno dati kratki pregled sličnosti i razlika između sudstva i javne uprave, odnosno njihovih funkcija u suvremenoj državi. I sudovi (u RH normativno određeni u čl. 2. Zakona o sudovima) i javnopravna tijela (u RH normativno određena u čl. 1. Zakona o općem upravnom postupku) ubrajaju se u širi pojam državnih organa (ili državnih tijela), koje možemo definirati kao „organizacijske jedinice države koje djeluju za državu realizirajući njezine ciljeve i zadaće i ne mogu se od nje odvojiti“ (Vuković, Đ., *Pravna država*, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2005., str. 3.). Vuković dalje navodi kako se „državne funkcije, legislativna, upravna i sudska, ostvaruju putem posebnih organa, kao integralnih, ali i diferenciranih dijelova cjeline prilagođenih za pojedine vrste poslova (...) Državni organi ostvaruju svoje zadaće, koje su im date u nadležnost, putem fizičkih osoba kao službenih osoba“ (*loc. cit.*). Bit načela diobe državne vlasti, koje je prvi put sustavno oblikovao Montesquieu u epohalnom djelu „O duhu zakona“ (Ženeva, 1748.), jest upravo u dodjeli različitih temeljnih državnih funkcija različitim tijelima (organima). Sokol ističe da kao kriterij određivanja i razlikovanja državnih funkcija valja potražiti zajednička načela djelovanja i obilježja akata državnih tijela u obavljanju poslova – bili oni istovrsni ili različiti – državne vlasti“ (Smerdel, B., Sokol, S., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 2005., str. 312.). Ujedno se opredjeljuje za kvadrilističko shvaćanje državnih funkcija, koja prepoznaje, uz zakonodavnu, sudsku i upravnu, posebno i izvršnu funkciju (*ibid.*, str. 313.). Možemo zaključiti kako u svim državama u kojima se ustavni model ustrojstva vlasti temelji na načelu diobe vlasti (vidi npr. čl. 4. Ustava RH), sudsku funkciju obavlja samostalno i neovisno sudstvo (isto i: čl. 117. Ustava RH), a upravnu funkciju tijela javne uprave. Teoretske kriterije razlikovanja upravne i sudske funkcije razvili su već Duguit i Jelinek, pritom inzistirajući na materijalno-funkcionalnim razlikama (detaljnije u: Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 256.). Međutim, razvojem pravne države, prema Borkoviću, gubi se stvarna sadržajna razlika između uprave i sudstva. Prvo, nakon prihvaćanja načela zakonitosti uprave u užem smislu, uprava je postavljena u isti odnos prema objektivnom pravnom poretu kao i druga državna tijela (*loc. cit.*). Drugo, „razvoj proceduralnog normiranja rezultirao je u mnogim zemljama propisivanjem i kodificiranjem načela upravnog postupanja (upravni postupak), u čemu se, i opet, uprava izjednačila sa sudstvom (...) Teško je, dakle, govoriti o nekoj stvarnoj materijalnoj – sadržajnoj razlici između uprave i sudstva, radije bi se moglo prihvatiti shvaćanje da postoji samo razlika formalno organizacijske prirode“ (*ibid.*, str. 257.). Triva i Dika također naglašavaju razlike na „organizacijskom

ustanovljenje nadležnosti sudstva ili javne uprave za postupanje u određenoj stvari ključnim se čini razgraničenje radi li se o građanskopravnoj ili upravnoj stvari. Pritom je u Hrvatskoj prisutna sadržajna neodređenost, i normativna i teoretska, i jedne i druge stvari.⁹⁰ Stupanjem na snagu ZIDOPZ-a nedvojbeno je kako utvrđivanje odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a za porezni dug trgovačkog društva postaje upravna stvar, o kojoj se odlučuje u poreznom postupku.⁹¹ Naime, jednom kad se ostvare pretpostavke za *ex lege* uspostavu poreznog jamstva, osobe u pitanju postaju sudionici porezno-dužničkog odnosa, a time se uspostavlja i nadležnost poreznih tijela za utvrđivanje činjenica relevantnih za oporezivanje i naplatu poreznog duga. S druge strane, pitanje proboja pravne osobnosti temeljem čl. 10., st. 3. ZTD-a, kao i drugih odredbi ZTD-a kojima se uređuje odgovornost članova trgovačkog društva, članova uprave i nadzornog odbora te izvršnih direktora, ostaje građanskopravna stvar, za čije su rješavanje i dalje stvarno nadležni trgovački sudovi. Ovakvu dihotomiju postupovnog uređenja možemo opravdati ciljevima politike koje je zakonodavac imao na umu pri noveliranju OPZ-a⁹² te

planu, naročito u pitanjima funkcionalne i organizacijske samostalnosti i međuzavisnosti sudskih i upravnih tijela“ (Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 95.). S obzirom na to da se u Hrvatskoj, s nadzakonskom pravnom snagom, izravno primjenjuje i Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava (MU br.18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.; dalje: EKLJP), upućujemo i na praksu Europskog suda za ljudska prava, koja pruža odgovore na pitanja koja se tijela mogu smatrati sudom (tribunalom), u smislu primjene čl. 6. EKLJP, kojim se jamči pravo na pošteno suđenje. Pritom je naglasak na svojstvima tijela, a ne na njegovom formalnom statusu (detaljnije o ovome vidi: Uzelac, A., *Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskoga suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu*, Zbornik PFZ, vol. 60., br. 1., 2010., str. 110.-112.).

- 90 Prema: Triva, S., Dika, M., *op. cit.*, u bilj. 89., str. 93. Triva i Dika spominju kako hrvatsko pravno uređenje *de lege lata* obiluje „sudskim stvarima uprave“ i „upravnim stvarima pravosuđa“, što tumače kao „posljedicu bivšeg ustavnopravnog uređenja koji se temeljio na načelu jedinstva vlasti i u kojemu na ustavnoj razini nisu bila jasno utvrđena pravila o razgraničenju nadležnosti sudbene i izvršne (upravne) vlasti“ (*ibid.*, str. 94.).
- 91 Naime, porezni postupak predstavlja specifični upravni postupak, pa i stvari u kojima se u poreznom postupku odlučuje o pojedinačnim pravima i obvezama (npr. naplata poreza na osnovi poreznog jamstva), neposrednom primjenom poreznih propisa, potpadaju u pojmovni obuhvat upravne stvari iz čl. 2. Zakona o općem upravnom postupku (NN br. 47/09.; dalje: ZUP). Više o pojmu upravne stvari vidi: Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 39.-42.
- 92 Triva i Dika ističu kako su upravo kriteriji političke prirode odlučni pri povjeravanju određene stvari sudstvu ili upravi. „Odluka zavisi od toga je li u određenoj pravnoj stvari primarna brzina, pojednostavljenje procesnih forma, elastičnost i svrsishodnost u rješavanju – svojstvena upravnom postupku, ili je, naprotiv, bitnije ostvarenje jačih procesnih garancija, neposredno, kontradiktorno i koncentrirano raspravljanje, veća mogućnost provjeravanja pravilnosti i zakonitosti donesenih odluka zahvaljujući složenijem sistemu sudskog instancijskog rješavanja stvari.“ (Triva, S., Dika, M., *op. cit.*, u bilj. 88., str. 95.). Kratkoročni fiskalni cilj naplate poreza od određenih osoba kao poreznih jamaca te dugoročni cilj jačanja porezne discipline putem borbe protiv zloraba u gospodarskom poslovanju bili bi u praksi potpuno neostvarivi ukoliko se utvrđivanje odgovornosti osoba iz čl.26.a-26.b ne bi poduzimalo u okviru poreznog postupka, već u okviru dugotrajnijih sudskih postupaka.

time što je odgovornost koju utvrđuju porezna tijela bitno drukčija od odgovornosti regulirane prema ZTD-u, i prema pravnom temelju, i prema obliku odgovornosti.⁹³ No, glavno opravdanje nalazimo u doktrini Europskog suda za ljudska prava, koji je, tumačenjem čl. 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava, postavio granice određenja pojma „prava i obveze građanske prirode.“⁹⁴ U više je navrata u praksi Suda utvrđeno kako prava i obveze iz područja oporezivanja nisu obuhvaćene tim pojmom. Temeljni razlog tomu jest shvaćanje Suda kako porezne stvari i dalje u bitnome obilježava javnopravna priroda odnosa između poreznih tijela i poreznih obveznika, o čemu je već bilo riječi *supra*. Metodom analogije zaključujemo kako se do istog zaključka dolazi i kada se radi o pravima i obvezama koje se utvrđuju u postupku utvrđivanja zlorabe prava, prema OPZ-u.⁹⁵

Problematičnijim se čini pitanje posjeduju li službenici poreznih tijela koji provode postupak utvrđivanja zlorabe prava dovoljnu razinu stručnosti i osposobljenosti za provođenje ovog postupka. Uostalom, „osposobljenost službenika za vođenje upravnih postupaka i rješavanje u njima smatra se osnovnom pretpostavkom moderne i učinkovite uprave.“⁹⁶ Kad se radi o predmetnom postupku, nedvojbeno je kako su pretpostavke za uspostavljanje zakonskog poreznog jamstva temeljem čl. 26.a-26.d OPZ-a puno složenije za utvrđivanje i dokazivanje u odnosu na druge slučajeve uspostave zakonskog poreznog jamstva.⁹⁷ Postupak primjene ovih pravila – podvođenje konkretnog pravnog odnosa pod apstraktni odnos opisan u pravilu – iziskuje visoko stručno poznavanje svih pojmova koji se pritom koriste. Pravni pojmovi iz odredbi čl. 26.a-26.b OPZ-a nisu pojmovi poreznog prava, već u najvećoj mjeri pojmovi izdvojene grane prava, prava društava, te se opravdano postavlja pitanje može li se izrada pravnog silogizma u primjeni predmetnih odredbi, prepustiti osobama koje nemaju specijalizirano znanje iz ovog područja, a često čak niti pravničko obrazovanje. Osobe koje su, prema čl. 158.b OPZ-a, ovlaštene provoditi postupak utvrđivanja zlorabe prava su inspektori službe

Dodajemo kako se i, s poredbenopravnog aspekta, može zaključiti da je napušten stav prema kojemu je odlučivanje o probodu pravne osobnosti u isključivoj nadležnosti sudova. Pri tomu ipak treba naglasiti da ako se u upravnom postupku od strane nadležnog upravnog tijela izvrši takvo „skidanje vela“ pravne osobnosti trgovačkih društava, tada u njemu mora biti zajamčena sudska kontrola i zaštita zakonitosti, čemu jest zadovoljeno u kontekstu razmatranja predmetnih odredbi OPZ-a (o ovim pitanjima detaljnije vidi npr. De Broe, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*, IBFD, 2008., str. 70.).

93 Vidi: *supra*, poglavlje 3.1.2.

94 Čl. 6., st. 1. EKLP-a jamči se pravo na pošteno suđenje u građanskim i kaznenim predmetima. Detaljnije o značenju ovog članka i određenju pojma prava građanske prirode vidi: Uzelac, A., *op. cit.*, u bilj. 89., str. 101.-148.).

95 Upućujemo na presudu Europskog suda za ljudska prava u predmetu Ferrazzini (*Ferrazzini v. Italy*, 44759/98, presuda od 12. srpnja 2001.). Detaljnije o praksi Suda s obzirom na porezne predmete vidi: Grau Ruiz, A., *Decisions of the European Court of Human Rights Affecting Domestic. Laws in the Financial and Tax Field*, Lex and Scientia, vol. 18., br. 1., str. 9.-17.

96 Đerđa, D., *op. cit.*, u bilj. 90., str. 75.

97 O sudskoj praksi dokazivanja zloraba kod proboda pravne osobnosti temeljem čl. 10. ZTD-a vidi: Barbić, J., *op. cit.*, u bilj. 56., str. 299.-305.

za ovršni postupak i porezni revizori.⁹⁸ U zakonskim i podzakonskim pravilima, kojima su određeni uvjeti koje osobe moraju zadovoljavati za obavljanje poslova na navedenim radnim mjestima, ne nalazimo uvjete koji bi osiguravali dovoljnu razinu stručnosti i osposobljenosti za rješavanje u predmetnim postupcima.⁹⁹ U skladu s tim moramo izraziti bojazan oko primjene instituta proboja pravne osobnosti u praksi, i to unatoč postojanju sudske kontrole, u okviru upravnog spora.

3.2.2. Pitanje zastare u postupku utvrđivanja zlorabe prava

Jedno od osnovnih pravila OPZ-a koje se odnosi na postupak utvrđivanja zlorabe prava jest kako se provjera i utvrđivanje činjenica koje čine njegov predmet može obavljati samo u odnosu za razdoblje za koje nije nastupila zastara prava na utvrđivanje zlorabe prava.¹⁰⁰ Međutim nezadovoljavajuće je uređeno pitanje zastare, o kojemu ovisi dopustivost provođenja ovog postupka zlorabe prava. To se posebno odnosi na pitanje početka tijeka zastarnog roka, ključno za primjenu odredbi o poreznoj zastari, a koje je zakonodavac dosad propustio precizno urediti.¹⁰¹ Naime, u odredbama čl. 94., st. 3.-7., kojima se uređuje pitanje početka tijeka zastarnog roka za različite vrste zastara u poreznom postupku, ne nalazimo pojam zastare „prava na utvrđivanje zlorabe prava.“¹⁰² Štoviše, zakonodavac na ovom mjestu neprecizno i nedosljedno predviđa dva „modela“ ili oblika prava na utvrđivanje porezne obveze. Tako u st. 3. čl. 94. OPZ-a stoji da „zastara prava na utvrđivanje porezne obveze i kamata“ počinje teći nakon isteka godine u kojoj je trebalo utvrditi porezne obveze i kamate, dok se u st. 5. istoga članka gotovo

98 Prema čl. 158.b, st. 2. OPZ-a „za obavljanje pojedinih zadataka čelnik poreznog tijela može ovlastiti i druge stručno osposobljene osobe.“

99 Posebno upućujemo na Uredbu o nazivima radnih mjesta i koeficijentima složenosti poslova, dodatku na uvjete rada te kriterijima i najvišem mogućem iznosu dodatka za natprosječne rezultate u radu za službenike Porezne uprave (NN br. 61/12. i 134/12.). Općenito o problemima vođenja upravnih postupaka od strane službenika koji nisu pravne struke vidi: Đerđa, D., *op. cit.*, u bilj. 90., str. 75.

100 Čl. 158.c, st. 2. OPZ-a

101 I to unatoč tomu što se u drugoj polovici 2012. i po drugi put pristupilo noveliranju OPZ-a. (vidi: *supra*, bilj.), pri čemu se moglo voditi računa o nejasnoćama u uređenju postupka utvrđivanja zlorabe prava nakon stupanja na snagu ZIDOPZ-a. Druga je novela izmijenila i dopunila određene odredbe OPZ-a o poreznoj zastari, ali, kako se u radu prikazuje, na nezadovoljavajući način. O općenitim pitanjima vezanim uz poreznu zastaru vidi detaljnije: Šimović, J. *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 15., str. 281.-282.

102 Navedeno se pravo poreznog tijela ne definira ili uređuje niti odredbama o pravima poreznog tijela u poreznopravnom odnosu niti odredbama o pravima poreznog tijela iz porezno-dužničkog odnosa. Štoviše, u OPZ-u se samo na jednom mjestu ispravno koristi izraz „zastara prava na utvrđivanje zlorabe prava“ i to u odredbi čl. 96, st. 4., koja se odnosi na apsolutnu zastaru. Njome je propisano kako apsolutni rok zastare prava poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze i kamata u postupku utvrđivanja zlorabe prava u porezno-dužničkom odnosu nastupa za šest godina od dana kada je zastara počela prvi put teći. Međutim, time se samo još dodatno naglašava problem nepreciznog reguliranja početka tijeka zastarnog roka, kako se ističe *supra*.

identično navodi kako „zastara prava na utvrđivanje porezne obveze i kamata“ počinje teći nakon isteka godine u kojoj je utvrđena zloporaba prava u porezno-dužničkom odnosu. Jasnije je kako u potonjem slučaju nije riječ o uređenju zastare prava na utvrđivanje porezne obveze, jednom od glavnih prava poreznih tijela u poreznopravnom odnosu. Odredbom čl. 94., st. 5. zasigurno je zakonodavac imao namjeru urediti pitanje one porezne zastare o kojoj ovisi dopustivost provođenja postupka utvrđivanja zloporabe prava.

Pritom ističemo kako se, tumačenjem svih odredbi OPZ-a koje se odnose na postupak utvrđivanja zloporabe prava, mora izvesti zaključak kako je i pravo na utvrđivanje zloporabe, kao i pravo na naplatu poreznog duga na osnovi poreznog jamstva, akcesorno u odnosu na pravo na naplatu poreza, najvažnije pravo poreznog tijela u porezno-dužničkom odnosu. Nastupom zastare prava na naplatu poreza od glavnog poreznog dužnika zastarijevaju i navedena prava poreznog tijela. U tom smislu, držimo da je odabir zakonodavca pri pozicioniranju navedenog instituta pogrešan. Pravo poreznog tijela na dokazivanje zloporabe prava nije trebalo odrediti akcesornim pravu na naplatu poreza. Ono je trebalo biti regulirano kao jedno od prava iz poreznopravnog odnosa ili barem kao samostalno pravo poreznog tijela u porezno-dužničkom odnosu, čija mogućnost ne ovisi o ostvarenju prava poreznog tijela na naplatu poreza od glavnog poreznog dužnika. *De lege lata* uređenje instituta proboja pravne osobnosti u slučaju zloporaba dovodi u pitanje mogućnost primjene navedenih odredbi u praksi te zaključujemo kako ne odgovara cilju zbog kojeg su ove odredbe uopće uvedene u porezni postupak.

Vezano uz prethodno prikazane pravne praznine pri definiranju početka tijeka zastarnog roka, problem je koji se može promatrati s obzirom na opći kontekst odnosa između poreznih vlasti i poreznih obveznika. Ističemo kako je u poreznom pravu, postupovnom i materijalnom, nepreciznost i nejasnoća odredbi uzrokom nesigurnosti poreznih obveznika. To je suprotno suvremenim tendencijama prema kojima se u odnosu između poreznih vlasti i poreznih obveznika stavlja naglasak na međusobno povjerenje i „*fair play*“. Porezni obveznici legitimno očekuju predvidivost postupanja poreznih tijela, sukladno zakonskim odredbama.¹⁰³ Stoga je ovakvim neprihvatljivim „cirkularnim definiranjem“, odnosno nedefiniranjem početka tijeka zastare prava na utvrđivanje zloporabe prava zakonodavac propustio pridonijeti razvoju odnosa povjerenja između porezne administracije i poreznih obveznika. To je jasan pokazatelj nesnalaženja zakonodavca u predmetnoj materiji.

¹⁰³ U novije vrijeme u obzir dolazi i primjena raznih *soft law* izvora. Vidi detaljnije, Soler Roch, M., *Tax administration vs. Taxpayer: A new deal?*, dostupno na: <http://www.eatlp.org/uploads/public/Reports%20Rotterdam/Moessner%20lecture.pdf> (1.2.2013.), str. 29.

4. PRAVILA O ZABRANI ZLOPORABE U POREZNOM PRAVU

Supra prikazane odredbe OPZ-a podrazumijevaju mogućnost utvrđivanja postojanja zloporabe prava, odnosno ispunjenja pretpostavki odgovornosti osoba određenih u čl. 26.a-26.b kao poreznih jamaca. Kako je već spomenuto, važno je ograničenje kako se taj postupak može provesti samo u slučaju nemogućnosti naplate poreza od glavnog poreznog dužnika - trgovačkoga društva.¹⁰⁴ Pritom se na žalost propustilo urediti pitanje zloporabe prava koja može postojati i ako se porez može naplatiti od glavnog poreznog dužnika – poreznog obveznika. To je pitanje u najvećem broju zakonodavstava riješeno, uz ostale mjere, općim pravilom zabrane zloporabe prava, na temelju kojim se zloporaba prava može utvrditi tijekom cijeloga poreznoga postupka. Smatramo kako je i u Hrvatskoj postupak utvrđenja odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a kao poreznih jamaca trebao biti dijelom jednog cjelovitog poreznopravnog okvira o zabrani zloporabe prava. Nastavno iznosimo komparativna rješenja koja bi mogla poslužiti kao uzor budućim rješenjima u hrvatskom poreznom pravu.

Zloporaba ili zaobilaženje prava institut je čija se definicija u poreznom pravu naslanja na onu podrijetlom iz građanskog prava.¹⁰⁵ Implicira pravo porezne administracije odbiti određeno ponašanje, koje može biti u skladu sa zakonskom normom, ako se potvrdi kao prividno ili motivirano isključivo izbjegavanjem plaćanja poreza. Radi se o takvu ponašanju poreznih obveznika koje predstavlja zlonamjernu primjenu pravne norme. Slučajevi zloporabe prava općenito, te posebno u području oporezivanja, uzrokuju velike probleme zakonodavcima, sudskoj vlasti, ali i savjesnim poreznim obveznicima. Posebno je to slučaj s dokazivanjem ponašanja motiviranog izbjegavanjem ili umanjivanjem poreznih obveza.¹⁰⁶ Kako bi takvog ponašanja poreznih obveznika bilo što je manje moguće, zakonodavstva većeg broja država sadrže opće pravilo o zabrani izbjegavanja poreza, odnosno o zabrani zloporabe prava (engl. *general anti-avoidance rule*, *general anti-abuse rule*, dalje: GAAR). Takvo opće pravilo poreznim vlastima „omogućuje nepriznavanje pravnih poslova kojima je cilj zakonito izbjegavanje poreza te poreznim vlastima osigurava prikupljanje iznosa poreza koji bi bio plaćen kad ne bi bilo konstrukcije sračunate na izbjegavanje. Opće pravilo, dakle, omogućuje državama ubiranje znatnih iznosa poreza koji bi inače bili izgubljeni.“¹⁰⁷

¹⁰⁴ Vidi: *supra*, poglavlje 3.2.

¹⁰⁵ O ovome detaljnije vidi: Takis, T., *Abuse of Right in EU Law: Some Reflections with particular Reference to Financial Law*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 27/2009, dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1438577 (1.1.2013.), str. 1.-2.

¹⁰⁶ Prema, Rogić Lugarić, T., Bogovac, J., *Pravni status poreznih izdataka: stanje i perspektive*, Zbornik radova sa konferencije „Skrivena javna potrošnja - budućnost poreznih izdataka?“, Institut za javne financije, 2012., str. 11.-12.

¹⁰⁷ Prebble, R., *Treba li Hrvatska opće pravilo za sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze? Prijedlog promjena važećeg hrvatskog zakonodavstva*. Financijska teorija i praksa, vol. 29, br. 3/2005., str. 266.

GAAR možemo smatrati i nečim većim i jačim od pravnog pravila. Naime to je izjava i potvrda stajališta države – o tomu je li zakonodavac ili sudbena vlast primarno ovlašten utvrditi nepostojanje gospodarskog interesa ili potrebnog sadržaja za određenu poreznopravnu kvalifikaciju odnosno o raspodjeli nadležnosti za utvrđivanje zloporabe prava.¹⁰⁸

U reguliranju i rješavanju pitanja zloporabe prava u području oporezivanja zamjećuje se različit razvoj doktrine i prakse s obzirom na to radi li se o državama precedentnoga prava ili državama kontinentalnog pravnog kruga. Za primjer prvoga pristupa rješavanju pitanja zloporaba prava mogu poslužiti američka iskustva. Zakonodavstvo SAD-a tek je tijekom 2010. godine uredilo takvo opće pravilo. Ono predstavlja svojevrsnu kodifikaciju doktrine o prevazi gospodarskog pristupa te prevazi sadržaja nekog odnosa nad njegovom formom, koja se dugo vremena smatrala sredstvom pravosuđa u zemljama precedentnog prava u suzbijanju različitih shema poreznog planiranja i minimiziranja porezne obveze. Iako je pravilo da porezni obveznici, općenito gledano, imaju pravo urediti svoje odnose tako da umanje porezne posljedice, ipak je zakonodavac to pravo ograničio zakonskom normom postavivši okvir radi sprječavanja zloporabe poreznih propisa. Jedan od mogućih instrumenata jeste i uvođenje tzv. ciljanih pravila suzbijanja izbjegavanja poreza, odnosno ciljanih ili posebnih pravila o zabrani zloporaba (engl. *targeted anti-avoidance rules*; dalje: TAAR),¹⁰⁹ koja se ugrađuju u posebne porezne propise ili posebne dijelove poreznih zakona. Takva pravila ograničavaju svaki pokušaj poreznog obveznika da posredno ostvari rezultat koji je zabranjen izravnim načinom ostvarenja. Ponekad su sadržana i detaljno pojašnjena i u podzakonskim aktima.

Ako u zakonskim ili podzakonskim aktima nema odredbi o tretmanu takva ponašanja poreznog obveznika, sudovi su SAD-a popunjavali prazninu u utvrđivanju granice kada porezno dopušteno planiranje prelazi u neprihvatljivo izbjegavanje poreza, primjenjujući pristup o prevazi sadržaja nad formom, pri tomu razvijajući koncepcije i doktrine poznate u zemljama precedentnoga prava poput koncepta „prijetvornih, simuliranih transakcija.“¹¹⁰ No, primjena je takvih doktrina od strane sudova iznimno zahtjevnja i traži postizanje ravnoteže više legitimnih i zakonskih očekivanja i odredbi. Mogući rizici koje nosi aktivan pristup administracije i sudova u tumačenju zloporaba prava u situaciji kada nema općeg pravila o zabrani zloporabe preveliki su te s vremenom postaju jedan od razloga za uređenje općeg pravila u postupovnim poreznim kodeksima.

S druge strane, u državama kontinentalnoga pravnog kruga takav aktivan pristup sudova u tumačenju zloporaba prava nije postojao te je u njima puno ranije

108 Vidi, tako, Kessler, W., Eicke, R., *Germany's New GAAR — 'Generally Accepted Antiabuse Rule'?*, Tax Notes International, vol. 49., br. 2., 2008, str. 151.

109 Ova su pravila u velikom broju prisutna u poreznom zakonodavstvu UK-a (prema: Brown, K., *Comparative Regulation of Corporate Tax Avoidance: An overview*, u: Brown, K. (ed.), *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, Springer, 2012., str. 6.)

110 Tzv. „*sham transaction*“ ili „*business purpose*“ koncepti precedentnoga prava ekvivalenti se doktrine simulacije, poznate u zemljama kontinentalne pravne tradicije. Pored navedenih općih doktrina, sudovi su također primjenjivali i test provjere ekonomskog sadržaja, odnosno gospodarske opravdanosti (engl. *Economic substance test*). Vidi, detaljnije, *ibid.*, str. 3.

u postupovne zakone ugrađeno opće pravilo zabrane zloporabe prava. No, i u drugim je državama *common law* sustava opće pravilo usvojeno puno ranije nego u SAD-u. Sve države tog pravnog kruga, izuzev Ujedinjenog Kraljevstva, uvele su GAAR u svoje postupovne zakone prije 2010. godine. U UK je do poznatog predmeta *Ramsay*, aktivan pristup sudova ipak bio ograničen te sudovi nisu bili skloni ne priznati porezni tretman koji proizlazi iz doslovnog tumačenja zakonskih odredbi čak u situacijama koje u bitnome obilježava prisutnost umjetnih aranžmana i tvorbi s ciljem izbjegavanja poreza. Od 1982. godine dolazi do zaokreta povodom predmeta *Ramsay*, ali se unatoč tomu od 2004., u predmetu *Barclays Mercantile Business Finance Ltd*, napušta ideja stvaranja sudskog pravila o zabrani zloporabe ističući kako takvo pravilo mora biti konstruirano i uvedeno zakonom.¹¹¹ Iako do danas britanski zakonodavac nije dao naslutiti da razmišlja o davanju jasnih uputa poreznim obveznicima glede utvrđenja zloporabe prava jednim općim pravilom o zabrani zloporabe, preko 200 odredbi u poreznom zakonodavstvu predstavljaju posebna ili ciljana pravila zabrane zloporabe prava.

U Kanadi sudovi nisu bili spremni preuzeti aktivnu ulogu u određivanju neprihvatljiva ponašanja poreznih obveznika koje bi se okvalificiralo kao zloporaba prava, pa je stoga 1988. godine doneseno opće pravilo zabrane zloporabe prava. Već dugogodišnja tradicija kodificiranja općeg pravila zabrane zloporabe prava te razvijena sudska primjena tog pravila dovele su do toga da razvijeni sustav borbe protiv zloporabe prava postoji u drugim značajnim zemljama precedentnog prava, kao što su Australija i Novi Zeland.¹¹²

U najvećem je broju zemalja koje pripadaju krugu civilnoga ili kontinentalnoga prava, očita dominacija doktrine zloporabe prava ili doktrine zloporabe zakona koje su usmjerene suzbijanju zloporabe prava općenito, stoga takva dominacija vrijedi i u području poreznoga prava. U poreznom se pravu pravila zabrane zloporabe prava temelje na načelu jednakosti i jednakog tretmana poreznih obveznika. Jednakost u oporezivanju znači da svatko mora snositi porezni teret i platiti porez u skladu sa sposobnošću plaćanja, odnosno prema gospodarskoj snazi. Stoga dopustiti da, putem poreznog planiranja ili zloporabom prava, jedan porezni obveznik snosi manji teret od onog koji je razmjernan njegovoj gospodarskoj snazi predstavlja povredu općeg načela jednakosti. O značaju toga načela govori podatak da je načelo jednakosti u oporezivanju u velikom broju država dignuto na razinu ustavnog načela.¹¹³ U Francuskoj je 2009. godine izmijenjeno opće pravilo zabrane zloporabe prava koje je olakšalo poziciju poreznih vlasti i pravosuđa, oslanjanjem na jedno takvo opće načelo i pravilo. Za grčko je pravo karakteristično oslanjanje na strogo i gramatičko tumačenje poreznog zakonodavstva od strane upravnih sudova, no pritom se ipak polazi od načela prednosti sadržaja nad formom, koje se primjenjuje

¹¹¹ *Ibid.*, str. 5.

¹¹² *Ibid.*, str. 6. GAAR pravilo, kako je uređeno u poreznom zakonodavstvu Novog Zelanda, predstavlja jedno od najdetaljnijih općih pravila uopće.

¹¹³ Vidi npr.: čl. 51., Ustava RH, NN 85/10 (proč. tekst).

kao opće porezno načelo utemeljeno na ustavnom načelu plaćanja poreza u skladu sa sposobnošću za plaćanje. Ipak, grčko porezno zakonodavstvo poznaje nekoliko posebnih ili ciljanih pravila zabrane zlorabe prava.¹¹⁴

Poljski je zakonodavac donio 2003. godine opće pravilo zabrane zlorabe prava, no ono je 2005. godine proglašeno neustavnim. Ipak, u određenom obliku postoji opće pravilo sprječavanja izbjegavanja poreza u općem poreznom zakoniku, dok u materijalnom poreznom zakonodavstvu postoji nekoliko posebnih ili ciljanih pravila zabrane zlorabe prava koja se odnose, npr. na transferne cijene, potkapitalizaciju, spajanja i druge reorganizacijske transakcije trgovačkih društava.

U Njemačkoj je pored velikog broja ciljanih pravila zabrane zlorabe prava u Zakonu o javnim davanjima (*Abgabeordnung*) regulirano i opće pravilo. U primjeni se ciljanih pravila zabrane zlorabe prava pokazalo kako se po donošenju svakoga od njih u praksi pojavljuju nove strategije poreznih obveznika koje nisu obuhvaćene posebnim pravilom. To je i jedan od razloga sve većoj sklonosti država donošenju općeg pravila uz postojanje velikog broja posebnih pravila o zabrani zlorabe.¹¹⁵ No, iako njemačko porezno pravo gotovo puno stoljeće poznaje opće pravilo zabrane zlorabe prava do danas česte izmjene tog pravila ukazuju na složeni i težak zadatak sudova u njegovu tumačenju i primjeni.¹¹⁶ U situaciji postojanja posebnih i općega pravila primjenjuje se posebno pravilo zabrane zlorabe prava te je isključena primjena općega pravila.

U današnjem ekonomskom okruženju, u kojem države nastoje privući strana ulaganja te se pritom „bore“ (konkuriraju) za poreznu osnovicu, strategija koju odabere svaka porezna jurisdikcija u borbi protiv poreznih zloraba prava izuzetno je značajna i utječe na čitav gospodarski sustav.¹¹⁷

Pravilo o zabrani zlorabe prava hrvatsko postupovno pravo ne poznaje u smislu prethodno navedenoga, jednog općeg pravila. Premda hrvatsko porezno postupovno pravo ima nekoliko odredbi koje bi mogli smatrati začetkom takvog pravila koja su u osnovi i posebnih ili ciljanih pravila zabrane zlorabe prava hrvatskoga poreznoga, ali i materijalnog, zakonodavstva (tzv. TAAR pravila).

¹¹⁸ U postupovnom dijelu to je slučaj s načelom sprječavanja zlorabe pravne forme iz čl. 11. OPZ-a: „(A)ko se prividnim pravnim poslom prikriva neki drugi

114 Npr. pravila koja uređuju pitanje poslovanja i korištenja *off shore* kompanija., Prema: *ibid.*, str. 7.

115 Takva su pravila najčešće složena, teška i za razumjeti i za primjenu. Vidi, Palm, U., *Germany*, u: Brown, K. (ed.), *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, Springer, 2012., str. 159.

116 *Ibid.*, str. 158.

117 Pravna nereguliranost ili pak prenormiranost tog pitanja jednako su nepovoljni čimbenici koji mogu dovesti do bijega porezne supstance iz određene porezne jurisdikcije.

118 Posebna pravila o zabrani zlorabe prava možemo naći u posebnim, materijalnim propisima o pojedinim poreznim oblicima. Tako, primjerice, Zakon o porezu na dobit sadrži odredbe o transfernim cijenama, potkapitalizaciji, skrivenim isplata dobiti, koja možemo označiti pravilima čiji je cilj sprječavanje izbjegavanja porezne obveze.

pravni posao, tada je osnova za utvrđivanje porezne obveze prikriveni pravni posao“. Primjenjujući navedeno načelo porezna administracija može promijeniti kvalifikaciju pravnog posla ili zanemariti prividni posao koji vodi izbjegavanju porezne obveze. Radi se o zakonskom preuzimanju i implementaciji doktrine simulacije, poznatoj u zemljama kontinentalne pravne tradicije, a čiji ekvivalent možemo naći u ranije navedenom konceptu „prijetvornih, simuliranih transakcija“ u zemljama precedentnog prava. Pored navedenoga, kao pravilo koje je izvorom tumačenja i shvaćanja zabrane zloporabe prava mogli bi se okvalificirati i načelo gospodarskoga pristupa, spomenuto već u uvodu rada, iz čl. 10. OPZ: „(P)orezne činjenice se utvrđuju prema njihovoj gospodarskoj biti“ pa „(A)ko je prihod, dohodak ili druga procjenjiva korist ostvarena bez pravne osnove, porezno tijelo utvrdit će poreznu obvezu u skladu s posebnim zakonom kojim se uređuje pojedina vrsta poreza.“

Poredbenopravno promatrano, ipak valja naglasiti da je velik broj država europskoga kruga prava, kodificirajući spomenute teorijske koncepte i doktrine, u svoje porezne zakonike unijelo opća pravila o zabrani zloporabe prava. Tako npr. njemački Zakon o javnim davanjima pored simulacije ima i jedno opće pravilo zabrane zloporabe poreznog planiranja. Opća pravila zabrane izbjegavanja poreza (GAAR) moguće je smatrati i nadogradnjom doktrine simulacije¹¹⁹, odnosno njezinim razvojem kroz prilagodbu suvremenim (neželjenim) pojavama u području oporezivanja. Postojeći zakonski okvir tematizirane problematike hrvatskoga poreznog postupka nije dostatan niti je zadovoljavajući zbog više razloga. Ipak, dominantni razlog leži u činjenici da je provedba i primjena istog iznimno zahtjevana za poreznu administraciju i pravosuđe, dok za porezne obveznike stvara neizvjesnost i pravnu nesigurnost. Ipak, novija promišljanja i izmjene hrvatskoga pozitivnog zakonodavstva u području poreznoga postupka ukazuju na odlučnost u borbi protiv izbjegavanja plaćanja poreza. U tom smislu, još je prije 10-ak godina primijećeno kako je „...usprkos nepostojanju čvrstog dokaza da Hrvatska ima problem sa zakonitim izbjegavanjem poreza, razumno pretpostaviti da se u Hrvatskoj doista provodi zakonito izbjegavanje poreza i da stoga hrvatsko opće pravilo ne bi bilo suvišno (...) Bez obzira na sve, čak i ako se opće pravilo ne primjenjuje, ta pravila često imaju učinak odvraćanja.“¹²⁰

119 Tako i: Rogić-Lugarić, T., Bogovac, J., *op. cit.*, u bilj. 105., str. 23.-31.

120 Prebble, R., *op. cit.*, u bilj. 106., str. 278. Naglašavamo kako iz današnje perspektive više ne možemo govoriti o nepostojanju dokaza o prisutnosti problema s izbjegavanjem plaćanja poreza u Hrvatskoj. Detaljnije o tome vidi: Bejaković, P., *Tax evasion, state capacity and trust in transitional countries: the case of Croatia*, Društvena istraživanja, vol. 18, br. 4.-5./2009., str. 787.-805.

5. ZAKLJUČAK

Novelom OPZ-a iz 2012. godine proširen je krug zakonskih jamaca za porezne obveze trgovačkih društava, na članove društva, članove uprave i izvršne direktore društva te s njima povezane osobe, ako se u posebnom dijelu poreznog postupka utvrdi da su zloporabom svojih prava ili ovlasti uzrokovali nemogućnost naplate poreznog duga od društva kao glavnog poreznog dužnika. Kritičkom analizom odredbi OPZ-a kojima se uređuje uspostava zakonskog poreznog jamstva u odnosu na navedene osobe, odnosno kojima se uređuje tzv. „proboj pravne osobnosti“, dolazi se do nekoliko važnih zaključaka.

1. Temeljem novih odredbi OPZ-a, krug osoba iz čije se imovine, pod zakonom određenim uvjetima, može naplatiti porezni dug trgovačkih društava uvelike je proširen. Također, ukupnost novih i materijalnopравnih i postupovnopравnih odredbi nedvojbeno upućuje da je položaj poreznog tijela u postupku naplate poreza ojačan, s povećanim mogućnostima naplate. Međutim, pritom se ne može govoriti o uvođenju novog, dosad nepoznatog, instituta u hrvatsko porezno pravo. Naime, OPZ je i prije stupanja na snagu predmetne novele, u glavi IV., odjeljku 2. („*Odredbe o odgovornosti*“), čl. 26.-32., regulirao odgovornost određenih osoba za tuđi porezni dug, kao zakonskih poreznih jamaca. Nove, materijalne odredbe o odgovornosti osoba iz čl.26.a-26.b OPZ-a jednostavno su obuhvaćene okvirom instituta zakonskog poreznog jamstva. Štoviše, proboj pravne osobnosti, tj. uspostava odgovornosti članova društva za porezne obveze društva, imao je pravni temelj u OPZ-u i prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a. Riječ je o ukinutoj odredbi čl. 31. OPZ-a, koju treba promatrati u kontekstu načela gospodarskog pristupa, jednog od općih načela poreznog prava, sukladno kojem nije bitna pravna forma, već ekonomska bit poreznih (pravnih) činjenica. Upravo se u skladu s tim načelom u poreznom pravu opravdava zanemarivanje „korporativnog vela“ ili „štita pravne osobnosti“ određenih subjekata kojima pravni poredak, pravilima privatnog prava, priznaje zasebnu pravnu osobnost.

2. Postupovne odredbe, koje se odnose na utvrđivanje odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a (tzv. postupak utvrđivanja zloporabe prava), trpe niz kritika. Najprije ističemo akcesornu narav prava poreznog tijela na utvrđivanje zloporabe prava, u odnosu na pravo naplate poreza od glavnog dužnika. Također je nezadovoljavajuće riješeno pitanje zastare u ovom posebnom dijelu poreznog postupka. Vezano uz praktičnu primjenu predmetnih odredbi smatramo kako nije zajamčena dostatna razina stručnosti i osposobljenosti osoba, koje su OPZ-om ovlaštene za vođenje postupka utvrđivanja zloporabe. No, to pitanje valja promatrati odvojeno od pitanja uspostave nadležnosti poreznih tijela za vođenje ovakvih postupaka, koje se može opravdati, pogotovo na temelju doktrina koje je razvio Europski sud za ljudska prava. Osim navedenih kritika, prikazanih *supra* u radu, upućujemo na još jedan važan problem u primjeni predmetnih odredbi. Čini se, naime, kako je pri izradi novele OPZ-a zaboravljeno pravilo iz čl. 5. OPZ-a o primjeni poreznih propisa, odnosno načelo zabrane retroaktivnosti. Tumačenjem

predmetnih odredbi u skladu s ovim načelom, moramo izraziti mišljenje kako se odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b kao poreznih jamaca može utvrditi jedino i isključivo u odnosu na porezne dugove čija je nenaplativost utvrđena u razdoblju nakon stupanja na snagu ZIDOPZ-a. No, temeljem obrazloženja navedenih u prijedlogu ZIDOPZ-a čini nam se kako je cilj zakonodavnih intervencija bio upravo suprotan - uspostaviti odgovornost i u odnosu na ranije dospjele neplaćene dugove trgovačkih društava. To nije u skladu sa spomenutim načelom zabrane retroaktivnosti, koje se smatra i odrazom općeg načela pravne sigurnosti, jednog od temeljnih materijalnih elemenata pravne države.

3. Nadležno ministarstvo, u ulozi kreatora zakona, ali i sam zakonodavac imali su na raspolaganju druge instrumente i mjere kojima su se mogli postići ciljevi zbog kojih se pristupilo noveliranju OPZ-a, hrvatskoga poreznog „ustava“, a to su prvenstveno jačanje porezne discipline i nadoknadu poreznih prihoda izgubljenih uslijed zlorab. Znanstvene i stručne rasprave o utjecaju ponašanja poreznih obveznika na visinu poreznih prihoda pokazuju kako zakonodavac mora raditi na jačanju pravne sigurnosti, čime se pridonosi povjerenju poreznih obveznika u pravni i porezni sustav, ali i poreznu vlast. Pravna sigurnost poreznih obveznika mora se dignuti na višu razinu, a nikako ne žrtvovati radi postizanja kratkoročnih ciljeva kao u slučaju predmetne novele OPZ-a. Hrvatska nije jedina država koja se suočava s problemima pri sprječavanju porezne evazije i različitih oblika zloraba u gospodarskom poslovanju i jačanju fiskalne discipline. Međutim, iskustva drugih država pokazuju kako su one kvalitetnije pripremile porezne obveznike na zaokrete koji su neizbježni u izgradnji i reguliranju odnosa između poreznih obveznika i porezne administracije. Porezne kodifikacije doživljavaju promjene na način da se ovi odnosi grade na povjerenju. Možemo pronaći brojne primjere u mnogim poreznim jurisdikcijama za takav *fair* pristup koji se temelji na uzajamnom povjerenju zainteresiranih strana. Primjerice, velik je broj država odlučio prije promjena poreznih propisa, koje imaju cilj jačanja porezne discipline, ponuditi poreznim obveznicima poreznu amnestiju s jasnom porukom kako se mora prestati s praksom zloraba.¹²¹ Također su česte i javne rasprave o zlorabi prava sa svim zainteresiranim dionicima. Pritom se predlaže uvođenje pravila o sprječavanju zloraba prava koja nerijetko predviđaju ukidanje zastare za sve slučajeve zloraba. Takvo pravilo mora biti u najvećoj mogućoj mjeri potpuno, jasno i precizno uređeno kako se ne bi ugrozila pravna sigurnost poreznih obveznika. Stoga se u postupovne zakone ugrađuju odredbe koje osiguravaju ostvarenje načela pravne sigurnosti, zakonitosti i dobre vjere te se reguliraju instituti u obliku mogućih prethodnih sporazuma porezne vlasti i poreznih obveznika, obvezujućih informacija i sl.

121 Ističemo primjer Španjolske, koja je tijekom 2012. godine kao jedno od „oružja“ u borbi protiv sive ekonomije, izbjegavanja plaćanja poreza i poreznih prijevара, najavila stroge odredbe o zabrani zlorabe prava te nakon poreznim obveznicima ponudene porezne amnestije u trajanju od jedne godine, najavila ukidanje zastare u slučajevima poreznih zloraba prava.

4. U skladu s navedenim, mišljenja smo kako je hrvatski zakonodavac, sporadičnim zahvatima u postupovne propise, kojim se ozbiljno narušava pravna sigurnost poreznih obveznika, krenuo u pogrešnom smjeru. U tom kontekstu valja promatrati i analizirane promjene u institutu zakonskog poreznog jamstva, tj. proboj pravne osobnosti u OPZ-u. S obzirom na izloženu analizu smatramo kako ukupnost predmetnih odredbi kojima se ovaj institut uređuje, upitnim čini ostvarenje ne samo kratkoročnog cilja (prikupljanja poreznih prihoda) već i onih važnijih dugoročnih ciljeva. To su posebice izgradnja porezno-postupovnog okvira koji omogućuje razvoj povjerenja između sudionika poreznopravnog odnosa, što predstavlja osnovu razvoja poreznog morala i porezne discipline.

Summary

THE STATUTORY TAX GUARANTEE IN THE LIGHT OF GENERAL TAX ACT AMMENDMENTS' 2012.: PIERCING THE CORPORATE VEIL FOR TAX PURPOSES

The authors of this paper examine the issue of statutory tax guarantee, as an institute of the Croatian general tax law. Particular attention is given to substantive and procedural changes following the first Amendments to the General Tax Act of 2012. The Amendments introduced new categories of statutory guarantors for tax liabilities of companies. This refers to company members, board members and executive directors and associated parties, whose abuse of rights and powers has resulted in the company's inability to pay the tax debt. The liability of the above mentioned persons must be determined in a special form of tax procedure exhaustively regulated as part of the tax procedure. Likewise, the provisions of the General Tax Act that introduce the piercing of the corporate veil are reviewed, while taking into consideration procedural issues which may cause problems in their application. This gives cause for exploring an alternative approach to the tax abuse issues, namely the possibility of introducing general anti-abuse rule (GAAR) in Croatian tax law.

Keywords: *tax guarantee, General Tax Act, piercing the corporate veil, tax abuse, general anti-abuse rule.*

Zusammenfassung

INSTITUT DER GESETZLICHEN STEUERBÜRGSCHAFT NACH DER NOVELLE DES ALLGEMEINEN STEUERGESETZBUCHES AUS DEM JAHR 2012: „ DURCHBRECHUNG DER RECHTSPERSÖNLICHKEIT“ VON HANDELSGESELLSCHAFTEN IM FALLE DES RECHTSMISSBRAUCHS

Die Autoren haben sich entschieden, in dieser Arbeit ein Institut des kroatischen allgemeinen Steuerrechts zu erforschen, und zwar, der gesetzlichen Steuerbürgschaft, mit besonderer Betonung auf seine sowohl materialrechtliche als auch verfahrensrechtliche Änderungen, welche nach dem Inkrafttreten der ersten Novelle des Allgemeinen Steuergesetzbuches aus 2012 aufgetreten sind. Der Kreis der Bürgen für Steuerpflichten von Handelsgesellschaften wird durch die Novelle erweitert, und zwar, auf die Gesellschafts- und Vorstandsmitglieder sowie auf die ausführenden Direktoren und mit ihnen verbundenen Personen, falls man

im Sonderteil des Steuerverfahrens feststellt, dass sie durch den Missbrauch ihrer Rechte und Befugnisse die Unmöglichkeit der Eintreibung vom Steuerschuld der Handelsgesellschaft als Hauptsteuerschuldner verursacht haben. Novellierte Bestimmungen, durch welche die sog. „Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit“ in das Steuergesetzbuch eingeführt wird, mit besonderem Rückblick auf prozessualen Fragen, welche zu den Problemen in ihrer Anwendung führen könnten, werden dargestellt und kritisch überprüft. Die Darstellung von Gesetzesbestimmungen, welche das Beweisverfahren des Rechtsmissbrauchs im steuerschuldigen Verhältnis regeln, war der Anlass zur Überprüfung des Alternativansatzes zum Problem des Rechtsmissbrauchs und zur Möglichkeit der Einführung von allgemeiner Regel über das Missbrauchverbot in das kroatische Steuerrecht.

***Schlüsselwörter:** Steuerbürgschaft, Novelle des Allgemeinen Steuergesetzbuches, Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit, Beweisverfahren des Rechtsmissbrauchs im steuerschuldigen Verhältnis, allgemeine Regel über das Rechtsmissbrauchverbot.*

Riassunto

L'ISTITUTO DELLA GARANZIA TRIBUTARIA LEGALE IN SEGUITO ALLA NOVELLA DELLA LEGGE TRIBUTARIA GENERALE DEL 2012: IL C.D. «PIERCING THE CORPORATE VEIL» DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI NELL'IPOTESI DI ABUSO DEL DIRITTO

Gli autori nel presente contributo hanno deciso approfondire un istituto croato del diritto tributario generale, e cioè la garanzia tributaria legale con particolare attenzione alle intervenute modifiche sia con riguardo al diritto materiale che a quello processuale in seguito all'entrata in vigore della novella della legge tributaria generale del 2012. Con la novella si amplia il raggio dei garanti legali per gli obblighi tributari delle società commerciali; precisamente rientrano tra costoro i soci, i membri dell'amministrazione, i direttori esecutivi, come pure le persone ad essi collegate, qualora in una particolare fase del procedimento tributario si accerti che, abusando dei propri diritti o della propria posizione, abbiano cagionato l'impossibilità del pagamento del debito tributario della società debitrice. Vengono esposte, ma anche analizzate criticamente, le disposizioni novellate mediante le quali si introduce il c.d. „piercing the corporate veil“ nella legge tributaria generale, con particolare attenzione per le questioni processuali che potrebbero far sorgere delle difficoltà nella loro applicazione. L'analisi delle disposizioni normative che regolano il procedimento comprovante l'abuso del diritto nel rapporto obbligatorio di natura tributaria rappresenta, altresì, un'occasione per interrogarsi sull'approccio

alternativo al problema dell'abuso del diritto e alla possibilità dell'introduzione di una regola generale sul divieto di abuso nel diritto tributario croato.

Parole chiave: *garanzia tributaria, novella della legge tributaria generale, c.d. piercing the corporate veil, procedimento comprovante l'abuso del diritto nel rapporto obbligatorio tributario, regola generale di divieto dell'abuso di diritto.*

NEISPUNJENJE UGOVORA U EUROPSKOM PRIVATNOM PRAVU - PERSPEKTIVE HARMONIZACIJE I RAZVOJA ZAJEDNIČKOG PRAVNOG OKVIRA -

Dr. sc. Ana Keglević, LL.M. (London),
viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 341.9::061.1EU
Ur.: 7. studenog 2013.
Pr.: 22. studenog 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Rad analizira pojavnost i karakteristike instituta neispunjenja ugovora u različitim izvorima europskog privatnog prava. Cilj je utvrditi postoji li tipičnost i mogu li se pojedina pravna pravila apstrahirati i generalizirati do mjere da tvore jedan zaokruženi sustav, te utvrditi čine li se takve zajedničke karakteristike pogodnim sredstvom za harmonizaciju i unifikaciju europskog privatnog prava. Potreba za harmonizacijom ne samo supstantivnog dijela odredbi već i pravne terminologije čini se korisnom za stvaranje jednog zaokruženog sustava na europskoj razini koji bi bio jasan i prihvatljiv različitim pravnim poredcima. Zato je ključno pitanje, može li institut neispunjenja ugovora biti koristan element harmonizacije europskog privatnog (ugovornog) prava?

Ključne riječi: *Europsko privatno pravo, ugovorno pravo, harmonizacija, unifikacija PECL, DCFR, CESL, CISG, UNIDROIT PICC, neispunjenje ugovora, sniženje cijene, zahtjev ispunjenja obveze, raskid, naknada štete, kumulacija, hijerarhija pravnih sredstava.*

1. UVOD

Analiza prava i pravnih sredstava koja stoje na raspolaganju oštećenoj strani zbog neispunjenja ugovora danas je bitna tema na razini Europske unije. Riječ je o jednom od onih elemenata kojim bi se mogla ostvariti harmonizacija ili čak unifikacija europskog privatnog prava. Ostvarenje tog cilja podrazumijevao bi ne samo razvoj jedinstvene terminologije i jedinstvenih koncepata ovog instituta već i njihovo prihvaćanje na domaćoj i europskoj, pa čak i međunarodnoj razini. Iako je

na razini EU-a postojalo nekoliko inicijativa u tom smjeru do danas nije postignut zadovoljavajući rezultat.

U europskom privatnom pravu ne postoji jedinstveno uređenje sredstava zbog neispunjenja ugovora.¹ Problem postoji ne samo zbog razlike u konceptima neispunjenja ugovora između kontinentalnih i anglosaksonskih pravnih sustava već on izvire i iz multicipliteta i fleksibilnosti pravnih sredstava same pravne stečevine EU-a. Niti pravna stečevina EU-a, niti Načela europskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law*, dalje: PECL),² niti Nacrt zajedničkog referentnog okvira (*Draft Common Frame of Reference*, dalje: DCFR),³ niti prijedlog Zajedničkog europskog prava kupoprodaje (*Common European Sales Law*, dalje: CESL)⁴ ne sadrže jedinstveno uređenje i jedinstvenu definiciju prava koje stoje na raspolaganju stranci u slučaju neispunjenja ugovorne obveze. Isto vrijedi i za instrumente unifikacije međunarodnog prava kupoprodaje, kao što su Konvencija o međunarodnoj prodaji robe (*Convention on International Sales of Goods*, dalje: CISG)⁵ ili UNIDROIT Načela za međunarodne trgovačke ugovore (*Principles of International Commercial Contracts*, dalje: UNIDROIT PICC),⁶ a koji su utemeljeni na intenzivnoj poredbenopravnoj analizi. U pravnoj literaturi može se pronaći shvaćanje kako je pravno sredstvo (*legal remedy*) zbog neispunjenja ugovora mehanizam kojim možemo naložiti popravljjanje štetnih posljedica stranci koja ih je izazvala koja, bez obzira na krivnju, mora snositi određeni rizik transakcije.⁷ Ipak riječ je samo u definiciji pravne teorije i ne nalazimo je u tom izričaju u *acquisu*. Zato i jest jedna od osnovnih karakteristika različitost pravnih koncepata, pretpostavki i kvalifikacije pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovora.⁸

- 1 H. Beale, *Contract Law: Cases, material and text on Contract Law*, Hart, Oxford/Portland-Oregon, 2010., str. 831. *et seq.*; M. Toresello, *Remedies for the Breach of Contract*, u: J. M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edwar Elgar, Cheltenham UK, 2006, str. 610. *et seq.* (poredbenopravno); K. Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, De Gruyter Recht, Berlin, 2006., str. 1. *et seq.* (o fragmentaciji i strukturi europskog privatnog (ugovornog) prava).
- 2 O. Lando, H. Beale (Eds.), *Principles of European Contract Law (PECL), Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000.
- 3 C. von Bar, E. Clive (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European contract law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009.
- 4 R. Schulze (Ed.), *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2012.
- 5 I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- 6 *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, International Institute for the Unification of Private Law, Rome, 2010. www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf. (20.11.2013.)
- 7 O. Lando, *Non-performance (breach) of Contract*, u: Hartkamp et al. (eds.), *Toward European Civil Code*, Walters Kluwer, The Netherlands, 2011., str. 682.
- 8 K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, London, 1998., str. 488-496. (za germanski pravni krug), str. 496-502. (za romanski pravni krug), str. 503-510. (za anglosaksonski pravni krug); Treitel, *The Law of Contract*, Sweet&Maxwell, London, 2007., paras. 18, 20 *et seq.* (za engleski pravni sustav), R. Zimmermann, *The new German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 39-79. (za njemački pravni sustav).

Bez obzira na različitost terminologije i tehnike uređenja cilj istraživanja usmjerit će se na sadržaj, tj. supstancu samih odredbi. Istraživanje će nastojati utvrditi postoje li neke zajedničke karakteristike ili uzorak u uređenju prava i pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovora u europskom privatnom pravu. Pitanje koje se postavlja je može li to biti jedan od elemenata harmonizacije europskog privatnog prava i mogu li se izvesti zaključci o postojanju zajedničkog okvira pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovora na europskoj razini.

2. UČINKOVITE, RAZMJERNE I ODVRAĆAJUĆE SANKCIJE

Jedna od glavnih karakteristika pravne stečevine, posebice s područja privatnog prava, njezina je fragmentiranost i nekonzistentnost.⁹ Neke EU smjernice i uredbe samo načelno koriste termin neispunjenje ugovorne obveze (*non-performance of contractual obligation*), povreda ugovorne obveze (*breach of contractual obligation*), dostava robe s nedostacima (*non-conformity of goods*) itd., ali precizno ne definiraju što sadržajno čini povredu ili neispunjenje ugovora.¹⁰ Ove EU smjernice i uredbe usmjerene su prvenstveno samo na odobravanje pravnih sredstava koji stoje vjerovniku na raspolaganju kada obveza nije ispunjena ili jest ispunjena, ali neuredno.¹¹ S druge strane, neke EU smjernice i uredbe uopće ne specificiraju pojedina pravna sredstva i pravne posljedice koje uvjetuje neispunjenje.¹² Umjesto toga često se koriste općim pojmom da sankcije zbog neispunjenja ugovora moraju biti "učinkovite, razmjerne i odvraćajuće" (*effective, proportionate and dissuasive sanctions*). Navedeni zahtjev u velikoj mjeri odražava politiku Europskog suda o interpretaciji i primjeni prava Unije na legislativnoj

9 O stanju *acquisa v. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - A more coherent European contract law - An action plan*, COM(2003) 68 final, t. 22. i 52.; *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, COM(2006) 744 final, t. 3.2.; u pravnoj literaturi, npr. T. Wilhelmsson, *Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?*, ELJ, vol. 10. issue 6., 2004., str. 712–733.; P. Letto-Vanamo, J. Smits, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Sellier, Munich, 2012., str. 17. *et seq.*; CoPECL - Joint Network on European Private Law, *Overcoming research fragmentation in the European research area*, Final Report 513351, 2009., str. 10. http://cordis.europa.eu/publication/rcn/13014_en.html. (20.11.2013.)

10 Primjerice čl. 5(2) Smjernice o turističkim paket aranžmanima, čl. 3(1) Smjernice o pravima potrošača, čl. 17. i čl. 18. Smjernice o samozaposlenim trgovačkim posrednicima, čl. 5.-7. Uredbe o naknadi zbog uskraćenog ukrcaja, čl. 6.-7. Smjernice o prekograničnom plaćanju, čl. 3. Smjernice o zakašnjenju u plaćanju, čl. 3. Smjernice o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima itd.

11 Isto *Acquis načela; Acquis Group, Acquis principles - Contract II*, Sellier, Munich, 2009., str. 401.

12 Primjerice čl. 11. Smjernice o sklapanju ugovora s potrošačima o financijskim uslugama na daljinu, čl. 20. Smjernice o elektroničkoj trgovini, čl. 7. Uredbe o prekograničnom plaćanju u EUR, čl. 16(3) Uredbe o naknadi radi uskraćenog ukrcaja, čl. 8(2) Smjernice o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena ponuđenih proizvoda, čl. 17(2) Smjernice o zabrani diskriminacije itd.

razini. Naime, zbog različitosti privatnih prava država članica, namjera je europskog zakonodavca da propisujući “učinkovite, razmjerne i odvratajuće” mjere prepusti pojedinim državama članicama da prilagode takva pravila svojem pravnom sustavu.¹³ Europski sud odlučujući u pojedinim predmetima ima pravo nadzirati jesu li usvojene mjere u pojedinoj državi članici “učinkovite, razmjerne i odvratajuće” te shodno svojim ovlastima može nametnuti određene sankcije državama članicama.¹⁴

Konačno, pojedine EU smjernice, instrumenti akademskih inicijativa i projekata harmonizacije europskog privatnog (ugovornog) prava, kao i pojedini instrumenti unifikacije međunarodnog prava sadrže detaljnija pravila o ovom pitanju. Oni slijede pristup utemeljen na sistematizaciji vjerovnikovih pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovora.¹⁵ O njima je riječ u nastavku rada.

3. SUSTAV PRAVA I PRAVNIH SREDSTAVA ZBOG NEISPUNJENJA UGOVORA

3.1. Zahtjev za ispunjenjem obveze

Zahtjev za ispunjenjem obveze uobičajeno je pravno sredstvo u europskom privatnom pravu. Kada je riječ o (ne)ispunjenju **novčanih obveza** u praksi nije bilo spornih pitanja.¹⁶ U pravilu uvijek je moguće zahtijevati isplatu određenog iznosa novca koji čini predmet ugovorne obveze, čak i prisilnim putem, bez obzira na valutu u kojoj je izražena novčana obveza.¹⁷ Ovo temeljno načelo odgovara tradicionalnom rimskom načelu *pacta sunt servanda* i priznato je bez izuzetka i u pravnoj stečevini EU-a,¹⁸ europskim načelima i međunarodnim instrumentima (čl. 9:101 PECL, čl. III-3:301 DCFR, čl. 45(1) i 46(1) CISG, čl. 7.2.1. UNIDROIT PICC) i u nacionalnim pravnim poredcima država članica EU-a.¹⁹ Zapravo, bilo bi

13 P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2011., str. 222. *et seq.*

14 B. Heiderhoff, *Gemeinschaftsprivatrecht*, Sellier, München, 2007., str. 79-82.; v. odluke u predmetim ECJ C-79/83, *Dorit Harz v Deutsche Tradax GmbH*, ECR I-1921; ECJ C-180/95, *Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG*, ECR I-2195.

15 Riječ je o sustavu utemeljenom na pravnim sredstvima (*remedy based approach*), nasuprot sustavu utemeljenom na krivnji (*fault based approach*). I. Schwenzer, *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods*, UCC Law Journal, vol. 44., 2012., str. 466-477.

16 Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 3., str. 824.

17 Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 391. O zakašnjenju dužnika (*mora debitoris*) s povijesne i poredbenpravne perspektive R. Zimmermann, *The law of obligations, Roman foundations of Civilian tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1996., str. 790-800.

18 Npr. čl. 3. Smjernice 2000/35/EZ o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u poslovnim transakcijama. K. Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, op. cit. u bilj. 1., str. 286. *et seq.*, Heiderhoff, *Gemeinschaftsprivatrecht*, op. cit. u bilj. 14., str. 182.

19 Isto priznaju kontinentalni i anglosaksonski pravni poredci (s određenim iznimkama). Za pregled Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 3., str. 826-829.; Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 393.

teško zamisliti neki privatnopravni poredak koji ne bi omogućio vjerovniku pravo zahtijevati ispunjenje novčane obveze nakon njezina dospijeca odlučujući se prije toga za neko drugo pravno sredstvo.²⁰

Kada je riječ o **nenovčanim obvezama** anglosaksonski i kontinentalni pravni poredci zauzimaju bitno različito stajalište.²¹ Dok se zahtjev za ispunjenjem dužne obveze u pravilu dopušta u većini kontinentalnih pravnih sustava,²² u anglosaksonskom sustavu (posebice u Engleskoj i Irskoj) tradicionalno se s takvim zahtjevom postupi prema pravilima pravičnosti (*equity*) te je odluka o nagananju ispunjenja obveze nakon njezina dospijeca u pravilu u rukama suda.²³ Iako su u posljednje vrijeme engleski sudovi pod utjecajem pravne stečevine EU-a sve skloniji proširivati granice ovog pravnog sredstva i nalogati ispunjenje, ipak je još uvijek riječ o jednoj od najznačajnijih razlika između zemalja anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog kruga.²⁴ Koje stajalište zauzeti jedno je od glavnih pitanja pravne politike europskog zakonodavca.

Načela europskog ugovornog prava većim dijelom usvajaju anglosaksonski pristup.²⁵ Oštećena strana načelno ima pravo zahtijevati ispunjenje obveze od dužnika (čl. 9:102 PECL), ali samo ako nije prije toga primila ispunjenje obveze od nekog drugog, tj. iz nekog drugog izvora na razuman način (čl. 9:102(2)(d) PECL).²⁶ Isto je ako postoje ostali razlozi koji isključuju zahtjev za ispunjenjem kao: da je ispunjenje protupravno i nemoguće, da bi ono izazvalo nerazuman napor ili trošak za dužnika, te da ispunjenje usluge ovisi o nekom osobnom odnosu između stranaka (čl. 9:102(2)(a-c) PECL). PECL time usvaja praktičan pristup. Najprije općenito propisuje pravo stranke da zahtjeva ispunjenje obveze, a potom propisuje njezina ograničenja (isključenja).²⁷ Mogućnost postavljanja zahtjeva i primitka ispunjenja obveze iz nekog drugog izvora ili čak ispunjenje neke druge činidbe (*another specific performance*) nije strana niti pravnoj stečevini EU-a. Smjernica o turističkim paket aranžmanima ili Smjernica o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima, u slučaju nedostataka na stvari ili glavne obveze, daju potrošaču pravo na neke zamjenske obveze (*substitute performance*) kao pravo na zamjenu ili otklanjanje nedostatka na stvari, pravo na alternativnu

20 Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 8., str. 472-476., 479. *et seq.*

21 G. De Vries, *Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil- and Common-Law Systems and, If So, How Has It Been Bridged in the DCFR?*, ERCL, vol. 17., issue 4., 2009., str. 581-597.

22 Zimmerman, *The Law of Obligations*, op. cit. u bilj. 17., str. 776., Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 8., str. 483-485.,

23 Chitty on Contracts vol. 1, Sweet&Maxwell, London, 1994., para. 27-003., Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 21-016.

24 O. Remien, *Folgen von Leistungsstörungen*, u: H. Schulte-Nölke, R. Schulze (Hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Köln, 2002., str. 139., 142.

25 Lando, *Non-performance (breach) of Contract*, op. cit. u bilj. 7., str. 690

26 "...may reasonably obtain performance from another source"; čl. 9:102(2)(d) PECL.

27 Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 399-402.

činidbu i sl.²⁸ CISG nije zauzeo čvrsti stav o ovom pitanju, a s tim nije niti pomirio rješenja anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog kruga.²⁹ Praksa je pokazala da to ne predstavlja veći problem jer CISG dopušta sudovima da zauzmu stajalište o nalaganju dužnosti ispunjenja specifične obveze.³⁰ S druge strane, izgleda da prema odredbama CESL-a ispunjenje specifične obveze može biti primarno pravno sredstvo zbog neispunjenja obveze, te se njime pruža šira mogućnost nego prema CISG-u.^{31, 32} Određena ograničenja postoje jedino u odnosu na kumulacija različitih pravnih sredstava o specifičnoj obvezi iz ugovora o kupoprodaji digitalnog sadržaja (čl. 132/2 CESL).³³

Nacrt zajedničkog referentnog okvira na slijedi pristup PECL-a jer ne usvaja mogućnost proširenja ispunjenja obveze i na neke druge zamjenske obveze. Koncept iz DCFR-a dopušta stranci da zahtijeva ispunjenje samo dužne obveze, ako ona nije na vrijeme ispunjena ili nije ispunjena onako kako je ugovoreno. Sam zahtjev za ispunjenjem mora biti postavljen u razumnom periodu (čl. III-3:302(1-2, 4) DCFR).³⁴ Pod ispunjenjem DCFR misli na dobrovoljno i prisilno ispunjenje.³⁵ U posljednjem slučaju, nema diskrecijske ocjene suda, već je sud dužan naložiti stranci ispunjenje ugovorne obveze, ako su ispunjeni uvjeti za to. Time se DCFR više približava konceptu prisutnom u kontinentalnim pravnim poredcima.³⁶ U razlozima za isključenje prisilnog ispunjenja ne postoji veća razlika prema PECL, osim što DCFR ne usvaja mogućnost vjerovnika da zahtijeva ispunjenje obveze iz nekog drugog izvora.³⁷ Tvorc DCFR-a time su htjeli održati bazu općeg ugovornog

- 28 M. Schermaier, *Verbraucherkauf in Europa*, Sellier, München, 2003., str. 138-140.; o komparativnoj analizi.
- 29 P. A. Piliounis, *The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?*, Pace ILR, issue 12., 2000., str. 5-8.
- 30 Schwenzer, *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods*, op. cit. u bilj. 15., str. 467-468.
- 31 B. M. Loos, H. Schelhaas, *Commercial Sales: The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention*, ERPL, issue 1, 2013., str. 125.
- 32 G. Wagner, *Termination and Cure under the Common European Sales Law: Avoiding Pitfalls in Contract Remedies*, June 12, 2012. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2083049>; o odnosu zahjeva za ispunjenjem obveze i prava na raskid ugovora.
- 33 R. Feltkamp, F. Vanbossele, *The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods*, ERPL, issue 6, 2011., str. 897-904.; za sustavan pregled pravnih sredstava po CESL-u.
- 34 Razuman period u nekim situacijama može biti vrlo kratak (npr. dostava nekih stvari iz skladišta dužnika), a u nekim situacijama može biti i duži ovisno o samom sadržaju obveze. U svakom slučaju ako se s ispunjenjem odugovlači preko razumnog perioda uvijek se mogu primijeniti pravila o zastari. Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 3., str. 833.
- 35 Čl. III-3:302(1) DCFR; Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 3., str. 829.
- 36 De Vries, *Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil- and Common-Law Systems and, If So, How Has It Been Bridged in the DCFR?*, op. cit. u bilj. 21., str. 581-597.; *ibid.* DCFR, str. 830.
- 37 Pravo zahtijevati ispunjenje isključeno je samo ako bi takvo ispunjenje bilo protupravno i nemoguće; ako bi ispunjenje bilo nerazumno naporno ili skupo; ako ispunjenje ima toliko osoban karakter da bi bilo nerazumno zahtijevati njezino ispunjenje, te ako je proteklo razumno vrijeme za postavljanje zahtjeva. V. čl. III-3:302(3-4) DCFR.

prava netaknutim, ne pokušavajući ispraviti neispunjenje obveze ispunjenjem neke druge specifične obveze. Hrvatski sustav općeg obveznog prava sadrži isti koncept (čl. 360. ZOO).³⁸

DCFR nudi još jednu iznimku ograničenja zahtjeva za ispunjenjem. Prema toj iznimci vjerovnik će izgubiti zahtjev za ispunjenjem ako takav zahtjev nije postavio u razumno vrijeme od trenutka od kojeg je postao svjestan ili trebao postati svjestan neispunjenja obveze (čl. III-3:302(4) DCFR).³⁹ Isti period proizlazi i iz UNIDROIT PICC-a (čl. 7.2.2.). Zahtjevom "razumnog vremena" elimiraju se eventualne kalkulacije oko ispunjenja obveze.⁴⁰ Ova iznimka iz DCFR-a posebno je dvojbena u pravnoj literaturi zbog odnosa hijerarhije i kumulacije s ostalim pravnim sredstvima, posebice prava na raskid ugovora ili smanjenja vlastite obveze. Je li postavljanje zahtjeva za ispunjenjem obveze pretpostavka za raskid ugovora ili smanjenje cijene? Neki autori su mišljenja da bi vjerovnik prvo trebao postaviti zahtjev za ispunjenjem obveze prije nekog drugog pravnog sredstva.⁴¹ U tom smislu DCFR bi trebao biti određeniji.

Možemo zaključiti da o institutu zahtjeva ispunjenja postoje sadržajno različita pravna pravila. Zato ne možemo govoriti o tipizaciji i generalizaciji u užem smislu riječi. Ipak, uz određene izuzetke i u različitom izričaju, možemo reći kako pravna stečevina EU-a, PECL, DCFR, CESL i međunarodni instrumenti kao i privatnopravni poredci država članica načelno ispunjavaju jednak cilj. Svi oni načelno priznaju vjerovniku pravo zahtijevati ispunjenje dužne obveze ili neke druge specifične obveze kako bi "izliječili" neispravno ili nepotpuno ispunjenje. Time se proširuje krug pravnih sredstava koje stoje na raspolaganju vjerovniku radi neispunjenja ugovora. Takav stav (u smislu proširenja prava potrošača zahtijevati ispunjenje neke druge specifične obveze) posljedica je utjecaja cjelokupne pravne stečevine EU-a radi bolje zaštite potrošača. Ipak upitno je, je li potrebno i korisno proširivati sredstva zaštite potrošača na opće ugovorno pravo.⁴² Pitanje je i je li takav sustav prihvatljiv i za kontinentalne i anglosaksonske pravne sustave.

3.2. Pridržaj ispunjenja vlastite obveze u dvostranoobveznim ugovorima

U dvostranoobveznim ugovorima, gdje je svaka strana istodobno vjerovnik i dužnik, niti jedna strana nije dužna ispuniti svoju obvezu ako druga strana nije ispunila ili nije spremna ispuniti svoju obvezu. Zato strana koje je spremna ispuniti svoju obvezu može ju suspendirati, tj. **zadržati** (*withholding performance*) sve

38 Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 2005., str. 539-540.

39 Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 829-830.

40 UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 6., str. 243.

41 F. Zoll, *The remedies for non-performance in the System of the Acquis Group*, u: R. Schulze (Ed.), *Common Frame of Reference and existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008., str. 197.

42 M. Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, u: R. Schulze (Ed.), *New features in Contract law*, Sellier, Munich, 2007., str. 197.

dok suprotna strana ne ispuní svoju obvezu ili dok ne pruži određeno osiguranje ispunjenja obveze. Ovo načelo, koje izvire iz rimskog načela *exceptio non adimpleti contractus*⁴³ i odgovara kontinentalnom pravnom krugu, čini jedan od neizostavnih elemenata cjelokupnog sustava pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovora u europskom ugovornom pravu. Simbiozom je povezan s pravom na raskid ugovora te je zato nužno potrebno da postoje jasna pravna pravila o pridržaju vlastite obveze kako bi dobili cjelovit i zaokružen sustav pravnih pravila.

Pravna stečevina EU-a načelno ne poznaje pridržaj ispunjenja vlastite obveze.⁴⁴ No, ono je prepoznato u mnogim pravnim sustavima država članica (posebice kontinentalnim)⁴⁵ u PECL-u, DCFR-u, CESL-u kao i međunarodnim instrumentima.⁴⁶ Možemo reći kako postoji tipičan uzorak pretpostavki. Mora biti riječ o recipročnim obvezama. Obveza strane koja zadržava ispunjenje trebala bi biti ispunjena istodobno ili nakon obveze suprotne strane te, što je zanimljivo, neispunjenje ugovorne obveze suprotne strane ne treba biti fundamentalno. Dakle, može se radi i o kršenju ispunjenja nekog manjeg dijela obveze, a ne samo obveze u cijelosti.⁴⁷ Ako je riječ o ugovoru o uzastopnim obvezama prema CESL-u zadržavanje ispunjenja je moguće i u odnosu na samo jednu od uzastopnih obveza (čl. 113(3) CESL). Na ovaj način pruža se zaštita ugovoru vjernoj strani od suugovaratelja koji nije spreman ispuniti svoju obvezu na vrijeme. Istodobno, na višoj razini, strankama se omogućuje postizanje dogovora oko novog uređenja (smanjenja) međusobnih obveza u budućnosti, jednom kada bi obveze trebale biti ispunjene. Takvo uređenje više odgovara i međunarodnoj trgovini.⁴⁸

Pridržaj ispunjenja nosi u sebi opasnost da vjerovnik njime manipulira kako bi preinačio i izmijenio sadržaj preuzetih ugovorih obveza. Kako bi se spriječile zloporabe ovog instituta i uvela odgovarajuća ravnoteža između prava stranaka PECL, DCFR i CESL usvajaju poseban **zahtjev opravdanosti** uskraćivanja ispunjenja obveze u slučaju, tzv. anticipiranog neispunjenja obveze. Vjerovnik može uskratiti, tj. zadržati ispunjenje svoje obveze u cijelosti ili djelomično samo ako je to razumno i ako je potpuno jasno da suprotna strana neće moći ispuniti obvezu koja je dospjela (čl. 9:201(1) PECL, čl. III-3:401(2) DCFR, čl. 116. CESL).

43 Zimmermann, *The law of Obligations*, op. cit. u bilj. 17., str. 801., 811. *et seq.*; za razvoj načela *exceptio non adimpleti contractus* od rimskog prava do danas.

44 Remien, *Folgen von Leistungsstörungen*, op. cit. u bilj. 24., str. 139. i 142.

45 Npr. Njemačka, Italija, Poljska, Slovenija, Hrvatska. U Engleskoj i Škotskoj navedeno je pravilo izričito propisano za kupoprodajni ugovor propisom *UK Sales of Goods Act 1979*. U Francuskoj, Belgiji, Luksemburgu, Austriji, Španjolskoj i Danskoj sudovi su utvrdili ovo pravo kao opće načelo. Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 846-847.

46 To proizlazi iz odredaba čl. 9:201 PECL, čl. 3:401 DCFR, čl. 106(1)(b) i čl. 113. CESL, čl. 6.1.3. u svezi s čl. 7.1.3. UNIDROIT PICC.

47 Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 404-405., Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 843-844., *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 6., str. 226.

48 Loos/Schelhaas, *Commercial Sales: The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention*, op. cit. u bilj. 31., str. 105-130.; isto Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, op. cit. u bilj. 42., str. 188.

Ovo stajalište odgovara načelu savjesnosti i poštenja u kontinentalnim sustavima, odnosno zahtjevu postupanja u skladu s dobrom vjerom i poštenim postupanjem u anglosaksonskim sustavima.⁴⁹ Ipak DCFR u odnosu na PECL i ovdje uvodi viši stupanj sigurnosti. S jedne strane postavlja test razumnog vjerovanja u neispunjenje obveze (*who reasonably believes*), a s druge uvodi dužnost strane koja zadržava ispunjenje da o tome obavijesti svog dužnika što je prije moguće. Ako to ne učini, snosi svu štetu koja ja nastala zbog propusta davanja obavijesti (čl. III-3:401(3) DCFR).⁵⁰

CISG kao vrlo važan međunarodni instrument nije jasno artikulirao pravo kupca da zadrži ispunjenje svoje obveze (čl. 45. CISG prava kupca u slučaju neispunjenja prodavateljeve obveze), ali bi odredbe članaka 58. i 71. CISG-a i odnosna sudska praksa mogli dati prostora za pozitivno tumačenje.^{51 52—}

Rekli smo da pravna stečevina EU-a načelno ne poznaje pridržaj ispunjenje vlastite obveze. Riječ o institutu stranom *acquisu*,⁵³ iako su se vodile rasprave o tome postoji li i u kojoj mjeri institut pridržaja vlastite obveze. Nakon rasprava niti *Acquis* grupa nije prepoznala dovoljno legitimnosti da ga prihvati i propiše svojim *Acquis* načelima.⁵⁴ Rasprava se vodila oko pitanja propisuje li Smjernica o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u poslovnim transakcijama pravo na zadržanje ispunjenja vlastite obveze. Sukladno čl. 3(1)(c)(i) Smjernice vjerovnik ima pravo zahtijevati kamate samo ako je ispunio svoju obvezu. Prema nekim autorima Smjernica time dopušta stranci pravo uskrate ispunjenja svoje obveze, čak i ako suprotna strana nije ispunila neki manji i neznatni dio svoje obveze.⁵⁵ *Acquis* grupa nije slijedila ovaj pristup smatrajući da to još uvijek nije dovoljno za usvajanje načela *exceptio non adimpleti contractus*.⁵⁶ Umjesto toga *Acquis* grupa preuzela

49 Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 844.

50 Ibid., str. 845., usporedi s Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 406.

51 *Zurich Chamber of Commerce award* (case No. 273/95): *exceptio non adimpleti contractus* is a general principle; *ICC award* (case No. 8547) (rendered under the 1969 Uniform Law on International Sale of Goods): suspending payment is justified by Article 7.1.3 of the UNIDROIT Principles. E. Senini, *Requiring and withholding performance, termination and price reduction: The CESL in comparison with the Vienna Sales Convention*, Conference paper, Rome, 2012. http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/document/Rome_conference_11042012/slides_Enrica_Senini_-_CESL_Conference.ppt. (20.11.2013.)

52 Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 950-954. Riječ je o situacijama u kojima kupac ima pravo suspendirati i odbiti plaćanje cijene ako nije imao prilike pregledati robu, osim ako nije drugačije ugovoreno (čl. 58(3) CISG). Druga mogućnost interpretacije dopuštenosti zadržavanja ispunjenja obveze kupca bila bi ako nakon sklapanja ugovora postane očito da prodavatelj neće moći ispuniti pretežiti dio svoje obveze zbog toga što više nije kreditno sposoban ili je to očito iz drugog ponašanja koje je prethodilo ispunjenju obveze (čl. 71(1) CISG).

53 Remien, *Folgen von Leistungstörungen*, op. cit. u bilj. 24., str. 139. i 142.

54 Zoll, *The remedies for non-performance in the System of the Acquis Group*, op. cit. u bilj. 41., str. 200.

55 Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, op. cit. u bilj. 1., str. 273-274.

56 Ibid., supra bilj. 53., str. 200.

je “sivo” pravilo iz DCFR te posebno pravilo o kamatama u slučaju neispunjenja vjerovnikove recipročne obveze u cijelosti (čl. 8:405 *Acqis* Načela).⁵⁷

3.3. *Prestanak / raskid ugovora*

3.3.1. *Pojam*

Svaki ugovorni odnos temelji se na određenim očekivanjima ugovornih strana u ispunjenje obveze. Ako obveza nije ispunjena onako kako se očekivalo ili nije ispunjena stranci se odobrava neka vrsta “oslobođenja” od njezinih obveza. Pravni poredci država članica uvijek odobravaju vjerovniku neko pravno sredstvo koje dovodi do prestanka ugovora i oslobođenja stranaka međusobnih prava i obveza. Razlozi koji se nalaze u osnovi prestanka (raskida) ugovora mogu biti različiti. Možda vjerovnik više ne želi ispunjenje obveze jer bi ona bila ispunjena na način koji ne odgovara svrsi zbog koje je ugovor sklopljen, ili bi bila ispunjena prekasno, ili je dužnik postao insolventan što dovodi do dodatnih komplikacija i odugovlačenja ispunjenja obveze. Istodobno, za dužnika, pravo na raskid ugovora može poticajno djelovati, jer on zna da može doći do raskida ugovora ako ne ispuni svoju obvezu. Možda mu je u tom slučaju ekonomski isplativije ispuniti obvezu nego snositi troškove i posljedice raskida ugovora. Time raskid može pružiti zaštitu interesima obiju stranaka.⁵⁸ Najveći problem europskog privatnog prava proizlazi iz brojnosti i različitosti terminologije i koncepata uređenja prestanka (raskida) ugovora,⁵⁹ a posebice iz razlike između anglosaksonskih i kontinentalnih pravnih poredaka.⁶⁰ Zato je i jedno od glavnih problema **pitanje generalizacije** takvog instituta na razini europskog ugovornog prava.

Pravna stečevina EU-a, PECL, DCFR i CESL kao i međunarodni instrumenti CISG i UNIDROIT PICC koriste generički pojam “prestanak” ugovora (*termination of contract*)⁶¹ posvećujući veću pažnju sadržaju negoli nazivlju. Pojedina načela europskog ugovornog prava i međunarodni instrumenti dakle ne prave terminološku i sadržajnu razliku između pojmova, npr. “*Rücktritt*” i “*Kündigung*” u njemačkom pravu,⁶² između “*termination*”, “*avoidance*”, “*rescission*” u engleskom pravu,

57 *Acquis Group, Acquis principles - Contract II*, op. cit. u bilj. 11., str. 440. *et seq.*

58 Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 409.

59 H. Unberath, *Die Vertragsverletzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007., str. 363-365.

60 Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 8., str. 488-496. (za germanski pravni krug), str. 496-502. (za romanski pravni krug), str. 503-510. (za anglosaksonski pravni krug); Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 17-069, 17-971.

61 Remien, *Folgen von Leistungsstörungen*, op. cit. u bilj. 24., 139, 143 *et seq.*; za pregled *acquisa*.

62 §§ 346-354 BGB (*Rücktritt*), § 276 BGB (*Kündigung*), *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 1. *et seq.*,

“raskida”, “poništaja” i “utvrđenja ništetnosti” u hrvatskom pravu⁶³ itd.⁶⁴ Zato je i jedan od najvećih problema kako postići generalizaciju i tipizaciju takva instituta na općoj razini europskog privatnog prava. U nastavku će se koristiti termin “raskid” ugovora, jer je to termin koji prihvaća hrvatsko opće obvezno pravo. Ipak za potrebe ovoga teksta treba ga shvatiti puno šire i općenitije, preko dimenzije koje mu pruža hrvatsko pravo, kao opći način “prestanka” ugovora (*termination of contract*) zbog dužnikova neispunjenja ugovorne obveze.

3.3.2. Fundamentalna / bitna povreda

U nekim situacijama vjerovnik koji se boji da ugovor neće biti ispunjen mogao bi opravdano raskinuti ugovor i prije nego što je to bilo potrebno, a u nekim situacijama mogao bi zloupotrijebiti pravo na raskid ugovora jer više nema interesa biti vezan ugovorom. Kako bi se spriječile zlouporabe ovoga instituta pravom koje dovodi do prestanka ili okončanja ugovora (u hrvatskom pravu raskida ugovora) vjerovnik se može koristiti samo u slučaju **fundamentalne (bitne) povrede** ugovorne obveze (*fundamental breach*, čl. 9:301(1) PECL, čl. III-3:502 DCFR).⁶⁵ Dok PECL štiti, DCFR jasno definira kada je povreda fundamentalna (bitna). Povreda ugovorne obveze bitna je ako njezino neispunjenje u cijelosti ili u pretežitom dijelu lišava vjerovnika (*substantially deprive*) onoga što je očekivao na temelju ugovora, osim ako je vjerovnik u vrijeme sklapanja ugovora znao ili morao znati za takav rezultat. Povreda ugovorne obveze je bitna i ako je neispunjenje uzrokovano namjerno ili iz krajnje nepažnje, odnosno ako vjerovnik osnovano vjeruje da ispunjenje neće biti moguće u budućnosti. U posljednjem slučaju (namjere ili krajnje nepažnje) ne zahtijeva se da vjerovnik u cijelosti ili u pretežitom dijelu bude lišen očekivanog. Može se raditi i o neispunjenju nekog manjeg dijela obveze (čl. III-3:502 DCFR).⁶⁶ Navedeni koncept iz DCFR-a razlikuje se od prava nekih država članica i PECL-a jer s jedne strane sadrži definiranje fundamentalne povrede, a s druge uvodi standard da obveza nije ispunjena “u cijelosti ili pretežnom dijelu” ostavljajući sudu da donese ocjenu je li neispunjenje obveze takvo da dopušta prestanak/raskid ugovora.⁶⁷ U odnosu na ugovor o kupoprodaji CESL sadrži širi koncept pojma neispunjenja ugovora te slijedi tendenciju detaljnijeg obrazloženja fundamentalne povrede po uzoru na DCFR (čl. 134. u svezi s čl. 87.

63 Crnić, *Zakon o obveznim odnosima - komentar*, Organizator, Zagreb, 2006., str. 316. *et seq.*, 364. *et seq.*, Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 38., str. 472. *et seq.*

64 Za pregled Feltkamp/Vanbossele, *The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods*, op. cit. u bilj. 33., str. 897-904.; Lando, *Non-performance (breach) of Contract*, op. cit. u bilj. 7., str. 682-687.

65 Isto Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 18-005.

66 Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 853-855.; o tri elementa fundamentalne (bitne) povrede ugovorne obveze.

67 Ibid., str. 853.

CESL).⁶⁸ Zahtjev neispunjenja fundamentalnog dijela obveze prepoznat je kao opći standard i u međunarodnim instrumentima. U odnosu na rješenje iz DCFR, UNIDROIT PICC sadrži još širu i detaljniju listu okolnosti kada se neispunjenje obveze smatra fundamentalnom (UNIDROIT PICC (čl. 7.3.1.(2)(a-e)).⁶⁹ Jedna od njih je uređena CISG-om, a riječ je o supstancijalnom neispunjenju koje stranka nije predvidjela ili nije mogla predvidjeti (čl. 64(1)(a) u svezi s čl. 25.).⁷⁰ Fundamentalno neispunjenje načelno usvajaju i pravni sustavi država članica premda u različitom izričaju.⁷¹

Trenutak gubitka prava na raskid ugovora i prestanka ugovora uređen je jedinstveno u spomenutim instrumentima. Vjerovnik će u pravilu izgubiti pravo na raskid ugovora ako ne da izjavu o raskidu ugovora u razumno vrijeme nakon što je postao svjestan ili trebao postati svjestan neispunjenja ugovora. S iznimkom davanja dodatnog primjerenog roka za ispunjenje obveze,⁷² ugovor prestaje samom izjavom vjerovnika upućenoj dužniku kojom raskida ugovor.⁷³ Međutim, sve dok obveza ne bude ispunjena vjerovnik nije dužan dati izjavu o raskidu ugovora. Iznimku predstavljaju oni pravni sustavi kod kojih ugovor ne prestaje izjavom o raskidu već formalnopravno odlukom suda, iako i oni u sudskoj praksi neizravno priznaju vjerovniku pravo na raskid ugovora.⁷⁴

3.3.3. *Anticipirano neispunjenje ugovora*

U većini slučajeva navedeno opće pravilo upotunjeno je s nekoliko posebnih pravila. Na razini europskog privatnog prava na prvom mjestu je tzv. anticipirano neispunjenje obveze (*anticipated / anticipatory non-performance*). Vjerovnik će imati pravo raskinuti ugovor i **prije dospijeca** obveze ako je iz ponašanja dužnika očito da neće moći ispuniti obvezu ili njezin pretežit dio u trenutku kada obveza dospije ili ako dužnik da izjavu da neće moći ispuniti obvezu po dospijecu (čl. 9:304 PECL, čl. III-3:504 DCFR, čl. 72(1)(3) CISG, čl. 7.3.3. UNIDROIT PICC, čl. 116. CESL).⁷⁵ Anticipirano neispunjenje, temelji se na shvaćanju da nema smisla

68 Loos/Schelhaas, *Commercial Sales: The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention*, ERPL, op. cit. u bilj. 31., str. 126-127.; Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. u bilj. 4., str. 587., str. 398-408.

69 UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 6., str. 250-252.

70 Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 894-901., str. 402-417.

71 Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 8., str. 514., Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8, para. 18-025 *et seq.*

72 *Infra*, v. poglavlje 3.3.5.

73 To proizlazi iz odredba čl. 9:303(1) PECL, čl. III-3:507(1) DCFR, čl. 138 CESL, čl. 64(1)(a) u svezi s čl. 26 CISG, čl. 7.3.2. UNIDROIT PICC.

74 Ponajprije englesko pravo, Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 18-009. ili druge zemlje kao Francuska, Belgija, Luksemburg, Italija, Španjolska. Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 415-416., Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 880.

75 Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 867-868., isto Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 979-981.,

održavati ugovor na snazi i prisiljavati vjerovnika da ostane njime vezan, ako je očito da dužnik svoju obvezu ne može ili neće ispuniti. Formalnopravno, anticipirano neispunjenje se glede pravnih posljedica izjednačuje s bitnom povredom ugovorne obveze po njezinom dospijeću.⁷⁶ Pravna stečevina priznaje anticipirano neispunjenje kao opće pravilo, bez većih iznimaka.⁷⁷ Konačno, anticipirano neispunjenje načelno je ugrađeno i u privatnopravne sustave država članica, s izuzetkom onih pravnih poredaka u kojima ugovorni odnos u pravilu može prestati samo odlukom suda.⁷⁸ Načelno se pravni izvor ove odredbe može pronaći u anglosaksonskim pravnim poredcima, posebice engleskom i škotskom pravu⁷⁹ premda i kontinentalni pravni sustavi sadrže ekvivalentna pravna pravila.⁸⁰

3.3.4. *Davanje osiguranja ispunjenja*

Još je jedna iznimka od općeg pravila o raskidu ugovora. Vjerovnik koji je prije dospijeća obveze zahtijevao i nije primio adekvatno **osiguranje ispunjenja** dužnikove obveze u razumnom vremenu, a koji i dalje osnovano vjeruje da dužnik neće moći ispuniti svoju obvezu ili njezin pretežit dio, ima pravo na raskid ugovora. Iako je ovo pravo regulirano čl. 8:105(2) PECL i ostalim instrumentima, npr. čl. III-3:505 DCFR, čl. 72(2) CISG, čl. 7.3.4. UNIDROIT PICC, čl. 133(2) CESL, mnoga nacionalna prava država članica zapravo ne sadrže sličnu odredbu.⁸¹ Na općoj razini ova odredbe ispunjava značajnu zaštitnu funkciju. Ona pruža zaštitu vjerovniku kada je očito da dužnik neće ispuniti obvezu po dospijeću, a iz nekog razloga se vjerovnik ne može ili neće koristiti odredbom o prestanku (raskidu) ugovora zbog anticipiranog neispunjenja. Naime, teoretski je moguće da dužnik po dospijeću još uvijek ispuni svoju obvezu, a dokaz anticipiranog neispunjenja može u praksi biti kompleksan i iscrpljujuć. Kako bi se izbjegla dvojba i ukinula neizvjesnost ispunjenja, ovakvo pravno rješenje dopušta vjerovniku da zahtijeva od dužnika određeno osiguranje ispunjenja obveze te da istodobno zadrži ispunjenje

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, op. cit. u bilj. 6., str. 254., Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. u bilj. 4., str. 521.

76 Čl. III-3:504 DCFR, Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 867.

77 Čl. 3(5) Smjernica o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima, čl. 11. Smjernice o sklapanju ugovora o potrošačkim financijskim uslugama na daljinu, čl. 5(2) Smjernice o turističkim paket aranžmanima, čl. 9. Smjernice o odgovornosti za neispravan proizvod itd. Više Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, op. cit. u bilj. 1., str. 293. *et seq.*, 342. *et seq.*, 311. *et seq.*

78 V. supra u bilj. 74.

79 Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., paras. 17-073 do 17-077.

80 Primjerice Njemačka, Danska, Slovenija, Hrvatska. Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 869-870.

81 Ova odredba kao opće pravilo najprije je razvijena u SAD-u kroz *Uniform Commercial Code* (čl. 2-609) a potom je preuzeta u europskim načelima i međunarodnim instrumentima. Ibid., DCFR, str. 871.

svoje vlastite obveze sve dok ne primi odgovarajuće osiguranje.⁸² Što se smatra odgovarajućim osiguranjem ovisi o okolnostima slučaja. Neki put bit će dovoljna izjava dužnika da će ispuniti obvezu, a u nekim situacijama bit će potrebno pribaviti neko stvarnopravno osiguranje tražbine ili izjavu jamca.⁸³

Rekli smo da mnoga nacionalna prava država članica ne sadrže izričitu odredbu o tome.⁸⁴ U praksi ona bi se eventualno interpretacijom mogla izvesti iz pravila o pridržaju ispunjenja obveze u dvostranoobveznim ugovorima,⁸⁵ ali bi zbog njezine važnosti trebalo razmisliti o njezinom jasnom uređenju u pravima država članica.⁸⁶

3.3.5. Odobrenje naknadnog primjerenog roka

Treće posebno pravilo vezano je uz pružanje dodatnog naknadnog roka za ispunjenje obveze. U slučaju zakašnjenja dužnika s ispunjenjem obveze, vjerovnik prije davanja izjave o raskidu ugovora, može pružiti dužniku **dodatan primjereni rok** za ispunjenje obveze navodeći da će nakon toga, ili raskinuti ugovor, ili da se ugovor raskida automatski (čl. 9:301 i čl. 8:106(3) PECL, čl. III-3:503 DCFR, čl. 47(1) u svezi s čl. 49(1)(b) CISG, čl. 7.1.5. UNIDROIT PICC, čl. 135. CESL).⁸⁷ Svi instrumenti, kao i pravna stečevina EU-a bez iznimke preuzimaju ovaj koncept.⁸⁸ On se može naći i u pravnim sustavima država članice, premda ne uvijek u istom izričaju i s istim pretpostavkama.⁸⁹ U Engleskoj on je više vezan uz uvjete ugovora i izjave o jamstvima (*conditions and warranties*) te se mora tumačiti u skladu s okolnostima slučaja.⁹⁰ U njemačkom pravu riječ je o tipičnom institutu poznatom

82 Lando/Beale, PECL, op. cit. bilj. 2., str. 370., Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 978-979., Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. u bilj. 4., str. 584.

83 UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 6., str. 255-256.

84 Hrvatski pravni sustav zapravo je jedan od rijetkih sustava koje sadrži izričitu odredbu o davanju osiguranja. V. čl. 359(1)(3) ZOO. Crnić, *Zakon o obveznim odnosima - komentar*, op. cit. u bilj. 63., str. 363-364., Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 38., str. 536-538.

85 V. supra poglavlje 3.2.

86 Interpretaciju dopušta njemačko, austrijsko, češko, finsko, švedsko pravo. Francusko i belgijsko pravo nema jasne odredbe o pravu na raskid ugovora kada je jasno da dužnik neće ispuniti obvezu (osim u slučaju insolventnosti dužnika). Čl. III-3:305 DCFR, Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 873-874.

87 Feltkamp/Vanbossele, *The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods*, op. cit. u bilj. 33., str. 900-901.; Van Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 863-864., Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 410, 374-376., isto Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 724-730., UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 6., str. 231-232.

88 Npr. v. čl. 18. Smjernice 2011/83/EZ o pravima potrošača.

89 Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 864-866.; za pojedine pravne sustave.

90 Piliounis, *The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?*, op. cit. u bilj. 29., str. 9-11.; za usporedbu engleskog i njemačkog sustava te odredbi CISG-a.

kao "*Nachfrist*",⁹¹ iako on postoji i u mnogim drugim pravnim sustavima. Cilj je pravila održati ugovor na snazi u skladu s temeljnim načelom obveznog prava *pacta sunt servanda* i pružiti dužniku još jednu mogućnost za ispunjenje ugovora. Istodobno ovo pravilo postoji uz opće pravilo o neispunjenju obveze i *de facto* olakšava vjerovniku oslobođenje od ugovornih obveza koje druga ugovorna strana nije spremna izvršiti.⁹²

Dodatno razdoblje koje se pruža mora biti fiksno određeno, izravno ili neizravno u samoj obavijesti o pružanju dodatnog roka.⁹³ Trajanje roka mora biti razumno, pri čemu se ono ocjenjuje s obzirom na karakteristike pojedinog ugovora i okolnosti slučaja. CESL je jedan od rijetkih propisa koji za odnose između potrošača i trgovaca izričito propisuje da dodatan primjeren rok ne može biti kraći od 30 dana (čl. 135(2) CESL). S izuzetkom prava na naknadu štete, za vrijeme trajanja dodatnog primjerenog roka za ispunjenje obveze prema svim instrumentima vjerovnik u pravilu nema pravo na raskid ili drugo pravno sredstvo koje bi dovelo do okončanja ugovora.⁹⁴ Po isteku roka njegova pravna pozicija vraća se u stanje kao roka nije niti bilo. Ako je i dalje riječ o bitnoj (fundamentalnoj) povredi obveze, pravo na raskid/okončanje ugovora ponovo oživljava i vjerovnik se bez iznimke može osloboditi obveze.⁹⁵

3.3.6. Učinak prestanka / raskida ugovora

Različiti privatnopravni sustavi država članica pokazuju veliku različitost u konceptima i terminologiji u odnosu na učinke prestanka ugovora. Najveća razlika proizlazi između anglosaksonskog pravnog kruga (posebice engleskog i škotskog prava) koje u pravilu imaju ograničen **retroaktivni** učinak⁹⁶ te romanskog pravnog kruga (posebice francuskog i talijanskog prava) koje tretira prestanak prava i obveza načelno retroaktivno. Isto je i s drugim pravnim sustavima.⁹⁷ Ipak ako se pogleda pravni učinak i krajnje posljedice koje ostvaruju, razlika nije toliko velika, ali je još uvijek značajna. Većina pravnih sustava država članica poznaje **restituciju** kao opću obvezu vraćanja određenog iznosa novca ili drugog dobra koje se primilo na

91 BGB § 323, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 45-90.

92 P. Schlechtriem, *Abstandnahme vom Vertrag* u: J. Basedow, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000., str. 15., 167.; Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, op. cit. u bilj. 42., str. 190.

93 Primjerice izravno: "do 4. lipnja 2014." ili neizravno: "u roku od tjedan dana", "što je prije moguće". Schulze, *Common European Sales Law (CESL)*, op. cit. u bilj. 4., str. 590., komentar uz čl. III.3:503 DCFR, Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 863.

94 To proizlazi iz odredbe čl. 9:301 i čl. 8:106(2-3) PECL, čl. III-3:503 DCFR, čl. 47(2) CISG, čl. 139(2-3) CESL.

95 Isto *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, čl. 7.1.5.(2), op. cit. u bilj. 6., str., 255

96 Treitel, *The Law of Contract*, op. cit u bilj. 8., para. 18-010 do 10-012.

97 Primjerice češko, portugalsko, dansko pravo nasuprot austrijskog, poljskog, slovenskog ili hrvatskoga prava. Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 890-891.

ime ispunjenja ugovora, a koji je naknadno prestao zbog neispunjenja recipročne ugovorne obveze. Međutim pravna osnova kojom se dolazi do povrata pokazuje sva lica različitosti. Neki sustavi priznaju izričito obvezu restitucije, dok kod nekih dolazi do povrata na temelju stjecanja bez osnove ili neosnovanog obogaćenja ili neke treće osnove.⁹⁸

Prema Načelima europskog ugovornog prava jedan od glavnih učinaka raskida je prestanak ugovora i oslobođenje obiju stranaka njihovih budućih prava i obveza (*pro futuro*, čl. 9:305(1) PECL). Učinak oslobođenja obveza djeluje za budućnost od trenutka prestanka ugovora (*ex nunc*). On ne djeluje na ugovorne odredbe ili sporazum ugovornih stranaka koji je postojao do trenutka prestanka važenja ugovora (čl. 9:305(2) PECL). Općenito su usvojene tri osnovne iznimke od ovoga pravila. Prvo, osoba koja je dovela do prestanka važenja ugovora može **vratiti stvar ili dobro** koje je prethodno primila od suprotne strane, ako je njezina vrijednost značajno smanjena zbog neispunjenja obveze suprotne strane (čl. 9:306 PECL). Riječ je o situacijama u kojima je ugovoru vjerna strana već primila nešto u ime ispunjenja ugovora (npr. posudba stvari) i sada zbog prestanka ugovora ona se mora vratiti. Prema Smjernici o turističkim paket aranžmanima dužnost pružatelja usluge jest barem vratiti putnike natrag u zemlju njihova prebivališta.⁹⁹ Drugo, osoba koja je platila određeni iznos novca ili predala određenu stvar u ime ispunjenja obveze može zahtijevati njihov **povrat** ako druga ugovorna strana nije ispunila svoju obvezu (čl. 9:307 i čl. 9:308 PECL). Treće, osoba koje je ispunila neku **činidbu** može zahtijevati umjesto nje povrat razumnog iznosa novca, ako druga strana nije ispunila svoju obvezu iz ugovora (čl. 9:309 PECL).¹⁰⁰ Ove iznimke zapravo se približavaju doktrini retroaktivnog učinka u slučaju raskida ugovora zbog neispunjenja obveze. One su očito utemeljene na pravnom shvaćanju kontinentalnih pravnih sustava koji prihvaćaju restituciju kao jednu od glavnih pravnih posljedica raskida ugovora.¹⁰¹

Nacrt zajedničkog referentnog okvira kao i međunarodni instrumenti sadrže ipak malo drugačiji i širi okvir uređenja pravnih posljedica prestanka ugovora. I oni načelno usvajaju stajalište da učinak prestanka ugovora nastupa *ex nunc* (osim onih obveza koje su izuzeta i po prirodi stvari nastavljaju nakon prestanka ugovora). Ali oni sadrže detaljnija i neutralnija pravila o restituciji i vraćanju u prijašnje stanje i oblikovana su za specifične situacije (čl. III-3:509 i čl. III-3:510 DCFR, čl. 81 CISG, čl. 7.3.5.-7.3.7 UNIDROIT PICC, čl. 173(1) CESL).¹⁰² CISG također zauzima šire stajalište, premda postoje dvojbe djeluje li oslobođenje stranaka obveza *ex tunc*

98 Za usporedbu, Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 896-898.

99 *Acquis Group, Acquis principles - Contract II*, op. cit. u bilj. 11., str. 466. *et. seq.*

100 Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 421-429.

101 Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, op. cit. u bilj. 42., str. 190.

102 P. Sirena, *The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law*, ERPL, issue 6., str. 977-1000.; Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 886-888., 893-895.; *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 6., str., 256-264.

ili *ex tunc*.¹⁰³ Takvo neutralnije uređenje pruža širi i fleksibilniji okvir za različita pravna pravila o restituciji prisutna u različitim pravnim sustavima. Bez obzira na različitosti oslobođenje stranaka njihovih obveza nakon prestanka ugovora i dužnost povrata primljenog i bez obzira na pravnu osnovu, analiza pokazuje kako ipak postoji krug pravnih posljedica koje su gotovo opće prihvaćene u pravnoj stečevini EU-a, nacionalnim pravnim poredcima i ostalim načelima i akademskim inicijativama stvaranja europskog privatnog (ugovornog) prava.

3.3.7. Završna razmatranja o prestanku ugovora

Možemo zaključiti da europsko privatno pravo bez iznimke sadrži pravila o prestanku (raskidu) ugovora. Iako se izričaj i sadržaj pojedinih pravnih izvora djelomično razlikuje, temeljno opće pravila o prestanku ugovora u osnovi je sadržajno jednako te se njime postiže jednak cilj. Strankama se dopušta oslobođenje od njihovih obveza kao i restitucija u osnovi zbog bitne (supstantivne) povrede ugovora. Razlog za takav “opći” pristup je logičan te proizlazi iz same politike i samog karaktera pravne stečevine EU, načela i akademskih inicijativa europskog ugovornog prava. Svi oni imaju za cilj pružiti neko supstantivno pravilo prepuštajući dalje njegovu implementaciju svakoj pojedinoj državi članici. Cilj je da svaka država članica preuzimajući sadržaj nekog pravnog pravila dalje isti prilagodi svojem privatnopravnom poretku. Upravo zato su Načela europskog privatnog prava kao i Nacrt zajedničkog referentnog okvira koristeći se pravnom stečevinom EU-a i pravnim uređenjem država članica kao temeljem, nastojala pružiti pravni okvir koji bi pomirio različitosti i ponudio dobru osnovu za uređenje ovog instituta na europskoj razini.

3.4. Smanjenje obveze / sniženje cijene

Pravna pravila o smanjenju obveze (*reduction of performance*) trebaju se iščitavati zajedno s pravilima o raskidu ugovora, jer su usko povezana s neispunjenjem obveze onako kako je ugovoreno. Smanjenje obveze je u rječniku Smjernice o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima (čl. 3(2) Smjernice), Načela europskog ugovornog prava (čl. 9:401 PECL), Nacrta zajedničkog referentnog okvira (čl. III-3:601 DCFR), Konvencije o međunarodnoj kupoprodaji robe (čl. 50 CISG) i mnogih nacionalnih propisa isto što i **sniženje cijene** (*reduction of price*).¹⁰⁴ Riječ je o tipičnom pravnom sredstvu koje zakonodavac veže uz kupoprodajni ugovor i dostavu robe s nedostatkom, posebice zbog utjecaja Smjernice o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje

¹⁰³ Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 1101-1103.

¹⁰⁴ Heiderhoff, *Gemeinschaftsprivatrecht*, op. cit. u bilj. 14., str. 184-185, Remien, *Folgen von Leistungsstörungen*, op. cit. u bilj. 24., str. 139., 145. *et seq.*, Zoll, *The remedies for non-performance in the System of the Acquis Group*, op. cit. u bilj. 41., str. 198.

i popratnim jamstvima. No ipak sniženje cijene kao jednog od oblika smanjenja obveze u privatnopravnim poredcima često se veže uz propise koji reguliraju neke posebne vrste ugovora, npr. ugovor o *leasingu* i ugovor o gradnji (Danska, Njemačka, Grčka), ugovor o kupoprodaji nekretnine i ugovor o uslugama (Finska), ugovor o djelu (Njemačka, Italija) itd.¹⁰⁵ Zato se s razlogom postavlja pitanje može li se iz poredbenopravne analize izvesti zaključak o **generalizaciji** ovoga pravila na razini europskog privatnog prava. Šira primjena ovoga pravila čini se razumnom i korisnom.

Širu primjenu ovoga načela omogućuje već Smjernice o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima (čl. 3(2) Smjernice). Ona se ne primjenjuje strogo samo na klasičan ugovor o kupoprodaji sklopljen s potrošačima, već i na ugovor o opskrbi robe potrošačima koja se tek treba proizvesti. Isti koncept prihvaća i CISG u odnosu na kupoprodajni ugovor.¹⁰⁶ Koncept sniženja cijene preuzet je i u Smjernici o paket aranžmanima (čl. 4(7) Smjernice) koja također pokazuje tendenciju njezine šire primjene na različite vrste ugovora osim samog paket aranžmana. Isto je i sa Smjernicom o uskraćenom ukrcaju (čl. 4(6) Smjernice).¹⁰⁷

Širu primjenu ovoga načela pokušali su ostvariti i autori PECL-a i DCFR-a. Prema općem pravilu do mogućnosti sniženja cijene dolazi u situacijama kada je vjerovnik primio ispunjenje obveze, ali je ona neuredno ispunjena i ne odgovara onome što je ugovoreno (čl. 9:401(1) r.1. PECL i čl. III-3:601(1) r.1. DCFR, čl. 106(1)(d) CESL). U suprotnom, ako je vjerovnik odbio primitak obveze (robe/stvari), na raspolaganju mu stoje druga pravna sredstva, primjerice pravo na raskid ugovora i restitucija.¹⁰⁸ Sam opseg smanjenja obveze, odnosno iznos sniženja cijene, u pravilu je proporcionalan povredi ugovorne obveze. PECL i DCFR o proporcionalnosti sadrže jednaku formulaciju. Pri izračunu, vjerovnikovu obvezu je potrebno umanjiti proporcionalno vrijednosti obveze koja je neuredno ispunjena u odnosu na vrijednost obveze kako je trebala biti ispunjena sukladno ugovoru (čl. 9:401(1) r.2. PECL i čl. III-3:601(1) r.2. DCFR, čl. 120. CESL).¹⁰⁹ Koristeći pojam “vrijednost obveze” (*value of performance*), a ne pojam “stvari s nedostatkom” (*goods with lack of conformity*) PECL i DCFR proširili su namjeravano područje primjene ove odredbe i na druge vrste ugovora osim kupoprodajnog, tj. preko područja primjene Smjernice o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i

105 Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 912.; za detaljan pregled.

106 Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 770-780.

107 Isto Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, op. cit. u bilj. 42., str. 191., Zoll, *The remedies for non-performance in the System of the Acquis Group*, op. cit. u bilj. 41., str. 198.

108 O raskidu v. supra poglavlje 3.3.

109 O kalkulaciji sniženja cijene Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 430-431., Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 3., str. 910-911., za ugovor o kupoprodaji Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 774-777.;

popratnim jamstvima. Isto je i s CESL-om.¹¹⁰

Koja je **funkcija** sniženja cijene? U mnogim pravnim poredcima sniženje cijene je često alternativa za naknadu štete. Naime, zbog neurednog ispunjenja obveze vjerovnik u pravilu ne može kumulativno zahtijevati i sniženje cijene i naknadu štete zbog neurednog ispunjenja obveze (čl. 9:401(3) PECL; čl. III-3:601(3) DCFR, čl. 106(6) CESL).¹¹¹ Ova dva pravna sredstva kontradiktorna su jedno drugome, premda mnogi pravni sustavi odobravaju naknadu daljnje štete (*further loss*) koja je nastala zbog neispunjenja obveze.¹¹²

Institut sniženja cijene poznat je u europskom privatnom pravu. Ipak, svi nacionalni pravni sustavi ne odaju spremnost priznanja ovog pravnog sredstva kao nekog općeg pravila. Anglosaksonski pravni sustavi, posebice Engleska, Škotska i Irska, tradicionalno su neskloni njegovom odobravanju, premda pravila o dostavi robe s nedostatkom mogu dovesti do sličnog rezultata.¹¹³ No u posljednje vrijeme i kod njih je došlo do promjene uzorkovane nužnosti prilagodbe domaćeg prava. Smjernici o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima koji sada pruža pravo kupcu potrošaču na sniženje cijene zbog dostave stvari s nedostatkom.¹¹⁴ Kontinentalni pravni sustavi u pravilu prihvaćaju sniženje cijene¹¹⁵ djelomično usvajajući rimsko načelo *actio quanti minoris*,¹¹⁶ a djelomično prilagođavajući svoj pravni sustav pravnoj stečevini EU-a. Načelna ideja sniženja cijene, tj. smanjenja vjerovnikove obveze je dobra jer ona omogućuje ispunjenje ugovora s jedne strane, te eliminaciju zahtjeva za naknadom štete te s druge strane. Sa stajališta općeg obveznog prava sniženje cijene na neki način omogućuje

110 G. Wagner, *Termination and cure under the Common European Sales Law: Consumer protection misunderstood*, op. cit. u bilj. 32., str. 149. *et seq.*; za analizu instituta sniženja cijene.

111 O sniženju cijene kao alternativni naknadi štete Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 431., Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 3., str. 911

112 Primjer su Austrija, Češka, Njemačka, Italija, Poljska, Slovenija, Hrvatska. V. bilješke uz čl. III-3:601 DCFR, *ibid.*, str. 913.

113 U Engleskoj, temeljem *Sale of Goods Act 1979*, zbog dostave robe s nedostatkom kupac u prvom redu ima pravo odbiti primitak robe ili pravo na naknadu štete. U nekim situacijama, zbog nedostataka na robu, kupac ima pravo postaviti specifičan dodatan zahtjev za umanjjenjem cijene. U engleskom pravnom sustavu riječ je o povredi *ugovornog jamstva* za ispunjenje obveze (*breach of warranty*, čl. 53(1)(a) *Sale of Goods Act 1979*). Naime, ovdje je kupac dužan platiti iznos kupoprodajne cijene umanjene za vrijednost robe s nedostatkom. Iako pravilo nije jednako kao u kontinentalnim pravnim sustavima načelno se postiže jednak rezultat. V. čl. 53(1)(a) *Sale of Goods Act 1979.*, Beale, *Contract Law*, op. cit. u bilj. 1., str. 1070., 1073., Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 18-060., za kritiku para. 18-096 *et seq.*

114 Novi čl. 48(C) *Sale of Goods Act 1979*. Neki autori ove odredbe nazivaju "revolucionarnim za englesko pravo". Beale, *Contract Law*, op. cit. u bilj. 1., str. 1075.

115 Primjer su Francuska, Njemačka i Hrvatska. Više o razvoju u tim zemljama M. Fabre-Magnan, *Les Obligations, Les sanctions de l'inexécution du contrat*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004.; Crnić, *Zakon o obveznim odnosima - komentar*, op. cit. u bilj. 63., str. 505-409., 413., Gorenc, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, op. cit. u bilj. 38., str. 644-648., 658.; Zimmermann, *The new German law of Obligations*, op. cit. u bilj. 8., str. 79-122.

116 Zimmermann, *The law of obligations*, op. cit. u bilj. 17., str. 318.

ispravak nejednake vrijednosti činidaba do koje je došlo naknadno u trenutku ispunjenja ugovora, te se uklanja nejednakost u obvezama ugovornih strana.

3.5. *Naknada štete i kamate*

3.5.1. *Naknada štete - osnovne odrednice*

Naknada štete jedno je od temeljnih prava priznatih u ugovornom pravu zbog neispunjenja ugovorne obveze. Premda s različitim konceptom, priznata je u kontinentalnim i anglosaksonskim pravnim poredcima,¹¹⁷ međunarodnim instrumentima unifikacije, te europskim projektima harmonizacije europskog privatnog (ugovornog prava). Pravna stečevina također priznaje pravo oštećenoj strani na naknadu štete, premda s vrlo različitim stupnjem regulacije.¹¹⁸ Zato se i ovdje postavlja pitanje možemo li izvesti opće zaključke o pojedinim elementima i načelima zajedničkim za naknadu štete u europskom privatnom pravu. Odluka o njima predstavlja pitanje pravne politike europskog zakonodavca. Određivanje pretpostavki odgovornosti i ocjene štete posebno je značajno zbog različitosti pravnih poredaka o tim pitanjima.

Opće je pravilo gotovo svugdje jednako. Ako neispunjenje nije opravdano, **oštećena strana uvijek ima pravo na naknadu štete koja je time nastala** (čl. 9:501 PECL, čl. III-3:701 DCFR, čl. 159. CESL, čl. 45. CISG, čl. 7.4.1. UNIDROIT PICC). Poredbenopravna analiza pokazuje kako minimalno tri osnovna zahtjeva moraju biti ispunjena da nastane odnos odgovornosti za štetu: neispunjenje ili zakašnjenje s ispunjenjem obveze, nastanak štete, te uzročna veza između neispunjenja i nastanka štete. Ovi elementi gotovo su bez iznimke priznati u europskom privatnom pravu.¹¹⁹

117 Beale, *Contract Law*, op. cit. u bilj. 1., str. 994-999., Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 18-025 *et seq.*, K. Oliphant, B. C. Steininger (Eds.), *European Tort Law*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012., <http://ectil.org/ectil/Publications.aspx> (20.11.2013.); za komparativan pregled.

118 Neke smjernice samo načelno priznaju pravo na naknadu štete bez specifičnih pravila o naknadi (npr. čl. 20. Smjernice o elektroničkoj trgovini, čl. 11. Smjernice o sklapanju ugovora o potrošačkim financijskim uslugama na daljinu). Nekim smjernicama, naknada štete vrlo je detaljno propisana (čl. 5(2) Smjernice o turističkim paket aranžmanima, čl. 3(3) Smjernice o borbi protiv zakašnjenja u plaćanju). Konačno nekim smjernicama pravo na naknadu štete začuđujuće uopće nije propisano (npr. Smjernica o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima). *Acquis Group, Acquis principles - Contract II*, op. cit. u bilj. 11., str. 427. *et seq.*; Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, op. cit. u bilj. 1., str. 285-353.

119 Vrlo često, u mnogim pravnim sustavima ugovorna odgovornost za štetu nužno je povezana s izvanugovornom odgovornošću, pa iako je njihov cilj različit ove dvije vrste odgovornosti ne možemo nužno promatrati izoliranu jednu od druge. O njihovu odnosu i preklapanju u poredbenopravnoj perspektivi Lever, P. Larouche, *Tort Law*, Hart, Oxford/Portland-Oregon, 2000., str. 32-34. i 69-71.; A. Burrows, *Remedies for torts and breach of contract*, Butterworth, London, 1994., str. 17-21., P. Cane, *The anatomy of tort law*, Hart, Oxford/Portland-Oregon, 1997., str. 22-23.

Drugo je pitanje je li krivnja konstitutivan element odgovornosti ili bi trebalo predvidjeti striktnu odgovornost zbog neispunjenja ugovora propisujući slučajeve kada je neispunjenje opravdano. PECL i DCFR priklonili su se drugoj opciji.¹²⁰ Oni propisuju striktnu odgovornost osim ako postoje **egzoneracijski razlozi oslobođenja od odgovornosti**. Prema odredbi čl. 8:108 PECL-a i čl. III-3:104(1-2) DCFR-a neispunjenje ugovorne obveze je **opravdano** ako ona nije mogla biti ispunjena zbog objektivnih zapreka koje se nalaze izvan kontrole dužnika koje on nije očekivao niti mogao razumno očekivati u vrijeme sklapanja ugovora te koje nije mogao izbjeći ili spriječiti (*force majeure clause*). Standard ocjene je neki objektivni nepredvidivi element koji se nalazi izvan osobe dužnika. Isti princip klauzule više sile prihvaćen je u *acquisu*,¹²¹ većini pravnih poredaka,¹²² UNIDROIT PICC-u (čl. 7.1.7.),¹²³ i CISG-u (čl. 79(1)).¹²⁴ CESL u izričaju u cijelosti slijedi kao uzor DCFR.¹²⁵ Ovo je jedna od najvećih razlika prema kontinentalnim pravnim sustavima¹²⁶ kao npr. njemačkom i hrvatskom u kojima krivnja ima središnju ulogu u naknadi štete, a dužnik je taj koji mora dokazati da nije kriv za neispunjenje obveze.¹²⁷ Razlika postoji i prema anglosaksonskim sustavima koji predviđaju puno šire razloga za oslobođenje od odgovornosti (nemogućnost, poslovna nepraktičnost, izjalovljenje (*frustration*), oskudica (*hardship*) itd.).^{128 129}

Ipak, ako pročitamo detaljnije komentare tvoraca PECL-a i DCFR-a oni ne pružaju u potpunosti jasno obrazloženje o striktnoj ugovornoj odgovornosti.¹³⁰ PECL

120 Riječ je o sustavu utemeljenom na pravnim sredstvima (*remedy based approach*), nasuprot sustavu utemeljenom na krivnji (*fault based approach*). Schwenzer, *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods*, op. cit. u bilj. 15., str. 466-477.

121 V. supra bilj. 118.

122 Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 8., str. 512-513.

123 UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 6., str. 236-238.

124 CISG se temelji na načelu striktno odgovornosti zbog neispunjenja ugovora. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 1063.

125 Loos/Schelhaas, *Commercial Sales: The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention*, op. cit. u bilj. 31., str. 128-129.

126 Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, op. cit. u bilj. 42., str. 192.; Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 20-002.

127 BGB § 280, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2012., Rdn. 1a-9.; B. S. Markesinis, H. Unberath, *The German Law of Torts, A Comparative Treatise*, Hart, Oxford-Portland-Oregon, 2002., str. 24, 79, 83-85, 579 *et seq.*, I. Crnić, *Odštetno pravo*, Faber & Zgombić, Zagreb, 2004., str. 6-19, 251-265.

128 Piliounis, *The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?*, op. cit. u bilj. 29., str. 18-19.; Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 20-002, 20-021 *et seq.*

129 Općenito za njemački koncept povrede obveze *Verhaltenspflichten* i engleski koncept ugovorne odgovornosti utemeljene na krivnji v. Treitel, *The law of obligations*, op. cit. u bilj. 8, para. 17-066 do 17-069., Zweigert/Kötz, *An introduction to Comparative Law*, op. cit. u bilj. 8., str. 514., Beale, *Contract Law*, op. cit. u bilj. 1., str. 102-114.

130 Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 434., Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 3., str. 916.

i DCFR pružaju puno šire tumačenje svojih odredaba vezujući učinke neispunjenje ugovora djelomično s francuskim konceptom razlikovanja obveze koja daje samo rezultat "*obligation de résultat*" i obveze koja zahtijeva određeni stupanj pažnje strane u obvezi radi postizanja rezultata "*obligation de moyens*".¹³¹ Ako obveza koja treba dati određeni rezultat nije ispunjena, prema PECL-u i DCFR-u dužnik će biti oslobođen od odgovornosti ako dokaže postojanje egzoneracijskih razloga. Ali ako je riječ o ispunjenju obveze koja zahtijeva samo određeni stupanj njegove pažnje i znanja (ne rezultat!), riječ je o razlozima koji ovise o osobi dužnika (unutarnjem elementu). Dužnik prema pravilima PECL-a i DCFR-a može biti oslobođen odgovornosti ako je uložio dužnu pažnju i znanje.¹³² U tom dijelu PECL i DCFR približavaju se sustavu krivnje.¹³³

Glede ocjene obujma i vrsta štete prihvaćeno je opće pravilo o **potpunoj naknadi** (*full compensation*) štete koja je nastala kao rezultat neispunjenja ugovora. Ono se temelji na shvaćanju da oštećenu strana treba staviti u onaj položaj u kojem bi bila da je ugovor uredno ispunjen.¹³⁴ PECL, DCFR, CESL, CISG, UNIDROIT PICC, kao i mnogi domaći poredci država članica, bez iznimke pružaju okvir za potpunu reparaciju štete. Potpuna reparacija uključuje naknadu za gubitak koji je oštećena strana zaista pretrpjela (*actual loss/damage*) ali i naknadu za dobitak koji je očekivala, ali zbog neispunjenja ugovora nije ostvarila (*lost gain/profit*)¹³⁵ (čl. 9:502 PECL, čl. III-3:702 DCFR, čl. 160 CESL, čl. 74. CISG, čl. 7.4.2.(1) UNIDROIT PICC). *Acquis* načela dodatno priznaju i naknadu za razumne i opravdane troškove koje je imala radi prisilnog ispunjenja obveze (čl. 8:402(3) *Acquis* načela). EU *acquis* ne sadrži eksplicitne odredbe o točnom načinu određivanja vrste i visine štete koja se treba popraviti. Ali iz interpretacije cjelokupnog *acquisa*,¹³⁶ inicijativa harmonizacije europskog privatnog prava kao i iz pojedinih odluka Europskog suda¹³⁷ proizlazi da se treba nadoknaditi cjelokupni iznos štete, što uključuje i

131 Za francuski koncept *L'obligation de moyens* and *L'obligation de résultat*, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, Vol. 1., Montchrestien, Paris, 1991., str. 371-372.; Lando, *Non-performance (breach) of Contract*, op. cit. u bilj. 7., str. 685.

132 Isto razlikovanje prihvaćeno je UNIDROIT PICC.

133 Ibid., bilj. 130.

134 U. Magnus, *The damage rules in the acquis communautaire in the Acquis Principles and in the DCFR*, u: R. Schulze (Ed.), *Common Frame of Reference and existing EC Contract law*, Sellier, Munich, 2008., str. 216.; Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 20-001, 20-003.

135 Za kritiku H. Koziol, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Schadensrecht*, u: J. Basedow, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000., str. 195-196.

136 Primjerice čl. 4(7) Smjernice o turističkim paket aranžmanima, čl. 17(3) Smjernice o samozaposlenim trgovačkim posrednicima suprotno od toga čl. 9. Smjernice o odgovornosti za neispravan proizvod itd. Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, op. cit. u bilj. 1., str. 293. *et seq.*, str. 311. *et seq.*

137 ECJ C-308/87 *Grifoni vs European Atomic Energy Community*, 1994, ECR-I-314, ECJ C-168 *Leitner vs TUI Deutschland*, 2002, ECR-I-2631.

neimovinsku štetu¹³⁸ i buduću štetu.^{139 140} Obujam štete može se eventualno umanjiti zbog doprinosa oštećenika vlastitoj šteti.^{141 142}

3.5.2. Kamate

Pravo na kamate zbog zakašnjenja s ispunjenjem primarne novčane obveze jedno je od temeljnih instituta obveznog prava. U PECL-u, DCFR-u, međunarodnim instrumentima kao i u svim kontinentalnim pravnim poredcima vjerovnik uvijek ima pravo na zakonske kamate izražene bilo kroz fiksnu ili promjenjivu stopu.¹⁴³ U anglosaksonskim sustavima, npr. u Engleskoj, Škotskoj i Irskoj u ranijim razdobljima tradicionalno nije postojala zakonska odredba o obvezi plaćanja kamata, iako je puno puta takvo stajalište bilo kritizirano u praksi.¹⁴⁴ Pravno pravilo se i u tim zemljama nedavno izmijenilo priznajući stranci, odnosno sudu, pravo da dosudi i odgovarajući iznos kamate. Do promjene je došlo ponajviše zbog utjecaja pravne stečevine EU-a te posebice Smjernice o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u poslovnim transakcijama.¹⁴⁵

Osnovno je pravilo gotovo svugdje jednako. Oštećena strana ima pravo na kamate u slučaju zakašnjenja s plaćanjem novčane obveze (čl. 9:508 PECL, čl. III-3:708 DCFR, čl. 166-167 CESL, čl. 78. CISG, čl. 7.4.9. UNIDROIT PICC). U tom smislu kamata nije neka posebna vrsta štete, već je to određeni iznos novca

138 CISG ne sadrži izričitu odredbu o neimovinskoj šteti, ali ju istodobno niti ne zabranjuje. U tom smislu ostavljeno je praksi da razvije pravna rješenja. Schwenzer, *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods*, op. cit. u bilj. 15., str. 469. Ostali instrumenti sadrže izričite odredbe čl. 9:501(2)(a) PECL, čl. III-3:701(3) DCFR, čl. 7.4.2.(1) UNIDROIT PICC.

139 Za buduću štetu v. čl. 9:502(2)(b) PECL, čl. III-3:701(2) DCFR, čl. 74 CISG, čl. 7.4.3. UNIDROIT PICC.

140 Više A. Keglević, *Postoje li jedinstvena pravila o naknadi štete zbog neispunjenja ugovora u pravnom okviru ugovornog prava Europske Unije? Poredbenopravna analiza s posebnim osvrtom na hrvatsko i njemačko pravo*, Nova pravna revija, broj 2., 2013.; Beale, *Contract Law*, op. cit. u bilj. 1., str. 1026-1034, Treitel, *The Law of Contract*, op. cit. u bilj. 8., para. 20-073., Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. u bilj. 4., str. 641.

141 Čl. 9:504 PECL (*loss attributed to aggrieved party*) i čl. 9:505 PECL (*reduction of loss*); čl. III-3:704 DCFR (*loss attributable to creditor*) i čl. čl. III-3:705 DCFR (*reduction of loss*); čl. 7.4.7. UNIDROIT PICC (*harm due in part to aggrieved party*) i čl. 7.4.8. UNIDROIT PICC (*mitigation of harm*), čl. 162. CESL (*loss attributable to creditor*), čl. 163. CESL (*reduction of loss*).

142 U pravnoj stečevini, primjerice čl. 5(2)(t.1.) Smjernice o turističkim paket aranžmanima, čl. 8(2) Smjernice o odgovornosti za neispravan proizvod, čl. 6(3) Smjernice o prekograničnom plaćanju. Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, op. cit. u bilj. 1., str. 285 *et seq.*

143 Zimmermann, *The new German law of obligations*, op. cit. u bilj. 8., str. 57-58.

144 *Report on Interest* (1978), Law Com No 88. Cmnd 7229, http://brownwelsh.com/Archive/English_Consultation_Paper_167.pdf. (20.11.2013.)

145 *V. Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998*; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/20/contents>. (20.11.2013.); isto komentar uz čl. III-3:708 DCFR, Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 946-947.

(naknada) koji se treba platiti zato što se suprotna strana koristila tuđim novcem kroz određeno vrijeme. Ona se određuje najčešće u jednokratnom iznosu za razdoblje od dospijea obveze do njezina ispunjenja. PECL, DCFR i UNIDROIT PICC određuju visinu kamatne stope vezujući je uz prosječnu stopu komercijalne (trgovačke) banke koju banka propisuje za kratkoročne zajmove prema mjestu plaćanja.¹⁴⁶ Kako propisi o načinu obračuna kamata mogu znatno varirati, posebice ako je riječ o prekograničnom sklapanju ugovora, PECL, DCFR i UNIDROIT PICC prihvatili su kompromisno rješenje. Prema njihovu prijedlogu kamata bi se trebala plaćati u valuti glavne obveze prema mjestu gdje je glavna obveza dospjela za plaćanje.¹⁴⁷ Stopa kamate u pitanju je ona prema kojoj bi vjerovnik/oštećena strana uobičajeno pozajmila novac jer dužnik nije ispunio obvezu na vrijeme. Ovo rješenje čini se da najbolje odgovara potrebama međunarodne trgovine i najprikladnije je za osiguranje adekvatne naknade pretrpljenog gubitka. Ipak, ako strane žele ugovoriti drugačiji pravni režim slobodne su to učiniti.¹⁴⁸ CISG se suprotno od toga suzdržao od propisivanja stope kamate zato što se pokazalo nemogućim postići dogovor oko nekog zajedničkog standarda u međunarodnoj trgovini. Posebice je dvojbeno pitanje treba li se kamata plaćati prema stopi u mjestu poslovanja dužnika ili vjerovnika.¹⁴⁹

EU *acquis* te posebice Smjernica o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u poslovnim transakcijama načelno sadrži jednaki koncept kao DCFR vezujući stopu uz Europsku centralnu banku.¹⁵⁰ Ipak pravila iz Smjernice u potpunosti se ne odražavaju kroz DCFR i ostale instrumente. Očita razlika između Smjernice te PECL-a, DCFR-a i UNIDROIT PICC-a jest u protezanju razloga za oslobođenje od neispunjenja obveze i na obvezu plaćanja kamate.¹⁵¹ Dok posljednja tri

146 DCFR sadrži još dodatna pravila u uglavničenju kamata svakih 12 mjeseci (čl. III-3:709), posebna pravila o obračunu kamate u trgovačkim ugovorima koju vezuje uz stopu Europske centralne banke (čl. III-3:710), te odredbe o nepoštenim ugovornim klauzulama koje se odnose na kamate (čl. III-3:711).

147 UNIDROIT PICC sadrži još detaljnije pravilo. Ako kod međunarodnih ugovora stopa kamate u valuti glavne obveze u državi/mjestu plaćanje obveze nije izražena, stopa kamate iznosi kao prosječna stopa kamate u državi/mjestu valute glavne obveze, a ako nema niti nje stopa kamate bit će "odgovarajuća" stopa koju propisuje država valute u kojoj se vrši plaćanje. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 6., str. 280.

148 E. M. Kieninger, *Allgemeines Leistungsstörungen im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrechts*, u: H. Schulte-Nölke et al. (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Sellier München, 2012., str. 219-224.; O. Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, u: M. Schmidt-Kassel (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? - Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, Sellier, München, 2012., str. 519-523.

149 Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit. u bilj. 5., str. 1054-1060., Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 3., str. 945.

150 Čl. 3(1)(d) Smjernice 2000/35/EZ o borbi protiv zakašnjenja u plaćanju vezuje visinu kamatne stope uz stopu koju svako polugodište propisuje Europska centralna banka uvećana za barem sedam postotnih poena, osim ako stranke nisu drugačije ugovorile. Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, op. cit. u bilj. 1., str. 291.

151 Magnus, *The damage rules in the acquis communautaire in the Acquis Principles and in the DCFR*, op. cit. u bilj. 134., str. 223.

instrumenta nalažu plaćanje kamate bez obzira je li zakašnjenje s ispunjenjem glavne obveze bilo opravdano ili ne. Smjernica vezuje obvezu plaćanja kamate samo kod neopravdanog zakašnjenja. CISG izričito ne propisuje takvu iznimku iz čega su neki autori zaključili da vjerovnik ima pravo tražiti kamatu samo ako je već ispunio svoju recipročnu obvezu.¹⁵² Drugi problem s odredbama CISG-a jest što one propisuju kamate, ali ne propisuju i visinu kamatne stope ostavljajući to određenje državama članicama. Takvo rješenje predstavlja problem u postizanju cilja uniformnosti.¹⁵³ Rješenja iz DCFR-a, PECL-a i UNIDROIT PICC-a ne zahtijevaju takvu pretpostavku. Ideja koju ovi posljednji instrumenti brane jest da kamate nisu neka posebna vrsta štete i zato se temeljna pravila o isključenjima naknade štete ovdje ne mogu primijeniti. Dužnik će biti dužan platiti kamate bez obzira je li neispunjenje obveze opravdano ili ne, odnosno bez obzira je li vjerovnik poduzeo korake da se štete umanjí ili ne.¹⁵⁴

CESL različito od ostalih sadrži dvije odvojene odredbe o kamatama, jednu kada je dužnik potrošač (čl. 166. CESL) i drugu kada je dužnik trgovac (čl. 167. CESL). Riječ je o potpuno novom konceptu koji nije prisutan niti u PECL-u, DCFR-u, CISG-u, UNIDROIT PICC-u, kao niti u Smjernici o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u poslovnim transakcijama. Prema čl. 166. potrošač nije dužan platiti kamate ako nije odgovoran za zakašnjenje u ispunjenju obveze.¹⁵⁵ Još se dvije odredbe pokazuju posebno problematične. Prvo, nije jasno odnosi li se odredba koja omogućuje maksimalan jednokratni iznos od 40 eura za naknadu troškova, i na troškove odvjetnika u pripremi parnice.¹⁵⁶ Drugo, odredbe o kamati su prisilnog karaktera od čega ugovorne stranke ne mogu odstupiti.¹⁵⁷ Pitanje je, je li takvo rješenje suprotno autonomiji stranaka i slobodi ugovaranja.¹⁵⁸

Sa stajališta politike uređenja ovog instituta, a posebice sa stajalište politike zaštite potrošača ili trgovačkih transakcija, pravna pravila *acquisa*, PECL-a, DCFR-a razlikuju se u mjeri da se međusobno upotpunjuju. PECL, DCFR, CESL i međunarodni instrumenti sadrže samo načelno pravilo o obvezi plaćanja kamata u slučaju zakašnjenja. Posebna pravila o kamatama iz *acquisa*, a posebice Smjernice o borbi protiv kašnjenja u plaćanju u poslovnim transakcijama, mogu se zato shvatiti

152 C. Wenderhorst, *Schadensersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung*, u: S. Herrler, P. Limmer, O. Remien, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, C. H. Beck, München, 2012., str. 194-195.

153 Schwenzer, *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods*, op. cit. u bilj. 15., str. 476.

154 Von Bar/Clive, DCFR op. cit. u bilj. 3., str. 945., Lando/Beale, PECL, op. cit. u bilj. 2., str. 451., UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, op. cit. u bilj. 6., str. 279.

155 Schulze, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, op. cit. u bilj. 4., str. 661-666.

156 Remien, *Schadensersatz und Zinsen nach EU-Kaufrecht*, op. cit. u bilj. 148., str. 525. Preostali iznos se može zahtijevati po pravnoj osnovi naknade štete (čl. 169. CESL).

157 Čl. 171. CESL.

158 Schwenzer, *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods*, op. cit. u bilj. 15., str. 477.

kao specijalna pravila koja nadopunjuju opće pravilo o obvezi plaćanja kamata iz PECL-a i DCFR-a.¹⁵⁹ Zato bi kombinacija pravila o naknadi štete općenito i kamata posebice, iz *acquisa* i DCFR-a predstavljala sveobuhvatan i dosljedan sustav pravila iz ovog važnog područja prava te bi ispunjavale ciljeve svih propisa, posebice cilj praktične prihvatljivosti.

4. HIJERARHIJA I KUMULACIJA POJEDINIH PRAVNIH SREDSTAVA

Pravna stečevina EU-a, Načela europskog ugovornog prava, Nacrt zajedničkog referentnog okvira kao i ostali međunarodni instrumenti ne prihvaćaju striktnu hijerarhiju i kumulaciju pravnih sredstava. Nema striktnog pravila niti o redosljedu i prioritetu zahtjeva za ispunjenjem obveze, a niti pravila o redosljedu i prioritetu zahtjeva za naknadom štete.¹⁶⁰ Osoba koja želi raskinuti ugovor može istodobno zadržati ispunjenje vlastite obveze, može zahtijevati naknadu štete ili se koristiti nekim drugim pravnim sredstvom.¹⁶¹

Ipak, na razini europskog privatnog prava postoji opća tendencija uređenja hijerarhije i kumulacije pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovora. Ona pravna sredstva koja nisu međusobno kompatibilna i koja su suprotna jedno drugome u pravilu se ne mogu kumulirati (čl. III-3:102 DCFR, čl. 106(6) CESL).¹⁶² Već je iz same prirode stvari jasno da se ne mogu kumulirati dva pravna sredstva koja su suprotna jedno drugom. Na primjer jasno je da osoba koja je okončala/raskinula ugovor ne može potom zahtijevati ispunjenje obveze ili osoba koja je primila zamjensku obvezu ne može potom zahtijevati ispunjenje te iste obveze ili osoba koja je platila sniženu cijenu zbog robe s nedostatkom u pravilu ne može zahtijevati naknadu štete u iznosu razlike između vrijednosti robe sa i bez nedostatka itd. To istodobno ne znači da vjerovnik koji je odabrao jedno pravno sredstvo ne može promijeniti mišljenje i odabrati drugo pravno sredstvo, pod uvjetom da je ono moguće.¹⁶³ Ovo je pravilo skladu s pravima država članica.¹⁶⁴

Pravila o zabrani kumulacije pravnih sredstava koji nisu kompatibilni posebno su značajni u pitanjima kumulacije okončanja/raskida ugovora i naknade štete te kumulacije zahtjeva za ispunjenjem obveze i naknade štete. Premda pravno pravilo

159 Isto i o usporedbi s *acquis* načelima Magnus, *The damage rules in the acquis communautaire in the Acquis Principles and in the DCFR*, op. cit. u bilj. 134., str. 223.

160 Remien, *Folgen von Leistungsstörungen*, op. cit. u bilj. 24., str. 139, 147.; za pregled *acquisa*.

161 Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, op. cit. u bilj. 42., str. 193.

162 Feltkamp/Vanbossele, *The Optional Common European Sales Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods*, op. cit. u bilj. 33., str. 891-891.

163 Wagner, *Termination and cure under the Common European Sales Law: Consumer protection misunderstood*, op. cit. u bilj. 32., str. 164-167.

164 Isto rješenje propisuje, npr. Njemačka, Austrija, Slovenija, Poljska, Španjolska, Italija, Hrvatska itd. V. bilješke uz čl. III-3:102 DCFR, Von Bar/Clive, DCFR, op. cit. u bilj. 3., str. 778-779.

o kumulaciji pravnih sredstva nije izričito uređeno u većini pravnih instrumenata i privatnopravnih poredaka (s iznimkom DCFR), kada je riječ o naknadi štete većina pravnih instrumenata i poredaka usvojili su rješenje prema kojem izričito dopuštaju kumulaciju naknade štete s ostalim pravima i pravnim sredstvima (*damages not precluded*, čl. 9:103 PECL, čl. 45(2) i čl. 61(2) CISG, čl. 7.4.1. UNIDROIT PICC). Pa tako je tipično da se u slučaju okončanja/raskida ugovora naknada štete može zahtijevati u obliku nadoknade gubitaka i troškova uzrokovanih neispunjenjem ugovora. Naknada štete često se može kumulirati i s nekim drugim pravnim sredstvima, npr. javna objava isprike ili priznanje pogreške u tisku, prava na ispravak ispunjenja (*right to cure*) itd.¹⁶⁵ Od ovoga pravila postoje iznimke koje su propisom izričito propisane. Na primjer u slučaju sniženja cijene ne može se kumulirati sniženje cijene i naknada štete zbog nedostatka u ispunjenju obveze (čl. 9:401(3) PECL, čl. III-3:601(3) DCFR). Zatim često se ne mogu kumulirati kamate zbog zakašnjenja ispunjenja novčane obveze i naknada štete zbog zakašnjenja (čl. 9:508(2) PECL, čl. III-3:708(2) DCFR). Ove iznimke zapravo onemogućuju stjecanje dvostrukog dobitka zbog neispunjenja obveze suprotne strane.¹⁶⁶

Sam *acquis* nije izričit o pitanju kumulacije naknade štete i ostalih pravnih sredstava, ali izgleda da pokazuje sklonosti k njezinom odobravanju ako to ispunjava svrhu naknade preostalog gubitka. Neke smjernice kao Smjernica o turističkim paket aranžmanima ili Smjernica o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima izričito ne navode odnos kumulacije i hijerarhije pravnih sredstava, ali istodobno ne isključuju pravo stranke da okonča/raskine ugovor i zahtijeva naknadu štete u isto vrijeme.¹⁶⁷ Sve ovo pokazuje da zajednička temeljna tendencija uređenja odnosa pravnih sredstava u europskom privatnom pravu nedvojbeno postoji.

5. ZAKLJUČAK

Pruženi pregled pokazuje da se pravila pravne stečevine EU-a i pojedinih privatnopravnih poredaka država članica mogu apstrahirati i generalizirati tako da ipak tvore jedan zaokruženi sustav pravila. Načela europskog ugovornog prava, koja u velikoj mjeri slijedi Nacrt zajedničkog referentnog okvira, upravo su odraz takvih težnji. Ipak ona su više od pokušaja sažimanja postojećeg stanja. Oba skupa načela, a posebice Nacrt zajedničkog referentnog okvira, unijela su i neke novine nastojeći pružiti jedan logičan i zaokružen sustav pravnih sredstava zbog neispunjenja ugovora koji bi odgovarao europskim potrebama te koji bi pružio jedan viši stupanj uređenja i “dodanu vrijednost”. S izuzetkom odnosa odgovornosti za štetu koji

¹⁶⁵ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2010, op. cit. u bilj. 6., str. 266.

¹⁶⁶ Ovo ne obuhvaća daljnju štetu koja je zbog zakašnjenja nastala. Schmidt-Kassel, *Remedies for breach of contract in European private law*, op. cit. u bilj. 42., str. 194.

¹⁶⁷ Remien, *Folgen von Leistungsstörungen*, op. cit. u bilj. 24., str. 139. i 147.; za analizu pravne stečevine.

pokazuje borbu između striktnog načela i odgovornosti utemeljenog na krivnji, rad pokazuje da je moguće utvrditi i izdvojiti određene karakteristike pojedinih instituta koji bi mogli pomiriti različite koncepte i pravna pravila koja, s različitim izričajem i pojedinostima, postoje u zemljama članicama i *acquisu*. Dodatna poredbenopravna analiza s međunarodnim instrumentima kao CISG i UNIDROIT PICC, oblikovanim ponajprije za međunarodne trgovačke transakcije, samo dokazuju sličnosti rješenja na međunarodnoj razini.

Kada razne teorije i pravna pravila u većoj mjeri dovode do jednakog rezultata, pravnik koji se bavi poredbenopravnom analizom tada mora odabrati onu koja je najprikladnija. U modernom svijetu, svakodnevne su transakcije u većoj mjeri standardizirane i moraju se izvršiti što brže i bez većih komplikacija. Stoga se “ugovor” kao pravni i socijalni fenomen ne treba promatrati samo kao obećanje stranaka da će ispuniti obvezu, već kao stvarnu odgovornost da će se preuzete obveze zaista ispuniti. Pravna sredstva zbog neispunjenja ugovora u tom kontekstu služe kao jamstvo takve ideje. Riječ je jednom od bitnih pitanja pravne politike harmonizacije i unifikacije na europskoj razini.

Tipičnost pojedinih karakteristika analiziranih pravnih sredstava, u većoj ili manjoj mjeri, čine se pogodnim sredstvom za harmonizaciju i unifikaciju europskog privatnog prava. Potreba za harmonizacijom ne samo supstantivnog dijela odredbi već i pravne terminologije čini se nužnim za stvaranje jednog zaokruženog sustava koji bi bio jasan i prihvatljiv različitim pravnim porecima. U svjetlu svega što je do sada napravljeno na razini EU-a, harmonizacija kroz pojedina pravna sredstva (institute) zbog neispunjenja ugovora, među ostalim, čini se dobrom perspektivom daljnjeg ostvarenja harmonizacije europskog privatnog prava. Ipak, ona se ne može ostvariti bez sagledavanja svih aspekata pravnog okruženja ugovora kao cjeline. Stoga pri donošenju odluke o daljnjem napredovanju na ovom području treba razmotriti širi kontekst i razlikovnu karakteristiku koncepata ugovora u pojedinim državama članicama kao što je pojam ugovora, način sklapanja, opći uvjeti ugovora itd.

Summary

LEGAL REMEDIES FOR NON-PERFORMANCE OF CONTRACT IN EUROPEAN PRIVATE LAW - PERSPECTIVES FOR HARMONIZATION AND THE CREATION OF THE COMMON LEGAL FRAME -

The paper analyses the prevalence and the characteristics of the system of remedies for non-performance of contract in the various European union law sources. The main task is to determine whether already existing rules may be abstracted and generalized and then put into coherent set of rules, thus creating a common legal frame. Remedies for the breach of contract are a useful category for the harmonization and unification of European private law. The need for harmonization, not just of the substance of the rules, but also terminology and technical terms could promote a common understanding of the issue amongst various legal orders. Thus, the key question is could the common set of rules on the remedies for the breach of contract be a useful category for the harmonization of the European private (contract) law?

Key words: *European private law, contract law, harmonization, unification, PECL, DCFR, CESL, CISG, UNIDROIT PICC, breach of contract, specific performance, price reduction, termination, damage, interests, hierarchy and cumulation of legal remedies.*

Zusammenfassung

NICHTERFÜLLUNG DES VERTRAGS IM EUROPÄISCHEN PRIVATRECHT - PERSPEKTIVEN DER HARMONISIERUNG UND ENTWICKLUNG DES GEMEINSAMEN RECHTSRAHMENS-

Die Arbeit analysiert die Erscheinung und Eigenschaften von Nichterfüllung des Vertrags in verschiedenen Quellen des europäischen Privatrechtes. Das Ziel ist es, festzustellen, ob es Typische gibt, und, ob manche Rechtsregeln abstrahiert und generalisiert werden können, so dass sie ein abgerundetes System bilden, und, ob sich solche gemeinsame Eigenschaften für die Harmonisierung und Vereinheitlichung des europäischen Privatrechtes eignen. Das Bedürfnis nach Harmonisierung von nicht nur materiellen Bestimmungen sondern auch von Rechtsterminologie scheint nutzbar für die Bildung eines abgerundeten Systems auf der europäischen Ebene, welches klar und akzeptabel für verschiedene Rechtsordnungen wäre. Die Schlüsselfrage ist, ob die Nichterfüllung des Vertrags

ein nutzbares Element der Harmonisierung des europäischen Privatrechtes (Vertragsrechtes) sein kann?

Schlüsselwörter: *Europäisches Privatrecht, Vertragsrecht, Rechtsvergleichung, Harmonisierung, PECL, DCFR, CESL, CISG, UNIDROIT PICC, Nichterfüllung, Minderung des Kaufpreises, Vertragserfüllung, Vertragsauflösung, Schadensersatz, Zinsen, Kumulation und Konkurrenz von Rechtsbehelfen.*

Riassunto

INADEMPIMENTO CONTRATTUALE NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

- PROSPETTIVE DI ARMONIZZAZIONE E SVILUPPO DI UN QUADRO NORMATIVO COMUNE -

Il contributo analizza la manifestazione e le caratteristiche dell'istituto dell'inadempimento contrattuale nelle diverse fonti del diritto privato europeo. Il fine dell'indagine è volto ad accertare se esiste una tipicità e se si possano astrattizzare e generalizzare singole regole giuridiche sino a tale punto da generare un unico sistema, come anche accertare se tali caratteristiche comuni rappresentino uno strumento idoneo ad armonizzare ed unificare il diritto privato europeo. L'esigenza di armonizzazione delle norme, non solo da un punto di vista sostanziale, ma anche terminologico, appare utile ai fini della creazione di un sistema unitario a livello europeo, che sia chiaro ed accettabile per i diversi ordinamenti giuridici. Per questo motivo è fondamentale rispondere all'interrogativo se l'istituto dell'inadempimento contrattuale possa rappresentare un valido elemento di armonizzazione del diritto privato (contrattuale) europeo.

Parole chiave: *diritto privato, diritto contrattuale, armonizzazione, unificazione, PECL, DCFR, CESL, CISG, UNIDROIT PICC, inadempimento contrattuale, riduzione del prezzo, adempimento di un obbligo specifico, risoluzione del contratto, danno, interessi, accumulo e concorrenza di mezzi d'impugnazione.*

NATURALIZACIJA U HRVATSKOJ I SLAVONIJI OD 1848. DO 1918.

Dr. sc. Ivan Kosnica, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 342.711(497.5)''1848/1918''
Ur.: 28. lipnja 2013.
Pr.: 15. listopada 2013
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Osnovni je cilj rada analiza normativnog okvira kao i prakse naturalizacija u Hrvatskoj i Slavoniji od 1848. do 1918. godine. U obradi teme autor se koristio domaćom i stranom literaturom, pravnim propisima i arhivskom građom. Autor je u radu konstatirao da su u feudalnom razdoblju lokalne naturalizacije bile vrlo važan način stjecanja indigenata. Promjene u sustavu naturalizacije nastupile su slomom revolucije i uvođenjem austrijskog modela državljanstva u Hrvatsku i Slavoniju. Tim je modelom uspostavljeno prvenstvo državljanstva nad lokalnom pripadnošću i ukinuti su raniji načini lokalne naturalizacije. Autor nadalje ističe da su tijekom Bachovog apsolutizma u Hrvatsku i Slavoniju austrijskim Općim građanskim zakonikom (OGZ) uvedena nova pravila o naturalizaciji. Autor tvrdi da se model naturalizacije uspostavljen u vrijeme Bachova apsolutizma održao i nakon sloma apsolutizma u razdoblju provizorne ustavnosti od 1860. do 1868. godine. Štoviše, model naturalizacije uspostavljen OGZ-om uz određene prilagodbe zadržao se i nakon uspostave ugarsko-hrvatskog državljanstva 1868. godine sve do 1880. godine. Sustav naturalizacije uspostavljen OGZ-om ukinut je tek 1880. godine stupanjem na snagu Zakona od 20. prosinca 1879. o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva. Navedenim zakonom institut naturalizacije reguliran je cjelovito i detaljno što je bilo bitno različito od dotadašnjeg uređenja instituta naturalizacije. Analizirajući praksu naturalizacija autor je dokazao da je praksa naturalizacija kroz svo vrijeme bila otvorena, uključujuća, ako je podnositelj zahtjeva dokazao da ispunjava zakonske pretpostavke za naturalizaciju.

Ključne riječi: državljanstvo, naturalizacija, indigenat, hrvatsko-slavonska pripadnost, Hrvatska i Slavonija.

1. UVOD

Državljanstvo je višedimenzionalan pojam koji možemo definirati kao pripadnost pojedinca državi koja se stječe i gubi na poseban način i temeljem koje između pojedinca i države nastaje niz prava i obveza.¹ Kao što je iz definicije državljanstva vidljivo, bitan i neizostavan dio pojma državljanstva jest stjecanje i gubitak državljanstva. Dimenzija stjecanja i gubitka može se raščlaniti na sustav stjecanja i na sustav gubitka državljanstva. Dodatnom raščlambom unutar sustava stjecanja državljanstva može se identificirati niz pitanja državljanškog prava, primjerice koje je temeljno načelo stjecanja državljanstva u nekoj zemlji (načelo *ius sanguinis* ili *ius soli*), kakav je bio povijesni odnos načela *ius sanguinis* i *ius soli*, kakvo je trenutno normativno uređenje instituta naturalizacije i kakvo je to uređenje bilo ranije, kakva je trenutna, odnosno kakva je u određenom povijesnom razdoblju bila praksa naturalizacija itd.

Od niza istraživačkih tema u našem radu ćemo se baviti samo naturalizacijom na prostoru Kraljevine Hrvatske i Slavonije u razdoblju od 1848. do 1918. godine. Naturalizaciju ćemo definirati kao način stjecanja državljanstva za života upravnim aktom, a moguće i bez akta, automatizmom, ako su ispunjene zakonske pretpostavke. Osnovni cilj rada je utvrditi normativni okvir kao i praksu naturalizacija. U istraživanju ćemo se koristiti odgovarajućom literaturom, stranom i domaćom, zakonima kao i građom dostupnom u Hrvatskom državnom arhivu. Korištenje arhivske građe smatramo osobito značajnim jer se analizom pojedinih upravnih predmeta mogu utvrditi stvarni odrazi normativnog uređenja naturalizacije.

U prvom dijelu dat ćemo kratak prikaz naturalizacije u razdoblju do 1848. godine. Nakon toga slijedi dio o državljanstvu i naturalizaciji revolucionarne 1848. godine. U idućem dijelu analizirat ćemo naturalizaciju u razdoblju od 1849. do 1868. godine. U sklopu ove cjeline izlaganje materije smo dodatno podijelili na razdoblje pseudoustavnosti i otvorenog apsolutizma, povratak ustavnosti i 1861. godinu te razdoblje provizorne ustavnosti do sklapanja Hrvatsko-ugarske nagodbe. U idućoj cjelini razmotrit ćemo naturalizaciju u nagodbenom razdoblju. Pri tome ćemo izlaganje materije podijeliti na dva razdoblja, razdoblje do i razdoblje nakon stupanja na snagu Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

2. NATURALIZACIJA U HRVATSKOJ I SLAVONIJI DO 1848.

Osnovna državljanska pripadnost u sklopu zemalja ugarske krune bila je zajednička.² Uz zajedničku ugarsko-hrvatsku pripadnost, s obzirom na poseban položaj Kraljevine Hrvatske i Slavonije u sklopu zemalja ugarske krune, postojala

1 Više o pojmu državljanstva i o teorijskim raspravama o državljanstvu vidi u: Kosnica, I., *Državljanstvo u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji od 1848. do 1918. (doktorski rad)*, Zagreb, 2012., str. 9-20.

2 Usp. Lanović, M., *Privatno pravo Tripartita*, Zagreb, 1929., str. 141.

je i posebna hrvatsko-slavonska pripadnost koja je bila značajna u poslovima hrvatsko-slavonske autonomije. U tim poslovima i ugarski pripadnici su smatrani strancima.³

Navedene pripadnosti označavane su terminom *indigenata*, odnosno domaćinstva. U zemljama ugarske krune postojali su, dakle, poseban hrvatsko-slavonski i poseban ugarski *indigenat* te zajednički ugarsko-hrvatski *indigenat*. Činjenica da je osoba imala *indigenat* u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji (hrvatsko-slavonski *indigenat*) činila ju je ujedno pripadnikom zemalja ugarske krune. Prema tome možemo reći da je zajednička ugarsko-hrvatska pripadnost konstruirana „odozdo“, preko pripadnosti Kraljevini Ugarskoj, odnosno Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji.

Značaj *indigenata* bio je u tome što su samo domaći stanovnici mogli uživati određena prava, poput obnašanja javnih službi i posjedovanja nekretnina.⁴ Zbog navedenog, *indigenat* je za strance predstavljao barijeru te su ga oni nastojali steći kako bi mogli uživati prava i povlastice domaćih stanovnika Kraljevstva.

Indigenat se mogao steći na nekoliko načina. Prvi, najčešći način stjecanja domaćinstva bio je temeljem načela *ius sanguinis*.⁵ Osim toga, *indigenat* se mogao steći i rođenjem u zemlji (*ius soli*).⁶ Uz navedene načine, osobito značajna bila je *naturalizacija*. Postojale su dvije vrste *naturalizacije*, *svečana* i *prešutna*.

Svečanom naturalizacijom domaćinstvo su dodjeljivali kralj i staleži zajedno. Pri tome je *dodjela indigenata* provođena na dva načina, ovisno od činjenice je li Sabor u zasjedanju ili ne. U slučaju da je Sabor u zasjedanju, primanje se vršilo uz pristanak staleža na Saboru. U drugom slučaju, ako Sabor nije bio u zasjedanju, *indigenat* je dodjeljivao kralj zajedno s Dvorskim vijećem velikaša. U tom slučaju osoba kojoj je dodijeljen *indigenat* morala je odmah nakon što se Sabor sastao tražiti inartikulaciju na Saboru.⁷ Da bi stjecanje *indigenata* bilo potpuno zahtijevalo se da osoba položi prisegu te da plati zakonom propisanu taksu.⁸

U zemljama ugarske krune, osim Ugarskog i zajedničkog Ugarsko-hrvatskog sabora, pravo dodjele *indigenata* imao je i Hrvatsko-slavonski sabor koji je dodjelom *indigenata* osobu primao za člana Kraljevine Hrvatske i Slavonije, a time i za člana

3 U nizu slučajeva u kojima su Mađari smatrani strancima navodimo spor do kojeg je došlo kad je ban Ivan Korvin imenovao podbanom Mađara Ivana Gyulaya. U tom slučaju slavonsko plemstvo je protestiralo kod kralja ističući da je ban tim imenovanjem prekršio stare zakone i običaje. Kralj Vladislav je uvažio njihovu pritužbu donijevši 1496. godine naredbu kojom je potvrdio pravo plemstva da podban Kraljevina Hrvatske, Slavonije i Dalmacije mora biti „domaći sin“. Naredba kralja Vladislava iz 1496. godine u: Šulek, B., *Naše pravice; Izbor zakonah, poveljah i spisah, znamenitih za državno pravo kraljevine dalmatinsko-hrvatsko-slavonske od g. 1202-1868.*, Zagreb, 1868., str. 76-79.; o tome da je podban trebao biti „domaći sin“ iz hrvatskog plemstva, vidi i Pliverić, J., *Hrvatsko-ugarsko državno pravo*, Zagreb, 1908., str. 434.

4 O povlasticama *indigena* vidi više: Lanović, M., *op. cit.*, str. 144.

5 Bračno dijete stjecalo je pripadnost po ocu, a izvanbračno po majci. *Ibid.*, str. 142.

6 Virozsil, A., *Das Staats-Recht des Königreichs Ungarn, vom Standpunkte der Geschichte, und der vom Beginn des Reiches bis zum Jahre 1848. bestandenen Landes. Verfassung*, prvi svezak, Pest, 1865., str. 203-204.

7 Lanović, M., *op. cit.*, str. 142.

8 *Ibid.*, str. 143.

Ugarsko-hrvatskog kraljevstva. Pravo dodjele *indigenata* bilo je bitno pravo Sabora i ujedno izraz njegove autonomije.⁹

Uz svečanu naturalizaciju, u praksi je bila vrlo značajna prešutna naturalizacija. *Indigenat* se prešutnom naturalizacijom mogao steći na nekoliko načina: trajnim nastanjenjem u Kraljevstvu, uvrštenjem među poreznike i dodjelom građanstva.¹⁰ Trajno nastanjenje u Kraljevstvu kao i uvrštenje u imenik poreznika po doseg su bili vrlo slični načini naturalizacije jer je i jednim i drugim načinom osoba postajala stanovnikom Kraljevstva bez posebnih prava. Nešto posebniji način naturalizacije, s obzirom na stjecanje posebnih prava, bilo je primanje za građanina slobodnog i kraljevskog grada.¹¹

Bitna karakteristika svih navedenih načina prešutne naturalizacije jest njihov lokalni karakter. I u slučaju trajnog nastanjenja i u slučaju uvrštenja među poreznike kao i u slučaju dodjele građanstva, radilo se o odlukama koje su donošene na lokalnom nivou, na razini pojedinog slobodnog kraljevskog grada, odnosno na razini pojedinog vlastelinstva ili županije. Preko navedenih jurisdikcija pojedinac je bio povezan sa širim okruženjem pa je tako primjerice građanin slobodnog kraljevskog grada Gradeca ujedno bio pripadnik Kraljevine Hrvatske i Slavonije, a također i pripadnik Ugarsko-hrvatskog kraljevstva. Prelazak između pojedinih jurisdikcija, ako se radilo o prelasku iz neke hrvatsko-slavonske jurisdikcije u ugarsku jurisdikciju ili obratno, imao je značaj promjene *indigenata* unutar Kraljevstva, no zajednička pripadnost Ugarsko-Hrvatskom Kraljevstvu ostajala je ista.

3. DRŽAVLJANSTVO I NATURALIZACIJA 1848.

Uoči revolucije, početkom 1848. godine, na Ugarsko-hrvatskom saboru vodila se značajna rasprava o *indigenatu*. Neposredan povod za raspravu bile su molba udovice grofa Rogendorfa za oprostom od plaćanja takse *indigenata* i molba grofa Henrika Bombella da mu se dodijeli *indigenat*. Saborska većina zastupala je stav o nužnosti donošenja zakona o *indigenatu*. Pri tome su Mađari inzistirali na uvjetu znanja mađarskog jezika. Hrvatski nunciji tome su se suprotstavili jer taj uvjet isključuje one koji ne znaju mađarski jezik, a posebno što zakida Hrvatsku i Slavoniju. Nunciji su uz navedeno dokazivali da su Hrvatska i Slavonija imale

9 O dodjelama *indigenata* na Hrvatsko-slavonskom saboru vidi: Šulek, B., *op. cit.*, str. 174-177.; o dodjeli *indigenata* karlovačkim generalima Gotfridu Stadelu ili Stadleru 1620. godine, grofu Josipu Ranati 1713. godine, grofu Benvenutu Petaciju 1740. godine zbog doprinosa obrani Hrvatske i Slavonije vidi: Lopašić, R., *Karlovac; poviest i mjestopis grada i okolice*, Zagreb, 1879., str. 186., 210., 212-213.

10 Virozsil, A., *op. cit.*, str. 204-205.; Lanović međutim navodi samo dva načina prešutne naturalizacije: primanje za građanina i uvrštenje među poreznike. Lanović, M., *op. cit.*, str. 143.

11 O pravima koja je imao građanin zagrebačkog Gradeca vidi: Dabinović, A., Statutarno pravo grada Zagreba, *Mjesečnik: glasilo hrvatskoga pravničkoga društva*, Zagreb, siječanj-veljača 1943., broj 1-2., str. 12-13.

pravo dodjele *indigenata* strancima te su predlagali da se uvjet mađarskog jezika ili ispusti iz zakona ili da se ne primjenjuje na Hrvatsku i Slavoniju. Protiv prijedloga hrvatskih nuncija protestirao je Lajoss Kossuth koji je inzistirao na činjenici da je pod ugarskom krunom samo jedan narod, negirajući posebnu narodnost Trojednoj Kraljevini.¹² U ponovljenoj prepirki o *indigenatu* do koje je došlo 27. siječnja 1848., nunciji su se opet usprotivili uvjetu mađarskog jezika i ponovili stav da Hrvatsko-slavonski sabor ima pravo dodjele udomljenja na što su prosvjedovali mađarski zastupnici s Kossuthom na čelu, a uz njih je bio i turopoljac Josipović.¹³ Rasprava o *indigenatu* bila je toliko žučna da je u jednom trenutku Kossuth Metelu Ožegoviću doviknuo: „Med nami može samo mač odlučiti!“.¹⁴ Naposljetku, neovisno od protesta hrvatskih nuncija, Zastupnička kuća je prihvatila zakonsku osnovu o *indigenatu*. Međutim, u Velikaškoj kući osnovi je prigovoreno i predložene su promjene.¹⁵ Na kraju zakon nije donesen.¹⁶

Prethodno izloženi prijevori oko uređenja instituta *indigenata* bili su odraz suprotstavljenih pozicija hrvatskih nuncija s jedne i mađarskog liberalnog plemstva s druge strane. Mađari su, naime, nastojali uvesti kriterij poznavanja mađarskog jezika čime bi sam feudalni institut *indigenata* zadobio dodatnu kulturnu i etničku dimenziju. Suprotno tome, hrvatski nunciji isticali su posebnost i značaj jezika u Hrvatskoj i Slavoniji te su se pozivali na pravo Hrvatsko-slavonskog sabora na dodjelu *indigenata* pozivajući se tako na stara prava i posebnost Trojedne Kraljevine. Na takvim pozicijama dočekana je i revolucija.

Izbijanjem revolucije u zemljama ugarske krune u ožujku 1848. godine razmimoilaženja mađarske i hrvatske političke elite dodatno su došla do izražaja. U zajedničkom Saboru donesen je niz zakona kojima je bitno narušen autonoman položaj Hrvatske u sklopu zemalja ugarske krune i kojima je snažno naglašena jedinstvenost Ugarske. Suprotno tome, u Hrvatskoj i Slavoniji je tijekom revolucije snažno isticana hrvatsko-slavonska pripadnost (hrvatsko-slavonski *indigenat*).

Ipak, za vrijeme revolucije naturalizacija stranaca nije izravno regulirana. Jedina bitna promjena sustava naturalizacije bila je povezana s činjenicom da je ban Jelačić hrvatsko-slavonskim oblastima zabranio primanje naredbi od ugarske vlade i činjenicom da je Hrvatsko-slavonski sabor donio zakonsku osnovu kojom je raskinuo odnose s Ugarskom. S obzirom na navedeno, otpala je mogućost naturalizacije u zajedničkom Ugarsko-hrvatskom saboru. Neovisno od toga, i dalje su bile moguće svečane naturalizacije na Hrvatsko-slavonskom saboru kao i prešutne lokalne naturalizacije trajnim nastanjenjem, uvrštenjem u imenik poreznika i dodjelom građanstva u slobodnom i kraljevskom gradu.

12 Ožegović, M., *Njekoji spisi iz javnoga političkoga djelovanja Metela baruna Ožegovića belskoga i barlabaševačkoga*, Zagreb, 1887., str. 50-51.

13 *Ibid.*, str. 51.

14 Smičiklas, T., *Povijest Hrvatska, dio drugi*, Zagreb, 1879., str. 477.; vidi i Šokčević, D., *Hrvati u očima Mađara, Mađari u očima Hrvata: Kako se u pogledu preko Drave mijenjala slika drugoga*, Zagreb, 2006., str. 150-151.

15 Horvat, R., *Najnovije doba hrvatske povijesti*, Zagreb, 1906., str. 103.

16 *Ibid.*

4. NATURALIZACIJA U HRVATSKOJ I SLAVONIJI OD 1849. DO 1868.

4.1. Naturalizacija u razdoblju pseudoustavnosti i otvorenog apsolutizma

Provizorij u državljanskom pravu trajao je sve do uvođenja Oktroiranog ustava u Hrvatsku i Slavoniju 6. rujna 1849.¹⁷ Ustavom je određeno jedno austrijsko državljanstvo za čitavu Monarhiju¹⁸ te su ukinute posebne zemaljske pripadnosti. Potvrđena je jednakost svih državljana¹⁹ pa je na tako izvršen prelazak od feudalnog instituta *indigenata* prema modernom državljanstvu. Ustavom je također određeno da će stjecanje i gubitak državljanstva biti uređeni posebnim zakonom,²⁰ no takav zakon tijekom pseudoustavnosti nije donesen.

Iako nije donesen poseban zakon o državljanstvu, u razdoblju pseudoustavnosti izvršena je bitna promjena režima naturalizacije. Naime, Privremenim redovima za gradove Zagreb i Osijek i Privremenom banskom naredbom od 19. kolovoza 1851. austrijsko državljanstvo navedeno je kao nužan uvjet stjecanja općinske pripadnosti.²¹ Bitna posljedica ove odredbe bila je jasna i nedvojbeno uspostava prvenstva austrijskog državljanstva u odnosu prema općinskom članstvu. Strani državljani mogli su biti primljeni u članstvo neke općine samo pod uvjetom da su prethodno stekli austrijsko državljanstvo.²² Uspostavljanje prvenstva austrijskog državljanstva u odnosu prema općinskoj pripadnosti, ujedno je značilo i prekid s dotad primijenjenim konceptom prešutnih lokalnih naturalizacija. Suprotno feudalnom modelu pripadnosti u kojem su pripadnost državi i pripadnost lokalnoj jurisdikciji bili nadopunjujući koncepti, uveden je novi model državljanstva Monarhije u kojem je državna pripadnost formalno nadređena lokalnoj pripadnosti.

Prelaskom na otvoreni apsolutizam, vlasti su pojačale nastojanja za unifikacijom prava, a svakako bitna mjera u tom smislu bilo je uvođenje Austrijskog

17 O proglašenju Oktroiranog ustava u Banskoj Hrvatskoj, vidi: Šišić, F., *Povijest Hrvata: Pregled povijesti hrvatskoga naroda 600.-1918.*, Split, 2004., str. 439.; Oktroirani ustav od 4. ožujka 1849., vidi u: Bernatzik, E., *Die österreichischen Verfassungsgesetze*, Wien, 1911., str. 150-166.

18 Usp. čl. 23. Oktroiranog ustava od 4. ožujka 1849.

19 Usp. čl. 27. Oktroiranog ustava od 4. ožujka 1849.

20 Usp. čl. 23. Oktroiranog ustava od 4. ožujka 1849.

21 Usp. čl. 4. Carskog patenta od 7. rujna 1850. kojim je odobren i u krijepost stavljen privremeni općinski red za kraljevski grad Zagreb, *Zemaljsko-zakonski i vladni list za krunovinu Hrvatsku i Slavoniju* (u nastavku: *ZZVL*), kom. VII., br. 43., 1850.; čl. 3. Carskog patenta od 7. rujna 1850. kojim je odobren i u krijepost stavljen privremeni općinski red za kraljevski grad Osijek, *ZZVL*, kom. VIII., br. 45., 1850.; čl. 3. Privremene banske naredbe od 19. kolovoza 1851. za otpravljanje općinskih poslova u gradovima i trgovištima s magistratima kraljevine Hrvatske i Slavonije, *ZZVL*, kom. XVIII., br. 146., 1851.

22 Ovakav odnos državljanstva i općinske pripadnosti nagovijestio je već ministarski otpis od 30. kolovoza 1850. godine, broj 18515. Vidi Mutavdžić, K., *Zavičajno pravo: Zakon od 30. travnja 1880. ob uređenju zavičajnih odnošaja u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji i prijašnji propisi o stečenju i gubitku zavičajnoga prava*, Zagreb, 1894., str. 234-235.

općeg građanskog zakonika (u nastavku: OGZ) u Hrvatsku i Slavoniju, kao i u ostale zemlje ugarske krune Carskim patentom od 29. studenog 1852.²³ Iako je u osnovi kodifikacija privatnog prava, OGZ je bio značajan za državljansko pravo jer sadrži pravna pravila o državljanstvu (čl. 28.-32.). Zajedno s OGZ-om uvedeni su i popratni dekreti među kojima je za državljansko pravo posebno značajan *Patent o iseljenju i nepovlasnoj odsutnosti od 24. ožujka 1832. godine*.²⁴ Uvođenjem navedenih propisa uveden je austrijski sustav stjecanja i gubitka državljanstva u čitavu Monarhiju i dokinut je dotadašnji partikularizam u državljanskom pravu.

Režim stjecanja i gubitka državljanstva, uveden OGZ-om u Hrvatsku i Slavoniju, razlikovao se od prvotnog režima stjecanja državljanstva kakav je bio zamišljen izvornim tekstom OGZ-a. Naime, u vrijeme kad je uveden u austrijske nasljedne zemlje OGZ je podržavao terezijanski model pripadnosti u kojem je prostorna komponenta u definiranju podanika bila iznimno bitna jer su svi stranci nakon deset godina kontinuiranog prebivanja, ako nisu počinili zločinstvo, automatizmom pretvarani u austrijske državljane. Do promjene modela stjecanja državljanstva u Austriji došlo je 1833. godine kad je ukinuta odredba o stjecanju državljanstva desetgodišnjim kontinuiranim prebivanjem. Ukidanje navedene odredbe značilo je ujedno prelazak na novi, voluntaristički model stjecanja državljanstva.²⁵ U usporedbi s ranijim stanjem, ukidanje režima stjecanja državljanstva desetgodišnjim prebivanjem ujedno je značilo marginalizaciju prostorne komponente u stjecanju državljanstva te prebacivanje težišta na derivativno stjecanje državljanstva temeljem načela krvne veze (*ius sanguinis*).

S obzirom na sve navedeno možemo reći da je OGZ-om u Hrvatsku i Slavoniju uvedeno načelo *ius sanguinis* kao glavno načelo stjecanja državljanstva.²⁶ OGZ-om su uvedena i dva načina automatske naturalizacije. Prvi je način bilo stjecanje državljanstva imenovanjem stranca u javnu službu koja je s obzirom na detaljniju razradu ove odredbe Carskim dekretom od 15. travnja 1828. godine morala biti

23 Dinamiku stupanja na snagu Općeg građanskog zakonika u zemljama Habsburške Monarhije vidi u: Vuković, M., *Opći građanski zakonik*, Zagreb, 1955., str. V.; Izvorni tekst OGZ-a uvedenog u austrijske nasljedne zemlje, vidi u: *Justizgesetzsammlung*, br. 946/1811.

24 Odredbe *Patenta o iseljenju i nepovlasnoj odsutnosti od 24. ožujka 1832.*, uvedenog u Hrvatsku i Slavoniju Carskim patentom od 29. studenog 1852. godine, koje se odnose na državljanstvo, vidi u: Ivanda, S. (ur.), *Zbirka propisa o državljanstvu hrvatskomu*, Zagreb, 1995., str. 290-293.; *Patent o iseljenju*, vidi u: *Justizgesetzsammlung*, br. 2557/1832.

25 Burger, H., *Passwesen und Staatsbürgerschaft*, str. 117-122., u: Heindl, W., Saurer, E. (ur.), *Grenze und Staat: Passwesen, Staatsbürgerschaft, Heimatrecht und Fremden gesetzgebung in der oesterreichischen Monarchie 1750-1867.*, Wien, 2000.; Bader-Zaar, B., *Foreigners and the Law in Nineteenth Austria: Juridical Concepts and Legal Rights in the Light of the Development of Citizenship*, str. 147., u: Fahrmeir, A., Faron, O., Weil, P. (ur.), *Migration Control in the North Atlantic World: The Evolution of State Practices in Europe and the United States from the French Revolution to the Inter-War Period*, New York, Oxford, 2005.; Gosewinkel, D., *Einbürgern und Ausschließen: Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, 2003., str. 38.

26 Usp. čl. 28. OGZ-a.

stalna.²⁷ Bio je to nov način stjecanja državljanstva, dotad nepoznat u pravnom sustavu Kraljevine Hrvatske i Slavonije. Nadalje, državljanstvo se prema OGZ-u moglo steći i naseljnjem u zemlji uz obavljanje obrta za koji je potrebna dozvola, što je bio odraz kameralističke tradicije.²⁸

Stranac je također mogao steći državljanstvo i redovnom naturalizacijom. Ovom naturalizacijom mogli su biti primljeni strani državljani koji su dokazali da su poslovno i imovinsko sposobni, da su se ćudoredno vladali i da im je neka od općina zajamčila primitak u općinsku svezu.²⁹ Od stranca se tražila odgovarajuća imovina kako ne bi pao na teret društvu, ponajprije općinama koje su bile dužne skrbiti o svojim općinarima ako osiromaše.

Za sve vrste naturalizacija nastanjenje u zemlji bilo je nužan uvjet stjecanja državljanstva. OGZ-om je naime, izričito propisano da se državljanstvo ne može steći ni posjedovanjem kuće, zemljišta, a ni bavljenjem trgovinom ako nije ispunjen uvjet naseljenja.³⁰ Ovlašt naturalizacije stranaca za čitavu Monarhiju imalo je od 1853. godine Ministarstvo unutrašnjih poslova.³¹

Uz navedene mogućnosti automatske i redovne naturalizacije, *Patentom o iseljenju i nepovlasnoj odsutnosti od 24. ožujka 1832. godine* reguliran je institut reintegracije. U navedenom Patentu prisutno je razlikovanje zakonitih i nezakonitih iseljenika. Pri tome su zakoniti iseljenici mogli ponovno steći državljanstvo prema OGZ-u, dok su neovlašteni iseljenici trebali tražiti posebno primanje u državljansku vezu.³² Iznimka od rigidnog stava vlasti prema neovlaštenim iseljenicima bila su samo djeca neovlaštenih iseljenika jer je djeci dana prilika optiranja za austrijsko državljanstvo nakon što postanu punoljetna.³³

Do bitnih promjena u državljanskom pravu za čitavu Monarhiju došlo je krajem neoapsolutizma Naredbom od 27. listopada 1859. godine, kojom je ovlašt naturalizacije ponovno prešla na političke zemaljske oblasti. Nadležnost Ministarstva unutrašnjih poslova pridržana je samo u slučaju naturalizacije pogibeljnih inozemaca.³⁴

Daljnja promjena nastupila je Carskom naredbom od 27. travnja 1860. kojom je za sve zemlje Monarhije ukinuta osnova automatskog stjecanja državljanstva temeljem činjenice obavljanja obrta navedena u čl. 29. OGZ-a. Naredba je stupila na snagu 1. svibnja iste godine.³⁵ Time je otklonjena mogućnost stjecanja državljanstva

27 Usp. čl. 29. OGZ-a; Derenčin, M., *Tumač k obćemu austrijskomu gradjanskomu zakoniku, knjiga I*, Zagreb, 1880., str. 195.

28 Usp. čl. 29. OGZ-a.

29 Usp. čl. 30. OGZ-a; Derenčin, M., *op. cit.*, str. 199.

30 Usp. čl. 31. OGZ-a.

31 Bader-Zaar, B., *op. cit.*, str. 147.

32 Usp. čl. 21. i 22. *Patenta o iseljenju i nepovlasnoj odsutnosti od 24. ožujka 1832.*

33 Vidi čl. 16. i čl. 17. *Patenta o iseljenju i nepovlasnoj odsutnosti od 24. ožujka 1832.*

34 Hellbling, E. C., *Die Landesverwaltung in Cisleitanien*, str. 237., u: Wandruszka, A., Urbanitsch, P. (ur.), *Die Habsburgermonarchie 1848-1918, band II*, Wien, 2003.; Bader-Zaar, B., *op. cit.*, str. 147.

35 Flournoy, R. W. Jr. i Hudson, M. O. (ur.), *A Collection of Nationality Laws of Various Countries as Contained in Constitutions, Statutes and Treaties*, New York, 1929., str. 14.

dodjelom dozvole strancu za obavljanje obrta čime je ulazak u državljanski korpus dodatno otežan.

4.2. Povratak ustavnosti, državljanstvo, naturalizacija i Sabor 1861.

Nakon što je Listopadskom diplomom vraćena ustavnost u Hrvatskoj su poduzete mjere koje su išle za uspostavom posebnog hrvatsko-slavonskog državljanstva. U tom smislu djelovala je Banska konferencija na kojoj je sastavljen *Naputak za privremeno uređenje županija, slobodnih kotara, slobodnih i kraljevskih gradova, povlaštenih trgovišta i seoskih općina u Kraljevini Hrvatskoj, Slavoniji i Dalmaciji* (u nastavku: *Naputak za privremeno uređenje županija*).³⁶ Naputkom za privremeno uređenje županija, županije, slobodni kotari, slobodni i kraljevski gradovi, povlaštena trgovišta i seoske općine definirani su kao posebni hrvatsko-slavonski municipiji.³⁷ Naputkom za privremeno uređenje županija ponovno je uspostavljena posebna hrvatsko-slavonska pripadnost, a usporedno je uspostavljen i institut naturalizacije. Pri tome je prema prvotnom tekstu Naputka za privremeno uređenje županija koji je predložen za raspravu na 5. sjednici Banske konferencije osoba trebala biti naturalizirana ako je prebivala u Kraljevini deset godina i ako je namjeravala trajno ostati u Kraljevini. Međutim, na 5. sjednici namjera trajnog ostanka zamijenjena je formulacijom o primitku u članstvo neke općine.³⁸ Tako su kao osnove stjecanja državne pripadnosti kombinirani načelo domicila i akt općinske vlasti. Ovu konačnu verziju Naputka za privremeno uređenje županija potvrdio je Dvorski dikasterij.³⁹

Akt općinske vlasti trebao je spriječiti automatsko stjecanje hrvatsko-slavonske pripadnosti kontinuiranim prebivanjem na teritoriju. U usporedbi s neoapsolutističkim modelom dominacije austrijskog državljanstva nad općinskom pripadnošću, ovaj model definiranja pripadnosti oslanjao se na municipalnu tradiciju prema kojoj su članovi municipija ujedno i pripadnici Hrvatske i Slavonije. Municipijima je prema tome priznat naturalizacijski kapacitet.

Međutim, kao što i sam naziv kaže, Naputak za privremeno uređenje županija predstavljao je samo privremeno rješenje. Konačno je problematika državljanstva i naturalizacije trebala biti regulirana zakonodavnim putem zbog čega je Hrvatsko-slavonski sabor tijekom 1861. godine donio niz zakonskih osnova.⁴⁰ Sabor je

36 Cijeli Naputak za privremeno uređenje županija objavljen je u: Šulek, B., *op. cit.*, str. 331-344.

37 Usp. čl. 1. Naputka za privremeno uređenje županija.

38 Vidi Zapisnik V. sjednice Banske konferencije, u: *Spisi saborski Sabora Kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od god. 1861., svezak I.*, Zagreb, 1862., str. XXV-XXXI.

39 Šulek, B., *op. cit.*, str. 331. i dalje.

40 Vrlo su značajne zakonske osnove izglasane kao zakonski članak V. od 1861. godine (Poslovnik Sabora) kao i zakonski članak IX. od 1861. godine (O uskrati prava glasa i mjesta nekim prelatima, velikašima i prisjednicima Banskog stola). Vidi: *Spisi saborski..., svezak I.*, *cit.*, str. 5, 14-15.; nadalje, vrlo značajne za državljansko pravo su zakonske osnove o zločinu izdaje domovine. Vidi: *ibid.*, str. 17-18, 58-59.

nadalje, uz izmjene i dopune koje se nisu ticale naturalizacije, potvrdio Naputak za privremeno uređenje županija.⁴¹

Navedena regulativa ipak nije bila zadovoljavajuća pa je radi detaljnog reguliranja problematike državljanstva i naturalizacije zastupnik Jaćim Pavletić u ime Riječke županije Saboru predložio Zakonski prijedlog o *indigenatu* i naturalizaciji.⁴² Cilj je prijedloga bio uspostaviti državljanstvo Trojedne Kraljevine. U prijedlogu su državljani jasno razgraničeni od stranaca u koje su svrstani i Austrijanci.⁴³ Kao državljani definirani su oni koji su rođeni u kraljevinama (*ius soli*) i kojima su roditelji domaći (*ius sanguinis*).⁴⁴

Prijedlogom je predviđeno više načina naturalizacije, poput naturalizacije stranca koji u zemlji prebiva deset godina i koji je oženjen državljankom, zatim stranca koji je u zemlju uveo osobit obrt, koji se bavi trgovinom na veliko, koji je kupio nekretninu ili koji ima zasluga za domovinu.⁴⁵ Valja međutim reći da ovaj članak nije bio nomotehnički dovoljno dorađen jer iz zakonskog teksta nije posve jasno traži li se pretpostavka desetgodišnjeg prebivanja u zemlji u svakom slučaju ili samo u prvom slučaju ženidbe s državljankom. U tom bi smislu bilo posebno problematično dodjeljivanje državljanstva strancu zbog zasluga za domovinu s počekom od deset godina.

Zakonskim prijedlogom predviđeno je pravo djece koja su rođena u zemlji i koja su u zemlji stalno nastanjena da u roku od godine dana od stjecanja punoljetnosti zatraže da ih se prizna državljanima.⁴⁶ Ovo rješenje vrlo je slično rješenju koje je prvi put primijenjeno u francuskom *Code Civilu*.⁴⁷ Radilo se o naknadnoj naturalizaciji na zahtjev, s time da državnim vlastima nije dana mogućnost diskrecijske ocjene.

Osnovni nedostatak zakonskog prijedloga s obzirom na naturalizaciju bio je nedostatak procesnih odredbi. Iako se u uvodu zakonskog prijedloga navodi da će kralj Hrvata imati ovlast naturalizacije stranaca, ova ovlast nije uopće razrađivana u prijedlogu. Prepuštanje isključive ovlasti naturalizacije kralju značilo je ujedno odustajanje od u feudalizmu prisutne suradnje kralja i staleža u postupcima naturalizacije.

41 Usp. čl. 10. Zakonskog članka LXXXI. od 1861. godine, u: *ibid.*, str. 73-79.

42 Ovaj zakonski prijedlog objavljen je u: *Spisi saborski Sabora Kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od god. 1861., svezak III.*, Zagreb, 1862., str. 98-99.; vidi i Vrbanić, F., *Rad hrvatskoga zakonarstva na polju uprave, od godine 1861. do novijega vremena, II. unutarnja uprava*, Zagreb, 1890., str. 74.; Čepulo, D., *Pravo hrvatske zavičajnosti i pitanje hrvatskog i ugarskog državljanstva 1868-1918 - pravni i politički vidovi i poredbena motrišta*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 49., br. 6., 1999., str. 805.

43 Usp. preambulu Zakonskog prijedloga o *indigenatu* i naturalizaciji.

44 Usp. čl. 2. Zakonskog prijedloga o *indigenatu* i naturalizaciji.

45 Usp. čl. 4. Zakonskog prijedloga o *indigenatu* i naturalizaciji.

46 Usp. čl. 6. Zakonskog prijedloga o *indigenatu* i naturalizaciji.

47 Usp. čl. 9. I. knjiga francuskog *Code Civil*. Francuski *Code Civil*, na: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/conafrec0001&id=1&collection=cow>, 20.06.2013.

Prijedlog Riječke županije raspravljan je na saborskom Administrativnom odboru, a kao rezultat pretresa nastala je posve nova zakonska osnova.⁴⁸ Tako osnova Administrativnog odbora primjerice ne sadrži jasnu dihotomiju državljanin stranac, kao što je to bilo u Prijedlogu zakona o *indigenatu* i naturalizaciji. Međutim, jasno se razlikuju naturalizacija i *indigenat*, što u nacrtu Riječke županije nije slučaj. Prema Osnovi, naturalizacijom je mogao biti podmačen stranac koji je deset godina kontinuirano boravio u Trojednoj Kraljevini radi stalnog obitavanja i koji za to vrijeme nije počinio zločin.⁴⁹ *Indigenat* je mogao biti dodijeljen osobi koja prebiva u zemlji manje od deset godina, kao i osobi koja ne prebiva u zemlji, ali ima posebne zasluge za Trojednu Kraljevinu.⁵⁰ U oba slučaja *indigenat* je dodjeljivao Sabor.⁵¹ Pri dodjeli *indigenata* podmačeni je bio dužan platiti odgovarajuću taksu te je bio dužan položiti prisegu kojom je prisezao na vjernost ustavu Kraljevine i jugoslavenskoj narodnosti.⁵² Prijedlog Administrativnog odbora ipak nije raspravljan u plenumu Sabora jer je vladar prije vremena raspustio Sabor.

S obzirom na prethodno izložena nastojanja saborske većine koja su smjerale k uspostavi posebnog državljanstva Trojedne Kraljevine, pa i uspostavi posebnih načina stjecanja tog državljanstva, stav Sabora prema odredbama OGZ-a o državljanstvu, pa tako i prema odredbama OGZ-a o naturalizaciji, bio je negativan. U prihvatanju OGZ-a kao hrvatskoga zakona određeno je da se članci 28.-32. o stjecanju i gubitku državljanstva neće primjenjivati, nego da će se umjesto njih primjenjivati politički zakoni Trojedne Kraljevine.⁵³

Prethodno izložena djelatnost Sabora koja je smjerale k uspostavi posebnog državljanstva Trojedne Kraljevine ipak u konačnici nije imala odgovarajuće učinke. Kralj nije sankcionirao zakonske osnove kojima je Sabor djelovao u smjeru uspostave posebnog državljanstva Kraljevine, kao i čitav niz drugih zakonskih osnova, izuzev članka 42. o uređenju odnosa s Ugarskom.⁵⁴

4.3. *Naturalizacija u razdoblju provizorne ustavnosti*

S obzirom na prijevremeno raspuštanje Sabora i odbijanje sankcije gotovo svih zakonskih članaka, u razdoblju od raspuštanja Sabora 1861. pa sve do sklapanja Hrvatsko-ugarske nagodbe u državljanstvu na snazi je bilo provizorno stanje prema kojem su u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji postojali i austrijsko državljanstvo i hrvatsko-slavonska pripadnost. U tom režimu svi hrvatsko-slavonski pripadnici bili su ujedno i austrijski državljani, dok, svi austrijski državljani u Hrvatskoj i Slavoniji ujedno nisu bili i hrvatsko-slavonski pripadnici.

48 Zakonsku osnovu Administrativnog odbora vidi u: *Spisi saborski..., svezak III., cit., str. 224.*

49 Usp. čl. 1. Nacrta saborskog Administrativnog odbora.

50 Usp. čl. 2. Nacrta saborskog Administrativnog odbora.

51 Usp. čl. 3. Nacrta saborskog Administrativnog odbora.

52 Usp. čl. 4. i 5. Nacrta saborskog Administrativnog odbora.

53 *Spisi saborski Sabora Kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od god. 1861, svezak IV., Zagreb, 1862., str. 5.*

54 Usp. Kraljevski otpis od 8. studenoga 1861. o raspuštanju Sabora, u: Šulek, B., *op. cit., str. 439-456.*

Hrvatsko-slavonska pripadnost temeljila se na pripadnosti nekoj od hrvatsko-slavonskih općina. Takvo rješenje bilo je, kako smo već ranije pokazali, propisano Naputkom za privremeno uređenje županija.⁵⁵ Hrvatsko-slavonska pripadnost bila je uvjet izbornog prava te je u izbornom procesu korištena kao sredstvo isključivanja ostalih austrijskih državljana. Budući da se hrvatsko-slavonska pripadnost temeljila na općinskoj pripadnosti, primanje austrijskog državljanina u neku od hrvatsko-slavonskih općina bilo je način stjecanja hrvatsko-slavonske pripadnosti. U ovim slučajevima radilo se o svojevrsnoj lokalnoj naturalizaciji koja je imala širi značaj stjecanja pripadnosti Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji.

Uz hrvatsko-slavonsku pripadnost, za pravni status osobe vrlo je značajno bilo i austrijsko državljanstvo koje je u ovom razdoblju i dalje bilo jedno za čitavu Monarhiju. Za stjecanje austrijskog državljanstva u Hrvatskoj i Slavoniji i dalje su, neovisno o činjenici da je Sabor 1861. godine otklonio njihovu primjenu, bile relevantne odredbe OGZ-a. Korištena su dva načina naturalizacije, automatska naturalizacija namještenjem u javnu službu (čl. 29. OGZ-a) i klasična naturalizacija (čl. 30. OGZ-a). Bitna novost bilo je propisivanje teksta državljanske prisege 3. lipnja 1862. godine.⁵⁶

Pretragom građe u Hrvatskom državnom arhivu fonda Hrvatsko-slavonsko-dalmatinske kancelarije možemo potvrditi da su formalne naturalizacije stranaca, u pravilu turskih državljana, u ovom razdoblju bile rijetke. Tako se, primjerice, Namjesničko vijeće našlo u nedoumici kad je bosanski bjegunac Savo Gerbić zatražio dodjelu austrijskog državljanstva. U upitu upućenom na Dvorsku kancelariju od 3. svibnja 1864. Namjesničko vijeće ističe da je sklono dodijeliti dotičnom austrijsko državljanstvo, no pri tome pita je li dodjela državljanstva uopće potrebna s obzirom na slobodan boravak bosanskih bjegunaca u Hrvatskoj i Slavoniji. Nakon toga, Dvorska kancelarija se s upitom obratila na Ministarstvo

55 Stajališta o primjeni Naputka za privremeno uređenje županija nakon raspuštanja Sabora u hrvatskoj znanosti su podijeljena i kreću se od tvrdnje da Naputak za privremeno uređenje županija nije nikad stupio u život (Tako Gross, M., Szabo, A., *Prema hrvatskome građanskom društvu*, Zagreb, 1992., str. 128.), da je bio primjenjivan djelomično i ograničeno (Usp. Smrekar, M., *Priručnik za političku upravnu službu u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji, knjiga I.*, Zagreb, 1899., str. 23.) te da je primjenjivan (Usp. Šulek, B., *op. cit.*, str. 331.).

56 Prisegu su trebali položiti svi koji su naturalizirani redovnom naturalizacijom. Tekst prisege od 3. lipnja 1862. godine je glasio: „Vi ćete se zakleti svemogućim Bogom i obećati na Vaše poštenje i Vašu vjeru, da imate i da hoćete da budete odele kao podložnik vjeran, poslušan i pokoran prejasnomu vladaru i gospodaru Franji Josipu prvomu, caru austrijskomu, kralju ugarskomu i češkomu, dalmatinsko-hrvatsko-slavonskomu, galičkomu i vladimirskomu i ilirskomu arhivovjodi austrijanskomu itd. kao Vašemu zakonito nasljednomu zemaljskomu vladaru i gospodaru, a poslije Njega nasljednikom proizlazećim iz Njegove Krvi i Njegova plemena, nadalje da ćete obstojeće zakone strogo obdržavati i u obće sve dužnosti i obveze viernoga podložnika Njegova kr. apoštolskoga veličanstva i člana ove domovine točno izvršavati. Sve što mi je sad pročitano i što sam ja dobro razumio hoću i moram vierno obdržavati. Tako mi Bog pomogao!“ Tekst prisege propisane od Kr. hrv. slav. dalm. namjesničkog vijeća od 3. lipnja 1862. godine, vidi u: HR Hrvatski državni arhiv, fond 79-Unutarnji odjel Zemaljske vlade (u nastavku: HDA 79-UOZV), kutija 4, sv.1. 159/1869 (659/1871).

vanjskih poslova. U odgovoru Dvorskoj kancelariji Ministarstvo je naglasilo da turske vlasti ne dopuštaju otpust iz turskog državljanstva, no da ono s obzirom na okolnosti nema ništa protiv da se Gerbiću dodijeli austrijsko državljanstvo.⁵⁷ Pri tome je bitan uvjet dodjele državljanstva i prema OGZ-u (čl. 31. OGZ-a) i prema tadašnjoj praksi bilo trajno nastanjenje u zemlji.⁵⁸

Formalne naturalizacije turskih državljana bile su rijetke zbog nekoliko razloga. Prvi razlog bio je što turske vlasti takvim bjeguncima nisu davale otpust iz državljanstva. Austrijske vlasti su u određenoj mjeri stoga bile rezervirane u dodjeli državljanstva, osobito ako je postojala bojazan da će se osoba vratiti natrag u Tursku te tamo tražiti zaštitu austrijskih konzularnih sudova, što je moglo biti povodom brojnim razmiricama. Drugi razlog bio je što većina bjegunaca nije imala interes za podnošenjem takvog zahtjeva, jer su bili tolerirani i jer su mogli slobodno boraviti. Treći važan razlog bio je što vlasti nisu željele odmah dati takvim osobama državljanstvo, nego su čekale protek određenog vremena kako bi vidjele ponašanje dotičnih. Činjenica da su te osobe i dalje bile strani državljani domaće je vlasti stavljala u povoljan položaj jer su te osobe mogle protjerati, osobito u slučaju njihova kažnjivog i uopće nelojalnog ponašanja.

5. NATURALIZACIJA U HRVATSKOJ I SLAVONIJI U NAGODBENOM RAZDOBLJU

5.1. Naturalizacija od 1868. do 1880.

Dualnim ustrojem u Monarhiji, uz austrijsko uspostavljeno je i ugarsko državljanstvo za sve zemlje ugarske krune. Ovo državljanstvo u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji u praksi je nazivano ugarsko-hrvatskim. Uz ugarsko-hrvatsko državljanstvo vrlo važna bila je i hrvatsko-slavonska pripadnost, koja se kao i ranije temeljila na pripadnosti nekoj od hrvatsko-slavonskih općina.

Hrvatsko-ugarskom nagodbom dogovoreno je da će zakonodavstvo o državljanstvu biti zajedničko, a da će izvršna vlast u poslovima državljanstva

57 Zbog toga što turske vlasti nisu davale otpust iz državljanstva, pri dodjeli austrijskog državljanstva dotadašnjim turskim podanicima u ispravu o dodjeli državljanstva s obzirom na Dekret dvorske komore od 28. srpnja 1806., trebala je biti unesena napomena da stjecanje državljanstva nema učinak u Turskoj. Derenčin, M., *op. cit.*, str. 200-201.; Slučaj Save Gerbića, u: HR Hrvatski državni arhiv, fond 76 - Hrvatsko-slavonsko-dalmatinska dvorska kancelarija (u nastavku: HDA 76-HDK), kutija 121, br. 2005/1864.

58 Trajno nastanjenje kao bitan uvjet stjecanja državljanstva došlo je, primjerice do izražaja u predmetu turskog državljanina Riste Kersmanovića. Ministarstvo vanjskih poslova prvotno se usprotivilo dodjeli državljanstva jer Kersmanović nije pružio dovoljna jamstva trajnog nastanjenja. Tek na ponovljenu molbu, nakon što je izjavio da će prodati svu imovinu u Bosni, da će se trajno naseliti u Austriji zajedno s obitelji i da će u Austriju preseliti trgovinu, izjavilo je da nema zapreka da mu se dodijeli državljanstvo. HDA 76-HDK, Kutija 156, 2680/1865.

pripadati Hrvatskoj i Slavoniji, odnosno Ugarskoj.⁵⁹ Budući da nije odmah donesen zajednički ugarsko-hrvatski zakon o državljanstvu, u ovom prvom razdoblju koje je trajalo do stupanja na snagu Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva, materija naturalizacije bila je regulirana OGZ-om i popratnim dekretima te drugim propisima. Među njima je bila najznačajnija Hrvatsko-ugarska nagodba i njena odredba o nadležnosti autonomnih organa u poslovima državljanstva. S obzirom na navedeno, u ovom su razdoblju, kao i ranije, postojale dvije vrste naturalizacije, automatska i redovna.

Automatskom naturalizacijom državljanstvo su stjecali strani državljani koji su imenovani u stalnu javnu službu. Osobitost ovog načina stjecanja državljanstva bila je što se na ovaj način ugarsko-hrvatsko državljanstvo moglo steći samo u Hrvatskoj i Slavoniji, no ne i u Ugarskoj.⁶⁰ To je, dakle, bila bitna *differentia specifica* hrvatsko-slavonskog sustava državljanstva u odnosu na ugarski. Nadalje, ova je odredba bila hrvatska specifičnost i u odnosu na Austriju, iz koje je izvorno prenesena u hrvatsko-slavonski pravni sustav, jer je u Austriji Prosinačkim zakonom o pravima građana ova mogućnost načelno otklonjena.⁶¹

Međutim, valja naglasiti da se imenovanje stranca u stalnu javnu službu, kao osnova stjecanja državljanstva u Hrvatskoj i Slavoniji potkraj razdoblja, prema iskazu Unutarnjeg odjela Zemaljske vlade iz 1878., u pravilu u praksi nije primjenjivalo. Strani državljani prije imenovanja u stalnu javnu službu trebali su ishoditi otpust iz dotadašnjeg državljanstva i tek su nakon toga imenovani stalnim javnim službenicima.⁶² Ova je praksa ujedno značila favoriziranje redovne naturalizacije kao načina stjecanja ugarsko-hrvatskog državljanstva. Ipak, upitana od krajiške Zemaljske upravne oblasti čijim se državljaninom, austrijskim ili ugarsko-hrvatskim, ima smatrati dotadašnji austrijski državljanin koji je kraljevim rješenjem od 18. rujna 1877. imenovan stalnim vijećnikom u Novoj Gradiški, Unutarnji odjel je ustvrdio da je imenovanjem za definitivnog vijećnika ujedno stekao ugarsko-hrvatsko državljanstvo i prestao biti austrijskim državljaninom.⁶³

Uz automatsku naturalizaciju primjenjivana je i redovna naturalizacija. Kod redovne naturalizacije može se analizirati postupak, molba za stjecanje držav-

59 Usp. čl. 10. Hrvatsko-ugarske nagodbe. U hrvatskom izvorniku Nagodbe ispušten je zadnji dio članka 10. o autonomnoj egzekutivi. Bojničić, I., *Zakoni o ugarsko-hrvatskoj nagodi*, Zagreb, 1911., str. 13.; Podjelu zajedničkih nepragmatičkih poslova na dvije grupe, vidi u: Pliverić, J., *op. cit.*, str. 836-840.; Krišković, V. *Upravno pravo/predavanja Vinka Kriškovića*, Zagreb, oko 1910., str. 16-19.

60 O tome da se u Ugarskoj državljanstvo nije moglo steći imenovanjem u javnu službu vidi: Milner, E., *Österreichische Staatsbürgerschaft und der Gesetzartikel L:1879 über den Erwerb und Verlust der Ungarischen Staatsbürgerschaft*, Tübingen, 1880., str. 42.

61 Usp. čl. 3. *Temelnog državnog zakona od 21. prosinca 1867. o općim pravima državljana za kraljevine i zemlje zastupane u Carevinskom vijeću*. Zakon je objavljen u: *Reichsgesetzblatt*, br. 142/1867.; u praksi se ipak događalo da strani državljanin bude primljen u javnu službu, pa da onda posljedično bude priznat i za državljanina. Vidi jedan takav slučaj u: *Mjesečnik pravničkog društva u Zagrebu*, godina 1884., Zagreb, str. 282-283.

62 HDA 79-UOZV, kutija 312, sv. 4-4 2430/1878.

63 HDA 79-UOZV, kutija 312, sv. 4-4 2430/1878.

ljanstva, prisega i politika dodjele državljanstva. U nastavku ćemo ukratko izložiti svaki od tih elemenata.

Postupak redovne naturalizacije započinjao je molbom stranog državljanina za stjecanjem ugarsko-hrvatskog državljanstva, koju je podnosio županijama i gradovima, odnosno od reforme 1874. podžupanijama i gradovima. Gradovi i županije, odnosno podžupanije molbu su slali Zemaljskoj vladi na konačno odlučivanje. Pri tome su u pravilu podnosili i mišljenje treba li mu dodijeliti državljanstvo. Odluku o dodjeli državljanstva donosila je Zemaljska vlada, no u predmetima je kao nominalni podjeljitelj državljanstva naznačen vladin Odjel za unutarnje poslove.⁶⁴ Odjel za unutarnje poslove bio je naznačen jer su poslovi državljanstva obavljani u okviru tog odjela.⁶⁵ O dodjeli državljanstva Unutarnji odjel Zemaljske vlade obavještavao je molitelja, koji je pred kotarskim organima, odnosno od reforme županijskog sustava 1874. pred podžupanijom i pred gradskim poglavarstvima, trebao položiti državljansku prisegu koja je imala konstitutivan karakter.

U molbi koju je strani državljanin podnosio radi stjecanja ugarsko-hrvatskog državljanstva, on je, kao i u ranijem razdoblju, trebao dokazati da ispunjava pretpostavke za stjecanje državljanstva navedene u članku 30. OGZ-a, dakle poslovnu i imovinsku sposobnost i čudoredno vladanje. Uz te činjenice, podnositelj molbe trebao je dokazati i otpust iz dotadašnjeg državljanstva i zavičajne općine te jamstvo primitka u zavičajnost neke hrvatsko-slavonske općine.⁶⁶ Time je osoba, ukoliko joj je dodijeljeno ugarsko-hrvatsko državljanstvo, stjecala pripadnost u nekoj hrvatsko-slavonskoj općini te je postajala hrvatsko-slavonskim pripadnikom.

Stranac je stjecao državljanstvo polaganjem prisege. Prisega je u ovom razdoblju promijenjena. Do promjene je došlo na inicijativu Poglavarstva grada Karlovca koje je upozorilo Unutarnji odjel Zemaljske vlade dopisom od 26. travnja 1878. da sadržaj državljanske prisege iz 1862. godine ne odgovara novim okolnostima jer je tekst prisege izvorno propisan za stjecanje austrijskog državljanstva. Do tog zaključka Poglavarstvo grada Karlovca došlo je postupajući

64 Vidi primjerice predmet HDA 79-UOZV, kutija 312, sv. 4-4 13547/1878 (19254/1878), u kojem je kao davatelj otpusta iz državljanstva naveden Odjel za unutarnje poslove.

65 Unutar Odjela za unutarnje poslove, poslovi državljanstva, općinarske pripadnosti i domovinskog prava obavljani su u sklopu trećeg odsjeka. Tako Smrekar, M., *Ustavno zakonostrojstvo: Sbirka ustavnih zakona i propisa valjanih u kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji*, Zagreb, 1888., str. 98-99.; Vidi i Beuc, I., *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije*, Zagreb, 1985., str. 287.

66 Od mnoštva molbi iz ovog razdoblja, vidi primjerice molbu pruskog državljanina Gerharda Baruna Lepela Gnitzkog. HDA 79-UOZV, kutija 312, sv. 4-4 18517/1878. Državljanstvo se nije moglo steći bez podnošenja dokaza o otpustu iz dotadašnjeg državljanstva ili dokaza o tome da je takav otpust zajamčen. Ovo načelo osim što je bilo provođeno u praksi, potvrđeno je dogovorom između Austrije i Ugarske iz 1870. godine. Ovom dogovoru naknadno je pristupila i Hrvatska i Slavonija. Vidi Uredbu Zemaljske vlade, Odjela za unutarnje poslove, od 19. lipnja 1888. broj 44397 iz 1887. u kojoj se spominje navedeni sporazum između Austrije i Ugarske, u: Smrekar, M., *Priručnik za političku upravnu službu u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji, knjiga III.*, Zagreb, 1902., str. 130.

u konkretnom predmetu zaprimanja prisega jednog dotadašnjeg austrijskog državljanina.⁶⁷ Apsurd je bio očit. Dotadašnji austrijski državljanin polaganjem prisega iz 1862., koja je tad propisana za stjecanje austrijskog državljanstva, polagao bi prisegu koja je bila ista prisega kojom je bio vezan kao austrijski državljanin. Trebalo je, dakle, definirati razliku između austrijskog i ugarsko-hrvatskog državljanstva i na simboličnom planu. Unutarnji odjel Zemaljske vlade, motiviran dopisom Poglavarstva grada Karlovca, propisao je novi tekst prisega, no pri tome je izvršio samo minimalne ispravke. Naime, uz dominantno izražavanje lojalnosti vladaru, ubačena je sintagma „državljanin ove zemlje vjeran“, u čemu je bilo sadržano isticanje lojalnosti „ovoj“ zemlji. Značajno je da u tekstu prisega nisu izričito spomenute zemlje ugarske krune, nego je korištena neutralnija formulacija „državljanin ove zemlje“. Bitno je naposljetku naglasiti da državni pripadnici nisu definirani samo kao podanici, što je ranije bio slučaj, nego i kao državljani.⁶⁸ Od državljana se, dakle, očekivala dvostruka lojalnost, lojalnost vladaru i lojalnost domovini.

Promotrimo li pobliže praksu naturalizacija dostupnu u Hrvatskom državnom arhivu valja reći da je broj naturalizacija u ovom razdoblju bitno porastao jer je uz austrijsko uspostavljen i ugarsko-hrvatsko državljanstvo, pa su doseljenici iz austrijskog dijela Monarhije, radi uspješnije integracije, podnosili molbe za stjecanje državljanstva. Iako ne postoje sustavni izvještaji iz tog razdoblja iz kojih bi se mogla izraditi sustavnija analiza naturalizacija, iz pregledane građe predmeta državljanstva možemo tvrditi da se je velika većina naturalizacija odnosila upravo na dotadašnje austrijske državljane.

Uz austrijske, u ovom razdoblju naturaliziran je veći broj turskih državljana, prebjega iz Bosne, koji su se ranije nastanili u Hrvatskoj i Slavoniji. Masovna naturalizacija turskih državljana provedena je 1878. godine, u vrijeme kad je Austro-Ugarska izvršila okupaciju Bosne i Hercegovine. Dodjela državljanstva takvim bosanskim bjeguncima bila je nužna jer su oni i nakon okupacije Bosne i

67 Dopis Poglavarstva grada Karlovca od 26. travnja 1878. upućen Zemaljskoj vladi vidi u: HDA 79-UOZV, kutija 311, 4-1 8741/1878.

68 Tekst nove prisega glasio je: „Vi ćete se zakleti svemogućim Bogom i obvezati na Vaše poštenje i Vašu vjeru, da imate i da hoćete da budete od sada kao državljanin ove zemlje vjeran (podertao, I.K.), poslušan i pokoran prejasnomu vladaru i gospodaru Franji Josipu prvomu, cesaru austrijskomu, kralju českomu, itd., i apostolskomu kralju kraljevinah Ugarske, Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, kao Vašemu zakonitomu nasliedno–zemaljskomu vladaru i gospodaru, a poslie Njega nasliednikom Njegovim, proizlazećim iz Njegove krvi i Njegova plemena; nadalje da ćete obstojeće zakone strogo obdržavati i u obće sve dužnosti i obveze vjernoga podanika Njegova cesarskoga i kraljevskoga apostolskoga Veličanstva točno izvršavati. Sve što mi je sada pročitano i što sam ja dobro razumio, hoći i moram vjerno obdržavati. Tako mi bog pomogao!“ *Naredba kr. hrv.–slav.–dalm. zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove od 13. svibnja 1878. Br. 8741., kojom se propisuje obrazac državljanske zakletve, Sbornik zakonah i naredabah, valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju* (u nastavku: SZ), komad XV., 1878.; tekst prisega, vidi i u: HDA 79-UOZV, kutija 311, 4-1 8741/1878.

Hercegovine i dalje bili strani državljani.⁶⁹ Postupak naturalizacije turskih državljana proveden je na način da je Zemaljska vlada prvo zatražila od Ministarstva vanjskih poslova mišljenje o tome postoje li zapreke takvoj dodjeli državljanstva. Nakon što se Ministarstvo izjasnilo da s njegove strane ne postoje zapreke dodjeli državljanstva bosanskim podanicima koji su odavno pobjegli, koji su se stalno nastanili i koji se ne žele vraćati u Bosnu, Zemaljska vlada, Odjel za unutarnje poslove dodijelio je državljanstvo bosanskim podanicima i njihovim obiteljima. Državljanstvo je dodijeljeno pri tome samo onima koji su izjavili da žele biti primljeni za državljane, kojima su njihove boravišne općine zajamčile primitak u općinsku pripadnost i koji su položili državljansku prisegu.⁷⁰ Ovom je odlukom propisana mogućnost buduće dodjele državljanstva takvim bosanskim podanicima. Oni su, ako su htjeli postati državljani, morali zamoliti državljanstvo, a općine su ih trebale priznati svojim pripadnicima. O tome je trebalo obavijestiti Zemaljsku vladu.⁷¹ Dakle, predviđena je dodjela državljanstva koja nije uključivala posebnu odluku Zemaljske vlade o stjecanju državljanstva, nego samo naknadnu obavijest Zemaljskoj vladi da su određeni dotadašnji bosanski podanici primljeni za državljane.

Načelno tolerantan stav vlasti prema budućoj naturalizaciji bosanskih bjegunaca, turskih državljana, bio je ograničen time što se od takvih osoba tražilo, kao i od ostalih stranaca, pošteno vladanje. U osnovi, takvi su se bjegunci trebali kloniti počinjenja kaznenih djela, budući da je svako, pa i manje kazneno djelo, primjerice kazneno djelo krađe, moglo rezultirati njihovom otpremom u zavičaj, odnosno izgonom iz Hrvatske i Slavonije. Kao ilustrativan navodimo slučaj bosanskog bjegunca Stojana Radića koji je zbog kaznenog djela krađe osuđen na tamnicu od 3 mjeseca i na izgon kako iz Hrvatske i Slavonije, tako i iz čitave Austro-Ugarske.⁷² Njegov otac Marko nastojao je molbom spriječiti izgon sina u Tursku, no molba mu nije uvažena. Odbijajući molbu, Zemaljska vlada, Odjel za unutarnje poslove u dopisu Pakračkoj podžupaniji još je zatražio da podžupanija ponovno opomene sve bosanske bjegunce da se pošteno vladaju jer će u protivnom biti protjerani u zavičaj.⁷³

Promotrimo li na kraju cjelokupnu politiku naturalizacija, nužno je reći da je ona bila otvorena, uključujuća. Pregledom niza molbi za dodjelu državljanstva i

69 Isto kao što su bosansko-hercegovački pripadnici bili stranci u Hrvatskoj i Slavoniji, tako su i austrijski i ugarsko-hrvatski državljani nakon okupacije u Bosni i Hercegovini i dalje smatrani strancima. Tako proizlazi iz Naredbe c.kr. zapovjedništva II. vojske u Sarajevu od 28. prosinca 1878. kojom su uređivani prijavištvo i putne isprave za Bosnu i Hercegovinu. Ova Naredba u: HDA 79-UOZV, kutija 445, sv. 13-1 1240/1879.; ugarsko-hrvatski državljani su morali u slučaju putovanja u Bosnu i Hercegovinu imati putnu ispravu za inozemstvo. HDA 79-UOZV, kutija 445, sv. 13-1 3623/1879.

70 HDA 79-UOZV, kutija 312, sv. 4-4 4559/1878.

71 HDA 79-UOZV, kutija 312, sv. 4-4 4559/1878.

72 HDA 79-UOZV, kutija 472, sv. 13-26 3662/1878, u spisu vidi posebno presudu Kr. sudbenog stola u Požegi, broj 3186/Kz 1877.

73 HDA 79-UOZV, kutija 472, sv. 13-26 5843/1878; HDA 79-UOZV, kutija 472, sv. 13-26 11893/1878; vidi i HDA 79-UOZV, kutija 472, sv. 13-26 13501/1878 iz kojeg saznajemo da je i Marko Radić osuđen zbog krađe na izgon.

odluka Unutarnjeg odjela Zemaljske vlade, čak nekoliko stotina predmeta, nismo naišli niti na jedan predmet odbijanja dodjele državljanstva. Mišljenja smo da se ovo može objasniti interesom vlasti za novim državljanima, trgovcima, obrtnicima, potencijalnim vojnim obveznicima. Nadalje, ne treba izgubiti iz vida ni činjenicu da su podnositelji molbi za primanje u ugarsko-hrvatsko državljanstvo kao jedan od formalnih uvjeta morali priložiti suglasnost grada ili općine da će biti primljeni u zavičajnost. Stoga, ako osoba nije mogla priložiti navedenu suglasnost, nije ni dolazilo do postupka naturalizacije pred Zemaljskom vladom.

5.2. Naturalizacija od 1880. do 1918.

5.2.1. Normativni okvir

Prvih nagodbenih godina stav Središnje vlade prema hrvatsko-slavonskoj autonomiji bio je nešto blaži. Blaži stav Središnje vlade bio je vidljiv u državljanskom pravu po tome što je vlada tolerirala neke autonomne zakone u kojima je državljanstvo nazvano hrvatsko-slavonskim.⁷⁴ Nadalje, blaži stav vidljiv je i u ugarskom Zakonu o narodnostima iz 1868. godine u kojem je izrijeком rečeno da Zakon ne važi za Hrvatsku i Slavoniju jer su one poseban politički narod.⁷⁵

Do bitnog zaokreta na ugarskoj političkoj sceni došlo je dolaskom Kálmána Tisze na mjesto ugarskog ministra predsjednika 1875. godine. Nova je vlada zauzela oštriji stav prema hrvatsko-slavonskoj autonomiji pa od tad više nisu sankcionirani zakoni koji bi sadržavali naziv hrvatsko-slavonskog državljanstva. Osim toga, Tiszina vlada poduzela je u drugoj polovici 1879. godine mjere s ciljem unifikacije državljanskog prava. U tom smislu, Ministarstvo unutrašnjih poslova u dogovoru s Ministarstvom pravosuđa tijekom kolovoza 1879. izradilo je Nacrt zakona o državljanstvu.⁷⁶

S gledišta problematike uređenja naturalizacije, značajno je da je vladin prijedlog sadržavao rješenje prema kojem je ovlast naturalizacije za Hrvatsku i Slavoniju bila povjerena banu, a za područje Vojne krajine krajiškoj Zemaljskoj oblasti. Međutim, to je rješenje tijekom rasprave u saborskom odboru podvrgnuto kritici i promijenjeno na način da je isključiva ovlast naturalizacije za sve zemlje ugarske krune dana ugarskom ministru predsjedniku.⁷⁷ Centralizacijom ovlasti naturalizacije trebala je dodatno biti naglašena jedinstvenost Ugarske. Ipak, konačno je, usprkos protivljenju opozicije, u plenarnoj parlamentarnoj raspravi hrvatsko-

74 Vidi primjerice: *Zakonski članak XVI:1870. o uređenju općina i trgovišta, koja nemaju uređenog magistrata*, SZ, komad III., 1871.; *Zakon o odgovornosti bana kraljevine Dalmacije, Hrvatske i Slavonije i odjelnih predstojnika vlade zemaljske*, SZ, komad II., 1874.

75 Heka, L., *Osam stoljeća Hrvatsko-ugarske državne zajednice s posebnim osvrtom na Hrvatsko-ugarsku nagodbu*, Szeged-Subotica, 2011., str. 248-249.

76 Varga, N., *The Framing of the First Hungarian Citizenship Law (Act 50 of 1879) and the Acquisition of Citizenship*, Hungarian Studies, 2004., vol. 18., br. 2., 2004., str. 128.

77 O ovome amandmanu vidi *ibid.*, str. 131.

slavonskom banu i Zemaljskoj krajiškoj oblasti vraćena ovlast naturalizacije.⁷⁸

Zakon o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva vladarevu je sankciju dobio 20. prosinca 1879., a u oba doma Ugarsko-hrvatskog sabora proglašen je 24. prosinca 1879. godine.⁷⁹ Zakon je u Hrvatskoj i Slavoniji stupio na snagu 8. siječnja 1880.,⁸⁰ no u hrvatskoj upravnoj praksi kao datum početka primjene zakona navodi se i 24. prosinca 1879. godine.⁸¹

Navedenim zakonom donesena su jedinstvena pravila za stjecanje i gubitak državljanstva za sve zemlje krune sv. Stjepana, što je ujedno značilo i dokidanje posebne hrvatske regulative. Nomotehnički gledano, novi je Zakon materiju stjecanja i gubitka državljanstva regulirao na sustavniji i potpuniji način u usporedbi s do tada važećim propisima. Zakon je odredio da je državljanstvo jedno u svim zemljama ugarske krune,⁸² a za temeljno načelo stjecanja državljanstva propisano je načelo *ius sanguinis*.⁸³ Institut naturalizacije reguliran je sustavno i vrlo detaljno. Pri tome su propisane dvije vrste naturalizacije, redovna i izvanredna te reintegracija.

U slučaju redovne naturalizacije strani državljanin koji je želio biti primljen za ugarsko-hrvatskog državljanina molbu je trebao podnijeti upravnim oblastima prve molbe, odnosno podžupanu ili gradonačelniku municipija u kojem stanuje.⁸⁴ Podnositelj je u molbi trebao dokazati poslovnu sposobnost, primitak ili jamstvo primitka u neku tuzemnu općinu, neprekinut boravak u zemlji 5 godina, neporočno vladanje, imovinsku sposobnost za uzdržavanje sebe i svoje obitelji i upis u imenik poreznika u trajanju od 5 godina.⁸⁵ Činjenicu zajamčenog primitka u općinsku svezu trebao je dokazati odlukom općinskog zastupstva koju je morala ovjeriti nadležna podžupanija, odnosno gradsko poglavarstvo. Činjenicu petogodišnjeg prebivanja u zemlji te neporočno ponašanje stranac je dokazivao potvrdom općinskog zastupstva. Odgovarajuća imovinska sposobnost dokazivala se gruntovnim izvatkom ako

78 Opozicija je predlagala da ovlast dodjele državljanstva bude isključivo pridržana ugarskom ministru predsjedniku, a da ban ima samo pravo predlaganja kandidata, jer je prema njihovom shvaćanju ban teritorijalna oblast, te prema tome ne bi smio dodjeljivati državljanstvo za čitavu Ugarsku. Milner, E., *op. cit.*, str. 26-27.

79 Usp. Zakonski članak L. od 1879. godine o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva, SZ, komad VII., 1880.

80 Vidi uvodni dio *Naredbe kr. hrv.-slav.-dalm. zemaljske vlade, odjela za unutarnje poslove od 9. siječnja 1881. br. 28.082, kojom se izdaje Naputak za provedbu z. čl. L. 1879. zajedničkoga hrvatsko-ugarskoga sabora o stjecanju i gubitku hrvatsko-ugarskoga državljanstva*, SZ, komad II., 1881.

81 Smrekar, M., *Priručnik..., knjiga III., cit.*, str. 147.

82 Usp. čl. 1. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

83 Usp. čl. 3. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

84 Usp. čl. 9. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva; usp. i toč. 1. Naputka za provedbu Zakona o stjecanju i gubitku hrvatsko-ugarskoga državljanstva od 9. siječnja 1881. br. 28082.; Žigrović-Pretočki, I., *Upravno pravo Kraljevina Hrvatske i Slavonije s obzirom na ustav*, Bjelovar, 1911., str. 207.

85 Usp. i Polić, L., *Nacrt hrv.-ugarskog državnog prava. Popravljen i dopunjen izdanje po Poliću*, 1912., str. 120.; Krišković, V., *Upravna nauka i ug.-hrv. upravno pravo, Po predavanjima: Prof. Dra. Kriškovića*, Zagreb, god. 1909–10., str. 106.; Žigrović-Pretočki, I., *op. cit.*, str. 207. Usp. čl. 8. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

se radilo o nekretnini, odnosno odgovarajućom potvrdom ako se dokazivao izvor dohotka. Činjenicu petogodišnjeg uvrštenja u imenik poreznika stranac je dokazivao potvrdom općinskog poglavarstva koju je trebao ovjeriti nadležni porezni ured. Podnositelj je trebao također dokazati da je otpušten iz svog dotadašnjeg državljanstva, odnosno da mu je takav otpust zajamčen pod uvjetom da stekne ugarsko-hrvatsko državljanstvo.⁸⁶

Nadležne prvostupanjske oblasti bile su dužne proslijediti samo one molbe koje su bile potpune. Pri tome su iznosile svoje mišljenje o tome treba li podnositelju dodijeliti državljanstvo.⁸⁷ Konačnu odluku o dodjeli državljanstva donosili su ugarski ministar unutarnjih poslova, ban ili krajiška Zemaljska oblast.⁸⁸ Pri tome su navedena tijela odluku donosila temeljem diskrecijske ocjene. Nakon donošenja dekreta o dodjeli državljanstva, kao i ranije, strani je državljanin da bi postao državljaninom morao položiti državljansku prisegu. Prisegu je osoba polagala pred istim tijelima koja su bila nadležna i za zaprimanje molbe za primitak u državljanstvo i trebala ju je položiti u roku od godine dana od dana dostave obavijesti.⁸⁹ Polaganje prisege imalo je i simboličan i konstitutivan karakter.

Zakonom o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva propisan je novi tekst prisege.⁹⁰ Nova prisega bila je bitno kraća u usporedbi s prisegom iz 1878. godine. Sadržajno gledano, ova se prisega razlikuje u odnosu na onu iz 1878. po tome što je u tekstu prisege uspostavljen određeni balans između prisezanja na lojalnost vladaru i prisezanja ustavu zemalja ugarske krune. Vladar nije označen kao kralj Ugarske, Hrvatske, Slavonije i Dalmacije što bi bilo sukladno Hrvatsko-ugarskoj nagodbi, nego je označen jednostavno kao „Njegovo cesarsko i kraljevsko Veličanstvo apostolski kralj Ugarske“. Uz prisezanje ustavu zemalja ugarske krune, osoba je ujedno izrijeком obećavala da će vjerno vršiti dužnosti ugarskog državljanina.

86 Tako točka 1. Naputka za provedbu Zakona o stjecanju i gubitku hrvatsko-ugarskoga državljanstva od 9. siječnja 1881. br. 28082. Tipičan primjer molbe za dodjelu ugarsko-hrvatskog državljanstva, vidi primjerice u HDA 79-UOZV, kutija 938, sv. 4-4 1268/1891. Ovdje je naime riječ o molbi Josipa Kubetza, austrijskog državljanina, koji je bio zavičajan u Plotištima u Češkoj. Kubetz je molbu potkrijepio krsnim i vjenčanim listovima, potvrdom općinskog ureda u Vinkovcima da će biti primljen u općinski savez, te potvrdom kojom se potvrđuje kontinuiran petogodišnji boravak u „zemlji ugarsko-hrvatskoj“ i neporočno vladanje, gruntnim izvatkom kojim dokazuje vlasništvo nekretnina supruge Agneze, potvrdom općinskog ureda u Vinkovcima da je sa ženom unesen u imenik poreznika općine Vinkovačke te naposljetku otpusnicom kotarskog satništva u Koniggräzu da je otpušten iz državljanstva.

87 Tako točka 1. Naputka za provedbu Zakona o stjecanju i gubitku hrvatsko-ugarskoga državljanstva od 9. siječnja 1881., br. 28082.

88 Usp. čl. 11. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

89 U slučaju da osoba nije položila državljansku prisegu u roku od godine dana dokaznica o podomaćenju gubila je valjanost. Usp. čl. 13. i 16. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

90 Tekst prisege propisan je člankom 14. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva i glasio je: „Ja N.N. prisižem (zavjetujem se) živomu Bogu, da ću Njegovom cesarskomu i kraljevskom Veličanstvu apostolskomu kralju Ugarske i ustavu zemalja krune ugarske biti vjeran, ter obećajem, da ću vjerno vršiti svoje dužnosti kao ugarski državljanin.“

Bilo je to bitno različito u odnosu na prisegu iz 1878. godine u kojoj je korištena formulacija „državljanin ove zemlje“. Novi tekst državljanske prisega odražavao je dakle koncept jedinstvenosti zemalja ugarske krune i podržavao ideju jedinstvenosti ugarskog državljanstva.

Usporedimo li novi režim naturalizacije s dotadašnjim sustavom dodjele državljanstva, možemo zaključiti da je strani državljanin koji je htio steći ugarsko-hrvatsko državljanstvo u Hrvatskoj i Slavoniji, kao i ranije prema OGZ-u, trebao dokazati poslovnu sposobnost, neporočno vladanje i imovinsku sposobnost. Stranac je kao i ranije trebao dokazati jamstvo primitka u vezu neke tuzemne općine te položiti državljansku prisegu. Novost je međutim bilo propisivanje duljine kontinuiranog boravka u zemlji od najmanje pet godina te upis u imenik poreznika u trajanju od najmanje 5 godina.

Osim redovne, Zakonom je regulirana i izvanredna naturalizacija. Kod izvanredne naturalizacije nadležnost dodjele državljanstva bila je podijeljena između Središnje vlade i kralja tako da je konačnu odluku donosio kralj, ali uvijek na prijedlog Središnje vlade. Izvanredna naturalizacija predstavljala je vid svečane naturalizacije kojom su se primali stranci koji su imali posebne zasluge za zemlje ugarske krune.⁹¹ Ova vrsta naturalizacije s obzirom na svoj svečani karakter idejno se temeljila na svečanoj dodjeli *indigenata* u vrijeme feudalizma od strane vladara, a na prijedlog staleža. Međutim, bitna razlika u usporedbi s feudalnom naturalizacijom bila je što je umjesto Ugarskog sabora u postupku naturalizacije sudjelovala vlada.

Zakonske pretpostavke koje je stranac trebao ispuniti da bi izvanrednim načinom bio primljen za državljanina bile su reducirane. Osoba nije trebala biti primljena u savez neke od općina niti je trebala neprekidno stanovati u zemlji 5 godina, a također je otpadao i uvjet upisa u imenik poreznika u trajanju od 5 godina. Međutim, tražila se i dalje poslovna sposobnost, neporočno ponašanje i imovinska sposobnost osobe te stanovanje u zemlji ili izjava o namjeri nastanjenja.⁹² Kod izvanredne naturalizacije, kao i kod redovne, polaganje državljanske prisega bilo je konstitutivan čin.

Izvanredna i redovna naturalizacija razlikovale su se u učinku jer stranac koji je naturaliziran redovnim putem nije mogao biti član Sabora deset godina, dok se ova desetgodišnja zabrana nije odnosila na strance naturalizirane izvanrednom naturalizacijom.⁹³

Uz redovnu i izvanrednu naturalizaciju zakonom je reguliran i institut reintegracije. Primjenom tog instituta trebale su biti naturalizirane osobe koje su izvorno bile ugarski državljani, no koje su izgubile državljanstvo. Zakonom su predviđena dva osnovna slučaja reintegracije i dva slučaja specijalne reintegracije.

U prvom slučaju radilo se o osobama koje su izgubile državljanstvo otpustom ili odsutnošću, a nisu stekle drugo državljanstvo. Zakonom je omogućena ponovna

91 Usp. čl. 17. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

92 Usp. čl. 17. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

93 Usp. čl. 15. st. 2. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

dodjela državljanstva tim osobama i bez povratka u zemlje ugarske krune.⁹⁴ Drugi slučaj bio je slučaj osobe koja je otpustom ili odsutnošću izgubila ugarsko državljanstvo, no koja se vratila u zemlje ugarske krune. Osoba je tada mogla, pod uvjetom da će biti primljena u općinsku pripadnost, biti primljena i za državljanina.⁹⁵

Prvi slučaj specijalne reintegracije jest slučaj žene, prvotne ugarske državljanke koja je udajom za stranog državljanina izgubila ugarsko državljanstvo. U slučaju rastave ili smrti supruga mogla je tražiti ponovno primanje u ugarsko državljanstvo, pod uvjetom da joj je neka od općina zajamčila primitak u općinsku pripadnost.⁹⁶ Drugi slučaj specijalne reintegracije jest slučaj maloljetnika koji je izgubio državljanstvo jer ga je otpustom ili odsustvom izgubio njegov otac. Ovaj maloljetnik mogao je nakon što mu je umro otac, ili u slučaju da je postao punoljetan, ukoliko je to zamolio i pod uvjetom da mu je općina stavila u izgled primanje u općinsku pripadnost, biti primljen za ugarskog državljanina.⁹⁷

Ovako uspostavljen režim reintegracije donekle je modificiran Zakonom o podomaćenju gomilice natrag doseljenih.⁹⁸ Navedenim zakonom predviđena je supsidijarna primjena članaka 38.-44. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva. Osnovna svrha zakona bilo je olakšavanje naturalizacije povratnika. Oni su naime, naturalizaciju mogli moliti jednom molbom oslobođenom od taksi.⁹⁹ U svakom slučaju donošenje ovog zakona kao i odredbe Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva ukazivale su na afirmativan stav vlasti prema ponovnoj integraciji povratnika.

5.2.2. *Praksa dodjele ugarsko-hrvatskog državljanstva*

U praksu dodjele ugarsko-hrvatskog državljanstva u ovom su razdoblju uvedene određene novine. Tako je bitna novina bila standardizacija dekreta o dodjeli državljanstva.¹⁰⁰ Također su vođene detaljne evidencije o provedenim naturalizacijama na razini pojedinih oblasti.¹⁰¹ Oblasti su bile dužne krajem svake godine obavijestiti Zemaljsku vladu o tim evidencijama.¹⁰² Nadalje, bitna novina

94 Usp. čl. 39. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

95 Usp. čl. 40. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

96 Usp. čl. 41. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

97 Usp. čl. 42. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

98 *Zakonski članak IV:1886. zajedničkog Ugarsko-hrvatskog državnog sabora o podomaćenju gomilice natrag doseljenih*, u: *SZ*, komad VI., 1886.

99 Usp. čl. 3. Zakona o podomaćenju gomilice natrag doseljenih.

100 Unutarnji odjel Zemaljske vlade u ovom je razdoblju koristio tipizirane dekrete o dodjeli državljanstva. Vidi jedan takav obrazac u: HDA 79-UOZV, kutija 943, sv. 4-4 41420/1893.

101 U evidencije su za svaki predmet naturalizacije upisivani ime, starost, zanimanje, prijašnje državljanstvo i nadležna općina naturaliziranog kao i ime i starost članova njegove obitelji, zatim dan i broj isprave primanja u državljanstvo. U posljednju rubriku, u slučaju reintegriranih državljanina, upisivala se opaska o tome kako su prvotno izgubili ugarsko-hrvatsko državljanstvo. Usp. čl. 45. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

102 Točka 13. Naputka za provedbu Zakona o stjecanju i gubitku hrvatsko-ugarskog državljanstva od 9. siječnja 1881., br. 28082.

bila je i Zakonom uvedena obveza Zemaljskoj vladi da u svakom pojedinom slučaju naturalizacije obavijesti ugarskog ministra predsjednika.¹⁰³

Praksa dodjele državljanstva u ovom je razdoblju bitno obilježena kolektivnom naturalizacijom kojom su ugarsko-hrvatskim državljanima postali svi koji su do stupanja zakona na snagu najmanje pet godina stanovali u zemljama ugarske krune i koji su bili uvršteni u imenik poreznika neke tuzemne općine pod uvjetom da u roku od godine dana od stupanja zakona na snagu nisu dokazali da pridržavaju prvotno državljanstvo.¹⁰⁴

Promotrimo li pak pojedinačne naturalizacije, možemo zaključiti da je analiza prakse bitno olakšana s obzirom na uvođenje evidencija o dodjelama državljanstva. Budući da je najviše naturaliziranih stranih državljana stjecalo pripadnost u gradu Zagrebu, u nastavku ćemo pobliže analizirati naturalizacije za grad Zagreb. Analizirat ćemo 1890., 1891., 1892., 1904. i 1914. godište.

Analizom 1890. godine utvrdili smo da su za grad Zagreb provedena 22 postupka naturalizacije. Naturalizirani su raniji pripadnici Štajerske (8), Češke (5), Kranjske (2), Donje Austrije (2), Moravske (1), Beča (1), Trsta (1) te jedan pripadnik Würtemberga i jedan pripadnik Pruske. Dakle, od 22 provedena postupka naturalizacije 20 postupaka se odnosilo na bivše austrijske državljane. Naturalizirani pripadnik Würtemberga, Munder Karlo, bio je ravnatelj zagrebačke plinare, a drugi pruski pripadnik bio je Hermann Bolle, ravnatelj obrtničke škole. U 22 postupka uz 22 podnositelja zahtjeva naturalizirano je još i 52 člana njihovih obitelji. Svi su podnositelji zahtjeva bili muškarci.¹⁰⁵

Iduće 1891. godine u gradu Zagrebu provedeno je 11 naturalizacija. Svi naturalizirani bili su ranije austrijski državljani, iz Češke (3), Kranjske (3), Donje Austrije (2), Galicije (1), Tirola (1) i Šleske (1). S njima je naturalizirano još 15 članova obitelji. Svi su podnositelji molbi bili muškarci.¹⁰⁶

Naredne 1892. godine provedeno je 16 postupaka naturalizacije. Svi naturalizirani bili su austrijski državljani i to iz Češke (5), Kranjske (3), Moravske (1), Štajerske (1), Šleske (1), Beča (1), Dalmacije (1), Donje Austrije (1), Istre (1), dok je jedna ženska osoba reintegrirana. Naturalizirana su i 34 člana njihovih obitelji. Uz iznimku navedene reintegrirane ženske osobe, svi su podnositelji molbi bili muškarci.¹⁰⁷

Iz izvještaja zagrebačkoga gradskog poglavarstva za 1904. godinu saznajemo da je 1904. provedeno 15 postupaka naturalizacije. Prema prijašnjoj pripadnosti, 5

103 Dužnost obavješćavanja ministra predsjednika propisana je člankom 11. Zakona o stjecanju i gubitku ugarsko-hrvatskog državljanstva. Jednu takvu obavijest ugarskom ministru predsjedniku vidi u: HDA 79-UOZV, kutija 938, sv. 4-4 1142/1891 (5897/1891).

104 Usp. čl. 48. st. 3. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva.

105 Izvještaj Poglavarstva grada Zagreba za 1890. godinu od 7. siječnja 1891., u: HDA 79-UOZV, kutija 938, sv. 4-4 8075/1891.

106 Izvještaj Poglavarstva grada Zagreba za 1891. godinu, u: HDA 79-UOZV, kutija 938, sv. 4-4 8075/1891 (8941/1892).

107 Izvještaj Poglavarstva grada Zagreba za 1892. godinu od 10. siječnja 1893., u: HDA 79-UOZV, kutija 938, sv. 4-4 8075/1891 (14337/1893). Među naturaliziranim državljanima naveden je i Andrija Mohorovičić, do naturalizacije austrijski državljanin.

naturaliziranih bilo je iz Kranjske, 5 iz Štajerske, 1 iz Gornje Austrije, 1 iz Istre, 2 iz Češke i 1 iz Moravske. Osim što su svi do tad bili austrijski državljani, svim je podnositeljima također bilo zajedničko da su bili muškarci. Naturalizirano je i 30 članova njihovih obitelji. Dakle, ukupno je te godine ugarsko-hrvatsko državljanstvo sa zavičajnošću u gradu Zagrebu steklo 45 osoba.¹⁰⁸

U 1914., prvoj ratnoj godini, u gradu Zagrebu je provedeno 36 postupaka naturalizacije. U samo 1 postupku je naturalizirana osoba koja ujedno nije prethodno bila austrijska državljanka. Radilo se o stanovitoj Tereziji, udovi Fischer, rođ. Klaužar, würtemberškoj državljanki. Ostalih 35 bili su austrijski državljani. Njih 10 bilo je iz Štajerske, 8 iz Kranjske, 7 iz Češke, 4 iz Dalmacije, 3 iz Koruške, 2 iz Moravske i 1 iz Primorske. U 7 od 36 postupaka podnositeljica zahtjeva bila je žena. Naturalizirano je i 78 članova njihovih obitelji, žena i djece. Dakle, u 36 postupaka naturalizirano je 114 osoba.¹⁰⁹

Iako su navedena godišta izabrana nasumično (zbog činjenice da izvještaji naturalizacija u Hrvatskom državnom arhivu nisu sustavno sređeni), ipak se mogu izvući neki zaključci. Tako je primjerice iz usporedbe 1890., 1891. i 1892. godine s 1914. godinom vidljiv porast broja naturalizacija. Nadalje, iz prethodno izloženih podataka vidljivo je da su u pravilu u vrlo visokom postotku i s vrlo rijetkim iznimkama naturalizirani austrijski državljani. Konačno, u godištu 1914. vidljiva je i bitna zastupljenost žena kao podnositeljica zahtjeva u usporedbi s godištim 1890.-1892. kad niti jedna žena nije podnijela zahtjev.

Iz prethodno izložene prakse primanja u državljanstvo ne može se donijeti zaključak o odbijanju dodjele državljanstva, budući da su u izvještajima, koje su pojedine oblasti upućivale Zemaljskoj vladi, navođene samo uspješne naturalizacije. Potpuniji uvid može se dobiti tek pretragom i analizom pojedinačnih slučajeva.

Nakon provedene analize nekoliko stotina nasumično odabranih predmeta možemo konstatirati da je institut državljanstva bio otvoren, odnosno da su odbijanja dodjele državljanstva bila iznimno rijetka. U nizu pregledanih predmeta naišli smo samo na jedan slučaj odbijanja naturalizacije. Radilo se o slučaju stanovitog Franje Vode. Njegovu je molbu podnijela Požeška županija 1894. godine Zemaljskoj vladi s prijedlogom da se ista uvaži, iako nije 5 godina naseljen. Franjo Voda je, naime, prema iskazu Požeške županije od 1891. godine živio na vlastitom posjedu, plaćao javne daće, a njegovo ćudoredno i političko vladanje bilo je besprijekorno. Općina Končanica zajamčila mu je primitak u općinsku svezu. Međutim, Zemaljska vlada, Odjel za unutarnje poslove odbio je Vodi dodijeliti državljanstvo jer nije dokazao uvjet stanovanja u zemlji u trajanju od 5 godina, jer nije unesen u imenik poreznika 5 godina i jer nema dovoljno imetka budući da je 1 ral i 1424 čhv. ocijenjeno premalim posjedom.¹¹⁰

108 Izvještaj Poglavarstva grada Zagreba za 1904. godinu, u: HDA 79-UOZV, kutija 3146, sv. 4-4 14581/904 (7023/1905).

109 Izvještaj Poglavarstva grada Zagreba za 1914. godinu, u: HDA 79- UOZV, kutija 4062, sv. 4-2 3036/1915 (6599/1915).

110 HDA 79-UOZV, kutija 1099, sv. 4-4 2515/1894.

Voda dakle nije ispunio uvjete iz članka 8. točke 3., 5. i 6. Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva te je stoga odbijen s molbom. U njegovom predmetu vidljivo je uvjerenje vlasti o nužnosti ispunjavanja zakonskih pretpostavki za naturalizaciju. Pogrešno bi međutim bilo zaključiti da su svi koji nisu ispunjavali zakonske uvjete ujedno odbijeni s molbom. Navodimo u tom smislu primjer baruna Camilla Jordisa, austrijskog državljanina i vojne osobe, koji se oženio Natalijom Marijom Theresijom rođenom barunicom Kussevich. Jordis je primljen za državljanina, iako nije udovoljio uvjetu petogodišnjeg boravka i uvjetu petogodišnjeg upisa u imenik poreznika.¹¹¹

Konačno, postavlja se pitanje, ako smo od stotina pregledanih slučajeva naišli na samo jedan slučaj odbijanja primitka u državljanstvo, je li dolazilo do „zatvaranja“ negdje drugdje. Da bismo dali odgovor na ovo pitanje, treba imati na umu da su slučajevi stjecanja državljanstva, tzv. čisti slučajevi pripadnosti. U tim slučajevima prethodna državljanska kao i općinska pripadnost osobe nije sporna, a osoba je u postupak stjecanja ugarsko-hrvatskog državljanstva ulazila s potvrdom općine da će biti primljena u zavičajnost pod uvjetom da stekne državljanstvo. Stvarno zatvaranje i isključivanje nepoželjnih događalo se stoga, kao i u ranijem razdoblju, u prethodnom postupku u kojem je utvrđivana podobnost za primanje u zavičajnost.¹¹²

ZAKLJUČAK

Nakon revolucionarnog razdoblja u kojem feudalni sustav naturalizacije nije reformiran uslijedilo je razdoblje pseudoustavnosti u kojem je naturalizacija reformirana tako da je uspostavljeno prvenstvo austrijskog državljanstva u odnosu prema općinskom članstvu čime je dokinuta mogućnost lokalne naturalizacije. Prelaskom na otvoreni apsolutizam pojačani su naponi za unifikacijom prava pa su u Hrvatsku i Slavoniju Carskim patentom od 29. studenog 1852. uvedeni Austrijski opći građanski zakonik i popratni dekreti. Navedenim propisima u Hrvatsku i Slavoniju uveden je sustav naturalizacije koji je u to vrijeme bio na snazi u austrijskim nasljednim zemljama.

Povratkom ustavnosti i sazivom Sabora intenzivirana su nastojanja hrvatske političke elite za uspostavom posebnog državljanstva Trojedne Kraljevine. U tom smislu na Saboru su izglasane mnoge zakonske osnove s ciljem definiranja

¹¹¹ HDA 79-UOZV, kutija 1099, sv. 4-4 3234/1894.

¹¹² Vidi u tom smislu sažete izvještaje o primitku i odbijanju primitka u zavičajnost grada Zagreba. HR Državni arhiv u Zagrebu. *Zagreb godine 1901. Izvješće Gradskoga poglavarstva o sveobćoj upravi slob. i kr. zem. glavnoga grada Zagreba*, Zagreb, 1902., str. 98.; *Zagreb godine 1902. Izvješće Gradskoga poglavarstva o sveobćoj upravi slob. i kr. zem. glavnoga grada Zagreba*, Zagreb, 1903., str. 85.; *Zagreb godine 1903. Izvješće Gradskoga poglavarstva o sveobćoj upravi slob. i kr. zem. glavnoga grada Zagreba*, Zagreb, 1904., str. 96-97.; *Zagreb godine 1904. Izvješće Gradskoga poglavarstva o sveobćoj upravi slob. i kr. zem. glavnoga grada Zagreba*, Zagreb, 1905., str. 42.

pripadnosti Trojednoj, a vrlo značajan bio je i u saborskom Administrativnom odboru pretresan Zakonski prijedlog o *indigenatu* i naturalizaciji. Stav saborske većine prema odredbama OGZ-a o državljanstvu bio je negativan te je odlučeno da će se za stjecanje i gubitak državljanstva primjenjivati politički zakoni Trojedne Kraljevine. Ipak, zbog prijevremenog kraljevog raspuštanja Sabora do uspostave posebnog autonomnog sustava naturalizacije nije došlo.

U nagodbenom razdoblju uz austrijsko državljanstvo uspostavljeno je za zemlje ugarske krune posebno državljanstvo koje je u Hrvatskoj i Slavoniji nazivano ugarsko-hrvatskim. U prvim godinama nakon sklapanja Hrvatsko-ugarske nagodbe nije donesen zakon o državljanstvu pa su materiju naturalizacije i dalje regulirale odredbe OGZ-a i popratnih dekreta. Bitna promjena u usporedbi s prethodnim razdobljem bila je u porastu broja naturalizacija jer su doseljenici iz austrijskih nasljednih zemalja radi uspješnije naturalizacije nastojali steći ugarsko-hrvatsko državljanstvo. S gledišta prakse naturalizacija također je vrlo bitno konstatirati da je u ovom razdoblju provedena kolektivna naturalizacija velikog broja već duže vrijeme stalno naseljenih turskih državljana, bosanskih bjegunaca.

Bitne promjene u državljanском pravu nastupile su početkom 1880. godine stupanjem na snagu Zakona o stjecanju i gubitku ugarskog državljanstva. Zakonom je institut naturalizacije reguliran sustavno i detaljno. Ovlast naturalizacije stranaca za Hrvatsku i Slavoniju dana je banu što je bilo sukladno Hrvatsko-ugarskoj nagodbi i dotadašnjoj praksi. Iako se zakon u reguliranju redovne naturalizacije dijelom nastavio na „logiku“ OGZ-a, jer su i prema novom zakonu uvjeti naturalizacije bili poslovna i imovinska sposobnost i neporočno vladanje, zakon je ipak predstavljao i bitan odmak od dotadašnje regulative jer je njime uveden uvjet petogodišnjeg prebivanja u zemlji i petogodišnjeg upisa u imenik poreznika. Bitna razlika novog zakona u odnosu na sustav naturalizacije reguliran OGZ-om bila je u tome što u novom zakonu nije predviđena naturalizacija imenovanjem u stalnu javnu službu. Zakonom su regulirane izvanredna naturalizacija te četiri vrste reintegracije čime je omogućena prijevremena integracija stranaca i olakšana ponovna integracija nekadašnjih državljana. Promotrimo li naposljetku praksu naturalizacija na primjeru grada Zagreba možemo zaključiti da su u velikoj većini naturalizirani austrijski državljani. Nadalje, u usporedbi s ranijim godinama, 1914. godine vidljivo je povećanje broja naturaliziranih i izrazito visoka zastupljenost žena kao podnositeljica zahtjeva. Sam režim naturalizacije kroz svo vrijeme bio je otvoren, uključujući, za one strance koji su mogli dokazati da će biti primljeni u zavičajnost neke od općina.

Summary

NATURALIZATION IN CROATIA AND SLAVONIA FROM 1848 TO 1918

The main objective of this paper is analysis of the regulatory framework and the practice of naturalization in Croatia and Slavonia from 1848 to 1918. In his work the author has used the domestic and foreign literature, legislation and archives. In the paper the author has pointed out that in the feudal period local naturalization was a very important way of acquiring domestic status (*indigenat*). Changes in the system of naturalization have occurred after breakdown of Revolution 1848 when Austrian model of citizenship was introduced in Croatia-Slavonia. The Austrian model of citizenship was based on supremacy of state citizenship over local citizenship. That way the earlier ways of local naturalization were abolished. The new rules on naturalisation were introduced in Croatian-Slavonian legal sistem during Bach's absolutism in 1853 by Austrian General Civil Code (AGCC). The author argues that these rules remained in force after the collapse of absolutism in the period of provisional constitutionality from 1860 to 1868. Moreover, the model of naturalization established by AGCC was with some modifications maintained even later in the period of Hungarian-Croatian citizenship from 1868 until 1880. The regime of naturalization established by AGCC was finally abolished 1880 when the *Law of December 20, 1879, concerning the acquisition and loss of Hungarian citizenship* entered into force. By this new Law the system of naturalization was regulated very systematically and in detail what was quite opposite to previous regulation. Analyzing the practice of naturalization the author has demonstrated that the practice of naturalization in the entire period was open, inclusive, if the applicant proved all legal requirements for naturalization.

Keywords: *citizenship, naturalization, indigenous, Croatian-Slavonian belonging, Croatia and Slavonia.*

Zusammenfassung

NATURALISIERUNG IN KROATIEN UND SLAWONIEN VON 1848 BIS 1918

In der Arbeit wird das Institut der Naturalisierung in Kroatien und Slawonien von 1848 bis 1918 analysiert. Im ersten Teil der Arbeit wird die Naturalisierung von 1848 bis 1918 kurz dargestellt. Danach folgt die Naturalisierung im Jahr 1848 und Naturalisierung von der Einführung der oktroyierten Verfassung 1849 bis zum ungarisch-kroatischen Ausgleich 1868 und letztendlich Naturalisierung von 1868 bis 1918. Das Hauptziel der Arbeit ist, den Normativrahmen festzustellen, sowie die Naturalisierungspraxis zu erforschen.

Schlüsselwörter: *Staatsangehörigkeit, Naturalisierung, Indigenat, kroatisch-slawonische Angehörigkeit, Kroatien und Slawonien.*

Riassunto

LA NATURALIZZAZIONE IN CROAZIA E SLAVONIA DAL 1848 AL 1918

Nel contributo si esamina l'istituto della naturalizzazione in Croazia ed in Slavonia tra il 1848 ed il 1918. Nella prima parte del lavoro viene brevemente illustrata la naturalizzazione fino al 1848. Segue la parte dedicata alla naturalizzazione nel 1848 e dopo ancora la parte sulla naturalizzazione dall'entrata in vigore della Costituzione imposta nel 1849 fino alla stipulazione del patto croato-ungherese nel 1868. Infine, v'è la parte sulla naturalizzazione dal 1868 al 1918. Lo scopo principale del contributo è tracciare il quadro normativo ed indagare sulla prassi della naturalizzazione.

Parole chiave: *cittadinanza, naturalizzazione, indigenato, appartenenza croato-slavona, Croazia e Slavonia.*

COUNCIL OF EUROPE AND THE RIGHT TO HEALTHCARE- IS THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS APPROPRIATE INSTRUMENT FOR PROTECTING THE RIGHT TO HEALTHCARE?

Dr. sc. Maša Marochini, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.734:341.231.145(4)
Ur.: 20. kolovoza 2013.
Pr.: 8. studenoga 2013.
Izvorni znanstveni rad

VIJEĆE EUROPE I PRAVO NA ZDRAVSTVENU ZAŠTITU – DA LI JE EUROPSKA KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA ODGOVARAJUĆI INSTRUMENT ZA ZAŠTITU PRAVA NA ZDRAVSTVENU ZAŠTITU?

Sažetak

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava kao temeljni instrument Vijeća Europe za zaštitu građanskih i političkih prava ne jamči pravo na zdravstvenu zaštitu. Međutim, Europski sud za ljudska prava široko tumači Konvencijska prava, te je unutar konteksta članaka 2., 3. i 8. Konvencije dao određene naznake da bi se mogao početi baviti i pitanjem zdravstvene zaštite. U ovom radu bit će analizirani predmeti u kojima se Sud bavio pitanjem prava na zdravstvenu zaštitu kao i stajalište Suda u takvim predmetima. Za razliku od Konvencije, Europska socijalna povelja jamči pravo na zdravstvenu zaštitu u članku 11., te ga vrlo iscrpno i detaljno uređuje. Nakon prikaza prava na zdravstvenu zaštitu kako je zajamčeno i Konvencijom i Europskom socijalnom poveljom, u radu zaključujem kako se pitanje prava na zdravstvenu zaštitu treba prepustiti Europskom odboru za socijalna prava.

Ključne riječi: članci 2., 3. i 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava; pravo na zdravstvenu zaštitu; članak 11. Europske socijalne povelje.

1. INTRODUCTION

There is no universal definition on the right to health (or on the right to healthcare) and there has been significant disputation on the international and regional level regarding the concept of the right to health.¹ Article 25(1) of the Universal Declaration of Human Rights described the right to health in the following words:

“1. Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.”

The preamble of the 1946 World Health Organization (WHO) Constitution defined health broadly as a “state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.”² It also enumerated some principles of this right as healthy child development; equitable dissemination of medical knowledge and its benefits; and government-provided social measures to ensure adequate health.

Later on, in its General Comment No. 14 the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) gave even broader definition of health:

“Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights. Every human being is entitled to the enjoyment of the highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity. The realization of the right to health may be pursued through numerous, complementary approaches, such as the formulation of health policies, or the implementation of health programmes developed by the World Health Organization (WHO), or the adoption of specific legal instruments. Moreover, the right to health includes certain components which are legally enforceable.”

“The notion of the ‘highest attainable standard of health’ in Article 12.1 of the ICESCR takes into account both the individual’s biological and socio-economic preconditions and a State’s available resources. There are a number of aspects which

1 On the universal level, the right to health is protected in Universal Declaration of Human Rights 1948 (Article 25); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966 (Article 12); Convention on the Rights of Child 1989 (Article 24); Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965 (Article 5); Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women 1979 (Articles 12 and 14); and Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2007 (Article 25). Besides in the European Social Charter that will be discussed later in the paper, the right to health is also recognized in several other regional instruments, such as the African Charter on Human and Peoples’ Rights 1981 (Article 16), and the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights 1999, known as the Protocol of San Salvador (Article 10).

2 The Constitution was adopted by the International Health Conference held in New York from 19 June to 22 July 1946, signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (*Off. Rec. Wld Hlth Org.*, 2, 100), and entered into force on 7 April 1948.

cannot be addressed solely within the relationship between States and individuals; in particular, good health cannot be ensured by a State, nor can States provide protection against every possible cause of human ill health. Thus genetic factors, individual susceptibility to ill health and the adoption of unhealthy or risky lifestyles may play an important role with respect to an individual's health. Consequently, the right to health must be understood as a right to the enjoyment of a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realisation of the highest attainable standard of health.”³

Generally, the right to health is a traditional socio-economic right and it has been accorded the status of an aspirational right with the main problematic issue being its non-justiciable character. The European Convention on Human Rights (the Convention, ECHR), a Council of Europe (CoE) main human rights instrument on civil and political rights, contains no references to healthcare rights. However, the issue of providing healthcare in general has been raised before the European Court of Human Rights (the Court), mainly in relation to Articles 2 (right to life) and 8 (right to respect for private and family life). Nowadays, the Court is often using an ‘integrated approach’⁴ when interpreting the Convention rights. This approach is predicated on the indivisibility of all human rights and “recognizes that, on the one hand, the enjoyment of civil and political rights requires respect for and promotion of social rights and, on the other hand, that social rights are not second best to civil and political rights.”⁵ On that, one might say that the integrated approach has the advantage of opening the door to creative possibilities for litigation of social rights and re-conceptualizing of the contours of civil and political rights.⁶

The integrated approach to the protection of the right to health through traditional civil and political right to life is mostly visible in the jurisprudence of the Indian Supreme Court. The Indian Constitution was promulgated in 1947 and on its face does not provide legal protection of the right to health since the right to health is considered to be a directive principle of State policy.⁷ However, the Indian Supreme Court has provided the same level of protection to civil and political and economic and social rights, particularly the right to health, through the application of an expansive definition of the right to life. Already in the 1983 judgment,

3 CESCR, General Comment No. 14 (2000) E/C.12/2000/4 [1] and [9].

4 Robin C.A. White and Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights* (5th ed OUP 2010) 75.

5 Ibid.

6 Alicia Ely Yamin, ‘The Future in the Mirror: Incorporating Strategies for the Defense and Promotion of Economic, Social and Cultural Rights into the Mainstream Human Rights Agenda’ (2005) 27 HUM. RTS. Q. 1200, 1219 (analysing strategies for the realization of economic, social, and cultural rights based on the indivisibility of all human rights).

7 Article 47 of the Indian Constitution contains the guarantee of the right to health, however, the right to health (as well as other economic and social rights) is consigned to the Directive Principles of State Policy section (Part IV). According to the Constitution the Directive Principles of State Policy “shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the state to apply these principles in making laws.” (Article 37).

Bandhua Mukti Morcha v Union of India and Others,⁸ the Supreme Court addressed the types of conditions necessary for enjoyment of health and held that right to live with human dignity involves the protection of the right to health. Later on, in a landmark case in this area, *Consumer Education and Research Centre v Union of India and Others* concerning the occupational health hazards faced by the workers in asbestos industry, the Supreme Court held that “the right to health and medical care is a fundamental right under Article 21 read with Articles 39(c), 41 and 43 of the Constitution and make the life of the workman meaningful and purposeful with dignity of person.”⁹ Another prominent decision with regard to health was *Paschim Banag Khet Samity v State of West Bengal*¹⁰ where the Supreme Court used the right to life to secure the right to emergency medical care. The facts that led to the case were that a train accident victim was turned away from a number of government-run hospitals in Calcutta, on the ground that they did not have adequate facilities to treat him. The said accident victim was ultimately treated in a private hospital but the delay in treatment had aggravated his injuries. The Supreme Court concluded that such an essential obligation could not be avoided by invoking financial problems and that the right to emergency medical care formed a core component of the right to health which in turn forms an integral part of the right to life.

As to the national systems that have provided constitutional recognition of the right to health and other economic, social and cultural rights the best example is the South African system. The specific provision protecting the right to health is Article 27 of the South African Constitution,¹¹ and health rights (together with housing rights) have provided the most significant cases concerning economic, social and cultural rights considered by the South African courts, particularly by the Constitutional Court.¹²

Returning to the European Court of Human Rights, what might be said, and is also in a way expected, is that the Court’s use of integrated approach and dynamic interpretation will include the right to healthcare in general, at least to some degree, in the Convention, particularly after the Court has gone in its dynamic interpretation of the right to satisfactory detention conditions and healthcare in prisons and the right to a healthy environment.¹³ However, it looks as though regarding the right to

8 *Bandhua Mukti Morcha v Union of India and Others* (1984) SCR (2) 67.

9 *Consumer Education and Research Centre v Union of India and Others* (1995) 3 SCC 42 [26].

10 *Paschim Banag Khet Samity v State of West Bengal* (1996) 4 SCC 37.

11 South African Constitution No. 128 of 1996, Article 27 (1) Everyone has the right to have access to (a) health care services, including reproductive health care; (b) sufficient food and water; and (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights. (3) No one may be refused emergency medical treatment.

12 For example, see cases *Soobramoney v Minister of Health KwaZulu Natal* 1997 (12) BCLR 1696; and *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC)* (2002) 5 SA 721 (CC).

13 For example, on the right to have satisfactory detention conditions and healthcare in prisons in relation to Article 3 see cases: *Dolenec v Croatia* App no 25282/06 (ECtHR 26 November

healthcare the Court decided to make a distinction between the civil and political and social and economic rights. One of the reasons for doing so might be, although we have seen examples of successful judicial protection of the right to health on the national level, the Court's fear of entering States socio-economic sphere. The Court must be differentiated from national courts since all States are under the Court's jurisdiction willingly and are also free to withdraw from the Convention system at any time. There is a possibility that if the Court starts imposing new, socio-economic rights under the Convention that can be counter-productive. Not only can the States start withdrawing from the Convention system (which is the worst, but not impossible scenario)¹⁴ but it can also deteriorate the good situation there is at the moment regarding the States' compliance with the judgments and create uncertainty among States regarding their obligations under the Convention. Nevertheless, during the last few years the Court started giving indications it might, at least to some degree, include the right to healthcare into the Convention.

In this paper the Court's approach towards the right to healthcare will be analysed, together with the author's opinion on why the Court has not gone further and why that is a good thing. Jurisprudence on Article 2, in relation to healthcare rights, will be discussed. Later on, jurisprudence of the Convention's organs on Article 8 regarding the right to healthcare will be presented followed by the deportation cases where the applicants invoked violation of Article 3 because of the lack of satisfactory (or any) healthcare in the countries where they were supposed to be deported. Finally, the right to health as protected under the European Social

2009); *Dougoz v Greece* (2002) 34 E.H.R.R. 61; *Kalshnikov v Russia* (2003) 36 E.H.R.R. 34; *Melnik v Ukraine* App no 72286/01 (ECtHR, 28 March 2006); *Nevmerzhiyskiy v Ukraine* (2006) 43 E.H.R.R. 32; *Peers v Greece* (2001) 33 E.H.R.R. 51; *Poltoratskiy v Ukraine* (2004) 39 E.H.R.R. 43; *Testa v Croatia* (2008) 47 E.H.R.R. 29; and on the right to a healthy environment as developed under Article 2 and 8, see: *Budayeva and others v Russia* App nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (ECtHR, 20 March 2008); *Guerra and Others v Italy* (1998) 26 E.H.R.R. 357; *Hatton and Others v United Kingdom* (2003) 37 E.H.R.R. 28 (GC judgment); *Lopez Ostra v Spain* (1995) 20 E.H.R.R. 513; *Moreno Gomez v Spain* (2005) 41 E.H.R.R. 40; *Oneryildiz v Turkey* (2005) 41 E.H.R.R. 20.

14 The UK has already raised an issue of withdrawing from the Convention because they considered that the Court is interfering with their national decisions beyond its jurisdiction. See an article published online in the Daily Telegraph (7th February 2011) 'UK should withdraw from European Court of Human Rights' as a response to *Hirst (No.2) v UK* where Lord Hoffmann was quoted: "International institutions which are set up by everyone become in practice answerable to no one, and courts have an age-old tendency to try to enlarge their jurisdictions,"... "And so the Strasbourg court had taken upon itself an extraordinary power to micromanage the legal systems of the Member States of the Council of Europe (or at any rate those which pay attention to its decisions) culminating, for the moment, in its decision that the UK is not entitled to have a law that convicted prisoners lose, among other freedoms, the right to vote." <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/8307782/UK-should-withdraw-from-European-Court-of-Human-Rights.html>> accessed 11 July 2013; or even more recent article from the Telegraph (29 September 2013) 'Britain might need to withdraw from the European Convention on Human Rights, says Cameron' <<http://www.telegraph.co.uk/news/politics/conservative/10342403/Britain-may-need-to-withdraw-from-European-Convention-on-Human-Rights-says-Cameron.html>>, accessed 7 November 2013.

Charter (the ESC, Charter) will be analysed. The collective complaints and the reports on ESC Article 11 will be discussed. In the author's opinion, the ESC is a better instrument for healthcare issues, and the reasons for that line of thinking will be presented.

2. THE ECHR AND THE RIGHT TO HEALTHCARE

There have been several cases where the Court explored the possibility of protecting the right to health or/and the right to healthcare. Here, the issue is not the right to healthcare in detention but in society in general, since the situation is rather different with the detention cases, where the applicants are under the full authority of the State. When it comes to the healthcare in detention the development of the Court's jurisprudence regarding the right to have satisfactory detention conditions and the right to healthcare of the persons deprived of their liberty under Article 3 is ongoing. On the other hand, most of the 'healthcare cases' have not even passed through the admissibility stage. However, in April 2013 the Court, for the first time, found a violation of the Convention's Article 2 in a case where the State's failure to provide emergency medical care resulted in death.

2.1. POSITIVE OBLIGATIONS UNDER ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

The issue of providing healthcare has mainly been raised before the Court in relation to Article 2. Article 2 of the Convention is formed as a negative right, i.e. it is cast as a negative obligation.¹⁵ However, as with numerous Convention provisions, through the Court's jurisprudence Article 2 started imposing positive obligations on the States. In the first case before the Court involving Article 2, *McCann and Others v the United Kingdom*,¹⁶ the applicants contended that first paragraph of Article 2 imposed positive duty on States to protect life. However, the Court decided to examine this case under the notion of proportionality of Article 2(2), examining whether the control and organisation of that anti-terrorist operation complied with Article 2(2).¹⁷

Nevertheless, later in its jurisprudence the Court held that Article 2 contains positive obligations, such as the obligation to investigate unexplained deaths

15 Article 2(1): Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

16 *McCann and Others v United Kingdom* (1996) 21 E.H.R.R. 97.

17 *Ibid.* The Court found that although there was no premeditated plan to kill the suspects, there had been a breach of Article 2 of the Convention as the authorities had shown a lack of appropriate care and control in carrying out the operation by instructing their soldiers to act on their intelligence assessments which failed to account for a possible margin of error and which were, in the event, erroneous.

of those in the custody of State officials,¹⁸ to take action to prevent persons from being killed by private individuals,¹⁹ and the obligation to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction.²⁰ As will be discussed now, these positive obligations have been to some extent extended into the sphere of healthcare.

2.2. ARTICLE 2 AND THE RIGHT TO HEALTHCARE IN GENERAL

There is a developing jurisprudence of the Court where it considers Article 2 as being capable of encompassing obligations on States to provide medical facilities and services.²¹ However, the Court has shown great reluctance in dealing with the right to healthcare in general.

The possibility of a duty to provide medical services was first explored by the Court in *L.C.B. v United Kingdom*. Here, the Court did not find it established that, given the information available to the State at the relevant time concerning the likelihood of the applicant's father having been exposed to dangerous levels of radiation and of this having created a risk to her health, it could have been expected for the State to act of its own motion to notify her parents of these matters or to take any other special action in relation to her. It followed that there has been no violation of Article 2. However, the Court stressed that obligations under Article 2 require from the State not only to refrain from the intentional or unlawful taking of life, but also to take all the appropriate steps to safeguard lives of those within their jurisdiction.²²

The next case where health-related issues were raised was *Erikson v Italy*²³ which concerned alleged medical malpractice. The applicant complained that his mother's right to life was violated on account of the failure of the Italian authorities to exercise their best efforts to identify those responsible for her death and invoked Article 2. The Court in its assessment of the case pointed out that:

18 For example in already mentioned case *McCann and Others v United Kingdom* (n 16) but also in numerous other cases like *Ergi v Turkey* (2001) 32 E.H.R.R. 18; *Ilhan v Turkey* (2002) 34 E.H.R.R. 36; *Akkoc v Turkey* (2002) 34 E.H.R.R. 51; and *Paul and Audrey Edwards v United Kingdom* (2002) 35 E.H.R.R. 19.

19 *Osman v United Kingdom* (2000) 29 E.H.R.R. 245.

20 *Budayeva and Others v Russia* (n 13).

21 Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Hart Publishing 2004), 22.

22 *L.C.B. v United Kingdom* (1999) 27 EHRR 212 [36]. See also *Roche v United Kingdom* (2006) 42 E.H.R.R. 30 where the applicant was suffering from health problems as a result of his exposure to toxic chemicals carried out on him while he was serving in the British army. He complained that he had been denied proper access to his service medical records in breach of Articles 6, 8 and Article 1 of Protocol No.1. As to Article 8, the Court found that Article 8 had been breached as there had been a failure to provide an effective and accessible procedure that would have allowed the applicant to access relevant and appropriate information so that he could then assess the risk caused by the exposure.

23 *Erikson v Italy* (2000) 29 E.H.R.R. CD152.

“In particular, the positive obligations a State has to protect life under Article 2 of the Convention include the requirement for hospitals to have regulations for the protection of their patients’ lives and also the obligation to establish an effective judicial system for establishing the cause of a death which occurs in hospital and any liability on the part of the medical practitioners concerned.”²⁴

Nevertheless, the Court found this case manifestly ill-founded and therefore inadmissible since it did not disclose any failure by the respondent State to comply with the positive obligations imposed by Article 2 of the Convention.

In another related case, *Calvelli and Ciglio v Italy*, the applicants alleged a violation of Articles 2 and 6(1) on the ground that owing to procedural delays a time-bar had arisen making it impossible to prosecute the doctor responsible for the delivery of their child, who had died shortly after birth.²⁵ The Court found Article 2 applicable and repeated Article’s 2 principle which puts an obligation on the State to take appropriate steps to safeguard lives. Furthermore it, just like in *Eriskon*, stated the requirements and principles that apply in public sphere, namely in hospitals.²⁶ Nevertheless, the Court found no violation of Article 2.

Therefore, States are under an obligation to have regulations under which measures for the protection of patients’ lives will be adopted. However, in neither of these cases was the issue of providing healthcare in general mentioned by the Court.

Later on, in *Nitecki v Poland*²⁷ the applicant complained under Article 2 that the refusal to refund the full price of a life-saving drug violated his right to life. In that connection, he submitted that he had been making social security contributions for over thirty-seven years. The applicant could not afford to pay 30% of the price of the required drug and therefore could not follow the prescribed pharmaceutical treatment. Consequently, his medical condition deteriorated and his invalidity was assessed at the highest degree. Although he was one of only two amyotrophic lateral sclerosis (ALS) sufferers in Poland who had survived longer than four years, the fact was that inability to follow the prescribed pharmaceutical treatment would result in his untimely death. The Court referred to the aforementioned statements about the obligations of States parties with regard to healthcare measures.²⁸ Although the Court did find this application manifestly ill-founded the important thing to mention here is that it attached importance to the fact that Poland did in fact refund 70% of the cost of the drug and concluded:

“Bearing in mind the medical treatment and facilities provided to the applicant, including a refund of the greater part of the cost of the required drug, the Court considers that the respondent State cannot be said, in the special circumstances of the present case, to have failed to discharge its obligations under Article 2 by not paying the remaining 30% of the drug price.”²⁹

24 Ibid.

25 *Calvelli and Ciglio v Italy* App no 32967/96 (ECtHR, 17 January 2002).

26 Ibid [49].

27 *Nitecki v Poland* App no 65653/01 (ECtHR Decision, 21 March 2002).

28 See *Erikson v Italy* (2000) 29 E.H.R.R. CD152.

29 Ibid.

Since the Court stressed special circumstances of the case, it could have taken into account that for the applicant the amount the State refunded did not make a difference since he could not afford even 30% and because of that he has been denied the right to healthcare which caused deterioration of his health. However, as it did not do so we can only speculate the Court's judgment and reasoning if the State had not refunded 70 % of the drug price.

Similar circumstances occurred in *Pentiacova and Others v Moldova*³⁰ where almost all of the 49 applicants were suffering from chronic renal failure and consequently they needed haemodialysis. They were all disabled on account of their disease and receiving State disability allowances. The applicants submitted that before 1997 the expense of their haemodialysis was covered entirely by the hospital. Between 1997 and 2004 the hospital's budget was reduced and only strictly necessary procedures and medication were provided free to them. From January 2004 the situation became more or less identical to that existing before 1997, with the exception of the frequency of haemodialysis session. In their application, they complained about the failure of the State to provide all the medication necessary for haemodialysis at public expense and about the poor State financing of the haemodialysis section of the Spitalul Clinic Republican. They also alleged that on account of the insufficient financing some of them were forced to have two instead of three haemodialysis sessions per week. Accordingly, the applicants argued that their right to life under Article 2 had been breached.

The Court first examined this issue under Article 8 and found it manifestly ill-founded. As to the alleged violation of Article 2 it repeated the above expressed principles on the State's duty to take appropriate steps to safeguard lives. The Court furthermore noted that the applicants had failed to adduce any evidence that their lives had been put at risk. It pointed out that chronic renal failure is a very serious progressive disease with a high rate of mortality, not only in Moldova but throughout the world. The fact that a person had died of this disease was not, therefore, in itself proof that the death was caused by shortcomings in the medical care system. The Court therefore found that the complaint under Article 2 was also manifestly ill-founded. However, it did not reject the idea that the State may be under an obligation to provide healthcare measures but emphasised that there needs to be a direct causal link between the applicants' deaths and the shortcomings in the medical care system in order for a State to be under obligation.

Another important statement was made by the Court in this case, as well as in the above discussed *Nitecki* case and in one of the rare inter-State cases, *Cyprus v Turkey*. The Court emphasized that:

"Moreover, an issue may arise under Article 2 where it is shown that the authorities of a Contracting State put an individual's life at risk through the denial of health care which they have undertaken to make available to the population generally."³¹

30 *Pentiacova and 48 Others v Moldova* (2005) 40 E.H.R.R. SE23.

31 *Pentiacova and 48 others v Moldova* (n 30)); *Nitecki v Poland* (n 27); and *Cyprus v Turkey* (2002) 35 E.H.R.R. 30 [219].

The facts of *Cyprus v Turkey* are complex and concern numerous claims of violations, but regarding healthcare issues it is important to note that the applicant Government claimed that the Greek-Cypriots living in the northern part of Cyprus were denied the right to avail themselves of medical services in the southern part of Cyprus and that the facilities in the north were inadequate. In relation to those allegations the Court took note of the fact:

“..(T)hat the Commission was unable to establish on the evidence that the “TRNC” authorities deliberately withheld medical treatment from the population concerned or adopted a practice of delaying the processing of requests of patients to receive medical treatment in the south. It observes that during the period under consideration medical visits were indeed hampered on account of restrictions imposed by the “TRNC” authorities on the movement of the populations concerned and that in certain cases delays did occur. However, it has not been established that the lives of any patients were put in danger on account of delay in individual cases. It is also to be observed that neither the Greek-Cypriot nor Maronite populations were prevented from availing themselves of medical services including hospitals in the north. The applicant Government is critical of the level of health care available in the north. However, the Court does not consider it necessary to examine in this case the extent to which Article 2 of the Convention may impose an obligation on a Contracting State to make available a certain standard of health care”³²

A similar statement was made by the Commission in an admissibility decision from 1998, *Scialacqua v Italy*, where the applicant requested a refund from Italian health service for his treatment at the herbalist which was helpful for his liver. It stated:

“However, even assuming that Article 2 (Art. 2) of the Convention can be interpreted as imposing on States the obligation to cover the costs of certain medical treatments or medicines that are essential in order to save lives, the Commission considers that this provision cannot be interpreted as requiring States to provide financial covering for medicines which are not listed as officially recognised medicines.”³³

Up until 2013 there have not been complaints before the Court where the applicants raised the issue of basic medical care or of emergency healthcare. For that reason both the Court and the former European Commission on Human Rights (the Commission) left the question about the minimum level of healthcare needed under the Convention opened and they did not want to be drawn into making a framework or creating standards about a possible minimal level of healthcare. The Court strictly emphasized that it does not consider it necessary to examine the extent to which Article 2 of the Convention may impose an obligation on States to make available a certain standard of healthcare.

However, in April 2013 the Court for the first time found a violation of the Convention where there has been a failure to provide basic medical care which

32 *Cyprus v Turkey* (n 31), [219].

33 *Scialacqua v Italy* (1998) 26 E.H.R.R. CD164 (ECtHR Decision).

led to death.³⁴ The case concerned the death of a pregnant woman (Mrs Sentürk) following a series of misjudgements by medical staff at different hospitals and the subsequent failure to provide her with emergency medical treatment even when her condition was known to be critical. The doctors found her child was dead and after notifying Mrs Sentürk they also told her that she would have to be operated on to remove the child. However, in order to get operated she was asked to pay a deposit to cover the costs of her hospital admission and the surgery. As she and her husband did not have the sum required, they were sent to another hospital and while being transferred in the hospital ambulance Mrs Sentürk died without receiving any medical assistance. Following these events and after exhausting domestic remedies, Mr Sentürk and his son lodged an application to the Court claiming violations of Articles 2, 3, 6 and 13 of The Convention. Regarding Article 2, the Court held that the deceased had been the victim of blatant shortcomings on the part of the hospital authorities and had been denied the possibility of access to appropriate emergency treatment. It reiterated that failure by a State to comply with its duty to protect a person's physical well-being amounted to a breach of the substantive aspect of Article 2 of the Convention. Therefore, the Court found a State to be in a violation of Article 2 for not providing emergency medical treatment to a patient which eventually led to death.

From the above survey of the case-law, there are some suggestions that the issue of providing healthcare may be of relevance, for example, in certain cases in which a State may/will be under an obligation to provide healthcare to preserve life under the Convention's Article 2. However, beyond this core obligation there is no clear evidence or a judgment which might allow us to say whether the Court is willing to protect the right to a healthcare in general under the aegis of Article 2 of the Convention. What can be said is that the Court is rather hesitant about reading into Convention's Article 2 a positive obligation to provide healthcare.³⁵

2.3. ARTICLE 8 AND THE RIGHT TO HEALTHCARE

There is jurisprudence from the Convention's organs on Article 8 regarding the right to healthcare. Article 8 places the obligations on States to respect a wide range of personal interests. Generally, there are four main interests protected: private life, family life, home and correspondence and all of those interests have 'autonomous'

34 *Mehmet Sentürk and Bekir Sentürk v Turkey* App No 13423/09 (ECtHR, 09 April 2013).

35 The HRC also emphasized the need for positive measures from States. It has pointed out much more clearly socio-economic aspect of the right to life than the Court did. "Moreover, the Committee has noted that the right to life has been too often narrowly interpreted. The expression "inherent right to life" cannot properly be understood in a restrictive manner, and the protection of this right requires that States adopt positive measures. In this connection, the Committee considers that it would be desirable for States parties to take all possible measures to reduce infant mortality and to increase life expectancy, especially in adopting measures to eliminate malnutrition and epidemics." HRC, General Comment No. 6 Article 6 (Right to life), Sixteenth session, 1982. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994) [5].

meaning. In its application of Article 8, the Court has taken a flexible approach to the definition of the individual interests protected, with the result that the provision continues to broaden in scope. When it comes to deciding the healthcare issues under Article 8 the Convention organs have kept the same restraint as they have under Article 2, until 2011. However, in 2011 the Court delivered a judgment, *Georgel and Georgeta Stoicescu v Romania*³⁶ in which it, rather surprisingly, found a State to be in violation of Article 8 for not introducing general and preventive measures for protecting the applicant's health. Besides this judgment there are two decisions, one adopted by the Court and another by the Commission, which are relevant for this paper.

The first one is an admissibility decision made by the Commission, *Passannate v Italy*.³⁷ Here, the applicant complained that she had to wait about five months in order merely to book a specialist's visit in an Italian public hospital while she would have been able to see the same specialist in the same hospital within only four days if she had been able to pay 150,000 Italian lire. The Commission stated:

"The Commission notes the Italian public health service is based on compulsory contributions which entitle those who pay them to certain services, among which medical examinations within public hospitals.

Therefore, the Commission considers that, in such circumstances where the State has an obligation to provide medical care, an excessive delay of the public health service in providing a medical service to which the patient is entitled and the fact that such delay has, or is likely to have, a serious impact on the patient's health could raise an issue under Article 8 para. 1 (Art. 8-1) of the Convention."³⁸

However, in this case the applicant did not prove nor even allege that the above delay had a serious impact on her physical or psychological conditions and the Commission found the application manifestly ill-founded. Again, like as the Article 2 case *Pentiacova and 48 Others v Moldova*, the lack of causal link was the reason for dismissing the case.

In a later case, *Sentges v Netherlands*,³⁹ the Court decided that positive duties under Article 8 did not extend to the State's obligation to provide a severely disabled person with a robotic arm. The applicant, who was represented by his mother, suffered from Duchenne Muscular Dystrophy (DMD), a disease characterised by progressive muscle degeneration, loss of the ability to walk and often the loss of lung or cardiac functions. There is currently no known cure for DMD and most affected people survive into their twenties. The applicant was unable to stand, walk or lift his arms, and his manual and digital functions were virtually absent. He had to use an electric wheelchair to move about, both outside the home and at school. On 20 July 1999 the applicant's parents requested their health insurance fund to provide him with a "MANUS Manipulator", a robotic arm specifically designed to

36 *Georgel and Georgeta Stoicescu v Romania* App no 9718/03 (ECtHR, 26 July 2011).

37 *Passannate v Italy* (1998) 26 E.H.R.R. CD153.

38 Ibid.

39 *Sentges v Netherlands* (2004) 7 C.C.L. Rep. 400.

be mounted on electric wheelchairs in order to give disabled people more autonomy in handling objects in their environment. It was predicted that after being provided with the robotic arm, the applicant's dependence on the constant presence of carers would be reduced by at least one to three hours a day. The health insurance fund rejected the request for the reason that the provision of a robotic arm was not covered by any social insurance scheme. The parents' various appeals against this decision all failed. The applicant submitted that refusal of his request to be provided with a robotic arm infringed his right to respect for his private life, as guaranteed by Article 8. The Court rejected his complaint as manifestly ill-founded. It stated that:

"Even assuming that in the present case such a special link indeed exists – as was accepted by the Central Appeals Tribunal –, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole and to the wide margin of appreciation enjoyed by States in this respect in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention (see *Zehnalová and Zehnal*, cited above).

This margin of appreciation is even wider when, as in the present case, the issues involve an assessment of the priorities in the context of the allocation of limited State resources (see, *mutatis mutandis*, *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3159, § 116, *O'Reilly and Others v. Ireland* (dec.), no. 54725/00, 28 February 2002, unreported). In view of their familiarity with the demands made on the health care system as well as with the funds available to meet those demands, the national authorities are in a better position to carry out this assessment than an international court. In addition, the Court should also be mindful of the fact that, while it will apply the Convention to the concrete facts of this particular case in accordance with Article 34, a decision issued in an individual case will nevertheless at least to some extent establish a precedent (see *Pretty*, cited above, § 75), valid for all Contracting States."⁴⁰

Here, unlike in *Passannate* the Court recognised the existence of a causal link, however it invoked the State's margin of appreciation. The Court emphasized that the applicant had access to the primary, basic healthcare and every aspect of healthcare that goes beyond that basic standard was within the State's margin of appreciation. It is also interesting to mention that the Court invoked the possibility of this case establishing a precedent which would, had the Court found a violation, extend the scope of Article 8 into healthcare rights. Again, limited State resources were, unlike in the detention conditions cases, of importance when deciding whether a violation occurred.

Therefore, when it comes to Article 8 and the right to healthcare the Court largely relied on the State's margin of appreciation when it came to every issue beyond the basic healthcare leaving to States to arrange their healthcare system in accordance with the available resources. We can assume that it was exactly because of the scarcity of State resources.

40 Ibid.

However, in the *Georgel and Georgeta Stoicescu v Romania* case the Court narrowed the State's margin of appreciation when it comes to preventive healthcare measures and invoked the doctrine of effectiveness. This case is conceptually different from the *Passannate* and *Sentges* cases since those two cases were concerned with the provision of healthcare, whereas in *Stoicescu*, the thrust of the complaint is that the State was the cause of the applicant's medical condition. The case concerned the Bucharest authorities' failure to protect a 71-year-old woman, who was left disabled after being attacked by a pack of stray dogs. At the relevant time, the large numbers of stray dogs in Romanian cities was already a public health and safety issue. Relying in particular on Article 8, Mrs Stoicescu (who later during the proceedings died so her husband continued with the application) complained that she had been attacked by a pack of stray dogs because the local authorities had failed to take adequate measures to control stray dogs in Bucharest.

The Court, in its assessment first invoked positive obligations inherent in Article 8.⁴¹ It went on by emphasizing that positive obligations to adopt appropriate measures must be interpreted in a way that does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. However, it stressed that the authorities had broad and detailed information on the large number of stray dogs in the city of Bucharest and the danger they represented to the physical integrity and health of the population. The Court agreed with the Romanian Government that responsibility for the general situation of stray dogs in Romania also lies with civil society and it was not for the Court to determine the best policy for dealing with such public safety problems. Nevertheless, the Court found that the lack of sufficient measures taken by the authorities in addressing the issue of stray dogs in the particular circumstances of the case, combined with their failure to provide appropriate redress to the applicant as a result of the injuries sustained, amounted to a breach of the State's positive obligations under Article 8 to secure respect for the applicant's private life. Therefore, there has been a violation of Article 8.

This judgment was reached with only one dissenting opinion. Judge López Guerra emphasized one very important point:

"In the present case it is obvious that the authorities had no knowledge of the existence of a real and immediate, individual risk to the applicant, but were aware of a general situation of risk that might affect citizens in general, rather than only (and specifically) this individual applicant. According to the Court's case-law, it is certainly justified to require the member State authorities to take action to prevent probable and immediate risks with respect to rights guaranteed under the Convention that affect specific and identified persons. But I do not deem warranted the present extension of this principle to demand that authorities adopt all necessary measures to protect all people from all forms of danger in general. The public powers are required to meet practically unlimited needs with inevitably limited means. They must provide vital services such as clean water, sewer systems, waste

41 *Georgel and Georgeta Stoicescu v Romania* (n 36) [48]-[50].

disposal, health care, traffic safety and public safety, among many others. And the number of victims of the faulty delivery of those services may be considerable. But it is the competent authorities of each country and not this Court who must establish priorities and determine preferences when allocating efforts and resources.”⁴²

The author agrees with this viewpoint. This case is about the State’s obligation to take general and preventive measures that concern not only this applicant but the population in general. It concerns the issue of the protection of health since the Court found that the failure of the authorities to adopt general preventive measures concerning stray dogs violated the applicant’s right under Article 8. The Court entered into clearly economic issues, stating where the national authorities should allocate their resources. Furthermore, even though this judgment concerns one individual, from the judgment is visible that it also concerns the population in general since there was a lack of general, preventive State measures that led to finding a violation. Also, in 2000 some 22,000 persons had received medical care following attacks by stray dogs and from the beginning of 2001 more than 6,000 persons had been bitten by stray dogs.⁴³ It is clear that this judgment has numerous socio-economic elements on the State. The Committee of Ministers (CoM) is currently waiting an action plan from Romanian authorities regarding the execution of judgment.

As we can see, the Court has up until 2011 refrained from entering the healthcare sphere since it concerns allocation of national resources and left these with this issues wide margin of appreciation to States. However, with the *Georgel and Georgeta Stoicescu* it went one step further, finding a State to be in violation of an individual right by not introducing preventive, general measures that include allocating national, already scarce, resources.

2.4. ARTICLE 3 DEPORTATION CASES IN THE HEALTHCARE CONTEXT

The deportation cases where the applicants invoked violation of Article 3 because of the lack of satisfactory (or any) healthcare in the countries where they were supposed to be deported are connected with the right to healthcare. What is interesting is that one of the first deportation cases regarding healthcare related issues suggested that the Court would be willing to deal with the health and healthcare rights.⁴⁴ Although in this case the circumstances were special and dealt with the concept of inhuman and degrading treatment, this case is worth mentioning since it gave interesting indicators to the interpreters of the Convention. However, those indicators were later rejected by the Court. Moreover, following this judgment, a number of decisions of the Court sought to distinguish this case.

⁴² Ibid, partly dissenting opinion of Judge López Guerra.

⁴³ Ibid [34].

⁴⁴ *D. v United Kingdom* (1997) 24 E.H.R.R. 423.

The facts of *D. v United Kingdom* are as follows. D., a national of St Kitts, was found in possession of a substantial amount of cocaine upon his arrival in the UK and was convicted of illegally importing a controlled drug and sentenced to six years' imprisonment. By the time he was released, D. was in the advanced stages of AIDS and was provided with accommodation and care by a UK charity, as well as receiving medical treatment for his condition. The immigration authorities ordered D.'s removal to St Kitts and his application for judicial review of that decision and subsequent appeal were dismissed. D. applied to the Court, contending that his removal would breach Article 3, as he would not receive adequate medical treatment and had no family in St Kitts who could care for him. The Court in its assessment of the situation concluded:

"Aside from these situations and given the fundamental importance of Article 3 in the Convention system, the Court must reserve to itself sufficient flexibility to address the application of that Article in other contexts which might arise. It is not therefore prevented from scrutinising an applicant's claim under Article 3 where the source of the risk of proscribed treatment in the receiving country stems from factors which cannot engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities of that country, or which, taken alone, do not in themselves infringe the standards of that Article. To limit the application of Article 3 in this manner would be to undermine the absolute character of its protection."⁴⁵

"Against this background the Court emphasises that aliens who have served their prison sentences and are subject to expulsion cannot in principle claim any entitlement to remain in the territory of a Contracting State in order to continue to benefit from medical, social or other forms of assistance provided by the expelling State during their stay in prison.

However, in the very exceptional circumstances of this case and given the compelling humanitarian considerations at stake, it must be concluded that the implementation of the decision to remove the applicant would be a violation of Article 3."⁴⁶

Although the Court stressed that the notion of inhuman treatment had a specific meaning due to the very exceptional circumstances of the case and that entitlement to care and treatment could not in principle be invoked, to many future applicants (and interpreters of the Convention) this judgment looked as if it opened a space for invoking a right to a healthcare treatment under the Convention.⁴⁷ However, in none

45 Ibid [49].

46 Ibid [54].

47 *Bensaid v United Kingdom* (2001) 33 E.H.R.R. 10 (expulsion of schizophrenic to Algeria); *Arcila Henao v Netherlands* App no 13669/03 (ECtHR Decision, 24 June 2003) (expulsion to Columbia of an HIV-positive drug offender); *Karagoz v France* App no 47531/99 (ECtHR Decision, 15 November 2001) (deportation to Turkey, where the applicant, undergoing continuous medical treatment, claims his life will be at risk due to the absence of the necessary medicines); *Ndangoya v Sweden* App no 17868/03 (ECtHR Decision, 22 June 2004) (Expulsion to Tanzania, where applicant alleges he would be prevented from receiving treatment for HIV); *Salkić and Others v Sweden* App no

of the later cases did the Court find the circumstances were so exceptional that the decision to remove the applicant would be a violation of Article 3. It is clear that the *D.* judgment has not established Article 3 as promoting a general right to medical care for individuals facing expulsion from the State. What *D. v UK* represents is a single case and it did not establish a minimum core right to treatment of dying patients without anyone to take care of them, or even less a precedent,⁴⁸ as one might have expected.

For example, in a later case *N. v the United Kingdom*⁴⁹ the applicant (N.), a HIV positive Ugandan national, complained, in particular, that if she were returned to Uganda she would not have access to the medical treatment she required. In this case N., following her entry into the UK, had been diagnosed as HIV positive. She had developed AIDS defining illnesses. Her condition stabilised upon receipt of medication and access to medical facilities in the UK. The secretary of State, after rejecting N.'s asylum claim, dismissed her claim under Article 3 on the basis that all major anti-viral drugs were available in Uganda at highly subsidised prices and that the treatment of AIDS in Uganda was comparable to any other African country. N. argued that, given her illness and the lack of freely available medical treatment, social support or nursing care in Uganda, her removal there would cause acute physical and mental suffering, followed by an early death, in breach of Article 3. As we can see, the facts are quite similar to *D. v UK*. However, the Court said:

"The Court does not exclude that there may be other very exceptional cases where the humanitarian considerations are equally compelling. However, it considers that it should maintain the high threshold set in *D. v United Kingdom* and applied in its subsequent case law, which it regards as correct in principle, given that in such cases the alleged future harm would emanate not from the intentional acts or omissions of public authorities or non-state bodies, but instead from a naturally occurring illness and the lack of sufficient resources to deal with it in the receiving country."⁵⁰

If the above statement is the principle, then even D. would not have succeeded. D. alleged the same harm as N. which would arise out of the lack of medical services in case of deportation to a home country. However, D. succeeded in his application, despite the principle proclaimed by the Court in *N. v UK* where it found no violation of Article 3. Another interesting issue was pointed out by the Court in this case:

7702/04 (ECtHR Decision, 29 June 2004) (expulsion to Bosnia of a family suffering from post-traumatic stress syndrome).

48 In *Cossey v United Kingdom* (1991) 13 E.H.R.R. 622, the Plenary Court stated that 'it is not bound by its previous judgments' but that it 'usually follows and applies its precedents, such a course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law.' However, the Court continued, it is free to depart from an earlier judgment if there are 'cogent reasons' for doing so, which might include the need to 'ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present day conditions.' David Harris, Michael O'Boyle and Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (2nd ed, OUP 2009), 18.

49 *N. v United Kingdom* (2008) 47 E.H.R.R. 39.

50 Ibid [43].

“Although many of the rights it contains have implications of a social or economic nature, the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights. Furthermore, inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. Advances in medical science, together with social and economic differences between countries, entail that the level of treatment available in the contracting state and the country of origin may vary considerably. While it is necessary, given the fundamental importance of Art.3 in the Convention system, for the Court to retain a degree of flexibility to prevent expulsion in very exceptional cases, Art.3 does not place an obligation on the contracting state to alleviate such disparities through the provision of free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction. A finding to the contrary would place too great a burden on the contracting states.”

The Court stressed that there are significant social and economic differences between countries and that even though Article 3 is of fundamental importance, putting an obligation to the State to provide free and unlimited healthcare to all aliens would place too great burden on the States. The Court’s concern regarding the financial burden that will be placed on States is clearly expressed. This wording is coming from the same Court that considered detention conditions and Article 3, stating:

“...when considering the material conditions in which the applicant was detained and the activities offered to him, that Ukraine encountered serious socio-economic problems in the course of its systemic transition and that prior to the summer of 1998 the prison authorities were both struggling under difficult economic conditions and occupied with the implementation of new national legislation and related regulations. However, the Court observes that lack of resources cannot in principle justify prison conditions which are so poor as to reach the threshold of treatment contrary to Article 3 of the Convention. Moreover, the economic problems faced by Ukraine cannot in any event explain or excuse the particular conditions of detention which it has found in paragraph 145 to be unacceptable in the present case.”⁵¹

Both of the two quoted cases have strong economic and social elements and if the Court finds a violation of Article 3 it places a strong financial burden on the State. Even more, one might expect that there are and will be fewer aliens looking for protection of their health from the State than detainees requiring detention conditions and healthcare in prisons of a certain standard. So, why did the Court decide to continue in its findings of violation of Article 3 based on poor detention conditions but when it came to the right to healthcare of aliens it decided to stop after one judgment? One can only speculate. Maybe, with the right to healthcare for aliens the Court became worried about the consequences of those judgments

⁵¹ *Poltoratskiy v Ukraine* (n 13) [148].

in terms of heightening expectations to provide the right to a healthcare in general, i.e. to the population in general. Maybe the fact that the victims in these cases are foreigners and not citizens of the respondent State also had influence on the Court. Also, with the detention conditions the Court was and still is very much influenced by the work of the European Committee for the Prevention of Torture, Inhuman and Degrading Treatment (the CPT) and the CPT findings are of great help to the Court when deciding whether a violation occurred. In the deportation cases there is also a difficulty in assessing standards of healthcare in non-European States which might be another reason for the Court's reluctance. As said, one can only speculate.

But, what we might conclude is that the doctrine of the indivisibility of civil and political and economic and social rights has been used by the Court on a somewhat discretionary basis. The Court has in the cases concerning detention conditions and healthcare in prisons as well decided to very much rely on the living instrument and the dynamic interpretation doctrines, while in the issue of healthcare in general it has been much more cautious and allowed to States a wide margin of appreciation which, together with the need to ration scarce resources, has been used as an explanation for its reluctance.

Before turning to the right to protection of health under the European Social Charter (ESC, the Charter) the short overview of the practice of the Court where it invoked the Convention on Human Rights and Biomedicine will be presented.

2.5. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND BIOMEDICINE

The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (Convention on Human Rights and Biomedicine)⁵² was signed in Oviedo on 4 April 1997 and it entered into force on 1 December 1999. Up until October 2013 twenty nine Member States of the Council of Europe have ratified it. The Convention on Human Rights and Biomedicine in its Article 3 guarantees the equitable access to healthcare and states "Parties, taking into account health needs and available resources, shall take appropriate measures with a view to providing, within their jurisdiction, equitable access to health care of appropriate quality." Although the Court has through its jurisprudence, particularly on Articles 2 and 8, often invoked the Convention on Human Rights and Biomedicine,⁵³ it never invoked the right to equitable access to

52 The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, CETS No.: 164.

53 See, for example cases *S.H. and Others v Austria*, App no 57813/00 (ECtHR, 3 November 2011); *Vo v France* (2005) 40 EHRR 259; *Evans v United Kingdom* (2008) 46 EHRR 728; *V.C. v Slovakia* App no 18968/07 (ECtHR 8 November 2011); *Costa and Pavan v Italy* App no 54270/10 (ECtHR 28 August 2012); *Glass v United Kingdom* (2004) 39 EHRR 341; *Demir and Baykara v Turkey* (2009) 48 EHRR 1272; and *R.R. v Poland* App no 27617/04 (ECtHR 26 May 2011).

healthcare. Therefore, for the moment we may only speculate on the influence the Convention on Biomedicine will or might have on the Court's inclusion of the right to healthcare under the Convention.

Now, the right to protection of health as interpreted by the European Committee on Social Rights (the ESCR) will be discussed. This is to show that despite the notion of indivisibility which is strongly supported in theory, the practice shows us that the protection of economic and social rights is still better and suitable when left to the ESC organs then to the ECHR ones.

3. EUROPEAN SOCIAL CHARTER AND THE RIGHT TO THE PROTECTION OF HEALTH

Within the CoE a deliberate decision was made to have two different human rights instruments, one on civil and political rights and the other one on economic and social rights. The Convention came into force in 1953 and eight years later, the ESC was adopted.

The ESC sets out economic and social rights and freedoms and establishes a supervisory mechanism guaranteeing their respect by the States parties. Following its revision, the 1996 Revised ESC, which came into force in 1999, is gradually replacing the initial 1961 treaty. By the end of 2012, all the CoE States had signed either the Revised ESC or the 1961 ESC, while 43 States had ratified one or both versions of the ESC.⁵⁴

Article 11 of the Revised ESC, which is a main provision that deals with the healthcare issues, states:

With a view to ensuring the effective exercise of the right to protection of health, the Parties undertake, either directly or in cooperation with public or private organisations, to take appropriate measures designed *inter alia*:

1. to remove as far as possible the causes of ill-health;
2. to provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health;
3. to prevent as far as possible epidemic, endemic and other diseases, as well as accidents.⁵⁵

Information document prepared by the secretariat of the ESC in March 2009 on the right to health and the ESC contains numerous recommendations and expectations relating to public health as protected under Article 11, such as food safety, vaccination programmes and alcoholism. Also, it makes reference to the other ESC articles related to the right to health, namely, Article 3 which concerns

⁵⁴ Out of 43 States that have ratified the ESC, 10 have ratified only the Original ESC while 33 have ratified the Revised ESC. European Social Charter, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/Overview_en.asp> accessed 18 October 2013.

⁵⁵ In the Original ESC there is no mention of accidents.

health and safety at work; Articles 7 and 17 which concern the health and wellbeing of children and young persons; Articles 8 and 17 which concern the health of pregnant women and Article 23 which deals with the health of elderly persons.⁵⁶

As to the healthcare issues the Information document states:

“The system of health care must be accessible to the entire population. To that end, states should take as their main criterion for judging the success of health system reforms effective access to health care for all, without discrimination, as a basic human right.

The right to access to health care implies:

- that the cost of health care should be borne, at least in part, by the community as a whole;

- that health costs should not place an excessive financial burden on individuals. Steps must therefore be taken to reduce the financial burden on patients from the most disadvantaged sections of the population;

- that arrangements for such access must not lead to unnecessary delays in its provision. Access to treatment should notably be based on transparent criteria, agreed at national level, that address the risk of deterioration both in clinical and quality of life terms;

- the number of health care professionals and equipment must be adequate (the criterion is 3 beds per thousand population).⁵⁷

The document itself is intended to be used as guidance for State parties as it points out what is expected from States under the Charter provisions that deal with the right to healthcare. The Information document is based on the conclusions adopted by the ECSR through its Reporting system over the years and it might be said to represent a summary of the ECSR conclusions in the healthcare issues.

The ECSR interpreted and made observations regarding Article 11 not only in its conclusions but also through its decisions in the Collective Complaints procedure.⁵⁸ Both the ECSR conclusions and decisions concerning the right to health will now be discussed.

3.1. THE REPORTING PROCEDURE AND ARTICLE 11 OF THE ESC

Under the Reporting procedure every year States parties submit a report indicating how they implement the ESC in law and in practice. Each report concerns some of the accepted provisions of the ESC. The provisions are divided into four

56 The right to health and the European Social Charter, Information document prepared by the secretariat of the ESC (March 2009).

57 Ibid, 10-11.

58 There are two forms of machinery seeking to ensure that parties comply with obligations under the ESC. The first is the system of Reporting which has been in existence since 1961 and is obligatory for all the State parties to the ESC. As to the second mechanism, the system of Collective Complaints, it was introduced in 1995 and has been in force since 1998. So far only 15 Member States have ratified it.

thematic groups and each provision of the ESC is reported on once every four years. As to the Article 11 of the ESC it is a 'non-core' right, but all the States that have accepted it are under the ECSR authority regarding obligations as set out under Article 11. Some conclusions adopted by the ECSR regarding the right to health will now be presented.

In the introduction to its Conclusions XVII- 2 from 2005 (Volume 1) the ECSR made the following general observation regarding Article 11 of the (Original) Charter:

"The Committee notes that the right to protection of health guaranteed in Article 11 of the Charter complements Articles 2 and 3 of the European Convention on Human Rights - as interpreted by the European Court of Human Rights - by imposing a range of positive obligations designed to secure its effective exercise. This normative partnership between the two instruments is underscored by the Committee's emphasis on human dignity. In Collective Complaint FIDH v. France (No. 14/2003) it stated that "human dignity is the fundamental value and indeed the core of positive European human rights law – whether under the European Social Charter or under the European Convention of Human Rights and [that] health care is a prerequisite for the preservation of human dignity.

In assessing whether the right to protection of health can be effectively exercised, the Committee pays particular attention to the situation of disadvantaged and vulnerable groups. Hence, it considers that any restrictions on this right must not be interpreted in such a way as to impede the effective exercise by these groups of the right to protection of health.

...

The Committee notes that this approach calls for an exacting interpretation of the way the personal scope of the Charter is applied in conjunction with Article 11 on the right to protection of health, particularly with its first paragraph on access to health care. In this respect, it recalls that it clarified the application of the Charter's personal scope in its general introduction to Conclusions XVII-1 and 2004 (pp. 9-10; see also the general introduction to Conclusions XVI-1 and 2002).

...

Finally, the management of waiting lists and waiting times in health care, which the Committee examines by paying particular attention to the issues of discrimination and emergency situations and in the light of the Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (99) 21 on criteria for the management for waiting lists and waiting times in health care, and health education in schools are crucial for assessing the conformity of national situations with Articles 11§1 and 11§2 respectively."⁵⁹

As we have seen, the Court similarly made statements on the necessity of having a healthcare system available to everyone without discrimination; however, the ECSR expressed this obligation with additional explanations and more clarity.

59 ESC, ECSR Conclusions XVII- 2, Volume 1 (Austria, Belgium, Czech Republic, Denmark, Finland, Germany, Greece, Hungary, Iceland) (CoE Publishing 2005), 10-11.

In assessing the State's compliance with Article 11(1) in Conclusions from 2009 concerning Articles 3 and 11 of the Revised Charter in respect of Albania, the ECSR found Albania to be in non-conformity. The ECSR pointed out regarding general indicators of the state of health of the population: "To comply with Article 11(1), the main indicators of a country's state of health must reflect an improvement and not be too significantly below the average for all European countries."⁶⁰ It also paid close attention to life expectancy and the principal causes of death, infant and maternal mortality and the healthcare system (access to healthcare, healthcare professionals and facilities).⁶¹

Regarding Article 11(2) the same ECSR Conclusions will be looked at, but on Belgium.⁶² The ECSR examined various spheres of Article 11(2) on advisory and educational facilities, such as encouraging individual responsibility through public information and awareness-raising, health education in schools; counselling and screening to the population in general and then specifically pregnant women, children and young people. On Belgium the ECSR decided to defer its conclusion until receiving the information requested on the above mentioned issues.

We can look at two more conclusions on Hungary and Iceland. Conclusions XIX-2 on Article 11(1) concerning the situation in Hungary are on the right to protection of health on the removal of the causes of ill-health. On the issue of life expectancy and principal causes of death the ECSR considered it has not been established that measures taken to reduce the mortality rate are adequate. Therefore it did not find the situation in Hungary in conformity with Article 11(1) of the Charter. On the issues of infant and maternal mortality as well as access to healthcare Hungary is placed among the average for European countries. Finally, on healthcare professional and facilities the ECSR concluded that the situation in Hungary is not in conformity with Article 11(1) of the Charter because there is nothing in the report to show that sufficient measures have been taken to reduce the mortality rate.⁶³ On the same issues and in the same Conclusions, Iceland was found to be in conformity with Article 11(1) since the life expectancy is above the European average,⁶⁴ infant mortality dropped and maternal mortality was zero during the reference period. As for the issue of access to healthcare and healthcare professional and facilities the ECSR also found Iceland to be in conformity with the Charter.⁶⁵

60 ECSR Conclusions 2009 - Volume I (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Estonia, Finland, France, Georgia, Ireland, Italy) (CoE Publishing 2010), 27.

61 Ibid, 27-30.

62 Ibid, 123-125.

63 ESC, ECSR Conclusions XIX-2 (2009) (Austria, Croatia, Czech Republic, Denmark, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Latvia, Luxembourg, Poland, Slovakia, Spain, "the Former Yugoslav Republic of Macedonia", United Kingdom) (CoE Publishing 2010), 247-249.

64 In 2006 it was 79 years for males and 83 years for females compared to an EU average (2004) of 75.2 years for males and 81.5 years for females.

65 ECSR Conclusions XIX-2 (2009) (n 63), 272-273.

Therefore, the ECSR has developed a general approach in assessing the compliance of States with the right to health as well as the particular interpretation of each paragraph of Article 11. It started its interpretation in its first cycle of conclusions on Article 11 and up to July 2012 the ECSR has assessed numerous national reports and set out standards in providing the right to health as required under Article 11 of the Charter. In its 2009 Conclusions on Article 11(1) and 11(2) of the Revised Charter, the ECSR found ten out of twenty three States that have accepted Article 11(1) to be in conformity with it, while regarding Article 11(2) it found eleven out of twenty three States that have accepted it to be in conformity.⁶⁶ In the 2009 Conclusions but on the Original Charter the ECSR found nine out of fifteen States that have accepted Article 11(1) to be in conformity with it, while regarding Article 11(2) it found eight out of fifteen States to be in conformity.⁶⁷ Generally, the conclusions are very detailed and the ECSR analyses every aspect of the right to health in accordance with its interpretation of every paragraph.

One of the problems in the Reporting system is the amount of information the ECSR requires from States in order for it to reach a conclusion whether the State is in conformity or in non-conformity with Article 11(1) and Article 11(2) requirements. For that reasons, it on several occasions decided to defer its conclusion, for example in 2009 Conclusions on the Revised Charter it decided to defer its conclusions on Article 11(1) regarding three States while on Article 11(2) regarding six States.⁶⁸ As to the Original Charter's Articles 11(1) in 2009 it deferred its conclusions on Greece, Poland and Spain, while regarding Article 11(2) it did so on Croatia, Greece, Hungary, Spain and "The former Yugoslav Republic of Macedonia".⁶⁹ Again it is evident that the more information the ECSR requires State parties to provide for it to be able to make a judgment about their compliance, the more difficult it becomes for it to make a definite judgment about compliance.

Unfortunately, the biggest defect within the Reporting system is the CoM follow up procedure, or the lack thereof. Despite very detailed ECSR conclusions on the healthcare rights, the CoM has to date only issued two recommendations,

66 States that are found to be in conformity with Article 11(1) of the Revised ESC are: Belgium, Estonia, Finland, France, Ireland, Netherlands, Norway, Portugal, Slovenia and Sweden. States that are found to be in conformity with the Article 11(2) of the Revised ESC are: Andorra, Bulgaria, Cyprus, Finland, France, Ireland, Italy, Netherlands, Norway, Slovenia and Sweden. See ECSR Conclusions 2009- Volume I (n 60), 16.

67 States that are found to be in conformity with Article 11(1) of the Original ESC are: Austria, Croatia, Czech Republic, Denmark, Germany, Iceland, Luxemburg, The Former Yugoslavian Republic of Macedonia and United Kingdom. States that are found to be in conformity with Article 11(2) of the Original ESC are: Austria, Czech Republic, Denmark, Germany, Iceland, Luxemburg, Poland and United Kingdom. See ECSR Conclusions XIX-2 (2009) (n 63), 16.

68 The ECSR decided to defer its conclusions on Article 11(1) of the Revised ESC on: Andorra, Cyprus and Ukraine while regarding Article 11(2) of the Revised ESC it decided to defer its conclusions on: Azerbaijan, Belgium, Estonia, Lithuania, Portugal and Ukraine. See ECSR Conclusions 2009- Volume I (n 60), 16.

69 ESC, ECSR Conclusions XIX- 2 (2009) (United Kingdom), Articles 3, 11, 12, 13 and 14 of the Charter (CoE Publishing 2010), 16.

both concerning Turkey.⁷⁰ Not only does the CoM rarely issue recommendations, but even the adopted recommendations are very mild and brief. It only stated that it recommends that the Government of Turkey takes account, in an appropriate manner, of the negative conclusions and requested information from Turkey in its next report on the measures it has taken to this effect.⁷¹

3.2. COLLECTIVE COMPLAINTS ON THE RIGHT TO HEALTHCARE

The ECSR has up to June 2013 dealt with nine collective complaints and delivered six decisions on the merits.⁷² Giving an in-depth analysis of all collective complaints on the right to health is not relevant for this paper, since the main point, to show how the ECSR operates and deals with the claims of violation, can be shown without discussing all the complaints. The complaint discussed here will be *ERRC v Bulgaria*⁷³ as it consists of the best and most comprehensive presentation of the ECSR approach towards the right to health. But first two other cases will be discussed briefly.

In the *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v Croatia*⁷⁴ INTERIGHTS alleged that Croatia is not in conformity with Articles 11(2), and 16 taken alone and in the light of the non-discrimination clause in the Preamble; nor with Article 17 of the ESC, because Croatian schools do not provide comprehensive or adequate sexual and reproductive health education for children and young people. Since education materials used in Croatian school contained some discriminatory statements the ECSR held that such statements contained in educational material used in the ordinary curriculum constitutes a violation of Article 11(2) in light of the non-discrimination clause.⁷⁵

70 Recommendation no. R ChS (98) 4 on the application of the European Social Charter by Turkey during the period 1993-1994 (13th supervision cycle, part IV) on Turkey; and Recommendation no. R ChS (2002) 1 on the application of the European Social Charter by Turkey during the year 1995-1998 (15th supervision cycle, part II) on Article 11-1 of the Original ESC.

71 Ibid.

72 *Confédération générale du travail (CGT) v France* (22/2003), (decision on the merits of 7 December 2004); *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v Greece* (30/2005), (2007) 45 E.H.R.R. SE11; *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v Croatia* (45/2007), (2009) 49 E.H.R.R. SE13; *ERRC v Bulgaria* (46/2007), (2009) 49 E.H.R.R. SE2; *Defence for Children International (DCI) v the Netherlands* (47/2008), (2010) 51 E.H.R.R. SE14; *Medecins du Monde- International v France* (67/2011), (decision on the merits 11 September 2012); *Defence for Children International (DCI) v Belgium* (69/2011), (decision on the merits of 23 October 2012); *International Federation of Human Rights (FIDH) v Greece* (72/2011), (decision on the merits of 23 January 2013); *International Planned Parenthood Federation- European Network (IPPF EN) v Italy* (87/2011) (decision on admissibility of 22 October 2012) .

73 *ERRC v Bulgaria* (n 72).

74 *INTERIGHTS v Croatia* (n 72).

75 Ibid [43]-[66].

As to the complaint brought to the ECSR by the *Confédération Générale du Travail (CGT) v France*,⁷⁶ the CGT asked the ECSR to rule that the provisions of Act No. 2003-47 of 17 January 2003 on wages, working time and employment development, referred to as “Fillon II”, and specifically those of Article 2 A. II, III and VIII and of Article 3, fail to comply with Articles 2(1) and (5), 3(1) and 11(1) and (3) of the Revised Charter. However, the ECSR in this case did not pay particular attention to Article 11 of the Charter since the CGT did not claim a sole violation of Article 11 but only in conjunction with Article 2(1) and (5). The ECSR in its conclusions only found violation of Article 2(1).

The *ERRC v Bulgaria* case concerns the rights of Roma to healthcare, health insurance, exemption of payment of healthcare contributions for persons receiving social assistance, the living environment of Roma, access of Roma to healthcare services and measures to address health problems of Roma in Bulgaria. In this case, the ERRC claimed violations of Article 11, Article 13 and of Article E on non-discrimination, while the Government considered that the relevant legislation guaranteed equal access to health insurance for all citizens and that it had taken sufficient positive measures for the improvement of the health status of the Roma.

The right to healthcare in Bulgaria is based on a system of compulsory health insurance through the collection of healthcare contributions. Persons who perform their obligations related to the payment of health contributions have access to medical care and a whole range of medical services. There is, however, a patient participation fee for each visit to a physician or each day of hospital treatment. Coverage under the contributory healthcare scheme is possible on a “non-contributory” basis for certain categories of socially vulnerable persons, namely persons entitled to social assistance, targeted assistance for heating or unemployment benefits, who are exempted from paying healthcare contributions, and can also obtain an exemption or reduction of the patient participation fee. Finally, there is a health scheme funded by taxes which provides benefits in kind, other than those provided by the contributions funded scheme, to all residents irrespective of their health insurance status. This ensures medical aid in emergency cases and another range of minimum medical services.⁷⁷

In its assessment of the parties’ submissions regarding the alleged legal restrictions on access to health insurance and medical assistance for socially vulnerable individuals, the alleged systemic barriers for the effective exercise of the right to health protection and the alleged discrimination against Roma in the provision of medical services, the ECSR concluded as follows. In respect of ERRC’s complaint that healthcare legislation excludes Roma from access to healthcare, the ECSR considered that none of the relevant statutory provisions examined can be deemed to be discriminatory on the grounds of ethnicity. The ECSR considered that a health insurance system based on the collection of healthcare contributions, as is the case in Bulgaria, met the requirements of the Revised Charter, given that there

⁷⁶ *CGT v France* (n 72).

⁷⁷ *ERRC v Bulgaria* (n 72) [18].

also existed a subsidiary “non-contributory” system, open to persons who did not benefit from the contributory system and which ensured them sufficient coverage, not only in situations of emergency or a threat to life.⁷⁸ Furthermore, the ECSR observed that exemption from paying healthcare contributions for persons receiving social assistance, targeted assistance for heating or unemployment benefits – who are entitled to state-subsidised health insurance - ensured that some of the most disadvantaged sections of the community had access to healthcare.⁷⁹ However, regarding the situation of persons who did not qualify for social assistance or who had temporarily lost the right to social assistance, the ECSR noted that such persons were left without health coverage during the period that social assistance was interrupted, given that the Health Insurance Act links eligibility for “non-contributory” State health coverage to being a recipient of social assistance benefits.

The main issue was for the ECSR to assess what medical services were available to persons who had lost social insurance and who required medical care, namely the access of Roma to healthcare services.⁸⁰

The ECSR concluded:

“The Committee recalls that Article 11 of the Charter imposes a range of positive obligations to ensure an effective exercise of the right to health, and the Committee assesses compliance with this provision paying particular attention to the situation of disadvantaged and vulnerable groups (Conclusions XVII-2 – General Introduction).

...

The Committee considers there is sufficient evidence which shows that Roma communities do not live in healthy environments. This situation can in part be attributed to the failure of prevention policies by the State, for instance the lack of protective measures to guarantee clean water in Romani neighbourhoods, as well as the inadequacy of measures to ensure public health standards in housing in such neighbourhoods (see *European Roma Rights Centre v. Bulgaria*, Complaint No. 31/2005, decision on the merits of 18 October 2006)... In connection with the measures taken by the authorities as regards health education, health counselling and screening for the Roma population, the Committee notes that some programmes recently put in place – such as the establishment of health mediators - may have a positive impact on improving Roma access to health care. However, it considers that there has been a lack of systematic, long-term government measures to promote health awareness.

The Committee also notes from various studies referred to by the ERRC in the complaint that the health status of Roma is inferior to that of the general population. The Government acknowledges in its submissions that the health condition of Roma is poor, and refers to the adoption of a “Health Strategy Concerning People in Disadvantaged Position Belonging to Ethnic Minorities” with a view to improving

78 Ibid [40] and [41].

79 Ibid [42].

80 Ibid [43].

their health condition. The Committee nevertheless considers that the State has failed to meet its positive obligations to ensure that Roma enjoy an adequate access to health care, in particular by failing to take reasonable steps to address the specific problems faced by Roma communities stemming from their often unhealthy living conditions and difficult access to health services.

...

The Committee therefore holds that the failure of the authorities to take appropriate measures to address the exclusion, marginalisation and environmental hazards which Romani communities are exposed to in Bulgaria, as well as the problems encountered by many Roma in accessing health care services, constitute a breach of Article 11§ 1, 2 and 3 of the Revised Charter in conjunction with Article E.”⁸¹

As we can see, the ECSR found a violation of all Article 11 paragraphs together with Article E of the ESC. It emphasized that Article 11 imposes a range of positive obligations and that regarding the Roma community in Bulgaria the national authorities had not complied with the requirements set out in Articles 11 and E of the ESC. The ECSR analysed the situation in detail together with all the particularities concerning the Roma population in comparison to the population in general.

Following the ECSR’s decision, the CoM adopted a Resolution in which it, on the basis of information provided by the Permanent Representative of Bulgaria, it welcomed the measures already taken by the Bulgarian authorities to bring the situation into conformity with the standards of the Charter regarding the provision of healthcare to all persons who might need it, irrespective of their origin or social condition, and stated that it looks forward to Bulgaria reporting that, at the time of the submission of the next report concerning the relevant provisions of the ESC, the situation has been brought into full conformity.⁸²

Therefore, the situation in Bulgaria has improved from December 2008, when the decision on the merits was adopted, to March 2010 when the CoM adopted its Resolution. If we compare this with the time it takes for the Court’s judgments to be executed it does not seem as if the ESC is a less effective mechanism for human rights protection than the ECHR.

The author is not trying here to reach a final conclusion based on one single collective complaint; however, through the years of the Reporting system and after looking at the Convention system in healthcare issues, it looks as if within the CoE healthcare issues should be left to the ESC mechanism and bodies to deal with, especially nowadays when the Collective Complaint system is gaining in importance and the number of collective complaints is increasing.

⁸¹ Ibid [45]-[51].

⁸² Resolution CM/ResChS(2010)1 on the Collective complaint No. 46/2007 by the European Roma Rights Centre (ERRC) against Bulgaria, Adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st meeting of the Ministers’ Deputies.

Again, the CoM is rather bland in its Resolution and it took almost two years for it to adopt a Resolution. Unfortunately, the pressure it puts on States through the Convention system is also mild and with the same time distance. Therefore, the fact that the Court delivered a judgment will not make a difference in terms of the CoM political pressure on States.

4. CONCLUSION

The reason for giving an in-depth analysis of the *ERRC v Bulgaria* is that it provided us with the claims of violations of all aspects of the right to health as guaranteed under Article 11. By looking at this decision on the merits we can see the ECSR working methods when deciding whether a violation of Article 11 occurred within the Collective Complaints system. The way the ECSR deals with the healthcare complaints is, in my opinion, another argument against the Court's involvement in protection of economic and social rights, that is, in rights with significant socio-economic elements. Even more importantly, the execution of the ECSR decisions and of the Court judgments dealing with the rights with significant socio-economic elements is quite similar. Although the Court has not dealt with the right to health, at least not as much as with the right to a healthy environment and with the right to healthcare in detention, it gave indications it might start doing so in the future. But, what the author has also tried to show is that although the Collective Complaints system is relatively new (especially in comparison to the Court's judgment system) it is making important progress and the awareness of possible claimants of protection provided by the ESC system is rising. The standards of healthcare required under Article 11 have been set by the ECSR under the Reporting procedure and now, with the Collective Complaints procedure, those standards have reached a more obligatory level, despite the non-binding character of the ECSR decisions. Also, the Court has shown inconsistency in deciding cases concerning the right to health in all its aspects with no clear guidelines and standards. On the other hand, the ECSR has made clear its expectations and State obligations regarding the right to health in its conclusions and is also stressing them through its collective complaints decisions.

The biggest deficiencies of the ESC system in general are the small number of States that have ratified the Collective Complaints Protocol and the lack of the CoM follow-up where it should address appropriate recommendations to States found by the ECSR to be in non-compliance. One must not ignore those problematic issues. However, instead of looking for a solution for those problems within the ECHR system, the CoE bodies should focus into improving the ESC system and urge States to ratify the Collective Complaints Protocol as well as pressure the CoM to issue proper and concrete recommendations. Therefore, the right to health and healthcare issues should be left for the ESC mechanisms of protection to deal with.

Summary

COUNCIL OF EUROPE AND THE RIGHT TO HEALTHCARE - IS THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS APPROPRIATE INSTRUMENT FOR PROTECTING THE RIGHT TO HEALTHCARE?

The European Convention on Human Rights (the Convention, ECHR), a Council of Europe main human rights instrument, contains no references to healthcare rights. Despite that, the issue of providing healthcare in general has been raised before the European Court of Human Rights (the Court), mainly in relation to Articles 2 (right to life) and 8 (right to respect for private and family life). Also, the deportation cases where the applicants invoked violation of Article 3 because of the lack of satisfactory (or any) healthcare in the countries where they were supposed to be deported are connected with the right to healthcare. This paper will look at the Court's approach towards guaranteeing the right to healthcare under the Convention. Since the Court is nowadays often using an integrated approach and dynamic interpretation of the Convention provisions one might have expected that it will include the right to healthcare, at least to some degree, in the Convention. However, despite this Court's use of integrated approach, when it comes to the right to healthcare the Court on most occasions decided that the right to healthcare is not appropriate for the protection under the Convention. In this paper the Court's approach towards the right to healthcare will be analysed, together with the author's opinion on why the Court has not gone further in guaranteeing the right to healthcare and why that is a good thing. Also, the right to health as protected under the European Social Charter (the ESC), the Convention's counterpart on economic and social rights, will be analysed. Despite the fact that the ESC system, particularly the Collective Complaints procedure, is accepted by considerably fewer states than the Convention, the right to healthcare is not an area where the Court should enter, since the European Committee on Social Rights (the ESCR) has so far proven to be successful in formulating clear standards regarding states' obligations regarding healthcare rights. In the author's opinion, the ESC is a better instrument for healthcare issues, and the reasons for that line of thinking will be presented.

Key words: *European Convention on Human Rights; Articles 2, 3 and 8 of the Convention; the right to healthcare; European Social Charter; Article 11 of the Charter.*

Zusammenfassung

DER EUROPARAT UND DAS RECHT AUF GESUNDHEITSSCHUTZ – IST DIE EUROPÄISCHE MENSCHENRECHTSKONVENTION DAS RICHTIGE INSTRUMENT FÜR DEN SCHUTZ DES RECHTES AUF GESUNDHEITSSCHUTZ

Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten als das grundlegende Instrument des Europarats zum Schutz der bürgerlichen und politischen Rechte gewährleistet kein Recht auf Gesundheitsschutz. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bietet aber eine breite Auslegung der Konventionsrechte und weist im Kontext von Artikeln 2, 3 und 8 der Konvention darauf hin, dass er sich auch mit der Frage des Gesundheitsschutzes auseinandersetzen könnte. In dieser Arbeit werden Rechtssachen analysiert, in welchen sich der Gerichtshof mit Fragen des Rechtes auf Gesundheitsschutz beschäftigte, sowie die Stellungnahme des Gerichtshofs in solchen Sachen. Im Gegensatz zur Konvention gewährleistet die Europäische Sozialcharta das Recht auf Gesundheitsschutz im Artikel 11 und sie reguliert es sehr ausführlich und detailliert. Nach der Darstellung des durch die Konvention und die Europäische Sozialcharta gewährleisteten Rechtes auf Gesundheitsschutz wird in der Arbeit der Schluss gezogen, dass die Frage des Rechtes auf Gesundheitsschutz dem Europäischen Ausschuss für soziale Rechte überlassen werden sollte.

Schlüsselwörter: Artikel 2, 3 und 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Recht.

Riassunto

IL CONSIGLIO D'EUROPA ED IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DELLA SALUTE – SI PUÒ RITENERE LA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI STRUMENTO IDONEO A GARANTIRE IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DELLA SALUTE?

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quale strumento di base del Consiglio d'Europa per la tutela dei diritti civili e politici, non garantisce il diritto alla protezione della salute. Nondimeno, la Corte europea per i diritti dell'uomo dà un'ampia interpretazione dei diritti sanciti dalla Convenzione, offrendo nell'ambito degli articoli 2, 3 e 8 della Convenzione diversi segnali circa la sua intenzione di iniziare ad occuparsi del diritto alla protezione della salute. Nel presente lavoro si prenderà in esame la giurisprudenza della Corte che si riferisce al diritto alla protezione della salute, come pure la posizione adottata dalla Corte in detti casi. A differenza della Convenzione, la Carta sociale europea garantisce il diritto alla protezione della salute nell'articolo 11, il quale offre una disciplina dettagliata ed esaustiva. Una volta portata a termine l'indagine circa il diritto alla protezione della salute tanto nella Convenzione, quanto nella Carta sociale europea, si perviene alla conclusione che la questione del diritto alla protezione della salute debba essere posta al vaglio del Comitato europeo dei diritti sociali.

Parole chiave: *articoli 2, 3 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; diritto alla protezione della salute; articolo 11 della Carta sociale europea.*

PRAVO NARODA NA VANJSKO SAMOODREĐENJE IZVAN KOLONIJALNOG KONTEKSTA I SLUČAJ PROGLAŠENJA NEZAVISNOSTI KOSOVA

Dr. sc. Petra Perišić, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.234(497.115)
Ur.: 25. veljače 2013.
Pr.: 21. studenog 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analizira je li secesija jedan od mogućih oblika ostvarenja prava naroda na samoodređenje. Iako brojni međunarodni dokumenti i sudska praksa priznaju samoodređenje kao jedno od temeljnih načela međunarodnog prava, oni ne definiraju to pravo, ne navode uvjete njegove primjene, niti definiraju „narod“ kao ovlaštenika toga prava. U praksi država i u naučavanjima autora konsenzus postoji tek oko prava naroda na unutarnje samoodređenje (slobodan odabir političkog oblika vladavine) te na oslobođenje od kolonijalne dominacije. U tom kontekstu analizira se zakonitost proglašenja nezavisnosti Kosova. Zaključak je rada da bi vanjsko samoodređenje izvan kolonijalnog konteksta moglo biti iznimno moguće ako je narodu (ali ne i nacionalnoj manjini!) uskraćeno pravo na unutarnje samoodređenje, no i da bi fokus trebalo pomaknuti s uvjeta za ostvarenje vanjskog samoodređenja na osiguranje boljeg poštovanja onog unutarnjeg.

Ključne riječi: *samoodređenje, teritorijalna cjelovitost, nezavisnost, ljudska prava, narod.*

1. UVOD

Jamčenje narodima prava na samoodređenje bilo je neizbježan korak u razvoju međunarodnog prava, no istodobno je, kako je to još prije stotinjak godina kazao američki državni tajnik Robert Lansing, „probudilo nade koje se nikada neće moći realizirati“.¹

1 Nanda, V. P.: *Revisiting Self – Determination as an International Law Concept: A Major Challenge in the Post – Cold War Era*, ILSA Journal of International and Comparative Law, sv. 3, 1996 – 1997, str. 444.

Kao što je kolonijalizam i postojanje strane dominacije nad pojedinim područjima obilježilo gotovo čitavu povijest, tako su se, kao odgovor na njih, usporedno javljale i tendencije ostvarivanja prava na samoodređenje. Ako samoodređenje promatramo kroz prizmu državne suverenosti, njegovo postojanje može se vezati još uz drevne civilizacije. I u kasnijoj povijesti bilježi se niz događaja, kao što su potpisivanje Westfalskog mira 1648. godine, nezavisnost koju su bivše britanske kolonije proglasile 1776. godine na području sjevernoameričkog kontinenta, ili Francuska revolucija 1789. godine, koji u osnovi promiču načelo samoodređenja. No, osobito je imperijalizam 19. stoljeća utjecao na razvoj svijesti o neodrživosti poretka u kojemu će velike svjetske sile u cijelosti moći gospodariti drugim narodima i njihovim područjima.

Priznanjem prava na samoodređenje otvoren je jedan dinamičan proces, koji ima i pozitivne i negativne implikacije po međunarodnu zajednicu. S jedne strane, priznanje narodima prava na slobodan odabir političkog oblika vladavine u kojemu će obitavati javilo se kao nužnost koju nameće moderno međunarodno pravo. Bilo kakvo drugačije postupanje bilo bi u suprotnosti s tekovinama demokracije i razvoja ljudskih prava. S druge strane, priznavanjem toga prava došle su u pitanje neke temeljne vrijednosti međunarodnog prava i poretka, kao što su teritorijalna cjelovitost, državna suverenost, pa i načelo zabrane intervencije. U tom je smislu priznavanje prava na samoodređenje potencijalno ugrozilo međunarodnu stabilnost i sigurnost.

Da je među državama međunarodne zajednice bio postignut konsenzus u pogledu točnog značenja prava na samoodređenje, a ne tek u pogledu nužnosti jamčenja toga prava, ovo pravo zasigurno ne bi predstavljalo ono što predstavlja danas – jedan od najnedorečenijih koncepata međunarodnog prava. No, kako to često u međunarodnom pravu biva, postignuto rješenje rezultat je jedino mogućeg: kompromisa između država koje imaju različite interese, od kojih neke priznanjem određenog prava nešto dobivaju, a neke gube. Zbog toga je ostalo nejasno što uistinu pravo na samoodređenje podrazumijeva, pa u određenoj mjeri i tko su njegovi ovlaštenici, što u nemalom broju slučajeva, u kojima se pojavljuju zahtjevi neke skupine za samoodređenjem, čini vrlo teškom prosudbu o tomu predstavlja li pojedini od njih legitiman zahtjev čije ostvarenje jamči međunarodno pravo ili tek subverzivnu terorističku aktivnost.

Problem koji je možda najviše ukazao na nedostatno pravno uređenje prava na samoodređenje jest dvojba oko toga odnosi li se ovo pravo prvenstveno na unutarnje samoodređenje, odnosno pravo slobodnog odabira političkog oblika vladavine pod kojom će narod živjeti unutar određene države, ili i vanjsko samoodređenje, dakle pravo na odcjepljenje od postojeće i stvaranje nove, samostalne države.

2. JAMČENJE PRAVA NA SAMOODREĐENJE U MEĐUNARODNOPRAVNIM DOKUMENTIMA

Retorika kojom se promicalo pravo na samoodređenje, a koja je predstavljala uvod i u pravno normiranje samoodređenja, prisutna je od prve polovice 20. stoljeća, točnije od završetka Prvog svjetskog rata. Tada je američki predsjednik Woodrow Wilson, naglašavajući u svojim „Četrnaest točaka“ cilj Saveznika da po okončanju rata oslobode male europske narode od dominacije Njemačke i Rusije, napomenuo da samoodređenje predstavlja „imperativno načelo djelovanja“.² No, shvativši da se priznavanje prava na samoodređenje ne bi odnosilo samo na odnos malih i velikih europskih država, već bi dovelo u pitanje i interese ostalih svjetskih velesila, poglavito u sferi kolonijalnih odnosa, Saveznici su postali oprezniji u promicanju ovog načela. Tako su za vrijeme Drugog svjetskog rata predsjednici Roosevelt i Churchill usvojili 1941. godine Atlantsku povelju, u kojoj su priznali pravo na samoodređenje, ali samo kao opći standard koji prati teritorijalne promjene te koji se odnosi na slobodan odabir vladara svake suverene države.³ Tumačeći Atlantsku povelju, Churchill je istaknuo da se proklamirano načelo samoodređenja ne primjenjuje na kolonijalne narode, već se isključivo odnosi na uspostavu suverenosti i samouprave država pod nacističkom vlašću.⁴

Ni Povelja Ujedinjenih naroda, donesena netom po završetku Drugog svjetskog rata, nije podrazumijevala borbu protiv kolonijalnih režima kao jedan od aspekata prava na samoodređenje. Povelja je kao jedan od svojih ciljeva navela: „Razvijati prijateljske odnose među narodima, utemeljene na poštovanju načela ravnopravnosti i samoodređenja naroda, i poduzimati druge prikladne mjere za učvršćenje svjetskog mira.“⁵ Iako je navedeni postulat, kao i čitava Povelja, bio inspiriran poslijeratnim raspoloženjem država, među kojima se razvila svijest o nužnosti promicanja ideala bez kojih je teško zamisliti modernu međunarodnu zajednicu, načelo samoodređenja naroda u Povelji je navedeno kao neki općeniti i difuzni princip bez jasnog sadržaja i bez jasnog odnosa s nekima od ostalih odredaba Povelje. Tako se pravo na samoodređenje može, s jedne strane, prikladno uklopiti među odredbe Povelje kojima se zaštićuju ljudska prava,⁶ ali, s druge, dolazi do potpune konfuzije kada ga se nastoji sagledati u kontekstu sustava kolektivne sigurnosti predviđenog Poveljom i zabrane jednostrane upotrebe sile, osim u samoobrani.

Povelja istovremeno postavlja pravnu zabranu upotrebe sile, ne navodeći ostvarenje prava na samoodređenje kao iznimku, a opet jamči pravo naroda na

2 Vidi: Hill, M. A.: What the Principle of Self – Determination means Today, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, sv. 1, 1995, str. 119.

3 Tekst Atlantske povelje vidi na: <http://avalon.law.yale.edu/wwii/atlantic.asp> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

4 Vidi: Cassese, A.: *Self – determination of peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1995, str. 37.

5 Povelja Ujedinjenih naroda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 15/1993.

6 Vidi članke 1(3) i 55. Povelje.

samoodređenje.⁷ Takvo uređenje dovodi države u obvezu poštovanja dvaju u načelu suprotnih pravila. S jedne strane, zabranom upotrebe sile i prijetnje silom nastoji se očuvati suverena vlast države na njezinu teritoriju, uključujući i suverenost nad njenim stanovništvom, od svih vanjskih utjecaja suprotnih njenim interesima. Ostvarenjem prava na samoodređenje se, s druge strane, upravo narušava ta suverena vlast, a u pravilu i teritorijalna cjelovitost države.⁸ Mogući razlog nespominjanja samoodređenja u kontekstu upotrebe sile u Povelji jest činjenica da su se u prošlosti situacije borbe protiv opresivnih, u prvom redu kolonijalnih režima, smatrale unutarnjom stvari svake države, podvrgnute njenom domaćem zakonodavstvu. Tek je priznanje prava na samoodređenje na međunarodnopravnoj razini otvorilo pitanje o zakonitosti njegova korištenja.⁹ No s druge strane, moguće je da nejasno formulirano pravo na samoodređenje nije tek slučajni propust njenih tvoraca da temeljito i jasno razrade značenje toga prava, već rezultat vrlo različitih shvaćanja država o tomu što bi ono trebalo podrazumijevati. Ipak, čini se da je postojao konsenzus oko toga da pravo na samoodređenje ne može biti primjenjivo u tri slučaja: u slučaju odvajanja manjinske ili etničke skupine od suverene države u kojoj žive; u slučaju odvajanja kolonijalnog naroda od kolonijalnih vladara (u odnosu na njih pravo na samoodređenje podrazumijeva samo pravo na samoupravu); te pravo dviju ili više nacija koje pripadaju jednoj ili više suverenih država da se ujedine.¹⁰ Države, barem ne sve, nisu bile spremne, vidljivo je iz navedenoga, priznanjem prava na samoodređenje priznati ništa drugo negoli pravo na samoupravu. Osim toga, smještanje prava na samoodređenje među ciljeve Ujedinjenih naroda, a ne među za države članice obvezujuća načela članka 2., ukazuje da je ono predviđeno kao smjernica djelovanja država, a ne kao njihova obveza. Ipak, i samo uvrštavanje ovoga prava među ciljeve Organizacije ukazalo je na razvitak svijesti o nužnosti njegova pravnog normiranja.

Godine koje su uslijedile nakon donošenja Povelje obilježio je snažan impuls među državama Trećeg svijeta koje su u to vrijeme već ostvarile nezavisnost te državama sovjetskog bloka protiv kolonijalne vladavine. O kolonijalizmu se počelo govoriti kao o „trajnoj agresiji“, a kasnije i kao o „zločinu“. ¹¹ Iako su nastojanja

7 Rasprave tijekom pregovora u San Franciscu upućuju na to da se u to vrijeme pod pravom naroda na samoodređenje nije podrazumijevalo i pravo na secesiju. Doehring, K.: *Self – Determination*, u: Simma (ur.): *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, str. 66.

8 Vidi: Dean, B. P.: *Self – Determination and U. S. Support of Insurgents: A Policy – Analysis Model*, *Military Law Review*, sv. 122, 1988, str. 149.

9 Osobita internacionalizacija ovog problema dogodila se kada je 1977. godine Dopunski protokol I. uz Ženevske konvencije iz 1949. godine, prema kojemu se oružani sukob u kojemu se narod bori protiv kolonijalne dominacije i strane okupacije pozivajući se na pravo na samoodređenje smatra međunarodnim oružanim sukobom. Vidi: Ženevske konvencije i dopunski protokoli, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 5/1994, članak 1. točka 4.

10 Vidi: Cassese, op. cit., (bilj. 4), str. 42.

11 Vidi: *Programme of Action for the Full Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* (GA Res. 2621 (XXV)), tekst dostupan na: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/86/IMG/NR034886.pdf?OpenElement> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

tih država u početku bila suočena s otporom zapadnih zemalja, koje su moguću dekolonijalizaciju s pravom shvaćale kao izravno ugrožavanje vlastitih interesa, ipak je 1960. godine Opća skupština, mijenjajući time do tada nejasni stav Ujedinjenih naroda spram samoodređenja u kontekstu kolonijalizma, usvojila Deklaraciju o davanju nezavisnosti kolonijalnim državama i narodima.¹² Dovodeći samoodređenje u izravnu vezu s jamčenjem temeljnih ljudskih prava,¹³ Deklaracija ide korak dalje od Povelje i govori o samoodređenju ne kao cilju, već kao pravu. Tako stoji da „svi narodi imaju pravo na samoodređenje te temeljem tog prava slobodno odlučuju o svom političkom statusu i slobodno ostvaruju svoj ekonomski, socijalni i kulturni razvoj“.¹⁴ Kako bi zavisni narodi „mirno i slobodno uživali pravo na potpunu nezavisnost“, državama se nameće obveza suzdržavanja od bilo kakve oružane akcije ili represivnih mjera, kao i poštivanje teritorijalne cjelovitosti tih naroda.¹⁵ Osiguravajući da svaki zavisan narod ostvarivanjem prava na samoodređenje te primjenom načela *uti possidetis* stekne pravo na čitavo područje koje se do tada smatralo kolonijalnim posjedom, Deklaracija naglašava i da će se „svaki pokušaj uperen na potpuno ili djelomično razbijanje nacionalnog jedinstva i teritorijalne cjelovitosti neke zemlje smatrati protivnim ciljevima i načelima Povelje Ujedinjenih naroda“.¹⁶

Pravo naroda na samoodređenje zajamčeno je i u dvama međunarodnim paktovima iz 1966. godine. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima započinju identičnom odredbom članka 1., u kojoj stoji da svi narodi imaju pravo na samoodređenje te da temeljem toga prava oni slobodno određuju svoj politički status i svoj ekonomski, socijalni i kulturni razvoj.¹⁷ I Opća deklaracija o ljudskim pravima navodi da „svatko ima pravo na društveni i međunarodni poredak u kojemu prava i slobode izražene u ovoj Deklaraciji mogu biti potpuno ostvarene“.¹⁸

Poimanje prava na samoodređenje kao prava koje nadilazi kontekst dekolonijalizacije dobilo je svoje priznanje u Deklaraciji sedam načela iz 1970. godine. U tom je dokumentu izvršena najtemeljitija razrada ovog načela. Deklaracija doduše ne govori izrijeком o jamčenju prava na samoodređenje izvan konteksta

12 Declaration on the Granting the Independence to Colonial Countries and Peoples (GA Res. 1514 (XV)), tekst dostupan na: <http://www.un.org/en/decolonization/declaration.shtml> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

13 U članku 1. Deklaracije stoji da podvrgavanje naroda stranoj podčinjenosti, dominaciji i izrabljivanju predstavlja uskratu temeljnih ljudskih prava, protivno je Povelji Ujedinjenih naroda i predstavlja zapreku promicanju svjetskog mira i suradnje. Tekst Deklaracije vidi: *supra*, bilj. 12.

14 Vidi: članak 2. Deklaracije. Tekst Deklaracije vidi: *supra*, bilj. 12.

15 Vidi: članak 4. Deklaracije. Tekst Deklaracije vidi: *supra*, bilj. 12.

16 Vidi: članak 6. Deklaracije. Tekst Deklaracije vidi: *supra*, bilj. 12.

17 Za tekst Paktova vidi: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Službeni list SFRJ, br. 7/1971; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Službeni list SFRJ, br. 7/1971.

18 Članak 28. Opća deklaracija o ljudskim pravima, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/2009.

kolonijalizma, no formulacijom prema kojoj svaka država mora imati vladu koja zastupa sve stanovnike na njenu teritoriju, neovisno o rasi, vjeri ili boji te da svaki narod ima pravo slobodno odrediti svoj politički status, bilo stvaranjem suverene i neovisne države, bilo slobodnim udruživanjem s nekom drugom nezavisnom državom ili nekim drugim oblikom slobodnog utvrđivanja svog političkog statusa, Deklaracija pokriva čitav niz mogućih situacija koje su različite od oslobođenja od kolonijalnih režima, u kojima narodi mogu koristiti pravo na samoodređenje.¹⁹ No ovako široko postavljeno ovlaštenje naroda da slobodno odlučuje o svom političkom statusu, bilo u okviru postojeće države ili odvajanjem od nje, ne upućuje na razumijevanje koji bi stupanj autonomije pojedini narod trebao uživati da bi se smatralo da je njegovo pravo na samoodređenje ostvareno. Osobito nedostaje preciznosti u pitanju kada ostvareno unutarnje samoodređenje, u vidu odgovarajuće participacije u predstavničkim tijelima i uživanju osobnih prava i sloboda, prestaje biti zadovoljavajući oblik korištenja prava na samoodređenje, pa se uslijed toga javi zahtjev za odcjepljenjem toga naroda od države na čijem području živi.

Jasnoći razumijevanja prava naroda na samoodređenje nije, čini se, doprinijela ni Definicija agresije. Njen članak 7. predviđa pravo na samoodređenje, slobodu i nezavisnost naroda koji su prisilno lišeni tog prava, osobito naroda pod kolonijalnim i rasističkim režimima ili drugim oblicima strane okupacije, uz naznaku da se ti narodi imaju pravo *boriti* za ostvarenje navedenih ciljeva.²⁰ Što se pod „borbom“ treba podrazumijevati, ona oružana, ili pak borba mirnim sredstvima? Nacrt članka 7. Definicije nije spominjao borbu, već je govorio o „upotrebi sile“. Zapadne su se države protivile toj formulaciji pa je ona zamijenjena terminom „borba“, u smislu borbe mirnim sredstvima. No, iako bi ova promjena terminologije upućivala na shvaćanje o ostvarenju prava na samoodređenje isključivo mirnim putem, u tumačenju ovog prava zemalja Trećeg svijeta i socijalističkih zemalja, pravo upotrebe oružane sile ostalo je sastavni dio prava naroda na samoodređenje.²¹

Pravo na samoodređenje priznato je i u nekim drugim dokumentima, kao što su Afrička povelja o pravima čovjeka i naroda²² ili Završni akt iz Helsinkija.²³

Priznanje prava naroda na samoodređenje kao kogentne norme međunarodnog prava Međunarodni je sud dao u presudi o Istočnom Timoru,²⁴ a pravo naroda na samoodređenje Sud je potvrdio i u nekoliko savjetodavnih mišljenja, o Zapadnoj

19 Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations (GA Res. 2625 (XXV)(1970)), tekst dostupan na: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)) (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

20 Definition of Aggression (GA Res. 3314 (XXIX)), tekst dostupan na: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX)) (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

21 Randelzhofer, A.: Article 2(4), u: Simma, B. (ur.), op. cit., (bilj. 7), str. 122.

22 Članak 20. Tekst Povelje vidi na: <http://www1.umn.edu/humanrts/instrree/z1afchar.htm> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

23 Točka 1(a) VIII. Tekst Završnog akta vidi na: <http://www.osce.org/mc/39501?download=true> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

24 East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ Reports 1995, str. 102.

Sahari,²⁵ o Namibiji,²⁶ o izgradnji zida na okupiranom palestinskom području²⁷ te o sukladnosti s međunarodnim pravom jednostrane deklaracije o nezavisnosti Kosova.²⁸

Vidljivo je da velik broj međunarodnih dokumenata, kao i Međunarodni sud, priznaju pravo na samoodređenje. Ipak, pravo na samoodređenje nije nigdje definirano, niti je poblizje određen način njegova ostvarenja. Nedoumice postoje i oko toga tko su ovlaštenici toga prava, dakle što uopće znači „narod“?

Postoji konsenzus da se značajke koje određuju pojedini narod odnose na njegov ekonomski, socijalni ili kulturni identitet. U većini je slučajeva narod određen i teritorijem kojega nastanjuje, iako to ne mora uvijek biti slučaj. Osobito složen aspekt definiranja naroda jest postojanje oslobodilačkih pokreta koji se prezentiraju kao predstavnici naroda.²⁹ Nemogućnost identifikacije naroda, odnosno njegovih legitimnih predstavnika, i njihovog razlikovanja od nekih drugi subjekata, može dovesti do poteškoća pri utvrđivanju ima li ta skupina pravo na samoodređenje (pa je u svjetlu priznavanja toga prava i njena borba dopuštena) ili se radi o subverzivnom djelovanju pojedinih skupina, čiji je jedini cilj rušenje vladajućeg režima ili provođenje terorističkih aktivnosti.³⁰

Važno je istaknuti i razliku između pojmova „narod“ i „manjina“. Prvi uživaju pravo na samoodređenje, drugi ne. No pitanje je kako ih međusobno razlikovati. Iako neki autori sugeriraju da je traženje definicija ovih pojmova teško, a nepotrebno, jer situacije u praksi nameću očite zaključke o tomu što se njima valja razumijevati,³¹ čini se da bi ipak bilo korisno i pravno relevantno utvrditi neki kriterij razlikovanja. Kao pogodan kriterij mogao bi se uzeti u obzir onaj prema

25 Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, str. 33.

26 Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, str. 31.

27 Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, str. 197.

28 Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, ICJ Reports 2010.

29 Tako je, primjerice, PLO 1974. godine Rezolucijom 3237 (XXIX) Opće skupštine ostvarila status punog promatrača u Općoj skupštini, a sudjelovala je i na Diplomatskoj konferenciji o humanitarnom pravu u oružanom sukobu, na kojoj su usvojeni Dopunski protokoli uz Ženevske konvencije. Po proglašenju Države Palestine 1988. godine, Opća skupština donijela je odluku da se u sustavu Ujedinjenih naroda promatračem smatra „Palestina“, a ne „PLO“. U studenome 2012. godine Palestina je dobila promatrački status države ne-članice. Vidi: <http://www.un.int/wcm/content/site/palestine/pid/11550>; <http://unispal.un.org/unispal.nsf/0080ef30efce525585256c38006eacae/181c72112f4d0e0685257ac500515c6c?OpenDocument> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

30 O problemu definicije naroda vidi u: Balz, S. D.: Country Within a Country: Redrawing Borders of the Post – Colonial Sovereign State, Michigan Journal of Race & Law, sv. 2, br. 2, 1996 – 1997, str. 563.

31 Watson, W. K.: When in the Course of Human Events: Kosovo's Independence and the Law of Secession, Tulane Journal of International and Comparative Law, sv. 17, br. 1, 2008 – 2009, str. 267.

kojemu nacionalne ili etničke manjine obično (ali ne i nužno)³² imaju neku „matičnu državu“, dok s narodom to nije slučaj.³³ No, postoji shvaćanje da ista skupina može katkada istovremeno predstavljati i narod i manjinu. Do toga dolazi u situacijama u kojima manjina razvije tzv. „kolektivnu individualnost“, odnosno vlastiti identitet, različit od onoga kojeg ima narod matične države.³⁴

Ono što je u svakom slučaju sigurno jest da se termin narod odnosi na narod u teritorijalnom, a ne u etničkom smislu.³⁵ To znači da pravo na samoodređenje uživaju svi stanovnici nekog područja, bilo da ono već čini državu, ili je dio neke države, ili je u nesamoupravnom položaju u odnosu na drugu državu.³⁶ S time u vezi javilo se razlikovanje između pojmova vanjskog samoodređenja, koje se odnosi na pravo naroda da odlučuje o svom statusu u okviru međunarodne zajednice, te unutarnjeg samoodređenja, koje podrazumijeva pravo naroda da slobodno odlučuje o obliku vladavine pod kojim želi obitavati unutar već postojeće države.³⁷

3. PRAVO NARODA NA VANJSKO SAMOODREĐENJE

Iako je veliki broj međunarodnih dokumenata zajamčio pravo naroda na samoodređenje, većina njih nije pobliže odredila sadržaj toga prava. Nejasnoće vezane uz njegovu primjenu svode se na dva temeljna pitanja: prvo, *što* točno podrazumijeva ostvarivanje prava na samoodređenje i drugo, *kako* se ostvarenje toga prava može postići, a da se time ne izađe iz okvira međunarodnopravno dopuštenog djelovanja. Dok odgovor na prvo pitanje postoji, no problem predstavlja njegova suviše općenita priroda, razjašnjenje ovog potonjeg pitanja u cijelosti nedostaje.

32 Tako, primjerice, Baski u Španjolskoj i Francuskoj, Sami u Norveškoj, ili Romi, predstavljaju manjine, a nemaju matičnu državu. Vidi: Lulić, M.: *Pravo na samoodređenje u suvremenom međunarodnom pravu*, doktorska disertacija, Zagreb, 2005, str. 445.

33 Raič, D.: *Statehood and the Law of Self – Determination*, The Hague, New York, Kluwer Law International, 2002, str. 268.

34 Tako se, primjerice, za Albance na Kosovu tvrdilo da predstavljaju manjinu – narod, budući da, s jedne strane, imaju matičnu državu – Albaniju, no također imaju i vlastiti identitet, kojim se razlikuju od Albanaca u Albaniji. Takvo mišljenje vidi u: Ryngaert, C., Griffioen, Ch.: *The Relevance of the Right to Self – Determination in the Kosovo Matter: In Partial Response to the Agora Papers*, *Chinese Journal of International Law*, sv. 8, br. 3, 2009, str. 575.

35 Vidi: Degan, V. Đ.: *Ujedinjeni narodi i načelo ravnopravnosti i samoodređenja naroda*, u: Šimonović, Vukas, Vukmir (ur.): *Hrvatska i Ujedinjeni narodi*, Zagreb, Organizator, 1996, str. 157.

36 Degan, V. Đ.: *Međunarodno pravo*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2006, str. 249.

37 Vidi: Micheau, A. P.: *The 1991 Transitional Charter of Ethiopia: A New Application of the Self – Determination Principle?*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, sv. 28, br. 2, 1996, str. 390. Vidi i određenje unutarnjeg samoodređenja u presudi Vrhovnog suda Kanade u presudi *Reference re Secession of Quebec*. Vidi: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, tekst dostupan na: <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

Materijalna norma o pravu na samoodređenje nije popraćena procesnom normom koja bi upućivala na način, metodu i postupak kojima se to pravo može ostvariti.³⁸

Problem koji se vrlo rano u razvoju prava naroda na samoodređenje pojavio jest njegova moguća oprečnost s uvriježenim načelom međunarodnog prava, onim teritorijalne cjelovitosti i političke nezavisnosti postojećih država u svijetu.³⁹ Kada bi svi narodi pribjegli korištenju prava na samoodređenje, teritorijalna cjelovitost i granice mnogih država došle bi u pitanje, a došlo bi i do potpunog raspada mnogonacionalnih država.⁴⁰ Takav scenarij nije u interesu većine država, koje trajnost i nepromijenjenost granica s pravom doživljavaju kao faktor međunarodne stabilnosti i mira. Činjenica jest da realnost postojanja država nudi niz primjera promjene njihovih granica, no do tih promjena gotovo nikada ne dolazi u ozračju mirnih unutardržavnih odnosa, već su one mahom rezultat ratova ili kakvog drugog oblika prisilnog djelovanja.

Pravo naroda na samoodređenje doživjelo je osobitu afirmaciju u kontekstu borbe protiv kolonijalnih režima, označavajući pravo naroda da oslobođanjem od postojeće kolonijalne ili neke druge strane vlasti formiraju vlastitu nezavisnu državu. U praksi država pravo na samoodređenje apsorbira se ili u ovom, antikolonijalnom obliku toga prava, ili u onom ne-antikolonijalnom, koji označava pravo naroda da se odvoji od postojeće države ili da u okviru te države ostvari veći stupanj autonomije.⁴¹ Sve u svemu, preraspodjela moći u međunarodnoj zajednici uzrokovana primjenom ovog načela označila je afirmaciju jednog vrlo dinamičnog faktora promjene kojim je *status quo* postao značajno ugrožen.⁴²

Jamčenje prava naroda na samoodređenje s jedne strane i obveza poštivanja načela teritorijalne cjelovitosti i političke nezavisnosti država s druge, u trajnoj su opreci. Instrumenti kojima se jamči pravo na samoodređenje, kao što su Deklaracija sedam načela i Deklaracija o davanju nezavisnosti kolonijalnim zemljama i narodima, i same promiču ujedno i načelo teritorijalne cjelovitosti.⁴³ Poveznicu

38 Ibler, V.: Pravo naroda na samoodređenje i zloupotreba tog prava, *Politička misao*, sv. 29, br. 2, 1992, str. 65.

39 Tako Povelja spominje istovremeno načelo samoodređenja naroda i teritorijalne cjelovitosti, ali se prisutnost obaju načela može pronaći i u drugim dokumentima. Primjerice, Povelja iz Adis Abebe iz 1963. godine, koja je bila osnivački akt Organizacije afričkog jedinstva, govori o neotuđivom pravu svih naroda da upravljaju vlastitom sudbinom, što predstavlja načelo samoodređenja naroda, ali proklamira i pravo na teritorijalnu cjelovitost država. Tekst Povelje iz Adis Abebe vidi na: http://www.au.int/en/sites/default/files/OAU_Charter_1963.pdf (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

40 Degan, V. Đ., op. cit., (bilj. 34), str. 249.

41 Vidi: Canuel, E. T.: *Nationalism, Self – Determination and Nationalist Movements: Exploring the Palestinian and Quebec Drives for Independence*, Boston College International & Comparative Law Review, sv. 20, br. 1, 1997, str. 86.

42 Cassese, A.: *International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001, str. 106.

43 Tako Deklaracija sedam načela propisuje: „Svaka država se mora uzdržavati od bilo kakve akcije koja ima za cilj djelomično ili potpuno razbijanje nacionalnog jedinstva i teritorijalne cjelovitosti neke druge države ili zemlje.“ Slično tome, Deklaracija o davanju nezavisnosti kolonijalnim zemljama i narodima navodi: „Svaki pokušaj da se djelomično ili potpuno razbije nacionalno jedinstvo i teritorijalna cjelovitost jedne zemlje nespojiv je s ciljevima i načelima Povelje Ujedinjenih naroda.“ Vidi: *supra*, bilj. 19; *supra*, bilj. 12.

ovih dvaju suprotstavljenih načela moguće je pronaći u odredbi Deklaracije sedam načela, koja kaže da jamčenje prava na samoodređenje „ne treba tumačiti kao da ovlašćuje ili potiče na bilo kakvu akciju koja ima za cilj potpuno ili djelomično razbijanje ili ugrožavanje teritorijalne cjelovitosti i političkog jedinstva suverenih i neovisnih država, koje se ponašaju u skladu s načelom ravnopravnosti i samoodređenja naroda, i koje imaju vladu koja predstavlja cjelokupan narod toga područja, bez razlike u pogledu rase, vjere ili boje“.⁴⁴ Ova odredba dala je naslutiti da je ostvarenje prava na samoodređenje prisilnim putem zabranjeno ako stanovništvo nekog područja može ostvariti pravo na unutarnje samoodređenje. Slijedilo bi onda da je, u nemogućnosti ostvarenja prava na unutarnje samoodređenje, dopušteno upotrijebiti silu u nastojanjima da se ostvari ono vanjsko.

O pitanju prava naroda na vanjsko samoodređenje bilo je riječi pred Vrhovnim sudom Kanade, u savjetodavnom mišljenju *Reference re Secession of Quebec*. Sud je bio mišljenja da se pravo na samoodređenje u principu iscrpljuje ostvarenjem unutarnjeg samoodređenja, odnosno postizanjem odgovarajuće razine političke, ekonomske, socijalne i kulturne autonomije u okviru postojeće države. Pravo na vanjsko samoodređenje postoji, prema mišljenju Suda, samo u tri slučaja: prvo, u slučaju kolonijalizma, drugo, kada je narod podvrgnut stranoj dominaciji ili iskorištavanju, i treće, kada je određenom narodu uskraćeno primjereno sudjelovanje u vlasti.⁴⁵ Ovaj posljednji slučaj Sud je kvalificirao kao iznimno moguć, a ne pouzdani slučaj prava naroda na samoodređenje. Sud je smatrao da taj slučaj ne predstavlja iznimku koja je sasvim utemeljena u međunarodnom pravu kao opravdanje za pribjegavanje vanjskom samoodređenju, već to postaje samo ako je odvajanje od postojeće države jedino moguće rješenje.⁴⁶

Neki autori smatraju da bi pravo na vanjsko samoodređenje postojalo ako je kršenje ljudskih prava masovno i diskriminatorno prema određenoj skupini te kada je neka skupina sustavno isključivana iz političkog i ekonomskog života ili kada je sustavno uskraćivano pravo na minimalnu razinu manjinskih prava ili samoupravljanja.⁴⁷ Drugi pak naglašavaju kada pravo na vanjsko samoodređenje nije moguće, navodeći tako slučajeve u kojima je neki narod već iskoristio pravo na samoodređenje, one u kojima manjina živi u sastavu suverene države i nije podvrgnuta represiji te one u kojima se radi o dijelu države koja je u procesu dekolonijalizacije već ostvarila pravo na samoodređenje.⁴⁸

Po priznanju prava na samoodređenje u Deklaraciji sedam načela 1970. godine, Opća je skupština usvojila niz rezolucija kojima je potvrdila to pravo, naznačivši da

44 Načelo ravnopravnosti i samoodređenja naroda u Deklaraciji sedam načela. Tekst Deklaracije vidi: *supra*, bilj. 19.

45 Vidi: *supra*, bilj. 35, paras. 126, 138.

46 Ibid., paras. 134 – 135.

47 Hannum, H.: *The Right of Self-Determination in the Twentieth-First Century*, Washington and Lee Law Review, sv. 55, 1998, str. 777.

48 Ghoshray, S.: *Revisiting the Challenging Landscape of Self-Determination within the Context of Nation's Right to Sovereignty*, ILSA Journal of International and Comparative Law, sv. 11, 2004 – 2005, str. 453.

se borba za njegovo ostvarenje može voditi svim dostupnim sredstvima, uključujući i ona oružanog karaktera.⁴⁹ Time je po prvi puta, a čini se i jedini, neko relevantno međunarodno tijelo napravilo poveznicu između dopustivosti upotrebe sile i borbe za samoodređenje. Takav je pristup Opće skupštine vrlo različito tumačen među državama. Većina država Trećeg svijeta smatrala je da upotreba sile predstavlja legitimnu samoobranu protiv samog postojanja kolonijalizma, dok su države zapadnog svijeta držale da je upotreba sile dopuštena tek kao odgovor na konkretni pokušaj gušenja ostvarenja prava na samoodređenje.⁵⁰

Neovisno o navedenom shvaćanju Opće skupštine, cijela je problematika i dalje vrlo sporna. Možda bi najprihvatljivije stajalište u prilog opravdavanja ostvarivanja prava na samoodređenje upotrebom sile bilo upravo ono prema kojemu se takva sila može upotrijebiti kao legitimna samoobrana protiv pokušaja oružanog gušenja ostvarenja toga prava. Takvo bi shvaćanje dalo pravni temelj potlačenom narodu da upotrijebi silu, čime bi borba za samoodređenje ostala u granicama Poveljom dopuštenog djelovanja.

Rasprava o pravu naroda na samoodređenje obuhvaća i pitanje prava i obveza trećih država spram strana u sukobu. Gotovo univerzalna prihvaćenost dokumenata koji jamče pravo na samoodređenje ukazuje na priznavanje toga prava u zajednici država. No, potpora narodu koji se bori za samoodređenje ne mora biti samo načelnog karaktera, već može obuhvaćati i konkretnu pomoć drugih država. Deklaracija sedam načela predviđa da narod u borbi za samoodređenje može primiti potporu drugih država, sukladno ciljevima i načelima Povelje. Također, Definicija agresije propisuje da se narodi prisilno lišeni svog prava na samoodređenje imaju pravo boriti za njegovo ostvarenje i s tim ciljem tražiti i primiti potporu drugih država, sukladno načelima Povelje i Deklaracije iz 1970. godine. Inicijativa za pružanje pomoći narodima u borbi za samoodređenje postojala je u više navrata i kod Opće skupštine, koja je donijela niz rezolucija u kojima je pozvala države da osiguraju takvu pomoć.⁵¹ Ipak, govorimo li o pružanju pomoći upotrebom sile, zadiremo u osjetljivo pitanje dopustivosti intervencije u unutarnje stvari druge suverene države. S obzirom na to da se općenito smatra kako je oružana intervencija na strani vlade dopustiva, a na strani ustanika nije, još je više upitno kako razlučiti ustanike, koji ciljaju na svrgavanje postojećeg državnog režima, od naroda koji ima pravo na samoodređenje. Iako ovo pitanje ostaje donekle dvojbeno, shvatimo li ostvarivanje prava na vanjsko samoodređenje upotrebom sile kao pravo na legitimnu samoobranu, pružanje pomoći drugih država narodima koji se bore za samoodređenje moglo bi se shvatiti kao korištenje prava na kolektivnu samoobranu.

49 Vidi, primjerice: GA Res. 3070 (XXVIII), 3103 (XXVIII), 3246 (XXIX), 3328 (XXIX), 3481 (XXX).

50 Shaw, M.: *International Law*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1997, str. 796.

51 Vidi, primjerice: GA Res. 2105 (XX), 2160(XX), 2465(XXIII), 2649 (XXV).

4. PROGLAŠENJE NEZAVISNOSTI KOSOVA

Deklaracija kojom je Kosovo 2008. godine proglasilo nezavisnost od Srbije izazvala je značajne kontroverze na međunarodnom planu.⁵² Dok je za neke države čin Kosova predstavljao ostvarenje legitimnog prava naroda na samoodređenje, za druge je označavao kršenje suverenosti i teritorijalne cjelovitost postojeće suverene države, Srbije. Značajan broj država, među kojima sve države iz skupine zemalja G-7 te dvadeset i dvije države Europske unije, priznale su nezavisnost Kosova, dok su kritike došle od Srbije i njenog saveznika Ruske Federacije, ali i od brojnih drugih država koje se bilo iz straha od pokušaja secesionističkih težnji na njihovu vlastitu teritoriju, ili zbog općenite nedoumice oko zakonitosti čina Kosova, nisu odlučile na priznanje njegove nezavisnosti.

U nastojanju utvrđivanja postojanja prava na samoodređenje, bitno je odrediti nekoliko ključnih elemenata: prvo, predstavljaju li Albanci na Kosovu „narod“ u smislu prava na samoodređenje, drugo, je li u dovoljnoj mjeri došlo do kršenja prava Kosovara, uključujući i negiranja njihova prava na odgovarajuću participaciju u tijelima vlasti, i treće, može li se režim Srbije smatrati „stranim“, ili se cijeli problem treba promatrati kao unutardržavni.

Možda je najlakše započeti tvrdnjom da su prava Kosovara na uživanje autonomije kršena, bez naznake tendencije Srbije da takvu politiku izmijeni. Još se 80-ih godina prošloga stoljeća među Kosovarima javila bojazan da bi nakon Titove smrti Kosovo moglo doći u podređeni položaj unutar Socijalističke Republike Srbije. To je 1981. godine dovelo do nemira, koji su imali za cilj priznanje Kosovarima konstitutivnog naroda u Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji, a Kosovu statusa republike, koja se više nikakvim ustavnim promjenama ne bi mogla dovesti pod vlast Srbije. Prosvjedi na Kosovu bili su nasilno ugušeni, a ustavni amandmani koji su doneseni u ljeto 1981. godine nisu u statusu Kosova ništa bitno izmijenili. Nakana Srbije da dokine Ustavom iz 1974. godine zagaraniranu autonomiju Kosova postala je sasvim razvidna kada je 1989. godine srpska vojska upotrijebivši silu zauzela zgradu autonomne vlade Kosova, što je označilo i formalno ukidanje već faktično ukinute autonomije. Time je mogućnost uživanja prava unutarnjeg samoodređenja praktički nestala. Stoji, međutim, da bi se svi ovi događaji mogli promatrati kao unutarnji problem Srbije, a ne situacija podčinjavanja jednog naroda od nekog stranog režima. Pobornici osamostaljenja Kosova u tom su kontekstu povukli paralelu između postojeće situacije na Kosovu i opresivnog režima koji je vladao u Južnoj Rodeziji, a koji je izazvao reakciju međunarodne zajednice, iako je također postojao unutar jedne države.⁵³ Ovo mišljenje temelji se na tumačenju da se „strana“ dominacija ne mora nužno odnositi na drugu državu, već je moguće da ona, kao u slučaju Kosova, dolazi od drugog naroda u istoj državi.⁵⁴

52 Tekst Deklaracije dostupan na: <http://www.assembly-kosova.org/?cid=2,128,1635> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

53 Vidi Rezoluciju Vijeća sigurnosti o Južnoj Rodeziji: SC Res. 217 (1965).

54 Watson, op. cit., (bilj. 29), str. 275.

Još jedno sporno pitanje odnosilo se na identifikaciju Kosovara kao naroda. Iako postoje mišljenja da oni predstavljaju cjelinu koja posjeduje vlastiti identitet i kao takva se razlikuje od albanskih Albanaca te ne predstavlja tek njihovu manjinu, jednako su tako prisutna i shvaćanja koja taj pristup dovode u pitanje.⁵⁵ Budući da definicija nacionalne manjine ne postoji, u obzir se mogu uzeti tek parametri kojima se identificiraju manjine. Jedan od kriterija je onaj brojčani, prema kojemu se nacionalnom manjinom smatra manja skupina ljudi unutar šire populacije. U tom smislu, ispravno je Kosovare, neovisno o tomu što predstavljaju većinsku skupinu na samom Kosovu, smatrati manjinskom skupinom unutar države u kojoj žive, dakle Srbije. Zapravo ne postoje jasno artikulirani argumenti koji idu u prilog tomu da Kosovari nisu nacionalna manjina.

Države koje su Kosovo priznale pokušale su se na neki način ograditi od stvaranja presedana koji bi poslužio kao temelj brojnim drugim skupinama u svijetu koje se trenutno pozivaju ili bi se u budućnosti mogle pozivati na pravo na samoodređenje, ističući *sui generis* karakter situacije na Kosovu. No, ispravno razmišljaju oni koji ukazuju na to da međunarodnopravna pravila ili postoje ili ne postoje i ne mogu se selektivno primjenjivati na jedne, a ne i na druge.⁵⁶ Tko bi uostalom igrao ulogu arbitra koji bi procjenjivao kome će se takva prava priznati, a kome ne?

Postoje mišljenja da je u razdoblju koje je prethodilo osamostaljenju Kosova vrlo kontroverznu ulogu odigrala međunarodna zajednica, kojoj se zamjera pristranost u korist Kosova, i to osobito u dva aspekta. Prvo, Rezolucija 1244 Vijeća sigurnosti, iako zahtijeva očuvanje suverenosti i teritorijalne cjelovitosti SR Jugoslavije, potvrđuje pravo Kosova na samoupravu i autonomiju, što se iščitavalo kao priznanje prava na samoodređenje.⁵⁷ Drugo, istom je Rezolucijom uspostavljena na Kosovu uprava Ujedinjenih naroda, a dano je i ovlaštenje za prisutnost mirovnih snaga NATO-a. Smatralo se da je ta uprava, kao i svaka druga međunarodna uprava u određenoj mjeri, bila manipulativna, u smislu da je utirala put nezavisnosti Kosova.⁵⁸ I specijalni povjerenik Glavnog tajnika Ujedinjenih naroda za Kosovo,

55 Vidi: Brown, B. S.: *Human Rights, Sovereignty, and the Final Status of Kosovo*, Chicago – Kent Law Review, sv. 80, br. 1, 2004 – 2005, str. 235. Vidi i: Summers, J.: *Kosovo: From Yugoslav Province to Disputed Independence*, u: Summers, J. (ur.): *Kosovo: A Precedent? The Declaration of Independence, the Advisory Opinion and Implications for Statehood, self-Determination and Minority Rights*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, str. 7.

56 Vidi: Müllerson, R.: *Precedents in the Mountains: On the Parallels and Uniqueness of the Cases of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia*, *Chinese Journal of International Law*, sv. 8, br. 1, 2009, str. 6.

57 SC Res. 1244 (1999). O tome u kojoj mjeri Vijeće sigurnosti uopće može odlučivati o teritorijalnim promjenama država vidi u: Brown, op. cit., (bilj. 53), str. 235.

58 Sličan argument isticao se u slučaju mirovne misije koju su provodile ruske snage u Južnoj Osetiji i Abhaziji. Ruska Federacija je, primjerice, izdavala vlastite putovnice stanovnicima tih područja, što se, između ostalog, iščitavalo kao poticanje njihova udaljavanja od Gruzije. Müllerson, op. cit., (bilj. 54), str. 6.

Martti Ahtisaari, smatrao je nezavisnost Kosova jednim načinom rješavanja krizne situacije, koju se nije moglo izmijeniti ulaganjem diplomatskih napora.⁵⁹

Iako je proglašenje nezavisnosti Kosova shvaćeno među državama kao uspješno oslobađanje tamošnjeg stanovništva od srpskog ugnjetavanja, postoje argumenti koji govore u prilog nesukladnosti tog čina s međunarodnim pravom. O pravu na samoodređenje, kao jedinom pravnom argumentu za nezavisnost Kosova, teško može biti riječi, budući da je to pravo već iskoristila Albanija stvaranjem vlastite države. Tvrditi suprotno značilo bi dokazivati da albanska nacija ima pravo na više država, a time i da, slijedeći isto načelo, i sve druge nacije svijeta imaju isto pravo. Osim toga, postavlja se pitanje ne bi li onda i srpska manjina na Kosovu mogla postavljati zahtjev za samoodređenjem, pozivajući se na nedovoljno poštovanje svojih prava i nedovoljnu participaciju u vlasti.

Opća skupština prihvatila je zahtjev Srbije za traženjem savjetodavnog mišljenja Međunarodnog suda o legalnosti kosovske Deklaracije o nezavisnosti. Sud je u ljeto 2010. godine donio savjetodavno mišljenje⁶⁰ koje, međutim, nije odgovorilo na mnoga pitanja čije se razjašnjenje očekivalo. Vezujući svoje mišljenje striktno uz pitanje koje je pred njega postavljeno, Sud se izjasnio samo o tomu smatra li Deklaraciju o nezavisnosti Kosova sukladnom međunarodnom pravu, pritom ne ulazeći u pitanje zakonitosti odcjepljenja Kosova od Srbije ili valjanosti i pravnim učincima priznanja Kosova kao samostalne i neovisne države.⁶¹ Tako je Sud svojim mišljenjem zaobišao raspravu o odnosu načela teritorijalne cjelovitosti države i prava naroda na samoodređenje, koja bi dala odgovor na pitanje o spornom statusu Kosova, ali i pružila općenite smjernice za rješavanje drugih sličnih slučajeva koji se javljaju u praksi država.

Sud je, utvrđujući je li kosovska Deklaracija o nezavisnosti u skladu s međunarodnim pravom, nastojao odgovoriti na dva pitanja: prvo, je li Deklaracija u suprotnosti s općim međunarodnim pravom, i drugo, je li ona u suprotnosti s Rezolucijom 1244 Vijeća sigurnosti. Sud je bio mišljenja da praksa država općenito ne ukazuje na to da je akt donošenja deklaracije protivan međunarodnom pravu, već štoviše, da ona nedvosmisleno upućuje na zaključak da međunarodno pravo ne sadržava zabranu donošenja deklaracija o nezavisnosti.⁶² Činjenicu da je Vijeće sigurnosti osudilo neke od deklaracija o nezavisnosti koje su u prošlosti donijele pojedine države Sud pripisuje nezakonitosti tih konkretnih deklaracija, a ne njihovu

59 Vidi: Letter dated 26 March 2007 from the Secretary – General addressed to the President of the Security Council attaching the Report of the Special Envoy of the Secretary – General on Kosovo's future Status, S/2007/168, tekst dostupan na: <http://www.unosek.org/docref/report-english.pdf> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

60 Vidi: *supra*, bilj. 27.

61 Sud je istaknuo da su u ranije traženim savjetodavnim mišljenjima Opća skupština i Vijeće sigurnosti, kada su željeli odgovor na pitanje o pravnim učincima nekog čina, formulirali pitanje na način da se taj aspekt njihovog zahtjeva posebno naglasi. Sud je kao primjer naveo slučajeve *Namibia* i *Israeli Wall*. Vidi: *supra* bilj. 25, 26.

62 Sudsku praksu vidi: loc. cit.; ICJ Reports 1995, (bilj. 23), str. 102.

neprihvatanju od strane Vijeća sigurnosti općenito.⁶³ Sud je kazao da nezakonitost pojedinih deklaracija o nezavisnosti ne proizlazi iz njihovog jednostranog karaktera, već je vezana uz protupravnu upotrebu sile ili neki drugi oblik teškog kršenja normi općeg međunarodnog prava, osobito onih kogentne prirode.

Sud je, jednako tako, bio mišljenja da Deklaracija o nezavisnosti nije protivna Rezoluciji Vijeća sigurnosti 1244 iz 1999. godine, budući da Rezolucija ne sadržava nikakve odredbe vezane uz pitanje konačnog statusa Kosova, niti uz uvjete za postizanje takvog statusa. Istaknuo je kako praksa pokazuje da Vijeće sigurnosti, u situacijama u kojima želi postaviti ograničavajuće uvjete za postizanje trajnog statusa nekog područja, takve uvjete i specificira u svojim rezolucijama.⁶⁴ Tekst Rezolucije 1244, prema kojemu se međunarodna uprava na Kosovu uspostavlja *do donošenja konačnog političkog rješenja*, upućuje Sud na zaključak da Rezolucija ne prejudicira konačno rješenje, već ga ostavlja otvorenim, pa u tom kontekstu donošenje Deklaracije nije u suprotnosti s navedenom Rezolucijom.

Iako Rezolucija 1244 doista ne postavlja ograničenja konačnom uređenju kosovskog pitanja, ona, međutim, govori o obvezi poštivanja teritorijalnog integriteta i suverenosti Srbije. Kako ovu obvezu pomiriti s donesenom Deklaracijom, kada su posljedice Deklaracije očigledno u suprotnosti s njome?⁶⁵ Na ovo pitanje Sud nije dao odgovor, vjerojatno smatrajući da ono izlazi iz okvira postavljenog mu pitanja, to jest da ono zadire u raspravu o zakonitosti odcjepljenja Kosova od Srbije i zakonitosti postojanja Kosova kao države, a ne u pitanje zakonitosti donošenja same Deklaracije.

5. USPOREDIVOST SLUČAJA KOSOVA S NEKIM DRUGIM SLUČAJEVIMA SECESIONISTIČKIH TEŽNJI

Iz davanja, odnosno uskraćivanja međunarodnog priznanja Kosovu vidljiva su vrlo različita stajališta država o zakonitosti proglašenja njegove nezavisnosti. No procjena zakonitosti nije jedini kriterij kojim su se rukovodile države u odlučivanju o priznanju. Čini se da je značajnu ulogu pritom odigrala i pragmatična procjena tih država učinka priznanja Kosova na secesionističke tendencije na njihovu vlastitu teritoriju, kao i sukladnost toga priznanja s politikom koju su generalno provodile.

Potpora koju je Kosovo primilo od značajnog broja država, u vidu njihova međunarodnog priznanja, s pravom je izazvala strah kod država koje su se i same

63 Vidi, primjerice, sljedeće rezolucije Vijeća sigurnosti, kojima se osuđuju pojedine deklaracije o nezavisnosti: SC Res. 216 (1965) i SC Res. 217 (1965) o Južnoj Rodeziji; SC Res. 541 (1983) o Sjevernom Cipru; SC Res. 787 (1992) o Republici Srpskoj.

64 Kao primjer, Sud je naveo Rezoluciju 1251 iz 1999. godine, kojom je Vijeće sigurnosti utvrdilo da se rješenje konačnog pitanja položaja Cipra mora temeljiti na postojanju države Cipar, koja će biti suverena, neovisna i teritorijalno cjelovita te koja će imati međunarodnu osobnost i jedinstveno državljanstvo.

65 O tome vidi u: Bothe, M.: Kosovo – So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo's Independence, German Law Review, vol. 11, 2010, str. 838.

borile sa secesionističkim pokretima. Argument o *sui generis* situaciji na Kosovu nije, čini se, bio odviše uvjerljiv pa su te države bile sklone vidjeti slučaj Kosova kao presedan koji bi mogao ohrabriti pokrete diljem svijeta koji se bore za odcjepljenje dijela teritorija od matične države.⁶⁶ Države kao što su Azerbajdžan, Gruzija, Moldova, Ruska Federacija i neke druge, tako su slučaj Kosova shvatile kao događaj koji bi mogao predstavljati poticaj za odcjepljenje njihovih pokrajina, koje su, pozivajući se na pravo na samoodređenje, pokazivale tendenciju k osamostaljenju.⁶⁷

U osobitoj se situaciji našla Ruska Federacija, koja je s jedne strane negirala pravo republikama u sastavu vlastite države, Čečeniji i Ingušetiji, na samostalnost, dok je s druge pružala i moralnu i vojnu potporu za osamostaljenje dvjema regijama u sastavu Gruzije, Južnoj Osetiji i Abhaziji. Optužujući gruzijskog predsjednika Saakashvilija za provođenje genocida i etničkog čišćenja nad etničkim Osetijcima, ruski je predsjednik Medvedev podržavao nastojanja ovih dviju pokrajina da se osamostale od Gruzije.⁶⁸

Nakon sukoba koji je trajao od 1990. do 1992. godine, a koji je uslijedio nakon što je vlada Južne Osetije donijela deklaraciju u kojoj je izrazila namjeru ujedinjavanja s ruskom republikom Sjevernom Osetijom, Južna Osetija je *de facto* funkcionirala kao samostalna država, iako se nalazila unutar međunarodnopravno priznatog teritorija Gruzije. Godine 1994. uslijedilo je i donošenje Ustava Abhazije, u kojemu se ona proglasila suverenom demokratskom državom, i to temeljem prava naroda na samoodređenje.⁶⁹ Jednostrani akti kojima su ove dvije pokrajine proglasile nezavisnost od Gruzije dali su inicijalni poticaj sukobima koji su se u godinama koje su uslijedile dogodili između oružanih snaga Gruzije i oružanih snaga Abhazije te Južne Osetije. Kada je 2004. godine pokušaj Gruzije da svrgne s vlasti vodstvo Južne Osetije doživio neuspjeh, potpisan je između ovih dviju strana sporazum o prekidu vatre i pakt o demilitarizaciji. No nekoliko godina nakon toga, 2008. godine, pojava novog vala nasilja eskalirala je provođenjem vojne operacije širokih razmjera, koju je vlada Gruzije poduzela protiv Južne

66 Bakker, E.: The Recognition of Kosovo: Violating Territorial Integrity is a Recipe for Trouble, Security and Human Rights, vol. 19, 2008, p. 185.; Sterio, M.: The Case of Kosovo: Self-Determination, Secession and Statehood under International Law, American Society of International Law Proceedings, vol. 104, 2010, str. 364.

67 Pobornici prava na odvajanje dijela teritorija od države u čijem se sastavu taj dio nalazi temelje svoja shvaćanja na teoriji tzv. „*remedial secession*“, prema kojoj pojedina skupina ima jednostrano pravo na odvajanje, ako je fizički opstanak te skupine ugrožen zbog postupanja države u čijem se sastavu nalazi (u smislu da je žrtva genocida ili etničkog čišćenja) ili je ta skupina podvrgnuta kontinuiranim i drastičnim kršenjima ljudskih prava. O tome vidi u: Kemoklidze, N.: The Kosovo Precedent and the „Moral Hazard“ of Secession, Journal of International Law and International Relations, sv. 5, br. 2, 2009, str. 117.

68 Russia recognizes South Ossetia and Abkhazia to save People's Lives, Pravda (26. kolovoza 2008.), tekst dostupan na: http://english.pravda.ru/russia/kremlin/26-08-2008/106214-russia_ossetia_abkhazia-0/ (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

69 Tekst Ustava dostupan na: <http://www.unpo.org/article/697> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

Osetije, a radi ponovnog vraćanja ove pokrajine pod svoju vlast.⁷⁰ U sukob se tada uplela Ruska Federacija, koja je, pozivajući se na svoj mandat mirovnih snaga, izbacila gruzijske snage iz Južne Osetije i Abhazije. Nedugo nakon ovog događaja, Ruska Federacija je priznala Južnu Osetiju i Abhaziju kao nezavisne države.⁷¹ Sudjelovanje Ruske Federacije u sukobu, a osobito sumnje u njenu nepristranost, doveli su do intenziviranja već postojećih napetosti između nje i zapadnih zemalja. U to vrijeme Ruska je Federacija snažno oponirala pridruživanju Gruzije i Ukrajine NATO-u, a protivila se i postavljanju antiraketskog štita, kojega su Sjedinjene Države planirale postaviti u Češkoj i Poljskoj.⁷² No, prema mišljenju mnogih, sva su događanja i nesuglasice na relaciji Zapad – Ruska Federacija pala u drugi plan u odnosu na njihovo neslaganje u slučaju Kosova. Priznanje Kosova kao nezavisne države od strane Sjedinjenih Država i europskih zemalja, smatraju oni, pružilo je Ruskoj Federaciji mogućnost da manipulira gruzijsko-abhazijskim i gruzijsko-južnoosetijskim sukobom.⁷³

Po čemu se, iz ruske perspektive, razlikuje Kosovo, kojemu je Ruska Federacija uskratila priznanje i čijoj se nezavisnosti oštro protivila, od Južne Osetije i Abhazije, čije je osamostaljenje svim sredstvima pomagala i koje je priznala kao neovisne države? U konačnici, Ruska Federacija je svoje priznanje ovih pokrajina temeljila na gotovo istim osnovama na kojima su zapadne države temeljile priznanje nezavisnosti Kosova.⁷⁴ Zapadne su države opravdavale priznanje Kosova pozivajući se primarno na nepravdu koju su Kosovari doživjeli pod Miloševićevim režimom. Oni su, nadalje, tvrdili da je osamostaljenje Kosova rezultat volje njegovih stanovnika, čimbenik stabilnosti regije, pa i čin sukladan interesima same Srbije. Slično tomu, ruski dužnosnici tvrdili su da stanovnici Južne Osetije i Abhazije ne mogu više živjeti s Gruzijcima u istoj državi, nakon što je predsjednik Saakashvili pokušao „eliminirati čitavu naciju Južne Osetije“. Ako se i prihvati argument genocida i etničkog čišćenja koje je Gruzija navodno provodila u Južnoj Osetiji,

70 Prema nekim izvorima, nije Gruzija ta koja je prva započela vojnu akciju, već su sukob započeli separatisti Južne Osetije, koji su digli u zrak gruzijsko vojno vozilo, pritom ranivši nekolicinu pripadnika gruzijskih mirovnih snaga. Kemoklidze, op. cit., (bilj. 63), str. 120.

71 Osim Ruske Federacije, Abhaziju i Južnu Osetiju su do danas priznale samo Nikaragva, Venezuela i Nauru. Ove države međusobno priznaju i jedna drugu, a priznaje ih i međunarodno nepriznata Transnistria.

72 O tome vidi više na: <http://www.nacional.hr/clanak/31893/novi-hladni-rat-zbog-raketnog-stita> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

73 Kemoklidze, op. cit., (bilj. 63), str. 121.

74 Argumenti slični onima kojima se opravdavallo osamostaljenje Kosova te Južne Osetije i Abhazije javili su se i u kontekstu zahtjeva za nezavisnošću koje su postavljale pokrajine Nagorno – Karabakh u Azerbajdžanu i Transnistria u Moldovi. Više vidi u: DerHartunian, A.: Negotiation and Settlement in Nagorno – Karabakh: Maintaining Territorial Integrity or Promoting Self – Determination?, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, sv. 7, br. 2, 2007, str. 295; Special Committee on European Affairs of the New York City Bar: Executive Summary: Thawing a Frozen Conflict: Legal Aspects of the Separatist Crisis in Moldova, ILSA Journal of International and Comparative Law, sv. 14, 2008, str. 379; Waters, Ch.: Law in Places that Don't Exist, Denver Journal of International Law and Policy, sv. 34, br. 3, 2006, str. 401.

Ruska Federacija je u slučaju Abhazije postavila još niži kriterij za opravdanje secesionističkih težnji: ona je tvrdila da je sam rizik od provođenja genocida u toj pokrajini dovoljan razlog za priznanje njene nezavisnosti. Čak ako se genocid zaista i dogodio, što je upitno, sama ta činjenica ne bi predstavljala razlog za odvajanje dijela teritorija od države u čijem se sastavu nalazi. Još bi manje razlog za takvo odvajanje bila tek opasnost od provođenja genocida. No, predsjednik Medvedev se zadovoljio konstatacijom da „posebna situacija“ kakva je navodno postojala na Kosovu i kojom se opravdavallo njegovo odcjepljenje od Srbije, postoji i u slučaju Južne Osetije i Abhazije.⁷⁵ Medvedev se pritom, baš kao ni zapadne zemlje u slučaju Kosova, nije referirao na rezolucije Vijeća sigurnosti kojima se jamčila teritorijalna cjelovitost Gruzije.⁷⁶

Čini se, iz svega navedenog, da se odgovor ne nalazi u pravu, već samo u interesima ove svjetske sile, koja je u slučaju Kosova stala na stranu svog tradicionalnog saveznika, Srbije, pritom odbijajući prihvatiti politiku koja bi i na njenu vlastitom teritoriju mogla dovesti do odcjepljenja pojedinih područja, da bi, ponovo promičući svoje interese, poticala odvajanje od Gruzije Južne Osetije, za koju je postojala mogućnost da se u perspektivi ujedini s ruskom republikom Sjevernom Osetijom.

Kako bi dokazala ispravnost svog postupanja u slučaju Južne Osetije i Abhazije, Ruska Federacija je isticala razlike između situacije u ovim pokrajinama te one koja je postojala u ruskoj republici Čečeniji. Ova bivša separatistička regija ostala je, temeljem referenduma provedenog 2003. godine, u sastavu Ruske Federacije kao multietničke države, što je Ruskoj Federaciji poslužilo kao dokaz da se pravo na samoodređenje naroda može iscrpiti ne samo u odvajanju od postojeće države, već i u odluci naroda da ostane u njezinu sastavu.

Raspadom Sovjetskog Saveza 1991. godine, u Čečeniji se pojavio pokret za nezavisnost, predvođen čečenskim predsjednikom Dudayevim. Čečenija se tada nalazila u nezavidnoj i ekonomskoj i političkoj situaciji. Gospodarstvo je bilo opterećeno rastućim kriminalom, a političko vodstvo je bilo u stalnom sukobu s Ruskom Federacijom, ali i proruski orijentiranim frakcijama unutar same republike. Sukob je eskalirao 1994. godine, kada su ruske snage, pod zapovjedništvom predsjednika Jeljcina poduzele oružanu intervenciju u Čečeniji, nastojeći vratiti Čečeniju pod svoju vlast. Unatoč svojoj snazi, ruska vojska nije uspjela uspostaviti trajnu efektivnu kontrolu nad čečenskim teritorijem, pa je nakon dvogodišnjeg rata Jeljcin proglasio primirje te je potpisan mirovni sporazum.

Dudayev i njegovi pristalice nastavili su borbu za nezavisnost, pozivajući se na pravo naroda na samoodređenje. Iako je njegov pokret za nezavisnost i

75 O stajalištima predsjednika Medvedeva vidi u: Dubinsky, G.: *The Exceptions that Disprove the Rule? The Impact of Abkhazia and South Ossetia on Exceptions to the Sovereignty Principle*, *Yale Journal of International Law*, sv. 34, br. 1, 2009, str. 242.

76 U tim je rezolucijama i sama Ruska Federacija priznavala teritorijalnu cjelovitost Gruzije. O stajalištima Ruske Federacije vidi više u: Worsnip, P.: *UN Council Still Divided on Georgia Resolution*, tekst dostupan na: <http://mobile.reuters.com/article/worldNews/idUSN2126455820080822?src=RSS-WOR> (stranica posjećena 07. studenoga 2013.).

suverenost Čečenije u javnosti uživao potporu, među stanovništvom je vladalo opće nezadovoljstvo, i strukturom na vlasti i opozicijom. Faktor kohezije čečenskog stanovništva bila je izražena suprotstavljenost ruskom imperijalizmu koji je, bilo u vidu carske vlasti, ili kasnije u vidu komunizma, kroz dugo povijesno razdoblje izazivao otpor Čečena. Područje Sjevernog Kavkaza, čiji je dio i Čečenija, bilo je stalni izvor nemira usmjerenih protiv ruske carske vlasti. Prosvjedi protiv Cara u drugoj polovici 19. stoljeća nastavili su se prosvjedima protiv boljševika 20-ih godina 20. stoljeća, a niz revolucija uzrokovanih vođenjem politike gušenja vjerskih sloboda obilježilo je i čitavu I. polovicu 20. stoljeća. Tijekom Drugog svjetskog rata čitava je populacija Čečena i Inguša, pod optužbom da surađuju s nacistima, prisilno deportirana u dijelove Središnje Azije. Stvarni razlog njihove deportacije bila je neposlušnost Staljinovu režimu. U tom je procesu pogubljena gotovo polovina populacije.⁷⁷

Kada je došlo do raspada Čečensko-inguške Autonomne Sovjetske Socijalističke Republike, njezin je teritorij podijeljen između susjednih teritorija, a imovina Čečena podijeljena je Rusima koji su naseljavani na to područje. Kada je 1957. godine, dolaskom Hruščova na vlast, ponovo formirana Republika Čečenija-Ingušetija, njeni stanovnici pokušali su ostvariti povrat oduzete imovine, što je dovelo do novih sukoba. Službena sovjetska politika trajno je negirala prava Čečena, što je rezultiralo njihovim otporom prema središnjoj vlasti i stalnim stremljenjima k osamostaljenju. Represija kojom je Sovjetski Savez odgovarao na njihov otpor samo je dodatno zaoštravala situaciju.

Kada je 1990. godine došlo do raspada Sovjetskog Saveza, ruski je predsjednik Jeljcin izrazio potporu političkim događanjima u Čečeniji, nadajući se da će novoizabrani predsjednik Čečenije Dudayev formirati prorusku vladu. No slijed događaja u kojemu je Dudayev, koristeći nestabilan institucionalni okvir postkomunističke Ruske Federacije, nastojao pozivanjem na pravo na samoodređenje izboriti nezavisnost Čečenije, ponovo je doveo do antagonizma između dviju strana. U to je vrijeme u Ingušetiji proveden referendum koji je rezultirao njenim odvajanjem od Čečenije i uspostavljanjem posebne republike u sastavu Ruske Federacije. Odvajanje dviju republika prošlo je bez sukoba.

Po završetku Prvog čečenskog rata, koji je koincidirao sa smrću Dudayeva, održani su u Čečeniji parlamentarni i predsjednički izbori, na kojima je na vlast došao Maskhadov. Pod njegovom vlašću nastavila se borba za nezavisnost Čečenije, a problemi koji su u zemlji postojali do tada, u prvom redu upropašteno gospodarstvo i opća nesigurnost građana, potpuno su kulminirali. Godine 1999. Čečenija se ponovo našla na meti ruske vojske, koja je, uslijed optužaba ruskih vlasti da su čečenski separatisti odgovorni za niz terorističkih napada u Ruskoj Federaciji,

⁷⁷ O represiji koju su ruske vlasti provodile nad Čečenima te otporu koji su ovi pružali vidi više u: Hayden, W.: *Seeds of Unrest: The Political Genesis of the Conflict in Chechnya* (1990 – 1994), *Fletcher Forum of World Affairs*, sv. 24, br. 1, 2000, str. 49; Bellocchi, L. P.: *Recent Developments: Self – Determination in the Case of Chechnya*, *Buffalo Journal of International Law*, sv. 2, br. 1, 1995, str. 183.

izvršila napad koji je označio početak Drugog čečenskog rata.⁷⁸ S većim uspjehom no u Prvom ratu, ruska je vojska nadvladala čečenski pobunjenički pokret i na vlast instalirala proruski režim. U Čečeniji su, međutim, nastavile djelovati pobunjeničke skupine koje su se borile za njezinu nezavisnost. No uslijed općeg kaosa u toj ruskoj republici, razorenog gospodarstva i rasta kriminala, nameće se pitanje koliko je uopće realno govoriti o mogućnosti njena funkcioniranja kao samostalne države.

Od proglašenja nezavisnost i 1991. godine do danas, Čečeniju nije međunarodno priznala niti jedna država, a mnoge od njih izrazile su podršku poštivanju suverenosti i teritorijalne cjelovitosti Ruske Federacije.⁷⁹ Po čemu su za međunarodnu zajednicu slučaj Kosova i slučaj Čečenije bili toliko različiti? Na oba područja obitava stanovništvo većinom etnički različito od većinskog stanovništva države u čijem sastavu se nalaze. Na oba područja je stanovništvo imalo dugu povijest sukoba sa središnjom vlašću u državi te bilo kontinuirano podvrgnuto ugnjetavanju, marginalizaciji i kršenju ljudskih prava od te vlasti. Činjenica da Kosovari imaju matičnu državu, Albaniju, a Čečeni svoju nemaju, mogla je, suprotno onome što se dogodilo, zahtjev Čečena za samoodređenjem učiniti još više utemeljenim u odnosu na onaj Kosovara. No, možda je najveća razlika među njima, irelevantna za pitanje njihova prava na samoodređenje, ali relevantna za posljedice njihova proglašenja nezavisnosti, odnosno njihova međunarodnopravnog priznanja, činjenica da se Kosovo nalazilo unutar siromašne i međunarodnoj zajednici relativno nezanimljive Jugoslavije, u kojoj je vladao već uzdrmani režim Slobodana Miloševića, dok se Čečenija nalazi u sastavu jedne od najvećih svjetskih sila i stalne članice Vijeća sigurnosti.⁸⁰ Vjerojatno je to razlog što se međunarodna zajednica osjetila pozvanom reagirati na situaciju na Kosovu, uključujući donošenje rezolucije o Kosovu i uspostavljanje mirovne misije Ujedinjenih naroda na tom području, dok je u Čečeniji, s pravom strahujući od mogućeg miješanja u unutarnje stvari Ruske Federacije, praktički u cijelosti izostala njena reakcija.

78 Bilo je, međutim, onih Rusa koji su tvrdili da je sama Ruska Federacija, odnosno ruske tajne službe, izvršila napad na ciljeve na vlastitom teritoriju kako bi, pripisujući taj čin Čečeniji, imala opravdanje za napad na nju. Da u ovim tvrdnjama možda zaista i ima istine pokazuje činjenica da je više osoba iz javnog života Rusije koji su zastupali ovo mišljenje, među kojima novinarka Anna Politkovskaya i poznati ruski disident Litvinenko, ubijeno.

79 Bivši gruzijski predsjednik Gamsakhurdia priznao je nezavisnost Čečenije. Afganistan je, za vrijeme vladavine talibana, 2000. godine uspostavio diplomatske odnose sa Čečenijom, no oni su prekinuti padom talibanske vlasti 2001. godine. Čak i prije kraha talibanskog režima, čečenski predsjednik Maskhadov nije prihvćao njihovo priznanje, smatrajući talibansku vlast nezakonitom. Svojevrstu podršku Čečeniji pružile su i Baltičke države, Estonija, Poljska i dio ukrajinskih nacionalista, no formalnog priznanja nije bilo. Vidi: Grant, Th. D.: Current Development: Afghanistan Recognizes Chechnya, *American University International Law Review*, sv. 15, br. 4, 1999 – 2000, str. 869.

80 Vidi: Charney, J. I.: Self – Determination: Chechnya, Kosovo and East Timor, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, sv. 34, br. 2, 2001, str. 455.

6. ZAKLJUČAK

U suvremenom međunarodnom pravu pravo naroda na samoodređenje priznato je kao jedno od temeljnih prava, zajamčeno brojnim međunarodnim dokumentima i potvrđeno u sudskoj praksi. Među državama i u pravnoj doktrini postoji konsenzus oko toga da se samoodređenje odnosi na oslobađanje naroda od kolonijalne vladavine, kao i na pravo svih stanovnika određenog područja na ravnomjernu participaciju u vlasti. Nije, međutim, jasno imaju li narodi pravo na vanjsko samoodređenje i izvan kolonijalnog konteksta, dakle imaju li pravo na secesiju. Budući da međunarodni dokumenti, kao i Međunarodni sud u svojim presudama i savjetodavnim mišljenjima, ne ulaze dublje u razjašnjavanje prava na samoodređenje, već samo potvrđuju obvezatnost njegova poštivanja, mnoga su pitanja vezana uz realizaciju toga prava ostala otvorena.

Danas vlada mišljenje da bi narod teoretski mogao ostvarivati vanjsko samoodređenje, ali samo u iznimnim situacijama, odnosno onda kada je zbog nemogućnosti ostvarivanja unutarnjeg samoodređenja očito da ne može više nastaviti živjeti u postojećoj državi. No i uslijed ovakvog zaključka ponovo ostaje upitno tko bi i temeljem kojih kriterija trebao odlučivati o tomu uživa li neki narod u dovoljnoj mjeri pravo na unutarnje samoodređenje i, shodno tomu, ima li pravo na vanjsko samoodređenje.

Iako u međunarodnom pravu vrijedi načelo teritorijalne cjelovitosti, činjenica je da se državne granice konstantno mijenjaju i za očekivati je da će se mijenjati i u budućnosti. No zbog međunarodne sigurnosti i stabilnosti svakako treba postaviti ograničenja nekontroliranim promjenama *statusa quo*. Suviše fleksibilno tumačenje prava naroda na samoodređenje, prema kojemu bi svaka grupacija koja iskaže težnju k secesiji, takvu težnju mogla i ostvariti, dovelo bi u praksi do promjena uslijed kojih bi praktički svaka manjina ili neka druga skupina koja iskazuje naglašenu individualnost mogla zahtijevati odvajanje od postojeće države.

Na koji se način može postići ograničavanje secesionističkih težnji? Osiguravanjem svim stanovnicima nekog područja prava na unutarnje samoodređenje. Praksa pokazuje da države ne mogu svoju suverenost u postojećim državnim granicama uzimati zdravo za gotovo i ne snositi posljedice za nepoštovanje prava cijelog svog stanovništva. Težnju za odvajanjem iskazuju u pravilu oni narodi koji trpe sustavna kršenja svojih prava. Za očekivati je, stoga, da bi se zahtjevi za ostvarenjem prava na vanjsko samoodređenje u velikoj mjeri reducirali kada bi države posvetile dužnu pažnju jamčenju prava na ono unutarnje.

Summary

THE RIGHT TO EXTERNAL SELF-DETERMINATION OUTSIDE OF THE COLONIAL CONTEXT AND THE CASE OF PROCLAMATION OF THE KOSOVO INDEPENDENCE

The paper analyzes whether secession is one of the possible forms of exercising the right to self-determination. Although numerous international documents, as well as judicial practice, recognize self-determination as one of the fundamental principles of international law, they neither define this right and provide conditions for its application, nor do they define „peoples“ as holders of that right. In state practice and writings of legal scholars, the consensus exists only with respect to internal self-determination (the right to freely choose a political regime) and liberation from the colonial domination. In that context, the Kosovo independence is being analyzed. The author concludes that external self-determination outside of the colonial context might be exceptionally possible if the people (not the national minority!) has been deprived of exercising internal self-determination, but also that the focus of the problem should be removed from the conditions for acquiring external self-determination to ensuring a better respect for the internal one.

Keywords: *self-determination, territorial integrity, peoples.*

Zusammenfassung

DAS RECHT DER VÖLKER AUF ÄUßERE SELBSTBESTIMMUNG AUßERHALB DES KOLONIALEN KONTEXTES UND DER FALL DER UNABHÄNGIGKEITSERKLÄRUNG KOSOVS

Die Arbeit analysiert, ob Sezession eine der möglichen Formen zur Verwirklichung des Rechtes der Völker auf Selbstbestimmung ist. Obwohl zahlreiche völkerrechtliche Dokumente und die Rechtsprechung die Selbstbestimmung als einen der Grundsätze des Völkerrechtes anerkennen, wird dieses Recht dadurch weder definiert noch werden Bedingungen seiner Anwendung angegeben oder „das Volk“ als Berechtigte definiert. In der Praxis von Staaten und in Lehren der Autoren gibt es nur den Konsens über das Recht der Völker auf innere Selbstbestimmung (freie Wahl der politischen Form des Regierungssystems) und auf Befreiung von kolonialer Domination. In diesem Kontext wird die Gesetzlichkeit der Unabhängigkeitserklärung Kosovos analysiert. Abschließend wird betont, dass die äußere Selbstbestimmung außer des kolonialen Kontextes sehr möglich wäre, falls dem Volk (aber nicht der nationalen Minderheit) das Recht auf innere Selbstbestimmung vorenthalten wird, aber auch dass der Fokus von Bedingungen

für die Verwirklichung der äußeren Selbstbestimmung auf die Sicherung der besseren Respektierung innerer Selbstbestimmung gesetzt werden sollte.

Schlüsselwörter: *Selbstbestimmung, Menschenrechte, Volk, Unabhängigkeit Kosovos.*

Riassunto

IL DIRITTO DEL POPOLO ALL'AUTODETERMINAZIONE ESTERNA AL DI FUORI DEL CONTESTO COLONIALE ED IL CASO DELLA PROCLAMAZIONE DI INDIPENDENZA DEL KOSOVO

Nel contributo si analizza se la secessione sia una delle possibili forme di realizzazione del diritto del popolo all'autodeterminazione. Sebbene numerosi atti internazionali e la giurisprudenza riconoscano l'autodeterminazione come uno dei principi fondamentali del diritto internazionale, gli stessi tuttavia non definiscono detto diritto; non indicano le condizioni della sua applicazione; non definiscono "il popolo" quale titolare di tale diritto. Nella prassi degli Stati e nelle valutazioni dottrinarie v'è accordo unicamente nel ritenere che esista il diritto del popolo all'autodeterminazione interna (libera scelta della forma politica di governo) ed alla liberazione dalla dominazione coloniale. In detto contesto si esamina la legalità della proclamazione d'indipendenza del Kosovo. La conclusione cui si perviene nel presente lavoro è che l'autodeterminazione esterna al di fuori del contesto coloniale sarebbe eccezionalmente ammissibile qualora il popolo (ma non anche la minoranza nazionale) venga privato del diritto all'autodeterminazione interna; se ne ricava altresì che occorrerebbe spostare l'attenzione dalle condizioni per la realizzazione dell'autodeterminazione esterna alla garanzia di un maggiore rispetto di quella interna.

Parole chiave: *autodeterminazione, diritti dell'uomo, popolo, indipendenza del Kosovo.*

DUŽNOST DIONIČARA NA LOJALNO POSTUPANJE PREMA DRUŠTVU I OSTALIM DIONIČARIMA

Tea Hasić, mag. iur., znanstveni novak - asistent
Sveučilište Jurja Dobrile u Puli
Fakultet ekonomije i turizma „Dr. Mijo Mirković“

UDK: 347.72.031
Ur.: 18. srpnja 2013.
Pr.: 8. studenoga 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Cilj ovog rada je ispitati i ustanoviti jesu li dioničari pri ostvarivanju upravljačkih prava, a prije svega pri ostvarivanju prava glasa, dužni djelovati u skladu s interesima društva ili mogu djelovati i u skladu s vlastitim interesima. Da bi dobili odgovor na navedeno pitanje, najprije ćemo pokušati utvrditi postoji li u pravu društava RH dužnost dioničara na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima, koji je sadržaj navedene dužnosti te iz kojeg pravnog temelja ona proizlazi. Ukratko će se prikazati isti ili slični instituti iz kojih, u zemljama kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sustava, proizlazi obveza dioničara na postupanje u skladu s interesima društva. Ukazat će se i na moguće pravne posljedice radi povrede dužnosti lojalnog postupanja, kao što su: dužnost naknadne štete, mogućnost pobijanja odluka glavne skupštine i sl.

Ključne riječi: *dužnost dioničara na lojalno postupanje, interes dioničkog društva, upravljačka prava dioničara, ništetnost i pobjojnost odluka glavne skupštine*

1. UVOD

Iako je u Zakonu o trgovačkim društvima¹ (dalje: Zakon ili ZTD) dioničko društvo definirano kao trgovačko društvo u kojem članovi (dioničari) sudjeluju s ulozima u temeljnom kapitalu podijeljenom na dionice² te pritom ne odgovaraju za obveze društva,³ da bi lakše i jasnije uočili odakle proizlazi dužnost dioničara na lojalno postupanje, kako prema društvu, tako i prema ostalim dioničarima, rad ćemo

1 Zakon o trgovačkim društvima, NN 111/93, 34/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12

2 Čl. 159. st. 1. ZTD-a

3 Čl. 159. st. 3. ZTD-a

započeti analizom definicije pojma „društvo“, budući da je dioničko društvo, iako trgovačko društvo i društvo kapitala, prije svega društvo.

Prema akademiku Barbiću, a slične definicije možemo pronaći kako u domaćoj⁴ tako i u stranoj pravnoj literaturi⁵, društvo je: „*Privatnopravna zajednica za koju su ispunjene tri kumulativne pretpostavke: a) posrijedi je udruženje osoba kao pravna zajednica, b) temelji se na pravnom poslu kao osnovi udruživanja, c) usmjerena je postizanju zajedničkog cilja*“.⁶ Prema tome, da bi se zajednica više osoba smatrala društvom,⁷ nužno moraju biti ispunjene pretpostavke da je riječ o **udruženju na privatnopravnoj osnovi**, koje je nastalo **pravnim poslom, radi ostvarenja zajedničkog cilja svih članova** koji u trenutku osnivanja društva⁸ postaje cilj društva. Zajednički cilj konstitutivni je element društva, budući da bez njega nema ni društva već je tada riječ o tzv. *societas leonina* – putem kojeg se ostvaruje cilj samo jednog, odnosno, samo nekih članova udruženja.⁹ Cilj društva bitan je sastojak pravnog posla kojim nastaje društvo, iako ne mora biti izričito naveden u osnivačkom aktu društva.¹⁰ Naime, da bi društvo nastalo, osnivači moraju sklopiti pravni posao kojem je cilj osnovati društvo putem kojeg će se ostvarivati zajednički interes svih članova. Stoga, ukoliko prilikom osnivanja društva nema suglasnosti volja osnivača glede zajedničkog cilja, smatra se da pravni posao kojim nastaje društvo nije ni sklopljen, prema tome, nema ni pravne osnove za nastanak

- 4 Vidjeti, primjerice: Petrović, Siniša i Ceronja, Petar, *Osnove prava društava, Šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2010., str. 1.; Gorenc, Vilim, *Trgovačko pravo – društva, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Školska knjiga, Zagreb, 2003., str. 8.
- 5 Vidjeti, primjerice, kako društvo (engl. *Company*) definiraju: Davies, Paul L., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, seventh edition*, Sweet & Maxwell, London, 2003., str. 3.; te Morse, Geoffrey, *Charlesworth and Morse Company Law, fifteenth edition*, Sweet and Maxwell, London, 1996., str. 1.
- 6 Barbić, Jakša, *Pravo društava, knjiga prva - Opći dio, Treće izmijenjeno izdanje*, Organizator, Zagreb, 2008., str. 133.
- 7 Iznimno, dioničko društvo - prema čl. 159. st. 2. ZTD-a, te društvo s ograničenom odgovornošću – prema čl. 385. st. 1. ZTD-a, može osnovati samo jedna osoba, tj. navedena društva mogu imati i samo jednog člana.
- 8 Trenutak osnivanja, odnosno nastanka društva, jest trenutak upisa društva u sudski registar. Od tog trenutka društvo postaje samostalna pravna osoba odvojena od svojih članova.
- 9 Vidjeti više u: Barbić, J., *op. cit. u bilj. 6.*, str. 147.
- 10 Primjerice, prema čl. 173. ZTD-a koji propisuje bitan sadržaj statuta, navedeno je da se u statutu moraju navesti djelatnosti koje čine predmet poslovanja društva, ali nije propisano da se statutom mora odrediti cilj društva. (Isto vrijedi i za osnivačke akte ostalih trgovačkih društava – predmet poslovanja mora se navesti, ali cilj društva ne). Budući da su djelatnosti koje čine predmet poslovanja sredstvo putem kojeg se ostvaruje cilj društva, može se zaključiti da se određivanjem predmeta poslovanja neizravno određuje i cilj društva, tim više ukoliko se kao predmet poslovanja navedu gospodarske djelatnosti (što je pravilo kod trgovačkih društava), jer je člankom 1. st. 1. ZTD-a određeno da se gospodarske djelatnosti obavljaju radi ostvarivanja dobiti, iz čega proizlazi da je cilj društava čiji predmet poslovanja čine gospodarske djelatnosti, upravo ostvarivanje dobiti.

društva. Ulaskom u društvo član prihvaća obvezu djelovati¹¹ u interesu društva, a time se istovremeno obvezuje da će se suzdržati od ostvarivanja svojih interesa koji su protivni interesu društva.¹² Iako se pojedinačni interesi članova moraju podrediti interesu društva, to ne znači da ih se članovi moraju odreći. Naime, njih članovi mogu ostvarivati do one mjere u kojoj se ne protive interesu društva.

Članovi pristupaju društvu (pri osnivanju ili naknadno) kako bi posredstvom društva ostvarili svoj interes koji u bitnome odgovara interesu ostalih članova, a riječ je (u pravilu) o ostvarivanju dobiti. Društvo ostvaruje dobit za sebe, obavljanjem (u pravilu) gospodarskih djelatnosti koje su u osnivačkom aktu navedene kao djelatnosti koje čine predmet poslovanja društva. Ostvarena dobit dijeli se na članove društva kroz isplatu dividende (pod uvjetom da su ispunjeni Zakonom propisani uvjeti za mogućnost isplate dividende). Iznimno, društvo se može osnovati i radi ostvarivanja interesa koji nije stjecanje dobiti. Tada će u osnivačkom aktu biti navedeno kako predmet poslovanja društva čine djelatnosti koje nisu gospodarske. Naime, ZTD-om je predviđeno da su sva trgovačka društva (pa tako i dioničko društvo) trgovci, neovisno o tome obavljaju li gospodarsku ili neku drugu djelatnost.¹³ Trgovačka društva osnovana radi obavljanja negospodarskih djelatnosti u praksi gotovo ne postoje, stoga će u ovom radu predmet razmatranja biti isključivo dionička društva čiji predmet poslovanja čine gospodarske djelatnosti, odnosno čiji je cilj ostvarivanje dobiti, a cilj njihovih članova što veća dividenda. Iako na prvi pogled djeluje da se pojedinačni interesi članova i interes društva neminovno poklapaju, jer (načelno) što je veća dobit društva bit će veća i dividenda, u određenim situacijama, prije svega u situacijama kada dioničari imaju kontrolni paket dionica ili kada na neki drugi način imaju mogućnost utjecati na upravu, navedeni interesi mogu doći u koliziju budući da određen(i) dioničar(i) ima(ju) „moć“ svoje interese ostvariti nauštrb interesa društva, što ujedno znači i nauštrb interesa ostalih dioničara koji takvu „moć“ nemaju.

U ovom radu nastojat će se utvrditi mogu li dioničari pri ostvarivanju upravljačkih prava, a prije svega pri ostvarivanju prava glasa na glavnoj skupštini, postupati u skladu s vlastitim interesima, a nauštrb interesa društva. Je li takvo postupanje nedopušteno i treba li biti sankcionirano, čak i u situacijama koje ZTD-om, niti bilo kojim drugim zakonom, nisu izričito navedene kao protupravne i za koje sankcija nije izričito propisana zakonom. Ono što je možda najvažnije, u ovom će se radu nastojati odrediti pravna osnova na koju se može pozvati osoba koja tvrdi da je postupanje određenog dioničara protivno interesima društva te stoga predlaže sankciju za navedeno postupanje. Naime, u praksi nerijetko javljaju određena postupanja dioničara koja su neminovno protivna interesima društva. Međutim,

11 Pojam „djelovati“ ne odnosi se samo na činidbe koje glase na *činjenje* i *davanje* (lat. *facere* i *dare*) već i na činidbe koje glase na *trpljenje* – ako je ono u interesu društva, (a riječ je o razumnoj i razmjernoj mjeri), te na *propuštanje* - onih radnji koje su protivne zajedničkom interesu svih članova, tj. interesu društva.

12 Vidjeti više u: Barbić, J., *op. cit. u bilj. 6.*, str. 135.

13 Čl. 2. st. 5. ZTD-a

kako zakonom nije izričito navedeno da je riječ o protupravnim postupanjima, niti je za njih zakonom predviđena izričita sankcija, potrebno je pronaći pravnu osnovu temeljem koje bi se takva postupanja mogla okarakterizirati kao protupravna i podložna sankcioniranju.

2. DUŽNOST DIONIČARA NA LOJALNO POSTUPANJE PREMA DRUŠTVU I OSTALIM DIONIČARIMA

2.1. Sadržaj i svrha dužnosti dioničara na lojalno postupanje

2.1.1. Uvodne napomene

Zakon o trgovačkim društvima ne sadrži normu koja bi *eksplicite* obvezivala dioničare na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima. Kroz dugi niz godina pravni teoretičari zemalja tzv. kontinentalnog pravnog kruga dvojili su oko postojanja navedene obveze. Danas gotovo jednoglasno zauzimaju stav kako navedena obveza postoji, a njihov stav već tridesetak godina potvrđuje i sudska praksa.¹⁴ Navedena obveza i dalje nije propisana zakonom već je riječ o pravnom načelu čije se postojanje izvodi iz, a primjena na konkretne situacije temelji na, **teleološkom tumačenju** zakona i pravnih poslova kojima se osniva društvo te stječe članstvo u društvu. Za razliku od zemalja tzv. kontinentalnog pravnog kruga gdje se dioničari ne smatraju vlasnicima već članovima društva, u zemljama tzv. anglosaksonskog pravnog kruga i dalje prevladava stav prema kojem je dioničar vlasnik (*owner*), odnosno suvlasnik (*co-owner*) dioničkog društva, stoga kao takav ima pravo ostvarivati svoja članska prava (odnosno, vlasnička prava – „*ownership rights*“) isključivo u svojem interesu, koji ne mora biti podređen interesu društva, štoviše, može mu biti i protivan.¹⁵ U anglosaksonskom pravu, članove upravnog odbora i izvršne direktore obvezuje tzv. *fiducijarna dužnost* (engl. *fiduciary duty*) prema društvu, koja predstavlja pravni standard u skladu s kojim direktori moraju djelovati kada vode poslove ili zastupaju društvo, a između ostalog, obvezuje ih na lojalno postupanje prema društvu.¹⁶ Naime, direktori su ovlašteni na vođenje poslova i zastupanje društva, što čine u ime i za račun društva, stoga uvijek moraju djelovati isključivo u interesu društva od kojeg u potpunosti moraju apstrahirati vlastite interese, kao i interese trećih osoba koje na njih utječu.

14 Više o stajalištima pravnih teoretičara i sudske prakse zemalja kontinentalnog pravnog kruga vidjeti u dijelu 2.1.3. ovog rada.

15 Više o stajalištima pravnih teoretičara i sudske prakse zemalja anglosaksonskog pravnog kruga vidjeti u dijelu 2.1.2. ovog rada.

16 Više o fiducijarnoj dužnosti vidjeti u: Jurić, Dionis, *Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1. (2007), str. 543. – 553.

Posljednjih godina brojni angloamerički teoretičari¹⁷ zauzimaju stav kako i dioničare koji imaju mogućnost utjecati na direktore također obvezuje *fiducijarna dužnost*. Smatraju, naime, da sve osobe koje imaju mogućnost utjecati na direktore trebaju pritom postupati s jednakom pozornošću i odgovornošću kao i direktori kako se ne bi dogodilo da odluka direktora, donesena pod utjecajem dioničara, bude u interesu potonjih, umjesto u interesu društva.

Ipak, *fiducijarnu dužnost* (engl. *fiduciary duty*) ne treba poistovjećivati s *dužnošću dioničara na lojalno postupanje* (engl. *duty of loyalty*) koja obvezuje dioničare u zemljama kontinentalnog pravnog kruga. Naime, iako se s objema dužnostima postiže identičan učinak (a to je obveza postupanja u skladu s interesima društva), pravni temelji iz kojih proizlaze *fiducijarna dužnost* i *dužnost lojalnog postupanja*, različiti su. Osim toga, *fiducijarna dužnost*, koja izvorno obvezuje direktore, može se primijeniti samo na one dioničare koji imaju mogućnost utjecaja na direktore, dok *dužnost na lojalno postupanje* obvezuje sve dioničare, pa i manjinske.¹⁸

Da bi razumjeli sadržaj, ali i pravni temelj iz kojeg proizlazi dužnost dioničara na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima u hrvatskom pravnom sustavu, najprije ćemo ukratko objasniti *dužnost lojalnog postupanja dioničara* u zemljama kontinentalnog pravnog kruga te već spomenut, veoma sličan institut *fiducijarne dužnosti*, koji egzistira u zemljama anglosaksonskog pravnog kruga.

2.1.2. Anglosaksonski pravni sustav

2.1.2.1. Velika Britanija

Pravni teoretičari, čiji je predmet znanstvenog istraživanja „Pravo društava Velike Britanije“, smatraju da su dioničari vlasnici (*owners*), odnosno suvlasnici (*co-owners*) dioničkog društva,¹⁹ iz čega proizlazi kako je ostvarivanje prava glasa samo *modus* ostvarivanja prava vlasništva nad društvom. Stoga, pravo glasa dioničari mogu ostvarivati vođeni isključivo vlastitim interesima, čak i ako je riječ o interesima koji su suprotni interesima društva.²⁰

17 O stajalištima angloameričkih pravnih teoretičara, vidjeti više u dijelu 2.1.2.2. ovoga rada.

18 O različitim pravnim temeljima iz kojih proizlaze *fiducijarna dužnost* (engl. *fiduciary duty*) i *dužnost lojalnog postupanja dioničara* (engl. *duty of loyalty*), također vidjeti više u dijelu 2.1.2.2. ovoga rada.

19 Kod nas se dioničari ne smatraju vlasnicima društva, što je izričito potvrdio i Ustavni Sud RH u rješenju broj: U-I-4120/2003 gdje je zauzeo sljedeće stajalište: „Niti jedan dioničar, glavni ili manjinski, nema pravo vlasništva nad svojom dionicom, koje pravo bi slijedom toga bilo zajamčeno i zaštićeno odredbama članka 48. Ustava. (...) dioničar nije vlasnik dioničkog društva, nije vlasnik svoje dionice niti je vlasnik svog udjela u temeljnom kapitalu društva.”

20 Davies, Paul L., *op. cit.* u bilj. 5. str., 486.: „ (...) votes are proprietary rights, to the same extent as any other incidents of the shares, which the holder may exercise in his own selfish interests even if these are opposed to those of the company.”; Morse, Geoffrey, *op. cit.* u bilj. 5., str. 391.: „Shareholders do not owe a fiduciary duty to the company. When voting, a shareholder may consult his own interests.”; Stav o dioničarima kao vlasnicima društva

Za razliku od dioničara, direktore, kako izvršne tako i neizvršne, obvezuje tzv. *fiducijarna dužnost* (engl. *fiduciary duty*), koja ih, između ostalog, obvezuje na djelovanje u interesu društva.²¹ Naime, direktori pri vođenju poslova radnje poduzimaju, odnosno poslove sklapaju, u ime i za račun društva - smatra se da je riječ o radnjama, odnosno poslovima, koje je poduzelo samo društvo. Stoga direktori, pri vođenju poslova i zastupanju društva, uvijek moraju djelovati isključivo u interesu društva, isključujući pritom u potpunosti svoje privatne interese te interese trećih osoba koje na njih mogu utjecati. Dok prilikom glasovanja na sjednicama upravnih odbora direktori svoj glas moraju dati vođeni isključivo interesima društva, bitno je različit položaj direktora koji su ujedno i dioničari te kao dioničari imaju mogućnost ostvarivati pravo glasa na glavnoj skupštini društva. Naime, direktori koji na glavnoj skupštini svoje pravo glasa ostvaruju u svojstvu dioničara, mogu glasovati u skladu s vlastitim interesima, zanemarujući pritom interese društva.²² Čak i u situaciji kada je određena osoba, kao direktor, bila obvezna dati određen naputak dioničarima o tome kako glasovati na glavnoj skupštini, ona sama neće morati postupiti prema danom naputku ukoliko na glavnoj skupštini odluči ostvariti pravo glasa koje joj kao dioničaru društva pripada.²³

Iako pravni teoretičari, baš kao i pravna praksa, ističu kako dioničare pri ostvarivanju prava glasa ne obvezuje tzv. *fiducijarna dužnost*, što znači da nisu dužni postupati prema standardima postupanja koji iz te dužnosti proizlaze, to ne znači da je pravo glasa neograničeno pravo, odnosno, da su pri njegovom ostvarivanju dioničari apsolutno slobodni. Naime, većinski dioničari – tj. oni koji imaju dovoljan broj glasova da na skupštini mogu samostalno donositi odluke,²⁴ pri ostvarivanju prava glasa ne smiju povrijediti (isključiti / umanjiti / ograničiti) prava manjinskih dioničara. Doktrinu prema kojoj je pravo glasa većinskog

(*owners*) te o pravu glasa kao načinu ostvarivanja vlasničkog prava (*ownership right*), kojeg dioničari mogu ostvarivati isključivo u vlastitom interesu, zanemarujući pritom interes društva, potvrdila je i sudska praksa. Vidjeti presude: *North-West Transportation Co v Beatty* (1887), *Burland v Earle* (1902), *Goodfellow v Nello Line* (1912).

21 O obvezama koje proizlaze iz *fiducijarne dužnosti* vidjeti više u dijelu 2.1.2.2. ovog rada te u bilješkama 36, 37 i 38.

22 Davies, Paul L., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 486.

23 Vidjeti presudu: *Northern Counties Securities Ltd v Jackson & Steeple Ltd* (1974), kratak sadržaj presude dostupan je u: Davies, Paul L., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 486.

24 Dok većina britanskih autora dioničare koji imaju dovoljan broj glasova da mogu samostalno donositi odluke na skupštini društva naziva „majority shareholder“ (što odgovara pojmu „većinski dioničar“ koji se i kod nas koristi), pojedini autori za navedene dioničare koriste pojam „controlling shareholder“ – primjerice, Morse, G., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 391.; „*Controlling members*“ means those members of a company who possess sufficient voting power to pass the appropriate resolution in general meeting, usually an ordinary resolution“. Budući da se kod nas termin „kontrolni dioničar“ koristi za dioničare koji imaju barem kontrolni prag u društvu (a to je 25% + 1 glas) što im omogućuje blokiranje donošenja odluka koje se donose $\frac{3}{4}$ ili većom većinom, u ovom radu se za termin „controlling shareholder“ - kada se u stranoj literaturi koristi za označavanje dioničara koji ima barem onoliko dionica koliko je potrebno za donošenje odluka na glavnoj skupštini – koristi prijevod „većinski dioničar“, umjesto doslovnog prijevoda, koji bi bio „kontrolni dioničar.“

dioničara ograničeno pravima manjinskih dioničara, razvila je sudska praksa, a teorija prihvatila pod nazivom „*fraud on the minority doctrine*“.²⁵ Prema navedenoj doktrini, ostvarivanje prava glasa većinskih dioničara ograničeno je time da mora biti fer prema manjinskim dioničarima, što znači da će odluke skupštine kojima većinski dioničari zadiru u prava manjinskih biti valjane jedino ukoliko su donesene *bona fide u interesu društva kao cjeline*,²⁶ a ne samo u interesu dioničara koji ima (odnosno koji zajedeno imaju) većinski udio u društvu. Sudovi na području Velike Britanije donijeli su brojne presude kojima ocjenjuju valjanost skupštinskih odluka kojima se mijenja statut društva na štetu manjinskih dioničara (primjerice jer im se njime nameću dodatne obveze),²⁷ odnosno, kojima se manjinski dioničari „istiskuju“ iz društva,²⁸ ovisno o tome jesu li donesene *bona fide u interesu društva* ili ne.

Ipak, danas pravni teoretičari smatraju kako su doktrine „*fraud on the minority*“ i „*bona fide in the interests of company*“ zastarjele te više gotovo da nemaju nikakav značaj. Naime, njih su utjelovili i razvili sudovi kako bi spriječili negativne posljedice (ali samo one najteže) do kojih dovodi tzv. *majority rule* - pravilo prema kojem se odluke ne donose jednoglasno nego većinom glasova, i to najčešće običnom većinom. Unošenjem odredbi usmjerenih na zaštitu manjinskih dioničara u *Companies Act*,²⁹ posezanje za navedenim doktrinarnim pravilima postalo je nepotrebno, budući da se isti učinak može postići na mnogo jednostavniji način, prije svega putem derivativnih tužbi.³⁰

Primjena doktrinarnih pravila „*fraud on the minority*“ i „*bona fide in the interest of company*“ ipak nije u potpunosti isključena. Naime, ukoliko je riječ o izmjeni statuta, sud i dalje može ocjenjivati jesu li sporne izmjene koje utječu na prava manjinskih dioničara valjane, za što će morati procijeniti jesu li učinjene u dobroj vjeri u interesu društva kao cjeline. Iako sadržaj navedenog pravila nije u potpunosti jasan, teorija smatra da bi ga trebalo razumjeti onako kako je objašnjeno u predmetu *Greenhalgh v Arderne Cinemas Ltd* (1951):³¹ „*members should vote in*

25 Davies, P. L., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 487. – 490., Morse, G., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 392.

26 Riječ je o jednoj dužnosti (*bona fide in the interest of the company as a whole*), a ne o dvije dužnosti (*bona fide + in the interest of the company as a whole*), što znači da dioničar postupa u skladu s doktrinom ako pravo glasa ostvaruje onako kako iskreno smatra da je u interesu društva kao cjeline, iako objektivno to možda i nije u interesu društva. Problem je: kako dokazati da osoba nije iskreno vjerovala da je njezin glas dan u interesu društva? Vidjeti više u: Davies, P. L., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 491. – 494.

27 Vidjeti presudu *Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd. (1900)* - prema Davies, P. L., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 487.

28 Britanski pravni teoretičari i sudska praksa koriste pojam „*expropriation of shareholders*“, ali kako kod nas nije prihvaćen koncept dioničara kao suvlasnika nad društvom, u prijevodu rabimo pojam „*istiskivanje*“, umjesto pojmova „*eksproprijacija*“ ili „*izvlaštenje*“ dioničara. Vidjeti presude: *Brown v. British Abrasive Wheel Co. (1919)*; *Sidebottom v. Kershaw, Leese & Co Ltd (1920)*, *Dafen Timplat Co v Llanelly Steel Co (1920)*; *Shuttleworth v Cox Bros Ltd (1927)*; *Re Bugle Press (1961)*, *Gambotto v WCP Ltd (1995)*, sažetci navedenih presuda dostupni su u: Davies, P. L., *op. cit. u bilj. 20.*, str. 487. – 494.

29 *Companies Act* iz 2006., dostupan na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>

30 Više o derivativnim tužbama vidjeti u: Jurić, D., *op. cit. u bilj. 16.*

31 Vidjeti više u: Davies, P. L., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 494.

what they normally believe is in the interest of the company, in the sense of the interests of members as fellow members of association.“

2.1.2.2. Sjedinjene Američke Države

Američki pravni teoretičari, baš kao i britanski, drže da su dioničari vlasnici (owners), odnosno, suvlasnici (co-owners) društva,³² što znači da dioničare, za razliku od direktora, ne obvezuje tzv. *fiducijarna dužnost*.³³ *Fiducijarna dužnost* obuhvaća: *obvezu lojalnog postupanja* (engl. *duty of loyalty*) i *obvezu postupanja s dužnom pozornošću* (engl. *duty of care*).³⁴ Pojedini autori navode još i *obvezu na postupanje u skladu s propisima i aktima društva* (eng. *duty of obedience*),³⁵ *obvezu obavještavanja* (engl. *duty of disclosure*)³⁶ te posebnu *obvezu dodatne pozornosti* koju imaju članovi upravnog odbora ciljnog društva u postupku preuzimanja.³⁷

32 Cheesman, Henry R.; *Contemporary Business Law*, third edition, Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 2000., str. 655.: „Rights of Shareholders: Ownership rights. Shareholders of the corporation own the corporation.“

33 Ibidem, str. 636.: „Except in a few circumstances, shareholders do not owe a fiduciary duty to other shareholders or the corporation.“; Roszowski, Mark E., *Business Law: Principles, Cases and Policy*, fourth edition, Addison-Wesley, Reading Massachusetts, Menlo Park, California, New York, Harlow, England, Don Mills, Ontario, Sydney, Mexico City, Madrid, Amsterdam, 1997., str. 830.: „The ordinary shareholder has no fiduciary duty to the corporation and is entitled to vote her shares for directors or other corporate actions as desired“.

34 Cheesman, Henry R., *op. cit. u bilj.* 32., str. 658.; Roszowski, Mark E., *op. cit. u bilj.* 33., str. 825. – 829.; Jurić, D., *op. cit. u bilj.* 16., str. 4.

35 Cheesman, Henry R., *op. cit. u bilj.* 32., str. 658.: „Duty of Obedience: A duty that directors and officers of a corporation have to act within the authority conferred upon them by state corporation statute, the articles of incorporation, the corporate bylaws, and the resolutions adopted by the board of directors“.

36 Jurić, D., *op. cit. u bilj.* 16., str. 4. i 12. „Obveza obavještavanja je treća obaveza koja proizlazi iz fiducijarne pozornosti, koja dolazi do izražaja u onim situacijama kada se podaci dostavljaju dioničarima kako bi oni mogli donositi valjane i dobre odluke na glavnoj skupštini, te kada se izvještavaju o slučajevima sukoba interesa kako bi mogli tražiti naknadu štete, odnosno spriječiti dovršenje spornih transakcija. Pritom se postavlja pitanje učinkovitih sankcija koje će se primijeniti u slučaju povrede ovakvih obveza. Ako je povreda obveze obavještavanja uočena pravovremeno, može se zahtijevati obavještavanje kojim će se ukloniti taj nedostatak, ali ako je ona utvrđena prekasno, tužitelj bi trebao dokazati da bi pravovremeno i kvalitetno obavještavanje utjecalo na ishod donošenja odluke glavne skupštine. Ako se radi o sukobu interesa, dioničari mogu izravno podnijeti tužbu za naknadu štete zbog povrede obveze vjernosti, a obavještavanje je tada irelevantno.“

37 Jurić, D., *op. cit. u bilj.* 16., str. 12. bilj. 38.: „U pravu SAD-a članovi upravnog odbora mogu slobodno primjenjivati protupreuzimateljske mjere kako bi se zaštitili od neprijateljskih preuzimanja, ali time odlaze u sukob interesa s dioničarima. Stoga se od članova upravnog odbora ciljnog društva traži posebna pozornost pri donošenju odluka o poduzimanju protupreuzimateljskih mjera. U Velikoj Britaniji sloboda upravnog odbora se u tom pogledu ograničava, a odluku o primjeni protupreuzimateljskih mjera donose dioničari.“

Pistor, Katharina and Xu, Chenggang, *Fiduciary duty in Transitional Civil Law Jurisdictions, Lessons from the Incomplete Law Theory*, ECGI - Law Working Paper No. 01/2002., str. 1., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=343480>: „Fiduciary duty's precise meaning

Dužnost lojalnog postupanja, odnosno obveza lojalnosti, najznačajnija je obveza koja proizlazi iz fiducijarne dužnosti direktora. Do izražaja dolazi pri donošenju odluka oko kojih postoji sukob interesa između direktora i društva, budući da navedena dužnost obvezuje direktore da pri donošenju odluka postupaju u interesu društva. Dužnost na lojalno postupanje direktori najčešće krše pri sklapanju ugovora s društvom o transakcijama u vlastitu korist (engl. *self-dealing transactions*), pri donošenju odluka o naknadama za rad direktora (engl. *executive compensation*) te pri prisvajanju koristi od poslovanja društva za osobne potrebe direktora (engl. *corporate opportunity*).³⁸ Nasuprot tome, obveza na postupanje u skladu s dužnom pozornošću dolazi do izražaja pri vođenju poslova i zastupanju društva prema trećima, tj. u onim situacijama koje ne predstavljaju sukob interesa između društva i direktora.³⁹

Iako pravni teoretičari čiji je predmet izučavanja „Pravo društava SAD-a“ navode kako dioničari, kao vlasnici društva (*owners*), načelno nemaju obvezu prilikom ostvarivanja prava glasa vlastite interese podređivati interesima društva, te da dioničari, za razliku od direktora koji su zastupnici i povjerenici društva, nisu obvezani tzv. *fiducijarnom dužnošću*, sudska praksa,⁴⁰ a sve češće i teorija,⁴¹ ipak

is difficult to discern without references to large body of case law. Judg-made law has over time carved out a subset of specific obligations and standards of conduct associated with the principle. Most widely accepted are the duty to care and the duty of loyalty, where the duty of loyalty refers to situations in which conflicts of interest is present. More recently it has been proposed to add the duty of disclosure and the duty of the special care when a company is a takeover target“.

38 Jurić, D., *op. cit.* u bilj. 16., str. 4-8.

39 *Ibidem*, str. 8-12.

40 Najpoznatiji je predmet iz 1969. godine *Jones v H.F. Ahmanson & Co*, 460 P.2d 464 (Cal. 1969), gdje je Vrhovni Sud države Kalifornije presudio „*Majority shareholders may not use their power to control corporate activities to benefit themselves or in a manner detrimental to the minority. Any use to which they put the corporation or their power to control the corporation must benefit all shareholders proportionately...*“. Ovakav stav potvrđen je i presudama *Sinclair Oil Corp. V. Levien*, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971) te *Kahn v' Lynch Commc'ns, Inc.*, 638 A.2d 1110, 1115 (Del. 1994).

41 Cahn, Andreas i Donald, David C., *Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Dubai, Tokio, 2010., str. 576. „*Delaware Courts explicitly and repeatedly recognize that controlling shareholders (even if not majority shareholder) have a duty of loyalty to the minority.*“; Roszkowski, Mark E., *op. cit.* u bilj. 33., str. 829. i 830.; „*A number of cases have considered the nature of the duty owed by corporate directors and controlling shareholders to shareholders owning a minority of the corporation's stock. (...) The ordinary shareholder has no fiduciary duty to the corporation and is entitled to vote her shares for directors or other corporate actions as desired. Courts have, however, subjected a shareholder who possesses a controlling bloc of stock to fiduciary duty. Thus, controlling shareholders, through their ability to elect directors approve extraordinary corporate matters, may not cause the corporation to take action that unfairly and adversely affects the rights of minority shareholders.*“; Cheesman, Henry R., *op. cit.* u bilj. 32., str. 653. „*Shareholders usually do not owe a fiduciary duty (...). Many courts, however, have held that a controlling shareholder does owe a fiduciary duty to minority shareholders. A controlling shareholder is one who*

zauzimaju stav kako i kontrolne dioničare (tj. one koji drže onoliko dionica koliko je potrebno za blokiranje odluka koje se donose na skupštini društva te na taj način utječu na upravljanje društvom) obvezuje fiducijarna dužnost prema manjinskim dioničarima. Prema dosadašnjoj sudskoj praksi, kontrolni dioničari mogu povrijediti fiducijarnu dužnost koju imaju prema manjinskim dioničarima, ako: a) raspolažu imovinom društva na način koji će uzrokovati neuobičajen gubitak za manjinske dioničare, b) raspolažu imovinom društva u svoju korist, po cijeni nižoj od fer tržišne cijene (engl. *fair market value*), c) prodaju kontrolni paket dionica osobi za koju znaju da namjerava djelovati na štetu društva te koja to i učini, d) poduzmu bilo koju drugu radnju koja dovodi do povrede prava manjinskih dioničara.⁴² Ovo područje prava još se razvija. Nema ustaljenih pravila, već sudovi u svakom predmetu odlučuju prema konkretnim okolnostima.

Treba istaći kako fiducijarna dužnost, koju američki sudovi primjenjuju i na kontrolne dioničare, ne proizlazi iz pravnog akta koji je temelj za osnivanje društva, odnosno iz pravnog posla kojim su dioničari naknadno pristupili društvu, što je pravni osnov iz kojeg proizlazi dužnost na lojalno postupanje dioničara prema društvu i ostalim dioničarima kakva postoji u kontinentalnim pravnim sustavima, o čemu će više govora biti u nastavku rada. Obveza o kojoj je ovdje riječ (fiducijarna obveza), nije dužnost koja pripada dioničarima kao članovima zajednice, koji su dužni djelovati (ili barem ne ometati one koji aktivno djeluju) u ostvarivanju cilja društva kojem su podređeni njihovi pojedinačni interesi. Ovdje je riječ o dužnosti koja izvorno obvezuje direktore kao „mandatare“, odnosno zastupnike društva, koji su dužni djelovati u ime i za račun društva, isključivo u interesu društva. Pravni osnov iz kojeg proizlazi fiducijarna dužnost direktora je zakon (koji propisuje navedenu obvezu) te odluka glavne skupštine kojom se imenuju direktori i ugovor kojeg direktori sklapaju s društvom prihvaćajući odluku društva kojom ih se imenuje na direktorsku poziciju. Međutim, američka teorija i praksa ustraju na tezi da ako određeni dioničar (ili više njih koji djeluju zajedno) stekne mogućnost utjecati na direktore, tada i na njega treba primijeniti obvezu postupanja koja vrijedi za direktore. Smatraju, naime, kako fiducijarna dužnost obvezuje svakoga tko ima moć utjecati na donošenje odluka koje se donose u ime i za račun društva, odnosno svakoga tko ima moć utjecati na direktore - jer su oni „mandatari“ društva koji djeluju u ime i za račun društva. U suprotnom, tj. kada se *duty of loyalty* (kao sastavni dio *fiduciary duty*) ne bi primijenila i na dioničare koji mogu utjecati na direktore, došlo bi do toga da direktori donose odluke koje su u interesu dioničara po čijim uputama djeluju, umjesto u interesu društva.

owns a sufficient numbers of shares to control the corporation effectively, but may or may not be majority ownership.“

42 Cheesman, Henry R., *op. cit.* u bilj. 32., str. 653.

Ipak, pojedini američki pravni teoretičari⁴³ ističu kako obveza kontrolnih dioničara na lojalno postupanje prema manjinskim dioničarima nije poseban vid tzv. fiducijarne dužnosti koja izvorno obvezuje direktore društva. Naime, u situacijama gdje dioničar daje upute ili na drugi način vrši utjecaj na direktore, djelujući pritom u vlastitom interesu, riječ je o klasičnoj zlouporabi položaja, što znači da je upravo zlouporaba položaja, a ne povreda fiducijarne dužnosti, temelj za odgovornost dioničara koji je naveo direktora da postupi u njegovom interesu umjesto u interesu društva, čime je direktor (ali ne i dioničar) povrijedio fiducijarnu dužnost.⁴⁴

Pojedini autori smatraju da fiducijarna dužnost obvezuje i manjinske dioničare, pogotovo otkad im se priznaju veća prava i sve učinkovitija pravna sredstva za njihovu zaštitu, posebice nakon Enrona.⁴⁵

43 Dalley, Paula J., *The Misguided Doctrine of Stockholder Fiduciary*, *Hofstra Law Review*, Vol. 33:175, siječanj 2004., str. 175.-122., dostupno na: http://works.bepress.com/paula_dalley/16, gdje u zaključku rada na str. 122. autorica ističe: „*Controlling stockholders' fiduciary duties are judicial invention stimulated by a desire to provide relief to minority shareholders who later regretted their own or their decedent's bargains and encouraged by scholars advocating a neo-marxist view of investing. Although such a duties have been enforced in some jurisdictions for a quarter-century, they continue to be poorly understood and undertheorized. Even a cursory examination of the offered justifications for such duties reveals the weaknesses of such justifications. More importantly, a reasoned understanding of fiduciary duties reveals that they are both unnecessary and inappropriate restrictions on stockholder's freedom to act.*“

44 Vidjeti više u: Dalley, Paula J., *Shareholder (and Director) Fiduciary Duties and Shareholder Activism*, *Houston Business and Tax Journal*, siječanj 2008., str. 301- 336., dostupno na: http://works.bepress.com/paula_dalley/3, gdje autorica naglašava kako dioničari nemaju fiducijarnu dužnost, što znači da nemaju obvezu postupati lojalno prema društvu, osim ako imaju ovlast odlučivanja o poslovima društva, s time da mora biti riječ o pravno utemeljenoj ovlasti. Primjerice, ako se statutom nadležnost uprave dijelom prenese na glavnu skupštinu, što je u SAD-u moguće, u tom slučaju skupština, tj. dioničari kao njeni članovi, zajedno djeluju kao mandatar društva za poslove koji su na skupštinu statutom preneseni, pa ih pri odlučivanju o navedenim poslovima obvezuje i fiducijarna dužnost, što uključuje i dužnost na lojalno postupanje. Ako dioničar ima samo faktičnu moć utjecaja na direktora, direktor je i dalje mandatar društva, pa ako postupi prema uputama dioničara odgovarat će za štetu koja je nastala društvu, a s njim će solidarno odgovarati i oni dioničari koji su zlorabili položaj koji imaju u društvu te neovlašteno utjecali na direktore.

45 Vidjeti više u: Anabtawi Iman i Stout, Lynn A., *Fiduciary Duties For Activist Shareholders*, *UCLA School of Law, Law and Economics Research Paper Series, Research Paper No. 08-02*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1089606>, str. 64. :“*Dramatic changes in the markets, in business practices and institutions, and in corporate law, have given minority shareholders in public firms more power to influence corporate policy than they have ever enjoyed before. (...) The corporate law rules of fiduciary duty are well suited to address that problem. This Article demonstrates this by proposing a reinterpretation of shareholder loyalty rules that treats all shareholders, controlling and minority alike, as subject to a lent duty of loyalty. That duty would be triggered whenever a shareholder successfully employs its shareholder status to promote a corporate action that gives it a personal, material economic benefit to the detriment or exclusion of other shareholders.*“

2.1.3. Kontinentalni pravni sustav

2.1.3.1. Njemačka

Isprva su, točnije još od 19. stoljeća, njemački sudovi priznavali kako dužnost lojalnog postupanja članova prema društvu i međusobno postoji jedino u društvima gdje su članovi usko povezani svojom osobnošću, tj. u ortaštvima i društvima osoba.⁴⁶ Riječ je o društvima u kojima dužnost lojalnosti proizlazi iz međuovisnosti koja postoji među članovima, budući da je u navedenim društvima osobni doprinos svakog člana bitan za ostvarenje cilja radi kojeg je društvo osnovano. Ipak, 1975. godine, Savezni vrhovni sud proširio je dužnost lojalnog postupanja i na članove društva s ograničenom odgovornošću,⁴⁷ budući da je u pravilu riječ o društvima s malim brojem članova koji se najčešće međusobno poznaju prije osnivanja društva, nerijetko su i rodbinski povezani, a uz to je uobičajeno da su svi, ili barem jedan član, ujedno i direktori društva. Naposljetku je Savezni vrhovni sud priznao kako dužnost lojalnog postupanja obvezuje i članove dioničkih društava, iako je riječ o osobama koje, u pravilu, nisu međusobno povezane osobnim niti rodbinskim vezama, a najčešće se međusobno uopće ne poznaju. Najprije je, 1988. godine, u presudi *Linotype*⁴⁸ ustanovio kako dužnost lojalnog postupanja obvezuje većinske dioničare u odnosu prema manjinskim, a potom je 1995. godine, presudom *Girmes*⁴⁹ obvezu lojalnog postupanja proširio i na manjinske dioničare.

U predmetu *Linotype* manjinski dioničari pobijali su odluku glavne skupštine o likvidaciji dioničkog društva, za koju je glasovao jedino većinski dioničar. Manjinski su dioničari tvrdili kako je svrha navedene odluke bila omogućiti većinskom dioničaru da integrira dijelove poduzeća u drugo društvo (u kojem je imao prevladavajući utjecaj), što nije mogao učiniti spajanjem dvaju društava budući da je za to bio potreban pristanak svih dioničara. Prije održavanja glavne skupštine, većinski dioničar već se sastao s članovima uprave kako bi dogovorio detalje oko prijenosa imovine, prije svega vrijednost imovine koja je trebala biti prenesena. Sud je zauzeo stav kako je većinski dioničar povrijedio dužnost na lojalno postupanje prema manjinskim dioničarima time što je s upravom dogovorio prijenos imovine prije nego što je manjinskim dioničarima pružio mogućnost da se o tome očituju. Najvažnije što je sud ustanovio vezano uz dužnost dioničara na lojalno postupanje jest to što je istaknuo kako svatko tko ima mogućnost ostvarivati kontrolu nad društvom ima i dužnost postupati lojalno prema društvu.

Od 1995. godine i presude *Girmes* dužnost lojalnog postupanja proširena je i na manjinske dioničare koji imaju mogućnost blokirati donošenje odluka od ključnog značaja za društvo. Sud je, naime, presudio kako blokiranje donošenja

46 Vidjeti više u: Gorenc, V., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 256. i 257; Marković – Bajalović, Dijana, *Ništavost i pobojnost odluke skupštine akcionarskog društva, Pravo u gospodarstvu, Vol. 51, br. 3., svibanj 2012.*, str. 722.

47 ITT-Decision, BGHZ 65, 15 (1975)

48 Linotype decision, BGHZ 103, 184 (1988)

49 Girmes Decision, BGHZ 129, 136 (1995)

odluke glavne skupštine koja je mogla spasiti društvo od likvidacije, predstavlja povredu obveze na lojalno postupanje koju dioničari međusobno imaju. Naime, kada je društvo *Girmes* postalo insolventno, sazvana je glavna skupština kako bi se donijela odluka o smanjenju temeljnog kapitala, na što manjinski dioničari nisu pristali, stoga je propao plan refinanciranja, a nad društvom je otvoren stečajni postupak. Dioničari koji su glasovali za odluku o smanjenju temeljnog kapitala, pred sudom su tražili naknadu štete od dioničara koji su glasovali protiv navedene odluke, navodeći kako ne bi bili ostali bez svojih uloga u društvu da je temeljni kapital smanjen i proveden plan restrukturiranja. Sud je usvojio njihov zahtjev, navodeći kako su dioničari dužni međusobno postupati lojalno, stoga nisu ovlašteni blokirati donošenje skupštinskih odluka iz sebičnih razloga, osobito kada je riječ o odluci o kojoj ovisi opstanak društva.⁵⁰ Ovakvo stajalište Savezni vrhovni sud potvrdio je i u predmetu *Armbruster*.⁵¹

2.1.3.2. Hrvatska

Dužnost dioničara na lojalno postupanje bilo prema društvu, bilo prema ostalim dioničarima, nije izričito predviđena niti ZTD-om, niti bilo kojim drugim zakonom kojim se uređuje područje prava društava. To ipak ne znači kako navedena dužnost ne postoji.

Iako hrvatska pravna praksa, prema saznanjima autorice ovog rada, još uvijek nije izričito potvrdila da postoji dužnost dioničara na lojalno postupanje (niti prema društvu, niti prema ostalim dioničarima), pravni teoretičari nedvojbenim drže kako navedena obveza postoji.⁵² Ovdje treba istaknuti kako hrvatski pravni sustav, općenito, pa tako i kada je o pravu društava riječ, spada u tzv. kontinentalni pravni sustav. Pri donošenju Zakona o trgovačkim društvima kao uzor su poslužili prvenstveno njemački, a dijelom i austrijski zakoni čiji je *sedes materiae* pravo društava.⁵³ Da bi se naš ZTD mogao primijeniti na način na koji se primjenjuju zakoni koji su poslužili kao uzor pri njegovom donošenju, nije dovoljno što je s njima formalno usklađen, već ga treba tumačiti onako kako se tumače zakoni zemalja uzora. Pritom nam uvelike mogu pomoći sudska praksa i pravna teorija navedenih zemalja. Budući da, kao što smo objasnili u dijelu 2.1.3.1. ovog rada, njemačka pravna teorija prihvaća, a sudska praksa već godinama potvrđuje kako

50 Više o presudama *Linotype* i *Girmes* vidjeti u: Pistor Katharina i Xu Chenggang, *op. cit. u bilj.* 37., str. 33. i 34; Chan, Andreas i Donald, David C., *op. cit. u bilj.* 41., str. 576.

51 *Armbrüster* – BGH, II ZR 240/08 (KG), presuda donesena 19. 10. 2009, dostupno na: <http://zip-online.de/c35da2c055dd1de51338756daa11d41e>

52 Barbić, Jakša, *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Svezak I., Dioničko društvo, Peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2010.*, str. 517. – 520.; Gorenc, Vilim, *op. cit. u bilj.* 5., str. 256. i 257.

53 O zakonima koji su poslužili kao uzor pri donošenju ZTD-a vidjeti više u: Barbić, Jakša, *Zakon o trgovačkim društvima (redakcijski pročišćeni tekst) s uvodnim objašnjenjima, pregledom usklađenosti s europskim pravom i abecednim kazalom, Peto, izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2010.*, str. 1. -3.; Barbić, J., *op. cit. u bilj.* 6., str. 100. – 102.

dužnost dioničara na lojalno postupanje postoji, nema opravdanog razloga da se kod nas od navedenog stajališta odstupi.

Hrvatski pravni teoretičari, iako za navedenu obvezu koriste različite nazive (*dužnost lojalnog postupanja, načelo povjerenja, načelo vjernosti*),⁵⁴ suglasni su ne samo glede postojanja već i glede sadržaja navedene obveze. Ukratko, **načelo lojalnog postupanja dioničara**, kako ćemo navedenu dužnost dalje nazivati u ovome radu, treba shvatiti kao mjerilo, tj. *standard* kojim se dioničari trebaju voditi pri ostvarivanju upravljačkih prava u društvu. Iako se dioničare ni na koji način ne može obvezati na ostvarivanje upravljačkih prava, jer je dioničko društvo prototip društva kapitala,⁵⁵ uvijek kada dioničar navedena prava odluči ostvariti, morat će, kao član zajednice (tj. društva), djelovati u njezinom interesu, kojem će morati podrediti svoje pojedinačne interese. Ako valjanost dioničarevog postupanja bude dovedena u pitanje radi postupanja protivno navedenoj obvezi, sud će morati, vođen načelom lojalnosti kao pravnim standardom, procijeniti sljedeće: a) kakve obveze u konkretnoj situaciji proizlaze iz načela lojalnosti, te b) je li dioničar pri ostvarivanju svojih prava povrijedio navedene obveze – čime, ujedno, dolazi do povrede načela lojalnosti kao apstraktne pravne norme. Prema tome, sadržaj načela lojalnosti, kao apstraktne, nepisane pravne norme, ne može se unaprijed odrediti jer ovisi o konkretnoj situaciji na koju se ima primijeniti. Stoga se može zaključiti kako navedeno načelo ima dvojako značenje; značenje *in abstracto* i značenje *in concreto*.

Načelo lojalnog postupanja dioničara - *in abstracto* - predstavlja pravni standard kojeg moraju uzeti u obzir kako sami dioničari prilikom ostvarivanja

54 Barbić, J., *op. cit. u bilj. 52.*, str. 517. – 520., koristi naziv „*obveza lojalnog postupanja prema društvu i ostalim dioničarima*“; Gorenc, V., *op. cit. u bilj. 5.*, str. 256., koristi naziv „*načelo povjerenja*“ pozivajući se na njemački naziv „*Treupflicht*“; Slakoper, Zvonimir, *Društvo s ograničenom odgovornošću u sudskoj praksi i pravnoj teoriji*, RiF, Zagreb, 2001, na str. 309. – 320., njemački naziv „*Treupflicht*“ prevodi kao „*načelo vjernosti*“, s time da ističe kako razumijevanju ove ustanove doprinosi i spominjanje drugog njemačkog izraza za navedenu ustanovu, a to je „*Loyalitätspflicht*“ koji na hrvatski prevodi kao „*obveza lojalnosti*“. Iako prof. Slakoper govori o „načelu vjernosti“ koje postoji u odnosu članova društva s ograničenom odgovornošću, kako međusobno, tako i u odnosu prema društvu, budući da njemačka teorija i praksa pojam „*Treupflicht*“ koriste za odnos članova prema društvu i međusobno, kako za d.o.o., tako i za d.d., autorica ovog rada vjeruje se isti prijevod (tj. „načelo vjernosti“) može upotrijebiti i za načelo koje postoji u odnosu dioničara prema dioničkom društvu i međusobno.

55 Za razliku od društava osoba gdje svi članovi (kod j.t.d.-a), odnosno komplementari (kod k.d.-a), imaju obvezu voditi poslove i zastupati društvo, osim ako su društvenim ugovorom od takve obveze izuzeti, u društvima kapitala (d.d. i d.o.o.) članovi uprave (direktori) zaduženi su za vođenje poslova i zastupanje društva, što čine samostalno i na vlastitu odgovornost. Na dioničarima / članovima d.o.o.-a ostaju samo tzv. upravljačka prava, od kojih je najvažnije pravo glasa, kojeg ostvaruju na (glavnoj) skupštini pri odlučivanju o pitanjima koja su zakonom (ili iznimno, statutom / društvenim ugovorom) stavljena u nadležnost (glavne) skupštine – riječ je o odlukama kojima se mijenja statut / društveni ugovor, odlučuje o isplati dijela dobiti članovima te o pitanjima od sudbinskog značaja za društvo kao što su uvrštenje na uređeno tržište, prijenos poduzeća i sl.

upravljačkih prava, tako i sud, kada ocjenjuje je li postupanjem dioničara povrijeđena obveza koja se javlja u konkretnim situacijama, a proizlazi upravo iz načela lojalnosti. Iz ovoga proizlazi kako navedeno načelo ima tzv. ograničavajuću funkciju⁵⁶ koja podrazumijeva da dioničar putem upravljačkih prava može ostvarivati svoje pojedinačne interese do „granice“ čijim prelaskom bi povrijedio interese društva ili razumne pojedinačne interese ostalih dioničara.

Sada kada smo odredili sadržaj, odnosno funkciju načela lojalnosti *in abstracto*, treba naglasiti da se u konkretnim situacijama konkretizira i sadržaj samog načela. Riječ je o drugom značenju načela lojalnosti, odnosno o njegovom značenju *in concreto*. Primjerice, ako bi nastao sukob interesa između dioničara međusobno ili između dioničara i društva, koji se ne bi mogao riješiti primjenom postojećih zakonskih ili statutarnih normi, takav bi sukob trebalo riješiti primjenom načela lojalnosti. Što to konkretno znači, tj. koje bi konkretne obveze pritom nastale, ovisi isključivo o situaciji koju je potrebno razriješiti. Zato se kaže da sadržaj načela lojalnost *in concreto* ovisi o situaciji na koju se primjenjuje. Primjerice, ako dioničar svojim glasovanjem na glavnoj skupštini onemogućava donošenje odluka koje su potrebne za restrukturiranje poslovanja i opstanak društva, takvo postupanje je nealojalno i treba ga sankcionirati, iako ne postoji izričita zakonska norma koja bi takvo što predviđala i koja bi se na opisanu situaciju mogla izravno primijeniti. – (Da je navedeno postupanje nealojalno, proizlazi iz sadržaja načela lojalnosti *in abstracto* koje služi kao standard pri ocjenjivanju je li određeno postupanje lojalno ili ne). U opisanoj situaciji konkretna obveza koja proizlazi iz načela lojalnosti jeste ta da je dioničar dužan ostvarivati pravo glasa u skladu s interesima društva, a sankcija za postupanje protivno navedenoj obvezi jest ništetnost glasa koji je protivan interesima društva. – (Ovo je tzv. sadržaj načela lojalnosti *in concreto* koji bi u drugoj situaciji⁵⁷ bio bitno drugačiji.)

Kako se volja društva stvara na glavnoj skupštini, glasovanjem o točkama koje su na dnevnom redu, pri čemu dioničari s većinskim pravom glasa imaju mogućnost svoju volju nametnuti kao volju društva, slijedi da je svrha načela lojalnosti zaštita interesa manjinskih dioničara od samovolje većinskih, jer manjinski dioničari, upravo zahvaljujući načelu lojalnosti imaju mogućnost dokazati kako odluka koja je donesena na skupštini ne može predstavljati odluku društva donesenu u skladu

56 Pojam „ograničavajuća funkcija“ načela vjernosti koristi Slakoper, Z., *op. cit. u bilj.* 54., str. 310.

57 Npr. Ako bi manjinski dioničar koristio svoje pravo na postavljanje pitanja upravi na način da time uskraćuje ili ograničava pravo ostalih dioničara na postavljanje pitanja (primjerice, jer je postavio toliko pitanja da uprava objektivno ne može na njih odgovoriti u vremenu koje je predviđeno za trajanje glavne skupštine), riječ je o nealojalnom postupanju dioničara prema ostalim dioničarima, jer je obveza dioničara (koja proizlazi iz načela lojalnosti) postavljati pitanja na način da se ne ometa rad skupštine i ne uskraćuje niti ograničava pravo ostalih dioničara na ostvarivanje istog prava, a uz to pitanje mora biti razumno i svrhovito (tj. njegov cilj mora biti dobivanje pojašnjenja od uprave o pitanjima koja su na dnevnom redu, s time da mora biti riječ o pojašnjenju koje može utjecati na ostvarivanje glasačkih prava). U suprotnom, predsjednik može ocijeniti kako je radi nepoštivanja načela lojalnosti postavljeno pitanje ništetno te uprava neće imati obvezu na njega odgovoriti.

s razumnim i očekivanim interesima društva (koji proizlaze iz osnivačkog akta i izjava o osnivanju), već predstavlja odluku u kojoj je zastupljen privatni interes dioničara koji imaju većinu u društvu. Naime, iako se „nelojalnom odlukom“ glavne skupštine izravno vrijeđa interes društva, vrijeđa se i interes manjinskih dioničara koji se poklapa s interesom društva. S druge strane, treba naglasiti da dužnost lojalnog postupanja obvezuje i manjinske dioničare.⁵⁸ Stoga oni, primjerice, ne smiju blokirati donošenje odluka koje su u interesu društva, ne smiju pobijati odluke glavne skupštine s isključivim ciljem ometanja njihove provedbe iako znaju da je njihov zahtjev za pobijanjem neutemeljen i da će biti odbijen, ne smiju zloupotrebjavati pravo na obaviještenost, tj. postavljati pitanja upravi na način koji onemogućava ili ograničava mogućnost postavljanja pitanja ostalim dioničarima ili je iz nekih drugih razloga riječ o postupanju koje predstavlja šikanu.

2.2. Pravni osnov (temelj) dužnosti članova društva na lojalno postupanje

2.2.1. Uvodna razmatranja

Zakon o trgovačkim društvima sadrži određene norme koje se mogu smatrati konkretizacijom načela lojalnog postupanja dioničara prema društvu i ostalim dioničarima. Primjerice, čl. 273. st. 1. ZTD-a predviđa odgovornost dioničara za štetu koju je član uprave ili nadzornog odbora počinio društvu (ili nekom od dioničara) djelujući pod utjecajem dioničara. Člankom 224. st. 1. ZTD-a propisana je obveza dioničara na vraćanje isplata koje su primili protivno Zakonu, a člankom 191. ZTD-a odgovornost osnivača za štetu koja je društvu nastala prilikom osnivanja radi netočnosti i nepotpunosti podataka koje su dali. U članku 360. st. 2. ZTD-a, kao razlog zbog kojeg se tužbom može pobijati odluka glavne skupštine, navodi se: „glasovanje kojim je neki od dioničara pokušao za sebe ili drugoga steći korist na štetu društva ili drugih dioničara, što se pobijanom odlukom i postiže“.

Sve navedene norme proizašle su iz načela lojalnog postupanja dioničara, ali se više ne smatraju njegovim dijelom. Naime, ako u praksi nastane situacija na koju se može primijeniti neka od zakonom predviđenih normi koja je proizišla iz načela lojalnosti, ta će se norma primijeniti *ex lege*, kao dio zakona koji se na konkretnu situaciju ima primijeniti. Suprotno tome, ako dođe do sukoba interesa bilo među dioničarima, bilo između dioničara i društva, a zakon ne sadrži normu koja bi se na navedeni sukob interesa mogla izravno primijeniti, sukob će se riješiti primjenom načela lojalnosti, a sud će morati odrediti, teleološkim tumačenjem, kakav je sadržaj tog načela *in concreto*. Prema tome, zakonske norme koje su proizišle iz načela lojalnosti više ne predstavljaju sadržaj tog načela u užem smislu jer je pravni osnov za njihovu primjenu na konkretnu situaciju upravo činjenica da je riječ o

58 Pojedini autori smatraju da se dužnost lojalnog postupanja odnosi samo na dioničare koji imaju kontrolni prag te slijedom toga izravno mogu utjecati na donošenje odluka koje su protivne interesu društva. Vidjeti, primjerice, Marković – Bajalović, Dijana, *op. cit. u bilj.* 46., str. 723.

zakonskim normama koje se primjenjuju *ex lege* kao dio zakona. Nasuprot tome, kada sud određeni sukob interesa želi riješiti primjenom načela lojalnosti, jer ne postoji zakonska norma koju bi mogao izravno primijeniti na konkretnu situaciju, odnosno, kada se strana u sporu želi pozvati na načelo lojalnosti iz kojeg su prema njenom mišljenju u određenoj situaciji proizišla određena prava ili obveze, morat će se pozvati na valjanu pravnu osnovu, odnosno na valjani pravni temelj, kako bi primjena navedenog načela uopće mogla doći u obzir. Naime, svaka norma koju sud primjenjuje mora imati svoje pravno izvorište (tj. svoj pravni osnov / temelj) bilo u nekom od heteronomnih izvora (Ustav, zakon, podzakonski pravni akt), bilo u nekom od autonomnih izvora prava (ugovor, običaj, praksa uspostavljena među trgovcima).

2.2.2. Pravni temelj dužnosti članova na lojalno postupanje u društvima koja se osnivaju društvenim ugovorom

Društva su zajednice osoba nastale privatnopravnim poslom, radi ostvarenja zajedničkog cilja.⁵⁹ Kao što iz same definicije proizlazi, osnivački akt svakog društva je privatnopravni posao. Najčešće je riječ o ugovoru, pa je primjerice osnivački akt društva s ograničenom odgovornošću, komanditnog društva i javnog trgovačkog društva, tzv. društveni ugovor.⁶⁰ Društvo s ograničenom odgovornošću može osnovati i jedna osoba, pa tada osnivački akt nije društveni ugovor, već izjava o osnivanju.⁶¹ I izjava o osnivanju je pravni posao, ali nije ugovor već jednostrana izjava volje. Zakon o obveznim odnosima⁶² (dalje: ZOO) predstavlja *ius generalis* za sve obvezne odnose. Tim se zakonom prije svega uređuju ugovori, kao najčešći pravni poslovi, ali je izričito propisano kako se sve što vrijedi za ugovore na odgovarajuć način primjenjuje i na ostale pravne poslove, što znači i na jednostrane izjave volje.⁶³ U Zakonu o obveznim odnosima izričito su navedena načela koja su stranke obveznih odnosa dužne poštivati kako prilikom zasnivanja obveznih odnosa, tako i prilikom ispunjavanja obveza koje iz tih odnosa proizlaze. U ovom dijelu rada pozornost će biti usmjerena na sljedeća načela: *načelo savjesnosti i poštenja*,⁶⁴

59 Definicija pojma društvo, analizira se u Uvodu ovog rada.

60 Čl. 387. st. 1. ZTD-a: „Društvo s ograničenom odgovornošću osniva se na temelju ugovora kojega sklapaju osnivači (društveni ugovor). Svi osnivači moraju potpisati ugovor koji se sklapa u obliku javnobilježničkog akta ili privatne isprave koju potvrdi javni bilježnik“; čl. 71. ZTD-a: „Svi odnosi između članova javnog trgovačkog društva uređuju se društvenim ugovorom“; čl. 133. ZTD-a: „Komanditno društvo osniva se ugovorom (društvenim ugovorom).“

61 Čl. 387. st. 2. ZTD-a

62 Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08

63 Čl. 14. st. 3. ZOO-a

64 Čl. 4. ZOO-a: „U zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja.“

načelo dužnosti suradnje,⁶⁵ *načelo dužnosti ispunjenja obveza*⁶⁶ i *načelo zabrane zlouporabe prava*⁶⁷. U dijelu rada u kojem ćemo govoriti o naknadi štete do koje je došlo uslijed povrede načela lojalnosti, usredotočit ćemo se na *načelo zabrane počinjenja štete*⁶⁸ koje je također izričito propisano Zakonom o obveznim odnosima.

Pri osnivanju društva s ograničenom odgovornošću, javnog trgovačkog društva i komanditnog društva, njihovi osnivači sklapaju ugovor (tzv. društveni ugovor) koji ima određene specifičnosti po kojima se razlikuje od ostalih ugovora. No nedvojbeno je riječ o ugovoru na kojeg se, i pri sklapanju, i pri ispunjenju obveza koje iz njega proizlaze, primjenjuju gore navedena načela obveznog prava. Izjava o osnivanju društva, koju u obliku javnobilježničke isprave daje jedini osnivač društva s ograničenom odgovornošću, također je pravni posao (jednostrana izjava volje), stoga se, sukladno čl. 14. st. 3. ZOO-a, i na nju primjenjuju navedena načela. To znači sljedeće: sklapanjem društvenih ugovora, odnosno davanjem izjave o osnivanju društva, osnivači su se obvezali kako će učiniti sve što je potrebno da društvo nastane te kako će u društvo unijeti uloge na koje su se ugovorom / izjavom obvezali. Osim toga, društvenim ugovorom / izjavom o osnivanju, odredit će predmet poslovanja društva, odnosno popis djelatnosti putem kojih će društvo ostvarivati svoj cilj. Ostvarivanje cilja društva zapravo je ostvarivanje zajedničkog interesa svih članova, stoga oni, kao članovi zajednice, tijekom cijelog vremena njezinog postojanja, moraju stremiti k ostvarenju navedenog interesa. I dok u društvima osoba svi, odnosno određeni članovi, imaju obvezu aktivno sudjelovati u ostvarenju interesa društva jer im po samom zakonu pripada obveza vođenja poslova

65 Čl. 5. ZOO-a: „*Sudionici obveznih odnosa dužni su surađivati radi potpunog i urednog ispunjenja obveza i ostvarivanja prava u tim odnosima.*“ Protivno ovom načelu bilo bi ponašanje članova društva kojim se ometa ostvarivanje interesa društva, ali i ostvarivanje pojedinačnih interesa ostalih dioničara koji su razumni i očekivani.

66 Čl. 9. ZOO-a: „*Sudionik u obveznom odnosu dužan je ispuniti svoju obvezu i odgovoran je za njezino ispunjenje.*“ Pri osnivanju društva osnivači se obvezuju na ostvarivanje zajedničkog interesa koji postaje interes društva. Budući da u društvima kapitala članovi nemaju obvezu ostvarivati svoja upravljačka prava, njihovo ispunjenje navedene obveze sastoji se uglavnom u propuštanju, tj. u propuštanju poduzimanja onih radnji kojima bi mogli ometati upravu, prokuriste, punomoćnike, zaposlenike, aktivne dioničare ili bilo koju drugu osobu koja svojim djelovanjem može pridonijeti ostvarenju interesa društva.

67 Čl. 6. ZOO-a: „*Zabranjeno je ostvarivanje prava iz obveznog odnosa suprotno svrsi zbog koje je ono propisom ustanovljeno ili priznato.*“ Primjerice, ZTD članovima društava kapitala priznaje tzv. upravljačka prava kako bi mogli aktivno sudjelovati u stvaranju volje društva, sudjelujući u donošenju odluka koje su kao odluke od sudbinskog značaja za društvo stavljene u nadležnost skupštine. Cilj ostvarivanja upravljačkih prava (radi kojeg je zakonodavac navedena prava dodijelio članovima društva) je pružanje mogućnosti članovima da, kao osobe koje su po prirodi stvari najviše zainteresirane da društvo dobro posluje, aktivno sudjeluju u korporativnom upravljanju društvom kako bi upravljanje bilo što uspješnije. Slijedom toga, zabranjeno je ostvarivati upravljačka prava na način koji bi bio protivno svrsi radi koje ih je zakonodavac dodijelio članovima društava kapitala – primjerice, zabranjeno bi bilo ostvarivati upravljačka prava radi zadovoljenja svojih privatnih interesa, a nauštrb društva ili ostalih dioničara.

68 Čl. 8. ZOO-a: „*Svatko je dužan uzdržati se od postupka kojim se može drugome prouzročiti šteta.*“

i zastupanja društva,⁶⁹ u društvima kapitala predviđeno je da poslove vode i društvo zastupaju članovi uprave (direktori) koji ne moraju biti, a u pravilu i nisu, članovi društva, dok na članovima društva ostaju pojedina upravljačka prava⁷⁰ koja oni nisu dužni ostvarivati. Primjerice, na skupštini društva članovi mogu glasovanjem odlučivati o pitanjima koja su zakonom ili osnivačkim aktom izričito stavljena pod nadležnost skupštine. Ostvarivanjem upravljačkih prava, članovi aktivno sudjeluju u ostvarivanju interesa društva. Na taj način oni aktivno doprinose ostvarenju cilja radi kojeg je sklopljen društveni ugovor / radi kojeg je dana izjava u osnivanju. Kao i pri ispunjenju svakog drugog ugovora, članovi su dužni obveze preuzete društvenim ugovorom, kao i prava koja su tim ugovorom stekli, ostvarivati u skladu s gore navedenim načelima obveznog prava. Već je istaknuto da u društvima kapitala članovi nemaju obvezu aktivno ostvarivati upravljačka prava, pa slijedom toga ne mogu biti sankcionirani ukoliko upravljačka prava ne ostvaruju. Međutim, sklopivši društveni ugovor, tj. preuzevši obvezu stremjenja k ostvarenju zajedničkog cilja, oni su se obvezali i na radnje propuštanja. Stoga, trebaju propustiti poduzimanje onih radnji koje su protivne interesu društva i razumnom interesu ostalih dioničara. Konkretno, ne smiju pravo glasa ostvarivati vođeni privatnim interesima, ako su protivni interesu društva.

Iz svega navedenog proizlazi kako **dužnost člana društva na lojalno postupanje** prema društvu i ostalim članovima društva **predstavlja poseban izraz načela savjesnosti i poštenja, načela dužnosti suradnje, načela dužnosti ispunjenja obveza i načela zabrane zlouporabe prava**, koji se javlja pri ispunjenju obveza, i pri ostvarivanju upravljačkih prava koja proizlaze iz pravnih poslova kojima se društvo osniva.

2.2.3. Pravni temelj dužnosti dioničara na lojalno postupanje

Pravni temelj iz kojeg proizlazi obveza lojalnog postupanja dioničara prema dioničkom društvu i ostalim dioničarima, složeniji je nego kod ostalih društava. Naime, dioničko društvo jedino je trgovačko društvo čiji je osnivački akt statut.⁷¹ Dok pravni teoretičari zauzimaju stav kako je društveni ugovor (kojim se osnivaju ostala trgovačka društva) ugovor sa specifičnim obilježjima,⁷² kod određivanja

69 Javno trgovačko društvo: čl. 78. ZTD-a „Svaki član društva ima pravo i obvezu da vodi poslove društva“, čl. 91. ZTD-a „Svaki član društva ovlašten je zastupati društvo, ako društvenim ugovorom nije isključen od zastupanja.“; Komanditno društvo: čl. 136. ZTD-a „Društvom upravljaju komplementari. Komanditori nisu ovlašteni upravljati poslovima društva.“ Čl. 142.s t. 1. ZTD-a „Komanditor nije ovlašten zastupati društvo.“

70 Upravljačka prava su: pravo sudjelovanja na skupštini (što uključuje i pravo na raspravljanje), pravo glasa, pravo na obaviještenost, pravo na pobijanje odluka skupštine, te određena manjinska prava koja se ostvaruju u fazi pripreme skupštine - kao što su pravo na uvrštenje novih točaka na dnevni red te pravo na predlaganje nacрта odluka za točke koje su na dnevnom redu (koje se može ostvarivati i na skupštini).

71 Čl. 173. ZTD-a

72 Barbić, J., *op. cit. u bilj. 6.*, str. 139., Slakoper, Z., *op. cit. u bilj. 54.*, str. 313.

pravne prirode statuta uglavnom su oprezniji.⁷³ Statut treba smatrati ugovorom koji djeluje *inter partes*, tj. među osnivačima, sve do nastanka dioničkog društva, tj. sve do upisa društva u sudski registar, kada statut postaje izvor prava u objektivnom smislu za sve dioničare, pa i za one koji će naknadno pristupiti društvu.⁷⁴ Kako god odredili pravnu prirodu statuta, bilo kao ugovor tj. autonomni izvor prava, bilo kao objektivni izvor prava, treba imati na umu da statut nije jedini pravni akt kojeg je potrebno usvojiti prije nastanka dioničkog društva. Naime, ZTD-om je izričito propisano kako pri osnivanju društva, svaki osnivač treba kod javnog bilježnika dati tri izjave. Izjave svih osnivača moraju biti sadržajno istovjetne, a preporuča se njihovo izjavljivanje u jedinstvenoj ispravi. Riječ je o izjavama o usvajanju statuta, o preuzimanju dionica (koja se daje preuzimanjem obveze na uplatu dionica) te o izjavi o osnivanju dioničkog društva.⁷⁵ Budući da je riječ o izjavama identičnog sadržaja, koje su u pravilu sadržane u istoj ispravi, teorija zauzima stav da se navedene izjave treba smatrati ugovorom,⁷⁶ iz čega slijedi da se i na njih primjenjuju opća načela obveznog prava. Ako se ne bi složili da navedene izjave predstavljaju ugovor, tada bi ih pravno trebalo okvalificirati kao jednostrane izjave volje, na koje se, također, zahvaljujući već spominjanom čl. 14. st. 3. ZOO-a, na odgovarajuć način primjenjuju odredbe ZOO-a koje vrijede za ugovore, što znači i opća načela obveznog prava sadržana u ZOO-u. Ako osnivači koji su usvojili statut i dali sve potrebne izjave kod javnog bilježnika nisu preuzeli sve dionice budućeg dioničkog društva, za nepreuzete dionice potrebno je uputiti javni poziv (prospekt)⁷⁷ temeljem kojeg će zainteresirane osobe moći upisati i uplatiti preostale dionice. Dionice se upisuju putem tzv. upisnice. Riječ je o jednostranoj izjavi volje kojom osoba koja želi postati dioničar izjavljuje da je suglasna sa statutom te da preuzima obvezu uplate dionica.⁷⁸ Upisnica sadržajno odgovara izjavama koje osnivači daju kod javnog bilježnika, stoga bi i osobe koje originarno pristupaju društvu putem javnog poziva također trebalo smatrati strankama „ugovora“ u kojem je izražena volja za

73 Barbić, J., *Statut dioničkog društva, Vladavina prava*, br. 6 (2000.), str. 120.; Barbić, J., *op. cit. u bilj.* 52., str. 152.; Miladin, Petar, *Dijele li statut i poduzetnički ugovori zajedničku korporacijskopravnu prirodu i koliko je to bitno za praksu*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, br. 3 (2012), str. 670. – 671.

74 Statut postaje izvor prava u objektivnom smislu, ali samo glede tzv. materijalnih normi dok formalne i dalje djeluju samo *inter partes*. Za razliku između formalnih i materijalnih normi statuta vidjeti djela navedena u bilj. 73.

75 Čl. 173. st. 1.; čl. 177. st. 1.; čl. 178. st. 1. ZTD-a

76 Barbić, J., *op. cit. u bilj.* 73., str. 115. i 116. „Izjave osnivača daju se u obliku javno-bilježničkog akta. To su očitovanja zajedničke volje osnivača usmjerene na osnivanje društva kojom oni stječu prava (...) i preuzimaju obveze (...), ali i postavljaju ustroj budućeg dioničkog društva. Može se reći da je to, ako je riječ o više osnivača, svojevrsan ugovor u kojem se miješaju obveznopравни i statusni elementi. Na to se primjenjuju propisi ZOO-a o sklapanju ugovora. Očitovanja svih osnivača moraju biti sadržajno ista. Osniva li društvo samo jedan osnivač, ne može se govoriti o ugovoru nego o jednostranom očitovanju volje usmjerenom na osnivanje društva.“; Barbić, J., *op. cit. u bilj.* 6., str. 139; Barbić, J., *op. cit. u bilj.* 52, str. 188.

77 Čl. 196. ZTD-a

78 Čl. 198. ZTD-a

nastankom društva putem kojeg će se ostvarivati zajednički cilj dioničara. Dioničare koji naknadno pristupaju društvu pravnim poslom, tj. derivativnim stjecanjem dionica, valja smatrati osobama koje su pristupile „ugovoru“ čiji je cilj ostvarenje zajedničkog interesa svih dioničara, a koji od trenutka nastanka društva postaje cilj društva. To znači da su se dioničari koji su naknadno pristupili društvu usuglasili s navedenim ciljem. Stoga je na njima, baš kao i na dioničarima koje su dionice stekli originarno, da ili aktivno djeluju u ostvarenju interesa društva (ako to žele) ili da se suzdrže od ponašanja koje bi bilo protivno interesima društva (što je njihova dužnost, od koje ih nije moguće osloboditi).

Iz svega dosad navedenog proizlazi da dioničari, bilo da su dionice stekli originarnim bilo derivativnim putem, pristupaju dioničkom društvu putem pravnog posla kojem je cilj ili osnovati društvo ili pristupiti već osnovanom društvu putem kojeg se ostvaruje zajednički interesa svih dioničara. Dioničari su dužni uplatiti ulog na koji su se obvezali, upravljačkih obveza nemaju, ali imaju određena upravljačka prava koja mogu ostvarivati ako to žele. Međutim, iz pravne prirode društva, kao zajednice koja je nastala privatnopravnim poslom radi ostvarenja zajedničkog cilja njenih članova, proizlazi još jedna veoma važna obveza. **Dioničari, naime, ne smiju poduzimati radnje koje bi ometale ostvarenje zajedničkog cilja, tj. cilja društva, a ukoliko aktivno žele pružiti svoj doprinos u ostvarenju navedenog cilja, moraju voditi računa da djeluju u interesu društva, a ne u svom pojedinačnom interesu.** Ovdje je zapravo riječ o primjeni načela savjesnosti i poštenja, načela dužnosti suradnje, načela obveze ispunjenja obveza te načela zabrane zlouporabe prava, ali u jednoj specifičnoj situaciji. Stoga se može reći da je **načelo lojalnog postupanja dioničara, specifičan izraz svih navedenih načela obveznog prava**, koji se javlja kako **u odnosima dioničara prema društvu**, tako i **u međusobnim odnosima dioničara**, a pravni osnov iz kojeg načelo (dužnost) lojalnog postupanja proizlazi može biti sljedeći:

- a) statut i izjave koje se daju kod javnog bilježnika – ako se načelo lojalnog postupanja primjenjuje na dioničare koji su ujedno i osnivači društva
- b) statut i upisnica – ako se načelo lojalnog postupanja primjenjuje na dioničare koji su društvu pristupili po javnom pozivu
- c) statut i pravni posao kojim su dioničari stekli dionice derivativnim putem – ako se načelo lojalnog postupanja primjenjuje na dioničare koji su društvu pristupili nakon osnivanja.

2.3. Sankcije za povredu dužnosti dioničara na lojalno postupanje

2.3.1. Naknada štete

U općem dijelu Zakona o obveznim odnosima, pod naslovom „Osnovna načela“, u članku 8. propisana je zabrana uzrokovanja štete: „*Svatko je dužan uzdržati se od postupaka kojima se može drugome prouzročiti šteta.*“ Stoga, tko drugome prouzroči štetu svojim postupkom (bilo činjenjem, bilo propuštanjem

da se učini radnja kojom se šteta mogla spriječiti) postupa protivno općoj zabrani uzrokovanja štete, odnosno, protivno kogentnoj pravnoj normi sadržanoj u čl. 8. ZOO-a, što znači da je takvo postupanje protupravno. Opće pretpostavke odgovornosti za štetu jesu: postojanje subjekata obveznog odnosa odgovornosti za štetu (tj. štetnika i oštećenika), šteta, štetna radnja, uzročna veza između štete i štetne radnje, protupravnost (kao objektivni element protupravnosti) i krivnja (kao subjektivni element protupravnosti).⁷⁹ Teret dokazivanja štete, štetne radnje i uzročne veze je na tužitelju, odnosno na oštećeniku. Protupravnost nije potrebno dokazivati, jer se zahvaljujući članku 8. ZOO-a, kojim je propisana opća zabrana uzrokovanja štete, svaka štetna radnja smatra protupravnom. Kada je riječ o krivnji, ZOO u članku 1045. st. 1. predviđa kako „*tko drugome prouzroči štetu, dužan ju je naknaditi ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje.*“ Nadalje, ZOO u članku 1049. predviđa kako: „*krivnja postoji kad je štetnik prouzročio štetu namjerno ili nepažnjom*“, s time da je u članku 1045. st. 2. predviđeno kako se „*obična nepažnja predmnijeva*“, iz čega proizlazi da je na (potencijalnom) štetniku teret dokaza kako nije kriv za štetu ako ga se tereti za običnu nepažnju,⁸⁰ dok oštećenik mora dokazati grubu (krajnju) nepažnju⁸¹ ili namjeru⁸² ako se poziva na kvalificiranu krivnju štetnika.

Ako društvu ili nekom od dioničara nastane šteta jer je netko od dioničara postupio protivno dužnosti na lojalno postupanje, oštećena strana može zahtijevati naknadu štete od nelojalnog dioničara. Naime, ukoliko su ispunjene sve pretpostavke za odgovornost zbog uzrokovanja štete, tj. ako oštećenik može dokazati da postoji štetna radnja (u ovom slučaju to je povreda dužnosti na lojalno postupanje), šteta (bilo stvarna šteta, bilo izmakla dobit, a teoretski i neimovinska šteta), te uzročna veza između štete i štetne radnje, dioničar koji je postupao nelojalno morat će naknaditi nastalu štetu, osim ako dokaže da nije bilo obične nepažnje, tj. da je postupao s dužnom pozornošću koja se od njega očekuje.⁸³

Prema tome, dioničar koji je postupajući protivno obvezi na lojalno postupanje, bilo prema društvu, bilo prema nekome od ostalih dioničara, prouzročio štetu društvu, odnosno nekome od ostalih dioničara, bit će odgovoran za štetu koja je pritom nastala prema općim pravilima o odgovornosti za štetu koja su predviđena ZOO-om.

79 Više o općim pretpostavkama odgovornosti za štetu vidjeti u: Klarić, Petar i Vedriš, Martin, *Građansko pravo, opći dio, stvarno obvezno i nasljedno pravo, XI. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 583 – 603.

80 *Ibidem*, str. 598.: „S običnom nepažnjom (lat. culpa levis) ili nemarnošću postupa onaj štetnik koji u svom ponašanju ne upotrijebi onu pažnju koju bi upotrijebio dobar gospodarstvenik, odnosno dobar domaćin (osobito pažljiv i savjestan čovjek).“

81 *Loc. cit.*; „S krajnjom nepažnjom (lat. culpa lata) ili s grubom nemarnošću postupa onaj štetnik koji u svom ponašanju ne upotrijebi ni onu pažnju koju bi upotrijebio svaki prosječan čovjek.“

82 *Ibidem*, str. 597.: „Namjera (lat. dolus) je takva vrsta krivnje kod koje se zahtijeva da je štetnik postupao znajući i hotimice.“

83 Za dužnu pozornost vidjeti čl. 10. st. 1. i 2. ZOO-a

Sve što je do sada o odgovornosti za štetu navedeno, vrijedi za tzv. *deliktну* ili *izvanugovornu odgovornost za štetu*, koja nastaje građanskim deliktom.⁸⁴ Uz nju, postoji i tzv. *ugovorna* ili *kontraktna odgovornost za štetu* koja nastaje povredom ugovorne obveze. Kod ugovorne odgovornosti za štetu, oštećenik mora, osim općih pretpostavki odgovornosti za štetu, dokazati i postojanje ugovora, odnosno ugovorne obveze te povredu te obveze.⁸⁵ Pravila o ugovornoj odgovornosti za štetu⁸⁶ primjenjuju se i na štete nastale povredom ostalih obveznopравnih odnosa, kao što su stjecanje bez osnove, posloводство bez naloga, jednostrane izjave volje,⁸⁷ što znači da se primjenjuju i na štete nastale zbog povrede obveza koje proizlaze iz ugovora, odnosno izjava, koje se daju pri osnivanju dioničkog društva.

Dvojbeno je dolazi li uslijed povrede dužnosti na lojalno postupanje dioničara do izvanugovorne ili do ugovorne odgovornosti dioničara-štetnika za prouzročenu štetu.

Stav da je riječ o ugovornoj odgovornosti proizlazi iz pravne osnove iz koje obveza lojalnog postupanja proizlazi. Kao što je iscrpno objašnjeno u dijelu 2.2. ovoga rada, dužnost lojalnog postupanja proizlazi iz pravnog posla kojim se osniva dioničko društvo, odnosno, kojim njegovi članovi izražavaju volju za ostvarivanjem zajedničkog cilja putem društva kao pravne osobe. Dakle, povredom dužnosti na lojalno postupanje, vrijeđa se dužnost na ispunjenje obveze koju je svaki dioničar preuzeo pristupanjem društvu. Stoga oštećenik, koji zahtijeva naknadu štete, treba dokazati ugovor (odnosno obvezni odnos) iz kojeg navedena obveza proizlazi, a mora dokazati i da postoji obveza na lojalno postupanje dioničara te da je navedena obveza povrijeđena.

S druge strane, stav da je riječ o izvanugovornoj odgovornosti za štetu može se opravdati argumentom da povreda *načela lojalnog postupanja dioničara*, kao apstraktne i nepisane, ali ipak pravne norme (koja se kao specifičan izraz osnovnih načela obveznog prava primjenjuje kako na međusobne odnose dioničara, tako i na odnos dioničara i društva, bez potrebe da se dužnost dioničara na lojalno postupanje izričito predvidi pravnim poslom kojim osoba postaje član društva), predstavlja štetnu radnju koja dovodi do izvanugovorne odgovornosti za štetu.

Kako god odredili pravnu prirodu odgovornosti za štetu zbog povrede dužnosti dioničara na lojalno postupanje, posljedice će biti jednake – tj. ako se ispune pretpostavke odgovornosti za štetu (bilo ugovornu, bilo izvanugovornu), štetnik će biti dužan nadoknaditi štetu koju je prouzročio.⁸⁸

84 Pravila o deliktnoj ili izvanugovornoj odgovornosti za štetu sadržana su u čl. 1045. – 1110. ZOO-a

85 Klarić, P. i Vedriš, M., *op.cit. u bilj.* 79., str. 605.

86 Odredbe o ugovornoj odgovornosti za štetu sadržane su u čl. 342. – 349. ZOO-a

87 Klarić, P. i Vedriš, M., *op. cit. u bilj.* 79., str. 605.

88 Prema čl. 349. ZOO-a; Ako odredbama ZOO-a o ugovornoj odgovornosti za štetu nije drugačije propisano, na naknadu štete nastale povredom ugovorne obveze, na odgovarajuć se način primjenjuju odredbe ZOO-a o naknadi izvanugovorne štete.

2.3.2. Ništetnost činidbi kojima se vrijeđa dužnost dioničara na lojalno postupanje

Zakon o obveznim odnosima izričito propisuje (čl. 322. st. 1.) kako je: „*Ugovor koji je protivan Ustavu RH, prisilnim propisima ili moralu društva ništetan.*“ Nadalje, čl. 14. st. 3. ZOO-a predviđa kako se: „*odredbe ZOO-a koje se odnose na ugovore na odgovarajući način primjenjuju i na druge pravne poslove*“, što znači da su i drugi pravni poslovi ništetni ako su protivni Ustavu RH, prisilnim propisima ili moralu društva. Da bi utvrdili može li se odredba o ništetnosti pravnih poslova primijeniti i na činidbu kojom se vrijeđa dužnost dioničara na lojalno postupanje, potrebno je ustanoviti pravnu prirodu navedene činidbe. Primjerice, upravljačka prava koja pripadaju dioničarima *ex lege*, a koja su dioničari dužni ostvarivati u skladu s obvezom na lojalno postupanje (što proizlazi iz primjene osnovnih načela obveznog prava na obvezne odnose koji proizlaze iz pravnih poslova temeljem kojih je osoba postala član društva), po pravnoj su prirodi jednostrani pravni poslovi jer je riječ o jednostranim izjavama volje (koje se daju izričito ili konkludentnim radnjama) čiji je cilj postići određeni pravni učinak. To ćemo nastojati prikazati na sljedećim primjerima:

- a) Pri ostvarivanju najvažnijeg upravljačkog prava, a to je pravo glasa, dioničar izražava svoj stav o točkama koje su na dnevnom redu. Pritom, on daje jednostranu izjavu volje (*jednostran pravni posao*), putem koje želi sudjelovati u donošenju odluke o nekom od pitanja s dnevnog reda (*to je cilj koji se izjavljivanjem volje želi postići*). Ostvarivanje prava glasa nedvojbeno predstavlja jednostrani pravni posao, koji proizvodi pravni učinak od trenutka dospijeca predsjedniku glavne skupštine, nakon čega ga više nije moguće povući ili izmijeniti.⁸⁹ Ako je pravni posao poduzet (*odnosno glas dan*) protivno prisilnim propisima (primjerice, protivno obvezi na lojalno postupanje koja je, zapravo, samo specifičan izraz osnovnih načela obveznog prava) takav glas treba smatrati ništetnim, odnosno nepostojećim, stoga ga predsjednik glavne skupštine uopće ne bi trebao uzeti u obzir pri prebrojavanju glasova.
- b) Ostvarivanjem prava na obaviještenost, tj. postavljanjem pitanja upravi o točkama koje su na dnevnom redu, dioničar također poduzima jednostran pravni posao (*jednostrana izjava volje*) kojem je cilj od uprave dobiti odgovor na postavljeno pitanje. Kada je riječ o pravnom poslu koji je protivan prisilnim normama (primjerice, jer se njime postiže zlouporaba prava ili se vrijeđaju opća načela obveznog prava koja se u specifičnim odnosima manifestiraju kao *dužnost dioničara na lojalno postupanje*), tada je riječ o ništetnom pravnom poslu. Budući da ništetni pravni poslovi ne proizvode nikakav pravni učinak, treba ih smatrati nepostojećima, što znači da u opisanoj situaciji uprava neće biti dužna odgovoriti na postavljeno pitanje.

⁸⁹ Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 52., str. 1174.

Sve što je navedeno za ostvarivanje prava glasa i za ostvarivanje prava na obaviještenost vrijedi i za ostala upravljačka prava (pravo na uvrštavanje novih točaka na dnevni red, pravo na predlaganje nacрта odluka, pravo na raspravljanje o točkama koje su na dnevnom redu i sl.). Naime, radnje kojima se navedena prava ostvaruju, po pravnoj su prirodi jednostrane izjave volje. Stoga ih treba smatrati ništetnima, ako su ispunjene zakonske pretpostavke ništetnosti, između ostalog, ako su protivne osnovnim načelima obveznog prava, koja u odnosu dioničara prema društvu, te u međusobnom odnosu dioničara, poprimaju specifičan oblik kojeg teorija naziva *načelom lojalnog postupanja dioničara*. Ništetnost znači kako navedene radnje treba smatrati nepostojećima jer one ne proizvode pravni učinak te ne mogu naknadno konvalidirati ako se uzrok ništetnosti ukloni.

2.3.3. Jesu li odluke glavne skupštine, pri čijem je donošenju povrijeđeno načelo lojalnog postupanja dioničara, ništetne ili pobojne?

2.3.3.1. Uvodna razmatranja

Ovaj rad polazi od stajališta da su dioničari obvezni lojalno postupati i prema društvu i prema ostalim dioničarima. Iz navedenog proizlazi da dioničari s jedne strane, ni na koji način ne smiju ometati poduzimanje mjera koje su u interesu društva (neovisno je li riječ o mjerama koje poduzimaju direktori, prokuristi, zaposlenici, pojedini dioničari ili netko treći). S druge strane, ako dioničar odluči ostvariti upravljačka prava koja mu po zakonu pripadaju, on to mora činiti isključivo vođen interesima društva čemu mora podrediti svoje pojedinačne interese. Dioničari na opisan način moraju postupati i kada djeluju zajedno tj. u okviru glavne skupštine koja je jedan od organa društva. Iako *de iure* odluke koje se donose na glavnoj skupštini donosi glavna skupština kao organ društva, *de facto* je riječ o odlukama koje donose dioničari tako što glasuju o pitanjima koja su na dnevnom redu. Budući da dioničari i pri ostvarivanju prava glasa moraju postupati lojalno tj. vođeni isključivo interesom društva, nužno slijedi da i odluka glavne skupštine mora biti u interesu društva. Međutim, može se dogoditi da pojedini ili svi dioničari, pravo glasa koriste protivno interesu društva, a da predsjednik skupštine takav glas uzme u obzir iako je riječ o glasu kojeg treba smatrati ništetnim (tj. nepostojećim). Postavlja se pitanje je li odluka glavne skupštine koja je protivna interesima društva, jer je pri njezinom donošenju povrijeđeno načelo lojalnog postupanja, pobojna ili ništetna. Prema ZTD-u, i kada se tužbom pobija odluka glavne skupštine, sud će, ako usvoji tužbeni zahtjev, odluku proglasiti ništetnom.⁹⁰ Stoga se, u konačnici, pobijanjem odluka glavne skupštine postiže jednak učinak kao postavljanjem zahtjeva za proglašenjem odluke ništetnom. Međutim, različit je krug osoba koje mogu tužbom

⁹⁰ Zato ZTD u čl. 355. st. 5. kao jedan od razloga ništetnosti odluka glavne skupštine navodi i pravomoćnost presude donesene povodom tužbe za pobijanje odluke, kojom se pobijana odluka proglašava ništetnom.

pobijati odluke glavne skupštine, od kruga osoba koje mogu zahtijevati utvrđenje ništetnosti, a različiti su i rokovi zastare za postavljanje navedenih zahtjeva. Stoga je bitno odrediti jesu li odluke glavne skupštine, koje su protivne interesu društva, ništetne ili poboje.

2.3.3.2. *Argumenti in favorem ništetnosti*

Zakon o trgovačkim društvima u čl. 355. navodi razloge zbog kojih dolazi do ništetnosti odluka glavne skupštine. Ti razlozi su sljedeći:

- a) odluka je donesena na glavnoj skupštini koja nije sazvana u skladu sa zakonom propisanim procedurom (osim ako su na njoj sudjelovali svi dioničari),
- b) odluka nije unesena u zapisnika na zakonom predviđen način,
- c) odluka **nije u skladu s biti društva** ili se njezinim sadržajem čini povreda propisa kojima se isključivo ili pretežno štite interesi vjerovnika društva ili su doneseni radi zaštite javnog interesa,
- d) odluka je suprotna moralu,
- e) odluka je pravomoćnom presudom donesenom povodom tužbe za pobijanje odluke proglašena ništetnom.

Smatramo kako bi se ništetnost odluke glavne skupštine koja je protivna interesima društva, eventualno mogla zahtijevati zbog razloga navedenog pod „c“ prema kojem je: ništetna odluka koja „*nije u skladu s biti društva*“. Neusklađenost s biti društva podrazumijeva povredu prisilnih normi kojima se uređuje suština, tj. bit, dioničkog društva. Takve su, primjerice, odredbe ZTD-a o strukturi organa dioničkog društva i raspodjeli nadležnosti među organima društva, o zaštiti prava manjinskih dioničara, o obveznom sadržaju statuta, o neodgovornosti članova za obveze društva (osim ako zlorabe okolnost da za obveze društva ne odgovaraju) i sl. Riječ je o normama čija je svrha uravnotežiti interese kontrolnog dioničara i drugih nositelja legitimnih interesa u dioničkom društvu, kao što su uprava društva, manjinski dioničari, zaposlenici i dr.⁹¹

Jedna od normi koja proizlazi iz suštine, odnosno biti dioničkog društva, upravo je *načelo lojalnog postupanja dioničara* prema društvu i prema ostalim dioničarima. Iako je riječ o nepisanom pravnom načelu, ono postoji i djeluje u odnosu dioničara prema društvu te u međusobnim odnosima dioničara, kao specifičan izraz osnovnih načela obveznog prava koja su izričito propisana Zakonom o obveznim odnosima. Upravo se u načelu lojalnosti ocrtava bit dioničkog društva kao privatnopravne zajednice osoba u koju dioničari ulaze dobrovoljno, pravnim poslom, kako bi putem društva ostvarili zajednički cilj. Stoga, po prirodi stvari, djelovanje dioničara (pri osnivanju, ali i tijekom vremena dok dioničko društvo postoji), mora biti usmjereno zajedničkom cilju. Budući da *načelo lojalnosti dioničara* predstavlja jednu od normi koja „oslikava“ bit dioničkog društva, ako se pri donošenju odluke na glavnoj

91 Marković – Bajalović, D., *op. cit.* u bilj. 46., str. 721. i 722.

skupštini navedeno načelo povrijedi, a riječ je o povredi koja je mogla utjecati na odluku koja se donosi, moguće je zahtijevati utvrđenje ništetnosti odluke iz razloga što je protivna biti društva.⁹²

2.3.3.3. Argumenti in favorem poboynosti

Zakon o trgovačkim društvima u čl. 360. navodi razloge zbog kojih osobe navedene u čl. 362.⁹³ mogu tužbom pobijati odluke glavne skupštine.

Prema stavku 1., čl. 360. ZTD-a: „Odluka glavne skupštine može se pobijati tužbom, ako je donesena protivno zakonu ili statutu.“⁹⁴

Prema stavku 2., čl. 360. ZTD-a: „Odluku se može pobijati i zbog toga što je dioničar glasovanjem na glavnoj skupštini pokušao za sebe ili za nekoga drugoga postići korist na štetu društva ili drugih dioničara, a pobijanom odlukom se to postiže. To ne vrijedi onda ako se tom odlukom drugim dioničarima primjereno nadoknađuje šteta koja im se njome nanosi.“

Prema stavku 4., čl. 360. ZTD-a: „Odluka glavne skupštine može se pobijati zbog toga što su dane netočne, nepotpune obavijesti ili je davanje obavijesti bilo uskraćeno, ako bi dioničar koji objektivno prosuđuje smatrao davanje obavijesti bitnom pretpostavkom za očuvanje prava sudjelovanja na glavnoj skupštini i drugih

92 Pojedini autori smatraju kako je povreda dužnosti na lojalno postupanje, zapravo povreda načela savjesnosti i poštenja (samo u specifičnom obliku). Kako je riječ o jednom od osnovnih načela obveznog prava, njegovom povredom dolazi i do povrede javnog interesa i morala. Stoga smatraju da se može zahtijevati utvrđenje ništetnosti tako donesene odluke, jer je protivna ne samo interesima društva, već i javnom interesu i moralu. Vidjeti više u: *ibidem*, str. 722. i 723.

93 Čl. 362. ZTD-a: „Odluke glavne skupštine mogu pobijati:

1. dioničar koji je sudjelovao u radu glavne skupštine, stekao dionice prije nego što je bio objavljen dnevni red glavne skupštine i svoje protivljenje odluci izjavio u zapisnik,
2. dioničar koji nije sudjelovao u radu glavne skupštine jer mu pogrešno nije bilo dopušteno da u tome sudjeluje, ako glavna skupština nije bila uredno sazvana ili dopuna predmeta odlučivanja na glavnoj skupštini nije bila valjano objavljena, ako je stekao dionice prije nego što je bio objavljen dnevni red glavne skupštine
3. svaki dioničar u slučaju iz članka 360. stavka 2. ovoga Zakona ako je stekao dionice prije nego što je bio objavljen dnevni red glavne skupštine,
4. uprava, odnosno upravni odbor društva,
5. svaki član uprave, odnosno izvršni direktor i član nadzornog, odnosno upravnog odbora ako bi provođenjem odluke učinio radnju koja je kažnjiva, nezakonita ili za koju bi morao odgovarati za štetu.,,

94 U stavku 3., čl. 360. ZTD-a propisano je kako se zbog povreda određenih zakonskih normi, odluka glavne skupštine ipak ne može pobijati: „Odluka glavne skupštine ne može se pobijati zbog toga:

1. što je zbog tehničke smetnje povrijeđeno pravo korištenja elektroničkog puta iz članka 274. stavka 1. druge rečenice i stavka 2. te iz članka 291. stavka 6. ovoga Zakona za ostvarenje prava u društvu, osim ako se u vezi s time društvu može predbaciti gruba nepažnja ili namjera s time da se u statutu može za društvo predvidjeti i strože mjerilo krivnje,
2. što su povrijeđene odredbe članka 277. stavka 6., članka 280.a i članka 284. ovoga Zakona.“

*članskih prava.*⁹⁵

Prije nego što krenemo obrazlagati iz kojeg se od navedenih razloga može pobijati odluka glavne skupštine koja je protivna interesima društva (a do čega je došlo uslijed povrede dužnosti na lojalno postupanje pri ostvarivanju prava glasa), ukratko ćemo se osvrnuti na stavak 2., čl. 360. ZTD-a. On se primjenjuje u situacijama gdje je dioničar nedvojbeno postupio nelojalno prema društvu (ili nekom od dioničara), a uz to mu je nanio štetu i to u svoju korist ili u korist treće osobe, što znači da je uz nelojalno postupanje došlo i do zlouporabe prava. Riječ je o odredbi koja je proizišla iz načela lojalnog postupanja dioničara prema društvu i ostalim dioničarima, međutim, kada se u praksi pojavi situacija na koju se navedena odredba može primijeniti, primijenit će se *ex lege*, kao zakonska norma, a neće se morati posezati za primjenom nepisanog pravnog načela, kojem se mora dokazati pravni osnov te utvrditi koja prava i obveze proizlaze *in concreto* iz navedenog načela. Prema tome, kada glavna skupština donese odluku kojom se postiže korist za dioničara ili neku treću osobu, a na štetu društva ili na štetu nekog od dioničara, takva će odluka biti pobojna jer je riječ o situaciji na koju se izravno primjenjuje st. 2., čl. 360. ZTD-a u kojem je izričito navedeno da je riječ o pobojujnoj odluci.

Za razliku od navedenog, ako pri glasovanju na glavnoj skupštini dioničar postupi nelojalno prema društvu, ali ne na način da pritom ostvari korist za sebe ili nekog trećeg, a nauštrb društva ili nekog od dioničara, neće biti ispunjeni uvjeti za primjenu st. 2., čl. 360. ZTD-a. To ne znači da je navedeno postupanje valjano i da ne može biti sankcionirano. Naime, na opisanu situaciju može se primijeniti pravilo prema kojem je dioničar dužan postupati lojalno prema društvu i prema ostalim dioničarima, a riječ je o nepisanom načelu lojalnog postupanja dioničara, o čijem je pravnom temelju i sadržaju već sasvim dovoljno rečeno u ovom radu. Postupci dioničara koji su protivni načelu lojalnog postupanja dioničara ništetni su, što znači da je i glas dan protivno interesima društva ništetan te ga predsjednik glavne skupštine nije smio uzeti u obzir. Ako je predsjednik (neovisno je li pritom kriv ili ne) navedeni glas uzeo u obzir, što je utjecalo na donošenje odluke, navedena odluka imat će pravni nedostatak. Smatramo kako je navedena odluka pobojna iz razloga navedenog u st. 1., čl. 360. ZTD-a prema kojem se: „*Odluka glavne skupštine može pobijati tužbom, ako je donesena protivno zakonu ili statutu.*“ Naime, odluka glavne skupštine o kojoj je ovdje riječ, donesena je protivno zakonu jer su pri prebrojavanju glasova u obzir uzeti ništetni glasovi, koji kao takvi, ne proizvode nikakav pravni učinak i stoga su trebali biti izuzeti.

Bilo bi svrishodno da se u tužbi za pobijanje postavi dvojak zahtjev, tj. da se uz zahtjev za proglašenje pobijane odluke ništetnom, zatraži od suda da utvrdi koja bi odluka bila donesena na glavnoj skupštini da se nisu računali nevažeći glasovi.⁹⁶

95 U nastavku navedenog stavka navedeno je sljedeće: „*Tužba za pobijanje odluke glavne skupštine ne može se temeljiti na tome da su dane netočne, nepotpune ili nedovoljne obavijesti o utvrđivanju visine ili primjerenosti naknade, otpremnine, dodatnih plaćanja ili drugih oblika naknade, ako je zakonom propisano da se prigovori u vezi s time ostvaruju u izvanparničnom postupku.*“

96 Vidjeti više u Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 52., str. 520.

3. ZAKLJUČAK

Pri ostvarivanju upravljačkih prava, što posebice dolazi do izražaja pri ostvarivanju prava glasa, dioničari su dužni postupati u interesu društva. Naime, pristupanjem društvu – *zajednici osoba, nastaloj na privatnopravnoj osnovi, radi ostvarenja zajedničkog cilja* – dioničari se obvezuju da će sudjelovati u ostvarivanju cilja društva (što je ujedno zajednički cilj svih dioničara), bilo aktivno, bilo pasivno. *Aktivno sudjelovanje dioničara u ostvarivanju interesa društva*, očituje se u ostvarivanju upravljačkih prava pri čemu se svaki dioničar mora voditi isključivo interesima društva. *Pasivno sudjelovanje dioničara u ostvarivanju interesa društva*, očituje se u dužnosti svakog dioničara da se suzdrži od poduzimanja onih radnji kojima bi mogao omesti osobe koje aktivno sudjeluju u ostvarenju interesa društva (npr. aktivne dioničare, članove uprave, zaposlenike društva i sl.).

Odnos dioničara i dioničkog društva obveznopravni je odnos, nastao na privatnopravnoj osnovi, tj. pravnim poslom. Na njega se na odgovarajuć način primjenjuju opća načela obveznog prava kao što su: *načelo savjesnosti i poštenja, načelo dužnosti ispunjenja obveza, načelo dužne suradnje i načelo zabrane zlouporabe prava*, koja se, budući da je riječ o specifičnom obveznopravnom odnosu, manifestiraju u obliku *načela lojalnog postupanja dioničara prema društvu i ostalim dioničarima*. Sadržaj navedenog načela ne može se unaprijed odrediti, budući da obveze koje iz njega proizlaze ovise o konkretnim situacijama na koje se ono primjenjuje.

Prema općim pravilima obveznog prava o odgovornosti za štetu, dioničar koji povredom načela lojalnosti prouzroči štetu, bilo dioničkom društvu, bilo nekome od dioničara, dužan je nastalu štetu naknaditi.

Radnje koje dioničari poduzimaju kako bi ostvarili neko od svojih upravljačkih prava, jednostrani su pravni poslovi, tj. izjave volje, koje u skladu s odredbama ZOO-a o ništetnosti pravnih poslova treba smatrati ništetnima, ako su protivne Ustavu, prisilnim propisima ili moralu društva. Stoga, ako radnjom koju poduzima kako bi ostvario neko od svojih upravljačkih prava, dioničar povrijedi *načelo lojalnog postupanja*, takva radnja neće proizvesti nikakav pravni učinak. Naime, treba ju smatrati ništetnom, budući da se protivi prisilnim pravnim normama, tj. općim načelima obveznog prava koja se u međusobnom odnosu dioničara te u odnosu dioničara i društva manifestiraju u obliku *načela lojalnog postupanja dioničara*. Slijedom navedenog, ništetni su glasovi dioničara koji je pri ostvarivanju prava glasa bio vođen vlastitim interesom, ili interesom osobe koja na njega ima utjecaj, a koji je protivan interesima društva, budući da takvo postupanje nije u skladu s načelom lojalnog postupanja.

Ako predsjednik glavne skupštine previdi ništetnost glasova (neovisno postupali li pritom s krivnjom ili bez nje) te ništetne glasove uzme u obzir pri prebrojavanju glasova, tako donesena odluka imat će pravni nedostatak, tj. bit će pobojna, budući da se pri njezinom donošenju nije postupalo u skladu sa zakonom.

Summary

SHAREHOLDERS' DUTY OF LOYALTY TOWARDS JOINT-STOCK COMPANY AND TOWARDS OTHER SHAREHOLDERS

The aim of this article is to research whether, during exercising governing rights, especially - a right to vote on General Meeting of Shareholders, shareholders are obliged to act (to vote) in the best interest of the company as a whole, or they are allowed to act in their personal interest.

To answer the aforesaid question, it must be detected whether *duty of shareholders' loyalty* is prescribed under the Croatian Law and consequently, if the answer is positive, which obligations may be derived from a respective duty.

The (alleged) *shareholders' duty of loyalty* is compared with similar duties provided by Anglo-Saxon Law Systems – such as: *duty of care*, *due diligence*, *good faith* etc., from which (according to legal theoreticians and some practitioners) a *shareholders' duty of loyalty* may be inferred.

Finally, (possible) legal consequences provoked by breach of *shareholders' loyalty duty*, such as: *a duty to compensate incurred damages* and *a right to impugn a decision taken on General Meeting of Shareholders*, are going to be examined.

Key words: *shareholders' duty of loyalty; shareholders' governing rights; interest of the company as a whole vs. shareholder's personal interest.*

Zusammenfassung

DIE PFLICHT DER AKTIONÄRE ZU LOYALEM HANDELN DER GESELLSCHAFT UND ANDEREN AKTIONÄREN GEGENÜBER

Das Ziel dieser Arbeit ist es, zu prüfen und festzustellen, ob Aktionäre bei der Verwirklichung von Verwaltungsrechten, vor allem von Stimmrechten, verpflichtet sind, gemäß den Gesellschaftsinteressen zu handeln, oder ist es ihnen erlaubt, gemäß den eigenen Interessen zu handeln. Um die genannte Frage zu beantworten, werden wir zuerst versuchen, festzustellen, ob es im Gesellschaftsrecht der Republik Kroatien die Pflicht der Aktionäre zu loyalem Handeln gegenüber der Gesellschaft und anderen Aktionären besteht, was beinhaltet diese Pflicht und aus welcher Rechtsgrundlage geht sie hervor. Gleiche oder ähnliche Institute, aus welchen in Ländern des kontinentaleuropäischen und des angelsächsischen Rechtssystems die Pflicht der Aktionäre, gemäß den Gesellschaftsinteressen zu handeln, hervorgeht, werden kurz dargestellt. Es wird auf die möglichen Rechtsfolgen wegen Verletzung der Pflicht zu loyalem Handeln hingewiesen, wie

z.B. auf die Pflicht der Schadenerstattung, die Möglichkeit der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen u.Ä.

Schlüsselwörter: die Pflicht der Aktionäre zu loyalem Handeln, Interesse der Aktiengesellschaft, Verwaltungsrechte der Aktionäre, Nichtigkeit und Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen.

Riassunto

IL DOVERE DI LEALTÀ DEGLI AZIONISTI NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ E DEI RIMANENTI AZIONISTI

Lo scopo del presente contributo è di indagare e di accertare se gli azionisti nella realizzazione dei poteri amministrativi, e prima di tutto nell'esercizio del diritto al voto, siano tenuti ad agire nel rispetto degli interessi della società oppure possano operare nel rispetto di interessi propri. Al fine di rispondere a tale interrogativo, per prima cosa cercheremo di accertare se esista nel diritto societario croato il dovere di lealtà degli azionisti nei confronti della società e dei rimanenti azionisti, quale sia l'eventuale contenuto di tale dovere e su quali basi giuridiche si fondi. Brevemente si passeranno in rassegna gli istituti analoghi o simili dai quali deriva l'obbligo dell'azionista di agire conformemente agli interessi della società negli altri sistemi giuridici del diritto continentale ed anglosassone. Saranno, altresì, indicate le possibili conseguenze giuridiche della violazione del dovere di lealtà, come ad esempio: dovere di risarcimento del danno, possibilità di annullamento delle delibere dell'assemblea generale ed altre.

Parole chiave: dovere di lealtà degli azionisti, interesse della società per azioni, poteri amministrativi degli azionisti, nullità ed annullamento delle delibere dell'assemblea generale.

NACIONALNO ILI MEĐUNARODNO PRAVOSUĐENJE KAO NUŽAN ELEMENT MEĐUNARODNOG PRAVA?

Mario Krešić, dipl. pol. iur., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 341.018
Ur.: 24. lipnja 2013.
Pr.: 28. listopada 2013
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Među teorijskim modelima međunarodnog prava postoje i oni modeli koji ne predviđaju međunarodno pravosuđenje ili ako ga predviđaju onda mu nacionalni sudovi nisu subordinirani. U ovom članku kritički će se ispitati održivost takvih modela koristeći se sljedećim konceptima opće teorije prava: presudivost normi, poništivost normi i jedinstvo pravnog sustava. Korištenjem Kantorowiczovog koncepta presudivosti može se pokazati zašto međunarodni i nacionalni organi primjenjuju međunarodno pravo na različite načine. Iako Keslsenov monistički model s prioritetom države i Rossov dualistički model međunarodnog prava prihvaćaju stanje nerješivih proturječja normi kao dio interne logike modela međunarodnog prava upitan je pravni karakter ovakvih modela ako se pravo shvaća kao normativni sustav oblikovan za rješavanje stvarnih društvenih odnosa. Može se tvrditi da oslanjanje modela međunarodnog prava isključivo na djelovanju nacionalnih organa neće voditi prema jedinstvu pravnog sustava ako se međunarodno pravo shvaća kao objektivno važeće i/ili kao poseban dio nacionalnih sustava namijenjen međusobnoj komunikaciji, interakciji, koordinaciji i integraciji država.

Ključne riječi: *presudivost, poništivost normi, proturječje normi, međunarodno pravosuđenje, jedinstvo pravnog sustava.*

1. UVOD

U teorijskoj raspravi o međunarodnom pravu mogu se razlikovati modeli međunarodnog prava koji su utemeljeni na nacionalnom pravosuđenju i modeli koji su utemeljeni na međunarodnom pravosuđenju.¹ Modeli međunarodnog prava

¹ Svi modeli međunarodnog prava mogu se grupirati na subordinativne i koordinativne modele, pri čemu se svaka od ovih grupa može dalje raščlaniti na strože (isključive) i blaže modele. Subordinativni model međunarodnog prava se oslanja na međunarodno pravosuđenje

utemeljeni na nacionalnom pravosuđenju ne sadrže međunarodno pravosuđenje ili ako ga sadrže onda u takvom modelu ne postoji subordiniranost nacionalnih sudova međunarodnom sudu. Kelsenov model međunarodnog prava s prioritetom države i Rossov dualistički model međunarodnog prava mogu se svrstati u prvu grupu modela. Razlika među njima je što Kelsenov monistički model ne zahtijeva međunarodno pravosuđenje, dok ga Rossov dualistički model pretpostavlja, iako nije nužno nadređen nacionalnim organima. S druge strane su modeli međunarodnog prava utemeljeni na djelovanju međunarodnog pravosuđenja, koji ne moraju nužno sadržavati nacionalno pravosuđenje. Ako ga sadrže onda je ono subordinirano međunarodnom pravosuđenju čije su odluke konačne i obvezujuće za državne organe. Primjer ove druge vrste modela međunarodnog prava može se prepoznati u Kelsenovom monističkom modelu s prioritetom međunarodnog prava, odnosno u Kelsenovoj i Lauterpachtovoj teoriji u kojoj su zahtijevali uvođenje obvezatnog međunarodnog pravosuđenja.

Glavna teza ovog članka je da nacionalni sudovi ne mogu biti dovoljan element za model međunarodnog prava, što će se ispitati traženjem odgovora na sljedeća pitanja. Djeluju li međunarodni i nacionalni sudovi različito kod utvrđivanja sadržaja međunarodnog prava? Kako postojanje nerješivih proturječnosti normi utječe na održivost pojedinih modela međunarodnog prava? Može li se jedinstvo pravnog sustava održati bez međunarodnih sudova?

2. KONCEPT PRESUDIVOSTI MEĐUNARODNIH NORMI

Ideja da su nacionalni sudovi (i/ili ostali nacionalni organi) dovoljan element za model međunarodnog prava može biti utemeljena na pretpostavci da nacionalni organi mogu provoditi norme međunarodnog prava jednako kao što bi ih primjenjivali i međunarodni sudovi.

Kako bismo ukazali na različitu primjenu prava kod nacionalnih i međunarodnih organa, koristit ćemo se konceptom presudivosti. Ovaj se koncept u teoriji prava koristi na dva načina. Prvo značenje koncepta presudivosti proizlazi iz rasprave o granicama pravosuđenja. Kod zagovaranja međunarodnog pravosuđenja, Kelsen i Lauterpacht su kritički odbacili pojam “nepresudivosti” koji se u

(blaži) pri čemu je moguće (ali nije nužno) da sadrži i ostale centralizirane pravne funkcije (isključivi). U subordinativnom modelu, ako postoje i nacionalni organi za provedbu međunarodnih normi onda su oni podvrgnuti međunarodnim organima pravosuđenja. Koordinativni model međunarodnog prava u isključivoj verziji, procese stvaranja, (a time i obveznost normi) i primjene normi čini potpuno ovisnima o volji država. U ovom modelu međunarodno pravosuđenje nije moguće, već se provedba “nacionalnih međunarodnih normi” provodi isključivo kroz nacionalne organe pravosuđenja. Blaži koordinativni model prihvaća obveznost međunarodnih normi neovisno o volji država, ali njihovu primjenu još uvijek vezuje uz same države, odnosno nacionalne organe pravosuđenja. U verziji blažeg koordinativnog sustava koja predviđa i međunarodno pravosuđenje (dualistički), paralelno i ravnopravno opstojе dva sustava međunarodnog prava – prvi koji se primjenjuje pred međunarodnim sudovima i drugi koji se primjenjuje pred nacionalnim sudovima.

doktrini međunarodnog prava koristi s namjerom da se odrede granice djelovanja međunarodnog suda. Prema Kelsenu i Lauterpachtu pojmom "nepresudivosti" spora nastoji se neke sporove prikazati kao da su zbog svoje unutarnje prirode izuzeti od pravosuđenja. Radi se o kategoriji političkih sporova u koju se mogu smjestiti: sporovi o vitalnim interesima, sporovi oko kojih nema pravila, sporovi o pravičnosti i sporovi u kojima postoji težnja za promjenom prava.² Također, Lauterpacht je objasnio kako se ideja o prirodnoj nepresudivosti koristi za određena društvena područja: područje regulirano upravnim aktima, područje regulirano aktima vladanja, područje namjerno ostavljeno izvan sfere pravnog reguliranja, područje u kojima je pravna regulacija ograničena vremenom i prostorom te područje u kojima je dopuštena samopomoć.³ Dakle prvo značenje koncepta presudivosti odnosi se na presudivost sporova i područja društvenog života u smislu kompletnosti pravnog sustava u kojem se svaki spor može podvrgnuti pravosuđenju.

U ovom se članku koncept presudivosti koristi u drugom značenju na način kako je pojam definirao Kantorowicz. On pojam "presudivosti" vezuje uz pravila, a ne uz sporove i područja društvenog života.⁴ Kantorowiczев koncept "presudivosti" zapravo se može shvatiti kao kriterij za identifikaciju sadržaja prava.⁵ Kod

2 Ovakva klasifikacija političkih sporova sukladna je Lauterpachtovoj analizi iz 1933. godine koja je prikazana u njegovoj knjizi: Lauterpacht, H. *The Function of Law in the International Community*, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2000. O Kelsenovom stavu prema političkim sporovima vidi: Kelsen, Hans, *Peace Through Law*, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2008.

3 Lauterpacht, H., op. cit. (bilj. 2), str. 365.

4 "Izraz 'presudiv' (*justiciable* na francuskom, *gerichtsafähig* na njemačkom) posuđen je iz javnog međunarodnog prava. Tu je, istina, obično primjenjivan ne na pravila, već na sporove kako bi se ukazalo na one koji države priznaju prikladnima za podvrgavanje arbitraži ili sudskom rješavanju. Blagim modificiranjem izričaja i značenja izraz 'presudivost' ovdje će se primjenjivati na pravila koja se smatraju 'prikladnima da se primjene od sudskog organa u konačnoj proceduri.' " Kantorowicz, H., *The Definition of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958., str. 79. Veza između "presudivosti pravila" i "presudivosti sporova" može se pronaći u obilježju "konačnosti postupka". Prema Kantorowiczu, presudiva su ona pravila koja se mogu primijeniti u konačnom postupku. Samo ona pravila koja se smatraju da trebaju biti presuđena u konačnom postupku pravna su pravila. Koja će se pravila smatrati pogodnima za primjenu u pravosudnom postupku u kojem se donosi konačna odluka? Radi se o pravilima oko kojih u društvu može nastati sukob. Primjerice, oko pravila uglađenog ponašanja, vještine pisanja pisama, ponašanja za stolom "rijetko vode do sukoba između pojedinaca (što je sukob rjeđi to su pravila više konačna), i prema tome rijetko je potrebna sudska odluka, ako uopće treba biti takvog autoriteta. Čak i takvim slučajevima uređenje i karakter postupka neće biti konačan u smislu kakav je upravo dan." *Ibid.*, str. 75. Kantorowicz daje primjer oca koji kao autoritet primjenjuje pravila dobrog ponašanja prema djeci u slučaju spora među svojom djecom. Ova pravila ne bi bila pravna pravila zato što otac ne donosi konačnu odluku u postupku o tomu kako se pravilo ponašanja treba primijeniti. Kantorowicz ovo obilježje da pravila budu podvrgnuta u konačnom postupku odlučivanja koristi i kako bi objasnio zašto se neki običaji kristaliziraju u pravna pravila, dok druga ostaju samo običajna (*ibid.*, str. 75.-76).

5 Konačnost postupka znači da postupak mora biti pokrenut i završen odlukom koja je konačna. Međutim, to znači i da se radi o primjeni pravila koja nisu "konačna". Pravila nisu konačna onda ako njihova primjena nije automatska i ako postoji mogućnost spora oko njihova

Kantorowicza je ovaj kriterij prilično fleksibilan i prilično neodrediv jer testiranje presudivosti pravila ovisi o odluci suca u nekom trenutku. Takvo odlučivanje nije arbitrarno jer suci moraju pritom voditi računa o društvenoj praksi, ali društvena praksa se ne može svesti samo na primjenu normi iz pravnih tekstova. Pravila koja sud može primijeniti nisu samo formalna već i svi oni standardi koji se smatraju pogodnim za rješavanje spora s obzirom na društvo u kojem je nastao spor.⁶

Ne ulazeći u dublju teorijskopravnu raspravu o formalnosti prava, za potrebe ovog članka može se utvrditi da Kantorowiczев koncept presudivosti normi ima svoj smisao samo onda kad se koristi u konkretnom društvu jer će testiranje o tomu koja su pravila presudiva imati različite rezultate u različitim društvima. Ako međunarodnu zajednicu shvatimo kao specifično “društvo” koje je različito od svakog pojedinog nacionalnog društva i koje se ne može svesti na samo jedno nacionalno društvo, onda možemo tvrditi da nacionalni organi nisu dovoljni za postojanje međunarodnog prava kao izvan nacionalnog, objektivnog i autonomnog prava. Zašto nacionalni organi ne mogu sami utvrđivati takvo međunarodno pravo?

Naime, da bi nacionalni organi sami mogli identificirati sadržaj takvoga međunarodnog prava, njihovo razmatranje o “presudivosti pravila” mora se provoditi iz aspekta zamišljenoga međunarodnoga sudskog organa: kako bi takav organ, kad bi postojao, donio odluku o nekom sporu primjenom prava koje bi takav međunarodni organ smatrao presudivim. Kad bi se presudivost međunarodnog prava razmatrala samo iz aspekta nacionalnog organa, tada bi test presudivosti međunarodnog prava bio rezultat društvenih okolnosti u kojem djeluje taj nacionalni sudski organ, pa on ne bi bio u stanju primijeniti objektivno međunarodno pravo koje postoji neovisno o tom društvu. Samo međunarodni organ može objektivno primijeniti međunarodno pravo, pa zbog toga nacionalni organ mora djelovati u tom svojstvu.

Međutim, upitna je mogućnost nacionalnih sudova da djeluju kao međunarodni organi zbog toga što se praksa nacionalnih sudova, a time i praksa identifikacije sadržaja prava, teško može izdvojiti iz društva u kojem su ti sudovi nastali i u

tumačenja. To omogućava i uvođenje novih pravila u sustav prava. Uz obilježje pravila da mora biti presudivo, kod Kantorowicza možemo vidjeti da ono ima obilježje da nije konačno i da regulira vanjsko ponašanje. (*ibid.* str. 70, 76).

- 6 Kantorowicz smatra pravom ona pravila koja su smatraju prikladnim biti upotrebljena od sudskog organa (*ibid.* str. 73), pri čemu “biti prikladno pravilo za upotrebu od sudskog organa” određuju oni koji doista koriste pravilo ili žele da bude korišteno (*ibid.*). Razmišljanja pravnih i društvenih filozofa ne mogu zamijeniti razmišljanja o pravu onih koji prakticiraju pravo. Takva razmišljanja zapravo ne poriču da »ono što organi doista rade jest da primjenju ono što smatraju pravo“ (*ibid.*). Osim sudaca i onih na koje će se primijeniti pravila, Kantorowicz navodi još neke naznake relevantne za određenje koja su pravila presudiva. Iako neka pravila ne poštuju građani ona će se smatrati presudivima ako su povezana s pravilima nesumnjivo pravnog karaktera na način da se tretiraju zajedno u “istim knjigama, u istim zakonima, od istih pravnikā, od istih pravnih metoda“ (*ibid.*, str. 72); pravila za koja se ne tvrdi da su zakoni na snazi, već se smatraju pravilima o tome kako bi trebalo biti, primjerice nacrti zakona, također se mogu smatrati presudivima ako su “predmet literature znanstvene vrijednosti i metodološki istog karaktera kao zakoni na snazi“ (*ibid.*).

kojima oni rade. Ako slijedimo Kantorowicza, onda će odluke o tome koja se pravila smatraju “pogodnim biti presudiva u nekom društvu“, odnosno što je pravo u tom društvu, ovisiti o nizu čimbenika: o mišljenjima sudaca i svih onih koji primjenjuju ili žele primjenjivati takva pravila te o određenim društvenim praksama koja se u konkretnom društvu smatraju relevantnima za identifikaciju pravnih pravila. Slično tomu, može se reći da presudivost pred međunarodnim sudovima ovisi o mišljenjima međunarodnih sudaca, mišljenjima svih onih država (i ostalih međunarodno-pravnih subjekata) koji primjenjuju ili žele primjenjivati međunarodno pravo pred takvim sudovima te o društvenim praksama koje se smatraju relevantnima za identifikaciju međunarodnih pravnih pravila.

Nacionalni organ i međunarodni sud mogu imati pred sobom isti popis izvora prava za identificiranje međunarodnog prava. Primjerice sukladno Statutu Međunarodnog suda oba organa mogu prihvatiti kao izvore međunarodnog prava: međunarodne ugovore, međunarodne običaje, načela međunarodnog prava te kao sekundarne izvore praksu međunarodnih sudova i pisanja znanstvenika. Međutim, i unatoč tomu, razmišljanja o presudivosti međunarodnih standarda još uvijek mogu biti različita između takva dva organa. Zašto?

(1) Prva razlika nastaje zbog toga jer se presudivost ne može svesti samo na formalne izvore prava⁷ u kojima su pravila ponašanja jasno i nedvosmisleno određena, već promišljanje o presudivosti mora uključiti niz pravila koja nisu formalno oblikovana što posebno dolazi do izražaja u međunarodnom pravu. Međunarodni običaji i načela međunarodnog prava vrlo su neodredivi standardi i u krajnjem slučaju njihov sadržaj ovisit će o praksi sudova. Koliko se sekundarni izvori prava (sudska praksa i znanost kao izvor prava) i na koji način uzimaju u obzir pri razmišljanju o presudivosti također ovisi o sudskoj praksi.

(2) Odluke sudova su kao i bilo koja druga kolektivna odluka, pod utjecajem konkretnih društvenih činitelja: psiholoških, političkih, moralnih, ekonomskih i kulturoloških.⁸ Ovi su činitelji različiti u različitim državama te između država i međunarodne zajednice, a njihov utjecaj i razina utjecaja na suce je drugačija kad sudac djeluje u međunarodnim organima ili kad djeluje u nacionalnom organu neke države. Također, odluke sudaca su pod utjecajem primarnih institucionalnih

7 Ross smatra da je »nerealističan pravni pozitivizam koji bi ograničavao pravo na način da obuhvaća samo norme koje su učinjene pozitivnim, i koji smatra da se aktivnost suca sastoji samo od mehaničke primjene takvih normi.“ Ross, A., *On Law and Justice*, Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2004., str. 98.

8 Dworkin ističe važnost sociologizirajućih čimbenika na suca: “suci razmišljaju o pravu, uostalom, unutar društva, ne izdvojeno od njega; opći intelektualni okoliš, kao i zajednički jezik koji odražava i štiti taj okoliš, vrši praktična ograničenja na način razmišljanja (*idiosyncrasy*) i konceptualna ograničenja na zamišljanja. Neizbježan konzervativizam formalne pravne edukacije i procesa izbora pravnika za sudske i upravne pozicije dodaje daljnji centripetalni pritisak.“ Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Massachusetts, 1986., str. 88. Dworkin o ovim čimbenicima razmišlja u kontekstu ujednačavanja sudske prakse te ističe da ih se ne smije ignorirati, ali niti preuveličavati njihova uloga u nacionalnim pravima. Međutim, ovdje govorimo o razlikama između nacionalnih prava koja nastaju, među ostalim zbog različite pravne kulture.

zadataka koji se stavlja pred suca. Međunarodni sudovi su usmjereni na razvoj međunarodnog prava kao objektivnog, autonomnog i izvan nacionalnog sustava pravila, dok su nacionalni sudovi usmjereni na održavanje nacionalnog prava. Ne treba zanemariti ni čimbenik specijalizacije i utjecaj edukacije sudaca za rješavanje određenih specifičnih društvenih pitanja. Međunarodni sudovi specijaliziraju se za pojedina pitanja međunarodnog prava, dok se nacionalnim sudovima takva međunarodna pitanja javljaju usputno, u sklopu šire nadležnosti rješavanja nacionalnih sporova.

(3) Rezultat razmišljanja o presudivosti pravila ovisi i o primjeni tehnika interpretacije pravnih pravila pri čemu različiti organi tumačenja mogu davati prednost jednim tehnikama pred drugom vrstom tehnika. Primjerice, suci Suda Europske unije kod tumačenja europskog prava skloni su primjenjivati teleološku metodu, dok se suci nacionalnih sudova, posebno nekih država članica, u svom redovnom radu oslanjaju pretežito na jezično, logičko i sustavno tumačenje u primjeni postojećeg nacionalnog prava.⁹

(4) Moguće su razlike između različitih organa čak i kod primjene istih tehnika interpretacije. Primjerice, teleološko tumačenje pravila ovisi o ciljevima koje će organ tumačenja pridati zajednici za koju se donose takva pravila. Ne iznenađuje što se ciljevi međunarodne zajednice često kristaliziraju upravo kroz sudsku praksu međunarodnih organa, pa čak i suprotno viđenju samih država o tomu što su ciljevi zajednice čiji su članovi. Suci Suda Europske unije uzimaju u obzir ciljeve iz europskih ugovora na specifičan način, uvodeći tako promjene u europskom pravu, dok istovremene neke države članice nisu uopće prepoznale takve ciljeve. I pri korištenju jezične tehnike tumačenja može nastati razlika u tumačenju između nacionalnih i međunarodnih organa. Nacionalni su suci pod utjecajem pravnog jezika i nacionalnog pravnog sustava u kojem su educirani i koji svakodnevno ostvaruju svojim odlukama. Međunarodni suci, izloženi drugačijim utjecajima i zahtjevima koji se stavljaju pred njih, pridaju drugačija značenja nekim pravnim standardima ili čak uvode nove pravne standarde u pravni jezik. Zbog toga su odluke Europskog suda za ljudska prava često drugačije od odluka nacionalnih sudova, iako sve države koje su prihvatile njegovu nadležnost u svome ustavnom poretku razvijaju koncept ljudskih prava. Pravne koncepte, kao što su “pravna sigurnost“, “legitimna očekivanja“, “sud“, “kazna“, “zakon“, Europski je sud za ljudska prava uveo u nacionalne sustave, a često ih je definirao drugačije od nekih nacionalnih sudova. Tumačenja suda Europske unije također unosi nove koncepte i daju normama europskog prava sadržaj drugačiji nego što bi to napravili nacionalni sudovi. Ovdje nije riječ samo o specijalizaciji jednog suda za funkciju konačnog tumača europskog prava. Ovdje se pokazuje potreba da sud zadnje instance bude izvan nacionalnih pravnih sustava, pa čak i izvan ustavnih sudova, upravo zato

9 Primjerice, odluka Europskog suda u predmetu Van Gend en Loos i Costa ne bi bila moguća da sud pri interpretaciji nije vodio računa o duhu pravnih odredbi. Predmet C-26/62 NV Algemene Transport – en Expeditie Ondeneming Van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration (1963); www.eur-lex.europa.eu

što mu takav izlazak izvan nacionalnog društva omogućava "europsku" dimenziju pristupa slučajevima. Međunarodni kazneni sudovi u primjeni međunarodnoga humanitarnog prava koriste pravne koncepte, primjerice, "zapovjedna odgovornost" koja je drugačije oblikovana ili uopće ne postoji u nacionalnim pravima.

(5) Sve navedeno odnosi se na razliku u razmatranju presudivosti između nacionalnog i međunarodnog suda. Ova razlika bit će još izrazitija u usporedbi između međunarodnog suda i nacionalnog organa koji nije ustrojen kao sud. Naime, trenutačno za neka pravna područja međunarodnog (i nacionalnog) prava nije određena stvarna nadležnost suda, ni nacionalnog ni međunarodnog, već je konačna odluka o presudivosti u ovim područjima prepuštena političkom organu: parlamentu, vladi ili predsjedniku. Ovi organi donose konačne odluke sukladno nacionalnom pravu koje ih je ovlastilo da odlučuju u tim područjima života na temelju široke diskrecijske procjene. Njihovo djelovanje može se promatrati u kontekstu koncepta "kvazipravosuđenja" primjenjivog na procese koji u većoj ili manjoj mjeri odstupaju od pravosuđenja. Iako djelovanje političkih organa može biti ograničeno nacionalnim pravom, njihova mogućnost arbitrarnog odlučivanja prelazi okvire koji su redovito postavljeni sudovima. Koliko god svoju odluku temeljili pozivanjem na međunarodno pravo, nacionalni politički organi su pod snažnim utjecajem (više nego nacionalni sudovi) drugih izvanpravnih standarda, kao što su politički, moralni i ekonomski, koje takvi organi primjenjuju u nacionalnom kontekstu u kojem djeluju. Zbog toga je vrlo vjerojatno da će se odluke ovakvih nacionalnih organa i odluke međunarodnih sudova izrazito razlikovati.

3. PROBLEM NERJEŠIVIH PROTURJEČJA NORMI U MODELIMA MEĐUNARODNOG PRAVA

U nacionalnim pravnim sustavima redovito postoje procesne mogućnosti poništenja ili ukidanja pravnih normi koje nisu sukladne pravu što osigurava sustavu da sam razrješava proturječja normi. Modeli međunarodnog prava koji ne predviđaju subordiniranost nacionalnih organa međunarodnom sudu i modeli koji uopće ne predviđaju međunarodno pravosuđenje svojom internom logikom dopuštaju pojavu nerješivih proturječja normi zbog izostanka postupka za poništenje protupravnih normi. Je li postojanje takvih nerješivih proturječnosti u sustavu problem za postojanje međunarodnoga pravnog sustava?

Ross i Kelsen ne vide u pojavi nerješivih proturječnosti problem za postojanje međunarodnog prava. Za Rossov dualistički model proturječnost se ne javlja kao teorijski problem jer je prema njemu moguće da norme dva različita sustava reguliraju isti predmet drugačije te da obje ostaju na snazi i primjenjuju se paralelno na isti predmet.¹⁰ Obje su norme jednako važeće i ne postoji mogućnost da se donese

10 Ross smatra da radikalna teorija monizma, prema kojoj bi nacionalno pravo gubilo svoju valjanost ako je u proturječju s međunarodnim pravom, ne odgovara činjenicama. Ross, A, *A Textbook of International Law*, Clark, New Jersey, 2006., str. 62. Dalje navodi da je odnos

konačna odluka o tomu koja bi od njih trebala vrijediti za oba normativna sustava. Same proturječnosti normi nisu teorijski problem ni za Kelsenov monistički model. Za razliku od dualizma u kojem je protupravnost nekog akta relativna, ovisno o tome iz kojeg se sustava ocjenjuje protupravnost, u monizmu je dopuštena samo jedna ispravna procjena protupravnosti norme. "Smisao u kojem međunarodno pravo obvezuje državu na neke akte i, osobito, na propisivanje normi određene sadržine jest jedino ovaj: da je suprotan akt ili propisivanje državne norme suprotne sadržine uvjet za koji međunarodno pravo veže svoju specifičnu sankciju, posljedice neprava, represaliju ili rat."¹¹ Norma nacionalnog prava, koja je suprotna normama međunarodnog prava, dakle međunarodni je pravni delikt, ali takve norme ostaju i dalje važiti u nacionalnom pravnom sustavu sve dok ih se ne poništi. Međutim, takva proturječnost može ostati zauvijek u sustavu jer međunarodno pravo "ne predviđa postupak u kojem se može poništiti norma pravnog poretka pojedinačne države koja je 'protivna međunarodnom pravu'".¹² Nerješive proturječnosti prema Kelsenu nisu problem za postojanje međunarodnog prava jer takve situacije postoje i u nacionalnom pravu.¹³ Osim toga, kao zajednička bitna obilježja nacionalnog i međunarodnog normativnog sustava Kelsen ističe: osnovnu normu sustava iz koje se može utvrditi sadržaj prava i sankcije za protupravno djelovanje.¹⁴ Ova su dva

između nacionalnog i međunarodnog prava takav da svaki zadržava valjanost i onda kad je u proturječju s drugim (*ibid.*, str. 63-73.).

11 Kelsen, H., *Čista teorija prava*, Gutenbergova galaksija, Beograd, 2000., str. 254.

12 *Ibid.*

13 Sukob između, primjerice, međunarodnog ugovora, koji nekim manjinama daje politička prava, i nacionalnog zakona, koji manjinama oduzima sva politička prava, a da to proturječe ne utječe ni na važenje tog zakona ni na važenje tog ugovora, prema Kelsenu nije problem. "Ta činjenica ima svoj potpuni analogan u pravnom poretku pojedinačne države a da se zbog toga ne sumnja u njegovo jedinstvo. I takozvani protuustavni zakon je važeći zakon, i ostaje to, a da se ustvari ne mora smatrati ukinutim ili promijenjenim. I takozvana protuzakonita presuda je važeća norma i važi sve dok je ne ukine druga presuda...Odnos međunarodnog prava prema takozvanoj normi pravnog poretka pojedinačne države, koja je protivna međunarodnom pravu, isti je kao i odnos nekog ustava pojedinačne države koji - recimo u svom katalogu osnovnih prava - određuje sadržaj budućih zakona prema nekome zakonu koji povređuje ta prava, pa je zato protuustavan; pretpostavivši da taj ustav, kao što je većinom slučaj, ne ustanovljuje nikakav postupak u kojem se zakoni mogu poništiti iz razloga njihove protustavnosti, nego se ograničava na mogućnost da izvjesne organe, zbog donošenja takozvanog protustavnog zakona, pozove osobno na odgovornost." Kelsen, H., *Problem suverenosti i teorija međunarodnog prava - prilog jednoj čistoj teoriji prava*, Službeni list SCG, Beograd, 2003., str. 254.

14 Kad određuje bit međunarodnog prava, Kelsen nastoji utvrditi sljedeće dvije postavke. A) Međunarodno pravo uspostavlja akte prinude kao sankcije na način da se protiv određenog ponašanja kao neprava reagira nekom sankcijom kao posljedicom neprava. Da bi pokazao kako je međunarodno pravo prinudni sustav, Kelsenu je bilo dovoljno utvrditi da postoje rat i represalije kao odgovor na protupravnost (*ibid.*, str. 247.). B) Međunarodno pravo je sustav normi koje normiraju (važe, obvezuju) ponašanje subjekata što Kelsen objašnjava na sljedeći način. S obzirom na to da "osnova važenja neke norme može biti samo važenje neke druge norme" (*ibid.*, str. 155.), za Kelsena je bilo nužno pronaći osnovnu normu važenja međunarodnog prava, a to je ili osnovna norma koja se odnosi na djelotvorni ustav države (monistički model s prioritetom države) ili pravnologični ustav međunarodnog prava

elementa Kelsenu dovoljna da bi se utvrdila egzistencija pravnog sustava, a ako se proturječnosti ne rješavaju u praksi, to ne znači da ne postoji pravni sustav.

Prema tomu, s obzirom na pitanje nerješivih proturječja u međunarodnom pravu, razlika između Rossa i Kelsena je samo u tomu što Ross smatra da postojanje nerješivih proturječja ukazuje na to da su dva sustava normi neovisna jedan o drugome, dok Kelsen opravdava tezu da nerješive proturječnosti mogu postojati i u jedinstvenom sustavu normi. Oba autora smatraju da međunarodno pravo može egzistirati kao pravni sustav bez obzira na pojavu nerješivih proturječnosti. Međutim, iz Lauterpachtove i Kelsenove teorije o međunarodnom pravosuđenju pokazuje se da samo prihvaćanje međunarodnog prava kao objektivno obvezujućeg sustava normi nije dovoljno da bi neki normativni sustav bio pravni: on mora osigurati da se važenje općih standarda međunarodnog prava može potvrditi u konkretnim odlukama.¹⁵ U tome su kontekstu nerješive proturječnosti problem za međunarodno pravo, jer onemogućuju njegovu provedbu, pa se s obzirom na ovaj aspekt provedbe prava mogu preispitati argumenti kojima se nastoji ublažiti teorijski problem koji nerješiva proturječja izazivaju za samu egzistenciju prava.

Najprije ćemo se osvrnuti na Kelsenov argument temeljen na korištenju analogije s nacionalnim pravom. Možemo se složiti s Kelsenom da čak i u nacionalnim sustavima u nekom trenutku zaista postoje međusobna proturječja normi koja sustav nije odmah otklonio iz samog sustava. Međutim vezano uz ovakve pojave u nacionalnim sustavima potrebno je pažljivije razmotriti: a) u kojoj mjeri pravni sustav smije dopustiti situacije da akti protivni ustavu ostanu na snazi; b) jesu li sva prava navedena u ustavu "pravna" prava koja se mogu zaštititi pred sudom ili se kod nekih radi samo o "političkim pravima" koja nemaju pravnu zaštitu pa se prema tomu u tim slučajevima i ne javlja problem (ne)poništivosti pravnih normi; c) jesu li u nacionalnom sustavu dopustive nerješive proturječnosti koje izazivaju ili mogu izazvati izvaninstitucionalne sukobe.¹⁶

(monistički model s prioritetom međunarodnog prava) koji se iskazuje kao: "države, to jest vlade tih država, trebaju se u svojim uzajamnim odnosima ponašati onako kako to odgovara postojećem običaju među državama, ili se prinuda države prema državi treba vršiti pod uvjetima i na način kako to odgovara postojećem običaju među državama" (*ibid.*, str. 175.). Da bi mogao ustvrditi kako je međunarodno pravo prinudni sustav, Kelsenu je bilo dovoljno ustvrditi da postoje rat i represalije kao odgovor na protupravnost (*ibid.*, str. 247.).

15 Lauterpacht, H., *op. cit.* (bilj. 2), Kelsen, H., *op. cit.* (bilj. 2)

16 Ustavne garancije kojima bi se ustav štitio od povrede Kelsen smatra doprinosom načelu zakonitosti. "Pravno-politički zahtjev za garancijama ustava, dakle za ustanovama kojima se kontrolira ustavnost ponašanja izvjesnih ustavno neposrednih državnih organa, kao parlamenta ili vlade, odgovara specifično pravno-državnom načelu što veće zakonitosti državne funkcije." Kelsen, Hans, Tko treba da bude čuvar ustava, u: Slobodan Samardžić (ur.), *Norma i odluka, Carl Schmitt i njegovi kritičari*, Filip Fišnjić, Beograd, 2001., str. 257. Prema Kelsenu, "funkcija ustava je da vlasti postave pravne granice, ustavne garancije znače stvoriti sigurnost za to da se pravne granice ne prekorače, a takvu funkciju ne može ostvarivati ustanova na koju Ustav prenosi vršenje vlasti jer ni "o jednom pravno-tehničkom načelu nema toliko suglasnosti kao o ovom: da nitko ne treba biti sudac u svojoj vlastitoj stvari" (*ibid.*, str. 258.). Dakle, prema načelu zakonitosti, arbitrarnost odlučivanja trebalo bi u što većoj mjeri podvrgnuti pravu kroz ustav i kontrolu proturječnosti normi s ustavom.

Dodatno, bez obzira na rezultate rasprave o ovim pitanjima vezano uz proturječja u nacionalnom sustavu, za razliku od drugih normativnih sustava uključujući i međunarodni nacionalni pravni sustav ima sustavnu mogućnost legitimne reakcije na protupravnu normu. Može se općenito ustvrditi da obilježje nekog normativnog sustava prema kojem takav sustav uopće ne predviđa nikakav postupak za društveno legitimnu reakciju na delikt koji bi uključivao i poništavanje protupravnog akta jest problem za pravno djelovanje bilo kojeg sustava u praksi. Da bi sustav mogao legitimno reagirati na protupravnost, potrebno je da ovlasti subjekte koji mogu reagirati na protupravnost (mogućnost reakcije) i osigura postupak kojim se omogućava objektivno iz pozicije društva utvrditi kad je delikt počinjen (mogućnost pravosuđenja). Pritom, centralizirani mehanizam za primjenu sankcije zbog delikta doista nije nužan jer se reakcija na delikt može osigurati na drugačije načine i decentralizirano. Ali bilo kakva legitimna reakcija na delikt (centralizirana ili decentralizirana) moguća je samo onda kad društvo na razini sustava može objektivno utvrditi da je delikt doista počinjen. Problem za unutarnju logiku međunarodnog prava postoji ako normativni sustav uopće ne predviđa način kojim bi se objektivno, autonomno, konačno u svim slučajevima moglo utvrditi je li norma nekoga državnog prava suprotna normi međunarodnog prava.

Nadalje, Kelsenova analogija s međunarodnim pravom je upitna i jer se proturječnosti u međunarodnoj zajednici ne mogu svesti na proturječnosti koje nastaju kao rezultat nesavršenosti zakonodavca. Takve normativne proturječnosti izazvane zakonodavstvom u nacionalnim sustavima mogu ostati i bez reakcije nacionalnog sustava sve do trenutka izbijanja konkretnog spora oko primjene norme. Protupravna norma u nacionalnom sustavu dakle može važiti, ali kad nastane interes za njezino otklanjanje službeni će je organ će poništiti. U međunarodnom sporu često se radi o proturječnosti dvije norme koje su donijele dvije različite države i obje ostaju na snazi u tim nacionalnim sustavima, iako je jedna od njih u suprotnosti s međunarodnim pravom. Pritom je takav spor iz domene javnog prava i svojim intenzitetom obično ima teške i izravne posljedice za živote ljudi u jednoj ili obje države te se zahtijeva njegovo rješavanje. Dakle u Kantorowiczovu smislu radi se o normama oko kojih je spor visoko intenzivan te bi se morale podvrgnuti konačnom postupku kojim se određuje njihov sadržaj.¹⁷

Ako načelo zakonitosti vrijedi za odluke vlasti oko unutarnjih poslova, nema nikakvog razloga da takvo načelo ne vrijedi i za odluke u vanjskim poslovima. O navodnoj razlici političkih i pravnih sporova vidi kod Dworkina (Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.). U odnosu na ustavne sporove čini se da ni Carl Schmitt ne postavlja pitanje moraju li se oni razriješiti jednom kad proturječnost ugrožava poredak, već samo drži upitnim trebaju li se takve situacije podvrgavati sudstvu (ustavnom) ili političkom organu. Schmitt, Carl, Čuvar ustava, u: Slobodan Samardžić (ur.), *Norma i odluka, Carl Schmitt i njegovi kritičari*, Filip Fišnjić, Beograd, 2001., str. 212.

- 17 "Karakteristična osobina velike većine običaja jest da su esencijalno izvorno nesporni. Ali određeni običaji, posebno oni kojima se namjeravaju kontrolirati individualni ekonomski interesi ili pretjerane seksualne strasti, vode u konflikte između članova iste zajednice i prema tome zovu na rješavanje od nepristranih autoriteta u nekoj redovnoj proceduri, s ciljem da se spriječe slični konflikti u budućnosti." Kantorowicz, H., *op. cit.* (bilj. 4), str. 76.

Osim Kelsenovog argumenta na temelju analogije između međunarodnog i nacionalnog prava, opravdanje nerješivih proturječnosti u međunarodnom pravu može se potražiti pozivanjem na činjenično stanje kao što je to napravio Ross ili čišćenjem teorije od činjeničnog stanja kao što je to napravio Kelsen.

Ako slijedimo Rossov psiho-socijalni pristup pravu, onda bi se moglo zaključiti da egzistencija i sadržaj prava u krajnjem slučaju ovise o korisnicima međunarodnog prava.¹⁸ Prema tomu kad dva nacionalna organa, odnosno nacionalni i međunarodni organ koji mu nije nadređen, donose različite odluke o pravu sve su one jednako valjane. Dualistički model, prema Rossu, opisuje faktično stanje prema kojem normativni sustavi zaista jesu u stanju potencijalno nerješivih međusobnih proturječja.¹⁹ Međutim, upravo takvo "faktično stanje koje je u sukobu s logikom prava" stvara ozbiljan teorijski i praktični problem za međunarodno pravo, na što ukazuje Lauterpacht kad dovodi u pitanje načelo "svatko je sudac u svome slučaju".²⁰ Ako međunarodno pravo obvezuje države, onda se mora na temelju takvog normativnog sustava omogućiti konačna odluka o tomu koja od dvije međusobno suprotstavljene norme različitih država jest važeća prema međunarodnom pravu. Oblikovati normativni sustav međunarodnih odnosa na način da se svakoj državi prepusti da sama za sebe određuje značenje prethodno preuzetih međunarodnih prava i obveza, znači prihvatiti mogućnost nerješivih proturječnosti koje zbog toga mogu nastati u primjeni međunarodnog prava nacionalnih organa. Takvo stanje nerješivih proturječnosti normi nacionalnih organa znači prihvatiti da se važeće međunarodno pravo neće moći realizirati u konkretnim slučajevima. Isto tako, ako se odluka nacionalnog organa smatra jednako važeća kao i suprotna odluka međunarodnog suda u istom slučaju, onda nerješive proturječnosti koje pri tom nastaju dovode do nemogućnosti primjene konačno obvezujućeg međunarodnog prava. Dualistički model možda opisuje faktično stanje nekih međunarodnih odnosa, ali to ne znači da je takav model normativnog sustava, kad se promotri njegovo funkcioniranje u praksi, zaista model pravnog sustava.

18 Prema Rossu, "pravo je na kraju krajeva uvijek pitanje određenih sociološko-psiholoških stvarnosti", pri čemu se Ross kad govori o međunarodnom pravu često poziva na osjećaj o međunarodnom pravu. Ross, A., *op. cit.* (bilj. 10), str. 62., 63. i 54.

19 "Bez obzira na to koji se 'logički' argumenti mogu iznijeti u korist državnog prava, kao niže prava vezanog da koristi međunarodnom pravu, nesporna je činjenica da ovo u stvarnosti nije tako. Ali kad 'logika' vodi u sukob s činjenicama" to je gore za "logiku" (koja naravno nikad nije bila dostižna logika). Ross, A., *op. cit.* (bilj. 10), str. 62

20 Lauterpacht je zagovarao odbacivanje načela *omnes iudex in re sua* zbog toga što ono ne odgovara načelima civiliziranih sustava i stoji u proturječju s drugim međunarodnim načelima. "Ako - kao što se pretpostavlja istinitim - postojeće pravilo o mjestu prava i pravosudne funkcije jest neusklađeno s općim načelima prava i s općenito priznatom koncepcijom prava, onda je međunarodni pravnik suočen s centralnim problemom, koji je istovremeno jedan od načelnih problema opće filozofije prava. Treba li međunarodno pravo, odbijajući priznati svoje sadašnje nesavršenosti i uzdižući ih do autoriteta legitimne i trajne manifestacije 'specifičnog prava', odbaciti zadatak svoga uzdizanja preko razine primitivnog prava primitivne zajednice?" Lauterpacht, H., *op. cit.* (bilj. 2), str. 431.

U Kelsenovoj “znanstvenoj verziji” međunarodnog prava dovoljno je: a) da sustav sadrži osnovnu normu koja omogućava da se na temelju nje utvrdi sadržaj prava te b) da sustav ovlašćuje države da mogu reagirati na povredu prava. Temeljna norma sustava osigurava jedinstvenost sustava promatrano iz aspekta znanstvenika, ali ne osigurava obvezatnost prava u konkretnim slučajevima iz aspekta onoga čija bi se prava trebala utvrditi sukladno takvom jedinstvenom pravnom sustavu. Mogućnost teorijskog jedinstva pravnog sustava i iznalaženje temeljne norme, koja zapravo omogućuje da sustav bude znanstveno-teorijski jedinstven, još uvijek nisu dovoljna obilježja nekog konkretnog normativnog sustava da bismo ga nazvali pravnim sustavom. Konkretni pravni sustav mora imati “unutarnji normativni dizajn” koji omogućava tome sustavu da realno obavlja funkciju utvrđivanja pojedinačnih pravnih normi iz općih pravnih normi u konkretnim slučajevima. Za utvrđivanje onoga što misli da je pravo znanstveniku nije bitno postoji li u konkretnom sustavu nemogućnost rješavanja proturječja zato što ga takav normativni deficit ne sprječava da iznosi svoja znanstvena mišljenja o sadržaju prava dok god ima temeljnu normu ispred sebe.²¹ Međutim, takva mišljenja nisu konačno obvezujuće pravo.

Prema tome i Kelsenov monistički model s prioritetom države i Rossov dualistički model imaju problem s pitanjem primjene obvezujućih normi međunarodnog prava. Nepostojanje središnje karike - autoritativno i konačno utvrđivanje prava i dužnosti na temelju objektivnog međunarodnog prava - u lancu pravnog procesa između opće norme i reakcije na protupravnost čini Kelsenov znanstveni model prava, iz aspekta korisnika prava, još uvijek samo “znanstvenim”. Nepostojanje ove središnje karike u lancu između opće norme međunarodnog prava i akta nacionalnog

21 Kelsen utvrđuje da država ima subjektivno pravo. “Ono se od subjektivnoga privatnog prava razlikuje po tome što tu sankciju ne treba narediti sudska odluka niti je izvršiti neki organ koji funkcionira na osnovu podjele rada, pa otuda država, u odnosu na koju je bila povrijeđena obveza, nema pravnu moć da započne sudski postupak koji je usmjeren na sankciju, nego ima pravnu moć da sama odluči da u tom slučaju sankciju treba usmjeriti protiv države koja je u odnosu na nju povrijedila svoju obvezu i da tu sankciju sam izvrši.” Kelsen, H., *op. cit.* (bilj. 11), str. 249. Prema tome, za Kelsena nije problem što postoji subjektivno pravo bez zahtjeva za ovlaštenjem. Iako su takve situacije moguće i u nacionalnom pravu (zastara), analogija je u ovom slučaju upitna jer se u Kelsenovu opisu međunarodnog prava radi o normativnom sustavu koji nikad nije niti predvidio da postoji zahtjev za ostvarenjem, dok se u nacionalnom pravu radi o gubitku zahtjeva za ostvarenjem pod određenim okolnostima. Polazna točka za shvaćanje prava u Kelsenovom smislu jest znanstvenik koji gleda kroz naočale čiste teorije prava. Kelsen odbacuje kao nebitne ostale aspekte gledanja na pravo, kao što je primjerice aspekt korisnika prava “ono advokatsko shvaćanje koje pravo promatra samo s gledišta interesa stranke, to jest s obzirom na to što znači za pojedinca, koliko mu koristi, to jest služi njegovim interesima, ili šteti, to jest prijeti mu nekim zlom. To je specifičan stav rimske jurisprudencije koji je, proizašavši u biti iz prakse davanja stručnih mišljenja od strane responderajućih pravika, bio recipiran istovremeno s rimskim pravom” (*ibid.*, str. 154.). Ovaj Kelsenov stav da je za shvaćanje pravnog fenomena presudan stav znanstvenika nije problem za nacionalno pravo u kojem postoji pravosuđenje na zahtjev, ali primijenjen na međunarodno pravo, on ignorira činjenicu da je za pravo (koje je namijenjeno praksi) nužno da korisnici prava imaju minimalne uvjete za korištenje toga prava, dakle da postoji obvezatno pravosuđenje.

prava, iz aspekta korisnika prava, čini pravni karakter Rossovog relativističkog modela prava, upitnim čak i znanstveno.²² Iz pozicije subjekta, kojima je model prava namijenjen za rješavanje životnih normativnih situacija u praksi, takav bi model trebao biti oblikovan da omogućí donošenje konačnih odluka društva o tome: koji je od dva proturječna razmatranja sadržaja međunarodnog prava ispravan iz aspekta pravnog sustava.

Dakle, može se reći da za internu logiku pravnog sustava nije problem postojé li proturječnosti, već ako postoje nerješive proturječnosti jer se protupravna norma ne može poništiti. Modeli prava, koji pretpostavljaju nerješive proturječnosti, ne mogu odgovarati pravnim sustavima namijenjenim regulaciji odnosa u stvarnom životu. Ako se može zaključiti da su nerješiva proturječja problem za model međunarodnog prava, nužno je odgovoriti na pitanje može li nacionalni organ rješavati proturječja između normi nacionalnog i međunarodnog prava?

Prvi problem zbog kojeg je upitna mogućnost pozitivnog odgovora na ovo pitanje odnosi se na kontekst u kojem djeluje nacionalni sud kad primjenjuje međunarodno pravo. Nacionalni sudovi kad primjenjuju međunarodno pravo pri rješavanju nekoga konkretnog spora moraju riješiti i proturječja između različitih normi, pa tako i između međunarodnih i nacionalnih. Pritom sudovi nacionalnih država obično koriste kriterij hijerarhije pravnih akata za rješavanje mogućih proturječja između međunarodnog i nacionalnog prava. Nacionalni ustavni sudovi mogu utvrđivati da su sudovi ili parlamenti vlastite države donijeli norme koje su suprotne međunarodnim ugovorima. Međutim, ako nacionalni organi nisu podvrgnuti međunarodnom sudu, u ovim se slučajevima radi o primjeni međunarodnog prava kao dijela nacionalnog sustava te se u krajnjem slučaju sva tumačenja provode sukladno ustavu vlastite države. Kad bi međunarodni organ presuđivao u istim slučajevima, moguće je da bi odluke o proturječnosti normi bile drugačije. Razlog tomu su različiti uvjeti presuđivosti koje smo prethodno naveli. Tako se, primjerice, razlike u mišljenjima, koje su se pojavile između ustavnih sudova i Suda Europske unije, vezano uz proturječja nacionalnog i europskog prava upravo mogu smatrati posljedicom različitog pristupa testiranju presuđivosti nacionalnih i međunarodnih organa.²³

22 U Koskenniemievoj razdiobi na apologistički i utopistički pristup međunarodnom pravu, Rossov stav mogao bi se svrstati u prvi pristup zbog njegovog realizma. Vidi Koskenniemi M., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument, reissue with new Epilogue*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Međutim, ovakvo svrstavanje Rossa među apologete je upitno jer unatoč dualizmu, Ross ipak sadašnje međunarodno pravo vidi tek kao fazu u razvoju "s obzirom na njegove sposobnosti da upravlja ljudsko ponašanje prema društvenim svrhama." Ross, A., *op. cit.* (bilj. 10), str. 54. Pritom možemo dodati da se kod uvođenja obvezatnog pravosuđenja ne radi samo o jačanju kapaciteta da se postigne ponašanje sukladno društvenim svrhama, već je njegovo uvođenje uvjet da bi se takvo reguliranje ponašanja uopće moglo nazvati pravnim. Ako je jedna od društvenih svrha razvoj "međunarodnog prava" prema pravu, onda uvođenje obvezatnog pravosuđenja za njegove korisnike predstavlja ne samo veću učinkovitost regulacije nego preduvjet da bismo takav sustav uopće mogli smatrati pravnim.

23 Vidi primjerice predmet Van Gend en Loos C-26/62 (bilješka 9). Nizozemska i Belgija su smatrale kako Europski sud uopće nije nadležan u ovom predmetu pozivajući se da se

Drugi problem za nacionalne organe kod rješavanja proturječnosti između nacionalnog i međunarodnog prava, također smo prethodno naveli vezano uz pitanje presudivosti. Nacionalni sudovi u nekim slučajevima uopće nisu nadležni utvrđivati jesu li norme izvršnih ili zakonodavnih organa u proturječju s ustavnim normama, pa tako nemaju ni ovlast utvrđivati njihovo proturječje s normama međunarodnog prava. Primjerice, ustavni sud ne bi mogao odlučivati o tomu je li granica između države koju je svojim aktom odredilo zakonodavno tijelo države utvrđena sukladno normama međunarodnog prava, jer ustav ovlašćuje zakonodavno tijelo da odluke o državnoj granici donosi aktima vladanja izvan sudske nadzora.²⁴ Iako nacionalni sudovi nemaju nadležnost za takve sporove, može se reći da je nacionalni organ (primjerice, zakonodavno ili izvršno tijelo) donijelo konačnu odluku o tomu te tako djelovalo kao kvazisudsko tijelo. Kao što smo naveli takvo djelovanje nacionalnog kvazisudskog tijela, još bi se više moglo razlikovati od hipotetskog djelovanja međunarodnog suda u takvim situacijama. Stoga, navedena dva ograničenja zbog kojih nacionalni organ ne može objektivno rješavati proturječja vezana uz međunarodno pravo nastaju zbog jednakih uvjeta koji utječu da nacionalni i međunarodni organ različito utvrđuju međunarodno pravo. Ako nacionalni organi ne moraju primijeniti odluku međunarodnog suda u nacionalnom sustavu, onda se pitanje konačnosti odluke javlja i u ovom slučaju.

Uz probleme vezano uz presudivost pravila, zbog čega općenito smatramo da nacionalni organ nije dovoljan za egzistenciju objektivnoga međunarodnog prava, može se istaknuti još jedan problem zbog čega se rješavanje proturječja ne može prepustiti samo nacionalnim organima - problem konačnosti odluke. Ovaj problem nastaje u međunarodnim odnosima kad dva organa različitih država donose međusobno suprotne norme o istoj normativnoj situaciji, a ne postoji treći organ iznad takva dva nacionalna organa koji bi donio konačnu odluku o tomu što je pravo. Iako bi se ovaj problem mogao ublažiti pravilima o pravosudnoj suradnji koja bi odredila da samo jedan od nacionalnih sudova donosi konačnu odluku, još uvijek ostaje pitanje konačnosti odluke u slučaju spora oko nadležnosti nacionalnih sudova. Problem konačnosti se neće pojavljivati u odnosu između međunarodnog i nacionalnog suda pod uvjetom da je međunarodni sud pravno nadređen nacionalnim organima.

Zbog navedenih razloga, proturječnosti između normi međunarodnog prava i nacionalnog prava, odnosno između normi različitih nacionalnih prava, rješive su samo ako svi normativni sustavi imaju zajedničku normu pravosuđenja koja omogućava da se objektivno, autonomno i konačno utvrde prava i dužnosti sukladno međunarodnom pravu. U takvom sustavu postoji mogućnost poništavanja

postavljeno pitanje u predmetu odnosi na ustavno pravo Nizozemske. C-26/62 NV Algemene Transport – en Expeditie Ondeneming Van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration (1963); www.eur-lex.europa.eu.

²⁴ U Hrvatskoj je prema trenutnoj ustavnoj praksi i pitanje suglasnosti odredaba međunarodnih ugovora s Ustavom koje su postale sastavni dio poretka Republike Hrvatske izvan nadležnosti. Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje U-I-1583/2000 od 24. ožujka 2010.

protupravne norme, za svaku normativnu situaciju postoji mogućnost konačne odluke te nema nerješivih proturječnosti i osigurava se kompletnost sustava. U tom je smislu važan Lauterpachtov zahtjev, da ako se prihvati da pravni sustav uopće obvezuje, onda se mora prihvatiti da sadrži normu obvezatnog međunarodnog pravosuđenja.²⁵

4. KELSENOV KRITERIJ JEDINSTVA PRAVNOG SUSTAVA I MEĐUNARODNO PRAVOSUĐENJE

Kelsen je kao znanstveno jednako valjane prihvatio obje monističke koncepcije međunarodnog prava - onu koja daje primat međunarodnom pravu (subordinativni model) i drugu koja daje primat nacionalnom pravu (isključivi koordinativni model).²⁶ Prema Kelsenu, razlika između ovih teorijskih konstrukcija postoji samo s obzirom na izvor važenja normi. Prema prvoj međunarodno pravo važi na temelju činjenice ustava neke nacionalne države, a prema drugoj neovisno o takvim ustavima na temelju običaja među državama kao činjeničnog stanja koje omogućuje pravno postojanje država.²⁷ Međutim, prema Kelsenu, bez obzira na razliku između modela s obzirom na osnovu njihova važenja, sadržaj je međunarodnog prava isti u oba slučaja. Zbog istog sadržaja međunarodnog prava u oba modela, Kelsen smatra da nacionalni i međunarodni sustav uvijek čine jedinstven sustav prava bez obzira na koji se od ova dva modela međunarodnog prava odlučili.²⁸

25 Lauterpacht, H., *op. cit.* (bilj. 2), str. 420.

26 O Kelsenovoj tezi izbora i njezinoj suprotnosti ciljevima bečke škole međunarodnog prava, vidi Von Bernstorff, J., *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge University Press, New York, 2010., str. 104.

27 Vidi bilješku 14.

28 »...suprotnost između dvije pravne konstrukcije nema nikakvog utjecaja na sadržaj prava, ni međunarodnog ni državnog prava, pravni stavovi kojima se opisuje njihov sadržaj ostaju isti, bilo da se međunarodno pravo zamišlja kao sadržano u državnom pravu ili državno pravo u međunarodnom pravu.“ Kelsen, H., *op. cit.* (bilj. 11), str. 264. Pri tom je ključno da se različiti pogledi odnose na isti predmet – pravo. Za razliku od morala i prava koji mogu biti istovremeno važeći, iako iznose suprotne norme o istoj normativnoj situaciji, pojmovi nacionalno pravo i međunarodno pravo koriste se na način kao da žele riješiti istu normativnu situaciju istom vrstom spoznavanja – pravnim spoznavanjem. “Time što pravno saznanje hoće da obuhvati kao pravo materijal koji je okarakteriziran kao međunarodno pravo isto onako kao i materijal koji se nudi kao pravo pojedinačne države, to jest da ga obuhvati kategorijom važeće pravne norme, ono sebi – baš kao i nauka o prirodi – postavlja zadatak da: svoj predmet prikaže kao jedinstvo“ (*ibid.*, str. 252.). Kako bi dva poretka normi istovremeno važećih činili spoznajno jedinstvo to je moguće samo na način da se jedan poredak podredi drugom ili da se oba podrede trećem višem poretku (*ibid.*, str. 254.). Međutim iako je na ovaj način Kelsen mogao ustvrditi da je u svakom trenutku moguće odrediti pravno važeću normu (pri tom dopušta u sustavu postojanje normi suprotnih pravu koje ne moraju biti nikad poništene), što unosi objektivnost u pravnu znanost, ovo još uvijek ne rješava praktični problem da različiti subjekti prava s obzirom na svoje okolnosti iz kojih promatraju normativnu situaciju mogu vidjeti različitu valjanu normu. S obzirom na Kelsenov “znanstveni pristup“ može se zaključiti da on zapravo smatra kako je pravni znanstvenik onaj koji može uvijek objektivno utvrditi valjanu normu ako primjenjuje pravno-znanstvenu metodologiju.

Kelsen uspoređuje suprotnost koja postoji između ovih dviju znanstvenih konstrukcija međunarodnog prava sa suprotnošću koja postoji između Ptolomejeve geocentrične i Kopernikove heliocentrične slike svijeta. Ptolomejova slika svijeta, koja smješta Zemlju u središte svemira oko koje se okreću ostali planeti, uključujući Sunce, odgovara znanstvenoj konstrukciji prema kojoj je vlastita država u središtu pravnog svijeta. Kopernikova slika svijeta, prema kojoj se Sunce nalazi u središtu oko kojeg se okreću planeti, uključujući Zemlju, odgovara znanstvenoj konstrukciji prema kojoj se međunarodno pravo nalazi u središtu pravnog svijeta.²⁹ Suprotnost između ovih dviju astronomskih slika svemira Kelsen svodi na razliku između dva načina promatranja istog fenomena - jedan iz pozicije Zemlje, kad je ispravno reći da se Sunce kreće po nebu, i druga iz pozicije neke zvijezde, kad je ispravno reći da Sunce miruje. Prema teoriji relativnosti, navodi Kelsen, oba su načina promatranja jednako ispravna i opravdana.

Kelsenova tvrdnja o jedinstvu pravnog sustava temelji se na tezi da je sadržaj međunarodnog prava isti bez obzira na to iz kojeg kuta se pravo promatralo - iz nacionalnog (Ptolomejevog) ili međunarodnog (Kopernikovog). Međutim ovakva teza dolazi u pitanje ako se promatra primjena prava od stvarnih organa. Djelovanje stvarnih organa pri utvrđivanju sadržaja međunarodnog prava može se promatrati uspoređujući nacionalne i međunarodne organe, te nacionalne organe međusobno.

Prvo pitanje vezano uz sadržaj međunarodnog prava jest: kakav bi sadržaj međunarodnog prava u praksi na konkretnom slučaju utvrdio nacionalni organ, a kakav bi sadržaj utvrdio međunarodni organ? Iz Rossova objašnjenja dualizma može se vidjeti da u praksi nastaje razlika između primjene međunarodnog prava nacionalnih sudova i primjene međunarodnog prava međunarodnih sudova. S pomoću Kantorowiczeva koncepta presudivosti objasnili smo okolnosti koje nacionalne organe sprječavaju da djeluju kao međunarodni organi u primjeni objektivnoga međunarodnog prava: specifični nacionalni uvjeti koji utječu na razmišljanja sudaca o presudivosti međunarodnih normi i posebne okolnosti koje određuju razmišljanja političkih organa o presudivosti normi onda kad djeluju kao kvazisudski organi. Poseban problem u primjeni objektivnoga međunarodnog prava nacionalnih organa nastaje u slučaju nerješivih proturječja između normi različitih država. Zbog svih tih razloga nacionalni i međunarodni organi ipak će u praksi drugačije primjenjivati međunarodne norme, pa prema tomu njihov sadržaj neće biti isti, iako se oba organa mogu pozivati na primjenu međunarodnog prava.

Drugo pitanje vezano uz sadržaj međunarodnog prava jest: što se događa u praksi kad državni organi različitih država u međusobnim odnosima promatraju međunarodno pravo iz pozicije vlastitih astronomskih karta na kojima se baš njihovo pravo nalazi u središtu cijelog pravnog svemira? Vide li države tada zaista isto međunarodno pravo kao što to tvrdi Kelsen? U sporu između dvije države, gdje se obje pozivaju na međunarodno pravo, mogu se primijetiti potpuno suprotna shvaćanja o tome: što je sadržaj neke norme međunarodnog prava, koje su uopće

²⁹ *Ibid.*, str. 264.

norme međunarodnog prava, pa čak i što bi međunarodno pravo uopće trebalo biti. Pojava nerješivih proturječja između država ukazuje na to da teorijski isto međunarodno pravo u praksi može biti toliko različito između različitih država da izazove patologiju međusobnih odnosa.

U oba slučaja vidimo da se jedinstvo pravnog sustava ne može osigurati u praksi ako ne postoji mogućnost da se dosljedno osigura primjena istog sadržaja međunarodnog prava svih onih nacionalnih i međunarodnih organa koji ga koriste u rješavanju konkretnih sporova. Prema tomu, može se zaključiti da se i na temelju Kelsenova kriterija jedinstvenosti može postaviti logički zahtjev za uvođenjem obvezatnoga međunarodnog pravosuđenja, ali samo uvjetno. Održivost takvog zahtjeva može se opravdati samo ako je unaprijed prihvaćena pretpostavka o svrsi međunarodnog prava: provedba objektivnog međunarodnog prava i/ili koordinacija nacionalnih prava.

(1) S jedne strane, veza između obvezatnog međunarodnog pravosuđenja i jedinstva pravnog sustava može se utemeljiti na ideji o objektivnom međunarodnom pravu. U svjetlu ideje o objektivnom međunarodnom pravu čija je egzistencija neovisna o subjektivnoj volji i spoznaji pojedine države (odnosno o volji i spoznaji službenika pojedinih država koji djeluju u međunarodnim odnosima) o tomu što je sadržaj međunarodnog prava, otkriva se puni smisao Lauterpachtova zahtjeva da ako države prihvaćaju (objektivno) međunarodno pravo obveznim, onda slijedi da moraju prihvatiti i njegovo ostvarenje kroz zajedničke međunarodne sudove. Dakle preduvjet za logički zahtjev uvođenja obvezatnog međunarodnog pravosuđenja jest ideja da takvo objektivno pravo zaista postoji ili barem da bi trebalo postojati. Prihvatiti da objektivno međunarodno pravo postoji i istovremeno odbiti da se ono provede predstavlja logičku nedosljednost kao što je to istaknuo Lauterpacht. Prema tomu svrha međunarodnog prava bi trebala biti ostvarenje objektivnog međunarodnog prava za što je potrebno osigurati određene uvjete. Istovremena provedivost objektivnog međunarodnog prava i nacionalnih prava zahtijeva određivanje logičkog odnosa između ova dva sustava, jer će se u praksi postaviti pitanje sadržaja prava na koje dva normativna sustava (međunarodni i nacionalni ili nacionalni međusobno) mogu dati različite odgovore. S obzirom na to da je sadržaj objektivnog međunarodnog prava neovisan o volji i spoznaji bilo koje pojedine države, ono mora biti hijerarhijski postavljeno iznad svakog nacionalnog prava. Stoga ako se prihvati pretpostavka o objektivnom međunarodnom pravu, onda se međunarodno pravosuđenje pokazuje kao normativni uvjet za stvarno postizanje jedinstva između objektivnoga međunarodnog prava i subordiniranih nacionalnih sustava. Nacionalni organi ne mogu ispuniti takav uvjet zbog njihovih ograničenja vezano uz presudivost i poništivost pravnih normi. Prethodno navedene prepreke, koje sprječavaju da nacionalni organ djeluje kao međunarodni organ, mogu se prevladati samo ako se nacionalni sudovi i/ili državni organi podvrgnu međunarodnom sudu kao krajnjoj instanci za tumačenje međunarodnog prava. Međutim, u tom slučaju nacionalni sudovi ne bi više bili vezani nacionalnim pravnim poretком određenog ustavom neke države i kao krajnji test za utvrđivanje

prava uzimali bi odluke takvoga međunarodnog suda. Prihvatanjem obvezatne nadležnosti međunarodnog suda, nacionalne međunarodne norme postaju norme međunarodnog prava u užem smislu, kao što je primjer s normama o ljudskim pravima koje su u konačnici presudive pred Europskim sudom za ljudska prava.

(2) S druge strane, veza između obvezatnog međunarodnog pravosuđenja i jedinstva pravnog sustava može se postaviti i na temelju ideje o međunarodnom pravu kao normativnom sustavu za koordinaciju nacionalnih pravnih sustava.

Argument za uvođenje obvezatnog međunarodnog pravosuđenja u tom slučaju može se postaviti na sljedeći način: obvezatno međunarodno pravosuđenje osigurava da međunarodne norme nacionalnih sustava budu međusobno dovoljno slične ili iste kako bi se ostvarila optimalna usklađenost nacionalnih sustava. Preduvjet za zahtijevanje međunarodnog pravosuđenja je ideja da države razvijaju međunarodno pravo kao granu svojih nacionalnih sustava kako bi ostvarile optimalnu komunikaciju, interakciju, koordinaciju i integraciju s drugim državama. Ovaj se cilj može ispuniti samo ako su međunarodnopravne norme nacionalnih sustava, koje služi za ispunjenje takvog cilja, dovoljno slične ili iste da se mogu izdvojiti u zaseban jedinstven sustav normi. Razlike između ostalih pravnih normi različitih nacionalnih sustava ne moraju narušavati "pravno jedinstvo" dok god postoji mogućnost za usklađivanje sadržaja međunarodnog prava različitih nacionalnih sustava uvijek kad je to potrebno radi održavanja jedinstva sustava na optimalnoj razini integracije. Koja je optimalna razina integracije i usklađivanja ovisi o razini interakcije država koje sudjeluju u tom procesu, ali čak i minimalna razina interakcije zahtijeva zajednički normativni sustav koji objedinjava norme nacionalnih međunarodnih prava u jedinstven sustav. Međunarodno pravo neke države, čije bi norme ponašanja imale značenje specifično samo za tu državu, bez ikakve sličnosti s međunarodnim pravima drugih država ne bi uopće mogle poslužiti za međusobnu interakciju država. Zbog toga međunarodne norme takve države ne ispunjavaju svoju svrhu koja proizlazi iz njihovog naziva jer obilježje "međunarodno" upućuje na postizanje sličnosti ili identičnosti normi međusobnog odnošenja.

Samo organ pravosuđenja iznad nacionalnih organa može osigurati proces usklađivanja normi različitih nacionalnih međunarodnih prava uvijek kad je to potrebno da bi se održala jedinstvenost sustava i optimalna razina integracije. Razlog tomu je što samo zajednički organ pravosuđenja može osigurati jedinstvenu praksu pravosuđenja i presudivosti normi različitih društava.³⁰ Same kodifikacije normi i

30 Ovoj bi se tezi moglo bi prigovoriti pozivanjem na primjer međunarodnog privatnog prava kao niza procesnih pravila za određivanje koji će se pravni sustav i čija jurisdikcija primijeniti u nekom sporu. Moglo bi se ukazati na primjere uspješne primjene pravila međunarodnog privatnog prava i bez međunarodnog pravosuđenja. Međutim čini se da i u slučaju međunarodnog privatnog prava ostaje pitanje u kojoj je mjeri ono zaista harmonizirano i usklađeno između samih država. U tom smislu može se primijetiti kako se kolizijska pravila unutar pravnog sustava Europske unije (kao sustava visokog stupnja integracije) propisuju uredbama Vijeća EU-a za koje je nadležan Europski sud. Nadalje, čak i kad bi države imale potpuno ista pravila bez međunarodnog pravosuđenja i dalje bi ostalo pitanje njihove usklađene

politička usuglašavanja bez procesne integracije međunarodnim pravosuđenjem mogu djelovati na približavanje nacionalnih međunarodnih sustava, ali ne mogu nikad osigurati potpunu integraciju u smislu osiguranja konačne i ujednačene presudivosti pravila međusobne interakcije što bi trebao biti krajnji cilj nacionalnih međunarodnih prava. Uvođenjem međunarodnog pravosudnog organa radi unapređenja međusobne koordinacije, nacionalni sustavi postaju dio jedinstvenog normativnog sustava s objektivnim međunarodnom pravom i subordiniranim nacionalnim sustavima. Bez međunarodnog suda ne postoji jedinstveni sustav nacionalnih međunarodnih prava. Iako se u tom slučaju može govoriti o jedinstvu normi unutar pojedinih nacionalnih sustava, međunarodni dio takvih nacionalnih sustava je "međunarodni" u većoj ili manjoj mjeri ovisno o stupnju međusobnog preklapanja njihovog sadržaja, ali nije nikad potpuno "međunarodni" u smislu da se usklađivanje međunarodnih nacionalnih sustava prema optimalnoj razini sličnosti ili identičnosti njihovih normi provodi iz samog sustava uvijek kad je to potrebno radi održavanja njegovog jedinstva. Jedinstvom međunarodnih nacionalnih normi postiže se i jedinstvo čitavog sustava prava koji obuhvaća međunarodno pravo i nacionalne norme. Samo onda kad se nacionalni organi podvrgnu zajedničkom međunarodnom pravosuđenju test presudivosti nacionalnih sudova može se promijeniti od testa koji presudivost normi izvodi samo iz normi nacionalnog poretka prema testu presudivosti koji vodi računa o tomu "što će reći međunarodni sud". Prihvatiti takvu promjenu zapravo znači prihvatiti međunarodno pravo koje objektivno i autonomno postoji izvan nacionalnog sustava. Uspostavom ovakvog testa presudivosti, kojim se postiže procesna integracija država, stvaraju se normativni uvjeti za postizanje pravnog jedinstva nacionalnih prava.

5. ZAKLJUČAK

Cilj je ovog članka bio ispitati tezu prema kojoj se teorijski model međunarodnog prava ne može utemeljiti samo na nacionalnom pravosuđenju već se kao nužan element modela pokazuje međunarodno pravosuđenje.

Prvi argument u prilog ovoj tezi temelji se na konceptu presudivosti pravnih pravila koji koristimo u značenju kako ga je oblikovao Kantorowicz. Test presudivosti pravila pred međunarodnim sudovima ovisi o mišljenjima međunarodnih sudaca, mišljenjima svih onih država (i ostalih međunarodnopravnih subjekata) koji primjenjuju ili žele primjenjivati međunarodno pravo pred takvim sucima, te o društvenim praksama koje se smatraju relevantnima za identifikaciju međunarodnih pravnih pravila. Kako bi nacionalni sudovi objektivno testirali presudivost

primjene u praksi. Kod primjene jednostavnih, tehničkih nespornih pravila može se očekivati da će se primjena odvijati gotovo automatski isto i bez većih sporova. U takvim slučajevima može se tvrditi kako bi se harmonizacija jednostavnih normi prava vjerojatno mogla postići i bez međunarodnog pravosuđenja. Međutim, pozivajući na Kantorowicza za takve se situacije može reći da norme koje nisu sporne pripadaju običaju (ili nekom drugom normativnom sustavu), a ne pravu jer za primjenu takvih normi više nema potrebe za pravosuđenjem.

međunarodnih pravila, moraju djelovati s aspekta međunarodnih sudova i tako se izdvojiti iz nacionalnog konteksta. Međutim upitna je mogućnost nacionalnog organa da djeluje u svojstvu međunarodnog suda na takav način. Ograničenja za takvo djelovanje postaju vidljivija kad se istaknu uzroci različitog donošenja odluka nacionalnih i međunarodnih organa: različita sudska praksa u primjeni izvora prava posebno neformaliziranih izvora (običaji, načela, sudska praksa, znanstvena mišljenja), različiti društveni i institucionalni utjecaji na suce, različito pridavanje važnosti pojedinim tehnikama interpretacije i različita primjena istih tehnika interpretacije, te naposljetku razlike koje nastaju kad nacionalni politički organi djeluju kao kvazisudska tijela koristeći više arbitrarni način odlučivanja od načina odlučivanja međunarodnih sudova.

Drugi argument kojim se dovodi u pitanje održivost modela koji uopće ne predviđaju međunarodno pravosuđenje i modela u kojima međunarodno pravosuđenje nije nadređeno nacionalnim organima, odnosi se na pojavu nerješivih proturječja normi zbog izostanka postupka za poništenje protupravnih normi. Iako su Ross i Kelsen smatrali da ovakve pojave u međunarodnom pravu uopće nisu problem za egzistenciju međunarodnog prava kao pravnog sustava, ovakav stav dolazi u pitanje ako se pravnim sustavom želi omogućiti provedivost općih standarda u konkretnim odlukama. Ako su nerješive proturječnosti ipak problem za internu logiku pravnog sustava jer onemogućuju da se međunarodno pravo ostvari u praksi, onda ostaje pitanje jesu li nacionalni sudovi dovoljni da riješe ovaj problem bez djelovanja međunarodnih sudova. Ograničenja koja postoje za nacionalne organe kod testiranja presudivosti međunarodnih normi vrijede i kod rješavanja proturječja između nacionalnih i međunarodnih normi. Uz to nacionalni organi mogu biti ograničeni u rješavanju normativnog proturječja i zbog nemogućnosti da se njihove odluke smatraju konačnim.

Treći argument zbog čega se međunarodno pravo ne može temeljiti samo na djelovanju nacionalnih sudova koji nisu subordinirani međunarodnom pravosuđenju sastoji se od vrednovanja modela prema kriteriju jedinstvenosti pravnog sustava. Kelsen navodi da je monistički model s prioritetom države jednako valjan kao i monistički model s prioritetom međunarodnog prava jer oba modela zadovoljavaju kriterij jedinstvenosti pravnog sustava. Međutim ako se razmotri funkcioniranje modela u praksi, onda je ovakvo izjednačavanje dva modela upitno. Kelsenova teza o jedinstvu pravnog sustava temelji se na ideji da međunarodno pravo ima isti sadržaj bez obzira iz koje se pozicije ono utvrđuje – međunarodne ili nacionalne. Ipak, ovakva je teza teško održiva kad se uspoređi primjena međunarodnog prava između nacionalnih i međunarodnih organa, te nacionalnih organa međusobno. Jedinstvo pravnog sustava se može osigurati u praksi samo ako se osigura dosljedna primjena istog sadržaja međunarodnog prava svih onih nacionalnih i međunarodnih organa koji ga koriste u rješavanju konkretnih sporova. Međutim veza između međunarodnog pravosuđenja i jedinstva pravnog sustava još uvijek je samo uvjetna i ovisi o ciljevima koji se pridaju međunarodnom pravu. Ako je cilj međunarodnog prava primjena objektivnih međunarodnih standarda, onda

je međunarodno pravosuđenje nužno za postizanje jedinstva međunarodnog i nacionalnog sustava. Međutim cilj međunarodnog prava može se pokušati svesti samo na koordinaciju nacionalnih sustava. Ipak i tad se pokazuje potreba za zajedničkim sustavom nacionalnih međunarodnih normi čak i za minimalnu razinu interakcije država. Ako se jedinstvena praksa pravosuđenja i presudivosti normi različitih država može optimalno postići samo zajedničkim organom pravosuđenja, onda se međunarodno pravosuđenje pokazuje nužnim i za koordinaciju nacionalnih sustava. Ono osigurava jedinstvo nacionalnih međunarodnih prava, a time i ukupno jedinstvo pravnog sustava. Samo ako se kao ciljevi međunarodnog prava ne bi prepoznali u jednom od navedena dva cilja - realizacija objektivnih međunarodnih standarda i optimalna komunikacija, interakcija, koordinacija i integracija država - međunarodno pravosuđenje se ne mora pokazati kao nužan uvjet za jedinstvo pravnog sustava. U tom se slučaju jedinstvo pravnog sustava može odnositi samo na jedinstvo nacionalnih prava.

Na kraju, osvrnut ćemo se zasebno i na dualistički model s obzirom na kriterije presudivosti normi, poništivosti normi i jedinstvenosti pravnog sustava. Dualistički model prihvaća argumente o problemima međunarodnog prava s obzirom na presudivost i poništivost normi. Ovi se argumenti zapravo koriste kao dokaz da u stvarnosti međunarodno i nacionalno pravo djeluju kao odvojeni sustavi, te prema tomu služe kao potvrda da u stvarnosti nema jedinstva pravnog sustava. Međutim ovaj je model podložan kritici s obzirom na ciljeve međunarodnog prava: potrebe da se međunarodni standardi objektivno primijene i potrebe da se osigura optimalna koordinacija država.

Summary

NATIONAL OR INTERNATIONAL ADJUDICATION AS ESSENTIAL ELEMENT OF INTERNATIONAL LAW?

Among the theoretical models of international law, there are those models that do not acknowledge international adjudication or if they do, than national courts are not subordinated to that international adjudication. This article will critically examine the viability of such models using the following concepts of the general theory of law: justiciability of norms, **voidability** of norms and unity of the legal system. The explanation of why the international and national authorities apply international law in different ways can be depicted through the Kantorowicz's concept of justiciability. Although Kelsen's monistic model of law with priority of states and Ross's dualistic model of law have recognized the status of unsolvable contradictions between norms as part of the internal logic of the model of international law, the legal character of such models is questionable if the law is understood as a normative system designed for solving real social relations. It can be claimed that relying of the international law model solely on the operations of national authorities will not lead to the unity of the legal system if we conceive international law as objectively valid and/or as a separate part of the national system designed for mutual communication, interaction, coordination and integration of the states.

Key words: *justiciability, voidability of norms, conflict of norms, international adjudication, unity of legal system.*

Zusammenfassung

NATIONALE ODER VÖLKERRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG ALS NOTWENDIGES ELEMENT DES VÖLKERRECHTS

Unter den theoretischen Modellen des Völkerrechts gibt es jene Modelle, welche keine völkerrechtliche Rechtsprechung voraussehen, oder, falls eine vorausgesehen wird, dann sind ihr die nationalen Gerichte nicht untergeordnet. In dieser Arbeit wird die Erhaltung solcher Modelle überprüft, und zwar, mithilfe von folgenden Konzepten der allgemeinen Rechtstheorie: Justiziabilität, Vernichtbarkeit der Normen und Einheit des Rechtssystems. Mithilfe von Kantorowicz' Konzept der Justiziabilität kann man zeigen, warum völkerrechtliche und nationale Organe das Völkerrecht auf unterschiedliche Weise anwenden. Obwohl Kelsens monistisches Modell mit Primat des Staates und Ross' dualistisches Modell des Völkerrechts den Zustand von unlösbarer Normenwidersprüchlichkeit als einen Teil der internen

Logik des Modells vom Völkerrecht akzeptieren, ist der Rechtscharakter solcher Modelle fraglich, wenn man Recht als normatives zum Zwecke der Beilegung von realen sozialen Beziehungen formulierten System versteht. Die Anlehnung des völkerrechtlichen Modells ausschließlich an die Wirkung von nationalen Organen kann keine Einheit des Rechtssystems zu Stande bringen, wenn das Völkerrecht als objektiv gültiges und/oder als Sonderteil von nationalen Systemen bestimmt für gegenseitige Kommunikation, Interaktion, Koordination und Integration von Staaten aufgefasst wird.

Schlüsselwörter: *Justiziabilität, Vernichtbarkeit der Normen, Widersprüchlichkeit der Normen, völkerrechtliche Rechtsprechung, Einheit des Rechtssystems.*

Riassunto

PROVVEDIMENTO GIURISDIZIONALE NAZIONALE O INTERNAZIONALE: ELEMENTO ESSENZIALE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE?

Tra i modelli teorici del diritto internazionale esistono anche quei modelli che non prevedono un provvedimento giurisdizionale internazionale oppure se lo prevedono in ogni caso le corti nazionali non sono in situazione di subordinazione. Nel presente contributo si analizzerà in maniera critica la sostenibilità di tali modelli, utilizzando i seguenti concetti della teoria generale del diritto: giustiziabilità delle norme, annullamento delle norme ed unitarietà del sistema legale. Utilizzando il concetto di giustiziabilità di Kantorowicz, si può illustrare perché gli organi internazionali e nazionali applichino in modo diverso il diritto internazionale. Sebbene il modello monistico con priorità statale di Kelsen ed il modello dualistico di diritto internazionale di Ross accettino la condizione di irrisolvibilità di contraddittorietà normative, quale parte della logica interna del modello di diritto internazionale, ciò che appare questionabile è il carattere giuridico di tali modelli, qualora s'intenda il diritto quale sistema normativo formato al fine di risolvere rapporti sociali reali. L'appoggiarsi dei modelli di diritto internazionale esclusivamente all'operato degli organi nazionali non consentirà di realizzare l'unitarietà del sistema legale, qualora s'intenda il diritto internazionale quale oggettivamente valido e/o quale parte dei sistemi nazionali volto alla mutua comunicazione, all'interazione, alla coordinazione ed all'integrazione degli stati.

Parole chiave: *giustiziabilità, annullamento delle norme, contraddittorietà delle norme, provvedimento giurisdizionale internazionale, unitarietà del sistema legale.*

TROŠKOVI UPRAVNOG SPORA

Dr. sc. Marko Šikić, docent
Dr. sc. Marko Turudić, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 35.077.2
Ur.: 30. holovoza 2013.
Pr.: 7. studenog 2013.
Prethodno priopćenje

Sažetak

U radu se analizira uređenje instituta troškova upravnog spora. Neposredan povod za pisanje ovog rada su intervencije u institut učinjene Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima iz prosinca 2012. Navedene izmjene smatramo velikim korakom unatrag u uređenju pitanja naknade troškova u upravnom sporu. Kako bismo ovakvu naše tvrdnju dokazali, u radu se najprije daje sažeti povijesni pregled uređenja instituta troškova upravnog spora u Hrvatskoj. Nakon toga se opisuje uređenje instituta u tekstu Zakona o upravnim sporovima prije, i nakon izmjena učinjenih novelama iz prosinca 2012. Zaključno, ističe se kako je osnovni razlog za navedene izmjene isključivo zaštita državnog proračuna.

Ključne riječi: *troškovi, upravni spor, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima*

1. UVOD

Pitanje snošenja konačnih troškova vođenja pravnih postupaka izuzetno je značajno. Naime s obzirom na to da se iz državnog proračuna naknađuju samo opći troškovi tijela koji postupke vode tj. s obzirom na činjenicu da država ne osigurava besplatnu pomoć svim građanima koji se odluče pred sudovima ili drugim tijelima zaštititi svoja prava, neophodno je dio tereta rasporediti upravo na te građane. Zbog toga se i zakonima kojima se uređuje upravno sudovanje propisuje tko je, na koji način te kakve je troškove dužan podmiriti.

Navedenoj problematici, međutim, u hrvatskoj se teoriji i praksi nije pridavala pretjerana pozornost. Naime, sve do 1. siječnja 2012., kada je stupio snagu Zakon o upravnim sporovima iz 2010.¹ (u nastavku rada: ZUS-2010) troškovi spora, zbog pravila odlučivanja na nejavnim sjednicama, nisu bili pretjerano visoki. Zbog toga

1 Zakon o upravnim sporovima – NN 20/10.

se niti odredbe Zakona o upravnim sporovima iz 1991.² (u nastavku rada ZUS-1991) prema kojima je svaka stranka snosila svoje troškove nisu pretjerano kritizirale.

Međutim, ZUS-2010 hrvatsko upravno sudovanje radikalno reformira. Navedenim se zakonom, naime, raniji jednostupanjski sustav zamijenio dvostupanjskim sustavom upravnog sudovanja³, provođenje usmene i javne rasprave postalo je pravilo⁴, upravo kao i dužnost suda da riješi samu upravnu stvar, tj. provede spor pune jurisdikcije⁵. Zbog činjenice da ovakvo uređenje upravnog spora nužno dovodi i do povećanja ukupnih troškova spora zakonodavac se u ZUS-u opredijelio za sustav prema kojem stranka koja izgubi spor u cijelosti snosi sve troškove spora.⁶ Ovakvo je uređenje plaćanja troškova spora, smatramo, bilo razumno i pravedno.

Međutim, zakonodavac se odlučio intervenirati u tekst ZUS-a nepunih godinu dana od njegova stupanja na snagu. Naime 7. prosinca 2012. Hrvatski sabor donio je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima⁷ (u nastavku rada: Novela ZUS-a). Jedna od izmjena učinjenih navedenim zakonom je i ponovno uvođenje sustava prema kojem svaka stranka u sporu podmiruje svoje troškove. Upravo je navedena izmjena i neposredan povod za pisanje našeg rada.

2. UREĐENJE TROŠKOVA UPRAVNOG SPORA U HRVATSKOJ PREMA PRIJE VAŽEĆIM PROPISIMA

Upravno sudovanje u Hrvatskoj ima dugu tradiciju te se njegovi začetci mogu pronaći već polovicom XIX. stoljeća. Opseg našega rada i njegov naglasak na pozitivno pravo ne dopušta nam opširniji pravno-povijesni prikaz odredbi o troškovima. No, ipak bismo željeli istaknuti kako je Zakon o državnom savjetu i upravnim sudovima iz 1922. u čl. 35. propisivao kako u slučajevima odbacivanja (danas bi se zapravo radilo o odbijanju) tužbe sud mora osuditi tužioca na plaćanje troškova. Također željeli bismo napomenuti i kako je sličnu odredbu o troškovima postupka sadržavala i Uredba o Upravnom sudu u Zagrebu kojom je bilo uređeno upravno sudovanje u Banovini Hrvatskoj. Čl. 69. st. 1. navedene Uredbe bilo je, naime, propisano kako u slučajevima odbacivanja ili odbijanja tužbe sud može osuditi tužioca da plati sve ili jedan dio troškova sudskog postupka koji su njegovom tužbom prouzročeni samom sudu, tuženoj vlasti ili trećim osobama. Očita je, prema tomu, bila želja zakonodavca da spriječi nepotrebno i obijesno vođenje sudskih sporova.⁸

2 Zakon o upravnim sporovima – NN 53/91, 9/92 i 77/92.

3 V. čl. 12. i 13. ZUS-a-2010.

4 V. čl. 7. i čl. 37.-39. ZUS-a-2010.

5 V. čl. 58. st. 1. i 3. ZUS-a-2010.

6 V. čl. 79. st. 3. ZUS-a-2010.

7 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima - NN 143/12.

8 O navedenom, kao i opširno o upravnom sudovanju u Hrvatskoj v. u: Medvedović, Dragan, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj – prilog za povijesni pregled*, u: Hrestomatija upravnog prava, Suvremena javna uprava, Zagreb, 2003., str. 309.-356.

Socijalistička Jugoslavija uredila je upravno sudovanje, kao prva država tog društvenog uređenja u svijetu, 1952. kada je donijela Zakon o upravnim sporovima. Čl. 61. navedenog zakona određeno je kako: „U upravnim sporovima svaka parnična strana snosi svoje troškove“.

Na osnovi Ustava SFRJ iz 1963. dvije godine poslije, 1965., donesen je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima (iste je godine izrađen i pročišćeni tekst Zakona). Navedenim izmjenama i dopunama odredba o troškovima pretrpjela je sitniju korekturu tako da je sada čl. 62. glasio: „U upravnim sporovima svaka stranka snosi svoje troškove.“

Novi tekst Zakona o upravnim sporovima iz 1977. (koji je donesen na osnovi Ustava SFRJ iz 1974. i koji je vrlo malo odstupao od ranijeg teksta zakona) u čl. 61. određivao je pitanje naknade troškova gotovo identično kao i prijašnji zakon: „U upravnim sporovima svaka stranka podmiruje svoje troškove“.

Dakle, tijekom uređenja upravnog sudovanja u socijalističkoj Jugoslaviji naknada troškova u upravnom sporu bila je uređena tako da je svaka stranka podmirivala svoje troškove.

Pitanje naknade troškova u upravnom sporu nije pobuđivalo veću pažnju stručne i znanstvene javnosti u bivšoj državi, no opravdanje ovakvog uređenja kod nekih autora prilično je zanimljivo.

Tako Ivančević u svom komentaru Zakona o upravnim sporovima iz 1958.⁹ ističe kako je, ne gledajući pritom posebno pitanje pristojbi (taksa), upravni spor građen tako da svaka stranka snosi sama one svoje troškove, koji su nastali u vezi s konkretnim sporom. Opravdanje za ovakvo uređenje Ivančević nalazi u prvom redu u interesima fiska, međutim postavlja i zanimljivu tezu da „tužilac kad uspije s tužbom, ne može naplaćivati svoje troškove od tužene strane, jer bi to u pogledu vođenja javne uprave značilo postavljati princip, da ona mora biti savršena.“ S druge, pak, strane, nastavlja se dalje, socijalno-politički razlozi tražili su da se od tužitelja ne naplaćuju posebni troškovi ostalih stranaka (u prvom redu tuženika). Ivančević tvrdi kako u upravno-sudskom postupku „mora vladati osnovno pravilo da bude toliko jeftin, odnosno toliko skup, da s jedne strane omogući svakom građaninu intervenciju, gdje je ta stvarno potrebna, a s druge strane spriječi objesno kverulanstvo.“ Ivančević smatra kako se ova dva suprotstavljena cilja mogu postići „prije razumnom taksenom politikom, nego li preuzimanjem načela da troškove parnice snosi stranka koja ju je izgubila.“

Zaključno, Ivančević navodi kako sama struktura postupka te način izvođenja pojedinih procesnih radnji dovode do toga da za bilo koju stranku uopće niti ne nastaju takvi troškovi koji se ne bi mogli izbjeći i kod kojih bi se iz socijalnih ili pravnih razloga uopće postavilo pitanje njihova snošenja.

9 Ivančević, Velimir, Ivčić, Milivoj, Lalić, Antun, *Zakon o upravnim sporovima s komentarom i sudskom praksom*, Narodne novine, Zagreb, 1958., str. 266. i 267. Velimir Ivančević napisao je komentar, dok su Milivoj Ivčić i Antun Lalić priredili sudsku praksu.

Krbek¹⁰ također ističe kako upravni spor s jedne strane, i to ne samo u interesu tužitelja već i u interesu zaštite načela zakonitosti, treba biti što jeftiniji, dok s druge treba biti toliko skup da spriječi nepotrebno kverulantstvo. Navodi kako je postupak prema Zakonu o upravnim sporovima vrlo jeftin te u tome podudara s francuskim, a oprečan anglosaksonskom koji je prilično skup („...naročito engleski, gdje je došlo do zlobne poslovice da su sudovi otvoreni svima kao Ritz-hotel.“).

Nadalje Krbek napominje kako je načelo da svaka stranka snosi svoje troškove postavljeno kruto i bez izuzetaka. Smatra kako je navedenim načelom u prvom redu zaštićeno tuženo tijelo javne uprave kada tužitelj s tužbom uspije. Krbek ističe i kako je za tužitelja vrlo važno i pitanje plaćanja sudskih pristojbi.

Perović, pak, u svom komentaru ZUS-a navodi da su troškovi upravnog spora u praksi nepostojeći, pa je stoga opravdano ravnomjerno rasporediti ih među strankama.¹¹ Posebno ističe činjenicu da stranka, prema Zakonu o sudskim taksama, neće snositi takse za tužbu ako uspije u sporu, što omogućava ”što širu akciju u borbi za zakonitost”. Napominje i da troškova dolazaka na sud gotovo pa i nema, budući da se spor uvijek rješava na nejavnoj sjednici. Zanimljivo je i Perovićevo razmišljanje kod troškova odvjetničkih usluga. Naime, budući da odvjetničko zastupanje u upravnom sporu nije obvezno, on smatra da stranka koja želi koristiti usluge odvjetnika takve usluge treba i sama platiti.

Opravdavanje uređenja prema kojem svaka stranka snosi svoje troškove činjenicom da u upravnom sporu većih troškova zapravo niti nema, prema tomu, bilo je prevladavajuće kod većine autora koji su komentirali zakone kojima je u socijalističkoj Jugoslaviji bilo uređeno upravno sudovanje. Također, većini autora je zajedničko i uzgredno bavljenje problemom troškova spora.

ZUS-1991 preuzeo je raniji sustav naplate sudskih troškova te je u čl. 61. propisao kako: „U upravnom sporu svaka stranka podmiruje svoje troškove.“ U komentarima navedene odredbe također se ističe kako u upravnim sporovima većih troškova nema i to zbog toga što se upravni spor u pravilu rješava na podlozi činjenica utvrđenih u upravnom postupku i na nejavnim sjednicama.¹²

3. TROŠKOVI SPORA PREMA ZUS-u-2010

Iz temelja mijenjajući upravno sudovanje ZUS-2010 načelo usmene rasprave postavio je kao jedno od osnovnih načela u vođenju upravnih sporova¹³. Navedeno

10 Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave, III knjiga – funkcioniranje i upravni spor*, Birotehnički izdavački zavod, Zagreb, 1962., str. 357.-358.

11 Perović, Mirko; *Teorijski i praktični komentar Zakona o upravnim sporovima*, Savremena administracija, Beograd, 1966., str. 383. i 384.

12 V. Krijan, Pero, Krijan-Žigić, Lidija, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 272.

13 Čl. 7. ZUS-a-2010 pod naslovom “Načelo usmene rasprave” određuje:
“(1) U upravnom sporu sud odlučuje na temelju usmene, neposredne i javne rasprave.
(2) Sud može odlučiti u upravnom sporu bez održavanja rasprave samo u slučajevima propisanim ovim Zakonom.”

je načelo razrađeno u nizu odredbi ZUS-a-2010, a posebno u odredbama koje uređuju postupak vođenja rasprave.¹⁴ Rješavanje upravnog spora bez rasprave predviđeno je kao strogi izuzetak.¹⁵ Također, ZUS-2010 je odstupio i od koncepcije ZUS-a-1991 prema kojoj se spor u pravilu rješavao na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku, a samo u nekim zakonski određenim slučajevima i na temelju činjenica koje bi u sporu utvrdio sam Upravni sud Republike Hrvatske.¹⁶ Naime, ZUS-2010 određuje kako upravni sudovi slobodno ocjenjuju dokaze i utvrđuju činjenice te kako sudovi uzimaju u obzir i činjenice utvrđene u upravnom postupku, kojima sudovi nisu vezani, te činjenice koje utvrde sami sudovi.¹⁷

Zakonodavac je, svjestan da će ovakav pristup bitno povećati troškove upravnog spora, odlučio promijeniti sustav naknade troškova u upravnom sporu. On se, naime, bio opredijelio za načelo prema kojemu dužnost snošenja svojih te naknade tuđih troškova snosi ona stranka u sporu koja izgubi spor, tj. za načelo *causae*.¹⁸

ZUS-2010 je tako, najprije, određivao da troškove spora čine izdaci učinjeni tijekom ili povodom spora.¹⁹ Posebno je, napominjao kako će sud pri odlučivanju koji će se troškovi stranci naknaditi uzeti u obzir samo troškove koji su bili potrebni radi vođenja spora.²⁰ Ovakvim se, općim, pristupom određivanja troškova spora zakonodavac poslužio zbog nemogućnosti da detaljno i taksativno nabroji sve troškove koji se mogu pojaviti tijekom vođenja spora. Radi se dakle o troškovima koji su nastali tijekom i povodom vođenja konkretnog spora – izdaci za pristojbe, izdaci za izvođenje dokaza, osobni troškovi stranaka, zastupnika i svjedoka vezani na njihov dolazak na sud, izdaci za provedbu očevida, nagrade za rad odvjetnika, izdaci za izradu nalaza i mišljenja vještaka.

Ovakvi se troškovi nazivaju posebnim troškovima te ih se razlikuje od općih troškova koji su rezultat svakodnevnog rada tijela (plaće, režijski troškovi, nabavka uredskog materijala i sl.). Opći troškovi podmiruju se iz sredstava suda, tj. iz proračuna i ne terete druge sudionike u sporu.

Zakonodavac je posebno naglasio kako u troškove spora ulaze i nagrade za rad odvjetnika i drugih osoba koje imaju pravo na zakonom propisanu naknadu.²¹ Rješavanje sporova na raspravama i pravna borba se tamo vodi, naime, dovodi do potrebe angažiranja pravne pomoći koju pružaju odvjetnici.

Odvjetnici za svoj rad imaju pravo na nagradu kao i pravo na naknadu troškova u svezi s obavljenim radom u skladu s odvjetničkom tarifom.²² Također, u upravnim

14 V. čl. 37.-39. ZUS-a-2010.

15 V. Čl. 36. ZUS-a-2010.

16 V. čl. 39. ZUS-a-1991.

17 V. čl. 33. ZUS-a-2010.

18 O načelu *causae* i načelu *culpa*e u građanskom postupku, v. opširnije u: Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 462.-463.

19 V. čl. 79. st. 1. ZUS-a-2010.

20 V. čl. 79. st. 5. ZUS-a-2010.

21 V. čl. 79. st. 1. ZUS-a-2010.

22 V. čl. 18.-21. Zakona o odvjetništvu (NN 9/94, 117/08, 50/09, 75/09 i 18/11).

sporovima porasla je potreba za angažiranjem stručne pomoći koju pružaju stalni sudski vještaci koji također imaju pravo i na nagradu i na naknadu troškova²³. Isto tako, pojavit će se i potreba za plaćanjem naknade prevoditeljima (tumačima) i procjeniteljima što također ulazi u troškove spora.

Svaka stranka bila je dužna sama prethodno podmiriti troškove koje je prouzročila svojim radnjama, osim ako zakonom nije drukčije propisano.²⁴ Navedena je odredba logična razrada činjenice da Republika Hrvatska ne pruža besplatnu pravnu zaštitu u području upravnog sudovanja. Građani koji se odluče za vođenje upravnog spora, pored plaćanja pristojbi, morali su, tako, primjerice, prethodno podmiriti troškove vještačenja, očevida, izdatke za svjedoke i sl., ako su same u postupku prouzročile takve radnje. Međutim, dužnost stranaka da materijalno osiguraju vođenje spora potrebno je razdijeliti od pitanja tko će po njegovom završetku snositi sve troškove spora.

Troškovi, proizašli iz poduzimanja radnji po službenoj dužnosti suda podmirivali su se iz sredstava suda.²⁵

Kako smo to već i naglasili zakonodavac je kao temeljno načelo za određivanje obveze snošenja troškova uspostavio načelo *causae*. Konačna obveza snošenja svih troškova spora teretila je, tako, osim ako zakonom nije drukčije propisano, stranku koja je izgubila spor u cijelosti. Ako bi stranka, djelomično uspjela u sporu sud je mogao, a s obzirom na postignuti uspjeh u sporu, slobodno odlučiti između dvije alternative: mogao je odrediti da svaka stranka snosi svoje troškove ili da se troškovi raspodjele razmjerno uspjehu u sporu.²⁶

Ako bi stranka povukla tužbu, žalbu ili drugi prijedlog koji je prouzročio troškove drugim strankama bila je dužna snositi troškove i tim strankama.²⁷

Smatramo kako je opisano rješenje bilo primjereno postojećem uređenju upravnog spora i kako je u velikoj mjeri podupiralo ideju postupovne pravednosti. No, kako smo to i istaknuli komentirajući odredbe ZUS-a-2010 o troškovima zakonodavac je mogao dodatno voditi računa o činjenici da se određeni upravni sporovi mogu pokrenuti u prvom redu zbog zaštite javnog interesa (npr. sporovi zbog zaštite okoliša).²⁸

Željeli bismo, stoga, u kraćim crtama na primjeru pokazati u kojem se smjeru kreću suvremena shvaćanja pravičnosti u problematici troškova spora kada se u njemu primarno štiti javni interes. Primjer se odnosi na utvrđeno nepridržavanje čl. 9. st. 4. Konvencije o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša (Arhuške konvencije).²⁹

23 V. čl. 125.-127. Zakona o sudovima (NN 28/13) i čl. 22.-29. Pravilnika o stalnim sudskim vještacima (NN 88/08 i 8/09, 126/11, 120/12).

24 V. čl. 79. st. 2. ZUS-a-2010.

25 Također v. čl. 79. st. 2. ZUS-a-2010.

26 V. čl. 79. st. 3. ZUS-a-2010.

27 V. čl. 79. st. 4. ZUS-a-2010.

28 V. Đerđa, Dario, Šikić, Marko, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Novi informator, Zagreb, 2012., str. 296.

29 Konvencija o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša usvojena je 25. lipnja 1998. u Aarhusu u Danskoj u okviru Gospodarske komisije

Priopćenje ACCC/C/2008/27 podnijela je udruga stanovnika Cultre (pri-gradskog područja Belfasta), a odnosilo se na postupak odlučivanja o proširenju zračne luke u Belfastu te na sudsku kontrolu odluka donesenih u tom postupku. Podnositelj je smatrao da su mu povrijeđena prava zajamčena čl. 9. st. 4. Konvencije s tim što je, nakon što je izgubio spor, morao platiti puni iznos troškova Uprave za zaštitu okoliša za Sjevernu Irsku koja je bila tuženik u sudskom postupku. Troškovi su iznosili 39.454 funti. Smatrao je da su ti troškovi prohibitivne naravi, odnosno da su toliko skupi da imaju za učinak zastrašivanja stanovnika koji žele pravnim sredstvima zaštititi svoj okoliš.

Odbor za nadzor nad pridržavanjem Arhuške konvencije (*Aarhus Convention Compliance Committee*) se složio s podnositeljem te je smatrao da je visina troškova koja je dosuđena u ovom slučaju bila preskupa u smislu čl. 9. st. 4., te je stoga predstavljala povredu Konvencije. Odbor je također naglasio da se „pravičnost“ u čl. 9. st. 4. odnosi na ono što je pošteno za tužitelja, a ne tuženika koji je javnopravno tijelo. Štoviše, Odbor smatra da u slučajevima sudske kontrole, u kojima pripadnik javnosti pokrene spor zbog brige za okoliš koja uključuje javni interes te izgubi spor, činjenicu da je javni interes u pitanju treba uzeti u obzir pri odlučivanju o raspoređivanju troškova spora. Odbor u skladu s time smatra da je način na koji su troškovi bili određeni u ovom slučaju bio nepravičan u smislu čl. 9. st. 4. Konvencije te da je predstavljao povredu.³⁰

Budući da se Ujedinjeno Kraljevstvo složilo s time da joj se predlože preporuke za usklađivanje s Konvencijom, Odbor joj je preporučio da preispita svoj sustav određivanja troškova u sporovima koji potpadaju pod primjenu Konvencije te da poduzme praktične i zakonodavne mjere kojima bi osigurala da je određivanje troškova u takvim sporovima pravično i ne toliko skupo da bi se time sprječavalo provođenje sudske kontrole.

Smatramo kako su zaključci Odbora u ovom predmetu bili izuzetno važni i u kontekstu primjene čl. 79. st. 3. ZUS-a-2010 prema kojem je stranka koja izgubi spor u cijelosti snosila sve troškove spora, ako zakonom nije drukčije propisano. Mislimo, stoga, kako je u primjeni čl. 79. st. 3. ZUS-a-2010 bilo nužno predvidjeti posebne zakonske odredbe o snošenju troškova, ako se radi o tužbama podnesenim primarno zbog zaštite javnog interesa.

Ujedinjenih naroda za Europu (UNECE) na Četvrtoj ministarskoj konferenciji u okviru procesa „Okoliš za Europu“. Stupila je na snagu 30. listopada 2001. nakon prikupljenih 16 ratifikacija. Konvencija trenutno ima 45 stranaka (44 države članice UNECE-a i Europska unija). O Konvenciji v. opširno u Ofak, Lana, *Pravo na upravnosudsku zaštitu u pitanjima okoliša*, doktorska disertacija, Zagreb, 2011. O troškovima spora v. str. 381.-383. navedene disertacije.

30 Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2008/27 concerning compliance by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ECE/MP.PP/C.1/2010/6/Add.2, November 2010, par. 44.-45.

4. TROŠKOVI SPORA U POREDBENIM PRAVNIM SUSTAVIMA

Navedeni značajni pomaci u uređivanju sustava troškova upravnog spora imaju svoju potvrdu i u analiziranim poredbenim pravnim sustavima. Zemlje iz bližeg susjedstva, ali i čitav niz članica Europske unije ima vrlo slično uređenje troškova upravnog spora.

Vezano uz zemalje iz okruženja, ZUS-om Republike Slovenije propisano je da će, ako sud u upravnom sporu odlučuje o pravima, obvezama ili pravnoj koristi, o troškovima postupka odlučiti u skladu s odredbama Zakona o parničnom postupku.³¹

Slovenski Zakon o parničnom postupku propisuje da stranka koja izgubi parnicu mora suprotnoj stranci i intervenijentu podmiriti troškove postupka.³²

U Republici Srbiji vidimo gotovo identično rješenje. Naime, Zakon o upravnim sporovima Republike Srbije (u nastavku rada: ZUS-RS) definira troškove upravnog spora kao izdatke nastale tijekom ili povodom upravnog spora, i navodi da o njihovim troškovima odlučuje sud.³³

Troškovi spora nisu detaljno uređeni ZUS-om-RS, već njegov čl. 74. upućuje na primjenu srpskog Zakona o parničnom postupku u svim pitanjima koja nisu riješena ZUS-om-RS, jednako kao i u Republici Sloveniji. Zakonom o parničnom postupku propisano je da stranka koja izgubi parnicu mora snositi sve troškove postupka drugoj stranci.³⁴

I Slovenija i Srbija, prema tomu, primjenjuju načelo *causae*, te detaljnije razrađuju troškove upravnog spora zakonima kojima se uređuje parnični postupak. Upućivanje na primjenu zakona kojima se uređuje parnični postupak vidjet ćemo i u drugim komparativnim pravnim sustavima.

Načelo *causae* kod uređivanja troškova upravnog spora ne zastavlja se, dakako, samo na zemljama iz našeg okruženja.

Tako vrlo slično rješenje postoji i u Saveznoj Republici Njemačkoj i Republici Francuskoj, zemljama čija je upravnoppravna teorija imala, i još uvijek ima, dubok utjecaj na naše upravno pravo.

Tako je u Njemačkoj jasno određeno da stranka koja izgubi spor snosi troškove postupka drugoj stranci³⁵ te se propisuje primjena Zakona o parničnom postupku u situacijama koje nisu predviđene zakonom.³⁶

Francuski *Code de justice administrative* također propisuje, kako je obveza snošenja troškova spora na onoj stranci koja izgubi spor.³⁷

31 Čl. 25. st. 1. Zakona o upravnom sporu, Uradni list Republike Slovenije 105/2006.

32 Čl. 154. Zakona o pravdnim postupku, Uradni list Republike Slovenije 73/2007, 45/2008.

33 Čl. 66. i 67. Zakona o upravnim sporovima, Službeni glasnik Republike Srbije 111/2009.

34 Čl. 153. Zakona o parničnom postupku, Službeni glasnik Republike Srbije 72/2011.

35 Čl. 154. st. 1. Verwaltungsgerichtsordnung, BGBl. I S. 686, 1577.

36 Čl. 165a Verwaltungsgerichtsordnung, BGBl. I S. 686, 1577.

37 Čl. L761-1 Code de justice administrative, Version consolidée au août 19 2013, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933>.

Italija i Španjolska također nisu iznimke od načela *causae* kod troškova upravnog spora.

U Španjolskoj troškove spora snosi stranka koja je izgubila spor.³⁸ U slučaju djelomičnog usvajanja zahtjeva sud će odlučiti o načinu podjele troškova spora. I ovdje je propisano rješavanje ostalih pitanja utvrđivanja troškova spora u skladu sa španjolskim Zakonom o parničnom postupku.³⁹

U Italiji je također u primjeni načelo *causae*, ali bez upućivanja na talijanski Zakon o parničnom postupku.⁴⁰

Primjer zanimljivog rješenje snošenja troškova nalazimo u Finskoj. Finski Zakon o upravnom sporu, naime, propisuje da će stranka biti dužna naknaditi protivnoj stranci troškove spora u potpunosti ili djelomično, ako je s obzirom na rješavanje spora nerazumno očekivati od protivne stranke da sama snosi svoje troškove.⁴¹

Kada se procjenjuje odgovornost za troškove javnopravnog tijela, uzima se u obzir je li spor nastao kao rezultat pogreške tog tijela, a fizička osoba ne može biti odgovorna za troškove javnopravnog tijela, osim ako je ta fizička osoba podnijela očito neosnovanu tužbu.⁴²

U Finskoj, kao i u većini ostalih komparativnih sustava koje smo prikazali, u ostalim pitanjima troškova spora na odgovarajući način primjenjuju se odredbe Zakona o parničnom postupku.⁴³

Dakle, uzevši sve navedeno u obzir, možemo ustvrditi značajnu primjenu načela *causae* kod utvrđivanja odgovornosti za snošenje troškova spora diljem Europe. Također, skoro svi ovdje prikazani komparativni pravni sustavi u većem ili manjem opsegu upućuju na primjenu Zakona o parničnom postupku.

38 Čl. 139. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l29-1998.t6.html#c4.

39 139. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l29-1998.t6.html#c4.

40 Čl. 91., 92. i 93. Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, Gazzetta Ufficiale N. 156 del 7 Luglio 2010 Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo. (10G0127), <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10104dl.htm>, i Decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195 Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69. (11G0241) (GU n.273 del 23-11-2011), <http://www.normattiva.it/urires/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2011;195>.

41 Čl. 74. st. 1. Administrative Judicial Procedure Act, <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1996/en19960586.pdf>.

42 Ibid., čl. 74. st. 2., 3.

43 Ibid., čl. 75.

5. TROŠKOVI SPORA PREMA NOVELI ZUS-a

Hrvatski zakonodavac se, međutim, nije odlučio za nastavak i razradu opisanog sustava *causae*. Naime, Novelom ZUS-a ponovno je uspostavljeno načelo da svaka stranka u sporu snosi svoje troškove. Dakle, „oživljen“ je princip koji je vrijedio od donošenja Zakona o upravnim sporovima iz 1952. pa do 2012. kada je stupio na snagu ZUS-2010.

S obzirom na to da je važno pronaći razloge za ovakvu zakonodavčevu odluku malo ćemo podrobnije promotriti proceduru koja je prethodila donošenju Novela ZUS-a.

Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima usvojila je, te uputila u saborsku proceduru, Vlada Republike Hrvatske na svojoj 29. sjednici 31. svibnja 2012.⁴⁴ Hrvatski sabor 1. lipnja 2012. dopunio je dnevni red Prijedlogom Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima⁴⁵ (u nastavku rada: Prijedlog). O Prijedlogu su se očitovali Odbor za pravosuđe⁴⁶ i Odbor za zakonodavstvo⁴⁷ te su oba odbora prijedlog podržala. Sabor je raspravu o Prijedlogu zaključio 14. lipnja 2012., a idućeg je dana jednoglasno donesen zaključak da se Prijedlog prihvaća. Prijedlog je upućen predlagateljima radi pripreme Konačnog prijedloga Zakona. Važno je istaknuti kako se gotovo čitav tekst Prijedloga odnosio isključivo na uređenje sustava prema kojem bi u prvostupanjskim upravnim sporovima odlučivao sudac pojedinac, a ne sudsko vijeće kako je to propisivao ZUS-2010.⁴⁸ Dakle, Prijedlog nije sadržavao ikakvu odredbu kojom bi se reformirao i sustav naknade sudskih troškova.

Postupak izmjena i dopuna ZUS-a-2010 nastavljen je kada je Vlada Republike Hrvatske na svojoj sjednici 29. studenog 2012. prihvatila Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima⁴⁹ (u nastavku rada: Konačni prijedlog). Hrvatski sabor idućeg je dana dnevni red dopunio Konačnim prijedlogom⁵⁰.

Konačni prijedlog nije odstupio od uređenja prema kojemu bi u sporovima pred upravnim sudovima u svim slučajevima odlučivao sudac pojedinac, a ne sudsko vijeće.⁵¹ Međutim, njime se uvode izmjene koje i jesu neposredan povod za

44 V. http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/sjednice_i_odluke_vlade_rh/2012/29_sjednica_vlade_republike_hrvatske, pristupljeno: 28. kolovoza 2013.

45 V. <http://www.sabor.hr/Default.aspx?sec=5400>, pristupljeno: 28. kolovoza 2013.

46 V. <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=48744>, pristupljeno: 28. kolovoza 2013.

47 V. <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=48778>, pristupljeno: 28. kolovoza 2013.

48 O ovoj, vrlo štetnoj i opasnoj reformi već se kvalitetno kritički pisalo. V. Staničić, Frane, *Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima – prebrza promjena koja bi se trebala izbjeći*, Informator, 6092-6093(2012), str. 1.-3.

49 V. [http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/sjednice_i_odluke_vlade_rh/2012/64_sjednica_vlade_republike_hrvatske/64_6_pdf/\(view_online\)/1#document-preview](http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/sjednice_i_odluke_vlade_rh/2012/64_sjednica_vlade_republike_hrvatske/64_6_pdf/(view_online)/1#document-preview), pristupljeno: 28. kolovoza 2013.

50 V. <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=51571>, pristupljeno: 28. kolovoza 2013.

51 Na oštru i utemeljenu kritiku Konačnog prijedloga nije se moralo dugo čekati. V., tako, Staničić, Frane, *Kamo vodi "mini reforma" upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj – u prvoj godini primjene novog ZUS-a*, Informator, 6131(2012), str. 1.-3.

pisanje našeg rada.

Tako se, čl. 17. Konačnog prijedloga čl. 79. ZUS-a-2010 mijenja te sada glasi: "U upravnim sporovima svaka stranka podmiruje svoje troškove."

Nadalje, a vezano uz raniju izmjenu, čl. 7. Konačnog prijedloga u čl. 46. st. 1. ZUS-a-2010 (kojim je regulirana obustava upravnog spora) brišu se riječi "i odlučiti o troškovima spora", a čl. 12. Konačnog prijedloga u čl. 61. ZUS-a-2010 (kojim je uređena objava presude) briše st. 4. koji je glasio: "Pri objavi presude sud može obavijestiti stranke da će o troškovima odlučiti naknadno."

U Obrazloženju Konačnog prijedloga Vlada Republike Hrvatske istaknula je kako se predloženim izmjenama i dopunama ZUS-a-2010 ujednačava zakonodavni sustav, te je na navedenoj tvrdnji temeljila rješenje da u upravnim sporovima pred upravnim sudom prvog stupnja odluku donose suci pojedinci.

U pogledu troškova spora u Obrazloženju se najprije općenito, bez isticanja ikakvog argumenta, navodi: "Primjena Zakona o upravnim sporovima, u prvih devet mjeseci 2012. godine, ukazala je na potrebu drugačijeg reguliranja odredbi o troškovima upravnog spora. Slijedom toga predložena je izmjena odredbe članka 79. Zakona o upravnim sporovima na način da svaka stranka podmiruje svoje troškove."

U nastavku, obrazlažući čl. 17. Konačnog prijedloga kojim se mijenja čl. 79. ZUS-a-2010, predlagач se potrudio podrobnije očitovati o motivima za izmjenu odredbi o troškovima:

"U dosadašnjoj primjeni Zakona o upravnim sporovima ukazala se potreba prisipitivanja odredbe o troškovima postupka.

Uočeno je da je ova odredba nekritički projicirana u ovaj Zakon po uzoru na rješenja iz Zakona o parničnom postupku, a čija se rješenja (što pokazuje iskustvo) ne mogu u cijelosti primjenjivati u institutima upravnog spora.

Stoga se, predloženom izmjenom propisuje da svaka stranka podmiruje svoje troškove.

Naime, odredbama o mjesnoj nadležnosti nastojalo se upravno sudovanje maksimalno približiti građanima i drugim strankama tako da je za rješavanje u upravnom sporu mjesno nadležan upravni sud na području kojeg tužitelj ima prebivalište ili sjedište, čime su se u velikoj mjeri sudovi učinili dostupni građanima, smanjili putni i drugi troškovi te vrijeme potrebno strankama pri dolasku na sud radi održavanja rasprava.

Slijedom predložene izmjene članka 79. Zakona o upravnim sporovima i drugačijeg reguliranja instituta troškova upravnog spora izvršene su odgovarajuće intervencije u člancima 46. i 61. Zakona o upravnim sporovima."

O Konačnom prijedlogu raspravljali su i Odbor za zakonodavstvo te Odbor za pravosuđe Hrvatskoga sabora. Odbor za zakonodavstvo jednoglasno je podržao donošenje izmjena i dopuna koje se uvode Konačnim prijedlogom. Odbor za pravosuđe, podržao je Konačni prijedlog, međutim ne jednoglasno. Naime, član odbora Peđa Grbin zatražio je da se izdvoji njegovo mišljenje u pogledu predložene odredbe o troškovima postupka, jer smatra kako se istom ograničava pristup građana

sudu, što je protivno članku 13. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁵²

U saborskoj raspravi koja se vodila povodom Konačnog prijedloga, i u kojoj se svi zastupnici podržali prijedlog da u upravnom sporu u svim slučajevima odlučuje sudac pojedinac, pojedini zastupnici izrazili su nezadovoljstvo i neslaganje s predloženim izmjenama odredbe o troškovima postupka.⁵³

Zastupnik Nikola Vuljanić (Hrvatski laburisti) istaknuo je, tako, kako se predloženim uređenjem naknade toškova u upravnom sporu građane stavlja u podređeni položaj te im se onemogućuje pristup sudu.

Zastupnica Ana Lovrin (HDZ) vrlo je oštro i, prema našem mišljenju, vrlo argumentirano napala predložene izmjene odredbi o troškovima spora. Istaknula je, između ostalog, kako je rješenje prema kojem svaka stranka snosi svoje troškove protivno osnovnom razlogu za donošenje ZUS-a-2010, a taj je bio osiguravanje ljudskih prava zajamčenih Europskom konvencijom, te kako se predviđenim uređenjem onemogućava građanima pristup sudu. Stoga je zamolila predstavnicu Predlagatelja da obrazloži *ratio* predloženih izmjena odredbi o troškovima postupka.

Zamjenica ministra pravosuđa Sandra Artuković Kunšt, predstavnica Predlagatelja, obrazlažući na zahtjev zastupnice Ane Lovrin predložene izmjene odredbe o troškovima upravnog spora, istaknula je kako upravni sudovi postupaju po teritorijalnoj nadležnosti prema prebivalištu tužitelja. Upravno vođenje prethodnog upravnog postupka, navela je u nastavku zamjenica ministra, daje argumentaciju za predloženu odluku o troškovima spora. Naime, da bi stranka uopće pokrenula upravni spor ona mora biti nezadovoljna odlukom tijela u upravnom postupku. I u takvom prethodnom upravnom postupku su određeni dokazi već izvedeni te je u njemu već odlučeno i o troškovima. Predstavnica predlagatelja je istaknula kako je nesporno da svaka stranka ima nezadovoljstvo odlukom upravnih tijela, ali kako je praksa pokazala da se određeni dokazi u upravnom sporu izvode bez realne potrebe za njihovim izvođenjem. Dakle, u osnovi nije bitno tko je opterećen troškovima, već je bitno koji su to troškovi i jesu li oni bili potrebni. Zamjenica ministra zaključila je kako Predlagatelj smatra da odredba da svaka stranka snosi svoje troškove u konačnici dovodi do racionalizacije postupka i do sprječavanja nepotrebnog ponovnog izvođenja dokaza te do smanjivanja troškova upravnog sudovanja.

Zastupnica Lovrin nakon obrazloženja predstavnice Predlagatelja istaknula je kako o pitanju je li potrebno ili ne izvoditi određene dokaze u upravnom sporu odlučuju suci te kako se u tome ne može tražiti razloge za predložene izmjene odredbi o snošenja troškova u upravnom sporu. Smatra kako je očito da je osnovni

52 Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN – MU 18/97). Stupanjem na snagu Protokola br. 11 objavljen je i pročišćeni tekst Europske konvencije (NN – MU 6/99). Novi dodani protokoli br. 12 i 13 objavljeni su u NN – MU 14/02. Protokol br. 14 objavljen je u NN – MU 1/06. (u nastavku rada: Europska konvencija).

53 Video snimku rasprave v. na: <http://itv.sabor.hr/video/default.aspx?TockaID=5405>, pristupljeno: 28. kolovoza 2013.

razlog za predloženu izmjenu isključivo zaštita državnog proračuna jer vrlo vjerojatno država gubi velik broj upravnih sporova.

Saborska rasprava zaključena je 5. prosinca 2012., a dva dana poslije, 7. prosinca, s 85 glasova „za“, 28 „protiv“ i 3 „suzdržana“ donesena je Novela ZUS-a.

Smatramo kako su razlozi za izmjenu odredbi o troškovima koje je naveo Predlagatelj krajnje upitni i kako nikako ne mogu opravdati predložene izmjene.

Potrebno je, tako, u prvom redu istaknuti kako se Predlagatelj vrlo često služi sintagmama koje, bez obrazloženja koje bi nakon njih trebalo slijediti, zapravo nemaju nikakavo značenje. Ističe se kako je „primjena Zakona o upravnim sporovima ukazala ... na potrebu drugačijeg reguliranja odredbi o troškovima upravnog spora“ ili je, pak, „uočeno da je ova odredba nekritički pojicirana u ovaj Zakon po uzoru na rješenja iz Zakona o parničnom postupku, a čija se rješenja (što pokazuje iskustvo) ne mogu u cijelosti primjenjivati u institutima upravnog spora.“ Dakle, Predlagatelj je morao objasniti zašto je primjena ZUS-a-2010 dovela do potrebe drukčijeg uređenja odredbi o troškovima, zašto je odredba o troškovima iz Zakona o parničnom postupku nekritički preuzeta u ZUS-2010 te što to točno pokazuje iskustvo.

Navedeno obrazloženje je u potpunom raskoraku s rješenjima ranije prikazanih komparativnopравnih sustava, koji redovito ukazuju na primjenu odredaba Zakona o parničnom postupku. Smatramo, međutim, kako Predlagatelj takvo obrazloženje nije iznio niti u Obrazloženju Konačnog prijedloga niti tijekom saborske rasprave.

Mislimo, tako, kako je Predlagateljevo obrazloženje kako su se sudovi propisivanjem mjesne nadležnosti prema prebivalištu tužitelja učinili dostupnijima građanima, te kako je to dovelo do smanjivanja troškova, u potpunosti nelogično i neutemeljeno. Navedena bi tvrdnja, naime, imala smisla samo ako se prema odredbama ZUS-a-1991, prema kojima je u prvom i jedinom stupnju sudio Upravni sud Republike Hrvatske sa sjedištem u Zagrebu, usmene rasprave uopće provodile. Notorna je, međutim, činjenica da su se presude donosile na nejavnim sjednicama sudskih vijeća te da se rasprave nisu provodile. Prema tomu, građani, tužitelji u upravnom sporu, nisu uopće niti imali ikakvih troškova vezanih uz dolazak na Upravni sud Republike Hrvatske.

Smatramo kako je i argumentacija koju je na saborskoj raspravi iznijela predstavница Predlagatelja samo neuspjeli pokušaj da se zamaskiraju pravi razlozi za intervencije u odredbe o troškovima. Ona, tako, navodi kako su već u upravnom postupku određeni dokazi već izvedeni, a u njemu je također odlučeno i o troškovima. S obzirom na to da se u upravnom sporu određeni dokazi izvode bez realne potrebe za njihovim izvođenjem, propisivanjem da svaka stranka snosi svoje troškove smanjit će se nepotrebno izvođenje dokaza, te će se tako smanjiti sveukupni troškovi upravnog sudovanja.

Smatramo kako navedena tvrdnja Predlagatelja može proizlaziti samo iz nedovoljnog poznavanja svrhe reformiranog sustava upravnog sudovanja i odredbi ZUS-a-2010. Naime, zakonita odluka u upravnom sporu može se temeljiti samo na pravilno utvrđenim činjenicama i činjeničnom stanju. Zbog toga se načelom

izjašnjavanja stranke⁵⁴ i načelom usmene rasprave⁵⁵ želi uspostaviti upravo takav sustav upravnog sudovanja u kojemu će briga o pravilno utvrđenim činjenicama i činjeničnom stanju biti jedna od osnovnih. Također, važno je napomenuti kako načelo učinkovitosti utvrđuje dužnost suda da upravni spor provede brzo, bez odugovlačenja i u razumnom roku, uz izbjegavanje nepotrebnih radnji i troškova i onemogućavanje zloupotreba prava stranaka i drugih sudionika u sporu.⁵⁶

Nadalje, razrađujući spomenute načelne odredbe ZUS-2010 određuje kako tužba, mora sadržavati i činjenice i dokaze na kojima tužitelj temelji tužbeni zahtjev.⁵⁷ Također, propisano je i kako sud slobodno ocjenjuje dokaze i utvrđuje činjenice, te da uzima u obzir činjenice utvrđene u postupku donošenja odluke koja se osporava – kojim činjenicama sud nije vezan, te činjenice koje je sam utvrdio.⁵⁸ ZUS-om-2010 je utvrđeno i kako stranke mogu predlagati koje činjenice treba utvrditi te dokaze kojima se one mogu utvrditi te da sud tim prijedlozima nije vezan.⁵⁹ Propisano je, i kako su dokazi isprave, saslušanja stranaka, iskaz svjedoka, mišljenje i nalaz vještaka, očevid i druga dokazna sredstva, te kako sud izvodi dokaze prema pravilima kojima je uređeno dokazivanje u parničnom postupku.⁶⁰

ZUS-2010 utvrđuje i obvezu stranaka da već u tužbi ili odgovoru na tužbu iznesu sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve, predlože sve dokaze potrebne za njihovo utvrđivanje te se izjasne o činjeničnim navodima i dokaznim prijedlozima drugih stranaka.⁶¹

Slijedom svega iznesenoga smatramo kako je ZUS-om-2010 uspostavljen čvrst i logičan sustav utvrđivanja činjenica i činjeničnog stanja. Iz navedenog uređenja vidljiva je kolika je uloga i odgovornost suda u postupku utvrđivanja činjenica. Smatramo, prema tomu, kako je Predlagateljovo obrazloženje da je izmjena načina određivanja troškova u sporu motivirana željom da se spriječi nepotrebni i skupi postupci utvrđivanja činjenica konstrukcija koja se uopće ne temelji na pozitivno-pravnim odredbama. Jezgrovito rečeno, postojeće zakonsko uređenje obvezuje stranke na pravovremeno predlaganje činjenica i dokaza, a sudu (s obzirom na to da on takvim prijedlozima nije vezan) prepušta konačnu odluku hoće li ili ne pristupiti izvođenju dokaza i utvrđivanju činjenica. Na ovakvo se uređenje logično nadovezivala i odredba o troškovima jer su stranke koje predlažu određene dokaze

54 “(1) Prije donošenja presude sud će svakoj stranci dati mogućnost izjasniti se o zahtjevima i navodima drugih stranaka te o svim činjenicama i pravnim pitanjima koja su predmet upravnog spora.

(2) Sud može odlučiti u upravnom sporu bez davanja stranci mogućnosti da se izjasni samo u slučajevima propisanim zakonom” (Čl. 6. ZUS-a-2010).

55 „(1) U upravnom sporu sud odlučuje na temelju usmene, neposredne i javne rasprave.

(2) Sud može odlučiti u upravnom sporu bez održavanja rasprave samo u slučajevima propisanim ovim Zakonom.“ (Čl. 7. ZUS-a-2010).

56 V. čl. 8. ZUS-a-2010.

57 V. čl. 23. st. 1. t. 8. ZUS-a-2010.

58 V. čl. 33. st. 1. i 2. ZUS-a-2010.

59 V. čl. 33. st. 3. ZUS-a-2010.

60 V. čl. 33. st. 5. ZUS-a-2010.

61 V. čl. 34. st. 1. ZUS-a-2010.

u pravilu izvođenje takvih dokaza morale i predujmiti, a snosile su i rizik snošenja svih troškova spora ako ga izgube.

6. ZAKLJUČAK

Mislimo kako je uređenjem troškova upravnog spora u Novelama ZUS-a učinjen još jedan korak unatrag u hrvatskom upravnom sudovanju (drugi korak u istom smjeru svakako predstavlja i prelaženje s odlučivanja u vijeću na odlučivanje suca pojedinca). Obrazloženje Predlagatelja koje smo analizirali u prethodnom poglavlju smatramo neutemeljenim i očito smišljenim isključivo kako bi se pokušao opravdati osnovni cilj predlagatelja - zaštita državnog proračuna.

Željeli bismo istaknuti kako nema ničega spornoga u nastojanju države da smanji ukupne troškove spora i te spriječi njegovo nepotrebno i zlonamjerno pokretanje. No, smatramo izuzetno nepravednim i štetnim navedeni cilj ostvarivati na štetu tužitelja koji su uspjeli sa svojim tužbenim zahtjevima. Smatramo kako je postojeći sustav, prema kojem bi stranka koja nije uspjela u sporu na kraju morala snositi sve troškove spora, u osnovi i sprječavao nepotrebno kverulantstvo.

Držimo, nadalje, kako je zakonodavac imao mogućnost i poboljšanjem i razradama instituta troškova u upravnom sporu postići smanjivanje ukupnih troškova. Već smo u radu istaknuli kako je bilo potrebno suptilnije regulirati naplatu troškova u onim sporovima koji su primarno bili usmjereni na zaštitu javnog interesa. Također, mislimo kako je zakonski trebalo razraditi i načelo *culpae*, te kako je bilo prostora i za različit sustav naplate troškova u sporovima pune jurisdikcije od sporova u kojima su donesene isključivo kasatorne odluke.⁶²

Zakonodavac se na kraju odlučio za vrlo nepravedan sustav prema kojemu svaka stranka snosi svoje troškove te tako isključio Republiku Hrvatsku iz skupine država koje poznaju suptilne i pravedne sustave temeljene na načelu *causae*.

62 V. primjerice čl. 25. slovenskog Zakona o upravnom sporu.

Summary

COSTS OF ADMINISTRATIVE DISPUTE

The paper analyzes the regulation of the institute of costs of administrative dispute. The main reason for writing this paper are the interventions in the institute made by the Act on Amendments to the Law on Administrative Disputes from December 2012. We view the changes as a big step back in regulating the costs of administrative disputes. The paper starts with a summary overview of the historical layout of the institute of administrative dispute costs in Croatia. Then, we describe the layout of the institute in the text of the Law on Administrative Disputes before and after the changes from December 2012. Finally, we conclude that the aforementioned changes were implemented to protect the national budget.

Keywords: *costs, administrative dispute, the Law on Amendments to the Law on Administrative Disputes.*

Zusammenfassung

VERWALTUNGSSTREITIGKEITSKOSTEN

In der Arbeit wird die Regelung des Instituts von Verwaltungsstreitigkeitskosten analysiert. Der unmittelbare Anlass zum Schreiben dieser Arbeit sind Interventionen beim Institut durch das Gesetz über Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten aus Dezember 2012. Die genannten Änderungen sind unserer Meinung nach ein Schritt zurück bei der Regelung der Frage von Kostenerstattung in der Verwaltungsstreitigkeit. Um unsere Behauptung zu beweisen, gibt man zuerst in der Arbeit einen zusammenfassenden historischen Überblick über die Regelung des Instituts von Verwaltungsstreitigkeitskosten in Kroatien. Danach beschreibt man die Regelung des Instituts im Text des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten vor und nach den Änderungen aus Dezember 2012. Abschließend wird betont, dass der Hauptgrund für die genannten Änderungen ausschließlich der Schutz des Staatshaushalts ist.

Schlüsselwörter: *Kosten, Verwaltungsstreitigkeit, Gesetz über die Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten.*

Riassunto

LE SPESE DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO

Nel contributo si prendono in esame le questioni riguardanti le spese del contenzioso amministrativo. La ragione diretta che ha condotto a scrivere questo contributo è rappresentata dagli interventi normativi operati in tale ambito dalla legge di modifica ed integrazione della legge sui contenziosi amministrativi del dicembre 2012. Riteniamo dette modifiche un rilevante passo indietro nella disciplina del rimborso spese nel contenzioso amministrativo. Al fine di provare quest'affermazione nel contributo viene in primo luogo offerta una sommaria rassegna dell'evoluzione storica delle spese nel contenzioso amministrativo in Croazia. In seguito, s'illustra la disciplina dell'istituto nel testo della legge sui contenziosi amministrativi prima e dopo la novella del dicembre 2012. In conclusione, si pone in rilievo come la ragione fondamentale di dette modifiche si fondi esclusivamente sulla tutela del bilancio dello Stato.

Parole chiave: *spese, contenzioso amministrativo, legge di modifica ed integrazione della legge sui contenziosi amministrativi.*

KAZNENA I STEGOVNA (DISCIPLINSKA) ODGOVORNOST SUDACA*

Mijo Galiot, dipl. iur., sudac
Općinski sud u Splitu, Državno sudbeno vijeće
Silvio Čović, dipl. iur., sudac
Predsjednik Upravnog suda u Splitu
Dr. sc. Damir Juras, dipl. iur.
Ministarstvo unutarnjih poslova, Split

UDK: 347.962.6
Ur.: 3. listopada 2013.
Pr.: 15. studenog 2013.
Prethodno priopćenje

Sažetak

U radu se, uz navođenje primjera iz prakse i statističkih podataka o stegovnim povredama i kaznama, analiziraju kaznena i stegovna odgovornost sudaca, te utjecaj navedenih odgovornosti na rad i ponašanje sudaca.

Stav je autora da ne postoje pravni ni drugi opravdani razlozi za normiranje posebnog kaznenog djela „kršenje zakona“ od suca, budući da se sva kršenja zakona u obavljanju sudačke dužnosti mogu svesti pod postojeće kazneno djelo zloupotrebe položaja i ovlasti.

U poglavlju o stegovnoj odgovornosti daje se prikaz tijela nadležnih za pokretanje i vođenje stegovnog postupka, pravila stegovnog postupka, opis stegovnih djela i kazni, opisuju uvjeti za udaljenje sudaca od obavljanja sudačke dužnosti, te se preispituje učinkovitost pravne zaštite sudaca protiv kojih se vodi stegovni postupak. Autori predlažu da se napravi razlika lakših i težih stegovnih povreda, izradi poseban stegovni postupovnik, da se opoziv uvjetne osude veže uz težinu nove povrede, da se formira zasebno tijelo stegovnog progona te odredi rok u kojem se stegovni postupak mora završiti, odnosno može voditi.

Ključne riječi: *disciplinska odgovornost, Državno sudbeno vijeće, kaznena odgovornost, sudac, stegovna odgovornost.*

* U radu se iznose osobna stajališta autora.

1. UVOD

Uopćena i najšira formulacija sudačke neovisnosti određuje ju kao „neovisnost ničim osim zakonom i vlastitom savješću“.¹ Naime, suci bi trebali postupati u ime zakona i društva, a ne kao reprezentanti političkih, poslovnih ili drugih interesnih grupa.

Suvremeno poimanje sudske neovisnosti je da sudac pri rješavanju konkretnog predmeta smije i mora biti vezan samo zakonom i svojom savješću, odnosno slobodan od svakog utjecaja, te da mora imati: a) osigurane uvjete obnašanja svoje dužnosti (osobna neovisnost), b) mogućnost sudjelovanja u obavljanju poslova sudske uprave i pripremanju kolektivnog proračuna (kolektivna neovisnost), te c) slobodu od utjecaja „nadređenih“ pravosudnih autoriteta (interna neovisnost) koja je rezultat povijesnog razvoja pravnih institucija i ustrojstva državne vlasti te prihvaćenog načela trodiobe vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu.²

Sudačka neovisnost je ustanovljena kako bi se omogućilo slobodno pravosuđe i uklonili utjecaji izvana te kako bi pravosuđe moglo pravilno funkcionirati. „Ono se ne smije shvatiti kao ovlaštenje suca da se izdigne iznad prava, niti kao njegovo pravo na nemarno obavljanje poslova.“³ U svakom slučaju, neovisnost sudstva, odnosno suca ne smije postati sinonim za neodgovornost⁴ i/ili nedisciplinu.⁵

- 1 Uzelać, A., Zavisnost i nezavisnost: neka komparativna iskustva i prijedlozi uz položaj sudstva u Republici Hrvatskoj, Zagreb, Zbornik Pravnog fakulteta, br. 4 (suppl.), 1992., str. 576., „Zadatak je sudstva afirmirati pravnu državu (*Rechtsstaat*, *rule of the law*), odnosno kontrolirati zakonitost pravnih situacija, osigurati jedinstvo u primjeni prava, jednakost pred zakonom i pravnu sigurnost, jamčiti osobne slobode i temeljna prava čovjeka. Osnovno obilježje pravne države zasnovano na podjeli vlasti je nezavisnost sudaca i njihova vezanost za zakon i pravo. Suci moraju biti nezavisni od bilo kojeg vanjskog uplitanja u njihov posao da bi mogli suditi po zakonu i svojoj savjetnici, moraju biti nezavisni od onih koje kontroliraju.“, Turković, K., Jesu li krivično odgovorni suci nezavisni suci, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 42, 1992., str. 655.
- 2 Krapac, D., Pojam neovisnosti sudstva u judikaturi Suda za ljudska prava Vijeća Europe: pravno-povijesni korijeni suvremena shvaćanja, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 1992., str. 540.
- 3 Novoselec, P., Krivična i disciplinska odgovornost suda, Zagreb, Iudex, časopis Društva hrvatskih sudaca, 1 (1993), 4, str. 236.
- 4 Odgovornost u svom etimološkom značenju je pojam koji obuhvaća: red, utvrđena pravila ponašanja u vezi s aktivnostima i mjerilima koja trebaju osigurati njegovo poštivanje, ali i cijeli kompleks uvjeta vezanih uz preventivno djelovanje, kako bi se uspostavila odgovornost u svom pozitivnom aspektu. „Aktivna (pozitivna) odgovornost uključuje nužnost da se vodi računa o već izvršenom djelu i o njegovim posljedicama, ali je ona upravljana ne samo na prošlost već i na budućnost“. Tintić, N., Opći problemi u organizacijama udruženog rada, Zbornik Odgovornost u organizacijama udruženog rada, Beograd, 1978., str. 25.
- 5 „Pojam „disciplina“ i „disciplinsko pravo“ obično se povezuje s cijelim mnoštvom različitih područja. Svuda u svijetu djeca se suočavaju s disciplinom od ranih školskih dana. Nešto kasnije, mladi ljudi, ako se profesionalno bave sportom, vrlo brzo dolaze u kontakt s disciplinskim sustavima koji su potpuno zatvoreni za vanjski svijet... Govorimo o disciplinskim prekršajima koji čine suci, državni službenici, profesionalci kao i radnici u privatnim tvrtkama... kada prekrše određena pravila koja su na poseban način povezana s

Nužna pretpostavka postizanja neovisnog sudstva i učinkovitog sudbenog nadzora je da sudac mora biti stručan, te imati visoku razinu znanja u poznavanju prava i njegove primjene, kako bi se mogao učinkovito oduprijeti nelegitimnim utjecajima izvana, ali i u okviru sudbene vlasti.⁶

Međutim, ako sudac neuredno ili nestručno obnaša sudačku dužnost, odnosno zloupotrijebi povjerenu dužnost,⁷ podliježe odgovornosti,⁸ prvenstveno stegovnoj i kaznenoj. Navedene su odgovornosti „prirodna posljedica ovlasti i povjerenja koje društvo daje sucima.“⁹ Odgovornost onih sudaca koji na izložen način postupaju interes je ne samo šire društvene zajednice, već i samih sudaca, čija je obveza sankcionirati postupanja koje štete ugledu i dostojnosti sudbene vlasti.¹⁰

2. OBVEZE SUDACA

U zemljama uređenih pravnih sustava, u koje spada i Hrvatska, radi zaštite najviših vrijednosti ustavnog poretka – vladavine prava, ustavnosti i zakonitosti, humanosti i etike te zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda, ali i pune afirmacije načela prava na pravično suđenje i pristupa sudu, pravde, istine i slobode, važnu ulogu imaju ponašanje sudaca¹¹ i način obnašanja sudačke dužnosti. Sudačko zanimanje je jedno od najuglednijih profesija u gotovo svim društvima.¹²

njihovom profesijom ili ustanovom u kojoj rade.” Chiavario, M., Načela kaznenog postupka i njihova primjena u disciplinskim postupcima, Izbor članaka iz stranih časopisa, broj 1-2, MUP RH, Zagreb, 2002., str. 113.; Anić V., Rječnik hrvatskoga jezika, Novi Liber, Zagreb, 1991., str. 108., navodi da je disciplina „a. Ukupnost pravila ponašanja nametnutih članovima organizacije ili nekog mnoštva, b. Pokoravanje tim pravilima; stega.“ Za istoznačnicu stega, na str. 683., navodi da je „red, pravila kojih se moraju pridržavati članovi neke zajednice; disciplina“.

- 6 Detaljnije o neovisnosti sudbene vlasti vidi: Galiot, M. i dr, Novote u imenovanju sudaca, Split, Zbornik Pravnog fakulteta, br. 1, 2013., str.17.-19.
- 7 Praktično iskustvo sistematiziralo je nekoliko značajnih okolnosti koje utječu na nepristranost (stručnog) suca, odnosno koje „razbijaju pravdu“: „prvo ljubav, drugo zlo hotenje, treće mito, četvrto strah i peto, moljenje - preuzeto iz Krapac, op. cit., str. 541.
- 8 „Nezavisnost suca shvaćamo kao slobodu suca od osvete za njegovo djelovanje, a odgovornost pak kao mjeru u kojoj sudac zadovoljava standarde sudačkog ponašanja.“, Turković, K., op. cit., 672.
- 9 Sessa Đ., Standardi ponašanja sudaca, Informator, br. 5447, Zagreb, 2006., str. 14.; „Ako bi se i pored osiguranog materijalnog stanja sudaca u organizmu pravosuđa pokazali truli dijelovi, onda ne bi trebalo prezati ni trenutka od operativnog zahvata. Sve treba sjeći, što bi moglo izazvati trovanje krvi, i to bez straha da će poteći i zdrava krv, jer bi se ona u ozdravljenom organizmu brzo nadoknadila.“Ugrić, J., Sudijska vlast i odgovornost sudija, Beograd, tiskara Sv. Sava,1930., str. 9.
- 10 Slično Novoselec, P., Kaznena odgovornost suca, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1992., str. 640.
- 11 „Ići sucu znači ići pravdi. U ovih pet antičkih riječi smještena je čitava civilizacija prava i pravosuđa.“, Perović, S., Prirodno pravo i sud, Beograd 1997., str. 7.; „Suci imaju sa odanošću ispunjavati svoju uzvišenu dužnost, koja im je od strane države povjerena i uvijek visoko nositi zastavu pravde, koja je osnova društvu i državi.“, Ugrić, J., op. cit., str. 59.
- 12 Detaljnije vidi: Savin, K., Društveni ugled liječnika, Gledišta, Sveučilište u Beogradu, Beograd, br. 11-12, 1980., str. 25-46.; Treiman, D., Occupational Prestige in Comparative

Dužnosti, koje su suci obvezni poštovati radi očuvanja dostojanstva i ugleda sudbene vlasti, propisane su Zakonom o sudovima¹³ i Kodeksom sudačke etike.¹⁴

Sudac se osobito mora ponašati tako da očuva svoj ugled i ugled sudbene vlasti te ne dovodi u pitanje svoju nepristranost i neovisnost u suđenju i samostalnost sudbene vlasti; ne smije biti član političke stranke, niti se baviti političkom djelatnošću; ne smije se koristiti svojim radom u sudu i ugledom suda za ostvarenje svojih privatnih interesa; ne smije obavljati odvjetničku ili javnobilježničku službu, poslove člana upravnog ili nadzornog odbora trgovačkog društva ili druge pravne osobe; ne smije obavljati drugu službu ili posao koji bi mogli utjecati na njegovu samostalnost, nepristranost i neovisnost ili umanjiti njegov društveni ugled ili su inače nespojive s obnašanjem sudačke dužnosti; dužan je predmete koji su mu raspoređeni u rad rješavati redosljedom njegova zaprimanja u sud, vodeći računa i o predmetima koji su po posebnim propisima utvrđeni kao hitni; dužan se stalno stručno usavršavati i sudjelovati u programima obrazovanja i usavršavanja Pravosudne akademije; mora poštovati zakonske rokove otpreme sudskih odluka koje su vezane rokom i rokove za donošenje odluke određene u postupku po zahtjevu stranke za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku te donijeti u okviru redovitog radnog vremena tijekom jedne kalendarske godine broj odluka propisan Okvirnim mjerilima za rad sudaca (čl. 89.-91., 93. i 95. ZS-a).

Pri suđenju, ali i u slobodno vrijeme, sudac je obavezan pridržavati se Kodeksa, koji navodi da su sljedeća etička načela nužna za uspješno obnašanje sudačke dužnosti: 1) ustavnost i zakonitost, 2) humanost i etika, 3) neovisnost, 4) nepristranost, 5) stručnost, 6) jednakost u postupanju, 8) dostojnost sudačkog poziva, 9) odgovornost, 10) marljivost, 11) korektno držanje prema kolegama sucima i drugim zaposlenicima, strankama i osobama koje se osposobljavaju za obnašanje sudačke dužnosti, 12) pravilan odnos prema javnosti, te 13) korektan odnos prema drugim sucima i zaposlenicima u sudu.

Perspective, Academic Press, New York, 1977.; Zvekić, U., Profesija sudija, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1985., str. 98-101.

13 Zakon o sudovima, NN br. 28/13, u daljnjem tekstu: ZS.

14 Kodeks sudačke etike, NN, br. 131/06, u daljnjem tekstu: Kodeks.: „Kodeksi su, među ostalim, orijentiranje općeprihvaćenog ponašanja, jedan od instrumenata jačanja povjerenja javnosti u javnu vlast, poticaj unapređenju etike i internaliziranju zajedničkih vrijednosti, ali i zaštita od neutemeljenih optužbi.” Rajko, A., Etički kodeks u lokalnoj samoupravi, Informator, br. 5550, Zagreb, 2007., str. 1. Već je Platon upozoravao na važnost etike u državnoj službi, navodeći: “Treba nam dakle, između čuvara odabrati takve muževe, za koje se nama najviše čini, da su za cijeloga života spremni svim marom raditi ono, što drže da državi koristi, a da ni na kakav način ne bi htjeli što uraditi, što ne drže da koristi državi.”, Platon, Država, Zagreb, Naklada Jurčić, 2004., str. 160.

3. KAZNENA ODGOVORNOST SUCA

3.1. Pojam i pravna regulativa

Kaznena odgovornost je odgovornost sudaca za kaznena djela, utvrđena Kaznenim zakonom,¹⁵ učinjena u obavljanju sudačke dužnosti ili u svezi s obavljanjem sudačke dužnosti. Značajka kaznenih djela protiv službene dužnosti izražava se u okolnosti što službenik obavljanjem svojih dužnosti povrjeđuje upravo tu službenu dužnost koja mu nameće obvezu postupanja u skladu s pravnim propisima. "Specifičnost takvih djela izražava se stoga, mogli bismo reći, u tri elementa. Prvo, to su kaznena djela koja čine službene osobe, drugo to su djela koja se čine povredom posebnih dužnosti i ovlasti koje imaju službene osobe prema svom svojstvu, i treće, to su djela koja se po posebnim odredbama Kaznenog zakona propisuju kao kaznena djela za koja se predviđaju kaznene sankcije".¹⁶

U Hrvatskoj suci imaju imunitet u skladu sa zakonom. Sudac koji sudjeluje u suđenju ne može biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasovanje pri donošenju sudbene odluke, osim ako se radi o kršenju zakona suca što je kazneno djelo. U postupku pokrenutom zbog kaznenog djela učinjenog u obavljanju sudačke dužnosti sudac ne može biti pritvoren, niti mu se može odrediti istražni zatvor bez odobrenja DSV-a (čl. 122. st. 2. i 3. Ustava Republike Hrvatske).¹⁷

Važeće kaznenopravno uređenje, suprotno rješenjima iz čl. 216. Krivičnog zakona Republike Hrvatske¹⁸ i čl. 135. Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona kojim je noveliran čl. 337.a. Kaznenog zakona Hrvatske,¹⁹ ne propisuje zasebno kazneno djelo „kršenje zakona“ sudaca.²⁰

Dakle, KZ ne sadrži posebnu odredbu koja bi u sebi sadržavala kazneno djelo koje bi mogao počiniti samo sudac, već suci odgovaraju za počinjena kaznena djela kao i sve druge osobe, odnosno za djela počinjena u službi odgovaraju kao i druge službene osobe budući da je regulativom iz članka 87. stavka 3. KZ-a određeno da sudac ima svojstvo službene osobe.²¹

15 Kazneni zakon, NN, br. 125/11 i 144/12, u daljnjem tekstu: KZ.

16 Borković, I., *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb, 1999., str. 153.

17 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak, 76/10 i 85/10 - pročišćeni tekst, u daljnjem tekstu: Ustav).

18 Krivični zakon Republike Hrvatske, NN, br. 25/77, 50/78, 25/84, 52/87, 43/89, 8/90, 9/91, 33/92, 39/92, 77/92, 91/92, 28/96, dalje: Krivični zakon).

19 Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, NN br. 111/03 (u daljnjem tekstu: ZID KZ). Ovaj je Zakon stavljen izvan snage Odlukom Ustavnog suda br. U-VIII1271/2000 od 27.11.2003., NN br. 190/03).

20 Prema čl. 223. st. 1. Krivičnog zakona sudac ili sudac porotnik redovnog ili samoupravnog suda, koji u namjeri da drugom pribavi kakvu korist ili da mu nanese kakvu štetu, donese nezakonitu odluku ili na drugi način prekrši zakon, kaznit će se zatvorom od šest mjeseci do pet godina.

21 Shodno čl. 87. st. 3. KZ-a službena osoba je državni dužnosnik ili službenik, dužnosnik ili službenik u jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave, nositelj pravosudne

3.2. O kaznenim djelima u vezi s obnašanjem sudačke dužnosti

Sudac može počiniti kazneno djelo tijekom suđenja, što obuhvaća vrijeme vođenja cjelokupnog postupka, od pokretanja do pravomoćnosti odluke, ali i u stadiju pripreme suđenja ili *postfestum*. U potonjem slučaju govori se o „kršenju zakona od suca na drugi način“ koje mora biti u funkciji donošenja i održanja nezakonite odluke u predmetu koji mu je dodijeljen, odnosno radi se o pripremanju terena, odnosno zadržavanju terena radi donošenja i održavanja nezakonite odluke, radi čega se vrijednosno može izjednačiti sa samim donošenjem nezakonite odluke.²²

S obzirom na sadržaj poslova suđenja i sudačke dužnosti, u djela koje sudac može počiniti u vezi s obnašanjem dužnosti, posebno spadaju kaznena djela protiv ljudskih prava i temeljnih sloboda, kaznena djela protiv privatnosti, kaznena djela krivotvorenja, kaznena djela protiv službene dužnosti (glave XI., XIV. XXVI., XVIII. KZ-a), te kazneno djelo prijevare iz čl. 236. KZ-a.

3.3. Posebno o kaznenom djelu „Kršenje zakona suca“

Pitanje je bi li propisivanje posebnog kaznenog djela „kršenje zakona suca“ dovelo do negativnih reperkusija na pravnu sigurnost, zadiralo u općeprihvaćena načela vladavine prava i neovisnosti sudbene vlasti, te možebitno dovelo do suviše normiranosti velikog broja kaznenih djela, s obzirom na postojeći propisan broj djela. Nadalje, bi li takva novina bila u skladu s intencijom ustavotvorca.

Krivični zakon Republike Hrvatske, u članku 216., te ZID KZ, u čl. 337.a., sadržavali su posebno kazneno djelo „Kršenje zakona od suca“²³, odnosno „Kršenje

dužnosti, sudac porotnik, član Državnog sudbenog vijeća ili Državno odvjetničkog vijeća, arbitar i javni bilježnik.

22 P. Novoselec, op. cit., str. 649.

23 „Sudac ili sudac porotnik redovnog suda, koji u namjeri da drugom pribavi kakvu korist ili da mu nanese kakvu štetu, donese nezakonitu odluku ili na drugi način prekrši zakon, kaznit će se zatvorom od šest mjeseci do pet godina.“

Ova se odredba opravdavala društvenom ulogom, odnosno ovlastima sudaca:

„Kršenje zakona od strane suca strože se inkriminira zbog velikog društvenog značaja sudačkog posla, iz čega proizlazi i pojačana opasnost ako službeno ovlaštenje zloupotrebljava sudac. Sudac je zaštitnik sloboda i prava ljudi i pravnog poretka, stoga samovoljnim i pristranim postupanjem on ne povrjeđuje samo svoju službenu dužnost, ne ruši samo povjerenje javnosti u zakonitost i objektivnost rada državnih organa, već se od diva zaštitnika pravnog poretka pretvara u najopakijeg i najpodmuklijeg rušitelja, o pravo pretvara u nepravo.“ Turković, K., op. cit., str. 668.

„Djelo je poseban oblik zloupotrebe službenog položaja, izdvojen posebno zbog posebnog značenja sudske funkcije, zbog velike društvene opasnosti od sudske samovolje i pristrasnosti. Više nego drugdje, ovakvim zloupotrebama ruši se povjerenje javnosti u zakonitost i objektivnost rada državnih organa.“ Bačić, F. i dr., Krivično pravo, Posebni dio, Zagreb, Narodne novine, 1989., str. 387.

„Djelo je specijalni oblik zloporabe službenog položaja, izdvojeno posebno zbog značenja sudske funkcije.“, Pavišić, B. i dr., Komentar Krivičnog zakona Republike Hrvatske, Zagreb, Ministarstvo unutarnjih poslova, 1996., str. 323.

zakona u sudskom postupku²⁴ kao *sui generis* kazneno djelo zlouporabe položaja ili ovlasti.²⁵

KZ ne propisuje posebno kazneno djelo „kršenje zakona suca“, već isto obuhvaća kaznenim djelom zlouporabe položaja i ovlasti iz članka 291. KZ-a.²⁶

„Predlagatelj je razmatrao je li potrebno uvesti posebno kazneno djelo kršenja zakona sudaca. Ovakvo kazneno djelo postojalo je do 1997., a poznaje ga i Njemački kazneni zakon. Budući da se prema Konačnom prijedlogu kaznenog zakona sudac smatra službenom osobom prema članku 87. stavku 3., kršenje zakona sudaca pokriveno je kaznenim djelom zlouporabe položaja i ovlasti iz članka 287., a kako je povećana kazna za kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti, više nije potrebno inkriminirati kršenje zakona suca kao zasebno kazneno djelo koje bi bilo kvalificirani oblik kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti. Pogotovo što je Vrhovni sud razvio praksu da se činjenica da zlouporabu položaja i ovlasti čini sudac uzima kao otegotna okolnost.“²⁷

Ovu tematiku valja promatrati i u kontekstu učestalih promjena zakonskih i podzakonskih propisa, koji su često apstraktno i uopćeno pisani, čime se uloga i ovlasti zakonodavca često prenose na suce, koji su dužni tumačiti propis kod primjene prava u konkretnim sudskim predmetima. Na izložen način suci su dužni

24 „Sudac, sudac porotnik, državni odvjetnik ili njegov zamjenik koji prilikom vođenja sudskog postupka ili donošenja odluke prekrši zakon s ciljem da jednoj stranci pribavi korist ili nanese štetu, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina. Ako su kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka prouzročene teške posljedice za okrivljenika u kaznenom postupku, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina.“

Mrčela je istaknuo da je ponovno normiranje ovog kaznenog djela nespretno i neozbiljno: „Okolnosti vezane uz to kazneno djelo pomalo mogu upućivati na nespretnost i neozbiljnost predlagачa i zakonodavca. Riječ je o tome da je jedno te isto kazneno djelo najprije brisano iz kaznenog zakonodavstva s obrazloženjem da je nepotrebno („...jer se sadržaj toga kaznenog djela nalazi u drugim kaznenim djelima koje mogu počiniti službene osobe“, Horvatić, Ž., Novi hrvatsko kazneno pravo, Organizator, Zagreb, 1997., str. 565.), a pet godina nakon toga iznova se uvodi u kazneno zakonodavstvo“, Mrčela, M., Kaznena djela protiv pravosuđa, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 10, broj 2/2003, str. 621.

25 Kazneno djelo „Kršenje zakona od strane suca“ imao je u čl. 315. i Krivični zakonik Jugoslavije, Službeni list FNRJ, br. 13/51. Istaknuto je da je ono „povreda osnovnog načela procesnog prava: sudačke neovisnosti odnosno objektivnosti, a samim tim se povrjeđuje i načelo zakonitosti. Da bi građani imali povjerenje u sudove i suce potrebno je da suci odlučuju samo na temelju zakona, a ne iz nekih motiva protivnih načelima postupnog prava. U ovome je osobita težina krivičnog djela gaženja zakona od strane suca.“ Tahović, J., Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, Savremena administracija, 1957., str. 607.

26 Čl. 291. st. 1. KZ-a pripisano je da službena ili odgovorna osoba koja iskoristi svoj položaj ili ovlast, prekorači granice svoje ovlasti ili ne obavi dužnost pa time sebi ili drugoj osobi pribavi korist ili drugome prouzroči štetu, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina, dok prema stavku 2. istog članka ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzročena znatna šteta, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina. Za komentar ovog kaznenog djela vidi: Pavlović, Š., Kazneni zakon, Libertin naklada, Rijeka, 2012., str. 621.-624.

27 Obrazloženje Konačnog prijedloga Kaznenog zakona, PZE 866.pdf, str. 249., www.sabor.hr/Default.aspx?art=41259

postupati u prostoru nesigurnosti, u kojem se ne mogu razaznati jasne granice dopuštenog djelovanja, zbog čega sudac može „prekršiti zakon“, odnosno, pogrešno primjenjujući pravo pri donošenju odluke, postupa suprotno svrsi zakona te intenciji zakonodavca.²⁸

U ovom kontekstu nužno je istaknuti da je pravo na žalbu protiv odluka sudova prvog stupnja nerazdvojan element osnovnih prava čovjeka i građana (čl. 18. Ustava).²⁹ Dakle, svatko tko smatra da mu je nezakonitom odlukom suda povrijeđeno neko subjektivno pravo može pravnim lijekom od višeg suda zatražiti pravnu zaštitu. Upravo je ta viša sudska instances ovlaštena ocjenjivati zakonitost i pravilnost osporenih sudskih odluka i postupanja suca u predmetu koji mu je dodijeljen u rad.

Kao argument za uvođenja posebnog kaznenog djela „kršenja zakona“, u pravnoj doktrini se navodilo da je uputno „odgovornost suda propisati posebnom odredbom, jer se radi o osjetljivoj materiji koja zadire i u pitanje neovisnosti sudbene vlasti,³⁰ te da Ustav govori o *kršenju zakona suca koje je kazneno djelo*.³¹

Mišljenje je autora da nema ni pravnih, a ni drugih opravdanih razloga da se odredbama KZ-a propiše posebno kazneno djelo „kršenja zakona suca“ koje bi mogli počiniti samo suci. Zbog toga što se ponašanje sudaca koje zahtijeva kazneno-pravno sankcioniranje, s obzirom na definiciju službene osobe, može podvesti pod kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti, ali i druga kaznena djela, osobito iz skupine kaznenih djela protiv službene dužnosti. Drugo, u određenim, srodnim europskim pravnim sustavima kontinentalno-europskog pravnog kruga takva regulativa ne postoji.³² Nadalje, u okolnostima kada suci, gotovo uvijek, u sudskim

28 „Razlozi porasta sudačke moći su višestruki. Neprekidno raste potreba za kontrolom drugih organa vlasti. Nadalje, zbog velike inflacije normi koje donose zakonodavni i upravni organi porasla je uloga suda kao zakonodavca. Norme se sve češće donos u obliku općih klauzula čime zakonodavna tijela, ostavljajući široke mogućnosti tumačenja, prenose zapravo svoju zakonodavnu ulogu na sudske organe..... Suci su prisiljeni ili, bolje rečenom osuđeni aktivno i stvaralački doprinijeti primjeni ovakvih normi i zakona. Time neminovno raste njihova moć.“ O tom šire M. Cappelletti, *Giudici Legilatori* (1984.), M. Cappelletti, *It. Controllo giudiziario di costituzionalita delle leggi nefl. diritto comparato* (1968.) – preuzeto iz K. Turković, op. cit., str. 655.

29 Izuzetak je propisan Zakonom o upravnim sporovima, kojim je uveden „filter“ koji ne dopušta izjavljivanje žalbe osim ako je upravni sud sam odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke (čl. 66. st. 2.). detaljnije o ovome vidi: Juras, D., *Sudska zaštita prava državnih službenika u disciplinskim postupcima*, Hrvatska i komparativna javna uprava, Institut za javnu upravu i dr., Zagreb, 2013., br. 2, str. 545.-546.

30 M. Mrčela, *Kazneno djelo Kršenja zakona, da ili ne?*, Prilog raspravi povodom Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, str. 3.

31 Čl. 119. st. 2. Ustava glasi: „Suci i suci porotnici koji sudjeluju u suđenju ne mogu biti pozvani na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasovanje pri donošenju sudbene odluke, osim ako se radi o kršenju zakona od strane suca koje je kazneno djelo.“

32 O kaznenoj odgovornosti sudaca u komparativnom prikazu vidjeti K. Turković, op. cit., str. 657-675. Mrčela opravdano primjećuje da argument da ovakvo djelo ima Njemačka sam po sebi nije dostatan: „Što nama znači činjenica da ovakvo djelo ima i njemačko pravo? Znači li to da ga moramo imati i mi. Hoćemo li onda imati i ostala djela koja imaju u njemačkom kaznenom zakonu? Zašto nam uzor ne bi bilo neko drugo zakonodavstvo koje takvo djelo

postupcima sude u korist jedne, a na štetu druge nezadovoljne stranke, koja možda smatra da je sud pogrešno primijenio materijalno pravo, odnosno „prekršio zakon“, postoji realna opasnost od zlouporabe takvog instituta radi šikaniranja i vršenja dodatnog pritiska na suce pri donošenju odluke.

Također, propisujući novo kazneno djelo moglo bi dovesti do široke normiranosti, jer bi se opravdano moglo postaviti pitanje, s obzirom na značaj i ulogu u društvu, bi li takvo posebno kazneno djelo trebalo propisati i za saborske zastupnike, liječnike, nastavnike i profesore, službenike redarstvene vlasti i za druge osobe koje obavljaju iznimno važne poslove u društvu.³³ Krajnje, osnovni cilj sankcioniranja sudaca trebao bi biti da se nedopušteno ponašanje spriječi i ubuduće, što se jednako djelotvorno može postići i u okviru stegovne odgovornosti, odnosno sankcioniranjem za kazneno djelo iz čl. 291. KZ-a.

U prilog negativnom stavu prema uvođenju posebnog kaznenog djela „kršenje zakona suca“ idu i statistički podaci iz razdoblja kada je u našem zakonodavstvu postojalo takvo djelo: „Za zadnjih deset godina prije primjene KZ-a, od 1988. do 1997. godine, za kršenje zakona od strane suca pravomoćno su osuđene tri osobe (po jedna 1989., 1990. i 1993. godine). Riječ je, dakle, o iznimno rijetkom kaznenom djelu. No te statistike mogu zavarati jer je samo na Općinskom sudu u Zagrebu u navedenom periodu bilo osam kaznenih postupaka pokrenutih za kršenje zakona i svi su završeni obustavom. Te postupke pokrenule su stranke koje nisu bile zadovoljne odlukom suda (suca).“³⁴

4. STEGOVNA ODGOVORNOST SUDACA

4.1. Pojam i pravna regulativa

Stegovna odgovornost može se definirati kao odgovornost sudaca za povredu sudačke dužnosti propisanu zakonom, za koju se u propisanom postupku izriče zakonom određena kazna.

„Disciplinska odgovornost suca je novost u hrvatskom Ustavu iz 1990. Njeno uvođenje valja pozdraviti. Nepostojanje disciplinske odgovornosti u komunističkom sustavu nije bio znak liberalizma, nego rezultat činjenice da je neformalna politička odgovornost suca-koja je u pravilu povlačila i njegovo razrješenje-činila disciplinsku odgovornost suvišnom; tko je pak bio politički „podoban“ mogao je neometano vršiti disciplinska djela.“³⁵ Stegovna odgovornost sudaca u našem pravnom sustavu regulirana je odredbama Zakona o državnom sudbenom vijeću (čl.

nema? Austrijsko, naprimjer.“ Mrčela, M., *Kazneno djelo Kršenja...* i „Naravno, postoje i zakonodavstva koja ne poznaju takvo kazneno djelo (primjerice švedski, latvijski, austrijski KZ). U njih vjerojatno nije uputno osjetljivu materiju neovisnosti sudbene vlasti štititi na način da se propisuje posebno kazneno djelo koje može počiniti sudac.“, Mrčela, M., *Kaznena djela...*, str. 622.

33 O sličnim argumentima koje je dao i M. Mrčela vidjeti fusnotu pod 30.

34 Mrčela, M., *Kaznena djela protiv...*, str. 622.

35 Novoselec P., Krivična i disciplinska ..., str. 237.

62.-72.)³⁶ i ZS-om. Supsidijarno i odgovarajuće pri odlučivanju o odgovornosti i kazni primjenjuju se odredbe KZ-a (čl. 63. st. 7. ZDSV-a), dok se postupak vodi odgovarajućom (shodnom) primjenom odredbi Zakonom o kaznenom postupku³⁷ (čl. 72. st. 1. ZDSV-a).

Uzimajući u obzir preporuke za stegovni (disciplinski) postupak, koje su prihvaćene na XVII. Međunarodnom kongresu za kazneno pravo u organizaciji Međunarodnog udruženja za kazneno pravo (AIDP) u Pekingu održanom od 12. do 19. rujna 2004. godine,³⁸ u ovom tekstu se analizira zakonodavni okvir i praksa

36 Zakon o državnom sudbenom vijeću, NN br. 116/10, 57/11, 130/11, 13/13, 28/13, u daljnjem tekstu: ZDSV.

37 Zakon o kaznenom postupku (NN, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Odluka i Rješenje USRH, 143/12 i 56/13, u daljnjem tekstu: ZKP). „Izraz «shodno» znači što dosljednije, što adekvatnije nekome ili nečemu s čim se dovodi u vezu ili u odnos. Otuda, zakonsko pravilo bi glasil: u disciplinskom postupku primjenjivat će se što dosljednije ili što adekvatnije načela krivičnog postupka.“, Ilijić, S., *Disciplinski procesno pravo javnih službenika u tranziciji*, Pravni život, br. 10., Beograd, 2004., str. 834.

38 Opća skupština Kongresa je prihvatila sljedeće preporuke za disciplinski postupak: 1. Disciplinske sankcije moraju biti dovoljno jasne i predvidive. Sankcije i bitna procesna pravila moraju biti pravno propisani, 2. Sankcije za disciplinske prijestupe moraju biti razborite i razmjerne težini prijestupa, te osobnim okolnostima počinitelja. Disciplinski postupak ne smije se koristiti kao “prerušeno” kazneno pravosuđe, 3. Okrivljeniku se mora osigurati nepristrana odluka na temelju preciznih i pravno propisanih jamstava. Preporučljivo je odijeliti tijela disciplinskog postupka koja imaju istražne ovlasti disciplinskog progona na jednoj strani od tijela koja imaju ovlast suditi i izricati kazne na drugoj strani, 4. Ako sankcije ne izriče tijelo koje je različito od onoga koje ima ovlast istraživanja ili progona disciplinskih prijestupa ili koje nije neovisno o organizaciji koje je disciplina prekršena, okrivljeniku se mora omogućiti pravo na žalbu neovisnom i nepristranom sudu koji mora raspolagati ovlašću da odgovori izvršenje sankcije na okrivljenikov zahtjev, 5. Tijekom disciplinskog postupka, čak i uz uvažavanje potrebe za njegovim pojednostavljenjem kojom on može biti nadahnut, okrivljenik mora uživati bitna prava pravičnog i brzog suđenja uključujući: pretpostavku nedužnosti i s njom povezano načelo *in dubio pro reo*; poštovanje prava obrane uključujući pravo okrivljenika na šutnju, te pravo da ne surađuje ni na koji način u utvrđivanju svoje odgovornosti, pravo da ispita svjedoke protiv sebe, te izvede svjedoke sebi u korist pod istim uvjetima kao što su izvedeni svjedoci protiv njega, te pravo na obrazloženu odluku, 6. Obrani se mora jamčiti pristup ispravama i podacima javne uprave ili druge organizacije koja ima disciplinske ovlasti koji su važni za utvrđivanje istine, osim ako takav pristup nije isključen zbog fundamentalnih razloga javnog interesa. U svakom slučaju, nije dopušteno izreći sankciju na temelju dokaza koji su čuvani u tajnosti od obrane, 7. U čitavom tijeku disciplinskog postupka okrivljenik mora imati pravo na učinkovitu pomoć neovisnog odvjetnika kojeg je osobno odabrao ili, alternativno, pravo da izabere pomoć neke druge osobe koja dobro poznaje organizaciju koja ima disciplinske ovlasti. Ako to zahtijevaju interesi pravde, okrivljenik mora biti ovlašten na besplatnu pomoć neovisnog odvjetnika, koji će mu biti službeno određen ako okrivljenik nema materijalnih sredstava osobno plaćati njegove usluge, 8. U načelu, rasprave u disciplinskom postupku trebaju biti javne, uz iznimku postupaka u kojim se izriču blaže sankcije i situacije u kojima je potrebno zaštititi moral, malodobnike, privatni život stranaka ili, u demokratskom društvu, ako postoje razlozi nacionalne sigurnosti. Okrivljenik mora imati pravo da zahtijeva nejavnu raspravu, osim ako to nije izrazito protivno javnom interesu, 9. Ako se kaznenopravna krivnja može nadovezati na disciplinsku, te disciplinska sankcija dodati na kaznenu, okrivljenik u kaznenom postupku ne smije biti podvrgnut udvostručenju sankcije, osim ako to nije opravdano razlikom u

stegovnih postupaka protiv sudaca, te se daju prijedlozi *de lege ferenda*.

4.2. Stegovna djela

Stegovno djelo jest narušavanje pravila kojih se sudac je dužan pridržavati, a koja u ukupnosti čine sudačku dužnost. U skladu s općeprihvaćenim načelom legaliteta, sudac može biti oglašen stegovno odgovornim ako počini djelo koje je prethodno kao takvo određeno zakonom. Stegovna djela jesu: 1) neuredno obnašanje sudačke dužnosti, 2) nepostupanje po odluci donesenoj u postupku za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku,³⁹ 3) obnašanje službe, poslova ili djelatnosti nespojivih sa sudačkom dužnošću, 4) izazivanje poremećaja u radu suda koji znatno utječu na djelovanje sudbene vlasti, 5) povreda službene tajne u svezi s obnašanjem sudačke dužnosti, 6) nanošenje štete ugledu suda ili sudačke dužnosti na drugi način, 7) nepodnošenje imovinske kartice ili neistinito prikazivanje podataka u imovinskoj kartici,⁴⁰ te 8) nepodvrgavanje prosudbi tjelesnih i duševnih svojstava radi ocjene sposobnosti za obnašanje sudačke dužnosti.⁴¹ Stegovni postupak za počinjenje stegovnog djela neurednog obnašanja sudačke dužnosti pokrenut će

dobrima i interesima koja štite disciplinske i kaznene sankcije. U potonjem slučaju, načelno se ne trebaju izricati sankcije iste vrste, 10. Disciplinska tijela ne smiju imati pristup istražnim mjerama koje imaju prisilni karakter, zadiru ili potencijalno utječu na privatnost neke osobe i koje nisu dopuštene u istragama u kaznenom postupku. U svakom slučaju, obavijesti i dokazi pribavljeni mučenjem nisu dopušteni kao temelj za izricanje disciplinskih sankcija, a niti se obavijesti i dokazi pribavljeni u disciplinskom postupku primjenom istražnih mjera koje imaju prisilni karakter, zadiru u privatnost neke osobe ili potencijalno utječu na tu privatnost i koje nisu dopuštene u istragama u kaznenom postupku, smiju koristiti u kaznenom postupku, Cvjetko, B., i dr., XVII. Međunarodni kongres za kazneno pravo (Međunarodno udruženje za kazneno pravo, AIDP), Peking, 12. do 19.09.2004. godine, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, vol. 12., br. 1, 2005., str. 246.-248.

- 39 Ako sudac ne riješi predmet u određenom roku, dužan je u roku od 15 dana od isteka određenog roka o razlozima dostaviti pisano izvješće predsjedniku suda. Predsjednik suda dostavit će bez odgode izvješće suca i svoje očitovanje predsjedniku neposredno višeg suda i Ministarstvu pravosuđa (čl. 66. st. 2. ZS-a).
- 40 Oblik i sadržaj obrasca „IMOVINSKA KARTICA SUCA“, kao i način postupanja, vođenja i pohrane imovinske kartice propisani su odredbama Pravilnika o imovinskoj kartici suca, NN, br. 104/11.
- 41 Prijašnjim zakonom su kao stegovna djela sudaca bila propisana: 1. zlouporaba položaja ili prekoračenja službene ovlasti, 2. neuredno obnašanje sudačke dužnosti, 3. nepostupanje po odluci neposredno višeg suda iz članka 27. i 28. Zakona o sudovima, 4. obnašanje službe, poslova ili djelatnosti nespojivih sa sudačkom dužnošću, 5. izazivanje poremećaja u radu suda koji znatno utječu na djelovanje sudbene vlasti, 6. povreda službene tajne u svezi s obnašanjem sudačke dužnosti, 7. nanošenje štete ugledu suda ili sudačke dužnosti na drugi način. Stegovni postupak zbog neurednog obnašanja sudačke dužnosti imao se osobito pokrenuti: 1. ako sudac bez opravdanog razloga ne izrađuje i ne otprema sudske odluke, 2. ako je sudačko vijeće ocijenilo rad suca negativnom ocjenom, 3. ako je bez opravdanog razloga broj odluka koje je sudac donio u jednogodišnjem razdoblju bitno ispod prosjeka u Republici Hrvatsko (čl. 20. st. 2. i 3. Zakona o državnom sudbenom vijeću, NN br. 58/93, 49/99, 31/00, 107/00, 129/00, 59/05, 150/05, 153/09, u daljnjem tekstu ZDSV/93).

se osobito: 1) ako sudac bez opravdanog razloga ne izrađuje i ne otprema sudske odluke; 2) ako je sudačko vijeće ocijenilo rad suca ocjenom nezadovoljavajuće obnaša dužnost; 3) ako je bez opravdanog razloga broj odluka koje je sudac donio u jednogodišnjem razdoblju bitno ispod broja odluka utvrđenih Okvirnim mjerilima za rad sudaca⁴² te 4) ako sudac u rješavanju predmeta bez opravdanog razloga bitno odstupa od redoslijeda njihovog zaprimanja u sudu, odnosno ne vodi računa o njihovoj hitnosti⁴³ (čl. 62. st. 1.-3. ZDSV-a).

Nadzor rada sudaca provodi se na dva načina: utvrđivanjem ispunjava li sudac svoje sudačke obveze od strane predsjednika suda i ocjenjivanjem obnašanja sudačke dužnosti.⁴⁴

Ponašanje suprotno temeljnim načelima Kodeksa kojim se nanosi šteta ugledu sudačke dužnosti, a koje je kao stegovno djelo bilo propisano čl. 107. st. 2. prijašnjeg Zakona o sudovima,⁴⁵ u vezi sa čl. 20. st. 2. t. 7. ZDSV-a/93, više nije posebno regulirano kao stegovno djelo. Štoviše, čl. 14. Kodeksa propisano je da sudačko vijeće samo utvrđuje povredu kodeksa, ali ne izriče kazne. Međutim, to ne znači da se može kršiti Kodeks bez stegovnih posljedica budući da propisuje načela čijim nepoštivanjem se ostvaruju obilježja stegovnih djela propisanih čl. 62. ZDSV-a. To istovremeno znači da se pred različitim tijelima za isto djelo može voditi i postupak utvrđivanja povrede Kodeksa i stegovni postupak.

Po uzoru na normativu koja regulira odgovornost državnih službenika⁴⁶ i

42 Na snazi su Okvirna mjerila za rad sudaca - *Framework standards for the workload of judges* (u daljnjem tekstu: Okvirna mjerila) od 19. prosinca 2012. godine, koje je donio ministar pravosuđa na temelju članka 72. ZS/05-a, a primjenjuju se od 1. siječnja 2013. godine (navedena mjerila dostupna su sucima čiji se rad ocjenjuje). Do tada su vrijedila Okvirna mjerila od 6. lipnja 2007. godine. Istima se propisuju mjerila za rad sudaca u općinskim, županijskim, trgovačkim, Visokom trgovačkom sudu Republike Hrvatske i Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske (iznimno, ne za predmete zaprimljene do 31. prosinca 2011.), pri čemu se polazi od zakonitog, pravilnog i pravovremenog rješavanja predmeta, a u okviru redovnog radnog vremena, tijekom jedne kalendarske godine (čl. 1.). Čl. 95. st. 3. ZS-a propisana je izričita obveza predsjednika suda, ako utvrdi da sudac bez opravdanog razloga nije donio u jednogodišnjem razdoblju broj odluka utvrđen Okvirnim mjerilima ili je neuredno obnašao sudačku dužnost, da pokrene stegovni postupak protiv takvog suca, u skladu s odredbama ZDSV-a. U suprotnom, izvrgava se riziku da bude razriješen dužnosti predsjednika suda.

43 Obveza suca da predmete koji su mu dodijeljeni u rad rješava prema redoslijedu njihova zaprimanja u sudu, vodeći računa i o predmetima koji su propisom utvrđeni kao hitni, izričito je određena čl. 93. st. 1. ZS-a. Detaljnije o primjeni navedenog članka i načinu utvrđivanja hitnosti pojedinog predmeta vidjeti, Rajko, A., Primjena odredbe čl. 93. st. 1. Zakona o sudovima, Informator, br. 6200-62014, 2013., str. 1.-3.

44 U primjeni je Metodologija izrade ocjene obnašanja sudačke dužnosti od 6. rujna 2012. (dalje: Metodologija), koju je, na temelju ovlasti iz čl. 81. ZS-a, donio DSV na sjednici održanoj 6. rujna 2012. godine, kada je i stupila na snagu, te kada je prestala važiti Metodologija izrade ocjene sudaca od 18. ožujka 2010. godine, www.dsv.hr

45 Zakon o sudovima (NN, br. 150/05, 16/07, 113/08, 153/09, 116/10, 122/10 – pročišćeni tekst, 27/11, 57/11 - Zakon o izmjenama i dopunama zakona o parničnom postupku i 130/11, u daljnjem tekstu: ZS/05).

46 Vidjeti čl. 97. do 99. Zakona o državnim službenicima (NN, br. 92/05, 140/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11 i 34/12, u daljnjem tekstu: ZDS).

skraćeni kazneni postupak,⁴⁷ mišljenje je autora, da bi kod stegovne odgovornosti sudaca valjalo zakonski odrediti i razlikovati između „teška“ i „laka“ stegovna djela koje mogu počinuti suci. Posljedično tomu, valjalo bi zakonom propisati: različite kazne za ove dvije vrste djela, različite zastarne i roкове brisanja osude te pojednostavljen postupak koji bi se vodio radi počinjenja „lakših“ stegovnih djela, a radi ubrzanja takvih postupaka i radi rasterećenja DSV-a.

U razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013. pokrenuto je 79 postupaka zbog povrede sudačke dužnosti od čega 34 zbog neurednog obnašanja sudačke dužnosti (43,0%), 6 zbog nanošenja štete ugledu suda i sudačke dužnosti (7,6%), 32 zbog nepodnošenja imovinske kartice (40,6 %), 2 zbog nepostupanja po odluci višeg suda iz čl. 27. i 28. ZS-a (2,5%), 2 zbog ponašanja suprotnog temeljnim načelima Kodeksa sudačke etike (2,5%), 1 zbog zlouporabe položaja ili prekoračenja službene ovlasti (1,3%) i 2 zbog izazivanja poremećaja u radu suda koji znatno utječu na djelovanje sudbene vlasti (2,5%).⁴⁸

4.3. Stegovne kazne

Stegovne kazne su one zakonom propisane sankcije koje nadležno tijelo, nakon provedenog stegovnog postupka, izriče sucu zbog povrede sudačke dužnosti.⁴⁹ One imaju prvenstveno cilj osiguravanja urednog i učinkovitog obavljanja sudačke dužnosti.

Za počinjena stegovna djela sucima se mogu izreći sljedeće stegovne kazne: 1. ukor,⁵⁰ 2. novčana kazna do 1/3 plaće ostvarene u prethodnom mjesecu u vremenu

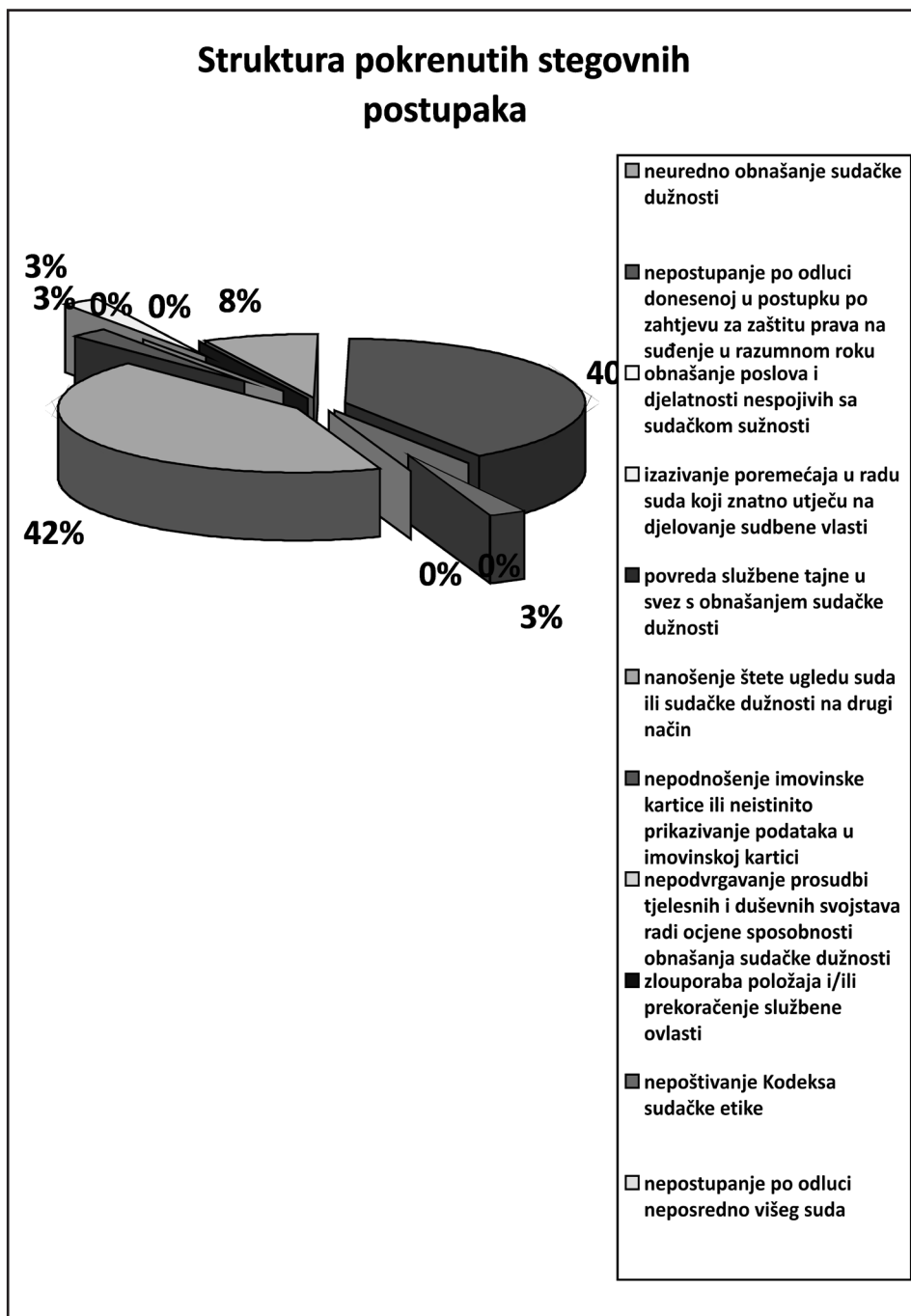
47 Vidjeti čl. 521. do 548. ZKP-a, koji reguliraju skraćene („brze“) postupke koji se vode protiv počinitelja „lakših“ kaznenih djela.

48 Svi statistički podaci u ovom radu autorima je predao DSV. Razdoblje od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013. odabrano je jer je 1. ožujka sadašnji sastav DSV-a stupio na dužnost, a 17. lipnja su podaci, koji su i obrađeni do tog datuma, ustupljeni autorima.

49 “Disciplinske mjere koje se mogu izreći zbog povrede radne dužnosti i obaveza propisuju se u cilju zaštite radnika i njegove pravne sigurnosti samo zakonom.” Popović T., *Radno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd 1980., str. 179. “.. disciplinska mjera mogla bi se označiti kao određena sankcija protiv određenog počinitelja disciplinskog djela, koja se sastoji u određenom moralnom djelovanju ili ograničavanju ili oduzimanju prava i položaja ili svojstva radnika, a za čije je izricanje nadležno određeno disciplinsko tijelo.” Dedić i dr., *Radno pravo*, Sarajevo, Pravni fakultet, 2005., str. 326. Benković disciplinske kazne dijeli na: moralne (koje pogađaju samo ugled zaposlenika), profesionalne (koje pogađaju položaj zaposlenika u radnom odnosu) i novčane (koje pogađaju imovinu, odnosno prihode zaposlenika). Benković, B., *Disciplinska odgovornost državnih službenika u pravu Republike hrvatske i pravu Bosne i Hercegovine* (magistarski rad), Osijek, 2010., str. 77.

50 “Opomena ostaje po pravilu prva i najblaža mjera koja stoji na raspolaganju poslodavcu da utječe blagovremeno na korekciju ponašanja zaposlenog na radu, da mu ukaže u kom pravcu treba iskazati svoje radne sposobnosti i promijeniti svoje ponašanje, kako bi osigurao veći stupanj sigurnosti zaposlenja.”, Lubarda, B., *Disciplinska odgovornost i harmonizacija prava*, Beograd, *Pravo i privreda*, br. 5.-8., Udruženje pravika u privredi Srbije i Crne Gore, 2001., str. 327.-328. O moralnoj odgovornosti i moralnim sankcijama vidi i: Bolanča, *Disciplinska odgovornost pomoraca*, Split, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, god. 29/1-2, 1992., str. 233. – 234.

Grafikon 1.: struktura pokrenutih stegovnih postupaka s obzirom na vrste stegovnih djela u razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013. godine.



jednog do tri mjeseca,⁵¹ 3. novčana kazna do 1/3 plaće ostvarene u prethodnom mjesecu u vremenu od četiri do šest mjeseci, 4. novčana kazna od 1/3 plaće ostvarene u prethodnom mjesecu u vremenu od sedam do dvanaest mjeseci,⁵² te 5. razrješenje od dužnosti⁵³ (čl. 63. ZDSV-a).

Stajalište je autora da bi bilo neophodno visinu novčane kazne vezivati uz osnovnu (punu) plaću što se redovito isplaćuje sucu, s obzirom na okolnost da ona može varirati zbog bolovanja ili prekovremenih sati.

Najteža stegovna kazna je ona razrješenja od dužnosti obzirom na to da pogađa suca tako što mu se oduzimaju sva prava iz radnog odnosa. Zapravo, radi se o apsolutnoj kazni, "jer tu nema elasticiteta – kakvog pooštavanja, odnosno

51 Iz prakse DSV-a: Ž. R., sudac Općinskog suda u Šibeniku, odgovoran je što je kao sudac u predmetu posl.br. P-1255/06 u kojem je, povodom podnositeljice Tanje Milak iz Šibenika za suđenjem u razumnom roku, Županijski sud u Šibeniku rješenjem posl. br. Gzp-66/09 od 16. studenog 2009., a koje rješenje je dostavljeno ovom sudu 18. studenog 2009., odredio rok od 1 godine za donošenjem odluke računajući od dana dostave tog rješenja, odnosno 18. studenog 2009., nije postupio po navedenom rješenju, a koji rok je istekao 18. studenog 2010., dakle - nije postupio po odluci neposredno višeg suda iz članka 27. i 28. Zakona o sudovima čime je počinio stegovno djelo iz članka 62. stavak 1. točka 3. Zakona o državnom sudbenom vijeću pa mu se temeljem članka 63. stavak 1. točka 2. Zakona o državnom sudbenom vijeću izriče **novčana kazna 1/3 plaće ostvarene u prethodnom mjesecu u vremenu 3 mjeseca**. Odluka sa 36. sjednice DSV-a od 16. veljače 2012., www.pravosudje.dsv.hr

52 Novčana kazna je samostalna, ali i "imovinska disciplinska kazna, koja se sastoji u obavezi plaćanja od strane disciplinski odgovornog radnika određenog novčanog iznosa.", Bogičević Č., *Uticaj sankcija na radne odnose i status radnika*, Poslovna politika, Beograd, 1991., str. 115.

53 Iz prakse DSV-a: R. K., sudac Općinskog suda u Krapini, odgovoran je što je 23. siječnja 2010., u 20,03 u gradu Krapini, upravljajući osobnim automobilom registarskih oznaka KR 3003 RK ulicom Hrvatskih branitelja u smjeru Ulice F. Galovića, pa kada su djelatnici policije Krešimir Kozina i Slaven Strahinec koji su se kretali policijskim automobilom iza njega, primijetili da automobil kojim je upravljao krivuda po cesti i kada se automobil zaustavio kod ugostiteljskog objekta „Yeti“ u Krapini, djelatnici policije su pristupili provjeri alkoholiziranosti suca R. K., na što je isti pristao, pa je alkoktestom marke „Dräger“ 7410, serijski broj: ARJ0365, utvrđena prisutnost alkohola u njegovom organizmu u koncentraciji 2,18 g/kg, a kasnije je analizom krvi u Centru za forenzička ispitivanja, istraživanja i vještačenja „Ivan Vičetić“ u Zagrebu, utvrđena koncentracija apsolutnog alkohola u krvi 2,39 g/kg, pa nakon što je sudac R. K. zatražio vađenje krvi i urina, odbijao je naredbu policije da u takvom stanju dalje ne upravlja automobilom, te je pružao pasivan otpor na način da se rukama zgrabio za krovni nosač policijskog automobila, vrijeđajući pri tom djelatnike policije te su bili prisiljeni primijeniti sredstva prisile, fizička snaga – ključ na laktu, nakon čega je sudac R. K. oko 21,50 sati smještan u posebne prostorije policijske postaje u Krapini do prestanka djelovanja opojnog sredstva, dakle, navedenim ponašanjem nanio štetu ugleda suda i sudačke dužnosti, a koje ponašanje je suprotno i temeljnim načelima Kodeksa sudačke etike, čime je počinio stegovno djelo iz članka 20. stavak 2. točka 6. Zakona o Državnom sudbenom vijeću (NN, br. 58/93; 49/99; 31/00; 107/00; 129/00; 59/05; 150/05. i 153/09.) i članka 107. stavak 2. Zakona o sudovima (NN, br. 150/05; 16/07. i 113/08.), pa mu se na temelju članka 21. stavak 1. točka 3. Zakona o Državnom sudbenom vijeću izriče **stegovna kazna razrješenje od dužnosti**. Odluka sa 36. sjednice DSV-a od 8. ožujka 2012., www.pravosudje.dsv.hr.

ublažavanja kazne”.⁵⁴

Iznimno, DSV može primijeniti uvjetnu osudu razrješenja od dužnosti ako ocijeni da se i bez izvršenja te stegovne kazne može očekivati svrha kažnjavanja, odnosno da će sudac u daljnjem obnašanju dužnosti prestati s ponašanjem zbog kojeg mu je izrečena ta kazna (čl. 63. st. 3. ZDSV-a). U biti, odlaganjem izvršenja stegovne kazne ne dovodi se u pitanje zakonitost izrečene mjere, već se prvenstveno iskušava spremnost suca da ubuduće ne čini stegovna djela.⁵⁵

Ako stegovno kažnjeni sudac za vrijeme kušnje (provjeravanja) počini stegovno djelo, dolazi po sili zakona do opoziva uvjetne osude⁵⁶ (čl. 63. st. 4. ZDSV-a). Dakle, za opoziv uvjetne osude dostatno je da je sudac počinio bilo koje stegovno djelo, neovisno o težini povrede, nastalim posljedicama, stupnju odgovornosti i okolnostima pod kojima je novo stegovno djelo počinjeno. Pravno je relevantno samo je li sudac počinio stegovno djelo tijekom kušnje, pri čemu je irelevantno djelo koje je sudac počinio izvan tog razdoblja.

Stav je autora da je neophodno *de lege ferenda* izmijeniti i dopuniti postojeće rješenje, tako da se precizno odredi da će Vijeće opozvati uvjetnu osudu samo

54 Nikolić, G., *Disciplinska odgovornost državnih službenika* (magistarski rad), Beograd, 2008., str. 185.

55 „Uvjetna osuda nije lišena utjecaja generalne prevencije, jer potencijalni počinitelji kaznenih djela ne mogu nikada računati na izvjesnost primjene uvjetne osude, budući da nema kaznenog zakonodavstva u kojem je primjena te mjere obvezatna. Uvjetna osuda nije običan prijekor zbog počinjenog djela jer je to sankcija koja stavlja počinitelja u položaj da se kazna, koja ne mora biti blaga, i primijeni. Primjena uvjetne osude treba se, ponajprije cijeliti s gledišta specijalne prevencije, jer se njome djeluje na počinitelja kaznenog djela, prijetnjom da se kazna može izreći, ako počinitelj nastavi činiti kaznena djela.”, Mršić G., *Uvjetna osuda kao mjera upozorenja*, Zagreb, Informator, br. 5529, 2007., str. 14. Iz prakse DSV-a: *Ž. P., sudac Općinskog suda u Š., odgovoran je što je kao sudac u predmetu posl. br. P-1546/06 u kojem je, povodom zahtjeva Mirjane Perić za suđenjem u razumnom roku, Županijski sud u Šibeniku rješenjem posl. br. Gzp-1/10 od 8. veljače 2010. odredio rok od 6 mjeseci za donošenjem odluke računajući od dana dostave tog rješenja, odnosno 19. veljače 2010., nije postupio po navedenom rješenju, odnosno nije poduzeo potrebne radnje da bi donio odluku u navedenom roku, a koji rok je istekao 19. kolovoza 2010., dakle - nije postupio po odluci neposredno višeg suda iz članka 27. i 28. Zakona o sudovima čime je počinio stegovno djelo iz članka 62. stavak 2. točka 3. Zakona o državnom sudbenom vijeću pa mu se temeljem članka 63. stavak 1. točka 5. Zakona o državnom sudbenom vijeću izriče razrješenje od dužnosti, a na temelju članka 63. stavak 2. i 3. Zakona o državnom sudbenom vijeću primjenjuje se uvjetna osuda te se određuje da se izvršenje stegovne kazne razrješenja od dužnosti odgađa na vrijeme 2 godine pod uvjetom da u tom vremenu provjeravanja ne počini jedno ili više stegovnih djela.*, Odluka sa 36. sjednice DSV-a od 16.02.2012., www.pravosudje.dsv.hr

56 O opozivu odluke o odgađanju izvršenja kazne, vidi: Bolanča, op.cit., 1992., str. 239. “Odlaganje izvršenja mjere odložiti će se onda kada se, po ocjeni nadležnog disciplinskog organa, osnovano može pretpostaviti da će svrha kažnjavanja biti ostvarena samim izricanjem mjere, i bez njenog izvršenja. (...) ako radnik kome je odloženo izvršenje mjere u tom vremenu izvrši ponovno težu povredu radnih obaveza (što se mora utvrditi u posebnom disciplinskom postupku), onda je nastupio uvjet da se izvrši ranije izrečena mjera čije je izvršenje bilo odloženo.” Frimerman, A., *Radno pravo*, Beograd, Jugoslavenski zavod za produktivnost rada, 1986., str. 205. i 206.

ako sudac u vrijeme kušnje počini „teško“ stegovno djelo,⁵⁷ a sve radi ostvarenja svrhe kažnjavanja, te postizanja jednakog i ravnopravnog položaja sudaca u okviru stegovnih postupaka. Naime, nema opravdanog pravnog, a ni pragmatičnog razloga da s jednako sankcionira i opozove uvjetna osuda sucu koji, primjerice, nije na vrijeme dostavio imovinsku karticu (stegovno djelo iz 62. st. 2. toč. 7. ZDSV-a), te onom sucu koji je krajnje nemarno obnašao dužnost ili uzeo mito, te tako na grub način naštetio ugledu sudbene vlasti i sudačkoj dužnosti. U svakom slučaju, pri odlučivanju o odgovornosti i kazni za stegovno djelo, DSV je obvezan izreći onu kaznu kojom se najučinkovitije može postići svrha kažnjavanja (specijalna i generalna prevencija), a osobito uzimajući u obzir: težinu povrede i nastale posljedice, stupanj odgovornosti, okolnosti pod kojima je stegovno djelo učinjeno, raniji rad i ponašanje suca i druge okolnosti koje utječu na izricanje kazne (čl. 63. st. 4. ZDSV-a).

Međutim, da bi se opravdano moglo očekivati stalno ostvarenje svrhe kažnjavanje, postiglo ujednačavanje prakse Vijeća u stegovnim postupcima, posebno vezano uz odgovornost i vrstu kazne u stegovnim postupcima, osigurala učinkovita i potpuna zaštita sudaca, te omogućio jednak i ravnopravan položaj sudaca u stegovnim postupcima, po mišljenju autora, nužno je *de lege ferenda* stegovne kazne individualizirati, tako da se ZDSV-om, analogno normativi KZ-a, propiše za svako stegovno djelo posebno koja se stegovna kazna može izreći sucu, ali i određivanjem odgovarajućeg te modificiranog minimuma i maksimuma pojedine kazne. Suprotno ovom, ostavlja se prostor arbitrarnosti te postupanju bez unaprijed jasnih kriterija pri određivanju stegovnih kazni sucima.⁵⁸

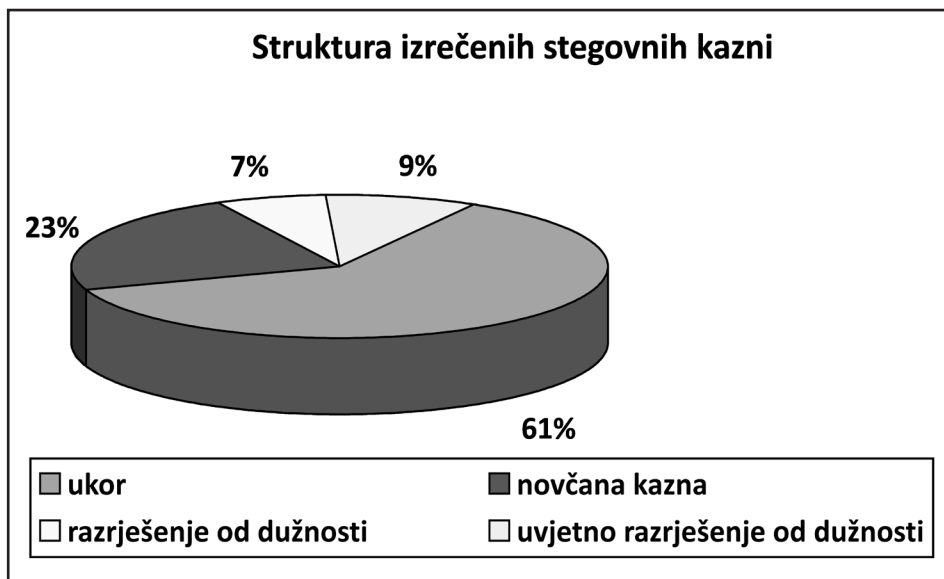
Postojeće zakonodavno rješenje sadrži dovoljan broj kazni i odgovarajući raspon novčane kazne, kojima se može adekvatno sankcionirati sva stegovna djela.⁵⁹

Prema podacima DSV-a u razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013. sucima su izrečene 44 kazne, od čega 27 ukora (61,4%), 10 novčanih kazni (22,7%), 3 razrješenja od dužnosti (6,8%) i 4 uvjetna razrješenja od dužnosti (9,1%).

57 Vidi odredbe čl. 58. KZ-a kojima je propisan obligatorni i fakultativni opoziv uvjetne osude.

58 "... ne postoji korespondencija između ljestvice kazni i ljestvice povreda. U kaznenom pravu, zakonom se definiraju i kaznena djela, ali se definira i njihova korelacija; zakon predviđa da je za određeno kazneno djelo propisana kazna zatvora, a da će se prekršaj kazniti novčanom kaznom. Ovdje to nije slučaj: može se izreći običan ukor službeniku koji je ukrao mnogo državnog novca, a otpustiti službenik koji je jednom zakasnio na posao. Rizici arbitrarnosti i nepravde koje nosi ovaj sustav dugo su bili još teži jer je administrativni sud odbijao kontrolirati težinu kazne.", Braibant, G., *Administrativno pravo Francuske*, JP Službeni list SRJ Beograd i CID Podgorica, 2002. (prijevod knjige "Le Droit Administratif Francais, Press de la fondation nationale des sciences politiques & Dalloz, 1992.), str. 327., 328.

59 "...razmjernost znači da dosuđena kazna mora biti razmjerna težini prijestupa, uzimajući u obzir okolnosti. Kako bi se osigurala ravnopravnost i jednak tretman svih slučajeva, može biti korisno uspostaviti dovoljno velik raspon mogućih sankcija za kažnjavanje prekršaja.", Cardona, F., *Liabilities and Discipline of Civil Servants* (Obveze i stega državnih službenika), SIGMA, www.oecd.org/dataoecd/22/0/43812763.pdf, 2003., str. 6.

Grafikon 2.: struktura izrečenih stegovnih kazni sucima u razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013. godine

4.4. Stranke u stegovnom postupku

4.4.1. Ovlašteni tužitelji

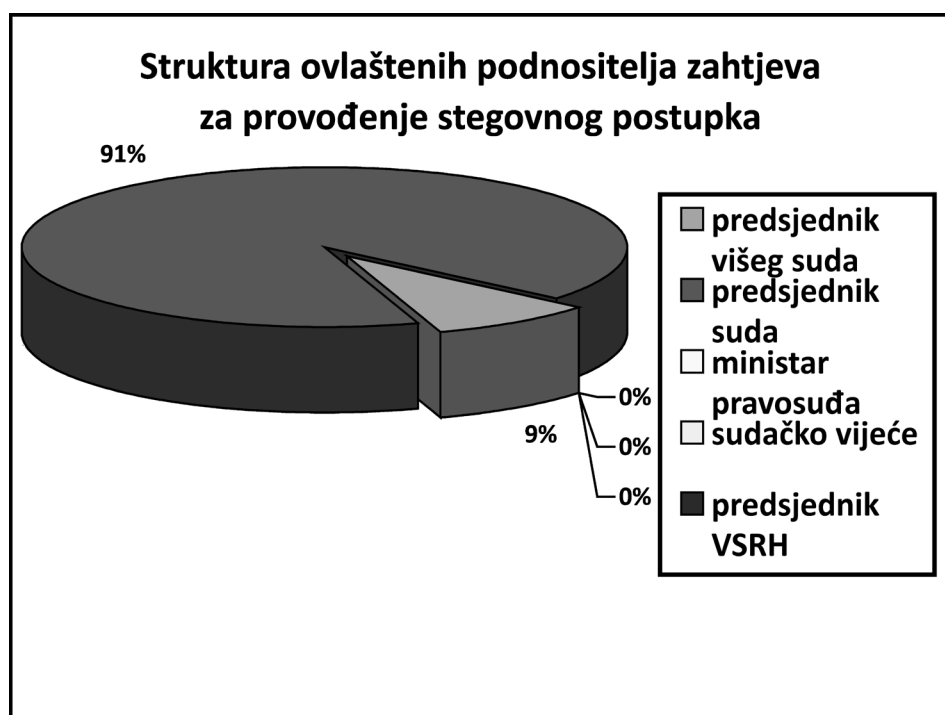
Ako postoji osnovana sumnja da je sudac počinio stegovno djelo, predsjednik suda ili osoba ovlaštena za obavljanje poslova sudske uprave u sudu u kojem obnaša sudačku dužnost obvezna je protiv tog suca pokrenuti stegovni postupak (čl. 67. st. 1. ZDSV-a).⁶⁰ Predsjednik suda će biti razriješen dužnosti ako ne podnese zahtjev za pokretanje postupka zbog počinjenog stegovnog djela u zakonom predviđenim slučajevima, odnosno zlorabljiva svoj položaj ovlaštenog podnositelja pokretanja stegovnog postupka (čl. 85. st. 3. t. 6. ZS-a). Stegovni postupak mogu pokrenuti i ministar pravosuđa, predsjednik neposredno višeg suda, predsjednik Vrhovnog suda i sudačko vijeće (čl. 67. st. 2. ZDSV-a).

Ako ovlašteni tužitelj, čim sazna za stegovno djelo i počinitelja, ne podnese zahtjev za pokretanje stegovnog postupka, također, ulazi u zonu stegovne i kaznene odgovornosti jer time pogoduje osobi protiv koje bi trebalo voditi postupak. Dakle, ovlast na podnošenje stegovne prijave u sebi istodobno sadrži i pravo i dužnost pokretanja stegovnog postupka.

⁶⁰ Primjerice, u Zakonu o državnim službenicima Grčke, Code of Civil Servants, Zakon broj 2683/1999, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/untc/umpan001819.pdf>, u čl. 107. st. 1. toč. u. propisano je da je disciplinska povreda i „propuštanje da se progoni i kazni disciplinska povreda.“

U razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013. godine, ovlast pokretanja stegovnog postupka koristili su najčešće predsjednici sudova u kojima su suci obnašali sudačku dužnost, rijetko predsjednici neposredno viših sudova, a niti jedan stegovni postupak nisu pokrenuli ministar pravosuđa, nadležno sudačko vijeće ili predsjednik Vrhovnog suda. Podneseno je ukupno 79 zahtjeva, od čega je podnositelj u 72 slučaja (91,1%) bio predsjednik suda u kojem prijavljeni sudac obnaša dužnost, a u 7 slučajeva (8,9%) predsjednik neposredno višeg suda.

Grafikon 3.: struktura ovlaštenih podnositelja zahtjeva za provođenje stegovnog postupka protiv sudaca u razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013.



Promatrajući izložene statističke podatke, a uzimajući u obzir okolnost da DSV nije ovlašten samostalno pokretati i voditi stegovne postupke protiv sudaca, već isključivo po zahtjevu ovlaštenih tužitelja, opravdano se postavlja pitanje je li važeći aparat progona u dostatnoj mjeri učinkovit i odgovara li potrebi uspostavljanja i održanja neovisnog i samostalnog te učinkovitog pravosuđa, koje ugrožavaju oni suci koji neuredno obnašaju svoju dužnost, štete ugledu sudačke dužnosti i sudbenoj vlasti u cjelini, čime čine stegovna djela. Stav je autora da je neophodno, radi postizanja jednakog i ravnopravnog tretmana prema svim sucima, odredbama ZDSV-a, odrediti posebno, samostalno i neovisno, pravosudno tijelo, po uzoru na Državno sudbeno vijeće, koje bi bilo nadležno provoditi inspeksijski nadzor nad radom sudaca, a zatim, na temelju utvrđenog u nadzoru, pokretati

stegovne postupke, te zastupati optužbu u okviru takvog postupka. Naime, važeći sustav ovlaštenih tužitelja otvara prostor arbitrarnosti svakog pojedinog tužitelja pri procjeni postoji li osnovana sumnja da je sudac počinitelj stegovnog djela, odnosno hoće li pokrenuti stegovni postupak protiv pojedinog suca, što potencijalno može dovesti do nejednakog pristupa danoj ulozi, ali i obvezi.

4.4.2. Okrivljenik

Stegovno djelo može počiniti samo sudac, a stegovni postupak može se pokrenuti i voditi samo protiv suca koji obnaša sudačku dužnost. S obzirom na njihovu bit koja se sastoji u kažnjivosti, stegovna djela se „imaju uvijek smatrati dijelovima kaznenog prava u najširem smislu“,⁶¹ pa se za potrebe ovog rada sudac protiv kojeg se vodi stegovni postupak, po uzoru na nazivlje ZKP-a (čl. 202. st. 2. t. 2. i 12. ZKP-a), naziva okrivljenik. Status okrivljenika u stegovnom postupku sudac dobiva u trenutku podnošenja zahtjeva za provođenje takvog postupka od ovlaštenog tužitelja (čl. 67. st. 3. ZDSV-a).

Po uzoru na njemački Savezni disciplinski zakon⁶² (čl. 5. st. 2.), po mišljenju autora, trebalo bi razmisliti i o tomu da se odredbama ZDSV-a omogući pokretanje i vođenje stegovnih postupaka, odnosno izricanje novčane kazne i kazne oduzimanja mirovine protiv osoba, prijašnjih sudaca, kojima je zbog nekog razloga prestala sudačka dužnost,⁶³ a radi osobito teških stegovnih djela, koja su počinjena u vrijeme obnašanja sudačke dužnosti i kojima je grubo nanesena šteta ugledu sudbene vlasti i sudačke dužnosti, te uzrokovana znatna materijalna šteta državi. Naime, nema opravdanog razloga da se osobu koja je u obnašanju sudačke dužnosti počinila osobito teško stegovno djelo ekskulpira, odnosno abolira od stegovne odgovornosti samo zbog toga što joj je prestala sudačka dužnost (primjerice zbog toga što je umirovljen ili je sam zatražio razrješenje). Štoviše, to nije pravedno prema osobama koje i dalje obnašaju sudačku dužnost, a koje se postojećom regulacijom dovode u nejednak i neravnopravan položaj po pitanju odgovornosti, pa će sada sudac otkriven da je počinio koruptivno stegovno djelo biti razriješen dužnosti, dok će sudac, čije je djelo otkriveno nakon njegovog umirovljenja ili ga ovlaštenu tužitelj nije stegovno prijavio dok je radio u sudu, uživati (sudačku) mirovinu koju ne bi bio dobio da je procesuiran kada je djelo počinio. Posljedično propisivanju stegovne odgovornosti za osobe koje više nisu suci, trebalo bi odrediti da u nadležnost DSV-a spada i vođenje stegovnih postupaka protiv bivših sudaca.

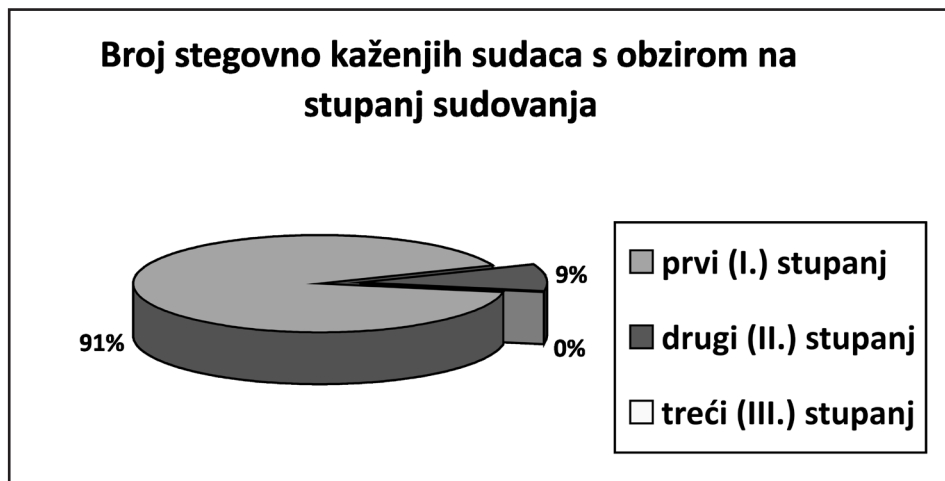
U provedenom istraživanju utvrđeno je da je u razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013. godine daleko veći broj sudaca prvostupanjskih sudova stegovno kažnjeno u odnosu na suce viših sudova. Tako je kažnjeno 40 sudaca sudova prvog stupnja (90,9%) i 4 suca drugostupanjskih (županijskih) sudova (9,1%).

61 Horvatić, Ž., *Kazneno pravo*, Opći dio, Zagreb, Ministarstvo unutarnjih poslova, 2001., str. 8.

62 Bundesdisziplinalgengesetz, Bundesgesetzblatt IS 1510/2001, 2554/2011, 3154/2013, 3386/2013, www.juris.de

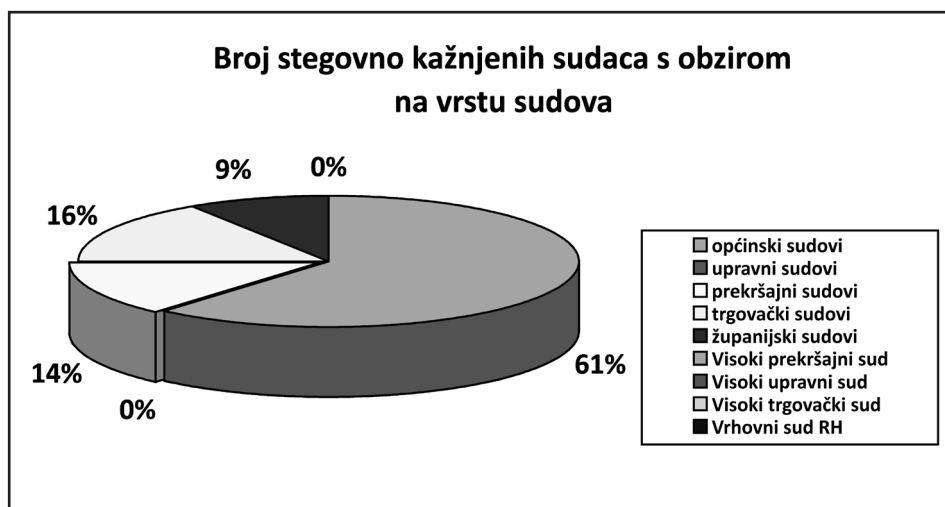
63 Razlozi prestanka sudačke dužnosti regulirani su čl. 76. i 77. ZDSV-a.

Grafikon 4.: broj stegovno kažnjenih sudaca s obzirom na stupanj sudovanja u razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013.



Ako pogledamo strukturu stegovno kažnjenih sudaca s obzirom na vrstu sudova, možemo zaključiti da su stegovni postupci u razdoblju od 1. ožujka 2011. godine do 17. lipnja 2013. godine mahom pokretani protiv sudaca sudova prvog stupnja. Ukupno su kažnjena 44 suca, od čega najviše sudaca općinskih sudova (27 sudaca ili 61,4%), a zatim slijede suci: trgovačkih (7 sudaca ili 15,9%), prekršajnih (6 sudaca ili 13,6%) i županijskih sudova (4 suca ili 9,1%). Zanimljiv je podatak da u promatranom razdoblju protiv niti jednog suca upravnog, Visokog prekršajnog, Visokog upravnog ili Vrhovnog suda nije pokrenut stegovni postupak.

Grafikon 5.: broj stegovno kažnjenih sudaca s obzirom na vrstu sudova u razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013.



Prikazani statistički podaci idu u prilog stajalištu da bi bilo neophodno formirati posebno pravosužno tijelo koje bi bilo nadležno za pokretanje stegovnih postupaka protiv sudaca.

4.5. Stegovni postupak

4.5.1. Pojam i pravna regulativa

Stegovni postupak je ukupnost pravila kojima se uređuje pokretanje i vođenje postupka utvrđivanja odgovornosti i izricanja kazne sucu radi povrede sudačke dužnosti.⁶⁴ Precizna regulacija stegovnog postupka osigurava strankama jasan položaj u postupku odnosno stranke tada znaju koje se točno odredbe i na koji način primjenjuju što onemogućava bilo kakvu arbitrarnost.⁶⁵

Stegovni postupak protiv sudaca reguliran je odredbama ZDSV-a, a supsidijarno i odgovarajućom primjenom odredbi ZKP-a (čl. 72. ZDSV-a). Međutim, zbog odgovarajuće primjene odredbi ZKP-a učestalo se javljaju dvojbe vezano uz uporabu ili način primjene pojedinih instituta ZKP-a u okviru stegovnog postupka, što može dovesti do pravne nesigurnosti, zlouporabe procesnih ovlasti, potkopavanja učinkovite zaštite sudaca i nepotrebnog opterećenja rada članova DSV-a. Zbog navedenog, ocjena je autora da je nužno, po uzoru na domaće zakonodavstvo kojim je uređeno pitanje stegovne odgovornosti državnih službenika⁶⁶ i Savezni disciplinski zakon SR Njemačke, kojim je uređen stegovni postupak protiv državnih službenika, u narednom razdoblju upotrijebiti normativu ZDSV-a ili donijeti poseban zakon kojim bi se cjelovito i jasno regulirao stegovni postupak protiv sudaca.

4.5.2. Inicijativa za pokretanje postupka

Svaka fizička ili pravna osoba može inicirati pokretanje stegovnog postupka, bilo u formi zahtjeva, požurnice ili predstavke na rad pojedinog suca.⁶⁷

Međutim, zakon ne sadrži izričitu odredbu u kojem roku i u kojoj formi bi ovlašteni tužitelj trebao odlučiti o primljenoj inicijativi niti predviđa mogućnost da

64 Pravna enciklopedija, svezak I, Beograd, 1985., str. 258. definira disciplinski postupak kao "skup pravila kojima se reguliraju radnje koje poduzimaju disciplinski organi u vezi sa disciplinskim krivicama radnika."

65 "Disciplinski postupak nema samo funkciju zaštite interesa poslodavca, nego i navodnom počinitelju disciplinskog prijestupa osigurava pravnu zaštitu od moguće samovolje i pristranosti poslodavca.", Krašovec, D., Pogodba o zaposlitvi in odgovornost za delovne obveznosti, www.mju.gov.si/fileadmin/mju.gov.si/pageuploads/mju_dokumenti/UA/ucna_gradiva/2.podrocje/Pogoda_o_zaposlitvi_in_odgovornost_za_delovne_obveznosti.pdf, str. 27.

66 Vidjeti čl. 96. do čl. 115 ZDS-a.

67 Podnošenje predstavki na rad i ponašanje sudaca regulirano je čl. 4. st. 3. ZS-a. O inicijativi za pokretanje disciplinskog postupka vidjeti: Momčinović Z. i dr., Propisi o radnim odnosima, Zagreb, Priručnici Informatora, 1991., str. 113. i 114.

inicijator, ako se ne pokrene stegovni postupak, nastupi kao supsidijarni tužitelj.⁶⁸ Ako bi navedeno bilo precizirano na zakonskoj razini, po ocjeni autora, značajno bi se onemogućilo da ovlašteni tužitelji protuzakonito štite (po svojoj arbitrarnoj i slobodnoj ocjeni) određene počinitelje stegovnih djela.⁶⁹

Uz sustav unutarnjeg nadzora sudaca kojeg obavljaju predsjednik suda u kojem sudac obnaša sudačku dužnosti, predsjednik neposredno višeg suda u okviru obveznog jednogodišnjeg pregleda nad urednim obavljanjem poslova sudaca i sudova na području svoje nadležnosti (čl. 27. i 28. ZS-a), te posredno i pravosudna inspekcija Ministarstva pravosuđa, (čl. 80.-84. ZS-a), važno je svakoj zainteresiranoj osobi omogućiti da se obrati institucijama, u kojima suci rade, s prijavom o njihovom nezakonitom radu ili ponašanju, čime se od tih osoba dobivaju važne informacije koje mogu otkriti stegovno djelo i suca počinitelja

4.5.3. Prethodni postupak

U okviru prethodnog postupka ovlašteni tužitelj poduzima sve potrebne radnje radi prikupljanja dokazne građe, a s krajnjim ciljem utvrđenja postoji li u konkretnom slučaju postoji osnovana sumnja da bi određeni sudac počinio određeno stegovno djelo ili više njih.⁷⁰

S druge strane, sa stajališta suca, svrha je prethodnog postupka dati obranu, iznoseći činjenice i predlažući dokaze za koje smatra da su ključne za odlučivanje o pokretanju postupka, odnosno koje mogu ukazati da nema osnove za pokretanje stegovnog postupka.

Propust zakonodavca da regulira započinjanje, tijek i završetak prethodnog postupka predstavlja pravnu prazninu koja može dovesti do uskrate potpune i učinkovite zaštite prava i pravnih interesa okrivljenika u stadiju koji prethodi zahtjevu za stegovni postupak. Nadalje, može doći do nepotrebnog pokretanja stegovnog postupka (jer se primjerice već u prethodnom postupku moglo utvrditi da nije došlo do počinjenja stegovnog djela ili da okrivljeni nije počinitelj djela koje mu se stavlja na teret, već netko drugi), nepotrebno se opterećuje DSV neutemeljenim ili stegovnim prijavama s nepotpunom dokaznom građom, a može dovesti i do samovolje i arbitrarnosti ovlaštenog tužitelja, koji u ovom stadiju postupa bez unaprijed jasnih pravila postupanja.

68 Za oštećenika kao supsidijarnog tužitelja vidi odredbe čl. 55. do 59. ZKP-a.

69 Zanimljivo rješenje za javne službenike sadrži Pravilnik o stegovnoj odgovornosti nastavnika, suradnika i studenata Medicinskog fakulteta u Zagrebu od 27.03.2007., s izmjenama i dopunama od 6.3.2008., www.mef.hr (11.9.2013.), koji u čl. 23. st. 1. i 2. određuje da se stegovni postupak pokreće podnošenjem prijedloga za pokretanje postupka na temelju spoznaja o činjenicama kršenja radnih obveza, a prijedlog može podnijeti Dekanski kolegij, dekan, prodekan, pročelnik katedre i svaki nastavnik Fakulteta, student, te osoba koja ima opravdani pravni interes.

70 Poblje o ulozi istražitelja u prethodnom postupku: Živković S., *Disciplinska i materijalna odgovornost u privredi i upravi*, Zagreb, Informator, 1962., str. 11.

4.5.4. Stadij pokretanja stegovnog postupka

Na temelju činjenične i dokazne građe prikupljene u prethodnom postupku, ovlašteni tužitelj zahtjevom pokreće stegovni postupak, kojeg podnosi pisano DSV-u. Zahtjev mora sadržavati osobne podatke o sucu čija se stegovna odgovornost traži, činjenični i pravni opis stegovnog djela, prijedlog za izricanje određene stegovne kazne te obrazloženje iz kojeg proizlazi osnovanost sumnje. Ovlašteni tužitelj zahtjev može dopuniti ili izmijeniti (čl. 67. st. 1., 68. st. 1. i 69. st. 1. ZDSV).

Po primitku zahtjeva DSV može odrediti istražno povjerenstvo iz redova sudaca redovnih ili specijaliziranih sudova radi utvrđivanja činjenica potrebnih za donošenja odluke za pokretanje stegovnog postupka (67. st. 4. ZDSV-a). Formulacija o utvrđivanju činjenica potrebnih za donošenje odluke za pokretanje stegovnog postupka je neprecizna i u suprotnosti s kogentnom normom, prema kojoj postupak pokreće ovlašteni tužitelj podnošenjem zahtjeva, pa bi u čl. 67. st. 4. ZDSV-a trebalo (moglo) pisati da istražno povjerenstvo utvrđuje činjenice bitne za odlučivanje o stegovnoj odgovornosti okrivljenika, no to je već riješeno odredbama o utvrđivanju činjenica u postupku (čl. 65. st. 5. i 68. st. 2. ZDSV-a). Zakonsko rješenje da sastav istražnog povjerenstva, među ostalim, čine i suci koji nisu članovi DSV-a, po mišljenju autora, možda doprinosi transparentnosti, demokratičnosti i javnosti rada Vijeća, ali je u koliziji s ustavnim određenjima te intencijom ustavotvorca, koji je ulogu odlučivanja o stegovnoj odgovornosti i razrješenju sudaca, pa shodno tome i provedbu takvog postupka u cjelini, povjerio isključivo DSV-u, kao neovisnom i samostalnom sudbenom tijelu. S tim u vezi, odgovornost za pravilnu i zakonitu provedbu stegovnih postupaka pada primarno i isključivo na članove DSV-a, kojima je povjerena takva uloga, a ne na „vanjske“ suce.⁷¹ Dakle, prikupljanje dokaza i odlučivanje o odgovornosti isključivo bi trebalo biti u nadležnosti DSV-a.

4.5.5. Stadij glavne rasprave

U pravilu, cjelokupan stegovni postupak provodi DSV-a.⁷² Međutim, DSV može za pojedine stegovne postupke imenovati posebno stegovno vijeće koje će provesti postupak, utvrditi činjenice i obrazložiti utvrđene činjenice pred Vijećem. Dva člana stegovnog vijeća moraju biti suci, a predsjednik Stegovnog vijeća mora biti najmanje sudac istog stupnja kao i sudac protiv kojeg se vodi stegovni postupak. Odluku o stegovnoj odgovornosti donosi Vijeće većinom glasova svih članova Vijeća (čl. 66. st. 1.-3. ZDSV-a i čl. 12. st. 1. Poslovnika DSV⁷³).

Vijeće može za pojedine stegovne postupke imenovati istražno povjerenstvo iz redova sudaca redovnih ili specijaliziranih sudova, koje će utvrditi činjenice

⁷¹ Vidjeti čl. 124. st. 1. i 2. Ustava.

⁷² Čl. 66. st. 1. ZDSV-a propisano je da stegovni postupak vodi Vijeće.

⁷³ Poslovnik Državnog sudbenog vijeća, NN br. 73/11.

i obrazložiti ih tijekom postupka pred Vijećem. Ako je vijeće imenovalo takvo istražno povjerenstvo, ono će pisano izvijestiti Vijeće o činjenicama i provedenim izvidima na kojima se temelji osnovana sumnja da je sudac ili predsjednik suda počinio stegovno djelo, a po potrebi i usmeno obrazložiti na raspravi (čl. 66.st. 5. i 68. st. 2. ZDSV-a). Ovakva formulacija nije potrebna niti je usklađena s voljom ustavotvorca, a razlozi zbog čega nije prihvatljivo angažiranje „vanjskih“ sudaca u vođenju stegovnog postupka istaknuti su u poglavlju IV.5.5. ovoga rada.

Po primitku urednog zahtjeva, stegovno vijeće je dužno najkasnije u roku od 15 dana zakazati glavnu raspravu, na koju će se pozvati ovlašteni tužitelj, sudac i njegov branitelj i predsjednik nadležnog sudačkog vijeća, ako sudačko vijeće nije podnositelj zahtjev za pokretanje stegovnog postupka. Prije rasprave Vijeće je dužno iz spisa predmeta izdvojiti sve dokaze na kojima se ne može temeljiti odluka u stegovnom postupku (čl. 69. ZDSV-a).

Stegovni postupak provodi se odgovarajućom primjenom odredaba ZKP-a, ako ZDSV-om nije drukčije određeno (čl. 72. st. 1. ZDSV-a).⁷⁴ DSV u postupku utvrđuje pravno relevantne činjenice svim sredstvima prikladnim za dokazivanje, te u tu svrhu može pribaviti i čitati isprave, saslušati svjedoke ili pročitati njihove iskaze,⁷⁵ izvesti dokaz vještačenjem i obaviti očevid na mjestu događaja radi neposrednog opažanja. Svi dokazi, u načelu, imaju jednaku dokaznu snagu, s obzirom na to da u stegovnom postupku nema stupnjevanja dokaza.⁷⁶ Sucu se u svakom slučaju mora pružiti mogućnost da iznese svoju obranu osobno, u pisanom obliku, ili po branitelju kojega izabere (čl. 70. st. 1. ZDSV-a). Konkretno, uvažavajući presumpciju nevinosti, sucu se treba omogućiti iznošenje obrane radi iznošenja relevantnih činjenica, predlaganja dokaza i očitovanja o dokazima

74 „Prema stajalištu ovog Suda, obrazloženog u odluci broj: U-III-953/98 od 4. veljače 2004. godine (objavljenoj u Narodnim novinama, broj 18/04. i 22/04. - ispravak), odredbe ZKP-a primjenjuju se sukladno prirodi disciplinskog postupka, što znači da se ne moraju primjenjivati uvijek, niti se moraju primjenjivati doslovno. To se odnosi i na odredbe ZKP-a o isključenju službenih bilješki policije kao dokaza u kaznenom postupku. Naime, službene bilješke u fazi njihova nastanka nisu nezakonito pribavljeni materijali ni s aspekta potencijalnog budućeg kaznenog postupka, niti s aspekta disciplinskog postupka. Oni postaju nezakonit dokaz tek ako se koriste u kaznenom postupku. Njihovo korištenje u druge (zakonite) svrhe nije zabranjeno“. Ustavni sud, U-III-691/2001, www.usud.hr

75 Detaljnije Juras, D., Izvođenje dokaza saslušanjem svjedoka u disciplinskom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 3, 2011., str. 511.-537. i Marković, S., Još o povredi prava na pravično suđenje u odnosu na nemogućnost neposrednog saslušanja svjedoka, Informator, br. 5445, Novi informator, 2011., str. 15.-16.

76 „...o činjenicama koje će se uzeti kao dokazane odlučuje ovlaštena službena osoba po svom uvjerenju, na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza zajedno te na temelju rezultata cjelokupnog postupka. U upravnom postupku nema stupnjevanja dokaza.“, Upravni sud Republike Hrvatske, Us-13900/2009-4 od 18.02.2010. – citirano iz Juras, D. i dr., Saslušanje svjedoka u disciplinskom postupku, Zagreb, Hrvatska i komparativna javna uprava, br. 2, 2011., str. 515. Suprotno vidjeti čl. 219. do 271. Zakona o parničnom postupku (NN, br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07. – Odluka USRH, 84/08., 96/08. – Odluka USRH, 123/08. i 57/11.), kojima su regulirani dokazi i dokazivanje u parničnom postupku.

izvedenim pred DSV-om.⁷⁷

4.5.5.1. Korištenje dokaza pribavljenih posebnim dokaznim radnjama

U stegovnom postupku protiv suca nije moguće koristiti dokaze pribavljene posebnim dokaznim radnjama, koje se mogu provoditi uz odobrenje suca istrage i to samo za određena kaznena djela. Rezultati takvih dokaznih radnji mogu se koristiti samo u kaznenom postupku, a cjelovita snimka, zapis i dokumentacija čuvaju se zapečaćeni u državnom odvjetništvu. Iz ovoga proizlazi da se rezultati posebnih dokaznih radnji ne mogu koristiti nekom drugom, pa tako ni u stegovnom postupku (čl. 332., 331. st. 1., 335. st. 6. i 338. st. 1. ZKP-a). Dakle, ako je protiv suca pokrenut kazneni postupak za kazneno djelo za koje su dokazi pribavljeni posebnim dokaznim radnjama, tada se istovremeno neće moći voditi stegovni postupak radi istog činjeničnog stanja jer stegovno tijelo ne može pribaviti dokaze za takav postupak.

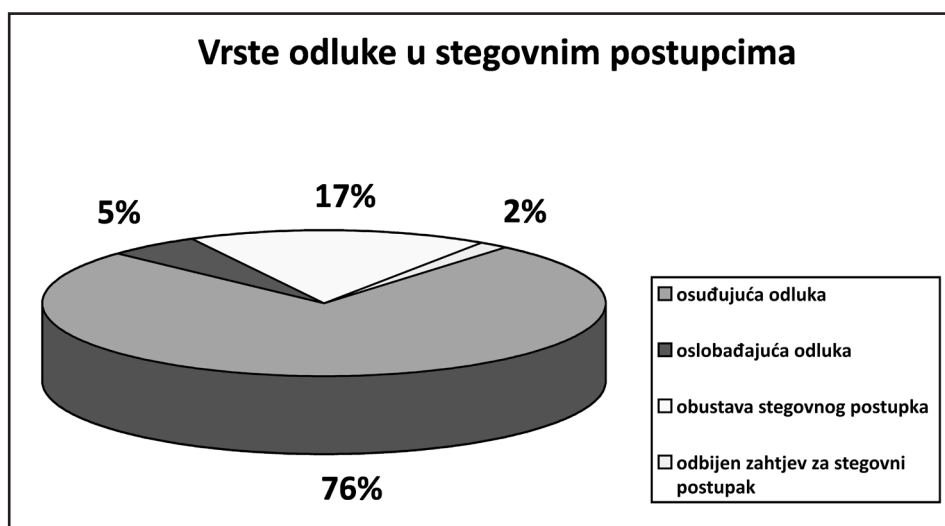
4.5.6. Odluka o stegovnoj odgovornosti

Na temelju provedenog postupka i utvrđenog činjeničnog supstrata, DSV donosi odluku o stegovnoj odgovornosti. Osuđujuća odluka, kojom se utvrđuje da je sudac stegovno odgovoran i kojom mu se izriče stegovna kazna može se odnositi samo na stegovno djelo i osobu koju je ovlaštenu tužitelj označio u svom zahtjevu. Odluka mora biti izrađena i otpremljena strankama u roku 15 dana nakon njezina donošenja. Pri odlučivanju o odgovornosti i stegovnoj kazni DSV nije vezan prijedlogom ovlaštenog tužitelja (čl. 70. st. 2.-3. i 72. st. 2. ZDSV-a).

⁷⁷ "U smislu akuzatorskog načela glavna rasprava je kontradiktorna, pa svaka stranka ima pravo da na glavnoj raspravi odgovori na izjavu protivne stranke, da ispituje osobe čiji iskazi služe kao dokaz, da se izjašnjava o dokaznoj snazi pismenih sastava... Najzgodniji način da obje stranke i sud istovremeno saznaju za izjave pojedine stranke, iskaze osobe koja se ispituje, sadržaj pismenih sastava jest taj da se, u prisutnosti obje stranaka i suda, te izjave daju usmeno, da se osobe ispituju usmeno i da se pismeni sastavi glasno pročitaju." Bayer V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, knjiga I., Narodne novine, Zagreb, 1988., str. 211.; "Bez obzira na sankcije i na kategoriju službenika, civilnog, vojnog, magistrata, on ima pravo braniti se prije nego što mu se izrekne sankcija. Ovo opće načelo sadržano je u pravnim tekstovima, a naročito u čl. 65. Zakona od 22. travnja 1905., koji je donesen nakon "afere s listićima" u vojsci i koji određuje da, prije bilo kakvog premještanja ili sankcije, službenik ima pravo da mu se dostavi njegov dosje. Sudska praksa je proširila ovu formalnost i izvan disciplinskog postupka u užem smislu, na sve mjere koje na negativan način utječu na karijeru nekog službenika... Zainteresiranoj osobi se moraju dostaviti i dosje i zamjerke koje mu se čine, mora mu se ostaviti dovoljno vremena da se sa njima upozna i pripremi svoju obranu, pozvati ga pred Disciplinski sud da izloži svoju obranu i to bilo sam ili uz pomoć sindikalnog predstavnika ili odvjetnika", Braibant, G., op. cit., str. 324.- 325.; "Osnovno je da urednim pozivanjem disciplinsko vijeće omogućiti radniku da bude saslušan, a ako on tu mogućnost ne iskoristi, ne može se poslije pozivati na povredu disciplinskog postupka. O tome se u mišljenju Komisije SFRJ za praćenje provođenja Zakona o udruženom radu kaže sljedeće: "U disciplinskom postupku se radnik ne može prinuditi da dode na ročište radi saslušanja. Njemu se mora dostaviti poziv za saslušanje, mora mu se omogućiti da bude saslušan, a stvar je njegova da li će doći na saslušanje. Nikakve prinudne mjere u tom cilju nisu priopćene."; Perlain, J., *Odgovornost za vršenje radnih obveza*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, br. XIV, Split, 1977., str. 80.

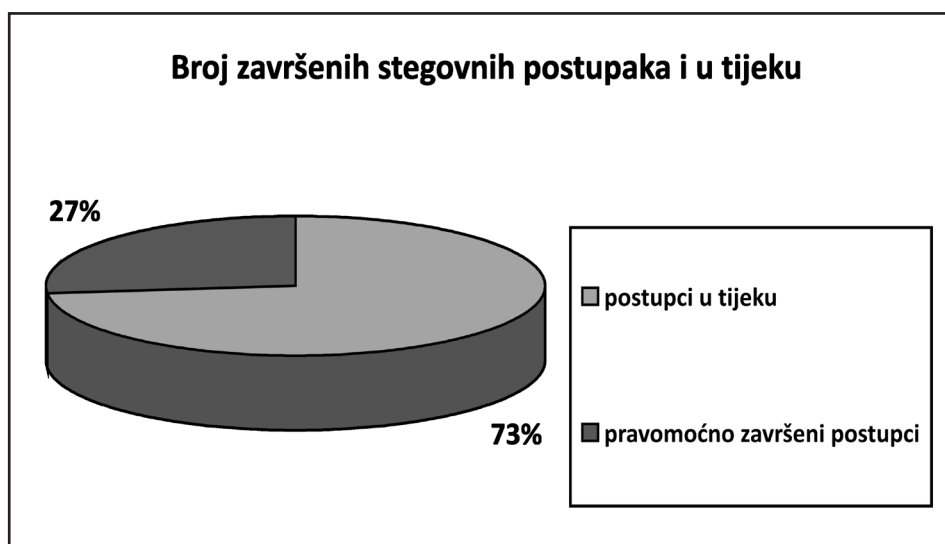
U razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013. DSV je donio 58 odluka, od čega 44 osuđujuće (75,9%), 3 oslobađajuće (5,2%), u 10 predmeta je obustavio postupak (17,2%), dok je 1 zahtjev odbijen (1,7%).

Grafikon 6.: vrste odluka donesene u okviru stegovnih postupaka protiv sudaca u razdoblju od 3. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013.



Na dan 17. lipnja 2013. pred DSV-om je, od ukupno 79 pokrenutih, bilo završeno 58 postupaka (73,4%), dok je u tijeku bio 21 postupak (26,6%).

Grafikon 7.: broj završenih i stegovnih postupaka u tijeku sa stanjem na dan 17. lipnja 2013. godine



4.5.7. Zastara pokretanja i vođenja stegovnog postupka te izvršenja kazne

Institut zastare možemo definirati kao pravnu nemogućnost pokretanja i vođenje stegovnog postupka protiv osnovano sumnjivog počinitelja stegovnog djela. Postojanje ovog instituta pravda se gubitkom smisla kažnjavanja protekom znatnog vremena od počinjenja kažnjivog djela, ali zahtjevom da se počinitelju zajamči pravna sigurnost da nakon određenog vremena neće biti gonjen za počinjeno djelo.⁷⁸

Zahtjev za stegovni postupak protiv suca može se podnijeti unutar zakonskih rokova zastare, subjektivnog i objektivnog roka, o čemu je DSV dužan voditi računa *ex offio*. Subjektivni rok zastare pokretanja stegovnog postupka iznosi jednu godinu od saznanja ovlaštenog tužitelja za počinjeno stegovno djelo i počinitelja, a objektivni rok je tri godine od počinjenog stegovnog djela (čl. 65. st. 1. ZDSV-a). Kod produljenog stegovnog djela zastara počinje teći od posljednje pojedinačne radnje.⁷⁹

Iznimno, prema članku 65. stavku 2. ZDSV-a, ako stegovno djelo povlači kaznenu odgovornost, stegovni postupak smije se pokrenuti u vremenu u kojem zastarijeva pokretanje kaznenog postupka, pod uvjetom da je taj postupak pokrenut.⁸⁰

Po ocjeni autora, propust je zakonodavca što nije odredbama ZDSV-a regulirao apsolutni zastarni rok za vođenje stegovnog postupka. Ovakva pravna „rupa“ može dovesti do nepotrebno dugog trajanja stegovnih postupaka, pa čak i onda kada očito ne postoji dostatno dokaza za utvrđenje činjenica odlučnih za ocjenu postojanja stegovne odgovornosti suca. Posljedično tomu, može doći do zlouporabe procesnih ovlasti ovlaštenih provoditelja stegovnih postupaka, „šikane“ suca, pravne nesi-

78 “Ona se temelji na pravnoj doktrini prema kojoj protek vremena za provođenje nekog prava ili radnje može uzrokovati nepravednu štetu okrivljeniku u smislu sposobnosti da se brani, budući da su svjedoci ili dokazi potrebni za njegovu obranu postali nedostupni ili izgubljeni. U pozadini ove doktrine je također i potreba zaštite pravne sigurnosti.”, Cardona, op. cit., str. 9. “Kad se hoće ograničiti pravo na to gonjenje, a upravo za tim se ide kod institucije zastare krivičnog gonjenja, u prvom redu uzimaju se u obzir materijalno – pravni razlozi: to što protekom vremena slabi potreba i interes društva da kaznom intervenira radi održavanja reda i poštovanja zakona; protijekom vremena kažnjavanje obično nije kriminalno politički ni nužno ni opravdano – slabi sam učinak kazne, a i sam počinitelj kao neosnovanu prima jednu jako zakašnjelu krivičnu sankciju.” Bačić, F., *Krivično pravo...*, str. 441. “Da nije usvojen institut zastarijevanja, kazna bi promašila svoj cilj, postala bi neopravdana, a kažnjavanje bi postalo samo sebi svrha. Sve to bi bilo suprotno zahtjevima kazneno-pravne sankcije, posebice svrsi kazne...”, Petranović, M., *Zastara kaznenog i prekršajnog progona, te izvršenja kaznenih i prekršajnih sankcija – I. dio*, Zagreb, Hrvatska pravna revija, br. 5/2004, Inženjerski biro, 2004., str. 54.

79 Novoselec smatra da se jedino valjano teorijski može opravdati opredjeljenje za shvaćanje prema kojem kod produljenog kaznenog djela zastara počinje teći od posljednje pojedinačne radnje. Novoselec, P., *Kaznenopravna zastara pred reformom*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 2/2009, Zagreb, 2009., str. 764.

80 Kazneni postupak započinje: 1. potvrđivanjem optužnice, 2. određivanjem rasprave na temelju privatne tužbe, 3. donošenjem presude o izdavanju kaznenog naloga (čl. 17. st. 1. ZKP-a).

gurnosti i derogiranja temeljenog prava suca da njegova prava i obveze u okviru stegovnog postupka budu čim prije i u razumnom roku utvrđena.⁸¹

Izvršenje stegovne kazne zastarijeva godinu dana od njezine pravomoćnosti (čl. 65. st. 3. ZDSV-a).

4.6. Pravne posljedice stegovnog kažnjavanja

Ako DSV utvrdi da je okrivljeni sudac stegovno odgovoran, ovisno o izrečenoj stegovnoj kazni, posljedica kažnjavanja je da takav sudac ne može napredovati u izboru, odnosno imenovanju na drugi (prvenstveno viši i/ili visoki sud) u razdoblju od 1 do 5 godina od pravomoćnosti odluke (čl. 64. ZDSV-a).

Stegovne kazne brišu se iz evidencije po službenoj dužnosti u roku od godinu dana nakon isteka pravnih posljedica osude (čl. 65. st. 4. ZDSV).

4.7. Udaljenje suca od obnašanja sudačke dužnosti

Sudac će biti udaljen s dužnosti: ako je protiv njega pokrenut kazneni postupak zbog kaznenog djela za koje je predviđena kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, ili dok se nalazi u pritvoru, zbog osude za kazneno djelo koje ga čini nedostojnim obavljanja sudačke dužnosti ili zbog počinjenoga teškoga stegovnog djela. Sudac može biti udaljen s dužnosti: ako je protiv njega pokrenut kazneni postupak zbog kaznenog djela za koje je predviđena kazna zatvora do pet godina, ako obavlja službu, posao ili aktivnost koji su nespojivi s obavljanjem sudačke dužnosti, ako je ovlašten predlagatelj u zahtjevu za pokretanje stegovnog postupka predložio izricanje stegovne kazne razrješenja od dužnosti (čl. 73. st. 1.-2. ZDSV-a).

Temeljne karakteristike ovog instituta su legalitet, privremeno trajanje, represivnost, preventivnost i akcesornost.⁸² *Legalitet* znači da sudac može biti udaljen od dužnosti samo u slučajevima određenim zakonom; *privremenost* da udaljenje od dužnosti može trajati najduže do donošenja pravomoćne odluke u stegovnom i/ili kaznenom postupku; *represivnost* se iskazuje u zadiranju u profesionalni položaj, ugled i materijalno stanje suca; *preventivnost* ukazuje na zaštitni karakter ove mjere kojom se štiti interes sudbene vlasti; a *akcesornost* je posljedica svrhe ovog instituta, jer udaljenje od dužnosti uvijek prati neko stanje stvoreno protupravnim ponašanjem suca koje se utvrđuje u posebnom stegovnom ili kaznenom postupku.

81 „Ako je sudac kriv, treba ga odmah kazniti, ne ostavljajući mu mogućnost i nade da može tražiti utjehe i dug postupak, koji omogućava odugovlačenje. Ako pak sudac nije kriv, ne treba ga dugo držati u neizvjesnosti i pod sumnjom, ili kako se to sad kaže pod disciplinskim sudom, jer i samo stanje pod disciplinskim sudom utječe ubitačno na službeni položaj suca.“, Ugrić J., op.cit., str. 91.

82 Slično D. Bolanča, Posebnosti suspenzije pomoraca u hrvatskom radnom i pomorskom pravu, *Pravo u gospodarstvu*, sv. 11-12, Hrvatsko udruženje pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 1995., str. 828.

Bitno je naglasiti da udaljenjem sudac ne gubi položaj suca, već i dalje ostaje sudac, ali ne može obavljati poslove suđenja.

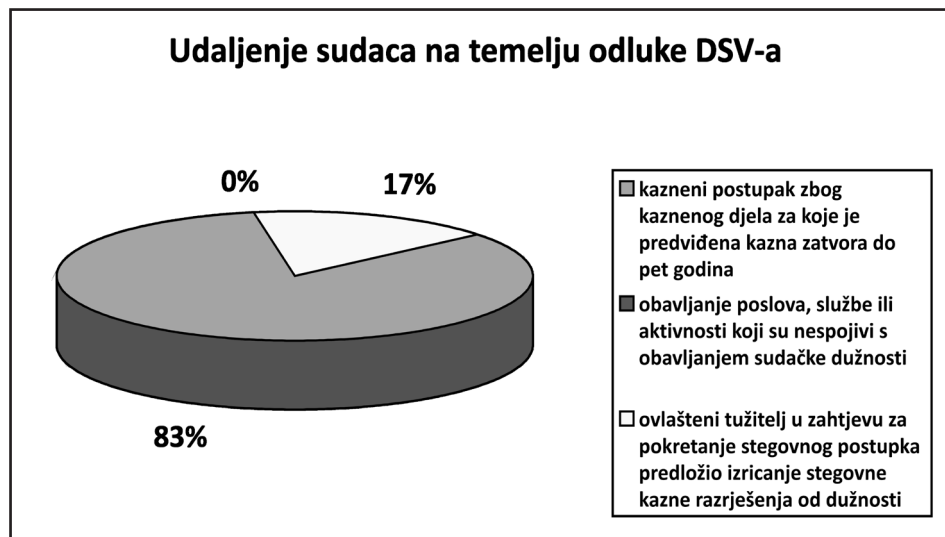
Odluka o privremenom udaljenju mora biti u pisanom obliku i s obrazloženjem. Protiv odluke o privremenom udaljenju sudac nema pravo žalbe, ali ima pravo pokrenuti upravni spor. Udaljenje se određuje najduže na rok od tri mjeseca, a po proteku tog roka, DSV ga može iz opravdanih razloga, na jednak način produljiti za daljnja tri mjeseca. Privremeno udaljenje može trajati do pravomoćnog završetka stegovnog postupka, koji u tom slučaju Vijeće mora provesti u roku od godinu dana (čl. 74. i 75. ZDSV-a). Iako je ZDSV propisao rok u kojem se mora završiti stegovni postupak, ako je sudac udaljen od dužnosti nije propisao i sankciju za njegovo nepoštivanje, pa se može zaključiti da se radi o instruktivnom roku čije kršenje neće dovesti do obustave stegovnog postupka.

Ako je bio udaljen od obnašanja sudačke dužnosti, u trenutku pravomoćnosti odluke o oslobođenju od odgovornosti, sudac se vraća na radno mjesto gdje je obnašao tu dužnost u trenutku udaljenja. Sudac kojem je neopravdano vršena ustega dijela plaće za vrijeme udaljenja, u slučaju oslobođenja od stegovne odgovornosti ili izricanja kazne ukora ili novčane kazne, ima pravo na isplatu razlike plaće za vrijeme trajanja odluke o udaljenju od obavljanja dužnosti (čl. 75. st. 3. ZDSV-a). Upitna je opravdanost vraćanja uskraćenog iznosa plaće sucu koji je kažnjen ukorom ili novčanom kaznom budući da „suspendirani“ sudac nije radio za vrijeme udaljenja od dužnosti. Naime, sudac ima pravo na pravnu zaštitu protiv rješenja o udaljenju od dužnosti, a ako nadležni sud utvrdi da je udaljenje od dužnosti bilo osnovano tada je logično da za to razdoblje kažnjeni sudac primi umanjenu plaću.⁸³

U okviru provedenog istraživanja utvrđeno je da je glavnina sudaca DSV udaljio od obavljanja sudačke dužnosti zbog pokretanja kaznenog postupka (5 sudaca ili 83,3%), samo 1 sudac zbog okolnosti što je ovlašten tužitelj u zahtjevu za pokretanje stegovnog postupka predložio izricanje stegovne kazne razrješenja od sudačke dužnosti (16,7%), a u niti jednom slučaju sudac nije udaljen zbog obavljanja poslova, službe ili aktivnosti koji su nespojivi s obavljanjem sudačke dužnosti.

83 Uporedi čl. 114. Zakona o policiji, NN 34/11. i 130/12., koji određuje vraćanje uskraćenog iznosa plaće tijekom udaljenja iz službe samo ako bude usvojena žalba na rješenje o udaljenju ili stegovni postupak bude obustavljen odnosno službenik bude oslobođen od odgovornosti.

Grafikon 8.: razlozi udaljenja sudaca od obavljanja sudačke dužnosti na temelju odluka DSV-a u razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013.



4.8. Pravna zaštita sudaca

Temeljeno je pravo svakog čovjeka i građanina da zakonom utvrđeni, neovisni i nepristran sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji, ili optužbi zbog kaznjivog djela, kako to predviđa i članak 29. Ustava.

U skladu s dosadašnjom praksom Ustavnog suda, koja je ujednačena s praksom Europskog suda za ljudska prava,⁸⁴ pravo na pravično suđenje iz članka 29. Ustava, predstavlja i pravo na pristup sud, koje se očituje u tomu da svatko ima pravo zatražiti i dobiti djelotvornu sudsku zaštitu u vezi sa svojim pravima ili obvezama, ali ono nije apsolutno.⁸⁵

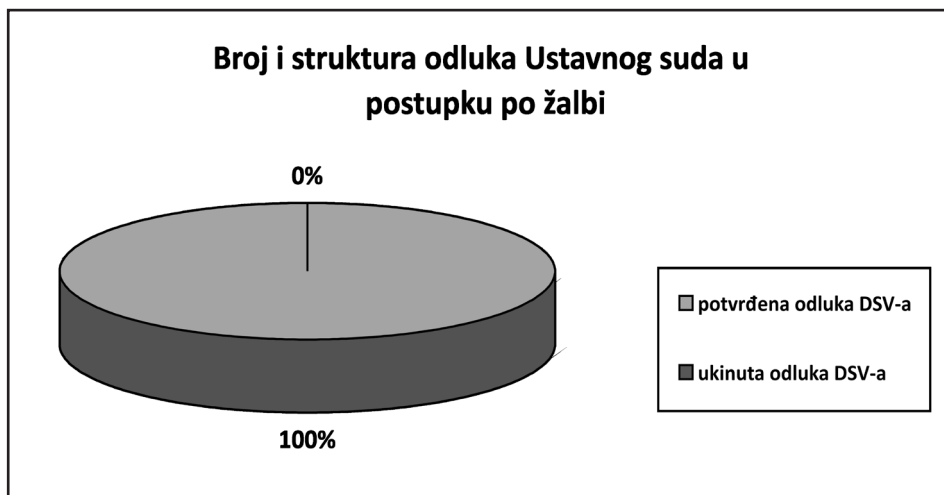
84 Vidjeti odluke u predmetu *Majski protiv Hrvatske*, broj 16924/08 od 19. srpnja 2011., www.mprh.hr, Praksa europskih sudova; te u predmetu *Žugić protiv Hrvatske*, broj 3699/08 od 31. svibnja 2011., www.echr.coe.int/ECHR.

85 Ustavni sud, u odluci broj U-III-3937/2011 od 14. prosinca 2011., istaknuo je da „...način na koji se primjenjuje članak 29. stavak 1. Ustava ovisi i o posebnim obilježjima sudskog postupka o kojemu je riječ. Naime, osim što se cjelokupni postupak u kojem se odlučuje o nečijem pravu ili obvezi mora sagledavati kao jedinstvena cjelina, važno mjesto u ispitivanju prihvatljivosti nametnutih ograničenja ustavnom pravu na pristup sudu zauzima i uloga pojedinog suda u domaćem pravnom poretku (presuda *Sotiris*, § 18.), odnosno posebna obilježja postupka o kojem je riječ, zbog čega je potrebno uvijek uzimati u obzir i ulogu koju viši sudovi imaju u tom postupku....“; Ustavni sud, u odluci broj U-III-54250/2009 od 26. rujna 2012., istaknuo je da članak 29. stavak 1. Ustava osigurava svakome pravo da od suda zatraži i dobije djelotvornu sudsku zaštitu u vezi sa svojim pravima ili obvezama. Riječ je o “pravu na sud”, kojemu je važan aspekt i pravo na pristup sudu. Nesporno je da pravo na pristup sudu nije i ne može biti apsolutno. Ono je podvrgnuto ograničenjima (osobito kad je riječ o pretpostavkama koje se tiču dopuštenosti ulaganja pravnih sredstava), budući da

Sudac ima pravo žalbe protiv odluke DSV-a o razrješenju od sudačke dužnosti i o stegovnoj odgovornosti, o kojoj odlučuje Ustavni sud (čl. 123. st. 3.-4. Ustava i 71. ZDSV-a).

U promatranom razdoblju od 1. ožujka 2011. do 17. lipnja 2013. Ustavni sud je odlučivao o 14 žalbi sudaca te je sve žalbe odbio.

Grafikon 9.: struktura odluka Ustavnog suda u postupku po žalbama sa stanjem na dan 17. lipnja 2013. godine



S obzirom na važnost pravne zaštite u stegovnom postupku, propust je zakonodavca što nije jasnije i preciznije propisao sadržaj žalbenog postupka, žalbene razloge, granice ispitivanja zakonitosti postupanja i odluka DSV-a te ovlasti Ustavnog suda pri odlučivanju u postupku po žalbi, što može dovesti u pitanje pravo na pravično suđenje, odnosno pravo na pristup sudu,⁸⁶ ali i Ustavom zajamčeno pravo na jednakost pred zakonom (čl. 14. Ustava).⁸⁷

po samoj svojoj naravi zahtijeva regulaciju države, koja u tom pitanju ima izvjesnu slobodu procjene. Ta ograničenja, međutim, ne smiju umanjiti pristup sudu na takav način ili do takve mjere da time bude narušena sama bit "prava na sud" (www.usud.hr).

86 O prilikama u Republici Hrvatskoj vidjeti A. Uzelac, Pristup pravosuđu, Analiza stanja u RH i sažetak teza o mogućim pravcima projekta – Nacrt, <http://alanuzelac.from.hr/text/pdfpubhr.htm>.

87 Govoreći o zaštiti sudaca od odluka DSV-a, Rajko je naveo da: „...pravo na podnošenje ustavne tužbe Ustavnom sudu ne može nadomjestiti pravo navedenih subjekata na pristup sudu, jer Ustavni sud nije dio sudbene vlasti...“. Rajko, A., Pravne praznine u regulaciji zaštite od personalnih odluka u pravosuđu, www.ius.info.hr, str.2.

5. SUODNOS KAZNE I STEGOVNE ODGOVORNOSTI

Jednom ili više radnji, kojima ostvari obilježja stegovnog djela, sudac može istovremeno povrijediti druga zaštićena dobra, odnosno počiniti kazneno djelo. Dakle, jedna te ista radnja može dovesti do potrebe utvrđivanja i stegovne i kaznene odgovornosti suca.

S obzirom na svrhu koja se želi postići, težinu sankcija, dobra koja se žele zaštititi, ovlaštenike progona, tijela koja provode postupak te postupovna pravila i pravnu zaštitu, radi se o dvije samostalne i odvojene odgovornosti koje se međusobno ne isključuju, pa se sudac može za isto djelo istovremeno progoniti i kazneno i stegovno.⁸⁸

Kaznena odgovornost propisana je za najteže zlouporabe sudačke dužnosti, te kao zaštita od krajnje nemoralnih i korumpiranih sudaca, a ima za svrhu kazniti počinitelje i spriječiti činjenje kaznenih djela. Zadaća stegovne odgovornosti prvenstveno je zaštititi ugled i dostojanstvo sudbene vlasti, te očuvati uredno i učinkovito obnašanje sudačke dužnosti.⁸⁹

Međutim, izloženo ne znači da kaznena odgovornost nema utjecaja na radno-pravni položaj suca i obrnuto. Naime, kod pokretanja kaznenog postupka ili osude, sudac će biti ili može biti udaljen od obavljanja dužnosti u slučajevima propisanim ZDSV-om, ali i prestaje mu sudačka dužnost ako će biti osuđen za kazneno djelo koje ga čini nedostojnim obavljanja sudačke dužnosti (čl. 77. st. 2. t. 3. ZDSV-a).

Zajedničko je jednoj i drugoj vrsti odgovornosti da one moraju biti precizno regulirane da se, bez opravdanog razloga i radi šikaniranja, ne dovodi u pitanje općeprihvaćena načela samostalnosti i neovisnosti sudbene vlasti te integritet, ugled i dostojanstvo suca.

88 "Načelo *non bis in idem* važi posebno kako unutar krivičnog tako i disciplinskog kažnjavanja (nitko se ne može za isto djelo ni disciplinski dva puta kažnjavati), ali ono ne važi za odnos krivičnog i disciplinskog kažnjavanja, tako da se na osnovu istog stvarnog učina (na pr. pronevjere) može isto lice kazniti krivično i disciplinski." Krbek, I., *Upravno pravo FNRJ*, III. knjiga, Beograd, 1958., str. 123. "Između kaznene i disciplinske odgovornosti ne postoji identičnost: djela (bitnih obilježja krivičnog djela i bitnih obilježja disciplinskog djela); stranaka (u krivičnom postupku nisu iste stranke kao u disciplinskom postupku); predmeta progona (ni materijalno ni pravno ne optužuju se i ne progone se, u ta dva slučaja, ista djela, pa makar je radnja, kojom su ona izvršena, bila jedna ista), odnosno, ako su materijalno identična, nisu pravno identična. Radnja je ista, ali djelo nije.", Tintić N., *Načelo non bis in idem u sistemu disciplinske odgovornosti*, Zagreb, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1, 1961., str. 207.

89 Ovakvo shvaćanje, o svrhe kaznenog i disciplinskog postupka, izrazio je i Ustavni sud u Odluci poslovnih broj U-III-633/2005 od 11. srpnja 2005. godine: "Cilj je kaznenog postupka kažnjavanje počinitelja kaznenog djela i sprječavanje počinjenja kaznenog djela, dok je cilj disciplinskog postupka osiguravanje urednog i učinkovitog djelovanja službe, te povjerenja građana u institucije i djelatnike državne službe, kroz održavanje radne discipline, te zaštitu ugleda i časti službe.", www.usud.hr

6. ZAKLJUČAK

Najšira formulacija sudačke neovisnosti određuje ju kao neovisnost ničim osim zakonom i vlastitom savješću. Suci bi trebali tumačiti i provoditi zakon i ništa više i ništa manje od toga. Postulat sudačka neovisnosti utvrđen je upravo da se omogućí slobodno pravosuđe i ukloni svaki oblik nelegitimnog utjecaja u suđenju, a ne da se omogućí proizvoljnost i samovoljno postupanje i odlučivanje sudaca. Za kršenje zakona sudaca zakonodavac je opisao kažnjiva djela, kazne, tijela za vođenje postupaka i pravila postupka.

U hrvatskom pravu zakonodavac je dobro riješio pitanje kaznene odgovornosti sudaca za one prijestupe koji zahtijevaju kaznenopravnu zaštitu. Nezakonito postupanje sudaca kao službenih osoba obuhvaćeno je kaznenim djelom „zlouporaba položaja i ovlasti“ i ispravno je zauzeo stajalište da nema pravnih ni drugih opravdanih razloga da se u zakonodavstvo uvede kazneno djelo „Kršenje zakona suca“.

Odlučivanje o stegovnoj odgovornosti sudaca ustavotvorac je povjerio DSV-u, kao samostalnom i neovisnom sudbenom tijelu. Postojeća regulativa stegovne odgovornosti sudaca zasigurno je doprinijela postizanju višeg stupnja objektivnosti u postupanju i odlučivanju u stegovnim postupcima.

Stajalište je autora da je potrebno, radi zaštite načela neovisnosti sudbene vlasti, ali istovremeno i načela sudačke odgovornosti, koja su u protuteži, postizanja potpunije i učinkovitije zaštite sudaca od nezakonitih odluka DSV-a vezano uz utvrđenje stegovne odgovornosti, ali i postizanja učinkovitijeg pravosuđa, dodatno redefinirati uloge i položaj pojedinih sudionika stegovnih postupaka, te potpunije i preciznije regulirati odgovornost sudaca, uz uvažavanje vlastite pravne i povijesne tradicije i posebnosti domaćeg političko-pravnog sustava. U izloženom, nekoliko je važnih segmenata u regulativi i praktičnom djelovanju vezano uz stegovnu odgovornost sudaca koji zahtijevaju dodatnu analizu i raščlambu te moguće noveliranje, što se posebno odnosi na: zakonsko reguliranje, tzv. prethodnog postupka, širenje kruga potencijalnih počinitelja stegovnog djela, modificirani sustav stegovnog gonjenja te s tim u vezi formiranje posebnog tijela progona: Državnog sudbeno-stegovnog odvjetništva, podjelu stegovnih djela na lakša i teža, jačanje pravne zaštite sudaca od (nezakonitih) odluka DSV-a te s tim u vezi preciznije i potpunije određenje žalbenog postupka i uloge Ustavnog suda u postupku po žalbi, individualizaciju stegovnih kazni tako da se ZDSV-om (analogno normativi KZ-a), propiše za svako stegovno djelo posebno koja se stegovna kazna može izreći okrivljeniku, drukčije uređenje opoziva uvjetne osude, te nužnost da se (po uzoru na domaće zakonodavstvo kojim je uređeno pitanje stegovne odgovornosti državnih službenika i uređenje Saveznog disciplinskog zakona SR Njemačke) donese poseban zakon ili upotpuni normativa ZDSV-a kojom bi se cjelovito i u potpunosti regulirao stegovni postupak protiv sudaca.

Summary

CRIMINAL AND DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF JUDGES

In this paper, the author gives examples from the practice and statistical data on disciplinary violations and penalties, as well as analyses criminal and disciplinary responsibility of judges and the influence of the said responsibilities on their work and behaviour.

The author claims that there are no legal or other reasonable grounds for standardizing the specific criminal offense of “violation of law” by a judge, considering that all violations of law in performing judicial duties can be brought under the existing criminal offence of the abuse of position and authority.

In the chapter on disciplinary responsibility, the author presents an overview of the authorities competent for initiating and conducting disciplinary proceedings, the rules of disciplinary proceedings, the description of disciplinary offenses and penalties, as well as describes the terms and conditions for suspension of judges from performing judicial duties. The author proposes the following: distinguishing between minor and severe disciplinary violations, drafting special disciplinary rules of procedure, relating the revocation of suspended sentence with the severity of new violation, establishing separate body for the disciplinary prosecution, and specifying the period within which the disciplinary proceedings have to be completed.

Key words: *disciplinary responsibility, State Judicial Council, criminal responsibility, judge.*

Zusammenfassung

STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT UND DISZIPLINARVERANTWORTLICHKEIT VON RICHTERN

In der Arbeit wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit und Disziplinarverantwortlichkeit von Richtern und deren Einfluss auf die Arbeit und das Benehmen von Richtern mithilfe der Beispiele aus der Praxis und statistischen Angaben über Disziplinarverletzungen und -strafen analysiert.

Die Stellungnahme des Autors zu dieser Sache ist, dass es weder rechtliche noch andere rechtfertigbare Gründe für Normierung der besonderen Straftat „Gesetzesverletzung“ vonseiten der Richter gibt, da alle Gesetzesverletzungen bei der Ausübung des Richteramtes der bestehenden Straftat von Amts- und Befugnismissbrauch untergeordnet werden können.

Im Kapitel über Disziplinarverantwortlichkeit werden die für die Einleitung und Leitung des Disziplinarverfahrens zuständigen Organe, die Regeln des Disziplinarverfahrens, die Beschreibung der disziplinären Taten und Strafen, sowie die Bedingungen für die Entfernung der Richter aus dem Richterdienst dargestellt. Die Autoren schlagen vor, zwischen leichten und schweren Disziplinarverletzungen zu unterscheiden, eine besondere Disziplinarordnung zu entwerfen, den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung mit der Schwierigkeit der neuen Verletzung gleichzusetzen, ein besonderes Organ der disziplinären Verfolgung zu formieren, und den Termin, bis zu welchem das Disziplinarverfahren beendet werden muss, festzustellen.

Schlüsselwörter: *Disziplinarverantwortlichkeit, der staatliche Gerichtsrat, strafrechtliche Verantwortlichkeit, Richter.*

Riassunto

LA RESPONSABILITÀ PENALE E DISCIPLINARE DEL MAGISTRATO

Nel contributo si analizzano, riportando esempi pratici e dati statistici relativi a violazioni disciplinari e pene, le responsabilità penale e disciplinare del magistrato, come pure l'influenza delle stesse sull'operato e sul comportamento del magistrato.

E' opinione degli autori che non esistano motivazioni di ordine giuridico o di altra natura che giustifichino l'introduzione di una specifica fattispecie di reato di „violazione della legge“ ad opera di un magistrato, poiché tutte le violazioni di legge compiute nell'espletamento della funzione di magistrato possono essere ricondotte all'esistente fattispecie di reato dell'abuso d'ufficio e di potere.

Nella parte dedicata alla responsabilità disciplinare si offre una rassegna degli organi chiamati ad instaurare e condurre il procedimento disciplinare, delle regole che disciplinano il procedimento disciplinare, della descrizione dei comportamenti sanzionabili e delle relative sanzioni. Si descrivono altresì le condizioni per l'allontanamento del magistrato dall'espletamento dei suoi doveri. Gli autori propongono di: distinguere tra violazioni disciplinari lievi e gravi; redigere uno specifico regolamento disciplinare; vincolare la revoca della condanna condizionale alla gravità della nuova offesa; di formare un organo specifico preposto alla persecuzione disciplinare; di definire la durata del procedimento disciplinare.

Parole chiave: *responsabilità disciplinare, consiglio statale della magistratura, responsabilità penale, magistrato.*

THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION – THE KOSOVO CASE BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE*

Dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, redovita profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dunja Kasipović, mag. iur.

UDK: 341.234(497.115)
Ur.: 4. srpnja 2013.
Pr.: 29. studeni 2013.
Pregledni znanstveni rad

„PRAVO NA SAMOODREĐENJE – SLUČAJ KOSOVA ISPRED MEĐUNARODNOG SUDA“

Sažetak

Međunarodni sud je 2010. godine izdao svoje Savjetodavno mišljenje odgovarajući na pitanje Opće skupštine UN o legalnosti jednostrane deklaracije o nezavisnosti Kosova. Međutim, to mišljenje Suda nije pojasnilo situaciju – ono je samo utvrdilo da prihvatanje deklaracije o nezavisnosti od 17. veljače 2008. nije prekršilo ni pravila općeg međunarodnog prava niti rezoluciju Vijeća sigurnosti 1244 (1999) kao ni Ustavni okvir. Stoga, prihvatanje te deklaracije nije prekršilo ni jedno relevantno pravilo međunarodnog prava. Ono što, međutim, mišljenje Suda nije razjasnilo, jesu pravne posljedice deklaracije, kao ni je li Kosovo dobilo državnost, a Sud se nije izjasnio ni o valjanosti i pravnim učincima priznanja Kosova.

Ključne riječi: *Kosovo, Međunarodni sud, Savjetodavno mišljenje, samoodređenje, jednostrana deklaracija.*

1. INTRODUCTION

The principle of self-determination has for long been one of the most controversial principles in international law. It started off as a political principle and only subsequently became a principle of international law. The principle gained

* This article is based on the final paper presented and defended in 2011 at the Faculty of Law in Rijeka.

full affirmation during the decolonization era when the international community supported peoples living under foreign oppression to become free and independent. However, today, the picture is not that clear. For decades, the case of Palestine or the case of Northern Cyprus has been a source of controversy and territorial disputes. After the dissolution of the former Soviet Union, for example, a number of territories “proclaimed independence”, such as Nagorno Karabakh, South Ossetia or Abkhazia in the Caucasus Region or Transdnier in the Balkans, although they have in fact been occupied and supported by Russia. Their invoking of the self-determination principle has so far fallen on deaf ears of the international community.

Kosovo seems to be a different case. In 2008 Kosovo unilaterally declared independence from Serbia after a brutal and bloody armed conflict that followed years of oppression and discrimination of the Albanian majority in Kosovo. Five years later, 96 states, including 22 European Union member states have recognized its status as an independent state, but a number of states still oppose it.¹ The biggest opposition, naturally, comes from Serbia whose many historic myths and legends are connected to Kosovo as the cradle of the Serbian statehood. However, Serbia is under pressure by the European Union to accept the reality of Kosovo if it wants to start its accession negotiations.²

In 2010 the International Court of Justice (hereafter: ICJ) issued its Advisory Opinion in response to the General Assembly request on the legality of Kosovo’s unilateral declaration.³ The international community expected the ICJ to decide on the legal consequences of the declaration or whether or not Kosovo has achieved statehood, or about the validity or legal effects of the recognition of Kosovo. Above all, it was expected that the court would give some direction on the applicability of the principle of self-determination outside the context of anti-colonialism.

It is the purpose of this article to show the state of international law principle of self-determination before this advisory opinion and the contribution of the ICJ, if any, to its further development. Furthermore, we shall try to see whether the opinion had any effect on the present day status of Kosovo.

- 1 Despite the strong economic and politic power of the Kosovo independence proponents, it is evident that a certain number of big countries (China, Russia, and some big EU countries) does not want to recognize Kosovo, and is instead aiming at leaving this question, important for the political as well as the international legal order, open. Data available at the web pages of the Kosovo Foreign Ministry: <http://www.mfa-ks.net/?page=2,33> (visited: 20.05.2013)
- 2 Serbia-EU accession talks face ‘narrow but deep’ Kosovo gap, <http://www.euractiv.com/enlargement/narrow-deep-gap-separates-serbia-news-518851>, (visited: 9.04.2013). Bosnia and Herzegovina, another neighboring country, also does not recognize Kosovo.
- 3 Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, International Court of Justice, Advisory Opinion of 22 July 2010, available at: <http://www.icj-cij.org> (visited: 9.04.2013) (hereafter: Advisory Opinion).

2. THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION AS A LEGAL PRINCIPLE OF INTERNATIONAL LAW

The principle of self-determination is one of the most debated principles of international law. While it has been included in various treaties, it still remains insufficiently defined. For example, there are still questions such as what is the scope of this right, who is entitled to this right and what exactly does the right involve. This chapter will try to give answers to these questions.

According to one of the many definitions, the principle of self-determination is a principle of international law which states that nations have the right to freely choose their sovereignty and international political status with no external compulsion or external interference.⁴ Furthermore, it refers to the right of a people to determine its own political status. Beyond this broad definition, however, no legal criteria determine which groups may legitimately claim this right in a particular case, which makes it one of the most complex issues the international community is facing today.⁵

Complete understanding of the principle of self-determination is impossible without a legal background, so to try to give a better perspective and understanding of the nature and content of self-determination, some of the most important acts dealing with the said principle will be mentioned.

The first and most important international convention in which the principle of self-determination was introduced is the United Nations Charter, adopted in 1945, in Article 1(2) (Purposes and Principles). Accordingly, one of the purposes of the UN is to „develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self determination of peoples“, which shows that the creators of the Charter, although they did not provide us with the definition of the principle or the conditions for its use, listed self-determination as one of the purposes or objectives of the UN Organization.⁶

The concept of self-determination undeniably moved from an aspiration to a recognized right when it was included in the common Article 1 of the UN Covenants on Human Rights, considered to be the cornerstone treaties of international human rights law;⁷ the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, adopted in 1966.

4 Conference on Security and Co-operation in Europe, Helsinki Final Act 1975 <http://www.osce.org/mc/39501>, visited: 9.04.2013.

5 Unterberger, B. M., Self-Determination, *Encyclopedia of American Foreign Policy* (2002), p. 461.

6 Article 55 of the Charter guides the UN to promote higher standards of living, solutions to health and cultural problems, and universal respect for human rights „with a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self determination of peoples...“

7 Borgen, C., *The Language of Law and the Practice of Politics: Great Powers and the Rhetoric of Self-Determination in the Cases of Kosovo and South Ossetia*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 10, 2009, p. 7.

On the other hand, the 1970 UN Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in accordance with the Charter of the United Nations explains the principle as a principle of general international law. As the International Court of Justice stated in one of its advisory opinions, this Declaration “reflects customary international law”.⁸ Furthermore, this Declaration is considered to be an authentic interpretation of the UN Charter⁹ and one of the most authentic international instruments dealing with and further developing the principle of self-determination (‘the principle of equal rights and self-determination of peoples’). The Declaration, although not explicitly, makes a distinction between internal and external self-determination. According to the former “all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every state has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter.” The external self-determination is seen as the right to establish “a sovereign and independent state, the free association or integration with an independent state or the emergence into any other political status freely determined by a people”.

The principle has appeared in a number of other international legal and political instruments, including the Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe, adopted on 1 August 1975 (the Helsinki Final Act). However, the problem in these instruments is the lack of any definition of the term ‘people’ as the title-holder to self-determination. As one author states, “the subject of the right to self-determination is notoriously undefined in the same documents that proclaim it.”¹⁰ The state practice has been far from consistent so the term has been used to denote citizens of a nation-state or the inhabitants in a specific territory going through the process of decolonization but it was also used to mark an ethnic group.¹¹ Nevertheless, the undisputed value of the right to self-determination was authoritatively confirmed by the ICJ in the East Timor Case as an *erga omnes* obligation under international law.¹²

8 Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, pp. 101-103, paras.191-193.

9 Degan, V.Đ., *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2000, p. 235.

10 Cismas, I., *Secession in Theory and Practice: the Case of Kosovo and Beyond*, Göttingen Journal of International Law, 2, (2010) p. 541.

11 See the Report of the Commission of Jurists of the League of Nations in 1920-21. When asked to determine whether the Swedish inhabitants of the Aaland Islands had the right to secede from Finland, the commission found that for the purposes of self-determination one cannot treat a small fraction of people as one would a nation as a whole: “The separation of a minority from the State of which it forms a part and its incorporation in another State can only be considered as an altogether exceptional solution, a last resort when the State lacks either the will or the power to enact and apply just and effective guarantees”. Report presented to the Council of the League of Nations by the Commission of Rapporteurs, League of Nations Council Document B7 21/68/106 (1921) (excerpted and reprinted), p. 4.

12 East Timor Case (Portugal v. Australia), ICJ, Judgment of 30 June 1995, par. 29: „In the Court’s view, Portugal’s assertion that the right of peoples to self-determination, as it

However, there are different views on the relationship between that right and the right to territorial integrity. On the one hand, there are opinions that the consent of the territorial state is an absolute prerequisite to secession and on the other that in some circumstances the right to secede overcomes the principle of territorial integrity. The 1970 Declaration gives precedence to “the territorial integrity or political unity of sovereign and independent states conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or color.” From this quotation, it follows that the disclaimer is of a restricted nature.¹³ *A contrario*, states that do not conduct themselves in compliance with those principles would not enjoy such right. The last paragraph of this section reiterates that any interruption of the territorial integrity of other states is not allowed: “Every state shall refrain from any action aimed at the partial or total disruption of the national unity and territorial integrity of any other state or country.”

Some authors¹⁴ argue that the right to territorial integrity and the right to self-determination are not mutually exclusive. In fact, territorial integrity does not mean the lack of legal obligation - the former only has precedence over the latter in case of internal self-determination, that is when all of the rights of a ‘people’ are guaranteed and enabled to exercise within the framework of an existing sovereign state. In the opposite situation, when a ‘people’ is denied its right to internal self-determination and heavily oppressed, territorial integrity cannot be the sole argument against self-determination. In other words, only when states are fully in compliance with the rule of law and human rights are they entitled under international law to protection of their territorial integrity. While it seems logical that right of a ‘people’ to secede can overcome the right of the territorial state to maintain its unity, the state practice shows this to be rare.¹⁵ When asked about the status of the Western Sahara the ICJ “did not express a clear opinion on the question as to which of the two principles – self-determination or territorial integrity – should get precedence, although it did support the application of self-determination in Western Sahara”.¹⁶

As it is possible to conclude from the above mentioned legal sources, the general international law does not advocate the absolute preservation of state’s

evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable.”

13 Sharma, Surya P., *Territorial acquisition, disputes, and international law*, The Hague, Boston, 1997, p. 216.

14 Cismas, I., *op. cit.*, p. 551.

15 In the last 65 years no State which has been created by unilateral secession has been admitted to the UN against the declared wishes of the government of the predecessor State. For example, Bangladesh applied for UN admission in 1972 but was not admitted until 1974, subsequent to its recognition by Pakistan.

16 Sharma, Surya P., *op. cit.*, p. 222. Significantly, Judge Dillard in his individual opinion categorically expressed the view that the claim of territorial integrity should not get precedence over the principle of self-determination.

territory, but only condemns the use of external threat or force against the territorial integrity of other states, i.e. it confines the scope of the territorial integrity only to the sphere of relations between states.

3. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ADVISORY OPINION

A. Jurisdiction of the Court

The International Court of Justice has a dual jurisdiction: it decides, in accordance with international law, disputes of a legal nature that are submitted to it by states; and (since states alone have capacity to appear before the Court) it gives advisory opinions on legal questions at the request of the organs of the United Nations or specialized agencies authorized to make such a request. Hence, the advisory opinion is the only way such organs, organizations or agencies can appear before the Court.

The other important difference between advisory opinions and judgments is the fact that they do not have binding effect – it is usually up to the requesting party to decide, by any means open to it, what effect to give to these opinions. They are binding only in rare cases, and even then only if it is stipulated beforehand that they shall have binding effect.¹⁷ Of course, the advisory opinions of the Court carry great legal weight and moral authority. They are often used as a preventive diplomacy and peace-keeping instrument. Advisory opinions can also help clarify and develop international law and consequently to strengthen peaceful relations between states.¹⁸

In this particular case the Court had to decide whether General Assembly was allowed to make the request since Security Council was seized of the situation in Kosovo¹⁹ and whether the question was a “legal question” since it had political aspects. The Court answered affirmatively on both questions and unanimously decided that it had jurisdiction to give its advisory opinion.²⁰ However, the judges split over the question whether the Court should in fact exercise it or use its discretionary power to refuse it: the majority of nine judges decided that it should give the advisory opinion as requested by the General Assembly.²¹

17 For example, the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Section 30: „The opinion given by the Court shall be accepted as decisive by the parties.“ Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1946. http://www.undp.org.vn/digitalAssets/28/28622_UN_Convention_on_Priviledges_and_Immunities.pdf (visited: 9.04.2013)

18 ICJ Advisory jurisdiction, <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=2> (visited: 9.04.2013)

19 Article 12, paragraph 1 of the Charter limits the powers of General Assembly when Security Council is seized with a problem.

20 Advisory Opinion, par. 28.

21 Ibid., par. 123.

B. Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion)

In October 2008 the UN General Assembly requested an advisory opinion on the following question: "Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?" Interestingly enough, this was the first case ever before the court regarding unilateral declaration of independence.

1. Statements of the participating states

The states participating in the procedure opposing Kosovo's independence (Serbia, Russia, China, Spain, most of the Latin American countries, Cyprus) based their arguments on legal provisions and international law in general, stating that for one, international law prohibits unilateral declarations of independence outside the colonial context and that the Provisional Institutions of Self-Government had no power to declare independence. Furthermore, they invoked the UN Security Council Resolution 1244 (1999)²² as the main argument against the declaration of independence, in addition to the expressed commitment to the sovereignty and territorial integrity of Serbia, by saying that the term "settlement" asked for an agreement between both parties, and not a unilateral action. As far as the moral right of the Kosovo Albanians to secession is concerned, they did acknowledge it existed, but in 1999 when Milošević was still in power and the grave breaches of human rights were taking place and not in 2008, so remedial secession is, according to them, out of the question.

On the other hand, states in favor of Kosovo independence were basing their arguments mostly on moral and ethical grounds (gross violations of human rights, right to self-determination as the last resort after all the negotiations were exhausted etc.). Also, they never denied that the Resolution 1244 stated commitment to the sovereignty and territorial integrity of Serbia, but claimed that it was stated only in the preamble, hence with no propositions as to the final status of Kosovo. One of the most important arguments was that the principle of territorial integrity constrains only other states, and not domestic actors; or as the United States put it in their oral argument before the Court: „Neither did Kosovo's Declaration violate the general principle of territorial integrity. For that basic principle calls upon states to respect the territorial integrity of *other states*. But it does not regulate the internal conduct of groups *within* states, or preclude such internal groups from seceding or declaring independence.... We do not deny that international law may regulate particular declarations of independence, if they are con-jointed with illegal uses of force or

²² This resolution was adopted on 10 June 1999 unanimously (China abstaining). It authorized an international civil and military presence in Kosovo (then part of Serbia) and established the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK).

violate other peremptory norms, such as the prohibition against apartheid. But that is hardly the case here....”²³

As the above statement shows, it is not possible to argue that the right to territorial integrity of Serbia was not violated – even the states supporting the independence of Kosovo agree on that - which is why they chose another approach, by claiming that the principle is confined only to other states, in contrast to the secessionist movements (individuals and non-state actors) within the state.²⁴

2. Scope and the meaning of the question

The Court characterized the question as “clearly formulated, narrow and specific” and elaborated further: “... [The question] does not ask about the legal consequences of that declaration. In particular, it does not ask whether or not Kosovo has achieved statehood. Nor does it ask about the validity or legal effects of the recognition of Kosovo by those states which have recognized it as an independent state.”²⁵ In this way, the ICJ gave an indication about the limited scope of its reply. Since in the past, according to the Court, the General Assembly and the Security Council have framed their questions in such a manner that it explicitly demanded opinion on the legal consequences of an action, the Court did not consider it necessary to reformulate the scope of the question or, moreover, to assess the existence of the state of Kosovo. It became obvious that the Court had no intention to clarify the questions which arose from the Kosovo case, or to define remedial secession in detail.

Some of the participating states drew a parallel with the Quebec case²⁶, and once again, by differentiating between the questions posed in the Quebec Case²⁷ and the one in the present case, the Court reiterated that it was not required to decide whether there is a positive entitlement under international law, either generally or in this specific case, on entities situated within a state to unilaterally break away from

23 Crook, J. R., United States support Kosovo’s Declaration of Independence in ICJ, *American Journal of International Law*, Vol. 104, 1/2010, p. 103-104

24 According to Borgen: “... the US and the EU did not engage the legal issues; they simply repeated that Kosovo was a unique case and could not be used as precedent.... Serbia and Russia could use legal rhetoric because they used simple and understandable concepts: you cannot dismember a state without the consent of that state, and so on.” Borgen, C., *The language of Law and the Practice of Politics*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 1, 2009, p. 13-14.

25 Advisory Opinion, par. 51.

26 Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, <<http://scc.lexum.org/en/1998/1998scr2-217/1998scr2-217.html>>

27 “Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?”

it.²⁸ Accordingly, “it is entirely possible for a particular act – such as a unilateral declaration of independence – not to be in violation of international law without necessarily constituting the exercise of a right conferred by it”.²⁹

3. Is the declaration of independence in accordance with international law?

In order to answer the question asked by the General Assembly, the Court held necessary to assess general international law provisions as well as the Security Council Resolution 1244 (1999).

The Court concluded that although in the second half of the twentieth century only the peoples of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation were entitled to a right to independence, “there were, however, also instances of declarations of independence outside this context. The practice of states in these latter cases does not point to the emergence in international law of a new rule prohibiting the making of a declaration of independence in such cases.”³⁰

As to the argument that a prohibition of unilateral declarations of independence is implicit in the principle of territorial integrity, the Court recalled that this principle is, as an important part of the international legal order, enshrined in the Charter of the United Nations, but after taking the “Declaration on Friendly Relations” and the “Helsinki Final Act” into consideration, it concluded that the scope of the principle of territorial integrity is confined to the sphere of relations between states. The Court admitted that some Security Council resolutions condemned particular declarations of independence, for example the Security Council resolution 541 (1983), concerning Northern Cyprus, and the resolution 787 (1992), concerning the Republika Srpska. However, the Court noted that illegality of those declarations resulted from the use of unlawful force or “other egregious violations of norms of general international law, in particular those of a peremptory character (*jus cogens*)”, and not from their unilateral character.³¹ As the Court further stated, the Security Council has never taken that position in the Kosovo case, so there are no valid arguments to the claim that there exists a general prohibition against unilateral declarations of independence in the practice of the Security Council.

As far as the right to “remedial secession” is concerned, the Court acknowledged the opposing views of the participants, but did not consider it

28 “The question put to the Supreme Court of Canada inquired whether there was a right to “effect secession”, and whether there was a rule of international law which conferred a positive entitlement on any of the organs named. By contrast, the General Assembly has asked whether the declaration of independence was “in accordance with” international law. The answer to that question turns on whether or not the applicable international law prohibited the declaration of independence.” Advisory Opinion, par. 56.

29 Loc. cit.

30 Ibid., par. 79.

31 Ibid., par. 81.

necessary to resolve those dilemmas in the present case since it was not the question asked.³²

Finally, the Court concluded that since general international law does not contain any applicable prohibition of declarations of independence, the Kosovo declaration of independence did not violate general international law.

Concerning the Security Council Resolution 1244 and the Constitutional Framework by the Special Representative of the Secretary-General, the Court stated that since the resolution was adopted on the basis of Chapter VII of the United Nations Charter, it clearly imposes international legal obligations.³³ At the same time, the Constitutional Framework derives its binding force from the binding character of Resolution 1244 (1999) and therefore from international law, thus it possesses an international legal character.³⁴ Both instruments “entrust the Special Representative of the Secretary-General with considerable supervisory powers with regard to the Provisional Institutions of Self-Government established under the authority of the United Nations Interim Administration in Kosovo”, hence they formed the international law applicable to Kosovo on 17 February 2008.

Moreover, the Court acknowledged that “the object and purpose of resolution 1244 (1999) was to establish a temporary, exceptional legal régime which, save to the extent that it expressly preserved it, superseded the Serbian legal order and which aimed at the stabilization of Kosovo, and that it was designed to do so on an interim basis”.³⁵

In order to establish whether the Security Council Resolution 1244 (1999) or the measures adopted there under, contains a prohibition regarding issuing a declaration of independence, the Court needed to determine the identity of the authors of the declaration.

Two views were expressed by the participants regarding the authors: one stating that “the meeting in which the declaration was adopted was a session of the Assembly of Kosovo, operating as a Provisional Institution of Self-Government within the limits of the Constitutional Framework”,³⁶ which would have been a clear breach of Resolution 1244 (1999) since the Provisional Institutions of Self-Government were subjected to the Special Representative of the Secretary-General. The other view claimed the opposite, “that the declaration of 17 February 2008 was not the work of the Provisional Institutions of Self-Government and did not take effect within the legal framework created for the government of Kosovo during the interim phase”.³⁷ The Court agreed with the latter group, and based its decision on the following arguments: the fact that the declaration was the work of the Assembly

32 Ibid., par. 83.

33 “Within the legal framework of the United Nations Charter, notably on the basis of Articles 24, 25 and Chapter VII thereof, the Security Council may adopt resolutions imposing obligations under international law”. Ibid., par. 85.

34 Ibid., par. 88.

35 Ibid., par. 100.

36 Ibid., par. 103.

37 Loc. cit.

of Kosovo is not mentioned in the Albanian version of the text; it is signed by the President of Kosovo, who was not a member of the Assembly. In addition, the silence of the Special Representative is significant because "he would have been under a duty to take action with regard to acts of the Assembly of Kosovo which he considered to be *ultra vires*", i.e. "he did not consider that the declaration was an act of the Provisional Institutions of Self-Government designed to take effect within the legal order for the supervision of which he was responsible".³⁸ The final argument of the Court was that the authors "did not seek to act within the standard framework of interim self-determination of Kosovo". On the contrary, they undertook international obligations of Kosovo, and "were set out to adopt a measure the significance and effects of which would lie outside that order".³⁹ That being said, the Court concluded that the authors just acted together in their capacity as representatives of the people of Kosovo outside the framework of the interim administration.⁴⁰

After the Court established the identity of the authors of the declaration of independence, it answered the question whether their act was in accordance with the Security Council Resolution 1244 (1999) or the Constitutional Framework adopted there under.

Once again, two different points of view appeared among the participating states. The first one was that only the Security Council itself could have brought international presence in Kosovo to an end. Moreover, it was argued that the final status for Kosovo could only have been achieved either by an agreement of all parties or by a specific Security Council resolution.

The opposition claimed that, as was previously mentioned, the resolution did not regulate Kosovo's final status, but only the interim administration. In addition to that, they asserted that "if the Security Council had wanted to preclude a declaration of independence, it would have done so in clear and unequivocal terms in the text of the resolution, as it did in resolution 787 (1992) concerning Republika Srpska".⁴¹

In respect to this question, the Court made two points: first of all, the resolution 1244 (1999) did not contain any provision which dealt with the final status of Kosovo or with the conditions for its achievement; Security Council would in fact specify conditions for the permanent status of a territory if it had wished to do so, just the way it did in resolution 1251 (1991) concerning Cyprus.⁴²

Secondly, nowhere in the resolution are there obligations imposed on actors other than United Nations member states, the organs of the United Nations, "the KLA and other armed Kosovo Albanian groups", i.e. the authors of the resolution.⁴³ The Security Council has made demands on actors other than United Nation

38 Ibid., par. 108.

39 Ibid., par. 105-106.

40 Ibid., par. 109.

41 Ibid., par. 112.

42 Ibid., par. 114.

43 Ibid., par. 155.

member states and intergovernmental organizations in several other resolutions. In fact, the Kosovo Albanian leadership was “*eo nomine* addressed”. Since there was no prohibition against declaring independence stated in the resolution 1244 (1999) (moreover, there was no prohibition addressing the authors), the Court concluded that the declaration of independence did not violate Security Council resolution 1244 (1999).

Furthermore, since independence was not declared by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo, nor were they intending to act within the legal order in which those Provisional Institutions operated, the authors or the declaration of independence itself did not violate the Constitutional Framework.

In conclusion, the Court decided by 10 votes to 4 that the adoption of the declaration of independence of 17 February 2008 “did not violate any applicable rule of international law”.⁴⁴

The opinion raised some controversial reactions; it was praised by some and criticized by others. Some expressed their disappointment with narrowness of the opinion and the missed opportunity to resolve problematic issues, such as self-determination, secession and recognition; the other argued that it was not the advisory opinion that was too narrow, but the question posed by the General Assembly.

For example, Borgen argued that „the ICJ has written an advisory opinion in which it almost seems to regret having accepted the reference from the General Assembly. It has chosen restraint and narrow readings. We are left with what may have been the consensus before we started: declarations of independence are primarily domestic affairs, and the UN does not condemn such declarations unless there is a separate violation of international law”.⁴⁵ On the other hand, Christian Tams expressed the view that „when faced with high profile disputes courts often decide to be technical and the ICJ is no exception”. He put the blame on the General Assembly’s formulation of the question and concluded that the “opinion reflects a state of the law that is highly unsatisfactory. This, it is submitted, should be the real source of disappointment”.⁴⁶

Richard Falk objected that the Court answered the question whether the declaration was “in accordance with international law” with the rather bland assertion that “the declaration did not violate international law”.⁴⁷ However,

44 Ibid., par. 122. Four judges voted against the final conclusion: Vice-President Tomka; Judges Koroma, Bennouna, Skotnikov. The judges who could not accept the majority view appended dissenting opinions, separate opinions or declarations in accordance with the Statute of the Court. In all, nine judges expressed some kind of disagreement with the adopted opinion.

45 Borgen, C., Advisory Opinion, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (ICJ), Introductory Note, International Legal Materials, Vol. 49, 2010, p. 1405-1406

46 Tams, C., The Kosovo Opinion, <<http://www.ejiltalk.org/the-kosovo-opinion/>>, 6 August 2010

47 Falk, R., The Kosovo Advisory Opinion: Conflict Resolution and Precedent, Am. J. Int’l L., Vol. 105, 2011, p. 50-60.

this author wonders, why would secessionist movements bother to make such a distinction? He argues that Kosovo will be considered as precedent by many separatists claiming sovereign independence and statehood.⁴⁸

4. KOSOVO TODAY

So, the Advisory Opinion confirmed that the Kosovo unilateral declaration did not violate international law. However, it fell short of confirming Kosovo as an independent state or recommending that Kosovo should be admitted to the United Nations and other international institutions or affirming its right to establish diplomatic relations with other sovereign states. At the same time, the opinion did not reverse the *de facto* status of independence that Kosovo had enjoyed for almost a decade.

As stated before, Kosovo's independence has been formally recognized by 96 states. However, it has not become a member state of relevant intergovernmental organizations, other than the World Bank and the International Monetary Fund in 2009. Its application to the United Nations or to the Council of Europe has been barred by a strong opposition from states like Russia and Serbia. Although Kosovo is represented at different diplomatic levels in these organizations, the fact that it has not become a full-fledged member state seriously hampers its diplomatic relations.

In the meantime, the unresolved issue of the northern part of Kosovo, mostly inhabited by ethnic Serbs, presents a constant source of ethnic unrest and violence as the Serbian population continues to reject formal integration into Kosovo.⁴⁹ Serbia, on the other hand, continues vehemently to deny independence of Kosovo, especially since the last elections in Serbia.⁵⁰ On the other hand, Kosovo still has to prove its ability to guarantee fundamental human rights to all without discrimination, especially to the Serb minority in the south.

Nevertheless, pressured by the EU foreign policy chief Mrs. Catherine Ashton, the two countries entered into negotiations and after ten rounds of talks signed a promising agreement in Brussels on 19 April 2013.⁵¹ The agreement provides for the merger of the four Serb municipalities in the north (North Mitrovica, Zvečan, Zubin Potok and Leposavić) subject to Kosovo law. The agreement stipulates that only the Kosovo police force will be deployed in the north, but the regional commander will be a Serb and the force will reflect the area's ethnic make-up. Regarding justice,

48 Ibid., p. 58.

49 „Serbs in northern Kosovo rejected the authority of Pristina in a referendum“ at: <http://www.advance.hr/vijesti/srbi-na-sjeveru-kosova-na-referendumu-odbacili-vlast-pristine/>

50 See Jerusalem Post, 29.04.2013: “Nikolic ... insisted that Serbia will not recognize the declaration of independence by the breakaway province of Kosovo, despite the ‘terrible pressure’ that his country faces.” <http://www.jpost.com/Diplomacy-and-Politics/Serbian-leader-hails-Israel-ties-before-visit-311405> (visited: 20.5.2013).

51 Serbia and Kosovo sign historic agreement, at: <http://www.guardian.co.uk/world/2013/apr/30/serbia-kosovo-historic-agreement-brussels> (visited: 20.5.2013).

a division of the Kosovo court of appeal will hold a permanent session at North Mitrovica, with mainly Serb judges. As for local councilors, elections should be held in 2013, also under Kosovo law. The NATO Kosovo Force currently deployed there will play a key role in maintaining law and order during the poll.

Although the agreement provoked mass demonstrations on the Serbian side, it is to be hoped that it will pave the way to normalization of their relations. The proverbial carrot offered by the EU is the beginning of accession negotiations. The question of formal recognition of Kosovo seems to be, at least for now, pushed aside.⁵²

5. CONCLUSION

The right to self-determination is a subject of different interpretations and opinions, due to the fact that it has been included in numerous international law instruments, but not explicitly defined in any of them. The declaration of Kosovo independence from 17 February 2008 put it under the scope of international public and showed that some crucial questions are still open, such as who is entitled to the right, what the conditions for remedial secession are and if the right to self-determination can ever overcome the right to territorial integrity of a state.

The ICJ Advisory Opinion on the Kosovo unilateral declaration of independence did not meet the expectations by many in the international community that it would clarify the issues connected with unilateral declarations of independence. The Court limited its opinion to the particular case of Kosovo, sending the message that each case will have to be analyzed separately and treated as a *sui generis* case. Time will show whether the Court missed the opportunity to make a progressive step forward and establish relevant rules of international law thus contributing to world peace and stability.

⁵² In the meantime, Constitutional Court of Serbia accepted an initiative to review the legality of the agreement.

Summary

THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION – THE KOSOVO CASE BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

In 2010 the International Court of Justice (hereafter: ICJ) issued its Advisory Opinion in response to the General Assembly request on the legality of the Kosovo's unilateral declaration of independence. However, the ICJ advisory opinion on Kosovo did nothing to clarify the situation – it solely concluded that the adoption of the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law, Security Council resolution 1244 (1999) or the Constitutional Framework. Consequently, the adoption of that declaration did not violate any applicable rule of international law. It did not, however, decide about the legal consequences of the declaration or whether or not Kosovo has achieved statehood, or about the validity or legal effects of the recognition of Kosovo.

Key words: *Kosovo, International Court of Justice, Advisory Opinion, self-determination, unilateral declaration.*

Zusammenfassung

DAS RECHT AUF SELBSTBESTIMMUNG – DER FALL KOSOVO VOR DEM INTERNATIONALEN GERICHT

Im Jahr 2010 hat der Internationale Gerichtshof (weiterhin: IGH) auf Anforderung der UN-Generalversammlung das Gutachten über die Rechtmäßigkeit der einseitigen Unabhängigkeitserklärung des Kosovo erstattet. Dieses Gutachten hat aber die Situation nicht geklärt; es hat nur festgestellt, dass die Anerkennung der Unabhängigkeitserklärung vom 17. Februar 2008 das generelle Völkerrecht, die Resolution 1244 (1999) des Sicherheitsrates und den Verfassungsrahmen nicht verletzt hat. Demzufolge hat die Anerkennung dieser Erklärung keine relevante Regel des Völkerrechts verletzt. Das Gutachten hat aber weder die Rechtsfolgen der Erklärung noch die Frage der Kosovo Staatlichkeit geklärt. Ebenfalls hat sich das Gericht zur Gültigkeit und zu den rechtlichen Einwirkungen von Anerkennung des Kosovo nicht geäußert.

Schlüsselwörter: *Kosovo, Internationaler Gerichtshof, Gutachten, Selbstbestimmung, einseitige Erklärung.*

Riassunto

„DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE – IL CASO DEL KOSOVO DINNANZI AL TRIBUNALE INTERNAZIONALE“

Il Tribunale internazionale nel 2010 ha emanato il proprio parere consultivo rispondendo al quesito posto dall'Assemblea generale dell'ONU circa la legalità della dichiarazione unilaterale d'indipendenza del Kosovo. Tuttavia, tale parere del Tribunale non ha chiarito la situazione: esso ha unicamente accertato che l'accettazione della dichiarazione d'indipendenza del 17 febbraio 2008 non ha violato le regole del diritto internazionale generale né la risoluzione del Consiglio di sicurezza 1244 (1999), come nemmeno il quadro costituzionale. Pertanto, con l'accettazione di tale dichiarazione non è stata violata nemmeno una regola rilevante per il diritto internazionale. Ciò che, invece, il parere del Tribunale non ha chiarito sono le conseguenze giuridiche della dichiarazione, come nemmeno la circostanza se il Kosovo sia divenuto uno stato. Inoltre, il Tribunale non ha nemmeno fatto chiarezza sulla validità e sugli effetti giuridici del riconoscimento del Kosovo.

Parole chiave: *Kosovo, Tribunale internazionale, parere consultivo, autodeclinazione, dichiarazione unilaterale.*

PRAVNOPOVIJESNI I POREDBENOPRAVNI PRIKAZ RAZVOJA STEČAJNOG POSTUPKA

Dr. sc. Željko Bartulović, redoviti profesor
Dr. sc. Dejan Bodul, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Ante Vuković
Stečajni upravitelj, Split

UDK: 93:347.736
Ur.: 15. svibnja 2013.
Pr.: 16. rujna 2013
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Problematika stečajnih postupaka i stečajne regulative danas je postala iznova aktualna i u tranzicijskim zemljama i u zemljama s tradicionalno razvijenim tržištem. Stečajna regulativa je analizirana u okviru povijesti prava, financijskog poslovanja, ali i širih društvenih utjecaja. S jedne strane stečajni zakon se može promatrati kao savršen weberijanski institut. On utjelovljuje par excellence kapitalističko pravilo: stvaranje kolektivnog mehanizma kojim bi se stečajnim vjerovnicima pružila mogućnost da prepoznaju i odaberu najbolju mogućnost za povrat iznosa koji im se duguju. S druge strane, stečaj ima zanimljiv povijesni trag, počevši od antičkog i srednjovjekovnog. Kasnije, od XVII. do kraja XIX. stoljeća postao je predmet intenzivne javne rasprave koja je povezana s nestabilnošću društvenih institucija i neučinkovitošću stečajnih postupaka (predugo trajanje postupaka, nizak stupanj namirenja vjerovnika i visoki troškovi stečajnog postupka). Stečaj je, dakle, izvanredan primjer ekonomske racionalizacije, koju prati zanimljiv pravni i birokratski razvoj. Ipak ono što je konstanta tijekom povijesti je činjenica da stečaj održava krhku, često nestabilnu interakcije pravnih pravila i pojedinačnih interesa, zakonitosti tržišta i općeg (javnog) interesa.¹ Zbog opsežne problematike, rad analizira tek određenu problematiku i pruža pregled niza pitanja o razvoju stečaja. Ono što autori žele istaknuti, čak i u ovakvom osvrtu, je potreba za analiziranjem stečajnog postupka, i kroz prizmu povijesti.

Ključne riječi: povijesni razvoj, stečaj.

„Bankruptcy, one observer noted, is a gloomy and depressing subject“
WARREN, Charles, Bankruptcy in United States,
History, Beard Books, 1935., str. 1.

1 Tako SGARD, Jérôme, The History of Bankruptcy Law - A Primer, CEPII and Université de Paris-Dauphine, str. 1.

1. UMJESTO UVODA

Fizionomija stečajnog postupka određena je ciljem stečajnog postupka: stečajni sistem i institucije koje ga podržavaju su od kritične važnosti za zemlju da bi iskoristila prednosti i izbjegla zamke procesa integracije s međunarodnim financijskim sistemom – stečajni zakon je ustav trgovačkog prava.² U suprotnom, država prestaje normalno funkcionirati te se dovodi u pitanje sposobnost osiguranja prijeko potrebne cirkulacije dobara i usluga, te se ugrožava sigurnost sudionika u gospodarskom i pravnom prometu. Upravo zbog toga pravne subjekte koji nisu sposobni uredno ispunjavati svoje dugove treba ili isključiti iz prometa ili reorganizirati.

U sljedećim poglavljima autori će prikazati pristup problemu stečaja kroz povijest i težnju prema, tzv. „*pareto optimumu*“.³

2. VARIJACIJE STEČAJNE REGULATIVE KROZ VRIJEME I PROSTOR

Samo nekoliko stoljeća nakon pojave kotača društvo je prešlo važan prag i nepovratno krenulo prema suvremenom svijetu. Prevladavajuća teza glasi da je razvoj visoko organiziranog društva bio bez presedana. I zaista od samih početaka civilizacije stečaj se javlja u nekom od svojih razvojnih oblika. Stoga, povijesni kontekst stečajnog prava može poslužiti i kao pogled u povijest ljudske civilizacije jer su stečajne odredbe određene epohe odraz postignute civilizacije i kulture. Sama povijest stečajnog prava usko je vezana upravo uz odnos dužnika fizičke osobe i njegovih vjerovnika. Takav odnos ima opće značenje, ali je svoju teorijsku obradu dobio u ugovornom pravu kroz načelo *pacta sunt servanda*.⁴

2.1. Stari vijek – od komadanja tijela do otpusta dugova

2.1.1. Prvotni oblici stečaja

Još od 18. pr. Kr. Hamurabijev zakonik propisivao je dužničko ropstvo ne samo za dužnika, nego i za njegovu obitelj kao način rješavanja dužničko-vjerovničkog odnosa. No postojala su ograničenja, otac obitelji mogao je dati članove svoje obitelji i sebe u dužničko ropstvo, ali ono je bilo ograničeno na 3 godine. Vrijednost trogodišnjeg rada i broj osoba u dužničkom ropstvu ograničavao je visinu duga i

2 Tako FALKE, Mike, *Insolvency Law Reform in Transition Economies*, Berlin, 2003., str. 23.

3 Naziv poznat u ekonomskoj teoriji kao stanje, odnosno rješenje koje bi bilo idealno i prihvatljivo za sve. Vidi World Bank Symposium, *Building Effective Insolvency System*, Washington, D.C., 1999., str. 17.

4 PETRIĆ, Silvija, *Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, 2007., br. 1, str. 107-155.

spriječavao njegovo nekontrolirano širenje.⁵

Slična zakonodavna rješenja zastupaju i druge velike civilizacije, ponajviše Egipat. Drevni izvori govore o dužničkom ropstvu do XXVI. dinastije egipatskog faraona Bokhorisa (*Bakenref Wah-ka-re*, 720. pr. Kr. - 715. pr. Kr.) kao modelu namirenja nad osobom dužnika koji nije podmirio dospjela dugovanja. Faraon Menes je kao sredstvo osiguranja duga odredio zalaganje tijela pa i mumije dužnika ili njegova oca. Bokhoris je zabranio dužničko ropstvo, jer tijela podanika pripadaju faraonu.⁶

Često se navode i biblijski korijeni stečajnog prava zbog izričitog spominjanja otpisa dugova u Starom zavjetu: Ponovljeni zakon: 15,1-3. I kod Hebreja je dužničko ropstvo bilo ograničeno na 6 godina (Izlazak, Zakon o robovima, 21, 2-4).⁷

Atensko pravo, kao i cijelo grčko i helensko, bilo je uglavnom običajno pravo, a ispunjavanje obveza osiguravalo se do arhonta Solona (594. pr. Kr.) također osobnim jamstvom.⁸ Solon, tzv. Sisahtijama (*Sejsehthejama*) ukida odredbe o dužničkom ropstvu u Ateni onemogućujući tako širenje dužničkog ropstva i produbljivanje društveno-ekonomske krize.⁹ Jedini, u potpunosti, sačuvan pravni akt za proučavanje ranog grčkog, posebice dorskog zakonodavstva je onaj polisa Gortine, tzv. Gortinski zakonik iz V. st. pr. Kr. Naime, u Gortini dužnički robovi su oni koji su se zbog duga sudskom presudom dodjeljivali vjerovniku (*nenikamenos* - *addictus*) i oni koji su za dug sami založili svoju osobu (*katakeimenos* - *nexus*).¹⁰

5 Članak 117. *Ako je čovjeka dug natjerao u nevolju tako da je prodao ili založio svoju ženu, svoga sina ili svoju kćer; oni će tri godine raditi u kući svoga kupca ili založnog vjerovnika, u četvrtoj godini bit će slobodni.* BARTULOVIĆ, Željko, Opća povijest prava i države, Pravni fakultet, Rijeka, 2009., str. 19. Detaljnije i LOUIS, Levinthal Edward, The Early History of Bankruptcy Law, University of Pennsylvania Law Review, vol. 66, 1918., no. 1, str. 223. *et seq.*

6 BARTULOVIĆ, *op. cit.*, str. 15.

7 Izl., Zakon o robovima, 21, 2-4: *“Kad za roba kupiš jednoga Hebreja, neka služi šest godina. Sedme godine neka ode, bez otkupnine, slobodan. Ako dođe sam, neka sam i ode; ako li je oženjen, neka s njim ide i njegova žena. Ako mu gospodar nabavi ženu, pa mu ona rodi bilo sinova bilo kćeri, i žena i njezina djeca neka pripadnu njezinu gospodaru, a on neka ide sam.”* Detaljnije BARTULOVIĆ, *op. cit.*, str. 27. Detaljnije SUTHERLAND, John R., The Ethics of Bankruptcy: A Biblical Perspective, Journal of Business Ethics, vol. 7, 1998., no. 12, str. 917.

8 Detaljnije KURTOVIĆ, Šefko, Opća historija države i prava, I. dio, Informator, Zagreb, 1987., str. 100. *et seq.*

9 BARTULOVIĆ, *op. cit.*, str. 34. Nejasno je je li Solon poništio sve dugove ili samo one za koje se jamčilo vlastitom slobodom. Vjerojatnije je da je riječ samo o potonjem. Ovdje dolazi u pitanje i vlasništvo siromašnog, posljednjeg razreda u atenskom društvu. Detaljnije ERENT-SUNKO, Zrinka, Gospodarstvo i poduzetništvo u antičko doba: Atena u razdoblju demokracije, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 57, 2007., br. 6, str. 1018.

10 Stupac II. A onaj ko čovjeka osuđenog (zbog duga) ili (onog) koji je založio svoju ličnost odvede, neka ne bude kažnjen. AVRAMOVIĆ, Sima, Rano grčko pravo i Gortinski zakonik, Beograd, 1977., Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka, 1981., str. 284. BARTULOVIĆ, *op. cit.*, str. 30.

Džingis kanova (1162.-1227. pr. Kr.) Vrhovna uredba *Yasa* triput je opraštala dugove insolventnim pojedincima prije nego li je davala ovlaštenje da ih se ubije.¹¹

2.1.2. Osvrt na rimsko pravo

Strogi formalizam, posebno starijeg rimskog prava, uvjetovao je da su rimski pravници dosljedno inzistirali na poštivanju načela *pacta sunt servanda*. U kasnijim razdobljima i prvotnim razvojem pojma krivnje, ovakva su stajališta ublažena, tj. dužnik se oslobađa obveze ako za nemogućnost ispunjenja nije kriv, a viša sila (*vis maior*) ostaje isključiva osnova eksculpacije samo u onim ugovorima koji su, zbog svoje specifične prirode, zahtijevali pooštrenu odgovornost dužnika.¹²

Početak rimskog prava kakvog znamo danas bio je Zakonik XII. ploča (*Leges duodecim tabularum*). On nije utvrđivao ono što je svatko znao i prihvaćao kao važeće pravo, nego je težište polagao na one točke koje su bile prieporne ili su lako mogle biti povodom sporu.¹³ Među ostalim propisivao je i mogućnost rješavanja problema dužnika koji po dospelosti ne riješe svoja dugovanja¹⁴ i to posebnom legisakcijom *per manus iniunctionem*.¹⁵ Naime, III. ploča, Ovrha presuda (*Manus inectio*), oko 450. prije Kr., propisuje da je tužitelj, kojemu u roku od trideset dana nije bilo plaćeno ono što mu je sudac (*iudex*) dosudio, mogao izvršiti znatan pritisak na tuženika. Ako su inzistirali, vjerovnici su dužnika mogli ubiti i rasjeći ga na komade (*de debitore in partes secando*).¹⁶ Zakonik XII. ploča precizno određuje, da ako neki vjerovnik odsiječe više od svojega dijela, ostaje bez svoje tražbine.¹⁷ Temeljna karakteristika ovakvog sustava je preuzimanje ovlasti nad životom i imovinom insolventnog dužnika od strane vjerovnika. Dužnik kao osoba bio je

- 11 VERNADSKY, George, The Scope and Contents of Chingis Khan.s Yasa, Harvard Journal of Asiatic Study, vol. 3, 1938., no. 1, str. 337.
- 12 Ciceron u djelu *De officiis* govori da poštenje i dobra vjera ne zahtijevaju da se održi dana riječ iz ugovora ako su se nakon njegovog nastanka promijenile okolnosti, odnosno da pravičnost u takvoj situaciji nalaže oslobođenje od obveze. Ovu ideju razvija kasnije Seneka u djelu *De Beneficiis* smatrajući da preuzete obveze vrijede samo ako situacija ostane ista kakva je bila, tj. da svaka izmjena oslobađa od zadane riječi. Detaljnije PETRIĆ, *op. cit.* u bilj. 7, str. 110. *et seq.*
- 13 STEIN, Peter, Rimsko pravo i Europa, Povijest jedne pravne kulture, Golden marketing-Tehnička knjiga, Zagreb, 2007., str. 11. *et seq.*
- 14 Više OMAR, Paul J., European Insolvency Law, Ashgate Publishing Ltd., 2004., str. 4. *et seq.*
- 15 Podrobnije GRAHAM EVANS, Roger, A Critical Analasis of Problema Areaas in Respect of Assets od Insolvent Estates of Individuals, University of Pretoria, 2008., str. 22. *et seq.*
- 16 Detaljnije BLACKSTONE, Wiliam, Commentaries on the Laws of England, Bk. II, ch. XXXI, str. 472. Istaknuto je da je rimsko zakonodavstvo 326. pr. Kr. dopuštalo ubojstvo dužnika koji nisu pravovremeno ispunili svoje obveze. Detaljnije BRUNSTAD, G. Eric, Jr., Bankruptcy and the Problems of Economic Futility: A Theory on the Unique Role of Bankruptcy Law, Business Law, vol. 55, 2000., no. 1, str. 499. i 514.
- 17 Podrobnije STEIN, *op. cit.*, str. 11. *et seq.* te GRATZER, Karl; STIEFEL, Dieter (ed.), History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective, Södertörns högskola. 2008., Part I: National macro-oriented studies, GRATZER, Karl; Default and Imprisonment for Debt in Sweden: From the Lost Chances of a Ruined Life to the Lost Capital of a Bankrupt Company, str. 20. *et seq.*

glavni predmet prisilne egzekucije, jer je shvaćen kao stvar (*res*), u prvom redu zbog deliktne ili ugovorne odgovornosti.¹⁸

Tijekom vremena predmet ovrhe sve su manje bile fizičke osobe, a sve više imovina fizičkih osoba. Taj je postupak trajao nekoliko stotina godina dok je slabljenje vjerovnikovih ovlasti ostvareno tek putem zakona (*Lex Poetelia* te *Lex Iulia*). Putem *Lex Poetelia*, 326. pr. Kr., vjerovnici dužnika nisu više imali pravo ubiti, nego im je prisilnim radom morao odraditi dug, tako da je osobna ovrha, koja je dovodila do ropstva ili usmrćivanja dužnika, bila zamijenjena dužničkim ropstvom.¹⁹ Korak prema imovinskoj sankciji, udaljavanjem od osobne sankcije, predstavljala je *Lex Iulia*.²⁰ Taj je sustav ustanovio postupak predaje imovine (*cessio bonorum*).²¹

Iz ovakvog osvrta zaključujemo da se u počecima obveza (*obligatio*) nije sastojala u pravnoj dužnosti na izvršenje činidbe, čije je neispunjenje povlačilo mogućnost tužbe, već je *obligatio* (*ligare* – vezati) upućivala na mogućnost da je dužnik (*obligatus*) bio materijalno i fizički vezan i podvrgnut vjerovnikovoj vlasti sve do izvršenja dužne činidbe.²² Takvo je shvaćanje u skladu i s učenjem suvremene procesualističke doktrine, koja ukazuje da se pravna zaštita subjektivnih prava, u početnom stadiju razvitka, ostvarivala isključivo privatnom, nereguliranom samopomoći.²³ Međutim, postupni pad rimskog imperija označuje ulazak u srednji vijek.²⁴

18 COWELL, Frank Richard, *Life in Ancient Rome, Absorbing Social History - A Vivid Portrait of a Magnificent Age*, The Berkley Publishing Group, 1980., str. 95. *et seq.* Pozitivno pravno gledajući naziv *prisilna ovrha* nije terminološki ispravan, jer je ovrha sama po sebi prisilna (*arg.* Ovršni zakon, NN, br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05. i 67/08., čl. 1., st. 1.), iako ga zakonodavac koristi u OZ-u, čl. 290., st. 2. te u Zakonu o javnom bilježništvu (NN, br. 78/93., 29/94., 162/98., 16/07. i 75/09.), čl. 54., st. 1. te Stečajnom zakonu (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10. i 25/12., čl. 99., st. 1.).

19 Podrobnije ROMAC, Ante, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 2002., str. 94.

20 Ne zna se točno je li Ceasar ili August donio ovaj zakon. Neki, pa i PAULUS, Christoph G. smatraju da je to bio August, jer je donio još jedan zakon s istim ciljem. Naime radi se o *Leges Papia et Poppea*, poznatijem kao Obiteljskom zakonu za koji je doktrina sigurna da ga je donio Augustu. Detaljnije *id.*, *A Fresh Start for Consumers, Tension between Legal doctrines, Economic attitudes and Social policies*, članak dostupan na mrežnim stranicama (12.1.2012.).

21 Vidi BRUNSTAD, *op. cit.*, str. 499.

22 PROSO, Maja; ŠTAMBUK, Marija, *Principi europskog ugovornog prava s osvrtom na ugovornu odgovornost za neimovinsku štetu prema novom ZOO-u*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 45, 2008., br. 4, str. 902. Inače u znanosti je prilično prijeporno pitanje o povijesti podrijetla prvih obligacija u Rimu. Detaljnije HORVAT, Marijan, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 2002., str. 275.

23 TRIVA, Siniša; DIKA, Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 9. Prvi autor koji je iznio tezu o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite te postanku procesa kao prevladavanju samopomoći privatnom arbitražom bio je njemački filozof prava Rudolph von Jhering (1818.-1892.). Razradu te teze nalazimo u prvom dijelu djela *Geist des römischen Recht*, JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vierte Aufl age, vol. I, Leipzig, 1878, 108 sqq, str. 167. *cit.* iz. PETRAK, Marko, *Kritika teorije o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite (Selbsthilfetheorie)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, 2006., no. 5, str. 1251.

24 Detaljnije LOUIS, *op. cit.*, str. 223.

2.2. Srednji vijek - "La mort civile"²⁵

2.2.1. Rani srednji vijek

Franačka je tipična ranosrednjovjekovna država. Mali, slobodni posjednici dolaze u bezizlaznu ekonomsku situaciju zbog velikih obveza prema državi i šikaniranja moćnika. Izlaz traže u predaji posjeda veleposjedniku, koji im posjed vraća u stvarno-pravni, nasljedan zakup (*precaria oblata*). Slobodan čovjek u vlasti moćnika postaje njegov *vassus* (keltski *gwas*, sluga). Neslobodni (*servi, mancipia*) su obespravljeni ljudi, sluge koji rade na tuđim posjedima, neki čak u vlasti neslobodnih osoba. Za razliku od slučajeva antičkog ograničavanja dužničkog ropstva na određeno vrijeme ovo je praktično trajan položaj čime dolazi do feudalizacije društva.

Lex Salica, franačka zbirka običajnog prava zapisivana u više redakcija od VI. do IX. st., poznaje institut „O zadanoj riječi“ (članak 50.), prema kojem vjerovnik mora po isteku roka za vraćanje duga osobno, uz nazočnost svjedoka opomenuti vjerovnika da vrati dug, a ako ovaj to ne učini plaća novčanu kaznu. Potom, vjerovnik odlazi predstavniku općinske vlasti – *tunginu* tražeći pred skupštinom da obveže dužnika na vraćanje duga čime se stavlja zabrana na otuđenje imovine dužnika. Vjerovnik tri puta opominje dužnika da vrati dug, a svako neodazivanje povlači novčanu kaznu. Konačno, vjerovnik ide do predstavnika državne vlasti – grofa koji s pomoćnicima (*rahimburzima*) provodi ovrhu nad imovinom dužnika. Uz privatno izvršenje na pokretninama uz sudske odobrenje pojavilo se izvršenje konfiskacijom uz pomoć grofa, a na nekretninama *missio in bannum regis*, grof u znak zapljene postavlja na zemlju oznaku od slame (*Wiffa*), a dužnik može iskupiti zemljište u roku 1 godine i 1 dana. Ako to ne učini ono pripada kralju pa se iz cijene podmiruje vjerovnik.²⁶

U langobardskom pravu sadržanom u ediktima vladara od VI. do. VIII. stoljeća vidljivo je širenje rimskih shvaćanja u odnosu na starija germanska. Prema

25 Zbog opsega materije, za detaljni prikaz svakako bi trebalo pogledati, SGARD, Jérôme, Bankruptcy Law, Creditors' Rights and Contractual Exchange in Europe, 1808.-1914., CEPII and Université de Paris-Dauphine, Papers Series Working Paper No. LE05-032 Paper presented at the CEPR 'Past, Present, and Policy' panel on 'International Financial Integration' Vienna, 30. rujna – 1. listopada, 2005.; *id.*, Bankruptcy Laws: Part of a Global History, Sciences-Po/ CERI, in: Debin Maet Jan-Luiten van Zanden (dir), Law and Long Term Economic Change: An Eurasian Perspective, Stanford University Press, May 2009.; *id.*, Do Legal Origins Matter? The Case of Bankruptcy Laws in Europe (1808.-1914.), CEPII and Université de Paris-Dauphine XIV International Economic History Congress, Helsinki, Session 45, siječanj 2006.; *id.*, On Market Discipline: Bankruptcy, Debt discharge, and Renegotiation in England and France (17th-19th century), članak dostupan na: <http://www.isnie.org/assets/files/papers2007/sgard.pdf> (15.3.2011.), str. 8. *et seq.*; *id.*, The Liberalisation of Bankruptcy Law in Europe, 1808.-1914., paper presented at the CEPR 'Past, Present, and Policy' panel on 'International Financial Integration' Vienna, 30. rujna – 1. listopada, 2005., str. 10., koji su u najvećoj mjeri i korišteni za izradu rada.

26 BARTULOVIĆ, *op. cit.*, str. 44-53.

Rotharijevom ediktu iz 643. vjerovnik nakon 3 sudske opomene može pristupiti privatnoj pljenidbi, koja nije izvršni postupak, već sredstvo prisile prema dužniku. Ako dužnik porekne dug, slijedi sudski postupak, što uzrokuje gubitak vremena i troškove. Zato je uveden pravni posao vadije s jamcem (*per vadium et fideiussorem*) koji nastaje dužnikovom predajom vadije (štapića) vjerovniku, nakon čega jamac "otkupljuje" vadiju, ali on do 725. ne jamči svojom imovinom već je tek posrednik (mediator). Od kralja Liutpranda, 720. vjerovnik je ovlašten na izvansudsku pljenidbu ako su vadijaciji nazočila 2 ili 3 svjedoka čija je izjava u slučaju spora odlučujuća. Ako osuđena osoba ne može platiti novčanu kaznu do 20 solida, mora je odraditi. Preko toga iznosa postaje rob (*pro servo*) vjerovniku, ali prema zakonu iz 774. odobrena su mu tjedno dva slobodna dana "kao što se odobrava vlastitim robovima" (*sicut propriis servis*) da bi prehranio svoju ženu.²⁷

Na njemačkim prostorima dužnik obećaje da će, ako ne ispuni obvezu, na zahtjev vjerovnika poći u zatvor ili gostionicu (jer sam plaća troškove boravka) i ostati dok ne plati dug. Izvršenje presude zbog duga provodi se po *Sachsenspiegelu* (privatna zbirka saksonskog običajnog prava koju je oko 1220. sastavio Eikes van Repgow) predavanjem dužnika u vlast vjerovnika, u položaju sluge u kući vjerovnika, koji radom odrađuje dug. Kasnije se prvo provodila pljenidba pokretnina, zatim nekretnina pa ako je to neuspješno, osobno izvršenje. Propisi nekih gradova određuju zatvor za osuđene insolventne dužnike ako postoji mogućnost bijega. Prednost između vjerovnika s izvršnom presudom imao je onaj koji je prvi pokrenuo postupak pljenidbe. Od XIII. stoljeća pojavljuje se stečajni postupak, širenjem utjecaja s talijanskih prostora.²⁸

Začeci, uvjetno govoreći, modernog stečajnog zakonodavstvo proizlaze iz trgovačkih gradova sjeverne Italije XIII. i XIV. stoljeća (Firence, Pize, Genove, Venecije itd.).²⁹ Dužnik je mogao biti zatvoren, nije se više mogao baviti trgovinom, njegove poslovne knjige bile su preuzete kao i sva pismena.³⁰ Možda je to najbolje opisao pravnik Baldus: *fallitus, ergo fraudator*, misleći pritom da je insolventnost rezultat šikanoznog ponašanja dužnika.³¹ Zanimljivost je da su takva pravila stvarana od strane samih trgovaca, putem svojih izbranih sudova (*faillite*), dok su općinske vlasti pružale jamstvo da će se odluke tih tijela i prisilno izvršiti. Postupci su završavali najčešće likvidacijom imovine dužnika ili postizanjem sporazuma o otplati duga (*concordato*). Doktrina ekonomske razloge za alternativni izbor promatra kroz Coasean poučak, pritom ukazujući da su mnogi odnosi u realnom društvenom životu podložni drugačijim zakonitostima, prije svega ekonomskim, pa ih zbog toga nije moguće promijeniti pravnom regulacijom, koja ih ne uvažava. Naime, u to vrijeme, trgovinska razmjena se odvijala u iznimno

27 *Ibid.*, str. 55-58.

28 *Ibid.*, str. 66-71.

29 HILAIRE, Jean, *Introduction historique au droit commercial*, Paris: PUF, 1986., str. 355.

30 TREIMAN, Israel, *Acts of Bankruptcy: A Medieval Concept in Modern Bankruptcy*, Harvard Law Review, vol. 52, 1938., no. 2, str. 189.

31 STRACCHA, Benvenuto, *De mercatura decisiones*, 1669., str. 438.

krhkaj, nestabilnoj tržišnoj sredini. Krediti su se ishodili na temelju reputacije, što je u konačnici podrazumijevalo nestabilne uvjete poslovanja. U nedostatku institucionalnog okvira, sama glasina mogla je prouzrokovati probleme trgovcima. Takva prijetnja likvidnosti predstavljala je stalnu prijetnju integritetu ugovornih obveza i opstanku na tržištu. Ipak takve zakonodavne konstrukcije su proširene i na ostatak kontinenta, ili barem njegova glavna trgovačka sjedišta, gdje se također o statusu trgovca odlučivalo kroz samo-regulatorna tijela i vlastita pravila.³² Takvo uređenje je, nerijetko, u doktrini okarakterizirano kao zlatno doba trgovine. Naime, bila su *de facto* unificirana pravila postupanja, dok je lokalna vlast nudila jamstva ovrhe odluka, obično uz naplatu, te time postala ključni element u provođenju tržišne discipline. Glavna novina posebne su i isključivo represivne mjere protiv fraudoloznih dužnika (*banqueroute*).³³

2.2.2. Kasni srednji vijek

Francuski trgovački zakon iz 1673. (*Ordonnance sur le commerce*) i iz 1807. (*Code de commerce*) predstavljaju pravne transplantate prvotnih talijanskih stečajnih zakona. Postupno su prošireni na ostatak kontinentalne Europe, Latinsku Ameriku, Afričke kolonije, Japan, Tursku i Kinu. Paralelno, engleska stečajna tradicija utječe na razvoj stečajnog prava u Škotskoj i Irskoj, a potom i na njihove prekomorske kolonije, prvenstveno na Australiju.³⁴ Ipak, zakoni koji su stvoreni za sajmove i trgovinu u gradovima, postaju kamen temeljac kasnijeg, komercijalnog, stečajnog zakonodavstva. U svim slučajevima, zapadnog ili, uvjetno govoreći, „nezapadnog“ poslovnog svijeta, bilo je značajnih razlika između zakonske norme i stvarne prakse. Naime, stečajni zakon djeluje kao dio infrastrukture lokalnih tržišta, gdje je raznolikost između zemalja velika. U nekim slučajevima pravni transplantati mogu odgovarati potrebama lokalnih trgovačkih zajednica, kao što je doktrina ilustrirala u slučaju trgovačke ispostave Zanzibar.³⁵ Drugim riječima, stečajni statut može ili ne mora utjecati na ponašanje sudionika u trgovačkom prometu, te može sankcionirati propast slabije ili snažnije. No, budući da bi to moglo snažno utjecati na vlasnička prava i tržišnu disciplinu, dakle na pristup

32 GREIF, Avner, The Empirical and Theoretical Underpinnings of the Law Merchant: Impersonal Exchange without Impartial Law: The Community Responsibility System, *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, 2006., no. 1, str. 109-138.

33 Ali ja smatram da treba razlikovati onoga koji je pao pod stečaj na prijevaran način od onog dužnika koji je bez svoje krivnje postao insolventan. Prvog bi trebalo ... Ali onaj koji je u dobroj vjeri pao pod stečaj, ...kojem barbarskom zakonu za ljubav da se takav čovjek baci u zatvor i bude lišen jedinog dobra koje jadniku još preostaje, gole slobode. Tako BECCARIA, Cesare, O zločinima i kaznama, Split, Logos, 1984., str. 138.

34 LESTER, Markham V., Victorian Insolvency, Bankruptcy, Imprisonment for Debt, and Company Winding-Up in Nineteenth-Century England, Oxford: Clarendon Press, 1995., str. 354.

35 OONK, Gijsbert, South Asians in East Africa (1880.-1920.) with a Particular Focus on Zanzibar: Towards a Historical Explanation of Economic Success of a Middlemen Minority, *African and Asian Studies*, vol. 5, 2006., no. 1, str. 57-90.

gospodarskoj razmjeni, njegova prisutnost ili odsutnost puno će reći o tomu kako su strukturirani ugovori, i koliko ih se pridržavalo tadašnje gospodarstvo. Naime, iz mikroekonomske perspektive poduzetnik, koji je u ranom 19. stoljeću poslovno propao, suočen je s neadekvatnim stečajnim zakonodavstvom, nerijetko osvetoljubivim vjerovnicima i dokolicom dužničkog zatvora. Iznimka su francuski³⁶ i talijanski³⁷ stečajni zakoni koji su shvaćeni kao ukupnost represivnih instrumenta, ali i kao građanski mehanizam rješavanja sporova. Budući da ne bi nužno izazvali *la mort civile*, oblikovani su kako bi bili u mogućnosti regulirati, ponekad, neizbježnu propast trgovca koja je karakteristika svake tržišne sredine.³⁸ Drugi važan element

36 Naime, iako se kasnije u radu neće ulaziti detaljnije u materiju francuskog zakonodavstva uzimamo ga kao primjer zbog utjecaja, ali i zbog činjenice da stečajno pravo obuhvaća trećinu *Code de Commerce* iz 1807. Stečaj je bio pod nadležnošću trgovačkih sudova čiji su suci birani između uglednih trgovaca tog vremena. Trgovački sudovi bili su privilegij trgovaca (*commerçants*), uključujući svaku osobu koja prodaje dobra, ali područje primjene isključuje farmere, javne službenike te fizičke osobe koje imaju nepodmirene privatne dugove. Postupak se pokretao na zahtjev dužnika (*depôt de bilan*), vjerovnika (*requête*) ili suda (*d'office*). Pravo na žalbu bilo je zajamčeno, ali o njoj su odlučivali civilni sudovi. Prezadužena osoba bila je zatvarana, a sudac je imenovao povjerenika (*syndic*) koji je odgovoran za vođenje stečajne procedure u korist dužnika. U njoj je bila dozvoljena mogućnost postizanja sporazuma s vjerovnicima (*concordat*) ili se odmah pristupalo rasprodaji dužnikove imovine i razmjernom namirenju vjerovnika (*union*). Postupak se obustavljao ako imovina nije bila dostatna za troškove postupka (*insuffisance d'actif*). Sve do 1856. vrijedilo je pravilo da, ako dužnikova imovina nije dostatna za namirenje tražbine u cijelosti vjerovnici su imali pravo na naknadno stečenoj imovini. Te je godine stvoren institut *Concordat par abandon d'actif*, kojim su vjerovnici izgubili pravo da iz naknadno stečene imovine namiruju tražbine. Time je pored zaštite vjerovnika, pružena i zaštita dužniku nakon završetka stečajnog postupka. Detaljnije HAUTCOEUR, Pierre-Cyrille; LEVRATTO, Nadine, Bankruptcy law and Practice in XIXth century France, članak dostupan na: http://www.pse.ens.fr/hautcoeur/Hautcoeur-Levratto_Prasad.pdf, (12.12.2010.), str. 3.

37 Na strukturu talijanskog zakonodavstva radikalno je utjecao Francuski trgovački zakonik iz 1807. Naime, i *Piedmont code* iz 1849. i Talijanski trgovački zakon iz 1869. reflektiraju filozofiju francuskog zakonodavstva, stavljajući naglasak na dva elementa. Prvo, stečaj se odnosi sam na trgovce, dok se fizičke osobe kažnjavalo zatvorom. Drugo, cilj je zaštititi vjerovnike od dužnika nesposobnih za plaćanje, tretirajući takvu nemogućnost kao zločin. Između 1869. i 1882. slijedi niz izmjena predmetnog zakonodavstva što postupno odražava blaži stav talijanskog zakonodavca prema osobama nesposobnim za plaćanje. Primjerice, zakon iz 1876. zabranjuje dužnički zatvor te uvodi moratorij kao alternativu likvidaciji dužnikove imovine. Moratorij je iznosio mjesec dana te se odnosio isključivo na trgovce te samo kada je imovina bila veća od obveza. Od 1880. počelo se razgovarati o izmjenama stečajnog zakonodavstva. Talijanska doktrina počela je doživljavati stečajno pravo više kao mjeru tržišta, a manje kao rezultat kriminalne djelatnosti poduzetnika. Ipak 1903. *moratoria* je zamijenjena s institutom *concordo preventivo*, koji se sastojao u dobrovoljnom dogovoru vjerovnika i dužnika s ciljem da se izbjegne stečajna procedura. Međutim i uvođenje ovakvog instituta nije ublažilo strogost talijanskog stečajnog zakonodavstva, čak je smanjila područje primjene jer je postupak bio otvaran samo prema trgovcima koji su jamčili povrat 40% dugovanih sredstava. Ovaj je institut smanjio mogućnost dogovora između vjerovnika i dužnika, što je dugo bila glavna karakteristika talijanskog zakonodavstva. Detaljnije *supra*, u bilj. 28.

38 SGARD, Jerom, The History of Market Discipline: Bankruptcy Law, Debt Discharge and Renegotiation in England and France (17th-19th century). Ceri/ Sciences-Po, Mimeo, 2009., str. 35.

srednjovjekovnog stečajnog prava nerazvijen je institucionalni okvir. Primjerice, u Francuskoj, broj prijedloga za pokretanjem stečajeva porastao je za oko 240% u razdoblju između 1840. i Prvog svjetskog rata, a tamošnji sud (*Tribunaux de Commerce*) jednostavno nije bio u mogućnosti razmotriti tako veliki broj predmeta. Isto je imalo za posljedicu isključivanje malih dužnika iz stečajne procedure. Do 1850., 20% slučajeva je odbacivano, a u posljednjih deset godina prije 1914., taj je omjer porastao, u prosjeku, oko 50% od ukupnog broja prijedloga. Takvi slučajevi su *de facto* prepušteni „neformalnom sektoru“.³⁹

Ipak, postupno, trendovi u politici, pravnoj doktrini i judikaturi, uz promjene u ekonomskom životu, postaju važni za razumijevanje prestanka dužničkog zatvora.⁴⁰ Takve reforme su smanjile ulogu i potrebu dužničkog zatvora od sredine 19. stoljeća, ali javna posramljena te stigmatizacija i dalje ostaju. Od ekonomskih razloga ističemo pojavljivanje ekonomskih društava, promjene na kreditnom tržištu i svijest o postojanju međunarodnih poslovnih krugova. Cijela ekonomska slika čini postojanje dužničkog zatvora zastarjelim, a nove ekonomske situacije dovode postupno i do nove legislative. Krajem 19. stoljeća, veći dio zapadnog svijeta u potrazi je za institutima u kojima velike poslovne grupacije mogu postati organizirane zbog ekonomskog samorazvitka, ali na način da budu ekonomski slobodne od središnje vlasti. Do 19. stoljeća zakonodavstvo većeg dijela Europe poznaje razliku između fizičke osobe (trgovca pojedinca), svojevrsnog društva ograničene odgovornosti i drugih oblika udruženja.⁴¹ U rastućim tržišnim gospodarstvima, isključivo kazneni, isključujući pristup otpustu duga, umanjuje poduzimanja poduzetničkih rizika. Dakle, osim pravednosti, ekonomska učinkovitost postaje važnije pitanje. Tu se vidi ozbiljnije promišljanje o sudbinama poštenih, ali nesretnih dužnika: to jest, trgovcima koji nisu počinili nikakav zločin svojom insolventnošću, a čiji bi građanski status i pristup tržištu trebao biti zaštićen, ili uvjetovan.⁴² Na kraju, jedini odgovor bio je otpust dugova, bilo kolektivnom odlukom vjerovnika ili putem sudske odluke.⁴³

39 MALONEY, William M., *Informality revisited*, *World Development*, vol. 20, 2004., no. 10, str. 1159-1178.

40 Za razloge prestanka dužničkog zatvora GRATZER, Karl; *Default and Imprisonment for Debt in Sweden: From the Lost Chances of a Ruined Life to the Lost Capital of a Bankrupt Company*, Part I: National macro-oriented studies, u GRATZER, STIEFEL, *op. cit.* u bilj. 20, str. 15-61.

41 Podrobnije BARBIĆ, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, Opći dio, Organizator, Zagreb, 1999., str. 45.

42 To je posebice izraženo u 20. stoljeću. Primjerice odluka Vrhovnog suda (*Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U. STR. 234, 244 (1934.)) s početka 20. stoljeća. Ona određuje da se „poštenom ali nesretnom dužniku koji preda zapljenivu imovinu početkom stečajnog postupka, daje novi financijski početak u životu, kako i za buduća nastojanja, neopterećenog prijašnjim dugovima (*...the honest but unfortunate debtor who surrenders for distribution the property which he owns at the time of bankruptcy, a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of preexisting debt*).

43 Kao što je Blackstone komentirao: „Tako u stečaju postaje jasno da čovjek opet [...] može postati koristan član Commonwealtha“. BLACKSTONE, *op. cit.*, u bilj. 19, str. 488.

Zaključujemo da je udaljšavanje od striktnih starovjekovnih razumijevanja odgovornosti bilo sporo. Ropstvo (*servitude, slavery*) je postupno zamijenjeno dužničkim zatvorom. Dužnički zatvor je stvoren kako bi se prisililo dužnike, koji su *a priori* shvaćeni kao lopovi, da otkriju podatke o eventualnoj imovini. Zakonodavci su prihvatili ideju da se dužnik oslobađa odgovornosti predajom imovine, čime je redefinirana insolventnost od grijeha prema riziku, od moralnog pada do ekonomskog pada.⁴⁴ Prelaskom od osobnih na imovinske sankcije građansko je pravo na svojevrsan način izrazilo slobodu osobe.⁴⁵ U intelektualnoj atmosferi (*De Condorcet, Voltaire, Montesquieu i Rousseau*) prožetoj revolucionarnim događajima na obje strane Atlantskog oceana, zahtijevane su još revolucionarnije promjene i ostvarenje donedavno nezamislivo smionih prava. Tomu govori činjenica da je 1834. britanska Parlamentarna komisija izradila izvješće iz kojeg se jasno vidi da dužnički zatvor egzistira u svakoj europskoj državi osim Portugala.⁴⁶ Tijekom XVIII. i XIX. stoljeća tjelesno kažnjavanje i zatvori nestaju, a dužnici su sve manje podvrgnuti stigmatizaciji. Nestajanje institucija dužničkog zatvora, u Austriji, 1866.; Francuskoj, 1866.; Engleskoj, 1869.; Belgiji, 1871.; Njemačkoj, 1871.; Austriji 1868.; Irskoj, 1872.; Danskoj, 1872.; Norveškoj, 1874.; Švicarskoj, 1874.; Italiji, 1877.; Švedskoj, 1877.; Finskoj 1895.; Škotskoj, 1877.; Belgiji, 1883.; Nizozemskoj, 1893. i Grčkoj, 1900.,⁴⁷ znači ulazak u završnu fazu i nastajanje, uvjetno govoreći, modernog insolventijskog zakonodavstva.⁴⁸

44 MANN, Bruce H., *The Republic of Debtors, Bankruptcy in the Age of American Independence*, London, Harvard University Press, 2002., str. 5.

45 Naime, osobna prava su tek 2005. postala objektom građanskog prava Zakonom o obveznim odnosima (NN, br. 88/05.). Detaljnije RADOLOVIĆ, Aldo, *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, Pravni fakultet, Zagreb, (doktorska disertacija), 1985.

46 GRATZER, *op. cit.* u bilj. 43, str. 17.

47 Podaci iz SGARD, Jerome, *The invention of modern bankruptcy law in Europe, 1808.-1914.*, paper presented to the first Economic history panel: Past, Present, and Policy on 'International financial integration', Vienna, 2005., str. 33.

48 Evolucijom zakonodavstva dolazi i do promjene terminologije. Naime, etimologija riječi bankrot potječe ili iz francuskog jezika *banque* što znači banka i *route* što znači put ili iz talijanskog jezika *bancorupto*. Poznati američki pravnik i vrhovni sudac SAD-a Story, citirajući Edwarda Corka, prihvaća francusku etimologiju. On nastavlja, objašnjavajući da je prva statutarina referenca koja se odnosi na riječ „bankrot“ nađena u Engleskom statutu iz 1571. te je glasila *An Act Touching Orders For Bankrupts 1571., Stat 13 Eliz I, c.7.* (Zakon protiv bankrotiranih dužnika), a francuski prijevod je *qui font banque route*. Neki leksikografi preferiraju „slikovitu“ talijansku etimologiju objašnjavajući da su posuđivači novca i trgovci u Firenci nudili svoje usluge na javnim mjestima, gdje bi postavili klupu. Ako nisu bili u stanju svojim vjerovnicima vratiti dugove, vjerovnici su slomili klupicu, što je predstavljalo poslovnu propast. Talijanski naziv za ovakvu retribuciju je *banca rotta* (*banca* od lat. *bancus* i *rotta* od lat. *ruputus*) što znači slomljena klupa (*broken bench*). Otuda i podrijetlo riječi stečajni dužnik (*bankrupt*). Podrobnije BLACKSTONE, *op. cit.* u bilj. 19, str. 472. Pri pisanju rada autori će koristiti naziv stečaj. Takvo imenovanje posljedica je tradicionalne uporabe naziva „stečaj“ u hrvatskom pravu. Prvi stečajni zakon, odnosno Stečajni red donesen je 18. srpnja 1853. SZ RH nastavio je ovu tradiciju unatoč predlaganju da ga se preimenuje u Insolventijski zakon jer se pod zajedničkim nazivom „stečajnog postupka“, regulira i cijeli niz drugih (ili drugačijih) postupaka. Naziv „Insolventijsko pravo“ po uzoru

2.3. Novi vijek – početak strukturalnih promjena stečajnog prava

Usprkos sličnim okolnostima koje su vodile do zahtjeva za promjenom stečajnog zakonodavstva u većini zemalja razvijenog svijeta, samo su neke (Engleska, Francuska, Njemačka, Italija i SAD) razvile, uvjetno govoreći, slična zakonodavna rješenja. Ta se sličnost oslikavala kroz dva elementa: pokušaj usklađivanja oprečnih interesa dužnika i vjerovnika, kao i uspostavljanje ravnoteže između sporazuma o reguliraju duga i prodaje imovine radi otplate duga. Ono što je za ovakvu raspravu zanimljivo je vremenski faktor, kao i dubina ekonomskih transformacija. Naime, englesko stečajno pravo se značajno promijenilo tijekom 18. i 19. stoljeća. To je vrijeme kada London, nije samo komercijalno najveće središte carstva, već i prvo veliko financijsko središte modernog svijeta, do sredine 19. stoljeća. Kao kozmopolitska zajednica, njegova trgovina se protezala do najudaljenijih dijelova svijeta. S druge strane, stečajna zakonodavstva Italije, Francuske, Belgije i SAD-a tek su u kasnom 19. stoljeću počela proživljavati svoju transformaciju.⁴⁹ Budući da je engleski zakonodavac počeo razvijati stečajno pravo prije drugih, od 1813. (*An Act for the Relief of Insolvent Debtors in England 1813*),⁵⁰ rezultati takve transformacije vidljivi su već 1883. kada je donesen relativno moderan Stečajni zakon (*Bankruptcy Act 1883*). Temelj postavljen Stečajnim zakonom 1883. s novelama 1890., 1913., 1914., 1926. i 1976. predstavlja osnovu stečajne procedure do 1986. kada je temeljem izvještaja Corkovog povjerenstva donesen Insolvencijski zakon (*Insolvency Act*)⁵¹. Paralelno s donošenjem takvog zakona, i druge zemlje anglosaksonskog i kontinentalnog svijeta donosile su zakone koji su svoju poboljšanu verziju doživjeli tek kasnih 1930-ih godina.⁵² Razdoblje 19. i 20. stoljeća vrijeme je ekonomskih transformacija, kulturnih promjena kao i općih institucionalnih promjena koje su, svakako, utjecale na razvoj stečajnog

na veći dio svijeta, zastupa i vladajuća doktrina, primjerice GARAŠIĆ, Jasnica, Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolvencijskog postupka prema hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 56, 2006., br. 2-3, str. 588. Termin „bankrot“ je, za sada, prisutan isključivo u financijskoj teoriji i odnosi se na pojam kako ga objašnjava JELČIĆ, Božidar; LONČARIĆ-HORVAT, Olivera; ŠIMOVIĆ, Jure i ARBUTINA, Hrvoje, Financijsko pravo i financijska znanost, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 619.

49 MARTINO, Paolo Di, The Historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up to 1939.: Determinants of Institutional Change and Structural Differences, u: GRATZER, STIEFEL, *op. cit.* u bilj. 20, str. 263.

50 Detaljnije TRIBE, John, A Definitive Bankruptcy and Related Subject Bibliography: From the Earliest Times to 1899 in Chronological Order, Centre for Insolvency Law and Policy, 2004.

51 Izvještaj je završen riječima ...postojeće stečajno pravo u toj mjeri je nezadovoljavajuće, da ako se ne usvoji novo zakonodavstvo, ono će u potpunosti propasti, stoga smatramo da je potreba za reformama urgentna i imperativna... danas je na snazi insolvencijski zakon iz 1986. (*Insolvency Act*), koji je samo djelomično usvojio preporuke Corkovog povjerenstva. Detaljnije RADOVIĆ, Vuk, Razvoj individualnog stečaja u anglosaksonskim zemljama, Strani pravni život, vol. 1, 2003., no. 1-3, str. 121-134.

52 MARTINO, *op. cit.*, str. 263.

prava. Zapadne zemlje su svjedoci masovne industrijalizacije, kao i promjena u shvaćanju koncepta duga. U takvim stalno mijenjajućim okolnostima „zastarjelo stečajno zakonodavstvo“ koje je bilo stvoreno tijekom industrijskih vremena i za nerazvijeno kreditno tržište, počelo se pokazivati kao neprimjereno. Općenito, nije se shvaćala potreba za učinkovitim stečajnim sustavom ili je u velikoj mjeri bila ignorirana.

2.3.1. Vrijeme tranzicije – prelazak na tržišno gospodarstvo

Tranzicijske promjene obilježile su razdoblje novije povijesti stečajnog prava. Niti jedan proces prije toga u kvantitativnom smislu nije više pridonio usklađivanju europskih stečajnih postupaka od tranzicije. Ako se cjelokupni proces tranzicije promatra kao i proces usklađivanja, u njemu su uočljive sve tendencije koje su istaknute u suvremenoj doktrini stečajnog prava. Tranzicija je polazno imala zajednički okvir. To je bilo vrijeme izrazito nepovoljnih ekonomskih kretanja. Kompetitivno okruženje je zastarjelo, prvenstveno zbog velikih neučinkovitih državnih poduzeća, zastarjele tehnologije, nezainteresiranih radnika, nedostatka tržišta i hiperinflacije. Poduzeća, u većini slučajeva nisu trebala kompetitivno okruženje, jer su imala monopol, a njihov produktivni kapacitet određivao se godišnjim odlukama partijskih čelnika. Sa zakonodavstvom u ekonomskoj oblasti situacija je bila gotovo očajna jer je većina pravne regulative bila loša u nomotehničkom smislu, što je nerijetko omogućavalo zlorab i pogrešna tumačenja. Uslijed nedostatnog znanja, ali i (negativnog) zajedničkog povijesnog iskustva, većina postsocijalističkih zemalja počele su oponašati zapadnjačke modele.⁵³ Ne smije se zaboraviti da su neke, danas moderne, zapadne tržišne ekonomije imale slične, tranzicijske, probleme 20-ih godina prošlog stoljeća. Primjerice, njemačke i austrijske banke, kao i osiguravajuća društva, tijekom nacističkog razdoblja bile su obvezne kupovati veliki broj državnih obveznica koje su nakon rata postale bezvrijedne. U konačnici sve su trebale bankrotirati, ali kako država nije mogla dopustiti kolaps cijele privrede, to je vodilo do raznih oblika državnog intervencionizma.⁵⁴

U počecima tranzicije, optimalni model kao i implementacija učinkovitog sustava generalne egzekucije, predstavlja ključan korak u postavljanju temelja uspješnog korporativnog upravljanja postkomunističkih ekonomija. Dosadašnja iskustva istočnoeuropskih i centralno europskih zemalja sa stečajem jasno naznačuju da ovakav korak, još, nije u potpunosti uspješno napravljen.⁵⁵ U prvotnim

53 Detaljnije CUDAHY, Richard D., *From Socialism to Capitalism: A Winding Road*, Chicago Journal of International Law, vol. 11, 2010-2011., no. 1, str. 39. *et seq.*

54 FIALSKI, Heiko, *Insolvency Law in the Federal Republic of Germany*, u OECD (ed.), *Corporate Bankruptcy and Reorganisation Procedures in OECD and Central and Eastern European Countries*, Paris, 1994., str. 21-32.

55 BUFFORD, Samuel L., *Bankruptcy Law in European Countries Emerging from Communism: The Special Legal and Economic Challenges*, American Bankruptcy Law Journal, vol. 70, 1996., no. 1, str. 459.

fazama tranzicije tržišta, 90-ih godina prošlog stoljeća, države su naslijedile veliki broj, i insolventnih, državnih poduzeća. Zakonodavci su na različit način reagirali na ovaj problem. Tako je u nekim zemljama vlada pokušala zaštititi velika poduzeća od stečaja na način da ih je izuzela iz stečajne procedure i potrošila značajna financijska sredstva da ih održi likvidnim (primjerice, Rusija).⁵⁶ Ipak, zbog brojnih razloga, prvenstveno zbog kratkoročnog političkog razmišljanja i pogrešne ekonomske politike, takva juristička matematika pokazala se krivom. Nužno je naglasiti da nepostojanje određenih instituta ne znači da je i stečajni zakon nedostatan. Jedinствена situacija u tranzicijskim gospodarstvima utječe na drugačije potrebe i zahtjeve za rješavanjem insolventnosti poslovnih subjekata. Kako se okolnosti u tranziciji mogu značajno razlikovati od onih u razvijenim tržišnim gospodarstvima, tranzicijska gospodarstva često razvijaju vlastita sredstva i tehnike za rješavanje tih okolnosti.⁵⁷ Stoga se u drugim zemlja problem pokušao riješiti drugačije, pa je tako u nekim zemljama zagovarano pokretanje velikog broja stečajnih postupaka (primjerice, Češka poslije 1993.),⁵⁸ dok se u trećim pokušalo nametanjem programa reorganizacije (primjerice, Poljska).⁵⁹ Konačno, stečajni zakon u tranzicijskim zemljama imao je jednu lošu karakteristiku, a to je „zaštitnički“ odnos prema dužniku. To može biti politički potrebno kako bi se spriječio pad proizvodnje i zaposlenosti, ali unatoč nekim iznimkama, kao što je slučaj Poljske, položaj vjerovnika bio je nezadovoljavajući. Zbog toga su vjerovnici u većini slučajeva malo sudjelovali u reorganizaciji i općenito smatrali financijsko tržište kao nesigurno. To je dovelo, ne samo do visoke kamatne stope, ali i znatno veće nesigurnosti naplate potraživanja u odnosu na tržišna gospodarstva zapadnih zemalja. S druge strane, stečajno zakonodavstvo zaštitnički je orijentirano prema dužniku i u SAD-u i Francuskoj, no pitanje može li tranzicijska zemlja, koja tek treba razviti tržište kapitala može dopustiti sebi da bude zaštitnički orijentirana. SAD i Francuska, oko 19. stoljeća, dale su veću važnost vjerovnicima. Tek u drugoj polovici dvadesetog stoljeća, kada su razvili svoje financijsko tržište, postaju više orijentirani prema zaštiti dužnika, što je sasvim razumljivo jer im se omogućuje otvorenije tržište, ali i mogućnost predvidljivih i izračunljivih gubitaka. Razvoju stečajnog prava pridonose i zahtjevi međunarodnih institucija, prvenstveno Svjetske banke za obnovu i razvoj i Međunarodnog monetarnog fonda, koji inzistiraju na reformama stečajnog zakonodavstva, pa su čak i u nekim slučajevima uvjetovali

56 COMMENTS, Brother, can you spare a Ruble? The Development of Bankruptcy Legislation in the New Russia, *Bankruptcy Development Journal*, vol. 10, 1993.-1994., no. 1, str. 343. *et seq.*

57 Detaljnije FALKE, *op. cit.* u bilj. 5, str. 115. *et seq.*

58 HASHI, Iraj; MIÁDEK, Jan i SINCLAIR, Alison, Bankruptcy and Owner-Led Liquidation in the Czech Republik, u: (Balcerowicz, L., Gray, C.W. i Hoshi, I., (eds.), *Enterprise Exit Processes in Transit Economies, Downsizing, Workouts, and Liquidation*, Budapest, Central European University Press, 1998.

59 GRAY, Cheryl W. i HOLLE, Arnold, Classical Exit Processes in Poland: Court Consiliation, Bankruptcy, and State Enterprise Liquidation, u: *op. cit.* u bilj. 61.

takve reforme da bi se određeni subjekt kvalificirao za dobivanje kredita.⁶⁰ Veliku ulogu je odigrala i Američka agencija za međunarodni razvoj (USAID) koja i danas financira i podržava razvoj mnogih tranzicijskih gospodarstava (primjerice, razvoj stečajnog prava u Bosni i Hercegovini).⁶¹

Već duže vrijeme pravna doktrina naglašava da je u međunarodnim okvirima prisutan trend koji za rezultat ima znatno izmijenjen pristup stečaju. Navodi se kako u nadolazećem vremenu ekonomskog rasta i deregulacije kreditnog tržišta cjelokupna funkcija stečaja treba biti više od čišćenje tržišta od nekonkurentnih subjekata. Nastaje ekonomska svijest o potrebi da se sagledaju te da se kroz stečaj pruže i druge funkcije osim onih koje kao krajnji rezultat imaju likvidaciju poslovnog subjekta.

2.3.2. *Pokušaj shvaćanja stečaja kao razvojne strategije*

Pravna doktrina smatra da je, osim tradicionalnog modela stečaja s prodajom pojedinačnih sredstava ili poduzeća u cjelini, u posljednja dva desetljeća razvijen i model reorganizacije (stečajnog plana, preustroja) (stečajnog) dužnika. U odnosu na postupak privatizacije, koji je bitna karakteristika razdoblja tranzicije, uočava se da se u reorganizaciji ipak radi o bitno različitim postupcima, i sa stajališta prirode samog postupka i razloga za njegovo pokretanje i u pogledu nadležnosti za provođenje i sudionike postupka. Model reorganizacije predstavlja provođenje mjera poslovnog ozdravljenja poduzeća u okviru stečajnog postupka, ako je to ekonomski moguće i svrsishodno. Na ovaj način se ne gubi identitet poslovnog subjekta, već se uz sudsku zaštitu i skupnim namirenjem vjerovnika ostvaruju preduvjeti za kvalitetnije poslovanje nakon dovršetka stečajnog postupka.

Model reorganizacije razvijen je u SAD-u (glava 11. Stečajnog zakonika) (par. 1101.-1174. *Bankruptcy Code (Chapter 11)*),⁶² i zahvaljujući pozitivnim rezultatima danas predstavlja sastavni dio većine modernih stečajnih zakonodavstava.⁶³ Hoće li će se primijeniti model likvidacijskog stečaja ili sanacijskog stečaja ovisi o konkretnom obliku poslovne krize u kojoj se nalazi poduzeće. Europska zakonodavstva sve više prihvaćaju mogućnost reorganizacije poduzeća putem stečajnog plana i tako učinkovitom preraspodjelom zarobljenih sredstava, postavljaju preduvjet za brže i uspješnije ozdravljenje cjelokupnog tržišta (i očuvanja radnih

60 Primjerice, INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Orderly and effective insolvency procedures*, Legal Department, Washington, 1999., str. 1-93.; THE WORLD BANK, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, 2001., str. 1-85.

61 Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca u FBiH, Modul 3, Reorganizacija stečajnog dužnika, Sarajevo, 2007., financira USAID.

62 Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Pub. L. No. 109-8, 119 Stat. 23 (2005.).

63 RAYMOND AZAR, Ziad, *Bankruptcy Policy: A Review and Critique of Bankruptcy Statutes and Practices in Fifty Countries Worldwide*, Cardozo Journal of International and Comparative Law, vol. 16, 2008, no. 1, str. 282. *et seq.*

mjesta).⁶⁴ Kao u slučaju s osobnim bankrotom, sve kontinentalne zemlje nemaju mogućnost postizanja reorganizacijskih planova. Doktrina navodi, da većina zemalja nije imala takvu mogućnost do nedavno. Padom komunizma, želja je europskih lidera stvoriti kompetitivno tržište, a reorganizacijski stečaj jedan je od modela.⁶⁵

Francusko uređenje stečajnog plana (fran. *Procédure de Sauvegarde*) zanimljivo je jer je orijentirano prema dužniku, čak i više od glave 11. Stečajnog zakonika SAD-a. Cilj je, ne samo, uspješno provesti postupak reorganizacije, nego i poticati postupak reorganizacije kroz rano utvrđivanje poslovnih poteškoća, a time i pravovremeno pokretanje sanacijskog stečajnog postupka.⁶⁶ Takav intervencionistički element je prisutan u francuskoj novijoj povijesti, što se odrazilo i na stečajno pravo. U konačnici, cilj je spriječiti otpuštanje radnika pod bilo koju cijenu.⁶⁷

S druge strane njemačko pravna regulacija stečajnog/insolventijskog plana (*Insolvenzplan*) (par. 217.-269. *Insolvenzordnung*)⁶⁸ dopušta, ali ne favorizira postupak reorganizacije. Naime, 1999. u Njemačkoj je na snagu stupio Insolventijski zakonik, a jedan od ciljeva je bio promicati sanacijski nasuprot likvidacijskog stečajnog postupka. Prijašnji stečajni zakon (*Konkursordnung*)⁶⁹ dopuštao je sklapanje prisilne nagodbe i u okviru stečajnog postupka, slično kao i *Vergleichsordnung*,⁷⁰ još stariji stečajni zakon. Koncept sanacijskog stečajnog plana, do nedavno, nije zaživio u njemačkoj stečajnoj/insolventijskoj kulturi.⁷¹ Ipak doktrina ukazuje da njemački zakonodavac, ali i poslovno okruženje, polako shvaća da reorganizacija poduzeća predstavlja (naj)optimalniji put rješavanja poslovnih poteškoća.

64 Detaljnije CVETKOVIĆ, Mirko, Komentar prijedloga Zakona o stečaju, CLDS, 2004. Bitno je spomenuti da je pitanje visoke stope nezaposlenosti danas ključno za sve ekonomije Europe. Gubitkom radnih mjesta nastaju višestruki negativni multiplikativni učinci na cjelokupno gospodarstvo. Jedan od njih je i smanjenje potražnje (potrošnje) na agregatnoj (ukupnoj) razini. Zato je cilj svake ekonomije minimalna nezaposlenost koja ne smije biti suprotna načelima konkurentnosti kao osnovnom tržišnom kriteriju.

65 Detaljnije FALKE, Mike, Community Interests: An Insolvency Objective in Transition Economies? Frankfurter Institut für Transformationsstudien, no. 01/02., str. 8.

66 MARTIN, Nathalie, *Que es la Diferencia: A Comparison of the First Days of a Chapter 11 Reorganization Case in the United States and Mexico*, U.S.- Mexico Law Journal, vol. 10, 2002., no. 1, str. 78- 85. te *Id.*, The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation, Boston College International and Comparative Law Review, vol. 28, 2005., no. 1, str. 45. *et seq.*

67 Svakako pogledati KORAL, Richard L., SORDINO, Marie-Christine, The New Bankruptcy Reorganization Law in France: Ten Years Later, American Bankruptcy Law Journal, vol. 70., 1996., str. 437. *et seq.*

68 Bundesgesetzblatt 1994., I str. 2866., posljednja izmjena BGB1, 2010., I, str. 1885.

69 Konkursordnung v. 10.2.1877. (R.G.B.I. S.351).

70 Gesamtvollstreckungsverordnung v. 6.6.1990. (G.B.I.DDR I S.285.).

71 Detaljnije PAULUS, Christoph G., The New German Insolvency Code, Texas International Law Journal, vol. 33, 1998., no. 1, str. 141., 143-144.

2.4. Razvoj suvremenog stečajnog prava

Nekoliko je uočljivih tendencija u aktualnom razvoju stečajnog prava u globalnim razmjerima. Prva je svojevrsna kriza funkcioniranja stečajnog postupka u velikom broju zemalja. Globalno tržišno poslovanje postavlja nove zahtjeve za djelovanje i usklađivanje stečajnog zakonodavstva. Stoga, slobodno možemo reći da je međunarodno stečajno pravo *ius constituendum*, pravo u nastajanju. Za sada postoje značajne prepreke za ulazak na nova tržišta (pri osnivanju novih poslovnih subjekata), ali i pri izlasku iz istih. Stoga jedan od ciljeva je, i kroz razvoj stečaja s međunarodnim/prekograničnim elementom, omogućiti investitorima da učinkovito mobiliziraju uloženi kapital u novu investiciju.⁷²

2.4.1. Noviji razvoj stečajnog prava u europskom pravnom prostoru

Jedan od ciljeva Europske unije pretpostavlja neometano prekogranično poslovanje gospodarskih subjekata. Iz takve perspektive podrazumijevaju se određeni preduvjeti u reguliranju pravnih posljedica prestanka djelovanja subjekata u situacijama koje financijski onemogućuju njihovo daljnje poslovanje. Ipak postupak postizanja ovakvog cilja iznimno je spor. Naime, pravna doktrina ukazuje da u ovom trenutku i na sadašnjem nivou razvoja koordinacije nacionalnih zakonodavstava zemalja članica izgleda suviše teško da se implementira jedinstveni postupak.⁷³

Stečajno pravo tradicionalno je regulirano nacionalnim zakonima.⁷⁴ U okviru takvog zakonodavstva, međunarodni učinci insolventijskog prava regulirani su kao dio međunarodnog privatnog i postupovnog prava, dok su međunarodni sporazumi o priznanju insolventijskih postupaka u drugoj državi, rijetki. Takav nedostatak suradnje je iznenađujući s obzirom na značaj insolventijskog prava za razvoj unutarnjeg i globalnog tržišta.

Materija međunarodnog insolventijskog prava dobiva svoje mjesto u pravnom sustavu EU-a tek posljednjih nekoliko desetljeća.⁷⁵ Naponi za stvaranje i zaključenje dokumenta koji bi regulirao pitanje međunarodnog insolventijskog prava započeli su 1960-ih u okviru Europske gospodarske zajednice. Nakon Konvencije o insolventijskom postupku u rujnu 1995.⁷⁶ i Razjašnjavajućeg izvještaja za

72 Detaljnije MALBAŠIĆ, Vladimir, Reorganizacija kao mjera za sprečavanje stečaja, Radni dokument, Beograd, 2005., str. 1-33.

73 BALTIĆ, Miloš, Revija za evropsko pravo, Načela evropskog stečajnog prava sa posebnim osvrtom na evropsku regulativu o stečajnim postupcima, Centar za pravo Evropske unije i Udruženje za pravo Evropske unije, Beograd, vol. 5, 2003., no. 1-3, str. 43. *et seq.*

74 TUNG, Frederick, Is International Bankruptcy Possible?, Michigan Journal of International Law, vol. 23, 2001., no. 1, str. 31.

75 Detaljnije VUKOVIĆ, Đuro, KUNŠTEK, Eduard, Međunarodno građansko procesno pravo, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2005., str. 463-466.

76 Vijeće Europske unije, Übereinkommens über Insolvenzverfahren 9213/1/95 REV 1, DRS 19 (CFC) od 20.9.2005. cit. prema GARAŠIĆ, Jasnica, Europska uredba o insolventijskim postupcima, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 26, 2005., no. 1, str. 260.

Konvenciju o insolventijskim postupcima u srpnju 1996.,⁷⁷ usvojena je Europska uredba o insolventijskom postupku od 29. svibnja 2000. (Uredba 1346/2000).⁷⁸ Uredba 1346/2000 ima neposredni učinak u svim državama članicama, osim u Danskoj.⁷⁹

2.4.2. Noviji razvoj stečajnog prava izvan europskog prostora

Primjeri prekograničnog utjecaja stečaja datiraju još od srednjeg vijeka.⁸⁰ Zanimljivost je da je važnost ujednačenog stečajnog prava za zajedničko tržište priznata i Ustavom SAD-a iz 1789., kojim je dodijeljena ovlast za reguliranje stečajnog prava na saveznoj razini „*Ustanoviti jedinstveni propis o prirodjenju, i jedinstvene zakone u predmetu stečaja širom Sjedinjenih Država*” (engl. *To establish a uniform rule of naturalization, and uniform laws on the subject of bankruptcies throughout the United State*) (par. 1., st. 8., t. 4. Ustav SAD-a).⁸¹ Američko stečajno pravo, filozofijom novog financijskog početka (engl. *fresh start*), kao i reorganizacijom kroz model osobne uprave (engl. *debtor-in-possession*), izrasta iz modela američkog kapitalizma. Prvo je nastala kapitalistička ekonomija, koja je ubrzo popraćena potrošačkim mentalizmom. Razvoj je pratilo i stečajno pravo. Danas druge zemlje pokušavaju stvoriti kompetitivnije tržište, pa i putem stečajnog zakonodavstva. Paralelno s deregulacijom i liberalizacijom tržišta, krediti postaju dostupni potrošačima. Stoga globalni trend postaje stvaranje zakona koji dopuštaju stečaj potrošačima,⁸² kao i prihvaćanje mogućnosti ostvarenja postupka

77 Vijeće Europske unije, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, 6500/1/96 REV 1, DRS 8 (CFC) od 8.7.1996. cit. prema *loc. cit.*

78 Council Regulation of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings (No 1346/2000/EC), OJ No L 160, 30/06/2000 str. 1-13. Vidi odjeljak 6. Detaljnije *loc. cit.*, str. 257-305.

79 Preambula 33. Danska, u skladu s člancima 1. i 2. Protokola o stajalištu Danske priloženog Ugovoru o Europskoj uniji i Ugovoru o osnivanju Europske zajednice, ne sudjeluje u donošenju ove Uredbe, koja je stoga ne obvezuje, niti se na nju ne primjenjuje (preambula 33. Uredbe 1346/2000) (engl. (33) *Denmark, in accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of Denmark annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, is not participating in the adoption of this Regulation, and is therefore not bound by it nor subject to its application*). Prijevod BABIĆ, Davor, JESSEL HOLST, Crista, Međunarodno privatno pravo – Zbirka unutarnjih, europskih i međunarodnih propisa, Narodne novine i Njemačko društvo za međunarodnu suradnju, Zagreb, 2011., str. 684. i 685. Isto vidi GARAŠIĆ, *op. cit.* u bilj. 79, str. 257. *et seq.* i COLOVIĆ, Vladimir, Suradnja sudova i drugih organa u građanskim stvarima u pravu Evropske unije, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009., str. 100. *et seq.*

80 Detaljnije BERAHO, Enoch K., The History and Evolution of Bankruptcy as an International Strategic Management Tool, International Journal of Strategic Change Management, vol. 2, 2010., no. 1, str. 1-17.

81 Prijevod SMERDEL, Branko, Ustav Sjedinjenih Američkih Država, Panliber, Osijek, 1994., str. 26.

82 Usprkos probou ideje liberalne ekonomske misli i slobode trgovine, proći će još puno vremena dok se ne uvidi potreba uvođenje stečaja svih fizičkih osoba (i potrošača), posebno ako uzmemo u obzir činjenicu da je predmetni institut uveden u Danskoj tek 1984., Francuskoj 1989., Finskoj i Norveškoj 1993., Švedskoj 1994., Austriji 1995., Njemačkoj

reorganizacije. Reforma američkoga Stečajnog zakonika, donošenjem *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act 2005.* privukla je mnogo pozornosti, prvenstveno, zbog velikih reformi vezanih uz stečaj potrošača, glave 7. ili glave 13. Stečajnog zakonika, ali i zbog implementacije glave 15. Stečajnog zakonika.⁸³ Osnovni cilj glave 15. definiranje je pravičnog i učinkovitog stečajnog postupka s međunarodnim elementom, kao i zaštita interesa svih vjerovnika, kao i dužnika.⁸⁴ Glava 15. u Stečajni zakonik, uvodi Model zakona o prekograničnoj insolventnosti (*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* - u daljnjem tekstu Model zakona)⁸⁵ (par. 1501. 11 U.S.C.).⁸⁶ Budući da je glava 15. Stečajnog zakonika donesena sukladno pravilima Modela zakona, bilo bi logično i potrebno da američka stručna javnost pri interpretaciji Model zakona koristi iskustva drugih zemalja koje su ga uvele u pozitivno pravo, radi postizanja uniformiranosti stečajeva s međunarodnim elementom (par. 1508. 11 U.S.C.).⁸⁷

2.4.3. Negativne posljedice razvoja stečajnog prava

Iako se potreba za izmjenom propisa o stečaju i njihovom prilagođavanju novim uvjetima uvidjela odavno, a uzroci koji su to zahtijevali nisu došli naglo i neočekivano, cijeli proces s institucionalnog aspekta tekao je dosta sporo. Naime, neophodnost suradnje u stečajnom postupku sa stranim elementom proizlazi iz stalne opasnosti zlorabe prava i izigravanja vjerovnika, odnosno, pokušaja oštećenja vjerovnika od stečajnog dužnika, koji bi prebacivanjem imovine u neku

1999., Nizozemskoj i Belgiji od 1998., Sloveniji 2008., Grčkoj 2010., a još nije uvedene primjerice u Italiji i Hrvatskoj. Detaljnije KILBORN, J. Jason, *Comparative Consumer Bankruptcy*, Comparative Law Series, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2007., str. 9 -11. te IVANJKO, Šime, Individualni stečaj u Sloveniji, *Pravni život*, vol. 57, 2008., no. 12, str. 51-63. U Hrvatskoj za sada samo postoje Polazne osnove za uvođenje Instituta osobnog bankrota, Ministarstvo pravosuđa (Nacrt), Zagreb, siječanj 2011., str. 1-30.

83 Detaljnije WESTBROOK, Jay Lawrence, Chapter 15 and Discharge, *American Bankruptcy Institute Law Review*, vol. 13, 2005., str. 503.

84 ČOLOVIĆ, Vladimir, Institut *Comity* u međunarodnom stečaju (s posebnim osvrtom na pravo SAD), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011., str. 75. *et seq.*

85 Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law, br. 8. Official Records of the General Assembly, Fifty-second Session, Supplement No. 17 (A/52/17), par. 221-222. Vidi GARAŠIĆ, Jasnica, UNCITRAL-ov Model zakona o prekograničnoj insolventnosti, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, vol. 56, 2006., Posebni broj, str. 649-668.

86 Detaljnije ELKIN, Judith; SMITH, Autumn, Chapter 15 of the U. STR. Bankruptcy Code: New Procedures for Cross Border Insolvencies, *Practising Law Institute Commercial Law and Practice Course Handbook Series (PLI/Comm)*, vol. 888, 2006., no. 1, str. 9. i 15. Njime je zamijenjena 11 U.S.C. par. 304. Bankruptcy Reform Act of 1978, Pub. L. 95-598, 92 Stat. 2560 (codified 11 U.S.C. par. 304 (1978), repealed by 11 U.S.C. par. 1501.). Iako je veliki dio BAPCE odmah stupio na snagu, značajan dio odredbi glave 15. Stečajnog zakonika stupio je na snagu 17. listopada, 2005. (par. 1501.(a), BAPCPA).

87 Regionalni sporazumi o stečaju zaključivani su i u Latinskoj Americi. Detaljnije BENES FELSBERG, Thomas; FERNANDO, Paulo, FILHO, Campana, *Corporate Bankruptcy and Reorganization in Brazil: National and Cross-border Perspectives*, Norton Annual Review of International Insolvency, vol. 1, 2009., no. 1, str. 275., 293.

drugu državu to i učinio. Zbog toga je potrebno regulirati suradnju, na prvom mjestu, stečajnih upravitelja i sudova, ali i ostalih subjekata, kako bi se time omogućila koordinacija i različitih stečajnih postupaka koji se mogu pokrenuti i voditi protiv istog stečajnog dužnika. Cilj je vođenja više stečajnih postupaka protiv istog stečajnog dužnika stvaranje jedinstvene stečajne mase iz koje će se namiriti vjerovnici.⁸⁸

S druge strane Atlantika, u Europi, postoji problem, tzv. *forum shoppinga* gdje predlagatelj odlučuje gdje će podnijeti prijedlog za stečaj. To predstavlja najlakši način oslobođenja od dugova i otvara mogućnost alokacije kapitala u druge svrhe, bez odgovornosti za prijašnji dug.⁸⁹ Stoga su i u Europskoj uniji, koja je stvorila i uspostavila zajedničko tržište za više stotina milijuna ljudi iz različitih zemalja članica, prisutne brojne razlike (preambula 11. Uredbe 1346/2000), pa se zadatak stvaranja stvarnog, zajedničkog, međunacionalnog stečajnog prava katkad čini otežanim, pogotovo u svjetlu preambule 2. i 22. Uredbe 1346/2000 gdje se određuje da se prekogranični stečajni postupci trebaju odvijati *učinkovito, djelotvorno i hitno*.

3. OSVRT NA HRVATSKU POVIJEST STEČAJNOG PRAVA

3.1. *Regulativa do donošenja Stečajnog zakona 1997. (NN, br. 44/96.)*

Hrvatska država narodnih vladara od IX. stoljeća do 1102. bila je na razmeđu različitih utjecaja srednjovjekovnog prava. Osobito su važan izvor srednjovjekovni statuti primorskih gradova i otoka.⁹⁰ O ispunjavanju obveza, pogotovo o postupanju s pojedincima koji ne ispunjavaju svoje obveze u staroj državi sačuvano je premalo podataka, a i oni koji su sačuvani, sukladno shvaćanjima doktrine, otvaraju svojom kompleksnošću mnoge pravno povijesne probleme koje ovdje nije moguće obraditi.

Jedan od starijih podataka nalazimo u Supetarskom kartularu (zapis 214), rukopisu iz XI.-XII. stoljeća s prostora Poljica. Uočljiva je osobna ovisnost koja prestaje plaćanjem dužnog iznosa, uz poštivanje prava ostalih članova obitelji nad obiteljskim nekretninama.⁹¹ Nije riječ o klasičnom ropstvu nego o slugama (*servima*) koji su bili ovisni, „vezani“ uz gospodara, ali na taj način su dobivali i zaštitu gospodara, a to je bio ugledan samostan.

Odluke Slavenskog sabora iz 1273. pod toč. 7. spominju: „u novčanim predmetima osuđeni tuženik ne smije se nikako zatvoriti, osim ako je očito da nema ni novaca ni nekretnina.“⁹²

88 ČOLOVIĆ, *op. cit.* u bilj. 82, str. 100. *et seq*

89 RINGE, Wolf-Georg, Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation, European Business Organization Law Review, vol. 9, 2008., no. 1, str. 579. *et seq*.

90 BARTULOVIĆ, Željko, Povijest hrvatskog prava i države (kompendij), Rijeka 2009., str. 8. Podrobnije SIROTKOVIĆ, Hodimir, MARGETIĆ, Lujo, Povijest države i prava naroda Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, II. izd., Školska knjiga, Zagreb, 1990., str. 32.

91 MARGETIĆ, Lujo, SIROTKOVIĆ, Hodimir i BARTULOVIĆ, Željko, Vrela iz pravne povijesti naroda SFR Jugoslavije, Pravni fakultet, Rijeka, 1989., str. 21.

92 *Ibid.*, str. 31.

Zanimljivo je rješenje Dubrovačkog statuta iz 1272. (knj. III., gl. 26.) koje oslobađa nasljednike dugova koje ostavitelj nije izričito prenio na njih: „Ako netko zahtijeva svoje potraživanje od svog dužnika na samrti i taj dužnik odgovori: „spreman sam da ti platim, učini da kurija dođe ovamo“, određujemo; ako tražitelj ne dovede kuriju do bolesna dužnika, taj vjerovnik ili drugi za njega ne može poslije smrti dužnika tražiti dugo od nasljednika...”⁹³

Senjski statut iz 1388. sadrži posebnu pravnu ustanovu u svezi s ostvarivanjem tražbina koja se zove “*navod*” (članak 41.): “Nadalje su utvrdili da onaj građanin koji je osuđen ili je priznao da treba platiti neki dug, treba imati rok od 8 dana za plaćanje drugom građaninu; ako unutar tih (dana) ne plati, devetoga dana treba mu učiniti “*navod*” do večeri devetoga dana, pa ako ne plati, osuđuje se na 4 libre u korist suda, s tim da ako je dozvolio da dođe do “*navoda*” dade tužitelju zalog u nekoj dragocjenosti. Ako je pak osmog dana građanin dao za namirenje duga građaninu neku nekretninu, tužitelj je dužan uzeti je i prodati u skladu s pravnim običajem Senja, i to za plaćanje svoga duga i troškova pisara i pristava. A ako tužitelj ne zahtijeva svoje pravo odmah i neposredno, gubi sve što je učinio i (treba) ponovno otpočeti spomenuti spor.”

Članak 42. odnosi se na potraživanja stranaca: “Nadalje su utvrdili da bilo stranac bilo domaći treba platiti strancu ono što je dužan unutar tri dana, pa ako u tom roku ne plati, četvrtoga dana treba dati zalog u nekoj dragocjenosti, a ako ga nema, treba dati drugi zalog, koji treba prodati domaćem, a ne strancu, s tim da ga može uvijek zahtijevati unutar 8 dana, jer inače pripada kupcu, ali uvijek uz priuzdržaj “*navoda*”. Vjerovnik stranac nalazi se u nešto povoljnijem položaju zbog mogućnosti bržeg ostvarivanja svojih potraživanja. On “*navod*” vrši već četvrtog dana. Dužnik, građanin Senja ili stranac, daju mu pokretnu ili nepokretnu stvar radi namirenja. Stranac će založenu stvar prodati i u roku osam dana dobiti cijenu jer istekom roka stvar pripada kupcu. Međutim, vjerovnik zadržava svoje pravo “*navoda*”.”⁹⁴

Vidljivo je da se zabranjuju namirenja tražbina između stanovnika dvaju kaštela uz uporabu samopomoći. Propisan je određen postupak koji sadrži, “*međukaštelski*” element jer u procjenjivanju štete sudjeluje jedan sudac iz svakog kaštela, a u čitavom postupku sudski organi oba kaštela. Posebno se zabrana represalija vidi iz glave 5: „Nadalje određuju da se ne mogu naplatiti baščanski podknežini (izravno) nad bilo kojim Vrbničaninom na temelju presude, a ni vrbanski nad Baščaninom, nego treba da pišu jedan drugome: “taj je na toliko osuđen”, pa taj (drugi) treba utjerati i predati gospodaru grada odakle je čovjek. Ako bi (ipak) plijenio u (drugom) gradu, neka plati sudac, ili onaj koji pošalje plijeniti, libra 26.”

Propisom je zabrana represalija proširena na sve sporove i tražbine koja su presuđena u pojedinom kaštelu. Potknežin kaštela u kojem živi dužnik mora od njega utjerati potraživanje i predati ga gospodaru drugoga grada, tj. knezu koji

93 *Ibid.*, str. 49.

94 BARTULOVIĆ, Željko, Neka pitanja stvarnih i obveznih prava, Vinodolski zakon (1288.), Krčki i Senjski statut (1388.), Matica hrvatska – Ogranak Rijeke, Rijeka, 1997., str. 166-170.

upravlja kaštelom. No, što ako protivna strana (potknežin i sud) drži da je njihov sugrađanin neopravdano osuđen? Vjerojatno je dolazilo do novoga spora pred otočkim vijećem ili knezovima. Možda su tada vjerovnik i organi kaštela u kojem on živi ipak pribjegavali represaliji kao krajnjem sredstvu ostvarenja potraživanja, mada je to dovodilo do daljnjih problema koje su se nastojali izbjeći ovim sporazumom.

Rješenje ne odudara od onih u drugim statutima na obali Jadrana, primjerice Šibenika (*lib. II., cap. 74. i 75.*),⁹⁵ Splita (*lib. VI., cap. 6. i 7.*)⁹⁶ i Trogira (*lib. III., cap. 58.*)⁹⁷ Taj je postupak tekao ovako. Ako je netko bio opljačkan na području izvan svoje komune ili bi imao neka potraživanja koja nije mogao ostvariti, dužan je obratiti se svojoj komuni s prijavom potraživanja. Službenik komune dužan je pokušati mirno riješiti spor. On bi se obratio komuni ili državi u kojoj je živio dužnik tražeći da ta osoba ispuni obvezu spram vjerovnika. Ako je i ponovljeni pokušaj ostao uzaludan nastojala se utvrditi visina potraživanja. O tomu je službenik izvješćivao viši organ komune, koji je odlučivao hoće li će se i kako izvršiti represalija. Ako bi viši organ pozitivno odlučio vjerovniku se ispostavljala posebna dozvola - *carta repressaliarum*. Ona predstavlja pismeno ovlaštenje za zapljenu imovine bilo kojega građanina komune ili države kojoj pripada dužnik ili same komune (države) kako bi namirio svoje potraživanje. Vjerojatno su tako zaplijenjene stvari morale biti pohranjene kod službenika koji bi još jednom pozvao komunu (državu) dužnika da izmiri tražbinu. Ako bi se i tada oglašili, procjenitelji bi izvršili procjenu vrijednosti zaplijenjenih stvari i dosudili ih vjerovniku.⁹⁸

Ipak, postupno u 14. i 15. stoljeću dolazi do napuštanja represalija budući da je razvoj, i trgovine i poduzetništva, zahtijevao mirno rješavanje sporova.⁹⁹ Prvi stečajni zakon, odnosno Stečajni red donesen je 18. srpnja 1853.¹⁰⁰ Privremeni stečajni red je zamijenjen Stečajnim zakonom iz 1897. Kako se ističe u vladinom obrazloženju kao uzor pri izradi su poslužili Stečajni zakon ugarski (zak. čl. XVII.

95 Detaljnije Knjiga statuta, zakona i reformacija grada Šibenika, Povremena izdanja grada Šibenika, Sv. 9, Šibenik, 1982., str. 90-91.

96 Detaljnije CVITANIĆ, Antun, Statut Grada Splita, II. izd., Split, 1987., str. 275-277.

97 Detaljnije BERKET, Marin, CVITANIĆ, Antun, GLIGO, Vedran, Statut grada Trogira, Književni krug, Split, 1988., str. 153.

98 CVITANIĆ, Antun, Naše srednjovjekovno pomorsko pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 16, 1979., str. 213.

99 Zanimljivo je bilo pitanje ostvarivanja potraživanja trgovca i ugostitelja. Naime, Statut grada Krka iz XVI. stoljeća (Knj. I, gl. 21., st. 13.) govori o krčaninu koji ne plati vino i bez dopuštenja gostioničaru drsko otiđe, a da nije dao zalog. Nama je zanimljivo ostvarivanje potraživanja od stranca (Knj. I, gl. 211., st. 14.). Dok je prema mještanima bio blag, prema strancu koji ne plati ili ne da zalog ili jamca gostioničar može: sam oduzeti košulju ili koji drugi zalog radi svog osiguranja... (ali bez) udaraca do krvi. Detaljnije LUSARDI, Aldo; BESTA, Enrico, Statuta Veglea, Milano, 1945., str. 125, lib. II. cap. 21., 13.

100 Usp. institut bio je na snazi i u tadašnjoj Srbiji, odnosno prvoj kodifikaciji Stečajnog prava u Srbiji, Stečajnom zakonu iz 1861. U Crnoj Gori je zakon koji je uređivao materiju stečaja nad svim fizičkim osobama donesen tek 1930. Detaljnije RADOVIĆ, Vuk, Individualni stečaj, Dosije, Beograd, 2006., str. 68-69.

1881.), Stečajni zakon austrijski od 25. prosinca 1868. i Stečajni zakon njemačkog carstva od 10. veljače 1877., s tim da u tadašnjem našem stečajnom zakonu ima ustanova koje nije prihvatio niti njemački, ni austrijski ni ugarski zakon. Inače, zakon je dosta kritizirala tadašnja doktrina, i to prvenstveno zbog činjenice da se ne odlikuje osobitom jasnoćom, zbog čega se može pribrojiti među najnejasnije zakone koje je tadašnja država imala. Nadalje, isti su isticali da se njegovoj nejasnoći pridonosi i činjenica da nije pisan jednostavnim jezikom te da nije pregledan, te da je dosadašnji Stečajni red bio svakako jasniji i pregledniji.¹⁰¹ On je ostao na snazi i nakon formiranja Kraljevine SHS (Srba, Hrvata i Slovenaca) 1918., do donošenja Stečajnog zakona i Zakona o prinudnom poravnavanju van stečaja 1929., koji je sukladno shvaćanjima doktrine slijedio uzor odgovarajućih austrijskih Zakona iz 1914.¹⁰² Temeljene karakteristike ovog zakona bile su sljedeće: vjerovnicima je osigurana veća zaštita od zloupotreba dužnika, autonomija vjerovnika je svedena na pravu mjeru, precizno je definirano pobijanje pravnih radnji, propisano je da založna i druga prava odvojenog namirenja koja su stečena u određeno vrijeme prije otvaranja stečaja gube pravnu snagu, u stečajnom postupku važniju ulogu dobiva stečajni sudac, čime je znatno ubrzan stečajni postupak, uvođenje nagrade stečajnom upravitelju i uspostavljanje njegove odgovornosti doprinosi učinkovitosti postupka i stečajno pravne zaštite.¹⁰³

Godine 1939., 26. kolovoza donesena je Uredba o Banovini Hrvatskoj. Njom su bile određene i njene nadležnosti, tako da je temeljem čl. 2., st. 3., t. 9. stečajno pravo ostalo u nadležnosti državne centralne vlasti. Nakon Drugog svjetskog rata smatralo se da su pravna pravila prijašnjeg stečajnog prava u suprotnosti s novim pravnim poretom te stoga nisu bila primjenjivana.

Od Drugog svjetskog rata pa do danas bilo je više promjena u sferi stečajne regulative koje su prije svega bile izraz specifičnosti i uvjeta koji su vladali u našoj privredi.¹⁰⁴

101 Podrobnije RUŠNOV, Adolf, Zakon o pobijanju pravnih djela glede imovine insolventna dužnika od 24. ožujka 1897. i Stečajni zakon od 28. ožujka uz uporabu obrazloženja Vladine osnove, Tisak i naklada knjižare L. Hartmana (Kugli i Deutsch), Zagreb, Ilica 30, Predgovor.

102 Detaljnije DIKA, Mihajlo, Insolventijsko pravo, Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 1. Podrobnije VERONA, Antun; ZUGLIA, Srećko, Stečajni zakon, Zakon o prinudnom poravnavanju i Zakon o uvođenju u život tih zakona, s komentarom, sudskim rješidbama i dodatkom sporednih pravnih propisa, tisak Jugoslavenske štampe, Zagreb, 1930., str. III. Inače Stečajni zakon je od 28. ožujka 1897., objavljen u Sbornik zakonah i naredbah valjanih za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju, Komad VIII, 1897.

103 Detaljnije JOVANOVIĆ ZATILJA, Milena, Poverioci u stečaju, Pravni fakultet, Beograd, 2003., str. 12-17.

104 Uredba o prestanku poduzeća i radnji 1953. (Sl. list SFRJ, br. 51/53., 49/56., 53/61. i 52/62.). Njom je prestala i mogućnost za djelovanje javnih trgovačkih društava. Od društava ostalo je jedino ortaštvo (tada zvano ortakluk) koji je uređivan odredbama Općeg građanskog zakonika što su se primjenjivale kao pravna pravila. Detaljnije BARBIĆ, Jakša, Utjecaj njemačkog prava na stvaranje hrvatskog prava društva, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 44, 2007., br. 3-4, str. 341. Zakon o prisilnom poravnavanju i stečaju, Sl. list SFRJ, br. 15/65., 55/69., 39/72. i 16/74. je uveo stečaj nad imovinom dužnika. Naravno, stečaj je bio mogućnost ako nije bilo uspješno saniranje poduzeća. Zakon je razradio institut stečaja,

Hrvatska je posljednjih dvadeset godina prošla trnoviti put od samoupravnog socijalizma do osamostaljenja i prelaska na tržišnu ekonomiju, zatim agresivnog rata te procesa tranzicije koji još uvijek traje. Za vrijeme SFRJ i primjene modela samoupravljanja i centralno upravljenog gospodarstva ishod poslovnih poteškoća poduzeća bio je ovisan o političkim odlukama, stoga su poslovni neuspjesi državnih poduzeća sanirani, uvjetno govoreći, na teret inflacije.¹⁰⁵ Stečajno zakonodavstvo u našoj zemlji je, uostalom kao i cjelokupno pravo, bilo u izravnoj vezi s karakteristikama važećih društveno-ekonomskih odnosa. Premda je sustav samoupravljanja ostavio nešto prostora konkurenciji i samostalnom djelovanju gospodarskih subjekata, prelazak na tržišnu ekonomiju značio je niz prilagodbi i reformi unutar financijskog sustava u Hrvatskoj, sve u funkciji gospodarskog razvoja te maksimiziranja društvenog blagostanja.¹⁰⁶ Slijedom toga, prvo dolazi do novele Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji 1994. (NN, br. 9/94.). Novo stečajno pravo uređeno je Stečajnim zakonom od 15. svibnja 1996. (NN, br. 44/96.). Zakon je stupio na snagu 1. siječnja 1997. kada je prestao važiti Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (čl. 341. Stečajnog zakona iz 1997.).

3.2. Reforme poslije donošenja Stečajnog zakona 1997. (NN, br. 44/96.)

Polazište za novi zakon o stečaju kod nas bio je njemački *Insolvenzgesetz* zakonik (*Insolvenzordnung*) iz 1999. koji je i sam radikalno izmijenio njemačko stečajno zakonodavstvo.¹⁰⁷ Novi je zakon napustio neke od odredbi Zakona o

razloge za uvođenje stečaja, stečajni postupak, pravne posljedice uvođenja stečaja, ispitivanje prijavljenih potraživanja, unovčenje imovine poduzeća i niz drugih instituta. Stečaj fizičkih osoba nije bio poznat. Detaljnije VELIMIROVIĆ, Mihailo, Materijalno pravni uslovi stečaja privrednih organizacija, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1965., str. 101-124. Sanacija je u to vrijeme bila uređivana Zakonom o uslovima i postupku sanacije organizacija udruženog rada (Sl. list, br. 39/72., 5/73. i 71/73.) i Zakonom o uslovima i postupku sanacije (Sl. list SFRJ, br. 58/76., 20/77., 5/78. i 9/79.). Osnova za uređenje sanacije i stečaja bila je u čl. 48. Ustava SFRJ. Nakon donošenja Ustava te Zakona o udruženom radu i Zakon o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada (Sl. list, br. 41/80., 25/81., 28/83., 20/84., 7/85., 39/85., 9/86. i 43/86.) obuhvatio je sanaciju i stečaj, a u okviru stečaja i prinudno poravnavanje. Stečaj fizičkih osoba također nije bio reguliran predmetnom materijom. Spomenimo još dva zakona bitna za materiju stečajnog prava. To su Zakon o financijskom poslovanju iz 1989. Sl. list SFRJ, br. 10/89., 26/89., 35/89., 58/89. te Zakon o sanaciji, stečaju, likvidaciji banka i drugih financijskih organizacija iz 1989., Sl. list SFRJ, br. 84/89. Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji iz 1989. Sl. list SFRJ, br. 84/89. Hrvatska je preuzela nakon osamostaljenja, NN, br. 53/91. Stupanjem na snagu Stečajnog zakona (NN, br. 44/96., stupio na snagu 1. siječnja 1997.) prestao je važiti Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (NN, br. 54/94.), osim Glave VI. - Stečaj i likvidacija banaka. Navedena legislativa također nije regulirala stečaj fizičkih osoba. Detaljnije DIKA, Mihajlo, (ur.), *Sanacija i stečaj organizacija udruženog rada*, Zbornik radova, Pravni fakultet i Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb, 1988., str. 198-213.

105 Detaljnije SAJTER, Domagoj, *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranje u stečaju*, Ekonomski fakultet, Osijek, 2008., str. 24. te DIKA, *op. cit.* u bilj. 105, str. 2.

106 Podrobnije JURKOVIĆ, Pero, *Financijske teme i dileme: Doprinos raspravi o financijskim reformama u zemljama u tranziciji*, Ekonomski fakultet i Mikrorad, Zagreb, 2006., str. 195.

107 PAULUS, *op. cit.* u bilj. 74, str. 141.

prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji, koji je stečajnog dužnika stavljao u povoljniji položaj u odnosu na vjerovnika. Pored toga, stari zakon nije osiguravao učinkovito provođenje stečajnog postupka te nije sadržavao odredbe koje bi omogućile uspješnu reorganizaciju stečajnog dužnika. Model stečajnog plana, u suvremenom obliku, uveden je u pravni sistem donošenjem (novog) Stečajnog zakona 1997. Do tada je postojalo samo prinudno poravnanje i zbog toga se može reći da su u tom segmentu izvršene značajnije izmjene stečajne regulative. Novim zakonom o stečaju promijenjeni su preduvjeti za otvaranje stečajnog postupka, kao i pravne posljedice koje proizlaze s otvaranjem postupka. Uloge stranaka u stečaju također su redefinirane, posebno uloga vjerovnika i stečajnog upravitelja. To je prvenstveno zbog činjenice da je uloga stečajnog upravitelja, koji je glavno operativno stečajnog postupka, vrlo složena. On u suradnji i pod nadzorom stečajnog suca, provodi stečajni postupak. Stoga su za ovu funkciju propisani posebni uvjeti. Usvajanjem novog i suvremenog zakona, pravno je regulirana oblast stečaja u našoj zemlji, a s postupnim usklađivanjem ove regulative sa stečajnom legislativom zapadnoeuropskih zemalja, stvoreni su pravni uvjeti za provođenje stečaja.¹⁰⁸

3.3. Pogled na hrvatsko stečajno pravo kroz prizmu razvoja suvremenog stečajnog prava

Suvremene gospodarske reforme koje su u tijeku u našoj zemlji ne mogu same po sebi prevazići anakronizme prošlosti koje je postulirao prijašnji sustav upravljanja. Zato je neophodno izvršiti korjenite gospodarske promjene kojima bi se olakšalo prekogranično poslovanje sa zemljama Europske unije.¹⁰⁹ Jedan od njih je svakako i stečajno zakonodavstvo. Promatrajući hrvatsko stečajno pravo slobodno možemo reći da su stečajna zakonodavstva na europskoj razini, u koje spada i hrvatsko, u načelu, usuglašena. Načelno govoreći, pozitivno-pravna stečajna regulativa, u osnovi, predstavlja ozbiljan pomak za ovu tranzicijsku fazu. Karakteristike novog zakona su takve da je naša regulativa iz ove oblasti sada u velikoj mjeri u skladu s modernim svjetskim rješenjima, iako se i na ovaj zakon mogu čuti primjedbe. Primjerice, donošenjem istog znatno je unaprijeđen stečajni postupak, ali je praksa u primjeni navedenoga zakona ukazala na postojanje niza problema.¹¹⁰ Jedan od njih je svakako neprimjenjivanje stečajnog zakonodavstva, odnosno činjenica da se na svega 5% insolventnih pravnih osoba otvara stečajni postupak, a ostalima se tolerira poslovanje u dubokoj insolventnosti.¹¹¹

108 DIKA, *op. cit.* u bilj. 105, str. 1-52.

109 Za položaj i razvoj stečajnog prava, međunarodnog i hrvatskog u okviru međunarodnog građanskog procesnog prava VUKOVIĆ, Đuro; KUNŠTEK, Eduard, *op. cit.*, str. 463-487.

110 U tom pogledu svakako su zanimljiva razmišljanja suca koja ukazuju na niz praktičnih problema. Detaljnije ŠIMUNDIĆ, Mladen, Stečajni postupak u praksi, dostupno na: www.sudacka-mreza.hr, (12.2.2011.), str. 1-27.

111 Za podatke vidi ŠVERKO GRDIĆ, Zvonimira; RADOLOVIĆ, Jasminka i BAGARIĆ, Lidija, Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji, *Ekonomski pregled*, vol. 60, 2009., no. 5-6, str. 250. *et seq.*; SAJTER, Domagoj, Regionalna indiciranost stečajeve

Za sada se stečajni postupak doživljava kao fatalni ishod odnosno „smrt“ poduzeća.¹¹² Gospodarski šokovi koje hrvatska proživljava uvelike utječu na formiranje instituta stečajnog prava. Naime, doktrina naglašava da su nerijetko velike krize služile kao kataklizmički element, u smislu da se stečajno zakonodavstvo nerijetko nakon velikih kriza mijenja *in favorem* dužnika.¹¹³ Ista je situacija i u hrvatskom stečajnom pravu gdje su se zadnjom i predzadnjom izmjenom (NN, br. 116/10. i 25/12.) uvele promjene radi funkcionalizacije, ubrzanja i pojeftinjenja stečajno-pravne zaštite stvaranjem jeftinijeg i bržeg postupka za insolventne dužnike, ali i lakše namirenje radnika stečajnog dužnika.

4. UMJESTO ZAKLJUČKA

Pojam stečaja mnogi vezuju uz probleme moderne svjetske ekonomije, iako je to pitanje mnogo starije i datira još iz prošlosti. Ako je sukladno shvaćanjima Hegela, filozofija *svoje vrijeme mislima obuhvaćeno*¹¹⁴ onda je surovost filozofija koja je obuhvaćala začetke stečajnog zakonodavstva (*fallitus ergo fraudator*).

Europska zakonodavstva jako dugo egzistiraju bez stečajnog sustava. Iako se začeci stečajne regulative uočavaju u razdoblju srednjovjekovnih talijanskih trgovačkih gradova 13. i 14. stoljeća, prvi moderniji temelji stečajnog prava postavljeni su tek u Francuskoj, Trgovačkim zakonom Francuske, poznatijim kao Napoleonov *Code de commerce*, koji je uz brojne izmjene i dopune i danas na snazi. To je vrijeme 19. i 20. stoljeća, kada tjelesno kažnjavanje i zatvori postupno nestaju, a dužnici sve manje bivaju podvrgnuti stigmatizaciji.¹¹⁵ Do polovice 19. stoljeća

u Republici Hrvatskoj, Ekonomski vjesnik, Ekonomski fakultet u Osijeku, br. 1 i 2, 2007., str. 31-42.; *Id.*, Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, 2010, no. 1, str. 742.; LESAR, Dragutin, Hrvatski sabor, Klub zastupnika: Hrvatskih laburista – Stranke rada, Pregled podataka o stečajnim postupcima u toku pred Trgovačkim sudovima u Republici Hrvatskoj, Zagreb, od 6. travnja 2012., kao i podaci koji su dostupni na mrežnim stranicama Ministarstva pravosuđa: <http://www.mprh.hr/Default.aspx> (12.11.2012.).

112 Tako SAJTER, Domagoj, Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, 2010., no. 1, str. 742.

113 Primjerice, postupak stečaja na lokalnim jedinicama uveden je u SAD-u 1934. tijekom Velike depresije (*An Act to Amend an Act Entitled "An Act to Establish A Uniform System of Bankruptcy Throughout the United States,"* approved July 1, 1898. i Acts Amendatory thereof and Supplementary thereto, Pub. L. No. 251, 73d Cong., 2d Sess., 48 Stat. 798 (1934.). Detaljnije AMDURSKY, Robert S., *The 1988 Municipal Bankruptcy Amendments: History, Purposes, and Effects*, The Urban Lawyer, vol. 22, 1990., no. 4, str. 2.

114 Vidi WILHELM FRIEDRICH HEGEL, Georg, *Osnovne crte filozofije prava*, Impresum, Sarajevo, 1964., str. 18.

115 Zanimljiva je jedna činjenica iz povijesti stečaja. Naime, Rembrandt Harmensz van Rijn (1606.-1669.) jedan od najvećih slikara svih vremena, neprikosnoveni talent kojem se divila cijela Europa, dobivao je velike novčane iznose od prodaje svojih slika, portreta i mecena. Usprkos bogatstvu, veliki je umjetnik neracionalno, raskošno živio što je imalo za posljedicu da se 1656. prijavio za proceduru *cessio bonorum*. Možda bi se moglo reći da neka od

većina europskih zemalja donijela je posebne stečajne zakone ili su ovaj institut regulirale u okviru trgovačkih zakon(ik)a. Organizirana društva spoznala su potrebu da osiguraju sustav pravila i postupaka za reguliranje fenomena nesposobnosti za plaćanje. Zanimljivo je zapaziti da se on javlja samo u kreditnom sustavu, što je karakteristika modernih tržišta, jer kada bi sudionici tržišta pribavljali dobra i usluge isključivo putem gotovine tada ne bi postojao dug niti odgovornost za dug, pa samim time niti potreba za stečajnom procedurom.¹¹⁶

U srednjovjekovnoj Hrvatskoj problem insolventnosti rješavan je, uglavnom ovrhom nad osobom dužnika, čime je dužniku uskraćena sloboda. Prvi zakon kod nas, donesen je 1859. za vrijeme Austro-Ugarske monarhije i zvao se Privremeni red stečajni. Nakon Drugog svjetskog rata postojale su različite etape u razvoju institucije stečaja, a završna je izvršena donošenjem Stečajnog zakona 1997. Približavanje Republike Hrvatske, ali i ostalih zemalja u regiji, Europskoj uniji i njenoj pravnoj stečevini, svaka od zemalja novelira stečajno zakonodavstvo, po uzoru na zemlje Europske unije.

U konačnici, iz globalne perspektive poslovanja i financijskih tokova, modernizacija stečaja još više dobiva na značaju. Ovom problemu sve veću pažnju pridaju i razne međunarodne institucije, a polako dolazi i do ujednačavanja regulative među zakonodavstvima u svijetu. Stečaj i stečajna regulativa polako zauzimaju svoje mjesto kao potpuno ravnopravni ostalim dijelovima građanskog prava.¹¹⁷ Danas se ovoj materiji posvećuje značajna pažnja, pogotovo u svjetlu reformi koje se vrše u europskom krugu zemljama. Također ovo je pitanje aktualno, i na novom kontinentu i u mnogim azijskim zemljama koje svoju regulativu prilagođavaju suvremenim tendencijama u ovoj oblasti.¹¹⁸

Međutim, mora se istaknuti da problematika stečajnog postupka, i u zemljama s dugom tržišnom tradicijom, predstavlja dinamičnu oblast, pogotovo u međunarodnom stečajnom pravu, u kojoj se traže nova rješenja koja će pratiti trend promjena u međunarodnoj ekonomiji. Cilj je da se razvoj stečajnog prava finalizira kroz sigurnost naplate vjerovnika, nižu kamatnu stopu, oporavak poduzeća s financijskim poteškoćama i brže vraćanje blokiranih sredstava u uporabu.

najintrigantnijih djela, koja je ovaj umjetnik stvorio u kasnijoj životnoj fazi, nikada ne bi nastala da nije egzistirala stečajna procedura koja mu je omogućila otpust dugova i novi početak. Detaljnije BEIRNE, Brian Logan, Painted into a Corner: *Rembrandt's Bankruptcy Today*, Journal of Transnational Law & Policy, vol. 18, 2008., no. 1, str. 90. *et seq.*

116 Tako FALKE, *op. cit.* u bilj. 5, str. 35.

117 Detaljnije MOONEY Jr., Charles W., A Normative Theory of Bankruptcy Law: Bankruptcy as (is) Civil Procedure, Washington and Lee Law Review, vol. 61, 2004., no. 1, str. 931. *et seq.*

118 BURTON, Leslie, An Overview of Insolvency Proceedings in Asia, Annual Survey of International & Comparative Law, vol. 6, 2000., no. 1, str. 113., 114-15.

Summary

**LEGAL HISTORY AND COMPARATIVE REVIEW OF THE
DEVELOPMENT OF BANKRUPTCY PROCEEDING**

It could be said that today the issue of the bankruptcy proceedings and bankruptcy law legislation has become once again actual, both in transitional states as in states with traditionally developed market. Bankruptcy law legislation has been analysed within the history of law, financial management, but also within wider social impacts. On one hand bankruptcy law act can be observed as a perfect Weberian institute. It incorporates *par excellence* capitalistic rule: creation of the collective mechanism that would give the bankruptcy law creditors the opportunity to recognise and choose the best option for the return of the amount that is owed to them. On the other hand, bankruptcy proceeding surely has an interesting historical trail, starting from antique and medieval ages. Later, from XVIII to the end of the XIX century it has become the object of the intensive public debate that has been linked to the instability of the social institutions and the inefficiency of bankruptcy law proceedings (the procedures take too long, low level of the creditors settlement and high costs of the procedure). Bankruptcy proceeding is therefore an excellent example of economical rationalization, that has been followed by an interesting legal and bureaucratic development. However, what remains constant throughout history is the fact that bankruptcy reflects a fragile, often unstable interaction of legal rules and individual interests, legality of the market and general (public) interest. Due to the extent of the issue, in this piece it has been possible to analyse only certain problems and give the overview of certain questions about the bankruptcy proceeding development. What the authors would like to highlight is that, even in a review like this one there is a need to analyse the bankruptcy proceeding through the prism of history.

Key words: *historical development, bankruptcy proceeding.*

Zusammenfassung

**HISTORISCH-RECHTLICHE UND VERGLEICHSRECHTLICHE
DARSTELLUNG DER ENTWICKLUNG DES
INSOLVENZVERFAHRENS**

Einerseits kann man das Insolvenzgesetz als das vollkommene Weberianische Institut betrachten. Dieses Gesetz verkörpert die *par excellence* kapitalistische Regel: Entstehung des kollektiven Mechanismus, mit welchem

den Insolvenzgläubigern die Möglichkeit gegeben würde, die beste Option für die Rückerstattung des Beitrags, welchen man ihnen schuldet, zu erkennen und auszuwählen. Andererseits hat die Insolvenz eine interessante historische Spur seit der Antike und dem Mittelalter. Später vom 18. bis zum 19. Jahrhundert wurde sie zum Gegenstand der intensiven öffentlichen Verhandlung, welche mit Instabilität von sozialen Institutionen und Unwirksamkeit von Insolvenzverfahren (lange Dauer der Insolvenzverfahren, niedriger Grad der Befriedigung von Gläubigern, hohe Kosten des Insolvenzverfahrens) verbunden ist. Da diese Problematik sehr umfangreich ist, kann die Arbeit nur bestimmte Problematik analysieren und nur die Darstellung von zahlreichen Fragen bei der Entwicklung der Insolvenz anbieten. Das was die Autoren betonen möchten, auch in so einem Rückblick, ist, dass es das Bedürfnis nach der Analyse des Insolvenzverfahrens auch durch das Prisma der Geschichte gibt.

Schlüsselwörter: *historische Entwicklung, Insolvenz.*

Riassunto

ESPOSIZIONE STORICO-GIURIDICA E GIURIDICO-COMPARATA DELLO SVILUPPO DELLA PROCEDURA FALLIMENTARE

Da una parte, si può osservare la legge fallimentare quale perfetto istituto weberiano. La legge rappresenta *par excellence* la regola capitalistica: la creazione di un meccanismo collettivo mediante il quale si darebbe ai creditori fallimentari la possibilità di riconoscere e scegliere la migliore opzione ai fine del recupero delle somme loro dovute. Dall'altra parte, il fallimento ha un interessante sviluppo storico sin dai tempi antichi e dal medioevo. In seguito, dal XVII secolo sino alla fine del XIX secolo vi fu un'intensa diatriba concernente questioni legate all'instabilità delle istituzioni sociali ed all'inefficienza delle procedure concorsuali (lunga durata delle procedure, basso livello di soddisfacimento dei creditori ed elevati costi della procedura fallimentare). Stante l'ampiezza del problema, nel contributo s'è in grado di esaminare soltanto determinati aspetti ed offrire soltanto una rassegna delle questioni che hanno accompagnato l'evoluzione del fallimento. Ciò che gli autori vogliono porre in rilievo, anche soltanto in questo genere di rassegna, è l'esigenza di analizzare la procedura fallimentare attraverso una chiave di lettura storica.

Parole chiave: *sviluppo storico, fallimento.*

POJAM POVLAŠĆENE INFORMACIJE U PRAVNOJ TEORIJI I PRAKSI

Dr. sc. Mijat Jocović, docent
Ekonomski fakultet
Univerzitet Crne Gore, Podgorica
Crna Gora

UDK: 339.172
Ur.: 26. ožujka 2013.
Pr.: 10. rujna 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Institut insajderske trgovine je tokom istorije predstavljao ozbiljan problem za zakonodavca, sudsku praksu i nauku. Ovaj institut dugo godina nije bio pravno regulisan. Pozitivnopravno regulisanje značilo je i početak teorijskih rasprava, koje su pratile zakonske promjene i brojne dileme, posebno u evropskim zemljama. Navedeno se odrazilo i na efikasnost primjene u praksi. Pravni problemi u ovoj oblasti su brojni, a često pravna nauka, zakonodavstvo i sudska praksa daju suprotna rješenja za određena sporna pitanja.

Jedno od najkotroverznijih pravnih pitanja u teoriji i praksi je definisanje pojma povlašćene informacije. Bez obzira na napor evropskih zemalja da precizno definišu ovaj element instituta insajderske trgovine, za sada su izostali konkretni rezultati. Razlog se, prema mišljenju autora, nalazi u nemogućnosti da se pravnom normom predvide sve situacije koje jednoj informaciji daju epitet povlašćene informacije. U radu autor ističe da uporedna praksa funkcionisanja tržišta vrijednosnih papira pokazuje da značajan broj pitanja u oblasti instituta insajderske trgovine ostaje van domašaja zakonodavca. Navedena činjenica posebno dolazi do izražaja u odnosu na definisanje povlašćene informacije. Cilj ovog rada je da ukaže da postoji prostor da sudska praksa, i u zemljama u kojima nije formalni izvor prava, ponudi određena rješenja i tako smanji učestalost zloupotreba povlašćenih informacija u praksi.

Ključne riječi: *insajderska trgovina, povlašćene informacije, javnost, cjenovna osjetljivost informacije.*

1. UVODNE NAPOMENE

U poslovanju sa vrijednosnim papirima, ali i u svim oblastima ljudskog života, u svim epohama razvoja, informacije su imale značaj. Danas, u uslovima života i obavljanja privredne djelatnosti u vremenu globalizacije i opšte informatizacije društva, informacije predstavljaju jedan od ključnih resursa koji doprinosi društvenom progresu. U obavljanju privredne djelatnosti informacije se smatraju

jednom od najznačajnijih komparativnih prednosti privrednih subjekata.¹ Zbog navedenog, u uporednom pravu u materiji prava vrijednosnih papira, kao ideal zakonodavstva postavilo se pravilo informacione simetrije, koje znači da svi učesnici na tržištu treba da imaju jednaku mogućnost u pristupanju svim informacijama od značaja za donošenje poslovnih odluka. Sa druge strane, postoje i suprotna gledišta. Tako određeni autori smatraju da posmatranje trgovine vrijednosnim papirima na osnovu jednakog pristupa informacijama predstavlja utopiju.² Prema njihovom mišljenju, upravo je informaciona asimetrija osnov izvršenja najvećeg broja pravnih poslova na tržištu kapitala, jer da postoji jednakost u informisanju, ne bi postojala trgovina vrijednosnim papirima. Ipak, u konkurenciji različitih informacija investitori svima ne pridaju jednaku važnost. Na tržištu, najveći značaj za investitore imaju one informacije koje nijesu objelodanjene u javnosti, a mogu da imaju uticaj na cijenu vrijednosnog papira. Takve informacije se u pravnoj i ekonomskoj teoriji nazivaju različitim imenima - povlašćene, insajderske, privilegovane ili *inside* informacije. Bez obzira na terminološku neodređenost, suština je nepromjenljiva - one poznavacima daju nepravilnu prednost nad ostalim učesnicima na tržištu, a njihovo korišćenje je strogo zabranjeno.

Neki autori upravo definiciju povlašćene informacije smatraju ključnim elementom u sklapanju složenog mozaika koji garantuje dokazivanje krivice u slučajevima zloupotreba.³ I zaista, postojanje povlašćene informacije je inicijalna kapisla putem koje započinje svako djelo u ovoj oblasti.⁴ Sam pojam povlašćene informacije u uporednom pravu i praksi je sporan. Prvo, ne postoje jedinstveni kriterijumi koji jednoj informaciji daju kvalifikaciju povlašćene informacije, što zadaje dosta problema sudovima da svojim tumačenjem odrede ovaj pojam.⁵ Drugo, iste informacije u različitim pravnim sistemima mogu da imaju različitu kvalifikaciju, zavisno od polaznog kriterijuma u regulisanju instituta *insider*

1 Važnost informacije u ekonomiji slikovito je opisana sledećom rečenicom: „Informacije su u ekonomiji ono što je ulje u motoru!“, Ridderstrale, Jonas, Nordström, Kjell, Karaoke kapitalizam: menadžment za čovječanstvo, Zagreb, Differo, 2004, str. 133.

2 Cox, James, *Insider Trading and Contracting: A Critical Response to the Chicago School*, Durham, Duke Law Journal, 1986, str. 631.

3 „Definicija insajderske informacije je ključni koncept u razumijevanju, otkrivanju, procesuiranju i sankcionisanju svih insajderskih aktivnosti. Krivično djelo će biti izvršeno samo ako osoba posjeduje insajdersku informaciju koja je cjenovno osjetljiva i neobjavljena a njeno posjedovanje rezultira da je imalac u nepravednoj poziciji u odnosu na ostatak tržišta hartija od vrijednosti“. Hudson, Alastair, *Securities Law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, str. 753.

4 Prema mišljenju nekih autora sam institut *insider trading* znači nedozvoljeno korišćenje povlašćene informacije u trgovini sa vrijednosnim papirima. Vidjeti: Vasiljević, Mirko, *Insider trading (dealing) - povlašćene informacije*, Pravo i privreda, br. 9-12/2001, str. 7.

5 U radu će biti ukazano na različite pristupe prema ovom institutu u uporednom pravu. Ključni nedostatak, bez obzira na to da li se pojam povlašćene informacije određuje putem zakona ili se ostavlja prostor sudskoj praksi, je postojanje *pravnih standarda* prilikom utvrđivanja statusa povlašćene informacije.

trading.⁶ Treće, dinamičnost obavljanja privredne djelatnosti, posebno kompanija koje emisijom vrijednosnih papira prikupljaju kapital, pretvara ih u proizvođače ogromnog broja informacija, pa se postavlja pitanje: Koje to informacije, u moru koje svakodnevno proizvodi jedan emitent, imaju karakter povlašćene informacije? Odgovori su različiti i često pravno problematični. Određene informacije, bez obzira na to da li se radi o informacijama od strane emitenta ili informacijama o stanju na tržištu, zbog svoje prirode lako poprimaju epitet povlašćene informacije. Takve su, na primjer, informacije o povećanju prihoda u jednoj poslovnoj godini, dobijanju važne licence, spajanju sa drugim privrednim subjektom i sl. Ipak, brojna je i druga grupa informacija koje ne mogu na prvi pogled steći status povlašćene informacije i potencijalnom tužiocu olakšati posao, makar u odnosu na jedan od elemenata bića djela koji je neophodno dokazati.⁷ Pored jedne grupe pravnih problema koji se nalaze u kvalifikaciji povlašćene informacije, postoji i druga, podjednako teška, koja se nalazi u dokazivanju njene primjene u svakom konkretnom slučaju od strane insajdera.

Ovaj dio prava vrijednosnih papira u najvećem broju zemalja zauzima mjesto u zakonodavstvu. Takođe, i pored nastojanja da se direktivama detaljno uredi ovaj problem, konkretni rezultati, za sada, izostali su i u zemljama Evropske unije. Zemlje u okruženju u značajnoj mjeri su usaglasile ovo pitanje za zahtjevima prava Evropske unije. Pored Hrvatske, ovo pitanje je u značajnoj mjeri usaglašeno i u pravu Srbije. Na žalost, u Crnoj Gori, pažnja nije u dovoljnoj mjeri posvećena cijelom institutu insajderske trgovine, pa samim tim ni pojmu povlašćene informacije. Osnovna hipoteza na kojoj se zasniva ovaj rad je da samo regulisanje pojma povlašćene informacije ne garantuje uspjeh u eventualnom sporu. Prema mišljenju autora, nemoguće je pravnim normama obuhvatiti sve događaje ili radnje koje mogu u konkretnom slučaju imati karakter povlašćene informacije. Zbog navedenog je potrebna odlučnija i smjelija uloga sudova i regulatora tržišta, da svojim tumačenjima stvore praksu prema kojoj će i mnogim informacijama koje objektivno ne mogu biti pravno regulisane davati karakter povlašćene informacije. Autor iznosi u radu stav, da samo na ovaj način neće dolaziti do ponavljanja situacije iz prošlosti u mnogim zemljama svijeta - da je pravna regulativa u ovoj oblasti najbolja zaštita insajderima.

6 Uprkos težnji i namjerama da se pravo na nivou EU u ovoj oblasti harmonizuje, upravo se ova situacija dešava u evropskim zemljama i predstavlja jednu od glavnih prepreka stvaranju jedinstvenog tržišta vrijednosnih papira. Detaljnije vidjeti rad: Enriques, Luca, Gatti, Matteo, *Is There a Uniform EU Securities Law After the Financial Services Action Plan?*, Stanford Journal of Law, Business, and Finance, Vol. 14, No. 1, 2008, str. 43.

7 „Sa jedne strane postoje informacije koje se smatraju tipičnim inside informacijama... S druge strane postoji vrlo široka siva zona u kojoj se nalaze informacije u pogledu kojih situacija nije jasna.“. Arsić, Zoran, *Insider trading, Pravo i privreda*, br.1-2/96, str. 44.

2. RAZLIČITI PRISTUPI U UPOREDNOM PRAVU U ODREĐIVANJU POJMA POVLAŠĆENE INFORMACIJE

Tokom razvoja instituta *insider trading* pojavila se dilema da li se povlašćene informacije odnose isključivo na emitenta ili su to sve informacije koje se nalaze na tržištu. Ovaj problem vodi porijeklo iz dva osnovna pristupa ovom institutu. Američki sistem, koji se zasniva na agencijskom odnosu između insajdera i emitenta, i evropski pristup, koji je okrenut zaštiti integriteta tržišta.⁸ I u praksi se mogu identifikovati dva tipa povlašćenih informacija: 1. neobjelodanjene cjenovno osjetljive informacije koje potiču od emitenta (uži pristup, engl. *narrow approach*) i 2. bilo koja neobjelodanjena cjenovno osjetljiva informacija koja utiče na cijenu vrijednosnog papira bez obzira na izvor iz kojeg potiče (širi pristup, engl. *general approach*).

U prvom slučaju, insajderska informacija potiče samo od kompanije čijim se vrijednosnim papirima trguje, dok u drugom slučaju insajdersku informaciju konstituišu sve činjenice koje nijesu objelodanjene, a mogu uticati na njenu vrijednost na tržištu. Primjeri insajderske trgovine na osnovu šireg pristupa nalaze se u slučajevima kada se u ulozi insajdera nalaze lica koja obavljaju djelatnosti u javnoj službi. Na primjer, informacije o namjeri smanjenja poreza na dobit pravnih lica ili o sprovođenju restriktivne politike u nekoj oblasti industrije, koje nijesu objavljene javno, mogu imati karakter povlašćene informacije, iako ne potiču od emitenta, ali se direktno odnose na njegovu buduću poziciju na određenom tržištu. Ovaj koncept se može primijeniti i u slučajevima kada informacija potiče od jedne kompanije, ali ima uticaj na cijenu vrijednosnog papira druge kompanije. Na primjer, informacija o namjeri slanja ponude za preuzimanje ciljane kompanije. Usvajanjem prvog shvatanja automatski se ograničavaju domeni primjene zakona na određene slučajeve insajderske trgovine, odnosno određenim licima se daje zeleno svjetlo da u nekim situacijama zloupotrijebe informaciju koju posjeduju. Danas je u najvećem broju zemalja sa razvijenim tržištem vrijednosnih papira usvojeno drugo pravilo. Ovakav pristup prihvaćen je i u pozitivnom pravu Hrvatske i Srbije.⁹

8 Hunmook, Lee, *Rationales and Requirements of the Legal Framework of Insider Dealing in the European Union*, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1192102>, 31. jul 2008., 10. februar 2013., str. 4-6.

9 Vidjeti detaljnije: Čl. 2 i 3 Pravilnika o objavi povlašćenih informacija koje se neposredno odnose na izdavatelja te o određivanju opravdanih interesa izdavatelja u svrhu neobjavlivanja, Hrvatska agencija za nadzor finansijskih usluga od 07. siječnja 2009. godine i čl. 2 i 3 Pravilnika o objavljivanju insajderskih informacija koje se neposredno odnose na izdavaoca i o određivanju opravdanih interesa izdavaoca u svrhu neobjavlivanja, Komisije za hartije od vrijednosti Srbije.

3. EKONOMSKI PRISTUP U ODREĐENJU POJMA POVLAŠĆENE INFORMACIJE

U ekonomskoj teoriji pojmu povlašćene informacije se prilazi krajnje pragmatično. Ne uzimajući stav krajnje liberalne škole, koja se protivi bilo kakvom zakonskom regulisanju materije povlašćenih informacija, u ekonomskoj teoriji ovaj pojam se analizira iz ugla koristi ili gubitaka koje informacije donose učesnicima na tržištu. Tako se među ekonomistima koji podržavaju regulisanje insajderske trgovine izdvajaju dva stava. Prvi, da pojam povlašćene informacije treba da odredi svaki emitent prema svom nahodanju ili učesnici u trgovini vrijednosnim papirima prilikom sklapanja pravnih poslova. Drugi pristup podržava zakonsko ili regulisanje povlašćene informacije putem sudske prakse, uz precizno određenje njenih bitnih elemenata. Takođe, ekonomisti naglašavaju činjenicu da je informacija oskudan resurs i da treba voditi računa o načinu njenog korišćenja.¹⁰

Dio ekonomske teorije u proteklom periodu oštro je kritikovao definicije povlašćenih informacija koje je stvarala sudska praksa. Posebno su oštre kritike bile u zemljama američkog sistema uređenja ovog instituta. Prema mišljenju ekonomskih kritičara, zakonodavstvo kojim se zabranjuje trgovina na osnovu insajderskih informacija je nedosljedno ne samo u teoriji nego i u praksi. To se može dokazati i kroz definisanje pojma povlašćene informacije. Brzi odgovor na ovo pitanje, koji je dala američka sudska praksa, je materijalna neobjavljena informacija.¹¹ Ipak, ovakvo objašnjenje u potpunosti ne rješava problem. Ekonomisti objašnjavaju da je neminovnost svake informacije njena asimetričnost i nesavršenost. Za pojedine investitore jedne informacije su materijalne u jednom opsegu, dok za druge investitore nemaju takvu vrijednost. Kao i svaki drugi proizvod, informacija ima svoj vijek trajanja. Ona započinje svoje postojanje kao nepoznata, a zatim se otkriva ili saznaje. U tom slučaju ona postaje poznata samo određenom, manjem ili većem broju lica. Koji je momenat kada informacija postaje javna, sudska praksa ni zakoni, za sada, nijesu precizno utvrdili. Tako se bez preciznog odgovora na pitanja javnosti, materijalnosti i preciznosti informacije, ne smije detaljnije pristupati njihovom regulisanju.¹²

Na kraju, u ekonomskoj teoriji se pravi razlika između dva tipa povlašćenih informacija u najširem smislu. Tako profesor *Manne (Henry G. Manne)* navodi da je potrebno praviti razliku između finansijskih informacija i informacija o događajima i promjenama. Prema njegovom shvatanju, postoji nekoliko različitih tipova informacija koje ulaze u prvu kategoriju. Prvi nivo čini uopšteno poznavanje

10 Muškić, Jelena, *Insajder trgovanje - zločin bez žrtve*, Podgorica, Institut za strateške studije i prognoze, 2005, str. 2.

11 Ova, kao i brojne druge definicije insajderske informacije, nalaze se u sudskoj praksi SAD. Ovdje u slučaju: *U.S v. Svoboda*, United States Court of Appeals, Second Circuit, 347 F.3d 471 od 24. oktobra 2003. godine.

12 O ekonomskoj kritici samog pojma povlašćene informacije detaljnije vidjeti: Engle, Eric, *Insider Trading: Incoherent in Theory, Inefficient in Practice*, Oclahoma City, Oclahoma City University Law Review, vol. 32, No. 1, 2008, str. 447.

tržišta kapitala, vidova investiranja kapitala, poslovanja sa brokerima, poreske posledice različitih poslovnih odluka. Sledeći nivo čine osnove finansija (bilans stanja, uspeha, izvještaji sa berze i sl.). Na većem nivou prve kategorije je poznavanje posebnih događaja koji mogu da utiču na cijenu vrijednosnog papira, dok se na kraju nalazi saznanje kako različiti događaji utiču ne samo na cijenu vrijednosnih papira već i na funkcionisanje cijelog tržišta kapitala. Drugu kategoriju informacija čini znanje o specifičnim događajima koji su se desili ili postoji veliki stepen vjerovatnoće da će se dogoditi, a utiču na cijenu vrijednosnih papira. Ovakve informacije mogu, ali ne moraju, imati karakter insajderskih informacija. Na primjer, objelodanjivanje u javnosti informacije o vrijednom ugovoru se ne smatra insajderskom informacijom. U ovu kategoriju informacija spadaju podaci o vladinoj finansijskoj, kreditnoj ili poreskoj politici, saznanja nastala na osnovu istraživanja promjene u tražnji određenih proizvoda na tržištu i sl.¹³

Među brojnim ekonomskim pristupima pojmu povlašćene informacije postoji jedan koji je iz ugla pravne struke prihvatljiv. To je pristup prema kojem se povlašćene informacije smatraju imovinom emitenta. Ovaj pristup je u sudskoj praksi SAD bio osnov za teorije odgovornosti insajdera u određenim slučajevima, a prihvataju ga i neka evropska zakonodavstva.¹⁴ Ovako širok pristup, znači da i

13 Detaljnije vidjeti: Manne, Henry, *Insider Trading and the Stock Market*, New York, New York: The Free Press, 1966, str. 47-59.

14 Jedan od najpoznatijih slučajeva iz sudske prakse u kojem je došlo da izražaja shvatanje o informacijama kao imovini emitenta je *SEC v. Talbot*. U ovom slučaju američka SEC je stekla važnu sudsku potvrdu svojih napora da proširi dejstvo teorije zloupotrebe prava. Slučaj je proistekao iz radnji gospodina Tomasa Talbota (engl. *J. Thomas Talbot*), koji je obavljao dužnost člana odbora direktora kompanije *Fidelity National Financial Co.* (u daljem tekstu FNF), koja je osnovana u *Delaveru*. Tokom 2003. godine, FNF je posjedovala oko 10% akcija u kompaniji *Lending Three, INC.* U aprilu 2003. godine, *Lending Three* je obavijestila menadžment FNF da treće lice pregovara o njihovoj kupovini. Takođe, nije navedeno ime potencijalnog kupca, ali je izričito navedeno da informacija o vođenju pregovora ima karakter povjerljivosti. Navedena informacija je bila predmet rasprave na redovnoj sjednici odbora direktora FNF u aprilu 2003. godine. Na sastanku je donesena odluka o započinjanju postupka sticanja akcija *Lending Three, INC.* Takođe, članovi borda su se saglasili da navedena informacija ima karakter insajderske, neobjavljene informacije i da ne smiju u međuvremenu kupovati akcije *Lending Three, INC.* Dva dana nakon sastanka (25. aprila), Talbot je kupio akcije. Nakon javnog objavljivanja informacije o preuzimanju cijena akcija *Lending Three, INC* je naglo porasla, što je Talbot iskoristio da prodajom ostvari profit. SEC je u junu 2004. godine, na osnovu teorije o zloupotrebi informacija, protiv Talbota podnijela tužbu. Prvostepeni sud (U.S District Court for the Central District of California), na osnovu analogije sa ranijom praksom, donosi presudu da Talbot, kao član odbora direktora FNF, ne posjeduje fiducijarnu obavezu prema drugoj kompaniji, koja je izvor informacije, pa se ne može aktivirati njegova odgovornost po ovom osnovu. U žalbenom postupku tužilac je iznio argument da je Talbot odgovoran na osnovu teorije o zloupotrebi informacije i činjenice da su navedene informacije predstavljale imovinu kompanije, jer je bio u obavezi, prema FNF, da transakciju koju je planirala prema drugoj kompaniji drži u tajnosti. Sud je usvojio navedeni argument i obrazložio da prema pravu Delavera „članovima menadžmenta i direktorima nije dozvoljeno da koriste svoju poziciju povjerenja prema kompaniji za ostvarenje sopstvenih interesa“. Na kraju, sud je takođe zauzeo stav da je pravi vlasnik informacije o potencijalnoj akviziciji kompanija FNF. Vidjeti: United States Court of Appeals, Ninth Circuit, No. 06-55561, 2008, *SEC v. Talbot*.

informacije koje stvara emitent ili se odnose na njega ulaze u njegovu imovinu.¹⁵

4. POJAM POVLAŠĆENE INFORMACIJE U PRAVNOJ TEORIJI I ZAKONODAVSTVU

Terminološko razgraničenje. Prije definisanja pojma povlašćene informacije, mora se istaći da se u uporednom pravu koriste različiti termini za ovaj pojam, što se prenijelo i na terminologiju na našem govornom području. Tako se za ovaj termin u uporednom pravu mogu naći sledeći izrazi: *privileged information* - termin koji se koristi u Francuskoj da bi se označilo kršenje privilegovane, potencijalno fiducijarne obaveze insajdera prema emitentu; *advance information* - u kojem je akcenat stavljen na vremenski elemenat uporebe informacije prije ostalih lica; *price sensitive information* - termin koji se sreća u engleskom pravu, sa ciljem da ukaže na jednu od karakteristika povlašćene informacije - cjenovnu osjetljivost; *insider fact* - termin koji se do promjena Zakona o trgovini vrijednosnim papirima iz 2003. godine koristio u njemačkom zakonodavstvu.¹⁶

Nepostojanje harmonizacije u uporednom pravu reflektovalo se i na terminološko određenje u literaturi. Tako se za isti institut srećaju različiti termini: insajderska informacija, povlaštena (povlašćena) informacija, privilegovana informacija, *inside* informacija. Ovakvo stanje u teoriji reflektuje se i u zakonodavstvu. Tako, na primjer, pravo Crne Gore koristi termin *povlašćena informacija*.¹⁷ Termin *povlaštena informacija* koristi se u hrvatskom zakonodavstvu, dok se u pravu Srbije upotrebljava termin *insajderska informacija*.

Pojam povlašćene informacije. U pravnoj literaturi mogu se naći definicije povlašćene informacije.¹⁸ Insajderska informacija u osnovnom značenju predstavlja informaciju koja se odnosi na imovinu kompanije ili zaradu, a direktno utiče na cijenu vrijednosnih papira. Ova definicija se vremenom proširila da bi uključila tržišnu informaciju (engl. *market information*), koja predstavlja informaciju od uticaja na tržištu hartija od vrijednosti i nije samo informacija o imovini kompanije ili njenoj zaradi. Danas, sudovi ne prave razliku između navedenih formi insajderskih

15 „U principu, smatra se da obim korišćenja imovine kompanije za privatne potrebe ide dalje od materijalne (tjelesne) imovine i obuhvata korišćenje neobjavljenih povlašćenih korporacijskih informacija“. Vasiljević, M., op. cit., str. 147.

16 Detaljnije o terminološkom određenju pojma povlašćene informacije u evropskim zemljama vidjeti: Wymeersch, Edy, *Insider Trading Prohibition in the EC: a Comparative Overview*, u: Hopt, Klaus, Wymeersch, Eddy (editors), *European Insider Dealing - Law and Practice*, London, Butterworths, 1991, str. 111.

17 Član 102 Zakon o hartijama od vrijednosti Crne Gore („Sl. list RCG“, br. 59/00, ...40/11).

18 Profesor Nebojša Jovanović upotrebljava termin povlašćeni podatak i definiše ga kao „neobjavljeni podatak o tačno određenoj činjenici u vezi sa određenim izdavaocem ili njegovim vrednosnicama, čije bi objavljivanje vjerovatno bitno uticalo na kurs tih vrednosnica“. Vidjeti: Jovanović, Nebojša, *Berzansko pravo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009, str. 415.

informacija.¹⁹ Za razliku od pojma *insider trading*, uporedna zakonodavstva definišu povlašćenu informaciju. Ovakav pristup u evropskim zemljama potiče iz Direktive o insajderskoj trgovini iz 1989. godine, koja je definisala povlašćenu informaciju kao preciznu informaciju koja nije dostupna javnosti i koja se odnosi na jednog ili više izdavalaca prenosivih vrijednosnih papira ili na sam vrijednosni papir, a koja bi, da je javno objelodanjena, mogla imati značajan efekat na cijenu vrijednosnog papira.²⁰ Definicija povlašćene informacije u Direktivi o zloupotrebi tržišta iz 2003. godine sadržinski nije pretrpjela značajne promjene.²¹

U pravu Hrvatske nalazi se definicija povlašćene informacije koja je usaglašena sa Direktivom o zloupotrebi tržišta. Naime, u članu 455. st. 1. hrvatskog Zakona o tržištu kapitala (Narodne novine, br. 88/08, 146/08 i 74/09), povlašćena informacija se definiše kao *informacija precizne naravi koja nije bila javno dostupna i koja se posredno ili neposredno odnosi na jednog ili više izdavalca finansijskih instrumenata ili na jedan ili više finansijskih instrumenata te koja bi, kada bi bila javno dostupna, vjerovatno imala značajan utjecaj na cijene tih finansijskih instrumenata ili na cijene povezanih izvedenih finansijskih instrumenata*. I u pravu Srbije nalazi se slična definicija povlašćene informacije usklađena sa Direktivom o zloupotrebi tržišta.²²

U pozitivnom pravu Crne Gore, za razliku od većine evropskih zemalja i zemalja iz okruženja, ne nalazi se precizna definicija povlašćene informacije. Crnogorsko zakonodavstvo, stidljivo, nedovoljno jasno, opisuje insajdersku informaciju na dva načina. Prvo, to su neobjavljene informacije koje mogu dati prednost u odnosu na druge učesnike u trgovini hartijama od vrijednosti i drugo, to su informacije koje mogu, ukoliko se objave, značajno uticati na cijenu hartija od vrijednosti.²³ Na kraju, u evropskom pravu se Direktivom o tržišnim zloupotrebama određuje i pojam povlašćene informacije u odnosu na robne derivate i na lica odgovorna za sprovođenje naloga u vezi sa finansijskim instrumentima.²⁴ Navedene definicije nalaze se u pravima najvećeg broja zemalja u regionu koje usklađuju ovaj institut sa evropskim pravom i međunarodnim standardima u ovoj oblasti.

19 Vidjeti: Gorman, Christopher, *Are Chinese Walls the Best Solution to the Problem of Insider Trading and Conflict of Interest in Broker-Dealers?*, New York, 9 Fordham J. Corp. & Fin. Law, 2004, str. 478.

20 Čl. 1 st. 1 Direktive o insajderskoj trgovini iz 1989. godine.

21 Vidjeti: čl. 1 st. 1 Direktive o zloupotrebi tržišta iz 2003. godine.

22 Insajderske informacije su informacije o tačno određenim činjenicama koje nisu javno objavljene, odnose se direktno ili indirektno na jednog ili više izdavalca finansijskih instrumenata ili na jedan ili više finansijskih instrumenata, a koje bi, da su javno objavljene, verovatno imale značajan uticaj na cenu tih finansijskih instrumenata ili na cenu izvedenih finansijskih instrumenata. Vidjeti: čl. 75 st. 1 Zakona o tržištu kapitala Srbije (Službeni glasnik RS, br. 31/2011)

23 Vidjeti: čl. 103 Zakona o hartijama od vrijednosti Crne Gore.

24 Čl. 1 st. 2 i 3 Direktive o zloupotrebi tržišta iz 2003. godine.

5. RAZGRANIČENJE OD SLIČNIH INSTITUTA

U pravnoj teoriji, ali i praksi, često dolazi do miješanja povlašćenih informacija sa nekim drugim pravnim institutima. Najčešće do izražaja dolazi razlika između pojma poslovne tajne i povlašćene informacije.²⁵ Sličnost navedenih instituta proizlazi iz zajedničke karakteristike da se poslovnom tajnom i povlašćenom informacijom smatraju samo informacije koje nijesu javno objavljene (nijesu poznate javnosti) i poznate su samo određenom broju lica. Razlikovanje postoji i u pravnoj teoriji i zakonodavstvu. Prema mišljenju Zabela, poslovna tajna predstavlja svaki podatak o položaju i djelatnosti preduzeća koji je poznat i koji, prema zakonu ili po volji nosioca u skladu sa zakonom, smije biti poznat određenom broju lica.²⁶ Poslovna tajna predstavlja jedan od vidova zaštite informacije, koja ima poseban uticaj na djelatnost privrednih subjekata. Postavlja se pitanje da li insajderske informacije predstavljaju sa aspekta prava poslovnu tajnu. I u uporednom pravu pravi se jasna razlika između navedenih instituta. Profesor Vasiljević jednostavno objašnjava da poslovna tajna predstavlja intelektualnu svojinu društva, tako da se elementi koje obuhvata određuju autonomnim aktima svakog konkretnog privrednog društva.²⁷ Razlike između navedenih instituta se moraju praviti jer se ne radi o sinonimima. Prvo, društvo ne određuje šta je povlašćena informacija, već to radi tržište, odnosno zakon imperativnim normama. Drugo, šteta od upotrebe povlašćene informacije ne mora biti nanesena samo društvu, već i drugoj ugovornoj strani, ali i cijelom tržištu vrijednosnih papira. Na kraju, poznavaoce povlašćene informacije, trebalo bi „nametnuti“ obavezu čuvanja podataka o informacijama, kao poslovnu tajnu.²⁸

6. OSNOVNE KARAKTERISTIKE POVLAŠĆENE INFORMACIJE

Nije svaka informacija o emitentu ili vrijednosnim papirima koje emituje istovremeno i povlašćena informacija. U slučaju da se usvoji takav stav, ne bi bilo moguće adekvatno funkcionisanje tržišta vrijednosnih papira. Naprotiv, svaka informacija mora da ima određene osobine da bi se mogla kvalifikovati kao povlašćena. Na prvi pogled izgleda jednostavno odrediti koje su to informacije. Laički i nepromišljen odgovor bio bi jednostavan: sve informacije koje poznavaoци daju prednost u trgovini vrijednosnim papirima. Međutim, do nekih informacija se dolazi tako što određene kategorije lica detaljno analiziraju tržište,

25 Vidjeti: Graić-Stepanović, Sanja, *Zabrana zloupotrebe poverljivih informacija - Insider dealing*, Pravo i privreda, br. 5-8/2000, str. 497.

26 Zabel, Bojan, *Poslovna tajna*, Beograd, 1974, str. 20-24.

27 Vidjeti: M. Vasiljević, op. cit., str. 102.

28 O razgraničenju navedenih instituta i regulisanju u hrvatskom zakonodavstvu vidjeti detaljnije: Zlatović, Dragan, *Zaštita poslovne tajne i poverljivih podataka u radnom odnosu prema novom hrvatskom pravu*, Kragujevac, Glasnik prava, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, br. 1., 2012, str. 14-47.

na osnovu postojećih predviđaju nastupanje budućih događaja i činjenica, pa im te informacije daju prednost u odnosu na ostale učesnike na tržištu. Ipak, one se ne smatraju povlašćenim informacijama. Da bi jedna informacija bila povlašćena mora imati bar dvije osobine: ne smije biti javno objelodanjena, a njeno objelodanjivanje mora imati značajan uticaj na cijenu vrijednosnih papira.

Pitanje osobina povlašćene informacije detaljno je regulisano novom evropskom direktivom. Harmonizacija sa pravom EU, koja je i ugovorna obaveza Crne Gore, u ovoj oblasti nije u potpunosti ispoštovana. Zbog navedenog, prilikom analize pojma insajderske informacije, u daljem tekstu, biće analizirani osnovni elementi povlašćene informacije prema Direktivi o zloupotrebi tržišta. Takođe, i na nivou EU postoje pravni problemi u ovoj oblasti zbog nepostojanja sudske prakse i velikog broja pravnih standarda prilikom određenja pojedinih karakteristika povlašćene informacije. Zbog toga će u radu biti navođeni određeni primjeri iz uporedne sudske prakse, koji se putem analogije mogu koristiti za određenje elementa povlašćene informacije u spornim slučajevima. Da bi određena informacija imala karakter povlašćene informacije, prema članu 1 Direktive o zloupotrebi tržišta, ona mora imati sledeće karakteristike: 1) ne smije biti poznata javnosti; 2) mora biti dovoljno određena; 3) uticaj eventualne objelodanjenosti na cijenu vrijednosnih papira, tzv. cjenovna osjetljivost informacije i 4) povezanost na jednog ili više izdavalaca ili na jedan ili više vrijednosnih papira.²⁹

6.1 Javna dostupnost informacije

Javna dostupnost informacije predstavlja pravni standard koji u praksi često izaziva brojne dileme prilikom tumačenja. Nekoliko pravnih problema može se javiti prilikom njegovog tumačenja. Prvo, način javnog objavljivanja. Preciznije, da li i djelimično objelodanjivanje znači javnu dostupnost informacije. Na primjer, objavljivanje informacije putem sredstava informisanja u cijeloj zemlji ne stvara sumnju prilikom tumačenja, ali ako je u lokalnim novinama objavljena informacija, problem je drugačiji. U poznatom australijskom sporu *Kinwat Holdings Ltd. v. Platform Ltd.*, dato je tumačenje da je informacija javno dostupna jer je objavljena u dnevnim novinama.³⁰ U engleskom pravu upotrebljava se termin „informacija nije generalno dostupna“, za razliku od termina „informacija nije javno objavljena“ koji

29 Navedeni elementi povlašćene informacije su uzeti na osnovu definicije iz Direktive o zloupotrebi tržišta. U domaćim i uporednim tekstovima nalaze različite karakteristike ovog pojma. Prema mišljenju jednih autora, povlašćenu informaciju karakterišu dva osnovna elementa: materijalnost i javna neobjelodanjenost. Vidjeti: Berrmans, Bernhard, *Inside information and securities trading - A legal and economic analysis of the foundations of liability in the USA and European Union*, London, Graham & Trotman, 1991, str. 16-20. Profesor Jovanović navodi da povlašćena informacija ima tri osnovne karakteristike: Vidjeti: N. Jovanović, op. cit., str. 415.

30 Za kvalifikaciju insajderske informacije u australijskom pravu vidjeti više: Tomasic, Roman, Bottomley, Stephen, McQueen, Rob, *Corporation Law in Australia*, Sydney, The Federation Press, 2002, str. 630-640.

se koristi u većini evropskih zemalja. U Kodeksu ponašanja na tržištu (1.2.12.E) navodi se spisak nekoliko faktora koje treba uzeti u obzir prilikom donošenja odluke o tome da li je informacija generalno dostupna javnosti.³¹

Drugi pravni problem nalazi se u davanju odgovora na pitanje koliki je period od objavljivanja informacije do mogućnosti njenog korišćenja. Prije dozvole za korišćenje informacije, neophodno je da ona u određenoj mjeri bude javno dostupna. U suprotnom, sva lica koja koriste takvu informaciju dovode sebe u opasnost da budu optužena za insajdersku trgovinu. Postojanje određenog roka između objavljivanja informacije i njenog korišćenja prvi put je u sudskoj praksi potvrđeno presudom u čuvenom sporu *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.* (u daljem tekstu spor *SEC v. TGS*): „prije nego što insajderi smiju preduzimati trgovinu na osnovu materijalne informacije, takva informacija mora biti efikasno objelodanjena na način koji je dovoljan da obezbijedi njenu dostupnost investicionoj javnosti”.³² Ipak, prilikom tumačenja ove presude, treba uzeti u obzir da je donesena prije 40 godina, dok još nije nastupila revolucija u informacionim tehnologijama. U odnosu na ovaj pravni problem postoji konsenzus u uporednom pravu. Ipak, korak dalje, i pitanje kada se informacija smatra javno dostupnom, opet pokazuje različitost u shvatanjima i uređenjima ovog problema. Većina zakona koristi pravni standard da informacija mora biti javno objelodanjena (*publicly available*) bez konkretnijeg pojašnjenja. Dodatni pravni problem je pitanje koji je to broj lica koja moraju da znaju informaciju da bi ona imala karakter javno objavljene informacije. Da li je to ukupna javnost ili bi saznanje samo određenog broja lica informaciji oduzelo svojstvo javne nedostupnosti? Interesantan odgovor na navedene nedoumice dala je Komisija za vrijednosne papire Novog Zelanda prilikom tumačenja jednog spornog slučaja sredinom devedesetih godina prošlog vijeka: „Da bi informacija imala mogućnost da utiče na cijenu vrijednosnog papira, čini se ispravnim, da ona mora biti generalno dostupna na tržištu. Ovo znači da termin javna dostupnost treba tumačiti u smislu makar njene dostupnosti učesnicima na tržištu na kojem se trguje tom hartijom od vrijednosti i prema potencijalnim učesnicima, odnosno licima koja bi vjerovatno preduzela aktivnost ako bi imali u posjed takvu informaciju”. Američka Komisija za vrijednosne papire je u brojnim slučajevima pokušavala da

31 U Velikoj Britaniji je nadležni regulator tržišta, Vlast za finansijske usluge (engl. *Financial Service Authority*), usvojio Kodeks ponašanja na tržištu (engl. *Code of Market Conduct*) čiji je sastavni dio Pravilnik o zloupotrebama na tržištu (engl. *Market Abuse Rulebook*) u kojem se preciznije obrađuju različiti oblici zloupotreba. U ovom dokumentu nalaze se preciznije smjernice o pojedinim elementima insajderske trgovine u odnosu na Zakon o finansijskim uslugama i tržištima iz 2000. godine. Na primjer, preciznije su određeni elementi koji konstituišu insajdersku informaciju u specifičnim situacijama, izuzeci od primjene insajderskog zakonodavstva, primjeri aktivnosti kojima se najčešće zloupotrebljavaju insajderske informacije i sl. Tako se informacija smatra javno dostupnom ako je objavljena od strane emitenta u skladu sa pravilima, kada se nalazi u dokumentima u koje najšira javnost ima pravo uvida, kao i kada se nalazi na internetu. Ovaj dokument je dostupan na internet adresi: <http://www.fsa.gov.uk>.

32 Vidjeti detaljnije: *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.* (1968), United States Court of Appeals Second Circuit, 401 F 2d 833 (2d. Cir).

precizno definiše ovaj pravni standard i sporna pitanja koja su iz njega proizašla. Tako je u pravnoj stvari *In the Matters of Investors Management Co., Inc* (S.E.C 633, 1971) dato tumačenje da se informacija smatra neobjelodanjenom kada nije raširena na način da može biti dostupna svim investitorima.³³ Moguće je i suprotno tumačenje koje daje sud. Ono se odnosilo na činjenicu da je informacija dostupna javnosti, ali nije pojedinim investitorima. Tada se, takođe, smatra da je javno objelodanjena.³⁴ U slučaju *Fyffes Plc. v. DCC* (IEHC 477, 2005), irski Vrhovni sud je dao tumačenje da javna dostupnost informacije znači da njena cijena u potpunosti treba da reflektuje činjenicu da se informacija nalazi na tržištu.³⁵

Danas, postoje dva različita pristupa u određenju kada se jedna informacija smatra javno objavljenom. Prema prvom, informacija je javna kada je rasprostranjena i apsorbovana od strane investicione javnosti. Rasprostiranje znači objavljivanje u sredstvima informisanja, a apsorbovanje se može shvatiti kao razuman period dovoljan investitorima da na osnovu saznanja donesu odgovarajuću poslovnu odluku. Drugi pogled slijedi hipotezu o efikasnosti tržišta kapitala. Prema ovom shvatanju, informacije su javno dostupne kada su u potpunosti inkorporirane u cijenu vrijednosnih papira.³⁶ Smatramo da se javna dostupnost informacije mora mjeriti hipotezom da li anonimni ulagač na berzi ima pristup informaciji. Ne profesionalni ulagač, već obični ulagač čija jedina profesija nije trgovina vrijednosnim papirima. Samo na taj način će u potpunosti biti zaštićen integritet tržišta vrijednosnih papira kao vrhovni ideal legislative u ovoj oblasti. Prilikom analize navedenog standarda neki autori ističu da među profesionalnim ulagačima postoje razlike u raspoloživim sredstvima i vještinama u prikupljanju informacija. Jedan je primjer ilustrativan. U slučaju da njemačka farmaceutska kompanija, čije se akcije kotiraju na berzi u Londonu, objavi rezultate istraživanja u brazilskim finansijskim novinama, nije logično očekivati da će svi investitori imati pristup takvoj informaciji. Međutim, u slučaju objavljivanja u Engleskoj, logično je da će do te informacije doći ulagač koji intenzivno prati dešavanja na tržištu.³⁷ Posebno je važno ustanovljavanje javne dostupnosti informacije zbog djelatnosti finansijskih analitičara, koji imaju značajan uticaj na tržištu vrijednosnih papira. U uporednom

33 Vidjeti: Bergmans, B., op. cit., str. 20.

34 Tako, na primjer, obrazloženje suda u jednom sporu: „znanje u rukama značajnog broja investicionih analitičara se poistovjećuje sa javnom dostupnosti informacije“, prema: B. Bergmans, op. cit, str. 20.

35 Kompanija *Fyffes*, koja se bavi uvozom i distribucijom voća, nakon dugog sudskog postupka, uspjela je da dokaže da je oštećena insajderskom trgovinom. Naime, nakon žalbe irski Vrhovni sud je zaključio da je Viši sud pogrešno izveo zaključak da je izvještaj o trgovini vrijednosnim papirima informacija koja nije javno dostupna. Komentar navedene presude može se naći na internet adresi: <http://www.internationallawoffice.com>.

36 Informacija je javna kada aktivna investiciona zajednica postane svjesna njenog postojanja. Prema teoriji o efikasnosti tržišta, informacija koja je poznata investicionoj zajednici reflektovaće se u cijenu hartije prilikom njihove trgovine. Vidjeti: Fama, Eugene, *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, Journal of Finance, 1970.

37 Siems, Mathias, *The EU Market Abuse Directive: A Case Based Analysis*, Law and Financial Markets Review, 2008, str. 39-48.

pravu prihvaćena je neminovnost da javna dostupnost informacije predstavlja pravni standard koji je neophodno utvrditi u svakom konkretnom slučaju, na osnovu činjenica koje se prezentiraju.³⁸ Na kraju, treba istaći da i ako je potrebno da postoji period između objavljivanja informacije do mogućnosti da se koristi u trgovini vrijednosnim papirima, ne može se precizno pravnim normama odrediti njegovo trajanje. Odgovor na ovo pitanje treba da pruži sudska praksa i regulatori tržišta.

6.2 Preciznost informacije

Racionalnost za unošenje uslova da insajderska informacija mora da bude precizna nalazi se u potrebi da se isključe iz opsega insajderske informacije špekulacije i glasine. Ipak, u praksi dolazi do miješanja ovih pojmova. Uprkos nerazumijevanju od strane pravnika, a često i ekonomista, mnogi smatraju da je njihovo postojanje osnov funkcionisanja berzanskog prava. Interesantan slučaj u odnosu na posjedovanje povlašćene informacije i objavljivanje određenih informacija može se naći u pravu Holandije. U slučaju *Flexovit* insajder je znao za plan o preuzimanju između kompanije *Flexovit* i druge kompanije. U isto vrijeme u štampi je objavljen članak na osnovu određenih glasina i cijena akcija je porasla za 18 centi. Nakon objavljivanja izvještaja, insajder je kupio akcije. Na kraju, bio je odgovoran za zloupotrebu povlašćenih informacija. U obrazloženju presude navedeno je da je specifična insajderska informacija koju je imao insajder moćnija od objavljenih glasina i može se razumno očekivati da će uticati na rast cijena akcija da je takođe objavljena.³⁹ Ne postoji precizna tačka razdvajanja kojom se za neke činjenice ili događaje može reći da su glasine, a da druge predstavljaju povlašćene informacije. Takođe, neke glasine imaju status povlašćene informacije. Na primjer, glasine o sprovođenju postupka preuzimanja koje mogu pretpostaviti zaposleni u kompanijama koje pregovaraju.⁴⁰

38 Dostupnost informacije javnosti bilo je ključno pitanje u sporu *Kinwat Holdings Pty Ltd. v. Platform Pty Ltd.*, iz australijske sudske prakse iz 1982. godine. Naime, četiri člana uprave preuzimaoca su istovremeno bili i u upravi preduzeća koje je preuzimano. Prema mišljenju tužioca, zbog navedene povezanosti, sama činjenica postojanja preuzimanja, koja nije bila dostupna javnosti, značajno je uticala na cijene akcija preduzeća mete. Ipak, u toku postupka je utvrđeno da je ova informacija bila poznata javnosti, jer je objavljen članak u novinama na osnovu obavještenja koje je potencijalni preuzimalac uputio berzi.

39 Slična situacija se desila u slučaju *Eaux-Dumes* (Paris Court of Appeal, March 15, 1995) kada je direktor prodao akcije u ime svoje žene slijedeći razgovor za ručkom sa drugim direktorima kompanije gdje su objelodanjeni gubici. On je tvrdio da su izvještaji na osnovu kojih su se mogli utvrditi gubici već objavljeni. Ipak, bio je odgovoran za trgovinu na osnovu povlašćenih informacija jer je sud dao obrazloženje da je direktor izvršio prodaju ne na osnovu izvještaja, već na osnovu povjerljivih informacija. Vidjeti detaljnije: Stamp, Mark, *International insider dealing*, London, City and Financial Publishing, 2005, str. 319.

40 Blanaid, Clarke, *Inside Information and the European Market Abuse Directive*, u: Ali, Paul, Gregoriou, Greg (ed.), *Insider Trading - Global Developments and Analysis*, New York, CRC Press, 2008, str. 107.

Za razliku od prava SAD-a, gdje potencijalni tužilac treba da dokaže neobjavljenost i važnost (bitnost) informacije, u evropskom pravu je neophodno dokazati da je informacija precizna. U direktivi drugog nivoa primjene detaljnije se određuje pojam preciznosti povlašćene informacije.⁴¹ Bliže tumačenje dao je i odbor evropskih regulatora vrijednosnih papira (engl. *Committee of European Securities Regulators*, u daljem tekstu CESR; danas ovaj organ ne postoji već njegovu funkciju vrši Evropski regulator tržišta i vrijednosnih papira – *European securities and market authority*). Prema tumačenju ovog tijela „informacija je dovoljno precizna ako dovodi do izvođenja zaključka da će imati uticaja na cijenu vrijednosnog papira“.⁴² Ovaj pravni standard je inkorporiran u hrvatsko zakonodavstvo. Naime, čl. 455 st. 4 Zakona o tržištu kapitala definiše da je informacija precizne naravi ako *navodi na skup okolnosti koji postoji ili se u razumnoj mjeri može očekivati da će postojati ili događaj koji je nastao ili se u razumnoj mjeri može očekivati da će nastati te ako je dovoljno specifična da omogućiti donošenje zaključka o mogućem učinku tog skupa okolnosti ili događaja na cijene finansijskih instrumenata ili povezanih izvedenih finansijskih instrumenata*. I u pravu Srbije postoji slična formulacija⁴³. Ipak, ovaj standard zahtijeva tumačenje u svakom konkretnom slučaju, tako da je potrebno da nadležni regulatori tržišta ili sudska praksa daju preciznije tumačenja navedene pravne norme. Pravo Crne Gore ne sadrži preciznije obrazloženje ovog elementa povlašćene informacije.

6.3 Informacija se odnosi na emitenta ili finansijske instrumente

Informacijama koje se direktno odnose na emitenta mogu se smatrati informacije o promjenama kontrole, kao i o promjenama u upravnom ili nadzornom odboru, promjene revizora ili bilo koja informacija u vezi sa djelatnošću revizora, nova licenca, patent ili odluka o povećanju ili smanjenju kapitala.⁴⁴ Sa druge strane, bilo koja informacija koja se odnosi na položaj emitenta na tržištu može se smatrati kao informacija koja se indirektno odnosi na emitenta. CESR objašnjava da to može biti bilo koja informacija o događaju koji može imati uticaja na imovinu ili odgovornosti emitenta, njegov finansijski položaj i sl. Takođe, to su sve tržišne informacije u oblasti grane industrije u kojoj emitent posluje, smanjenje ili povećanje poreskih obaveza, političke, ekonomski ili ekološki događaji i sl.⁴⁵

Zahtjev da se insajderska informacija odnosi na jednog ili više emitenata ili vrijednosnih papira mora se široko tumačiti, jer je u evropskom pravu usvojen

41 Vidjeti: čl. 1 st. 1 Commission Directive 2003/123/EC.

42 Vidjeti: CESRs Advice on Level 2 Impemented measures for the proposed Market Abuse Directive, 2002. Dokument je dostupan na internet adresi: www.cesr-eu.org.

43 Vidjeti: čl. 75 st. 5 Zakona o tržištu kapitala Srbije.

44 Vidjeti: CESR 02-089, čl. 4.

45 Na primjer, ekonomski izvještaj koji može izazvati pad cijena hartija od vrijednosti na berzi ne smatra se povlašćenom informacijom. Ova dva tipa informacije mogu se tretirati odvojeno ili zajedno, ali je veoma teško podvući crtu između njih. Vidjeti: CESR Advice, čl. 31.

tržišni princip prilikom regulisanja insajderske trgovine. U savremenim uslovima poslovanja, tržište postaje osjetljivo na informacije koje dolaze iz različitih segmenata društva. Istina, u najvećem broju slučajeva informacije potiču od emitenta (smanjenje dividende, sudski proces koji je u toku, pad profita u određenom periodu, uspješno okončana istraživanja koja će završiti ulaganjem i očekivanim profitom i sl.). Informacija koja se odnosi na vrijednosne papire može biti informacija o odobrenju emisije novih vrijednosnih papira, prodaji vrijednosnih papira po diskontnoj cijeni za postojeće imaoce, o preuzimanju emisije i sl. Međutim, obilježje insajderske informacije mora imati i odluka Centralne banke o smanjenju deviznog kursa ili vladina odluka o smanjenju poreske stope na uvoz pojedinih proizvoda, odluka o pokretanju istrage tužilaštva protiv članova odbora direktora emitenta i sl. Zbog navedenog, sudovi u evropskim zemljama moraju pažljivo tumačiti ovaj zahtjev.

6.4 Cjenovna osjetljivost hartije (značaj, bitnost)

U odnosu na ovu karakteristiku povlašćene informacije u uporednom pravu, bez izuzetka, postoji saglasnost: da bi se jedna informacija smatrala insajderskom mora biti značajna. Ipak, ova karakteristika informacije je tokom istorije bila predmet brojnih suprotnih stavova i sudskih tumačenja. U SAD, kao zemlji sa najrazvijenijom sudskom praksom u ovoj oblasti, u utvrđivanju pojma značaja informacije razvila su se tri testa: 1) test razumnog investitora; 2) test vjerovatnoće uticaja na cijenu vrijednosnog papira i 3) test tržišnog uticaja na cijenu vrijednosnog papira. Prema testu razumnog investitora, određena informacija ima karakter značajne informacije ako bi razuman investitor uzeo u obzir prilikom donošenja odluke o investiranju. Drugi test se odnosi na događaje koji se često ne ostvare, ali koji u slučaju nastanka imaju značajan uticaj na cijenu vrijednosnog papira. Ovaj test je usvojen u slučaju *Wilson v. Great American* kada je sud obrazložio da informacija koja se odnosi na budući događaj može imati karakter značaja, ako postoji određen stepen vjerovatnoće da će se taj događaj desiti.⁴⁶ Mnogi sudovi u utvrđivanju karaktera značaja informacije kombinuju navedene testove. U pravnoj teoriji, posebno u SAD, prilikom objašnjenja značaja informacije često se citira odluka Vrhovnog suda u slučaju *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*: „da bi se obezbijedio zahtjev značaja informacije mora postojati određen stepen vjerovatnoće da će razuman akcionar smatrati njihovo postojanje opravdanim prilikom odlučivanja o korištenju glasačkog prava”.⁴⁷ Bez sumnje, u situacijama kada se ne može očigledno utvrditi ovaj elemenat, više faktora odlučuje o zauzimanju stava suda. Jedan od njih je reakcija tržišta kada informacija bude objavljena. Na primjer, u slučaju *United States v. Carpenter*, iako je objašnjenje suda bilo opširno, značaj informacije je shvaćen u smislu da bi njeno javno objavljivanje imalo bitan uticaj

46 Vidjeti: *Wilson v. Great American*, US District Court for the Northern District of New York, 746 F. Supp. 251 iz 1990. godine.

47 Vidjeti: *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, US Supreme Court, 426 U.S. 438 (1976).

na tržište.⁴⁸ Test značaja informacije sudsko vijeće u postupku *List v. Fashion Park, Inc.*, je objasnilo na sledeći način: „...osnovni test značaja informacije ...može se sprovesti analizom da li će razuman čovjek uzeti u obzir takvu informaciju prije izvršenja transakcije“.⁴⁹ Na kraju, treći test polazi od pretpostavke da bi objavljivanje informacije imalo znatan uticaj na cijenu vrijednosnih papira. Ovako objašnjenje nalazi se u većini zakona evropskih zemalja. Ipak, ovaj test, ne bi trebalo da bude jedini osnov za utvrđivanje značaja jedne informacije. Sudovi u SAD su dali objašnjenje da u slučajevima kada se povećanje cijena akcija uzima kao dokaz bitnosti neke informacije u slučajevima insajderske trgovine, postoji opasnost na oni budu pomiješani sa drugim faktorima koji utiču na cijenu vrijednosnog papira, kao što je na primjer objelodanjivanje drugih informacija koje utiču na povećanje cijene ili rast cijena vrijednosnih papira u cijeloj grani ili na tržištu. Tada je veoma teško na osnovu rasta cijena sa sigurnošću utvrditi da je baš ta informacija značajna. U nekim evropskim zemljama jasno je iznijet stav o nemogućnosti preciznog određenja ovog pravnog standarda. Tako na primjer, u Vodiču londonske berze navodi se da „pokušaj preciznog definisanja cjenovne osjetljivosti hartije nijesu mogući, pošto generalno nije moguće uzeti u obzir veliki broj faktora u posebnom slučaju...“.⁵⁰ Na kraju, pravni standard cjenovne osjetljivosti informacije u evropskom pravu, u skladu sa načinom uređenja instituta, bliže je razrađen direktivom drugog nivoa. Prema članu 1 stav. 2 smatra se da je informacija cjenovno osjetljiva kada bi je prilikom javnog objelodanjivanja razuman investitor koristio kao jedan od elemenata na osnovu kojih bi donio poslovnu odluku.⁵¹ Dakle, ne traži se da ta informacija bude odlučujući faktor za donošenje odluke o investiranju, već da je razuman investitor, zajedno sa svim ostalim elementima, uzme u obzir. U hrvatskom i srpskom pravu prihvaćen je stav da se test bitnosti određuje prema značaju koji joj daje razumni ulagač.⁵² Pravo Crne Gore nema odgovor ni na ovo pravno pitanje.

7. POJAM POVLAŠĆENE INFORMACIJE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA PRAVDE

Evropski sud pravde (u daljem tekstu: EJC) je u posljednjim godinama stvorio odgovarajuću praksu u odnosu na institut insajderske trgovine, koja je unaprijedila napore u okvirima EU za smanjenje učestalosti zloupotrebe povlašćenih informacija. U određenom broju slučajeva predmet rasprava i analiza u presudama

48 Vidjeti: *Carpenter v. United States*, US Supreme Court, 484 U.S. 19 (1987).

49 Vidjeti: *List v. Fashion Park, Inc.*, 340 F.2d 457.

50 London Stock Exchange, Guidance on the dissemination of price sensitive informations, London, 1996. godine. Dokument je dostupan na internet adresi: <http://www.fsa.gov.uk/pubs/ukla/GU-0796.pdf>.

51 Vidjeti detaljnije: čl. 1 st. 2 Commission Directive 2003/123/EC.

52 Smatra se da takva vjerojatnost značajnog utjecaja postoji ako bi razumni ulagatelj vjerojatno uzeo u obzir takvu informaciju kao dio osnove za donošenje svojih investicijskih odluka. Vidjeti: čl. 455. st. 1 Zakona o tržištu kapitala.

EJC bilo je i pitanje elemenata povlašćene informacije i njene kvalifikacije. Odnos prema pojmu povlašćene informacije, i cijelom institutu insajderske trgovine, u pravnoj teoriji posebno je intenziviran nakon presude u poznatom sporu *Spector Photo Group* iz 2009. godine (C – 45/08 od 23.12.2009. godine; u daljem tekstu slučaj *Spector*).⁵³ Ipak, pitanjem elemenata povlašćene informacije ECJ se bavio i prije presude u ovom slučaju. Pregledom prakse EJC mogu se naći slučajevi u kojima je predmet tumačenja suda bilo određenje javne dostupnosti, bitnosti (slučaj *Spector*) i preciznosti informacije (slučaj *Markus Gelte v Daimler AG*), kao osnova za njenu kvalifikaciju. Tako na primjer, pitanje preciznosti informacije EJC je analizirao u sporu *Grøngaard and Bang* (Case C-384/02 od 22.11.2005. godine).⁵⁴ U ovom slučaju gospodin *Groongaard* je obavljao funkciju predstavnika radnika u odboru direktora kompanije *RealDenmark* (u daljem tekstu *RD*). Takođe, obavljao je funkciju sekretara sindikata zaposlenih u finansijskom sektoru i člana koordinacionog odbora između sindikata i kompanije *RD*. Odbor direktora *RD-a* je donio odluku o spajanju sa drugom kompanijom. Prisustvujući sastanku u svojstvu člana odbora direktora o toj činjenici gospodin *Grøngaard* je obavijestio generalnog sekretara sindikata gospodina *Banga* sa ciljem da dobije pomoć od osoblja sindikata da se izbore sa eventualnim poslasticama koje bi mogle da pretrpe radnici nakon sprovođenja poslovne operacije. Tok informacija se nije završio na ovom nivou, jer je *Bang* obavijestio svog kolegu iz sekretarijata sindikata (gospodina *Christensena*). U cijeloj priči g-din *Christensen* nije vidio priliku da zaštiti prava radnika u predstojećem postupku, već mogućnost da ostvari profit. Naime, on je nakon dobijene informacije kupio akcije *RD-a*. Nakon objelodanjivanja informacije o sprovođenju spajanja cijena akcija je naglo porasla (za više od 65%) što je omogućilo ostvarenje profita nakon prodaje akcija (ni iznos profita nije simboličan, radilo se o 180.000 eura). Na prvi pogled, činilo se jednostavnim dati odgovor na pitanje ko je u ovom slučaju izvršio zloupotrebu povlašćene informacije. Bez dileme, sumnja na prvom mjestu pada prema *Christensenu*, jer se kod njega vidi namjera da se ostvari profit. Ipak, već na početku javili su se određeni pravni problemi. Jedan od pravnih problema odnosio se na pojam povlašćene informacije. Preciznije, na tumačenje preciznosti kao njenog konstitutivnog elementa. Naime, u sporu se pojavilo pitanje da li se pregovori o namjeri da se izvrši preuzimanje mogu smatrati insajderskom informacijom (ko može da tvrdi da će pregovori biti pozitivno okončani)? Prema mišljenju suda, da bi se informacija smatrala dovoljno preciznom dovoljno je da se može razumno očekivati da će se ostvariti (engl. *come into existence*) pod uslovom da će izazvati uticaj na cijenu vrijednosnog papira (Directive 2003/124/EC čl.1 st.1). Ako se informacija odnosi na proces koji sa odvija u fazama, informacija o svakoj pojedinoj fazi procesa, kao i o cijelom procesu može biti precizna informacija (CESR 06-562, par. 1-6). Dakle, informacija o pregovorima, na osnovu tumačenja EJC u ovom slučaju, se smatra

53 Vidjeti: Lars, Klöhn, *The European Trading Regulation after EJC's Spector Photo Group – Decision*, *European Company and Financial Law Review*, 2/2010.

54 Vidjeti detaljnije o ovom sporu: Siems, Mathias. op. cit., str. 39-48.

povlašćenom informacijom. Pitanje preciznosti informacije ECJ je ocjenjivao i precizno obrazložio i u slučaju Markus Gelth v Daimler AG (Case C – 19/11, od 28.06.2012. godine). U ovom slučaju nadzorni odbor kompanije Daimler AG je 28.07.2012. godine objavio informaciju da će predsjednik odbora direktora napustiti funkcije prije isteka mandata. Akcije kompanije su porasle, nakon objavljivanja navedenog podatka. U postupku pred njemačkim Saveznim sudom pravde bivši akcionari su tražili nadoknadu štete zbog gubitka koji su pretrpjeli prodajom akcija, usljed nepoznavanja informacije o ranijem napuštanju funkcije predsjednika odbora direktora. Prethodno pitanje je upućeno EJC, da utvrdi da li se preciznost informacije mogla utvrditi (postojati) prije 28. jula. Sud je svoje odgovore, u kojima je tumačen pojam preciznosti informacije u smislu čl. 1 (1) Direktive 2003/6 i čl. 1 (1) Direktive 2003/124 obrazložio u dva paragrafa. Prvo je objasnio pojam preciznosti informacije u slučajevima dužeg procesa. Prema stavu ECJ, u slučaju dužeg procesa koji treba da dovede do nastanka određene okolnosti ili da generiše određeni događaj, ne samo da se buduća okolnost ili budući događaj može smatrati preciznim informacijama, već i posredni koraci tog procesa koji su povezani sa nastankom buduće okolnosti ili događaja (par. 40). U drugom odgovoru EJC je tumačio pojam preciznosti u odnosu na buduće događaje. Sud je zaključio da se čl. 1 (1) Direktive 2003/124 odnosi na buduće okolnosti ili događaje iz kojih se pojavljuje, na osnovu ukupne procjene faktora koji postoje u datom trenutku, da postoji realna šansa da će doći da njihovog nastanka. Međutim, prema mišljenju Suda, taj pojam ne bi trebalo tumačiti u smislu da moraju biti uzeti u obzir magnituda efekta tog skupa okolnosti ili događaja na cijene finansijskih instrumenata u pitanju (par. 60). Dakle, pojam preciznosti informacije u praksi ECJ je široko tumačen sa osnovnim ciljem da se omogućiti zaštita integriteta tržišta i jednakost u pristupu informacijama.

Pitanje bitnosti (cjenovne osjetljivosti) i javnosti informacije u praksi ECJ analizirano je u slučaju *Spector*. I u slučaju *Spector* ECJ je rješavao prethodno pitanje (engl. *preliminary ruling*).⁵⁵ U ovom slučaju je zatraženo od EJC da odgovori na šest pitanja od kojih se dva odnose na pojam povlašćene informacije. Prvo, koliki je iznos u promjeni cijene da bi se neka informacija mogla smatrati značajnom (engl. *significant*)? Drugo, koji period treba uzeti u obzir nakon

55 Slučaj se odnosi na belgijsko akcionarsko društvo, koje je o okviru svog poslovanja dalo mogućnost zaposlenim opcijski program za kupovinu akcija (engl. *stock option programme*). U cilju ostvarivanja programa *Spector* je planirao da za tu svrhu upotrijebi sopstvene akcije, ali i da kupi još akcija na berzi ukoliko bude potrebno. Između 28.05 i 30.08.2003. godine *Spector* je kupio 27.773 akcija. Zatim je 11. i 13.08.2003. godine *Chris Van Raemdonck* dao dva naloga na osnovu kojeg je *Spector* stekao 19.773 akcije po prosječnoj cijeni od 9.97 evra, dok je cijena opcije prilikom izdavanja bila 10,45 evra. Nakon objavljivanja rezultata o politici vođenja kompanije, cijena akcija je porasla, pa je 31.12.2012. godine iznosila 12,50 evra. Na osnovu navedenog, stekao se utisak da je kupovina akcija izvršena na brzinu (prije očekivanog skoka akcija), kako bi *Spector* izbjegao gubitak u budućnosti zbog obaveze kupovine sopstvenih akcija. Epilog je bio sljedeći – Komisija za bankarstvo, finansije i osiguranje Belgije, je nalog kvalifikovala kao insajderski i kaznila *Spector* novčanom kaznom od 80 000 evra, a *Van Raemdonck* sa 20 000 evra.

objavljivanja informacije za određenje uticaja na promjenu cijene? U davanju odgovora na navedena pitanja, Sud ih je objedinio i pozvao se na cilj Direktive o zloupotrebi tržišta – zaštitu integriteta tržišta. U obrazloženju presude Sud navodi da u skladu sa ciljem Direktive 2003/6, da kapacitet informacije da ima značajan uticaj na cijene finansijskog instrumenta mora da budu procijenjeni apriori, u svijetlu sadržaja informacija u pitanju i u kontekstu u kojem se pojavljuje. Stoga nije neophodno, kako bi se utvrdilo da li je informacija insajderska, da se ispita da li je njeno obelodanjivanje zapravo imalo značajan uticaj na cijenu finansijskih instrumenata na koje se odnosi (par. 69). Odgovor na drugo pitanje je ostavljen nacionalnim zakonima (par. 73). Zbog složenosti instituta insajderske trgovine i sudskog postupka utvrđivanja odgovornosti insajdera, potrebno je istaći činjenicu da utvrđivanje upotrebe povlašćene informacije na znači i automatsku odgovornost insajdera. Naime, i u uporednoj sudskoj praksi postoje primjeri oslobođanja od odgovornosti insajdera i u slučajevima utvrđivanja postojanja i upotrebe povlašćene informacije. U tom smislu je interesantan slučaj *Georgakis* iz prakse EJC.⁵⁶

Na osnovu navedenog može se izvesti zaključak da u praksi ECJ nije zauzet restriktivan stav u odnosu na pojam povlašćene informacije. Preciznije, kvalifikacija elemenata povlašćene informacije nije predstavljala smetnju za utvrđivanje odgovornosti u slučajevima zloupotrebe povlašćenih informacija. U obrazloženjima svojih presuda u kojima je analiziran pojam povlašćene informacije, ECJ se po pravilu pozivao na osnovni cilj Direktive o tržišnim zloupotrebama – zaštitu integriteta tržišta i obezbjeđivanje ravnopravnosti učesnika na tržištu. U tom kontekstu je i analizirana kvalifikacija povlašćene informacije. Takođe, treba istaći i činjenicu da je ECJ određivao pojam povlašćene informacije zajedno sa ostalim elementima bića djela insajderske trgovine.

56 Slučaj *Georgakis* (C-391/04 od 10.05.2007. godine) iz prakse EJC je interesantan zbog činjenice da je uprkos utvrđenju postojanja i upotrebe povlašćene informacije, došlo do oslobođanja od odgovornosti za insajdersku trgovinu. *Georgakis* i članovi njegove porodice bili su većinski akcionari kompanije *Parnassos* i njene filijale *Syrios AVEE*, dok su *Parnassos* i *Syrios AVEE* bili većinski akcionari kompanije *ATEMKE*. Većina članova porodice bili su istovremeno i članovi uprave u obje kompanije. Na osnovu preporuke finansijskih savjetnika vršili su više pravnih poslova kako bi povećali cijenu akcija kompanije *Parnassos*, tako što su između sebe kupovali i prodavali akcije. Sud je utvrdio da većinski akcionari i članovi uprave posjeduju insajdersku informaciju koju nijesu iskoristili ukoliko trguju među sobom u cilju vještačkog podizanja cijene. Povlašćena informacija se odnosila na odluku da trguju akcijama kompanije, čija je svrha bila poznata samo tim licima. U ovom slučaju je utvrđeno da ne postoji zloupotreba povlašćenih informacija, jer su sve ugovorne strane bile u njenom posjedu. Detaljnije o ovom sporu: Lepetić, Jelena, O pojmu insider-a u pravu Evropske unije, *Pravo i privreda*, br. 4-6/2011, str. 673-687.

8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA O POJMU POVLAŠĆENE INFORMACIJE

Uporednopravna istraživanja istorijskog razvoja, pravnih izvora i sudske prakse zemalja sa najrazvijenijim tržištima vrijednosnih papira pokazuju da ne postoji jedinstvena formula za konačno rješenje problema insajderske trgovine. Razlozi za pravno regulisanje i sankcionisanje ovog instituta u uporednom pravu bili su različiti. U nekim zemljama razlog je bila stvarna volja za sprečavanje insajderske trgovine, u drugim sticanje političkih poena, dok su se pojedine zemlje dugo godina oštro suprotstavljale bilo kakvom zakonskom regulisanju ovog pravnog instituta. Usaglašavanje sa evropskim pravom i međunarodnim standardima za zemlje u regionu je je nužnost i obaveza, ali usaglašavanje prava bez njegove primjene u praksi nema nikakvu svrhu. U pokušajima stvaranja efikasnog sistema sprečavanja insajderske trgovine mora se voditi računa i o dostignutom stepenu razvoja sopstvenog pravnog sistema, objektivnim kapacitetima za sprovođenje određenih preporuka, koje su sadržane u evropskim direktivama, stvarnim mogućnostima za primjenu određenih pravnih instituta kojima se sprečava učestalost insajderske trgovine i sl. Najbolja potvrda za navedeni stav je i pitanje pravnog regulisanja pojma povlašćenih informacija. Na nivou Evropske unije, u zemljama koje su usaglasile pravo sa direktivama EU i u zemljama koje nemaju potpunu pravnu regulativu u ovoj oblasti postoji zajednički problem koji zahtijeva rješenje – kako smanjiti učestalost zloupotreba povlašćenih informacija u praksi? Prvi korak na tom putu predstavlja kvalitetna pravna regulativa. Neprecizno i nepotpuno definisanje elemenata djela insajderske trgovine stvara pravnu nesigurnost i daje mogućnost oslobađanja odgovornih lica bez obzira na očigledne zloupotrebe, pa pravni sistemi često predstavljaju najbolju zaštitu insajderima. Ovo pravno pitanje posebno je važno za Crnu Goru, jer crnogorsko pravo, za razliku od većine zemalja u regionu, ne sadrži precizno određenje pojma povlašćene informacije.

Pristupi prilikom regulisanja pojma povlašćene informacije u uporednom pravu su različiti. U nekim pravnim sistemima (američki model) zakonodavstva ne definišu povlašćenu informaciju, niti određuju njene elemente, već se ostavlja prostor da sudska praksa odredi osnovne elemente ovog instituta. U drugim pravnim sistemima (evropski model) precizno se reguliše povlašćena informacija i elementi koji je čine. Efikasnost primjene govori u korist prvog pristupa. Praksa funkcionisanja tržišta vrijednosnih papira pokazuje da značajan broj pitanja u oblasti instituta insajderske trgovine ostaje van domašaja zakonodavca. Navedena činjenica posebno dolazi do izražaja u odnosu na definisanje povlašćene informacije. Cilj ovog rada bio je da ukaže da postoji prostor da sudska praksa, i u zemljama u kojima nije formalni izvor prava, ponudi određena rješenja i tako smanji učestalost zloupotreba povlašćenih informacija. Na kraju, treba imati na umu vremenski aspekt usvajanja zakonodavstva u ovoj oblasti, kao i činjenicu nedovoljnog iskustva i tradicije u poslovanju sa vrijednosnim papirima u zemljama u regionu i izraziti razumijevanje i nadu da će se vremenom ujednačiti kriterijumi za utvrđivanje povlašćene informacije, što će bez sumnje, kao posljedicu imati i povećanje efikasnosti u sankcionisanju insajdera.

Summary

CONCEPT OF INSIDER INFORMATION IN LEGAL THEORY AND PRACTICE

The institute of insider trading has represented a serious problem for the legislator, jurisprudence, and science during the course of history. This institute hasn't been legally regulated for years. Positive legal regulation also meant the beginning of theoretical disputes which followed legislative changes and numerous dilemmas, especially in European countries. The above mentioned concerned the efficiency of implementation in practice, too. Legal problems in this field are numerous, and very often legal science, legislation and jurisprudence give opposite solutions for certain issues.

One of the most controversial legal issues in the theory and practice is defining the term of insider information. Regardless the efforts of the European countries to precisely define this element of the institute of insider trading, the concrete results are still missing. The reason for this, according to the author's opinion, is in the inability of the legal norm to anticipate all situations which give the epithet of insider to one piece of information. The author emphasizes that comparative practice in the field of the institute of insider trading stays out of reach of the legislator. The above mentioned fact is especially expressive in relation to defining insider information. The objective of this work is to point out that there is a space where the jurisprudence offers certain solutions in the countries where it is not the formal source of law, and to reduce the frequency of misusing insider information in practice in that way.

Key words: *insider trading, insider information, public, price sensitive information.*

Zusammenfassung

BEGRIFF DER INSIDERINFORMATION IN DER RECHTSTHEORIE UND -PRAXIS

Das Institut des Insiderhandels stellte in der Geschichte ein ernsthaftes Problem für den Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die Wissenschaft dar. Positivrechtliche Regulierung hat den Beginn von theoretischen Diskussionen über Gesetzesänderungen und zahlreiche Dilemmas, insbesondere in den europäischen Ländern, gekennzeichnet. Eine der meist kontroversen rechtlichen Fragen in der Theorie und Praxis ist die Definierung des Begriffs der Insiderinformation. Trotz der Anstrengung von europäischen Ländern, dieses Element des Instituts vom Insiderhandel präzise zu definieren, gibt es noch keine konkrete Ergebnisse.

Der Meinung des Autors nach ist der Grund dafür die Unmöglichkeit, mit der Rechtsnorm alle Situationen, welche einer Information das Attribut „Insider“ geben, vorausszusehen. In der Arbeit wird betont, dass die Vergleichspraxis der Funktionierung vom Arbeitsmarkt darauf hinweist, dass zahlreiche Fragen über die Befugnis des Instituts vom Insiderhandel außerhalb des Bereichs des Gesetzgebers sind. Das Ziel dieser Arbeit ist es, darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung auch in den Ländern in welchen sie keine formelle Rechtsquelle ist, entsprechende Lösungen anbietet, und auf diese Weise die Häufigkeit der Misshandlung von Insiderinformationen in der Praxis reduziert.

Schlüsselwörter: *Insiderhandel, Insiderinformationen, Öffentlichkeit und preisempfindliche Information.*

Riassunto

IL CONCETTO DI INFORMAZIONE PRIVILEGIATA NELLA TEORIA DEL DIRITTO E NELLA PRATICA

L'istituto dell'*insider trading* nell'arco del tempo ha rappresentato un serio problema per il legislatore, per la giurisprudenza e per la dottrina. La disciplina giuspositivistica ha segnato l'inizio di dibattiti teorici, che andavano di pari passi con le modifiche normative e le numerose antinomie, e ciò in ispecie nei paesi europei. Una delle questioni giuridiche maggiormente controverse come nella teoria, così anche nella pratica è la definizione del concetto di informazione privilegiata. Nonostante lo sforzo dei paesi europei di definire con precisione tale elemento dell'istituto dell'*insider trading*, fino ad ora non si sono raggiunti dei risultati concreti. La ragione si trova, secondo il parere dell'autore, nell'impossibilità di prevedere con norma giuridica tutte le situazioni che ad un'informazione conferiscono l'appellativo di informazione privilegiata. Nel contributo l'autore osserva che la giurisprudenza comparata in materia di funzionamento del mercato dei titoli di credito mostra come un rilevante numero di questioni collegate all'*insider trading* rimanga estraneo agli sforzi legislativi. Lo scopo del presente lavoro è di porre in rilievo che esistono margini affinché la giurisprudenza, anche nei paesi in cui la fattispecie non sia disciplinata da fonti normative, offra determinate soluzioni, contribuendo così a diminuire la reiterazione dell'abuso di informazioni privilegiate nella pratica.

Parole chiave: *insider trading, informazioni privilegiate, pubblicità e sensibilità economica dell'informazione.*

ZAKONSKO NASLJEĐIVANJE ISTOSPOLNIH PARTNERA U REPUBLICI HRVATSKOJ U POSTOJEĆEM ZAKONSKOM OKVIRU

Dr. sc. Dubravka Klasiček, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.62-055(497.5)
Ur.: 26. srpnja 2013.
Pr.: 21. studenoga 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U Hrvatskoj istospolni partneri svoju zajednicu mogu sklopiti samo kao de facto zajednicu te će ona kao takva proizvoditi određene učinke, ako su ispunjene zakonom predviđene pretpostavke. Ipak, mogućnost nasljeđivanja na temelju zakona nije jedan od tih učinaka. Treba naglasiti kako je de facto istospolna zajednica po mnogočemu vrlo slična de facto izvanbračnoj zajednici, no postoje i brojne razlike. Za ovaj rad najznačajnija razlika leži u činjenici da izvanbračni drugovi jedan drugoga mogu nasljeđivati na temelju zakona, dok istospolni to mogu jedino kao oporučni nasljednici. U ovom radu, dakle, bit će govora prvenstveno o nasljednopravnim učincima de facto zajednica – i izvanbračne i istospolne, odnosno nepostojanju istih. U radu je naglašena činjenica da je ovakvo razlikovanje glede učinaka koje navedene de facto zajednice imaju, odnosno, nemaju u nasljednom pravu, utemeljeno jedino na spolu osoba koje tvore odnosnu zajednicu, što predstavlja diskriminaciju istospolnih partnera. Također se naglašava kako ne postoji nikakav pravni razlog da se zakonsko nasljeđivanje istospolnih partnera nije dopustilo u postojećem zakonskom okviru na temelju manjih intervencija u Zakon o nasljeđivanju.

Ključne riječi: *istospolna zajednica, izvanbračna zajednica, formalna/de facto zajednica, zakonsko nasljeđivanje, brak osoba istog spola.*

1. UVOD

U Republici Hrvatskoj partneri u istospolnoj zajednici ne mogu jedan drugoga nasljeđivati kao zakonski nasljednici dok izvanbračni drugovi to mogu. I jedna i druga zajednica predstavljaju oblik, tzv. *de facto* zajednice koja proizvodi određene pravne učinke samim ispunjenjem pretpostavki određenih zakonom (značajne za

ovaj rad su pretpostavke navedene u Obiteljskom zakonu¹, Zakonu o istospolnim zajednicama² i Zakonu o nasljeđivanju³). Istospolne zajednice su u hrvatskom pravnom sustavu po načinu zasnivanja i učincima slične heteroseksualnim izvanbračnim zajednicama.⁴ Glavna razlika između ove dvije zajednice je u spolu partnera – kod istospolnih zajednica radi se o *de facto* zajednici dvije osobe istog spola, dok se u izvanbračnoj zajednici radi o *de facto* zajednici dviju osoba različitog spola. Ipak, izvanbračni partneri, sukladno odredbama Zakona o nasljeđivanju, jedan drugoga mogu naslijediti kao zakonski nasljednici, dok isto to nije omogućeno partnerima koji se nalaze u istospolnim zajednicama.⁵

Treba naglasiti kako u zadnje vrijeme i u Hrvatskoj postoje tendencije da se osobama istospolne orijentacije pruži veća zaštita no što su je do sada imale, ali u usporedbi s pojedinim zapadnim državama, jasno je da se kod nas, po tom pitanju, treba još mnogo toga učiniti. Naime, Danska je još 1989. bila prva država u svijetu u kojoj su istospolne zajednice, uz ispunjenje zakonom predviđenih pretpostavki, počele proizvoditi određene pravne učinke.⁶ S vremenom su ovakve zajednice u Danskoj dobivale sve više pravnih učinaka te su uskoro ublažene stroge pretpostavke koje su istospolne zajednice u početku morale ispunjavati kako bi proizvodile pravne učinke⁷, da bi od 15. lipnja 2012. godine u Danskoj osobe istog spola mogle sklopiti brak.⁸ Nakon 1989. i druge su države počele priznavati istospolnim zajednicama određena prava, te su, također, prilično brzo neke od njih istospolnim partnerima dopustile i sklapanje braka.⁹ Prva od njih bila je Nizozemska koja je dopustila sklapanje braka osobama istog spola još 1. travnja 2001. te je odstupila od tradicionalnog shvaćanja da je brak namijenjen isključivo osobama

1 Obiteljski zakon (dalje: ObZ), NN 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11.

2 Zakon o istospolnim zajednicama (dalje: ZIZ), NN 116/03.

3 Zakon o nasljeđivanju, NN 48/03, 163/03, 35/05.

4 Korać, A., *Ljudska prava i pravno uređenje istospolnih zajednica u domaćem zakonodavstvu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/2005., str. 803.

5 Osim nasljedopravnih, postoje i brojni drugi učinci koje izvanbračne zajednice imaju u drugim granama prava, a istospolne nemaju – u stambenom, socijalnom, zdravstvenom, mirovinskom i dr. Tako, osim što jedan drugoga istospolni partneri ne mogu nasljeđivati na temelju zakona, nema mogućnosti ni promjene prezimena na temelju života u istospolnoj zajednici, mogućnosti stjecanja državljanstva ili boravišne dozvole, prava iz obveznog mirovinskog osiguranja, porezne olakšice i sl. Cf. ibid, str. 831.

6 The Danish Registered Partnership Act, No. 372., 07.06.1989., engl. tekst dostupan na: <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments> (26.02.2013.)

7 Izmjene zakona Act. No. 821., 19.12.1989. i Act. No. 360., 02.06.1999.

8 § 2. Lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægteskabets retsvirkninger og retsplejeloven og om ophævelse af lov om registreret partnerskab, cijeli tekst dostupan na: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=142282> (17.02.2013.)

9 Tako Curry-Sumner, I., *All's Well that Ends Registered?, The substantive and private international law aspects of non marital registered relationships in Europe*, Intersentia, 2005., str. 4. Koje države danas omogućuju istospolnim partnerima sklapanje braka – vidi infra.

različitog spola.¹⁰ Do danas, osim Nizozemske, od europskih država ovu mogućnost dopuštaju još Belgija, Danska, Francuska, Island, Norveška, Portugal, Španjolska i Švedska.¹¹ U velikom broju država u kojima istospolni partneri još uvijek nemaju mogućnost sklopiti brak, istospolnim partnerima omogućeno je formalno sklapanje njihove istospolne zajednice. Takve formalne istospolne zajednice možda nemaju sve pravne učinke koje ima i brak, no, u većini slučajeva su po nasljednopravnim učincima izjednačene s brakom.¹²

Na ovom mjestu treba spomenuti da se, što se tiče pravnih učinaka istospolnih zajednica, može reći kako se danas u svijetu sve države mogu svrstati u jednu od pet skupina.¹³ Prvu skupinu čine one države u kojima osobe istog spola mogu sklopiti brak jednako kao i osobe različitog spola. U tim državama istospolni brakovi se po svojim učincima uglavnom ne razlikuju od braka osoba različitog spola. Drugu skupinu čine države u kojima istospolni partneri ne mogu sklapati brak, no mogu u formalnom obliku sklopiti svoju istospolnu zajednicu i ona će imati učinke vrlo bliske onima koje ima brak. U sljedeću skupinu ulaze države u kojima nije moguće formalno sklopiti istospolnu zajednicu, no ipak se i *de facto* istospolnim zajednicama daju neki ograničeni pravni učinci koje ima brak / izvanbračna zajednica. Četvrtu skupinu sustava čine države u kojima se događaju promjene u smjeru priznavanja većih prava istospolnim partnerima (bez obzira hoće li im u bliskoj budućnosti biti omogućeno formalno sklapanje njihove zajednice ili ne). Posljednja, peta skupina država, su države u kojima zajednice istospolnih partnera nemaju nikakve pravne učinke te su vrlo često istospolni partneri izloženi teškoj diskriminaciji.¹⁴

Zbog same činjenice da u Hrvatskoj postoji zakon koji regulira istospolne zajednice te s obzirom na odredbe ovog zakona, jasno je da Hrvatska, barem za sada, ulazi u treću skupinu država – one u kojima istospolne zajednice imaju određene pravne učinke, no istospolnim partnerima se ne daje mogućnost sklapanja braka niti formalnog sklapanja istospolne zajednice.¹⁵ Hrvatski Zakon o istospolnim

10 Korać, op. cit., str. 802.

11 Cf. Curry-Sumner, I., *A Patchwork of Partnerships: Comparative Overview of Registration Schemes in Europe, Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, ed. Boele-Woelki, K., Fuchs, A., Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012., str. 72.

12 U pojedinim državama istospolni partneri koji se nalaze u formalnim istospolnim zajednicama ne mogu, npr. posvajati djecu. No, to za ovaj rad nije bitno jer se rad bavi samo nasljednopravnim učincima istospolne zajednice (op.a.).

O pojedinim državama u kojima su istospolne zajednice po nasljednopravnim učincima izjednačene s brakom – vidi infra.

13 Schwenzer, I., *Convergence and Divergence in the Law on Same-sex Partnerships, Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, ed. Antokolskaia, M., Intersentia, 2007., str. 146.

14 Loc. cit.

15 Još 6. rujna 2012. s radom je počela Radna skupina za izradu Zakona o registriranom partnerstvu, http://www.vlada.hr/naslovnica/novosti_i_najave/2012/rujan/radna_skupina_za_izradu_zakona_o_registriranom_partnerstvu_zapocela_s_radom (10.07.2013.). Nacrt zakona dostupan je na stranici Ministarstva uprave http://www.uprava.hr/UserDocsImages/Savjetovanja%20sa%20zainteresiranim%20javno%C5%A1%C4%87u/2013/zivotno_partnerstvo/Nacrt%20zakona%20o%20%C5%BEivotnom%20partnerstvu%20-%2017%2010.pdf (06.11.2013.)

zajednicama u čl. 2. i 3. kao istospolnu zajednicu određuje životnu zajednicu dviju osoba istog spola (partner/ica) koje nisu u braku, izvanbračnoj ili drugoj istospolnoj zajednici, a koja traje najmanje tri godine te se temelji na načelima ravnopravnosti partnera, međusobnog poštovanja i pomaganja, te emotivnoj vezanosti partnera, pod uvjetom da su partneri stariji od 18 godina, nisu lišeni poslovne sposobnosti te da nisu krvni srodnici u ravnoj lozi, a u pobočnoj zaključno do četvrtog stupnja. Bitno je naglasiti da je Hrvatska jedina europska država u kojoj istospolni partneri ne mogu sklopiti brak niti formalnu istospolnu zajednicu već im je ostavljena jedino mogućnost sklapanja *de facto* zajednice, no ona je, svejedno, pravno zaštićena i ima određene pravne učinke.¹⁶ Inače, kako će se vidjeti kasnije u radu, neformalne zajednice, i izvanbračne i istospolne, u Europi u pravilu ne uživaju ovakvu pravnu zaštitu niti imaju ovakve učinke kakve imaju kod nas.

Učinci koje će sukladno odredbama Zakona o istospolnim zajednicama ove zajednice imati su sljedeći: takve osobe imaju pravo na uzdržavanje jednog od partnera/ice, pravo na stjecanje i uređivanje međusobnih odnosa u svezi s imovinom te pravo na uzajamno pomaganje.¹⁷ Odredbe Zakona o istospolnim zajednicama koje reguliraju uzdržavanje istospolnih partnera vrlo su slične odredbama o uzdržavanju bračnih i izvanbračnih drugova prema Obiteljskom zakonu. Tako se u čl. 10. Zakona o istospolnim zajednicama i navodi kako će se u postupku određivanja uzdržavanja istospolnih partnera primjenjivati odgovarajuće odredbe Obiteljskog zakona. Slična je situacija i s imovinskim odnosima istospolnih partnera budući da su i oni regulirani prema pravilima Obiteljskog zakona koji uređuju imovinske odnose u braku i izvanbračnoj zajednici.¹⁸

Ipak, unatoč činjenici da istospolne zajednice imaju neke pravne učinke kao i brak, odnosno izvanbračna zajednica, postoji još cijeli niz drugih pravnih učinaka koje brak / izvanbračna zajednica imaju, a koje istospolna zajednica (još) nema. Neki od njih su pravo na posvajanje djeteta, promjenu prezimena, porezne olakšice, pristup mirovinskom osiguranju. Svakako je jedan od iznimno značajnih učinaka braka / izvanbračne zajednice, koji istospolna zajednica nema, i mogućnost zakonskog nasljeđivanja istospolnih partnera.

2. ZAKONSKO NASLJEĐIVANJE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Zakonsko nasljeđivanje je stjecanje subjektivnog nasljednog prava zbog i u trenutku ostaviteljeve smrti kada glede stjecatelja (zakonskog nasljednika) postoje one pravne činjenice koje su zakonom određene kao pravni temelj nasljeđivanja ostavitelja u trenu otvaranja nasljedstva.¹⁹ Do zakonskog nasljeđivanja uvijek dolazi kada iza ostavitelja nije ostala oporuka, odnosno oporuka je ništetna ili njome

16 Curry-Sumner, *A Patchwork...*, cit., str. 78.

17 Čl. 4. ZIZ.

18 Vidi Imovinski odnosi, 7. dio ObZ.

19 Gavella, N. Belaj, V., *Nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 189.

ostavitelj nije rasporedio cijelu ostavinu. Također, do zakonskog nasljeđivanja doći će i ako je oporučni nasljednik umro prije ostavitelja ili se odrekao nasljedstva, odnosno ako je u trenutku otvaranja nasljedstva bio nedostojan.²⁰

Krug potencijalnih zakonskih nasljednika određen je odredbom čl. 8. Zakona o nasljeđivanju. Zakonski nasljednici ostavitelja su svi njegovi potomci, njegova posvojčad i njihovi potomci, bračni drug, roditelji, posvojitelji, braća i sestre i njihovi potomci, djedovi i bake i njihovi potomci te ostali preci. U krug zakonskih nasljednika uključen je i izvanbračni drug koji je izjednačen s bračnim drugom, uz ispunjenje određenih pretpostavki.²¹ Uvođenje izvanbračnog druga bila je jedna od najvećih novina koju je u zakonsko nasljeđivanje uveo Zakon o nasljeđivanju 2003.²² Navedeno je predstavljalo izraz potrebe vremena te je u svakom slučaju bilo poželjno s obzirom na to da obitelj, kao temeljna jedinica društva, doživljava određene promjene te sve češće dolazi do faktičnih životnih zajednica koje zahtijevaju uvažavanje na području prava i odgovarajuću regulaciju.²³

Svi ovi nasljednici raspoređeni su u pojedine nasljedne redove uz poštivanje osnovnih načela zakonskog nasljeđivanja – načela grupiranja srodnika po parentelama, načela isključivosti, predstavljanja (reprezentacije), priraštaja (akrescencije) i prijenosa (transmisije).²⁴ S obzirom na navedena načela i osnovne karakteristike samih zakonskih nasljednika, u prvi nasljedni red ulaze ostaviteljevi potomci, posvojčice i njegovi potomci, bračni / izvanbračni drug ostavitelja. Nasljednici drugog nasljednog reda su u pravilu roditelji ostavitelja i njihovi potomci, no ponekada će u drugom nasljednom redu nasljeđivati bračni / izvanbračni drug.²⁵ U trećem nasljednom redu nasljeđuju djedovi i bake, u četvrtom pradjedovi i prabake itd.²⁶

Unutar kruga zakonskih nasljednika postoji jedan uži krug ostavitelju najbližih članova obitelji koji se nazivaju nužnim nasljednicima. Radi se o osobama koje u svakom slučaju moraju naslijediti određeni dio ostaviteljeve ostavine i u čiju je korist ograničena sloboda oporučnog raspolaganja ostavitelja, koja neće biti bezuvjetno poštovana ako su povrijeđena prava nužnih nasljednika.²⁷ Dakle, nužni nasljednici imaju pravo zahtijevati dio ostavine čak i protivno volji ostavitelja, pa ako je ovaj svojim besplatnim raspolaganjima – oporukom ili darovanjem,

20 Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 704. i 719.

21 Čl. 8. st. 2. ZN. Da bi izvanbračni drug bio izjednačen s bračnim, mora se raditi o zajednici neudane žene i neoženjenog muškarca koja je trajala dulje vrijeme, a prestala ostaviteljevom smrću, pod uvjetom da su bile ispunjene pretpostavke koje se traže za valjanost braka.

22 Josipović, T., *Nasljeđivanje na temelju oporuke* u Crnić, J., Dika, M., Hrvatin, B., Jelčić, O., Josipović, T., Ruždjak, J.M., Koharić, Z., *Novo nasljednopravno uređenje*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 46.

23 Belaj, V., Čulo, A., *Nasljedno pravo izvanbračnog druga*, Pravni vjesnik, 1-2/2007., str. 122.

24 Klarić, Vedriš, op. cit., str. 724.-727.

25 Za više o specifičnosti nasljeđivanja bračnog / izvanbračnog druga u pojedinim zakonskom redovima, vidi: Josipović u Crnić et al., op. cit., str. 41.-47.

26 Čl. 9. – 19. ZN.

27 Crnić, J., *Nasljeđivanje na temelju oporuke* u Crnić et al., op. cit., str. 65.

povrijedio nužni dio pojedinog ili više nužnih nasljednika, imaju pravo zahtijevati pobijanje oporuke i/ili ugovora o darovanju kako bi se namirio njihov nužni dio.²⁸

Veličina nužnog dijela pojedinog nužnog nasljednika se razlikuje ovisno o tomu u koju kategoriju nužnih nasljednika ulazi. Apsolutni nužni nasljednici su osobe koje će uvijek imati pravo zahtijevati svoj nužni dio, ako im ga je ostavitelj povrijedio oporukom ili darovanjem. Potencijalni apsolutni nužni nasljednici su potomci ostavitelja, njegovi posvojenici i njihovi potomci, bračni / izvanbračni drug i njihov nužni dio iznosi polovinu onoga na što bi imali pravo u slučaju da nasljeđuju kao zakonski nasljednici, dakle polovinu zakonskog dijela.²⁹ Za razliku od apsolutnih nužnih nasljednika, relativni nužni moraju ispuniti dodatne pretpostavke da bi mogli zahtijevati svoj nužni dio – moraju biti trajno nesposobni za rad i biti bez nužnih sredstava za život. Njihov nužni dio predstavlja trećinu njihovoga zakonskog dijela.³⁰

Ako neka osoba ne ulazi u krug potencijalnih zakonskih nasljednika moći će naslijediti određenog ostavitelja samo ako ovaj tako odredi u oporuci, dakle, samo kao oporučni nasljednik.

3. NASLJEĐIVANJE ISTOSPOLNIH PARTNERA U REPUBLICI HRVATSKOJ – DE LEGE LATA

Kako je vidljivo iz prethodnog kratkog pregleda zakonskog nasljeđivanja u Republici Hrvatskoj, istospolni partneri ne ulaze u krug zakonskih nasljednika te će jedan istospolni partner drugoga moći naslijediti jedino ako je imenovan nasljednikom u valjanoj oporuci. Dakle, bez obzira što istospolni partneri ispunjavaju sve pretpostavke potrebne da bi se njihova veza smatrala istospolnom zajednicom i što takva zajednica proizvodi određene učinke koje proizvodi i bračna / izvanbračna zajednica, ovakve osobe neće moći jedna drugoj biti zakonski nasljednici.

Osim što jedan istospolni partner drugoga ne može naslijediti kao zakonski, već jedino kao oporučni nasljednik, s tim u vezi potencijalno nastaje još jedan problem s kojim se istospolni partneri mogu susresti ako jedan drugoga nasljeđuju na temelju oporuke. Naime, ako jedan istospolni partner drugome oporukom namijeni većinu ili cijelu ostavinu, još je uvijek moguće da preživjeli istospolni partner neće naslijediti (sve) ono što mu je oporukom namijenio ostavitelj. Ovo će se dogoditi ako je jedan istospolni partner oporučno raspolagao na način da je svu, odnosno većinu svoje ostavine namijenio svom partneru, a iza njega su, osim istospolnog partnera, ostali i članovi njegove obitelji koji ulaze u krug njegovih nužnih nasljednika. Ovakvim oporučnim raspolaganjem u korist ostaviteljevog istospolnog partnera dio nužnih nasljednika bit će povrijeđen te će u tom slučaju

28 Gavella, Belaj, op. cit., str. 217.-219.

29 Čl. 69. st. 1. i čl. 70. st. 3. ZN.

30 Čl. 69. st. 2. i čl. 70. st. 3. ZN.

oni imati pravo pobijati takvu oporuku na temelju svog zahtjeva za nužnim dijelom. Zbog toga postoji mogućnost da preživjeli istospolni partner ostane bez onoga što je trebao naslijediti temeljem oporuke.

Nužno je spomenuti i nemogućnost međusobnog zakonskog nasljeđivanja djece i istospolnih partnera njihovih roditelja / posvojitelja. Djeca su zakonski nasljednici svojih roditelja i posvojitelja, no ne i osobe koja je istospolni partner djetetovog roditelja ili posvojitelja.³¹ Jasno je da u Hrvatskoj danas postoje djeca koja žive u istospolnim obiteljima, primjerice može se raditi o djetetu koje je jedna partnerica posvojila ili rodila, odnosno koje istospolni partner ima iz ranije veze. Ovakve se obitelji, osim s brojnim drugim problemima, susreću i s problemima vezanim uz nasljeđivanje. O djeci u takvim obiteljima brinu oba istospolna partnera, dijete ih doživljava kao svoje roditelje, no problem je u činjenici da ne postoji mogućnost da dijete naslijedi onog partnera koji mu nije biološki roditelj ili posvojitelj. Ipak, ovim segmentom sporne problematike ovaj rad se neće baviti. Naime, da bi djeca mogla biti zakonski nasljednici istospolnog partnera svog roditelja ili posvojitelja, sukladno postojećim odredbama Zakona o nasljeđivanju, trebalo bi prethodno tom istospolnom partneru dopustiti posvojenje takvog djeteta, a posvojenje djece u istospolnim zajednicama nije tema ovog rada.

4. NASLJEĐIVANJE ISTOSPOLNIH PARTNERA U KOMPARATIVNOM PRAVU

Pitanje prava istospolnih partnera vjerojatno je jedno od najrazličitije reguliranih u svijetu danas. Dok neki pravni sustavi idu tako daleko da i danas kriminaliziraju istospolne zajednice, drugi ovakvim zajednicama priznaju sva prava koje imaju heteroseksualne osobe u braku / izvanbračnoj zajednici. Unatoč brojnim problemima s kojima se svakodnevno susreću osobe istospolne orijentacije, u svijetu se i u Hrvatskoj njihov položaj polako poboljšava u odnosu na situaciju kakva je bila u ne tako davnoj prošlosti. Naravno, ne treba zaboraviti da i danas u svijetu postoji niz država u kojima su homoseksualne osobe izložene progonu, mogućem zatvoru ili još goroj sudbini.³² No, u posljednjem desetljeću svjedoci smo porasta zaštite i priznavanja prava osobama homoseksualne orijentacije diljem svijeta.³³ Ovo postaje očito kada se sjetimo da je tek prije dvanaest godina, 2001. godine, Nizozemska kao prva država omogućila sklapanje istospolnog braka, dok je do danas, 2013., to moguće učiniti u čak petnaest država na svijetu (od toga devet u Europi) te u dijelovima Meksika i nekoliko saveznih država SAD-a.³⁴

31 Čl. 8. st. 1. ZN.

32 Curry-Sumner, A Patchwork..., cit., str. 72.

33 Kochenov, D., *Gay Rights in the EU: A Long Way Forward for the Union of 27*, Croatian Yearbook of European Law & Policy, 3/2007., str. 487., 490.

34 Argentina (2010.), Belgija (2003.), Brazil (2013.), Danska (2012.), Francuska (2013.), Južna Afrika (2006.), Island (2010.), Kanada (2005.), Nizozemska (2001.), Norveška (2009.), Novi Zeland (2013.), Portugal (2010.), Španjolska (2005.), Švedska (2009.), Urugvaj (2013.),

U dijelu rada koji se odnosi na komparativno pravo, autor će se zadržati samo na rješenjima pojedinih europskih država. U nekim od tih pravnih sustava pravni položaj istospolnih partnera gotovo uopće nije reguliran, dok u pojedinim državama osobe istospolne orijentacije imaju ista prava kao i heteroseksualne osobe te mogu sklapati brak, posvajati djecu, nasljeđivati na temelju zakona itd. Ovaj dio rada odnosit će se isključivo na mogućnost zakonskog nasljeđivanja istospolnih partnera, dok se ostali pravni učinci istospolnih zajednica i istospolnih brakova neće spominjati. Države će biti podijeljene u tri skupine: 1. države u kojima je moguće sklopiti istospolni brak i tako ostvariti sve njegove nasljednopravne učinke, 2. države u kojima je moguće formalno sklopiti istospolnu zajednicu te tako postići (bar neke) nasljednopravne učinke koje inače ima brak te 3. države u kojima istospolne zajednice ne proizvode nikakve učinke u nasljednom pravu. Slijedi lista pojedinih europskih država te (ne)mogućnost zakonskog nasljeđivanja istospolnih partnera u svakoj od njih.³⁵

4.1. Države u kojima je moguće sklopiti istospolni brak

4.1.1. Belgija

Od 1. lipnja 2003. godine u Belgiji osobe istog spola mogu sklopiti brak u civilnom obliku.³⁶ U tom slučaju, nakon smrti jednog bračnog druga, prava preživjelog bračnog druga ovise o tomu jesu li nakon ostavitelja ostali još neki zakonski nasljednici ili ne. Ako bračni drug nasljeđuje s potomcima (a također i s precima ostavitelja i njihovim potomcima) ima pravo plodouživanja na cijeloj ostavini, dok potomci (preci i njihovi potomci) postaju njezinim vlasnicima. Dio koji nasljeđuje nadživjeli bračni drug ovisi i o imovinskopравnim bračnim odnosima koji su važili u braku. Ako je iza ostavitelja ostao samo bračni drug, on nasljeđuje cijelu ostavinu. Bračni drug je ujedno i nužni nasljednik.³⁷

Osim što mogu sklopiti brak, u Belgiji istospolni partneri mogu biti i u formalnoj istospolnoj zajednici. Postoji razlika između formalne zajednice "*legal cohabitation*" i *de facto* zajednice "*de facto non-registered partnership*", s tim da i jedan i drugi oblik mogu sklapati i osobe različitog i osobe istog spola.³⁸ Ako se osobe nalaze u formalnoj istospolnoj zajednici, preživjeli istospolni partner ima

dijelovi Meksika, pojedine države u SAD-u. U Velikoj Britaniji će se od 2014. također početi primjenjivati zakon kojim je istospolnim osobama omogućeno sklapanje braka. Izvor: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/753687/same-sex-marriage/299742/The-future-of-same-sex-marriage#toc297960> (09.11.2013.).

35 Successions in Europe, <http://www.successions-europe.eu/en/home> (13.02.2013.).

36 Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Moniteur Belge, 28.02.2003.

37 Successions in Belgium, <http://www.successions-europe.eu/en/belgium/topics/restrictions-on-the-freedom-to-dispose-of-ones-succession-by-will/> (17.02.2013.).

38 Više o razlikama između istospolnog braka, formalne i neformalne istospolne zajednice: <https://same-sex.web.ined.fr/pdf/DocTrav125/05Doc125Belgium.pdf> (17.02.2013.).

pravo plodouživanja na stanu u kojemu su partneri zajedno stanovali te pravo korištenja namještaja u takvom stanu. Ovo pravo može izgubiti ako je tako odredio umrli istospolni partner u oporuci ili sklapanjem ugovora o darovanju *inter vivos* u korist treće osobe. Osobe koje se nalaze u *de facto* istospolnoj zajednici mogu jedna drugu nasljeđivati samo temeljem oporuke.³⁹ Preživjeli istospolni partner nije nužni nasljednik.⁴⁰

4.1.2. Danska

U Danskoj se istospolni brakovi mogu sklapati od 15. lipnja 2012. godine.⁴¹ Prije ovog datuma istospolni partneri su mogli formalno sklopiti svoju istospolnu zajednicu, te je ovakva zajednica po učincima bila gotovo izjednačena s brakom.⁴² Od dana stupanja na snagu novog zakona o braku, zakon koji je regulirao formalnu istospolnu zajednicu je prestao važiti.⁴³ Kao i u ostalim državama, bračni drug u Danskoj je zakonski nasljednik i njegov zakonski dio ovisi o postojanju ostalih zakonskih nasljednika. Ako su iza ostavitelja ostali bračni drug i potomci, bračni drug nasljeđuje polovinu ostavine, dok drugu polovinu međusobno dijele potomci. Ako iza ostavitelja nisu ostali potomci, bračni drug nasljeđuje cijelu ostavinu. Bračni drug je ujedno i nužni nasljednik ostavitelja.⁴⁴

4.1.3. Francuska

Francuska je posljednja u nizu europskih zemalja koje su istosopolnim partnerima omogućile sklapanje braka (četnaesta država u svijetu i deveta u Europi), temeljem zakona koji je na snagu stupio 18. svibnja 2013. godine.⁴⁵ Nasljeđivanje bračnih drugova u Francuskoj ovisi o tomu je li iza ostavitelja ostao samo bračni drug ili postoji još zakonskih nasljednika. Ako umrli nema predaka ni potomaka, bračni drug nasljeđuje cijelu ostavinu.⁴⁶ Bez obzira na ovu odredbu, braća i sestre umrloga i njihovi potomci imaju pravo naslijediti polovinu onoga

39 Successions in Belgium, http://www.successions-europe.eu/en/belgium/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (13.02.2013.).

40 Successions in Belgium, www.successions-europe.eu/en/belgium/topics/restrictions-on-the-freedom-to-dispose-of-ones-succession-by-will/ (13.02.2013.).

41 § 2. Lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægteskabets retsvirkninger og retsplejeloven og om ophævelse af lov om registreret partnerskab, cijeli tekst dostupan na: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=142282> (17.02.2013.).

42 Čl. 3. The Danish Registered Partnership Act,.

43 § 4/2 Lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægteskabets retsvirkninger og retsplejeloven og om ophævelse af lov om registreret partnerskab.

44 Grønberg, U., Denmark u Garb, L., Wood, J., *International Succession*, Oxford University Press, 2011, str. 219.

45 LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.

46 Čl. 757 – 2 Code Civile, JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002.

što je umrli naslijedio ili su mu darovali njegovi preci.⁴⁷ Sukladno čl. 757. – 1. Građanskog zakonika, ako bračni drug nasljeđuje s precima ostavitelja, ostavinu dijele na pola – polovinu nasljeđuje bračni drug, polovinu majka i otac, s tim da ako je jedan od roditelja ostavitelja umro, njegovu četvrtinu također nasljeđuje bračni drug. Ako bračni drug nasljeđuje s potomcima ostavitelja, on ima pravo izbora. Može birati između plodouživanja na cijeloj ostavini ili vlasništva na četvrtini ostavine.⁴⁸ Bračni drug je ujedno i nužni nasljednik koje ima pravo na četvrtinu ostavine, ako iza ostavitelja nisu ostali preci ili potomci.⁴⁹

4.1.4. Island

U Islandu se istospolni brakovi mogu se sklapati od 27. lipnja 2010. godine, kada je donešen zakon koji je izvan snage stavio raniji zakon o formalnoj istospolnoj zajednici.⁵⁰ Bračni drug nasljeđuje ostavitelja zajedno s potomcima te dijele ostavinu tako da bračni drug nasljeđuje trećinu ostavine, dok ostatak dijele potomci. Ako iza ostavitelja nisu ostali potomci, bračni drug će naslijediti cijelu ostavinu.⁵¹ Sukladno čl. 35. islandskog Zakona o nasljeđivanju, bračni drug je i nužni nasljednik.

4.1.5. Nizozemska

1. travnja 2001. Nizozemska je bila prva zemlja u svijetu koja je ozakonila istospolne brakove⁵², tako da istospolni bračni drugovi nasljeđuju kao i bračni drugovi iz heteroseksualnih brakova. Treba naglasiti kako istospolni partneri, kao i oni različitog spola, svoju zajednicu mogu oblikovati i kao formalnu zajednicu te u tom slučaju osobe koje tvore takvu zajednicu imaju jednaka prava kao i bračni drugovi. Oni su, sukladno tomu, zakonski nasljednici jedan drugome. Ako bračni drug (istospolni partner) nasljeđuje s potomcima ostavitelja, oni tada dijele ostavinu na jednake dijelove.⁵³ Kako bi se zaštitilo bračnog druga (istospolnog partnera), zakon određuje da cijela ostavina ide bračnom drugu (istospolnom partneru) a potomci imaju pravo zahtijevati isplatu svog zakonskog dijela. Ipak, u određenim slučajevima postoji i mogućnost da pojedini potomak zahtijeva svoj dio u naturi.⁵⁴

47 Čl. 757 – 3 Code Civile.

48 Čl. 757 Code Civile.

49 Čl. 914 – 1 Code Civil.

50 Frumvarp til laga um breytingar á hjúskaparlögum og fleiri lögum og um brottfall laga um staðfesta samvist (ein hjúskaparlög), cijeli tekst dostupan na: <http://www.althingi.is/altext/138/s/0836.html> (17.02.2013.).

51 Čl. 2. i 3. Zakona o nasljeđivanju br. 8 od 14.03.1962. (izmjene: No. 29/1985, 48/1989, 86/1989, 20/1991, 91/1991, 174/2000), tekst na engl. dostupan na: <http://eng.innanrikisraduneyti.is/laws-and-regulations/nr/107> (17.02.2013.).

52 Čl. 1:30. st. 1. B Burgerlijk Wetboek, Boek 1., engleski tekst na: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> (15.02.2013.).

53 Successions in Netherland, http://www.successions-europe.eu/en/netherlands/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.).

54 ten Wolde, M.H., Nannen, B., *The Netherlands* u Garb, Wood, op. cit., str. 537.

Ako ostavitelj nije imao potomaka, bračni drug (istospolni partner) nasljeđuje cijelu ostavinu.

Istospolni partner, kao ni bračni drug nije nužni nasljednik. No, kao i bračni drug, ima određena prava koja su mu zajamčena nakon smrti ostavitelja – pravo zahtijevati nastavak stanovanja u zajedničkom stanu i korištenje kućanskih predmeta u vremenskom roku od 6 mjeseci (čl. 28. st. 1. knjiga 4. Građanskog zakonika – BW4⁵⁵); pravo plodouživanja na stanu i kućanskim predmetima (čl. 29. BW4); pravo zahtijevati od ostalih nasljednika uspostavu plodouživanja na drugim objektima, osim stana i kućanskih predmeta, ako za time postoji potreba (čl. 30. BW4).

4.1.6. Norveška

U Norveškoj istospolni partneri mogu sklapati brak od 1. siječnja 2009. godine.⁵⁶ Do tada se u Norveškoj istospolna zajednica mogla sklapati na formalan način i prava partnera u takvim zajednicama bila su gotovo jednaka onima bračnih drugova. Od dana stupanja na snagu izmjena Zakona o braku kojim se dopušta sklapanje istospolnog braka, nije moguće formalno sklapanje nove istospolne zajednice, no, osobe koje su ranije formalno sklopile svoju istospolnu zajednicu, tu zajednicu mogu pretvoriti u brak.⁵⁷ Bračni drugovi u Norveškoj nasljeđuju jedan drugoga na temelju zakona. Bračni drug nasljeđuje četvrtinu ostavine ako su iza ostavitelja ostali potomci, a ako nije bilo potomaka, ali su iza ostavitelja ostali roditelji i njihovi potomci, bračni drug nasljeđuje polovinu ostavine. Ako je bračni drug jedini nasljednik ostavitelja, on nasljeđuje cijelu ostavinu.⁵⁸ U Norveškoj su nužni nasljednici samo potomci ostavitelja, ne i bračni drugovi.⁵⁹

4.1.7. Portugal

U Portugalu je od 5. lipnja 2010. godine moguće sklopiti istospolni brak.⁶⁰ Ako su iza ostavitelja ostali potomci i bračni drug, oni zajedno nasljeđuju ostavinu i dijele je na jednake dijelove. Treba napomenuti kako bračni drug mora naslijediti barem 25% vrijednosti cijele ostavine. Ako iza ostavitelja nisu ostali ni potomci ni

55 Burgerlijk Wetboek, Boek 4., dalje u tekstu: BW4, (tekst na: http://www.st-ab.nl/wetten/0056_Boek_4_Burgerlijk_Wetboek_BW.htm, 14.02.2013.), engl. tekst na: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm> (14.02.2013.).

56 Zakon o braku, izmjena: ACT- LOV-2008-06-27-53 od 01.01.2009., engl. tekst dostupan na: <http://www.regjeringen.no/en/doc/Laws/Acts/The-Marriage-Act.html?id=448401> (17.02.2013.).

57 Više o tom postupku vidi Lund-Andersen, I., *The Nordic Countries: Same Direction – Different Speeds, Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, ed. Boele-Woelki, K., Fuchs, A., Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012., str. 10.

58 § 6. Zakona o nasljeđivanju (Norveška), engl. tekst dostupan na: <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19720303-005-eng.pdf> (17.02.2013.).

59 § 29. Zakona o nasljeđivanju (Norveška).

60 Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, Diário da República, 31.05.2010. Tekst zakona dostupan na: <http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf> (15.02.2013.).

preci, bračni drug nasljeđuje cijelu ostavinu. Također, istospolni partneri, kao i oni različitog spola, u Portugalu mogu sklopiti *de facto* zajednicu⁶¹, no u tom slučaju će jedan drugoga moći nasljeđivati jedino temeljem oporuke. Ipak, u slučaju smrti jednog partnera, preživjeli može zahtijevati uzdržavanje iz ostavine, tzv. '*direito de alimentos*'.⁶² Također, preživjeli partner ima pravo nastaviti živjeti u zajedničkom stanu. Ako je jedan od njih bio vlasnik nekretnine, a zajednica je trajala barem dvije godine, preživjeli istospolni partner ima pravo nastaviti živjeti u stanu sljedećih 5 godina.⁶³ Sukladno portugalskom nasljednom pravu, bračni drug je i nužni nasljednik.⁶⁴

4.1.8. Španjolska

U Španjolskoj je od 3. lipnja 2005. godine moguće sklopiti istospolni brak.⁶⁵ Španjolska je ujedno bila i prva većinski katolička država koja je istospolnim partnerima omogućila sklapanje braka.⁶⁶ Ako su iza ostavitelja ostali potomci, tada bračni drug s njima dijeli ostavinu na jednake dijelove. Također, bračni drug ima i pravo plodouživanja na jednoj trećini ostavine. Ako je bračni drug jedini nasljednik, on će naslijediti cijelu ostavinu. Bračni drug je ujedno i nužni nasljednik.⁶⁷ Što se formalne istospolne zajednice tiče, u Španjolskoj ne postoje unificirana pravila već svaka pokrajina ima drukčija rješenja, počevši od pukog priznavanja određenih administrativnih učinaka takvih zajednica, do izjednačavanja partnera s bračnim drugovima (Katalonija).⁶⁸ Istospolni partneri koji nisu na formalan način sklopili svoju zajednicu, mogu biti samo oporučni nasljednici.⁶⁹

4.1.9. Švedska

U Švedskoj je od 1. svibnja 2009. godine moguće sklopiti istospolni brak. Od toga datuma više nije moguće formalno sklapanje istospolnih zajednica.⁷⁰ No, kao i u

61 González Beilfuss, C., *All or Nothing: The Dilemma of Southern Jurisdiction* u Boele-Woelki, Fuchs, op.cit., str. 42.

62 Čl. 2020. portugalskog Građanskog zakonika

63 Successions in Portugal, http://www.successions-europe.eu/en/portugal/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (15.02.2013.).

64 Successions in Portugal, <http://www.successions-europe.eu/en/portugal/topics/restrictions-on-the-freedom-to-dispose-of-ones-succession-by-will/> (15.02.2013.).

65 Čl. 44. Código Civil, izmjena Ley 13/2005. por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio 01.06.2005., tekst dostupan na: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf> (15.02.2013.).

66 González Beilfuss u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 42.

67 Successions in Spain, <http://www.successions-europe.eu/en/spain/topics/restrictions-on-the-freedom-to-dispose-of-ones-succession-by-will/> (15.02.2013.).

68 Više vidi González Beilfuss, u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 45.-46.

69 Successions in Spain, http://www.successions-europe.eu/en/spain/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (15.02.2013.).

70 Government Offices of Sweden, Fact sheet, Ministry of Justice, <http://www.ud.se/content/1/c6/12/55/84/ff702a1a.pdf> (15.02.2013.).

nekim drugim državama koje su omogućile istospolnim partnerima sklapanje braka, moguće je pretvaranje formalno sklopljene istospolne zajednice u brak.⁷¹ Bračni drug je zakonski nasljednik i nasljeđuje na sljedeći način: ako su iza ostavitelja ostali bračni drug i potomci, tada bračni drug ima prednost pred djecom i nasljeđuje cijelu ostavinu. Pravo djece da naslijede umrlog roditelja odgađa se do smrti preživjelog bračnog druga. Preživjeli bračni drug moći će tijekom života raspolagati naslijeđenom imovinom, no njome jedino neće moći raspolagati oporukom, pa ono što je nakon njegove smrti preostalo od nasljedstva koje je naslijedio nakon smrti svog bračnog druga, nasljeđuju djeca.⁷² Ako bračni drug nasljeđuje s biološkom djecom umrlog bračnog druga, koja nisu i njegova djeca, primjenjivat će se sljedeće rješenje: djeca će imati pravo odmah nakon smrti svog roditelja naslijediti svoj dio ostavine, no, mogu se i odreći ovog prava. U slučaju odricanja oni će taj dio naslijediti tek nakon smrti preživjelog bračnog druga, isto kao i zajednička djeca bračnih drugova.⁷³ Ako nije bilo potomaka, bračni drug nasljeđuje cijelu ostavinu.⁷⁴ Bračni drug nije nužni nasljednik.⁷⁵

Postoji i pravilo "*base amount rule*" koje ide u korist preživjelog bračnog druga. Naime, bračni drug nakon podjele bračne stečevine i ostavine u svakom slučaju mora dobiti barem četiri x osnovni iznos (*base amount*) koji u 2013. godini iznosi 44,500 SEK.⁷⁶

4.2. Države u kojima osobe istog spola ne mogu sklopiti istospolni brak, no istospolna zajednica ima određene nasljednopravne učinke

4.2.1. Austrija

U Austriji istospolni partneri koji su formalno sklopili svoju zajednicu⁷⁷, što se nasljeđivanja tiče, imaju jednaka prava kao bračni drugovi, pa jedan drugoga mogu nasljeđivati na temelju zakona. Ako su iza ostavitelja ostali potomci i bračni drug (istospolni partner iz formalne zajednice), trećina ostavine ide bračnom drugu (istospolnom partneru), ostatak među sobom dijele djeca. Ako je iza ostavitelja ostao samo bračni drug (istospolni partner), no ne i djeca, tada on nasljeđuje cijelu ostavinu.

71 Lund-Andersen u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 11.

72 Kirilova Eriksson, M., Schiratzki, J., *Family and Succession Law – Sweden*, Suppl. 15 (October, 2001.) u *International Encyclopaedia of Laws, Family and Succession Law*, vol. 4., Kluwer Law International, 2001., str. 140.

73 Hayton, D.J., *European Succession Laws*, 2nd ed., Jordans Publishing Ltd. 2002., str. 469.-470.

74 http://www.successions-europe.eu/en/sweden/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (15.02.2013.)

75 *Successiona in Sweden*, <http://www.successions-europe.eu/en/sweden/topics/restrictions-on-the-freedom-to-dispose-of-ones-succession-by-will/> (15.02.2013.).

76 Svenskt Näringsliv, <http://www.finfa.se/Nyhetsrum/Nyheter/2012/8/Basbeloppen-2013-klara/#.Uo3qnSeuA4I> (25.04.2013.).

Više o *base amount rule* vidi Kirilova Eriksson, M., Schiratzki., op.cit., str. 140., 150.

77 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft, 18.12.2009.

Ako istospolna zajednica nije bila sklopljena na formalan način, istospolni partneri ne nasljeđuju jedan drugoga na temelju zakona, nego jedino kao oporučni nasljednici. Ipak, osigurana su im određena prava u slučaju smrti jednog od njih, pa ako su bili suvlasnici stana koji su zajedno kupili (*Wohnungseigentumspartnerschaft*), drugi istospolni partner ima pravo postati vlasnikom dijela umrlog partnera.⁷⁸

4.2.2. Češka

Češka je bila prva država istočnog bloka koja je donijela zakon koji je regulirao formalnu istospolnu zajednicu.⁷⁹ Sukladno ovom zakonu, istospolni partneri mogu na formalan način sklopiti svoju zajednicu te će se takvi partneri tretirati kao bračni drugovi i imati sva prava koja imaju bračni drugovi.⁸⁰ Po češkom zakonu postoji razlika između situacije kada je iza ostavitelja ostao samo bračni drug (istospolni partner iz formalne zajednice) ili su uz njega iza ostavitelja ostali i potomci, odnosno roditelji te osobe s kojima je ostavitelj stanovao u zajedničkom kućanstvu. Ako ostavitelj nije imao potomaka, roditelja ni osoba s kojima je stanovao u zajedničkom kućanstvu, tada je bračni drug (istospolni partner) jedini zakonski nasljednik i nasljeđuje cijelu ostavinu. Ako su iza ostavitelja, osim bračnog druga (istospolnog partnera) ostali potomci, tada ovaj dijeli ostavinu s potomcima. Ako su iza ostavitelja ostali samo bračni drug (istospolni partner) i njegovi roditelji, odnosno osobe s kojima je ostavitelj dijelio zajedničko kućanstvo, tada bračni drug seli u drugi nasljedni red i dijeli ostavinu s tim osobama, s tim da u svakom slučaju mora naslijediti polovinu ostavine.⁸¹ U slučaju da istospolni partneri nisu na formalan način sklopili svoju zajednicu, tada će istospolni partner naslijediti ostavitelja u drugom nasljednom redu, samo ako su živjeli u zajedničkom kućanstvu.⁸² S obzirom na to da u Češkoj bračni drug nije nužni nasljednik, ni istospolni partner nema pravo na nužni dio.⁸³

78 Successions in Austria, http://www.successions-europe.eu/en/austria/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (13.02.2013.).

79 Jagielska, M., *Eastern European Countries: From Penalisation to Cohabitation or Fruther?* u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 61.

80 ZAKON ze dne 26. ledna 2006. a registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů

81 Čl. 473. Občanský zákoník, (Građanski zakonik), Law No. 40/1964 Coll. Civil Code, engl. tekst dostupan na: <http://www.czechlegislation.com/en/40-1964-sb> (18.07.2013.).

82 Succession in the Czech Republic, http://www.successions-europe.eu/en/czech-republic/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.).

83 Hrušáková, M., *Family and Succession Law – Czech Republic*, Suppl. 21 (August 2002) u International Encyclopaedia of Laws, Family and Succession Law, vol. 2., Kluwer Law International, 2002., str. 195.

4.2.3. Finska

U Finskoj istospolni partneri iz formalnih zajednica imaju jednaka prava kao i bračni drugovi.⁸⁴ Oni su, dakle, zakonski nasljednici pa, ako su iza ostavitelja ostali potomci, oni nasljeđuju cijelu ostavinu, dok bračni drug (istospolni partner) zadržava pravo posjeda nad određenim dijelovima ostavine. Ako iza ostavitelja nisu ostali potomci, bračni će drug (istospolni partner) naslijediti cijelu ostavinu.⁸⁵ U Finskoj bračni drug, pa tako ni istospolni partner, nije nužni nasljednik, no zaštićen je u njegovu korist osiguranim pravom stanovanja u obiteljskom stanu koje ne može biti povrijeđeno ni oporučnim raspolaganjima, ni zahtjevima potomaka za njihovim nužnim dijelovima.⁸⁶

4.2.4. Njemačka

U Njemačkoj partneri iz *de facto* istospolnih zajednica mogu jedan drugoga nasljeđivati samo na temelju oporuke. Ukoliko su istospolni partneri svoju zajednicu sklopili na formalan način ("*eingetragene Lebenspartnerschaft*"), tada će jedan drugome biti zakonski nasljednici, kao i bračni drugovi. Ako su osim bračnog druga (istospolnog partnera), iza ostavitelja ostali potomci, bračni drug (istospolni partner) nasljeđuje polovinu ostavine, dok drugu polovinu nasljeđuju potomci. Ako nakon ostavitelja nije bilo potomaka, dio bračnog druga ovisit će o bračnoimovinskom režimu koji je postojao u braku.⁸⁷ Istospolni partner ujedno je i nužni nasljednik koji ima pravo na nužni dio u vrijednosti polovine njegovog zakonskog dijela.⁸⁸

4.2.5. Mađarska

Mađarski model priznavanja prava istospolnim partnerima započeo je na temelju sudske prakse. Ustavni sud je 1995. presudio da su propisi koji priznaju učinke izvanbračnih zajednica osoba različitog spola, no ne i onih istog spola, neustavni.⁸⁹ Sudska praksa je kasnije dovela do zakonodavne regulacije te od 1996. istospolni partneri također mogu sklapati neformalne istospolne zajednice

84 Vezano uz učinke istospolne formalne zajednice i braka, oni su gotovo potpuno jednaki, uz vrlo male razlike. Više u Lund-Andersen u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 11.-12.

85 Succession in Finland, http://www.successions-europe.eu/en/finland/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.)

86 Čl. 26/12 finskog Zakona o nasljeđivanju (Perintökaari, 40/1965; s izmjenama do 1228/2001), engleski tekst dostupan na: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf> (25.04.2013.). Više vidi Savolainen, M. *Family and Succession Law – Finland*, Suppl. 3 (December 1997.) u International Encyclopaedia of Laws, Family and Succession Law, vol. 2., Kluwer Law International, 1997., str. 122.

87 Successions in Germany, http://www.successions-europe.eu/en/germany/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.)

88 § 10. Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG), 16.02.2001.

89 Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 59.-60.

koje proizvode određene pravne učinke.⁹⁰ Od 2009. godine u Mađarskoj istospolni partneri mogu na formalan način sklopiti svoju zajednicu te jedan drugoga mogu nasljeđivati na temelju zakona, kao i bračni drugovi.⁹¹ Ako su iza ostavitelja ostali potomci, bračni drug (istospolni partner) ima pravo plodouživanja na cijeloj ostavini sve do ulaska u novi brak (odnosno novu formalnu istospolnu zajednicu). Ako iza ostavitelja nije ostao niti jedan potomak, bračni drug (istospolni partner) nasljeđuje cijelu ostavinu. Istospolni partneri iz *de facto* zajednica mogu jedan drugoga nasljeđivati samo na temelju oporuke.⁹² U Mađarskoj su istospolni partneri i nužni nasljednici te njihov nužni dio iznosi polovinu zakonskog dijela.⁹³

4.2.6. Poljska⁹⁴

U Poljskoj istospolni partneri mogu nasljeđivati jedan drugoga samo kao oporučni nasljednici.⁹⁵ Ipak, svrstana je u ovu grupu država jer je odlukom Vrhovnog suda 28. studenog 2012. godine pružena specifična zaštita preživjelom istospolnom partneru pa se može reći da i u Poljskoj istospolna zajednica ima određeni učinak u nasljednom pravu. Naime, ovom odlukom određeno je da istospolni partneri imaju pravo nastaviti stanovati u stanu koji je u najam uzeo umrli istospolni partner (slučaj Adama K. koji je nakon smrti svog partnera tužio grad Varšavu zato što mu nije dopustio nastavak stanovanja u stanu u gradskom vlasništvu, koji je njegov partner iznajmio).⁹⁶ Ovo je pravo do tada bilo zajamčeno samo bračnim drugovima, potomcima i osobama u heteroseksualnim zajednicama.⁹⁷

4.2.7. Slovenija

U Sloveniji od 23. srpnja 2006. godine istospolni partneri mogu na formalan način sklopiti svoju zajednicu te tada, vezano uz nasljeđivanje, imaju jednaka prava kao i bračni drugovi, dakle i zakonski i nužni nasljednici su.⁹⁸ Sukladno čl.

90 2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról

91 Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 61.

92 Successions in Hungary, http://www.successions-europe.eu/en/hungary/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.).

93 Csöndes, M., KLASIČEK, D., *Pravna narav nužnog dijela u hrvatskom i mađarskom nasljednom pravu*, Suvremeni pravni izazovi: EU – Mađarska _ Hrvatska, Ur. Župan, M., Vinković, M., Pečuh-Osijek, 2012., str. 383.

94 Više o problemima gay populacije u istočnoj Europi, s naglaskom na Poljsku i Latviju, vidi u Kochenov, op. cit., str. 482.-486.

95 Successions in Poland, www.successions-europe.eu/en/poland/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (10.01.2012., 14.02.2013.).

96 Odluka Vrhovnog suda – III CZP 65/12 – izvor – službena stranica Vrhovnog suda Poljske: <http://www.sn.pl/en/judicialdecisions/SitePages/Major%20current%20judicial%20decisions.aspx?ItemID=335&ListID=411c5dda-68cb-4ad8-b865-2705079f8593&el=Civil%20Chamber&el2=2012> (14.02.2013.).

97 Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 66.

98 Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti, Uradni list RS, 65/2005.

22. Zakona o registraciji istospolne partnerske skupnosti (dalje: ZRIPS), istospolni partner je zakonski nasljednik i kao takav ostavitelja nasljeđuje s njegovim potomcima na jednake dijelove. Ako iza ostavitelja nisu ostali potomci, istospolni partner ostavinu dijeli na pola s roditeljima ostavitelja, a ako njih nema, nasljeđuje cijelu ostavinu.⁹⁹

Značajna je odluka Ustavnog suda Slovenije u predmetu Blažić i Kern na temelju koje je odredba čl. 22. ZRIPS-a proglašena neustavanom.¹⁰⁰ Istospolni partneri koji su na formalan način sklopili svoju zajednicu postavili su pitanje ustavnosti čl. 22. ZRIPS navodeći da je taj članak diskrimnatoran u odnosu na *lex generali* o nasljeđivanju (Zakon o dedovanju). U čl. 22. ZRIPS napravljena je razlika između nasljeđivanja vlastite imovine umrlog partnera te zajedničke imovine istospolnih partnera, dok ovakvo razlikovanje po Zakonu o dedovanju kod nasljeđivanja bračnih drugova nije bilo relevantno. Sukladno ZRIPS-u istospolni partner bio je isključen je iz nasljeđivanja vlastite imovine umrlog partnera te također nije ulazio u krug potencijalnih nužnih nasljednika.¹⁰¹ Ustavni sud je 2. srpnja 2009. svojom odlukom sporni članak proglasio neustavnim i odredio da bi se jednaka pravila glede nasljeđivanja, koja se primjenjuju na bračne drugove, trebala primjenjivati i na istospolne partnere. Ovo s obzirom na to da razlikovanje između ove dvije zajednice nije utemeljeno ni na kakvim objektivnim okolnostima, nego isključivo na seksualnoj orijentaciji partnera.¹⁰²

4.3. Države u kojima istospolna zajednica ne proizvodi nikakve nasljednopravne učinka

U primjerice, Bugarskoj,¹⁰³ Cipru,¹⁰⁴ Estoniji,¹⁰⁵ Grčkoj,¹⁰⁶ Italiji,¹⁰⁷ Latviji,¹⁰⁸

99 Čl. 14. i čl. 17., Zakon o dedovanju, Uradni list SRS, 15/1976.

100 Sažetak slučaja na engleskom jeziku dostupan na: <http://archive.equal-jus.eu/291/> (08.09.2013.).

101 Župan, M., *Registered Partnership in Cross-border Situations, Unsichtbare Minderheiten / Invisible Minorities*, Schriften zum Social-, Umwelt- und Gesundheitsrecht, Band 4., ed. Bodiroga-Vukobrat, N., Sander, G.G., Barić, S., Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2013.

102 Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 63. Tekst odluke: <http://odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/5EC66748A09C70A4C12575EF002111D8> i na <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200955&stevilka=2715> (07.11.2013.).

103 Successions in Bulgaria, http://www.successions-europe.eu/en/bulgaria/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (13.02.2013.). Također Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 64.

104 Succession in Cyprus, http://www.successions-europe.eu/en/cyprus/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.).

105 Successions in Estonia, http://www.successions-europe.eu/en/estonia/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.). Također Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 64.

106 González Beilfuss u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 50.-51.

107 Successions in Italy, http://www.successions-europe.eu/en/italy/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.). Također González Beilfuss u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 50.-51.

108 Successions in Latvia, http://www.successions-europe.eu/en/latvia/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.) Također Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs,

Litvi,¹⁰⁹ Malti,¹¹⁰ Rumunjskoj¹¹¹ i Slovačkoj¹¹² istopolni partneri mogu jedan drugoga nasljeđivati samo kao oporučni nasljednici. U ovu grupu država danas ulazi i Hrvatska.

4.4. Rezolucija Europskog parlamenta od 13. ožujka 2012. godine o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i provedbi odluka te instrumentima veza nim uz nasljeđivanje i stvaranje europske potvrde o nasljeđivanju¹¹³

Europski parlament je 13. ožujka 2012. godine usvojio rezoluciju kojom se osigurava da će se pravo nasljeđivanja istospolnih partnera poštovati u cijeloj Europskoj uniji, bez obzira što pojedine države u kojima bi se trebala priznati odluka o nasljeđivanju, ne priznaju istospolnim zajednicama nikakve nasljednopravne učinke.¹¹⁴ U obrazloženju, u točki 24. Rezolucije, navedeno je da države članice neće moći odbiti primjenu prava druge države, tj. priznanje strane odluke, nagodbe i sl., pozivanjem na zaštitu javnog poretka u onim slučajevima kada bi to bilo protivno Povelji o temeljnim pravima Europske unije, posebno njezinom čl. 21., koji zabranjuje svaki oblik diskriminacije.¹¹⁵

op. cit., str. 65. Više o problemima populacije homoseksualne orijentacije u istočnoj Europi, s naglaskom na Poljsku i Latviju, vidi u Kochenov, op.cit., str. 482.-486.

109 Successions in Lithuania, http://www.successions-europe.eu/en/lithuania/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.). Također Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 65.

110 Successions in Malta, http://www.successions-europe.eu/en/malta/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (14.02.2013.).

111 Successions in Romania, http://www.successions-europe.eu/en/romania/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (15.02.2013.). Također Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 67.

112 Successions in Slovakia, http://www.successions-europe.eu/en/slovakia/topics/in-the-absence-of-a-will_who-inherits-and-how-much/ (15.02.2013.). Također Jagielska u Boele-Woelki, Fuchs, op. cit., str. 67.-68.

113 Puni naziv rezolucije na engl. jeziku: European Parliament legislative resolution of 13 March 2012 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession

114 Cijeli tekst rezolucije dostupan na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0068&language=EN&ring=A7-2012-0045> (05.03.2013.).

115 Tekst točke 24. rezolucije na engl.: "Considerations of public interest should allow courts and other competent authorities dealing with matters of succession in the Member States to disregard, in exceptional circumstances, certain provisions of a foreign law where, in a given case, applying such provisions would be manifestly incompatible with the public policy of the Member State concerned. However, the courts or other competent authorities should not be able to apply the public-policy exception in order to set aside the law of another State or to refuse to recognise, or, as the case may be, accept, or enforce a decision, an authentic instrument, or a court settlement from another Member State when doing so would be contrary to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and in particular Article 21, which prohibits all forms of discrimination."

Intergroup za LGBT prava objašnjava da će, sukladno spomenutoj rezoluciji, Španjolka koje se udala za Talijanku u Španjolskoj čiji zakon dopušta sklapanje istospolnih brakova, imati pravo naslijediti ostavinu svoje supruge u Italiji, bez obzira što Italija ne priznaje takav brak.¹¹⁶ Potpredsjednik LGBT Intergroup u Europskom parlamentu, Dennis de Jong, povodom ove rezolucije naglasio je kako će sloboda kretanja biti potpuna jedino ako će se svi parovi moći slobodno kretati unutar Europske unije, bez bojazni za sebe, svoju djecu, obitelji, odnosno ostavinu.¹¹⁷

5. NASLJEĐIVANJE ISTOSPOLNIH PARTNERA U REPUBLICI HRVATSKOJ *DE LEGE FERENDA*

5.1. Sličnosti i razlike između definicije istospolne i izvanbračne zajednice te problem različitog definiranja izvanbračne zajednice u Obiteljskom zakonu i u Zakonu o nasljeđivanju

Ako usporedimo izvanbračne i istospolne zajednice, na prvi pogled su uočljive sličnosti s obzirom na neformalan način njihova zasnivanja, pretpostavke koje moraju ispunjavati, potrebno trajanje da bi imale zakonom predviđene učinke (tri godine), neformalan način prestanka, način dokazivanja njihovog postojanja. Definicija istospolne zajednice navedena u Zakonu o istospolnim zajednicama slična je s definicijom izvanbračne zajednice u Obiteljskom zakonu. Naime, kako je već na početku spomenuto, da bi ovakva zajednica proizvodila određene učinke moraju biti ispunjene sljedeće pretpostavke: mora se raditi o životnoj zajednici dviju osoba istog spola koje nisu u braku, izvanbračnoj zajednici ili drugoj istospolnoj zajednici; koja traje najmanje tri godine; a temelji se na načelima ravnopravnosti partnera, međusobnog poštovanja i pomaganja te emotivnoj vezanosti partnera. Sve ovo pod uvjetom da istospolni partneri imaju barem 18 godina, nisu lišeni poslovne sposobnosti i nisu krvni srodnici u ravnoj lozi, a u pobočnoj zaključno do četvrtog stupanja (čl. 2. i 3. Zakona o istospolnim zajednicama).

Pretpostavke koje moraju biti ispunjene da bi izvanbračna zajednica proizvodila veliki broj učinaka koje joj daje Obiteljski zakon su sljedeće: mora se raditi o životnoj zajednici neudane žene i neoženjenog muškarca koja traje najmanje tri godine ili kraće, ako je u njoj rođeno zajedničko dijete.¹¹⁸ Dakle, na prvi je pogled vidljivo postojanje sličnosti između pretpostavki izvanbračne zajednice navedenih u Obiteljskom zakonu i pretpostavki koje treba ispuniti zajednica osoba istog spola da bi se smatrala istospolnom zajednicom u smislu Zakona o istospolnim zajednicama. Naravno, već na prvi pogled uočavaju se i značajne razlike – u Zakonu

¹¹⁶ Više na stranici Intergroup on LGBT Rights: <http://www.lgbt-ep.eu/press-releases/free-movement-european-parliament-calls-for-respect-of-succession-rights/> (05.03.2013.).

¹¹⁷ Loc. cit.

¹¹⁸ Čl. 3. ObZ.

o istospolnim zajednicama zahtijeva se da istospolni partner, osim što nije u braku, nije ni u izvanbračnoj ili drugoj istospolnoj zajednici. Za izvanbračnu zajednicu traži se samo da izvanbračni drug nije u braku.¹¹⁹ Dakle, istospolna zajednica neće proizvoditi nikakve učinke ako je partner istovremeno u drugoj izvanbračnoj ili istospolnoj zajednici, dok će izvanbračna zajednica proizvoditi učinke u ovakvim slučajevima. Ovo dovodi do neobične situacije: načelo faktične monogamije više je zaštićeno u istospolnoj, nego u izvanbračnoj zajednici.¹²⁰

S obzirom na to da su za ovaj rad, od svih učinaka izvanbračne zajednice, najznačajniji oni nasljednopravni, svakako treba spomenuti i definiciju izvanbračne zajednice iz Zakona o nasljeđivanju, čl. 8. st. 2. Naime, u tom stavku je određeno: *“Na temelju zakona ostavitelja nasljeđuje i njegov izvanbračni drug koji je u pravu nasljeđivanja izjednačen s bračnim. Izvanbračnom zajednicom u smislu ovoga Zakona smatra se životna zajednica neudane žene i neoženjenog muškarca koja je trajala dulje vrijeme a prestala ostaviteljevom smrću, pod uvjetom da su bile ispunjene pretpostavke koje se traže za valjanost braka.”*

Nužno se osvrnuti na problem različitog definiranja izvanbračne zajednice po Obiteljskom zakonu i Zakonu o nasljeđivanju. Kao što je vidljivo iz gore navedenih definicija, sukladno Obiteljskom zakonu, izvanbračnom zajednicom smatra se životna zajednica neudane žene i neoženjenog muškarca koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete (čl. 3.). Odredbom čl. 8. st. 2. Zakona o nasljeđivanju određeno je da se izvanbračnom zajednicom u smislu Zakona o nasljeđivanju smatra životna zajednica neudane žene i neoženjenog muškarca koja je trajala dulje vrijeme, a prestala je ostaviteljevom smrću, pod uvjetom da su bile ispunjene pretpostavke koje se traže za valjanost braka.¹²¹

Kada se usporede ove dvije definicije, jasno je da je sporno koliko životna zajednica treba trajati kako bi imala učinke u nasljednom pravu. Ovo nesuglasje nastalo je vjerojatno zato što je Obiteljski zakon iz 2003. po prvi puta točno odredio koliko treba trajati izvanbračna zajednica muškarca i žene da bi proizvodila željene učinke, dok do tada, u ranijem Obiteljskom zakonu¹²² vremensko trajanje izvanbračne zajednice nije bilo precizno određeno. No, od stupanja na snagu Obiteljskog zakona i Zakona o nasljeđivanju 2003., nejasno je koja će definicija

119 Ranije je odredba po kojoj će izvanbračna zajednica proizvoditi učinke samo ako izvanbračni drugovi nisu u braku ili u drugoj izvanbračnoj zajednici postojala u Obiteljskom zakonu (NN 116/03), no Zakonom o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona, NN 17/04. to je promijenjeno.

120 Korać, op. cit., str. 821.-822.

121 Pretpostavke za valjanost braka određuju da ženik i nevjesta ne mogu biti mlađi od osamnaest godina (iznimno mogu sklopiti brak i sa šesnaest godina – vidi odredbu čl. 26. ObZ); ne smije se raditi o osobama koje su lišene poslovne sposobnosti ili su nesposobne za rasuđivanje (uz iznimke navedene u odredbi čl. 27. ObZ); ne smije se raditi o krvnim srođnicima u ravnoj lozi, a u pobočnoj lozi sestri i bratu, polusestri i polubratu, djetetu sa sestrom ili polusestrom ili bratom ili polubratom svojega roditelja, djeci sestara i braće te polusestara i polubraće (uz iznimku u odredbi čl. 28. ObZ); te se ne smije raditi o osobama koje su već u braku (čl. 29. ObZ).

122 Čl. 3. Obiteljskog zakona, Narodne novine 162/98.

biti mjerodavna za određivanje statusa izvanbračnog druga kao potencijalnog zakonskog nasljednika? Hoće li se u obzir uzimati definicija Obiteljskog zakona u kojemu je određeno da životna zajednica mora trajati tri godine, odnosno kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete ili će se u obzir uzimati definicija Zakona o nasljeđivanju po kojoj se traži da životna zajednica traje dulje vrijeme? Koji je propis *lex specialis*, a koji je *lex generalis*, koji je *lex prior*, a koji *lex posterior*?

Vezano uz odnos Obiteljskog zakona i Zakona o nasljeđivanju glede definiranja izvanbračne zajednice te pitanja koji je opći, a koji posebni zakon u ovom slučaju, logično bi bilo zaključiti sljedeće: za pitanja obiteljskopравnih učinaka izvanbračne zajednice *lex specialis* trebao bi biti Obiteljski zakon, dok bi za pitanja nasljednopravnih učinaka ove zajednice to trebao biti Zakon o nasljeđivanju. No, ovo dovodi do novog problema: ako se za pitanja nasljeđivanja izvanbračnih drugova kao odlučujuća uzme definicija Zakona o nasljeđivanju, problematičan postaje dio definicije koji određuje da izvanbračna zajednica treba trajati 'dulje vrijeme' s obzirom na to da je ova izreka neodređena i može dovesti do pravne nesigurnosti.

Naime, moguća bi bila situacija da sud nakon smrti jednog izvanbračnog druga zaključi da je izvanbračna zajednica koja je trajala dvije godine trajala dulje vrijeme te da je preživjeli izvanbračni drug zakonski nasljednik umrloga. Za razliku od toga, zajednica istih tih osoba prije smrti jednog od njih ne bi se smatrala izvanbračnom zajednicom po Obiteljskom zakonu.¹²³ Dakle, netko tko je u izvanbračnoj zajednici dvije godine ne bi imao pravo na uzdržavanje od svog izvanbračnog druga niti bi imao pravo na udio u imovini izvanbračnih drugova (osim ako nemaju zajedničko dijete), dok bi u slučaju smrti svog izvanbračnog druga mogao ući u krug potencijalnih zakonskih nasljednika, ako bi sud odlučio da dvije godine predstavlja dulje vrijeme.

Naravno, moguća je i obratna situacija: da zajednica traje tri godina pa se po Obiteljskom zakonu smatra izvanbračnom zajednicom, dok bi u slučaju smrti jednog od izvanbračnih drugova iz takve trogodišnje zajednice sud mogao ocijeniti da takva zajednica ipak nije dovoljno dugo trajala te da neće imati učinaka u nasljednom pravu. S tim u vezi treba spomenuti i da je glede točnog trajanja životne zajednice neudane žene i neoženjenog muškarca, primjerice, u jednoj odluci Vrhovnog suda rečeno da se izvanbračnom zajednicom smatra tek ona koja je trajala duže od pet godina – VSH Rev 648/87 od 14. 5. 1987.¹²⁴

Pojedini autori (npr. Belaj i Čulo, "Nasljedno pravo izvanbračnog druga") o odnosu ova dva zakona zauzeli su stav da bi se kao *lex specialis* u ovom slučaju trebao uzimati Obiteljski zakon. Stoga treba smatrati da u tumačenju vremenskog

123 Tako Perkušić, A., Kačer, H., *Pretvorba prava vlasništva nad športskim građevinama temeljem Zakona o športu i upis tako izvanknjižno stečenog prava vlasništva u zemljišne knjige – neke dvojbe proizišle iz sudske prakse*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, 2/2010., str. 460.

124 Jelčić, O., *Bračna stečevina*, HGK – Sektor za trgovinu, Trinaesti forum poslovanja nekretninama, str. 32., dostupno na: <http://hgk.biznet.hr/hgk/fileovi/18049.pdf> (08.11.2013.).

kriterija postojanja izvanbračne zajednice, a također i za prosudbu ima li neki odnos učinke te zajednice, treba primjenjivati Obiteljski zakon.¹²⁵

Situacija se još dodatno komplicira kada znamo da je Obiteljski zakon usvojen na sjednici Hrvatskog sabora 14. srpnja 2003., objavljen 22. srpnja 2003., te je stupio na snagu danom objave (osim dijela koji nije povezan s ovom temom), dok je Zakon o nasljeđivanju usvojen na sjednici Hrvatskog sabora 11. ožujka 2003., objavljen 26. ožujka 2003., a primjenjuje se od 3. listopada 2003. Dakle, ovdje nije jednostavno utvrditi koji je zakon raniji, a koji kasniji pa problematična postaje primjena načela *lex posterior derogat legi priori*. Naime, Zakon o nasljeđivanju donesen je i stupio je na snagu prije Obiteljskog zakona, no nije se primjenjivao više od dva mjeseca od dana početka primjene Obiteljskog zakona. U ovom slučaju moguća su dva različita tumačenja: a) da je raniji Zakon o nasljeđivanju jer je stupio na snagu prije Obiteljskog zakona i b) da je raniji Obiteljski zakon jer se počeo primjenjivati prije Zakona o nasljeđivanju. Glede rješenja ovog problema treba spomenuti stav Crnić i Končić u komentaru Zakona o nasljeđivanju koji smatraju da je u ovom slučaju *lex posterior* Obiteljski zakon te da bi se na čl. 8. st. 2. Zakona o nasljeđivanju trebao primijeniti propis čl. 3. Obiteljskog zakona.¹²⁶ Sličan stav zauzimaju i Belaj i Čulo.¹²⁷

Iako različito definiranje izvanbračne zajednice u ova dva propisa nije glavna tema ovog rada, ipak treba naglasiti kako bi se ovaj problem trebao već jednom riješiti i čudi što ova situacija toliko dugo traje. S obzirom na to da su se Obiteljski zakon i Zakon o nasljeđivanju donosili u isto vrijeme, također iznenađuje i činjenica da već tada nije vođeno računa o tomu da se usuglase definicije izvanbračne zajednice i da se odredi jedinstveno trajanje zajednice i u Obiteljskom i u Zakonu o nasljeđivanju. Autoričino je stajalište da bi najprikladnije bilo u Zakon o nasljeđivanju unijeti vremenski rok od tri godine iz Obiteljskog zakona, a dok se to ne učini, trebalo bi primjenjivati odredbu Obiteljskog zakona, kao *lex specialis* i kao *lex posterior*, glede trajanja izvanbračne zajednice.¹²⁸

5.2. *Kako bi trebalo tumačiti odnos Zakona o istospolnim zajednicama i Zakona o nasljeđivanju kada bi istospolna zajednica bila osnova zakonskog nasljeđivanja*

Zakon o istospolnim zajednicama donesen je u isto vrijeme kada i Obiteljski zakon te je na snagu stupio samo osam dana nakon Obiteljskog zakona, a u njemu je određeno da istospolna zajednica treba trajati tri godine da bi imala pravne učinke, jednako kao i izvanbračna zajednica. Stoga sve što je gore rečeno o pitanju odnosa Obiteljskog zakona i Zakona o nasljeđivanju glede nasljeđivanja izvanbračnih

¹²⁵ Belaj, Čulo, op. cit., str. 126.

¹²⁶ Crnić, J. Končić, A.-M., Komentar zakona o nasljeđivanju, Organizator, Zagreb, 2005.

¹²⁷ Belaj, Čulo, op. cit., str. 126.

¹²⁸ Ovo smatraju, uz Belaj i Čulo te Crnić i Končić, također i Perkušić, Kačer, op. cit., str. 459.-460.

drugova, trebalo bi vrijediti i za odnos Zakona o istospolnim zajednicama i Zakona o nasljeđivanju kada bi Zakon o nasljeđivanju dopuštao zakonsko nasljeđivanje pripadnika istospolnih zajednica.

Dakle, na hipotetsku odredbu Zakona o nasljeđivanju kojom bi se omogućilo zakonsko nasljeđivanje istospolnih partnera trebala bi se primijeniti odredba čl. 2. Zakona o istospolnim zajednicama koja nalaže da ova zajednica treba trajati tri godine da bi imala pravnih učinaka. Ovo dovodi do zaključka da bi, kada bi se dopustilo zakonsko nasljeđivanje istospolnih partnera, Zakonom o nasljeđivanju trebalo odrediti da će na temelju zakona ostavitelja moći nasljeđivati i njegov istospolni partner, koji je u pravu nasljeđivanja izjednačen s bračnim / izvanbračnim drugom, te da će se istospolnom zajednicom smatrati životna zajednica osoba istog spola koje nisu u braku, izvanbračnoj ili drugoj istospolnoj zajednici, a koja traje najmanje tri godine te je prestala ostaviteljevom smrću.

5.3. Pitanje ustavnosti sadašnjeg rješenja po kojemu de facto istospolna zajednica nema iste učinka kao de facto izvanbračna zajednica u nasljednom pravu

Nameće se i pitanje ustavnosti postojećeg rješenja po kojemu izvanbračna zajednica proizvodi cijeli niz pravnih učinaka, uključujući i one u nasljednom pravu, dok ih istospolna zajednica ne proizvodi. Temelj razlikovanja *de facto* izvanbračne i *de facto* istospolne zajednice je u spolu partnera, odnosno njihovoj seksualnoj orijentaciji, a ovo, u svakom slučaju, predstavlja diskriminaciju te nije u skladu s čl. 3. i čl. 14. Ustava Republike Hrvatske.¹²⁹

S tim u vezi bitno je ponovno spomenuti pojedie europske države u sličnim situacijama, a koje su dovele do odluka Ustavnih sudova tih država koji su rješenja slična našima redom proglašavali neustavnima. Prvenstveno se tu misli na odluke ustavnih sudova Slovenije i Mađarske. Naime, slovenski Ustavni sud proglasio je neustavnim čl. 22. ZRIPS-a jer je pravio razliku između partnera u formalnoj istospolnoj zajednici i bračnih drugova u nekim nasljednopravnim pitanjima. Sud je zauzeo stajalište da se, što se nasljeđivanja tiče, formalna istospolna zajednica i brak trebaju gledati pravni i faktični elemenata tretirati jednako. Također, Sud je odredio kako je jedini razlog različitog tretmana bračnih drugova i istospolnih partnera u formalnim zajednicama spol osoba, a to predstavlja diskriminaciju.¹³⁰ Ova je odluka značajna, između ostalog, i zato što je slovenski Ustavni sud naglasio kako su socijalni, pravni, emocionalni i etički elementi obje vrste partnerstva (braka i formalne istospolne zajednice) vrlo slični.¹³¹ Dakle, Sud je zaključio da je ono što je heteroseksualnim osobama brak, homoseksualnim osobama formalna istospolna zajednica te da se glede nasljednopravnih učinaka ove dvije zajednice ne bi smjele razlikovati.

129 Ustav Republike Hrvatske – pročišćeni tekst, NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/ 10, 85/10.

130 Slučaj Blažić i Kern – čl. 22. ZRIPS, vidi *supra*.

131 Tako u sažetku slučaja dostupnom na: <http://archive.equal-jus.eu/291/> (08.11.2013.).

Slično stajalište imao je i Mađarski Ustavni sud koji je 1995. godine, povodom zahtjeva za utvrđivanjem ustavnosti odredbe po kojoj samo heteroseksualne osobe mogu sklapati brak i izvanbračnu zajednicu, presudio da su propisi koji priznaju učinke izvanbračnih zajednica osoba različitog spola, no ne i onih istog spola, neustavni jer također predstavljaju diskriminaciju.¹³² Sud je naveo kako brak i dalje treba ostati zajednica rezervirana za osobe suprotnog spola, no glede izvanbračne zajednice zauzeo je stav da bi nju trebali moći sklapati i istospolni partneri. Ova je odluka ponukala zakonsko reguliranje i zaštitu prava istospolnih partnera u Mađarskoj, prvo na način da im se omogući sklapanje neformalne zajednice, a kasnije i davanjem mogućnosti istospolnim partnerima da mogu sklapati formalnu zajednicu.¹³³

Zakon o istospolnim zajednicama stupio je na snagu i primjenjuje se od 2003. godine, od kada se primjenjuje i novi Zakon o nasljeđivanju. Čini se u najmanju ruku neobičnim što do sada nitko nije potaknuo pitanje ustavnosti odredbe prema kojoj istospolni partneri ne mogu jedan drugoga nasljeđivati kao zakonski nasljednici. Na temelju gore spomenutih i sličnih odluka ustavnih sudova u pojedinim državama, nije teško zaključiti kakva bi bila, odnosno trebala biti, odluka hrvatskoga Ustavnog suda kada bi odlučivao o ovom pitanju.¹³⁴

6. UMJESTO ZAKLJUČKA

Nakon analize komparativnih prava i rješenja koja u njima postoje glede nasljeđivanja istospolnih partnera te analize hrvatskoga zakonodavstva, nametnuli su se sljedeći zaključci:

1. Većina europskih država ne dopušta mogućnost međusobnog zakonskog nasljeđivanja osobama koje čine *de facto* zajednice, bez obzira na njihov spol.¹³⁵ No, u brojnim europskim državama u kojima *de facto* zajednica nema nasljednopravnih, niti nekih drugih učinaka, partnerima – istospolnim i različitog spola, dane su alternative uređivanja njihovog odnosa. Tako u tim državama istospolni partneri,

132 Szeibert-Erdős, O., Same-sex Partners in Hungary / Cohabitation and Registered Partnership, Utrecht Law Review, 2/2008 str. 213. Sažetak i tekst u PDF formatu dostupan na: <http://hgk.biznet.hr/hgk/fileovi/18049.pdf> (08.11.2013.).

133 Više *supra*.

134 Npr. odluka Ustavnog suda Republike Južne Afrike br. CCT 28 – 06 iz prosinca 2006. u predmetu Gory v. Kolver NO kojom je sud neustavnim proglasio odredbu Zakona o nasljeđivanju po kojoj istospolni partneri (koji tada još nisu mogli ni formalno sklopiti svoju zajednicu niti brak) nisu zakonski nasljednici jedan drugome, dok bračni drugovi to jesu. Sud je zaključio da se radi o diskriminaciji na temelju seksualne orijentacije te da je Zakon samim time nevaljan jer je u suprotnosti sa Ustavnom Republike Južne Afrike. O postupku više na: Constitutional Court of South Africa, <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgisirsi/RXmTEw7phd/MAIN/131920021/5/0> (09.11.2013.).

135 Tko sve ulazi u krug potencijalnih zakonskih nasljednika u pojedinim europskim državama vidi: International Encyclopaedia of Laws, Family and Succession Law, vol. 1., 2., 3., 4., Kluwer Law International.

a također i oni različitog spola, mogu ući u brak ili svoju zajednicu sklopiti na formalan način te tako ostvariti između ostalog, mogućnost međusobnog zakonskog nasljeđivanja.

2. Za razliku od većine ostalih europskih država, u hrvatskom pravnom sustavu *de facto* izvanbračna zajednica (jedini oblik izvanbračne zajednice heteroseksualnih osoba koji kod nas postoji) po mnogočemu je izjednačena s brakom pa tako i u nasljednom pravu.¹³⁶

3. Za razliku od *de facto* izvanbračne zajednice, *de facto* istospolna zajednica nema nikakvih učinaka u hrvatskom nasljednom pravu te istospolni partneri nisu zakonski nasljednici jedan drugome.

4. Dakle, nemogućnost zakonskog nasljeđivanja osoba koje čine *de facto* zajednice, koja u velikom broju europskih država vrijedi za sve takve zajednice bez obzira na spol partnera, u Hrvatskoj vrijedi samo za istospolne zajednice. Ovo, pak, predstavlja diskriminaciju na temelju spola što je u suprotnosti s temeljnim načelima svakog civiliziranog pravnog postupka.

Možemo se samo nadati da će istospolni partneri u Hrvatskoj u bliskoj budućnosti imati pravo jedan drugoga nasljeđivati na temelju zakona. No, to se moglo postići i ranije, promjenom Zakona o nasljeđivanju u kojem se moglo i trebalo dopustiti da *de facto* istospolna zajednica, koja ispunjava zakonom predviđene pretpostavke, postane osnova zakonskog nasljeđivanja, kao što to već deset godina jeste i *de facto* izvanbračna zajednica. Ovo stoga što ovako velike razlike između učinaka tih zajednica nisu utemeljene ni u čemu drugome, do spolu i seksualnoj orijentaciji partnera, što se u svakom civiliziranom društvu smatra diskriminacijom i zabranjeno je.

Uvođenje izvanbračnog druga u krug potencijalnih zakonskih nasljednika 2003. godine bila je svakako poželjna i dugo očekivana novina. Hoće li se u godini koja slijedi isto dogoditi i s istospolnim partnerom?

¹³⁶ Osim učinaka nabrojanih u Obiteljskom zakonu te Zakonu o nasljeđivanju i brojni drugi hrvatski zakoni sadrže odredbe o izvanbračnoj zajednici i njenom učinku.

Npr. Čl. 1101. st. 2. Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08, 125/11 – u slučaju smrti ili osobito teškog invaliditeta neke osobe, priznaje pravo njezinom izvanbračnom drugu na pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete, ako je među njima postojala trajnija zajednica života. Čl. 21. st. 5. Zakon o mirovinskom osiguranju NN 102/98, 127/00, 59/01, 109/01, 147/02, 117/03, 30/04, 177/04, 92/05, 43/07, 79/07, 35/08, 40/10, 121/10, 130/10, 139/10, 61/11, 114/11, 76/12, 112/13. Omogućeno je pravo na obiteljsku mirovinu i izvanbračnom drugu koji je s osiguranikom ili s korisnikom mirovine do njegove smrti živio u zajedničkom kućanstvu najmanje 3 godine. Čl. 285. st. 1. Zakon o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13. – obveze svjedočenja oslobođena je, među ostalim, i osoba s kojom je okrivljenik u braku ili izvanbračnoj zajednici.

Summary

INTESTATE INHERITANCE OF SAME-SEX PARTNERS IN THE REPUBLIC OF CROATIA WITHIN THE EXISTING LEGAL FRAMEWORK

In Croatia, same-sex partners can only conclude unregistered partnership (*de facto* union) and, as such, it will produce some legal effects, if certain legally prescribed conditions are met. However, the possibility of intestate inheritance is not one of those effects. It should be noted that the *de facto* same-sex unions are, in many ways, very similar to the *de facto* cohabitation, but there are also many differences. For this work the most important difference lies in the fact that unmarried couples in *de facto* unions can inherit one another as intestate heirs, while same-sex partners in *de facto* unions can only inherit each other as testamentary heirs. This paper deals with the effects of *de facto* unions – opposite sex and same-sex unions, in inheritance law or the lack thereof. The paper emphasizes the fact that this distinction, with regard to the effects that these *de facto* unions have or do not have in inheritance law, is based solely on the gender of persons forming the affected unions, which certainly constitutes as discrimination of same-sex partners. The paper also points out that, in fact, there is no legal reason that intestate inheritance of same-sex partners in *de facto* unions is not already allowed within the existing legal framework, with only minor changes of Inheritance Act .

Keywords: *same-sex unions, cohabitation, formal/de facto union, intestate inheritance, same-sex marriage.*

Zusammenfassung

GESETZLICHE BEERBUNG GLEICHGESCHLECHTLICHER PARTNER IN DER REPUBLIK KROATIEN IM BESTEHENDEN GESETZESRAHMEN

Gleichgeschlechtliche Partner können in Kroatien ihre Gemeinschaft nur als *de facto* Gemeinschaft schließen, welche dann entsprechende Auswirkungen hat. Die Möglichkeit der Beerbung aufgrund Gesetzes gehört aber nicht dazu. Die *de facto* gleichgeschlechtliche Gemeinschaft ist in vielen Sachen der *de facto* außerehelichen Gemeinschaft ähnlich, aber es gibt auch zahlreiche Unterschiede. Der wichtigste Unterschied für diese Arbeit liegt in der Tatsache, dass Partner in einer außerehelichen Lebensgemeinschaft einander gesetzliche Erben sind, während das bei den gleichgeschlechtlichen Partnern nicht der Fall ist. In der Arbeit geht es vor allem um erbrechtliche Auswirkungen der *de facto* Gemeinschaft,

beziehungsweise um deren Nichtvorhandensein. Es wird die Tatsache betont, dass diese Unterscheidung bezüglich der Auswirkungen, welche die genannten Gemeinschaften im Erbrecht haben oder nicht haben, nur auf das Geschlecht der Person beruht, was eine Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Partner darstellt. Ebenfalls wird betont, dass es keinen rechtlichen Grund dafür gibt, dass gesetzliche Beerbung gleichgeschlechtlicher Partner im bestehenden Gesetzesrahmen aufgrund kleinerer Interventionen in das Erbgesetz nicht erlaubt worden ist.

Schlüsselwörter: *gleichgeschlechtliche Gemeinschaft, außereheliche Gemeinschaft, gesetzliche Beerbung.*

Riassunto

LA SUCCESSIONE LEGITTIMA DI PARTNERS DELLO STESSO SESSO NELLA LEGISLAZIONE VIGENTE DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

In Croazia i partners dello stesso sesso possono concludere la propria unione soltanto quale unione di fatto. Tale unione produrrà determinate conseguenze giuridiche. Nondimeno, la possibilità di succedere ex lege non rientra tra codeste conseguenze. De facto, l'unione di persone dello stesso sesso sotto molti profili è simile all'unione di fatto di persone di sesso diverso; tuttavia esistono anche numerose differenze. Ai fini del presente contributo, la differenza più significativa è individuata nella circostanza che i partners eterosessuali sono ciascuno il successore legittimo dell'altro, mentre quelli dello stesso sesso no. Nel contributo si tratterà soprattutto delle conseguenze di natura successoria delle unioni di fatto, ovvero dell'inesistenza delle stesse. Viene evidenziato il fatto che siffatta distinzione con riguardo agli effetti successori tra le diverse unioni di fatto si basa unicamente sul sesso della persone, il che costituisce una discriminazione dei partners dello stesso sesso. Altresì si rileva come non esista alcun fondamento giuridico che osti alla previsione del diritto alla successione legittima dei partners dello stesso sesso: poteva entrare a fare parte dell'esistente legislazione mediante minimi interventi nella legge sulle successioni.

Parole chiave: *unione di persone dello stesso sesso, unione extramaritale, successione legittima.*

PRAVNI POLOŽAJ VRHUNSKOG TRENERA U HRVATSKOM SPORTSKOM PRAVU

Dr. sc. Damir Primorac, docent
Sveučilište u Splitu,
Sveučilišni odjel za forenzične znanosti
Dr. sc. Ante Vuković, stečajni upravitelj, Split

UDK: 347.4:796.071.43(497.5)
Ur.: 13. lipnja 2013.
Pr.: 14. studenog 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U natjecateljskom (selektivnom) sportu krajnji je cilj osvajanje medalja na najvećim globalnim natjecanjima (olimpijskim i paraolimpijskim igrama, olimpijskim igrama gluhih te svjetskim i europskim prvenstvima). U ostvarenju toga cilja uz samog sportaša sudjeluju još i treneri kao i druge stručne osobe (timski rad). Ipak, sportašu je trener na prvom mjestu budući mu programira i provodi sportsku pripremu te ga i vodi na natjecanjima. Stoga se s pravom može govoriti o tome da danas ne postoje vrhunski rezultati sportaša u amaterskom ili profesionalnom sportu u kojima velikim dijelom, čak i odlučujuće ne sudjeluju vrhunski treneri. Naš zakonodavac, na žalost ne poznaje pojam vrhunskog trenera, a nedostatno određuje i institut trenera (čl. 9. Zakona o sportu). U sljedećoj noveli sportskog zakonodavstva uočene nedostatke trebalo bi izmijeniti i dopuniti kvalitetnim uređenjima.

Ključne riječi: vrhunski trener, Zakon o sportu, ugovori.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Povijest sporta¹ veže se uz povijest olimpijskih igara. Na mrežnim stranicama Međunarodnog olimpijskog odbora (engl. *International Olympic Committee- IOC*)² može se pronaći da su prva sportska natjecanja organizirana prije 3.000 godina na grčkom otoku Peleponezu, na lokaciji Olympia po kojoj su olimpijske igre i dobile ime. Prvi pisani zapisi o natjecanjima sežu u daleku 776. g. prije Krista (engl. 776 BC) i traju do 393. g. kada je rimski car *Teodozije* ukinuo olimpijske igre.³ Nakon tisuću i pol godina dugog prekida, francuski je barun *Pierre de Coubertin* utemeljio moderne olimpijske igre pa je 1896. g. u Ateni održano prvo takvo natjecanje najvećeg globalnog značenja koje traje sve do danas.

U povijesnim dokumentima sportaš je glavni protagonist koji sudjeluje u natjecanjima dok se **trener** ne spominje (v. više u nastavku rada). Možda trener u prošlosti i nije bio toliko važna osoba o kojoj bi trebali postojati pisani tragovi kao i o sportašima, no, u novija vremena okolnosti u sportu i oko sporta značajno su se promijenile u njegovu korist. Nije se, istina promijenilo prastaro olimpijsko načelo „brže, više, jače“ (*citius, altius, fortius*), ali se je, s druge strane bitno preoblikovalo olimpijsko geslo „važno je sudjelovati, a ne pobijediti“.⁴ Danas je općeprihvaćena sintagma „nije važno sudjelovati, važno je pobijediti“ u čemu, uz sportaša dijeleći dobro i zlo sudjeluju i **treneri**.⁵ Jedino pobjeda donosi veliku slavu i priznanja i

1 U prvo vrijeme riječ sport (engl. *disport*; franc. *desport*) označavala je svaku igru i zabavu. Pierre de COUBERTIN ga opisuje kao sustav forsiranog mišićnog vježbanja, zasnovan na želji za napretkom, koji može biti i vrlo rizičan. Maggligenska deklaracija iz 2003. godine sport definira kao potrebu i pravo čovjeka i idealno sredstvo za učenje nužnih životnih osobina. U sportskoj literaturi pod pojmom sport podrazumijevaju se različite, natjecateljski usmjerene, motoričke aktivnosti varijabilnog i dinamičkog karaktera koje djeci, mladeži i odraslima omogućavaju: zadovoljavanje potreba za kretanjem i igrom, razvoj sposobnosti, osobina i sportskih znanja, očuvanje i unaprjeđivanje zdravlja te sportsko izražavanje i stvaralaštvo **koje se očituje kao postizanje sportskih rezultata na svim razinama natjecanja**. V. Dragan, MILANOVIĆ, *Teorija i metodika treninga – primjenjena kineziologija u sportu*, Kineziološki fakultet, Zagreb, 2010., str. 28. Dakle, u doktrini se sport određuje kao težnja dostizanja maksimalnih motoričkih dostignuća, s potencijalnom natjecateljskom i/ili ekonomskom dobiti. S druge strane, naš zakonodavac ne daje, na žalost jednostavnu i jedinstvenu definiciju sporta kao ljudske djelatnosti od šireg društvenog značenja.

2 V. <http://www.olympic.org/ioc> (posjet 10. svibnja 2013.).

3 V. MESTRE, Alexandre Miguel, „*The Law of the Olymic Games*“, Den Haag: TMC Asser Press, 2009., str. 200.

4 Na internet stranicama <http://www.hzs.hr/index.php/omilka-babovi/784-vano-je-sudjelovati> nalazi se tekst pod naslovom „Važno je sudjelovati“ legendarne novinarkе Milke BABOVIĆ koja, između ostalog objašnjava: „Za vrijeme 4. igara u Londonu, 19. srpnja 1908. u katedrali Svetog Pavla održana je propovijed za sve sudionike Igara. Propovjednik je bio biskup iz Pennsylvanije Ethelbert TALBOT. U svojoj propovjedi rekao je doslovce ovo: „Suština Olimpijskih igara je sudjelovati, a ne jedino, isključivo, po svaki cijenu, pobijediti. Jednako tako kao što je u ljudskom životu važnije nastojanje i uporna borba od samog trijumfa. Bitno je boriti se čvrsto i fair, a ne bezobzirno osvajati.“ Dakle, de COUBERTIN nije autor olimpijskog gesla: „Važno je sudjelovati, a ne pobijediti“ (posjet 13. svibnja 2013.)

5 Bjeloruska atletičarka Nadežda OSTAPČUK, koja je na Olimpijskim igrama u Londonu osvojila zlatnu medalju u bacanju kugle, a onda joj je oduzeta 13. kolovoza 2012. jer je bila

sportašu i njegovom treneru koji predstavljaju „zatvoreni i začarani krug“.⁶ Šire gledajući, vrhunski uspjeh u sportu sastoji se u pravilu od četiri komponente: prva komponenta je sportaš, druga komponenta je trener, treća komponenta je uprava sportske organizacije, dok je posljednja, četvrta komponenta sportska sreća. Za velika postignuća potrebno je da sve komponente *kumulativno* predstavljaju jednu integralnu cjelinu.

Cilj je ovog rada istražiti pravni položaj te zakonske i ugovorne mehanizme zaštite prava vrhunskog trenera u Republici Hrvatskoj i široj međunarodnoj zajednici s posebnim osvrtom na nogomet kao univerzalno najmasovniju vrstu sporta (engl. *number one sport*). U našem Zakonu o sportu nema definicije vrhunskog trenera, no, prema *analogiji* to je osoba koja zajedno sa sportašom ostvaruje vrhunske rezultate na međunarodno priznatim natjecanjima (npr. olimpijskim igrama) u profesionalnom ili amaterskom sportu.⁷ Dakle, kategorizacija koja vrijedi za sportaše vrijedi i za trenere. Vrhunski trener mora imati određena znanja iz kineziologije,⁸ ali i još više posebne specijalističke vještine ili trenerski instikt (engl. *great instinct*) zapravo emocionalnu inteligenciju kako u konkretnoj situaciji pronaći najbolja moguća rješenja. Stoga je za vrhunske sportske rezultate uvijek i neizostavno potreban vrhunski trenerski i stručni kadar⁹ koji se educira tijekom cijeloga radnog vijeka (engl. *LLE - Lifelong Education*).¹⁰ Značaj vrhunskih trenera prepoznali su u Velikoj Britaniji odmah nakon Olimpijskih i Paraolimpijskih igara u Londonu 2012. U okviru organizacije *UK Sport* osnovan je fond od **10 milijuna GBP** namijenjen isključivo potrebama vrhunskih trenera kako ne bi prihvatili ponude drugih država.

¹¹ Velika Britanija je zapravo naučila lekciju iz propusta Australije koja je nakon

pozitivna na doping, kažnjena je dodatno s jednogodišnjom zabranom natjecanja, dok je njen trener Aleksander JEFIMOV dobio zabranu natjecanja od četiri godine. V. <http://sportske.jutarnji.hr/bjeloruskinji-oduzeto-zlato/1047558/> (posjet 10. svibnja 2013.).

- 6 Tako Hrvoje, KAČER, Uvod i osobe u športu, u: (*Uvod u*) *Športsko pravo*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009., str. 21.
- 7 Jednako vrijedna su i sportska postignuća sportaša i trenera na paraolimpijskim igrama i olimpijskim igrama gluhih. Slijedom toga, oni imaju i jednaka prava (čl. 54. Zakona o sportu).
- 8 Kineziologija dolazi od grčke riječi *κίνησις* (*kretanje, pokret*) i *λόγος* (*zakonitost, znanost*), pa prema tome etimološki kineziologija znači znanost o kretanju. Danas kinezioloiju defini-ramo kao znanost koja proučava zakonitosti upravljanja procesom vježbanja i posljedice djelovanja tih procesa na ljudski organizam što svakako unapređuje zdravlje. Usp. Miloš, MRAKOVIĆ, *Uvod u sistemsku kineziologiju*, Fakultet za fizičku kulturu, Zagreb, 1992., str. 3.
- 9 V. Dragan, MILANOVIĆ, Zrinko, ČUSTONJA, Igor, JUKIĆ, Stručni kadrovi u sportu (*Professional staff in sport*), Hrvatski znanstveno stručni skup o menadžerstvu u turizmu i sportu: zbornik radova, Vol. 1 No. 1, 2010., Međimursko veleučilište u Čakovcu, Čakovec, 18.-20. ožujka 2010.
- 10 Usp. Igor, JUKIĆ, Dragan, MILANOVIĆ, Zrinko ČUSTONJA, Treneri i stručni kadrovi u hrvatskom sportu, projektna studija Sveučilišta u Zagrebu, Kineziološki fakultet, 2011.
- 11 *The Telegraph* u broju od 26. prosinca 2012. donio je veliki naslov: „**UK Sport invest £10 m to ensure GB's Olympic coaches are not lured overseas in build-up to Rio 2016**“. UK Sport je organizacija osnovana Kraljevskim ukazom iz 1996. radi skrbi o elitnom (vrhunskom) sportu i financiranju sportaša pojedinaca. Na čelu UK Sporta je barunica Sue CAMPBELL. Na važnost trenera u stvaranju vrhunskog rezultata dokazuju i javna priznanja. Tako je

Olimpijskih igara u Sydneyu (2000.) svoje najbolje trenere prepustila drugim državama zbog čega je doživjela potpuni neuspjeh u Londonu 2012.

Na hitnost preciznog pravnog uređenja položaja vrhunskog trenera u Republici Hrvatskoj ukazuju i praktični problemi. Prema podacima iz Hrvatskog olimpijskog odbora, do Londona 2012. u Hrvatskoj je bilo 16 vrhunskih trenera (1 žena i 15 muških) koji su radili sa sportašima iz 13 sportova (atletika, dizanje utega, gimnastika, košarka, plivanje, rukomet, hrvanje, skijanje, stolni tenis, taekwondo, vaterpolo i veslanje), a što je u stvarnosti predstavljalo *deficit* u odnosu na stvarne potrebe za vrhunskim stručnjacima. Nakon Londona 2012. broj vrhunskih trenera se smanjio što znači da se povećao stupanj zabrinutosti za razvoj vrhunskog sporta u Republici Hrvatskoj.

Sport je danas i veliki *business* u kojem sudjeluju i vrhunski treneri. To otvara pitanje i ugovorne te izvanugovorne odgovornosti subjekata u sportu. Zato je izuzetno važan način rješavanja sporova do kojih zbog naravi posla dolazi relativno često. Umjesto državnih sudova dominantan i općeprihvaćen način rješavanja prijedora iznosi se pred arbitražne sudove čije su odluke konačne i obvezujuće, a Arbitražni sud u švicarskoj Lausanni je „vrhovni sud svjetskog sporta.“

Konačno, istražili smo i zašto vrhunski treneri ne primaju medalje na olimpijskim igrama kao i sami sportaši koje su vodili na najvećem sportskom natjecanju. Jesu li u pitanju stroga olimpijska pravila ili tradicija ili nešto treće?

O temi ovog rada u našoj se pravnoj literaturi pisalo premalo, a što je autorima bio novi znanstveni i stručni izazov.¹²

2. Institut trener u hrvatskom pravu de lege lata

2.1. Zakon o sportu

Prema čl. 5. Zakona o sportu¹³ sustav sporta u Republici Hrvatskoj čine: 1.) fizičke osobe, 2.) pravne osobe te 3.) školska sportska društva koja se osnivaju bez pravne osobnosti. Fizičke osobe u sustavu sporta su: 1.) sportaši, 2.) treneri, 3.) osobe osposobljene za rad u sportu, 4.) osobe koje sudjeluju u organiziranju i vođenju sportskog natjecanja (sportski sudac, sportski delegat i sportski povjerenik) te 5.) menadžeri. Sportaš se određuje kao osoba koja se priprema i sudjeluje u sportskim natjecanjima i u čijoj su funkciji sve druge osobe u sustavu sporta. Sportaši

svaki trener od osvajača zlatne medalje bio nagrađen s primanjem u Caoching Hall of Fame na ceremoniji organiziranoj u Sport Coach UK (nacionalnom tijelu trenera). V. <http://www.telegraph.co.uk/sport/olympics/9766661/UK-Sport-invests-10m-to-ensure-GBs-Olympic-coaches-are-not-lured-overseas-in-build-up-to-Rio-2016.html> (posjet 1. svibnja 2013.).

12 O protupravnim ponašanjima na sportskim natjecanjima v. Damir, PRIMORAC, Sprječavanje, suzbijanje i sankcioniranje protupravnih ponašanja na sportskim natjecanjima, Zbornik radova "Novi Zakon o športu i aktualna praksa iz područja športa i športskih djelatnosti", Inženjerski biro, Zagreb, 2007.

13 Narodne novine, br. 71/06., 150/08., 124/10., 124/11., 86/12. i 94/13. - dalje: **ZS ili Zakon o sportu.**

imaju prava i obveze a s obzirom na postignute rezultate dijele se na vrhunske (I., II. i III.. kategorija), vrsne (IV. kategorija) ili darovite sportaše (V. i VI. kategorija). Hrvatski olimpijski odbor (dalje: HOO), odnosno Hrvatski paraolimpijski odbor te Hrvatski sportski savez gluhih izdaju im rješenja o razvrstavanju u određenu kategoriju na osnovi ostvarenih rezultata (čl. 6. ZS).

S druge strane, institut trener u Zakonu o sportu nedostatan je određen. Naime, trener se definira kao „osoba koja programira i provodi sportsku pripremu, sportsku rekreaciju i sportsku poduku“ (čl. 9. st. ZS). Međutim, u nabrojanim funkcijama trenera nedostaje funkcija i **vođenja natjecanja** koja je zapravo i najvažnija jer predstavlja krajnji učinak (rezultat) dotad uloženog rada u *agonološki*¹⁴ (natjecateljskim) usmjerenim aktivnostima. Stoga je i nejasno i nerazumljivo zašto zakonodavac nije uočio ovaj doista ozbiljan nedostatak i dopunio ga u mnogim novelama.¹⁵ Nadalje, u Zakonu ne postoji barem osnovna kategorizacija trenera kao što postoji kod razvrstavanja sportaša (v. *supra*). Što se tiče stručne spreme koju trener mora imati da bi se bavio tim poslom, ZS određuje stručnu spremu minimalno na razini *trenera prvostupnika* sukladno posebnom propisu.¹⁶ Ipak, pored samog trenera poslove trenera može obavljati i osoba: a) koja je za te poslove

- 14 Ovaj termin koristi prof. MRAKOVIĆ. U znanstvenoj literaturi agonologija (engl. *agonology*) je način ponašanja kojem je cilj pobijediti suparnika ili barem izbjeći poraz koristeći pri tom sva raspoloživa sredstva (engl. *to defeat the opponent, or at least to avoid being defeated, using whatever means may be expedient*). Usp. Douglas, STURM, *Solidarity and suffering: toward a politics of relationality*, State University of New York Press, 1998., Poglavlje 12, str. 238.
- 15 Prva novela (Uredba o dopuni Zakona o športu) iz 2008. ticala se sportskih građevina. Druga novela (2010.) dopunila je pravila o zdravstvenoj zaštiti. Treća novela (2011.) izmijenila je odredbe o pravnim posljedicama osude i kaznenog postupka, definicijom sportskih natjecanja, članstvom u tijelima sportskog dioničkog društva te državnim naknadama i nagradama za vrhunska sportska postignuća. Posljednja novela iz 2012. donijela je najveći broj izmjena i dopuna koje se odnose na: a) status sportskih djelatnosti u društvu, b) prava i obveze Nacionalnog vijeća za sport, c) prava i obveze sportaša, d) brisanje odredbe prema kojoj trener i osobe koje pomažu sportašima u pripremama služe vojni rok u skladu s propisima iz područja obrane, odnosno civilnu službu u skladu s propisima o civilnoj službi, e) odredbe o menadžeru u sportu, f) ponovno uređenje pitanja pravnih posljedica osude i kaznenog postupka, g) pravne osobe registrirane za obavljanje sportskih djelatnosti, h) profesionalni status sportskih klubova, i) članove tijela sportskih klubova – udruga za natjecanje, j) članstvo u tijelima sportskog dioničkog društva, k) odredbe o sportskim savezima i nacionalnim sportskim savezima, l) organizaciju sportskih natjecanja, m) zdravstvenu zaštitu, n) prava na državne nagrade te o) kaznene odredbe. I konačno peta novela (2013.) donijela je u bitnom nova uređenja pojma trajne novčane naknade te financiranja profesionalnog sporta od javnog sektora u skladu s pravilima Europske unije.
- 16 U okviru razmatranja o pravnom položaju trenera u hrvatskom sportu izuzetno su važne odredbe i čl. 20., 22., 59. i 60. Zakona o sportu. Čl. 22. ZS-u odnosi se na fizičke osobe koje **samostalno** obavljaju sportske djelatnosti sudjelovanja u sportskim natjecanjima, sportske pripreme, sportske rekreacije i sportske poduke. Upravo na čl. 9. i 22. Zakona o sportu te čl. 5. Pravilnika o statusu trenera poziva se Hrvatski nogometni savez u tipskom ugovoru o profesionalnom treniranju i na njemu gradi cijeli pravni odnos između trenera i nogometnog kluba. Čl. 59. i 60. Zakona o sportu određuju tko se može baviti stručnim poslovima u sportu u Republici Hrvatskoj, uključujući i trenere.

osposobljena putem ustanove za osposobljavanje kadra na temelju programa za stjecanje licencije krovnih svjetskih ili europskih udruženja određenog športa; b) koja je osvojila medalju na olimpijskim igrama, svjetskim ili europskim seniorskim prvenstvima, a stručno je osposobljena putem ustanove za osposobljavanje kadra u športu; c) koja je poslove trenera obavljala najmanje 15 godina do dana stupanja na snagu ovoga Zakona, a stručno je osposobljena putem ustanove za osposobljavanje kadra u športu (st. 3. čl. 9. ZS-u). Iznimno, ako pravna osoba koja je registrirana za obavljanje športskih djelatnosti nema mogućnosti zaposliti osobu koja ispunjava uvjete za obavljanje stručnih poslova, a obavljanje poslova ne trpi odgodu, te poslove može privremeno obavljati i osoba koja je osposobljena putem ustanove za osposobljavanje kadra u športu (st. 4. čl. 9. ZS-u).

U svezi s čl. 9. ZS-a, čl. 90. ZS-a propisuje da osobe koje su na dan stupanja na snagu ovoga Zakona obavljaju poslove trenera, a ne ispunjavaju uvjet o potrebnoj stručnoj spremi, ali su osposobljene putem odgovarajućih ustanova za osposobljavanje kadra na temelju programa za stjecanje licencije krovnih svjetskih ili europskih udruženja određenog sporta, dužne u roku od najviše jedanaest godina¹⁷ počevši od 6. srpnja 2006. steći odgovarajuću stručnu spremu. Osobe koje su do dana stupanja na snagu ovoga Zakona obavljale poslove trenera najmanje 15 godina ili koje su osvojile medalju na olimpijskim igrama, europskim ili svjetskim seniorskim prvenstvima, a koje **nisu** stručno osposobljene putem ustanove za obrazovanje kadra u športu, mogu nastaviti raditi na tim poslovima, a stručnu osposobljenost moraju steći u roku od tri godine od dana stupanja na snagu ovoga Zakona.

Dakle, ZS je otvorio mogućnost uz ne baš stroge uvjete i vrhunskim sportašima, odnosno osobama koje su osvojile medalju na olimpijskim igrama, svjetskim ili europskim prvenstvima, a stručno su osposobljene putem ustanove za osposobljavanje kadra u sportu biti trenerom uz obvezu stjecanja odgovarajuće stručne spreme do 6. srpnja 2017.¹⁸ Za osobe koje su osvojile medalju na olimpijskim igrama, europskim ili svjetskim seniorskim prvenstvima, a koje nisu stručno osposobljene putem ustanove za obrazovanje kadra u sportu rok za stjecanje stručne osposobljenosti iznosio je tri godine, a istekao je 6. srpnja 2009. Ipak, HOO je predložio Ministarstvu znanosti, obrazovanja i sporta (dalje: MZOS) da

17 Do ZID ZS iz 2012. rok je bio osam (8) godina, tj. do 6. srpnja 2014.

18 Vaterpolist Joško KREKOVIĆ (43), osvajač srebrne medalje na OI u Atlanti 1996. diplomirao je 27. rujna 2012. na splitskom Kineziološkom fakultetu, na preddiplomskom stručnom studiju, te stekao zvanje Stručni prvostupnik kineziologije - sportski trener vaterpola. Važno je naglasiti da je J. Kreković ušao u povijest kao prvi student koji je diplomirao na stručnim studijima Kineziološkog fakulteta u Splitu. Nakon njega, svjetski poznati i priznati košarkaš Dino RAĐA 24. siječnja 2013. obranio je završni rad na preddiplomskom stručnom studiju na istom fakultetu i time stekao zvanje stručnog prvostupnika kineziologije – sportski trener košarke. V. <http://www.kifst.hr/node/2100> (posjet 1. svibnja 2013.). KREKOVIĆ i RAĐA su dokazi da vrhunske sportaše treba poticati i motivirati za školovanje i nakon završetka aktivne karijere sportaša i nakon navršenih 40 godina života.

se i ovaj rok produlji do 30. lipnja 2014.,¹⁹ no zakonodavac nije prihvatio nikakvo produljenje rokova pa je st. 2. čl. 90. ZS-a ostao u tom dijelu neizmjenjen.

2.2. Pravila o kriterijima za financiranje rada trenera HOO-a

Zakonodavac o nužnim izmjenama i dopunama čl. 9. ZS-a šuti već 7 godina. S druge strane, HOO, kao najviša *nevladina* nacionalna sportska udruga *samostalna* u svom djelovanju u koju se udružuju nacionalni sportski savezi, sportske zajednice u županijama i Gradu Zagrebu te druge udruge čija je djelatnost bitna za promicanje sporta (čl. 49. ZS) ima vlastiti Pravilnik o kriterijima za sufinanciranje rada trenera²⁰ radi unaprjeđenja vrhunskih sportskih ostvarenja na međunarodnim natjecanjima. Kategorizacija trenera prema ovom Pravilniku je sljedeća: 1.) vrhunski „A“ i „B“ trener; 2.) trener ekipnog olimpijskog sporta; 3.) vrsni trener; 4.) kvalitetni trener; 5.) trener sportaša mlađih uzrasnih kategorija te 6.) trener za razvoj pojedinog sporta. **Kriterijski rezultat** osnovno je mjerilo za kategorizaciju trenera i njihovo sufinanciranje. Uvjet za priznavanje kriterijskih rezultata svih kategorija trenera su postignuća na svjetskim i europskim prvenstvima. Za priznanje rezultata sa svjetskih prvenstava to je nastup sportaša s najmanje tri kontinenta i 20 zemalja, dok je priznanje rezultata s europskih prvenstava nastup sportaša iz najmanje 15 zemalja na svakom pojedinačnom natjecanju na kojem nastupaju sportaš ili ekipa.

Vrhunskim trenerom „A“ kategorije može postati trener koji je na posljednjim održanim ljetnim ili zimskim olimpijskim igrama sa sportašem osvojio jednu od medalja. Ostali uvjeti za priznavanje statusa vrhunski trener „A“ kategorije su: 1.) državljanstvo Republike Hrvatske, 2.) da je trener u smislu ZS-a i da ima najmanje 10 godina rada s vrhunskim sportašima, 3.) da je trener u sportu koji ima najmanje 20 klubova u barem 5 županija te 4.) da je izbornik ili trener nacionalne selekcije, momčadi, ekipe, para, štafete, posade ili pojedinca. Kriteriji za stjecanje statusa vrhunskog trenera „B“ kategorije su razumljivo blaži: 1.) plasman od 4. do 8. mjesta na posljednjim održanim ljetnim ili zimskim olimpijskim igrama ili 2.) osvojena medalja na posljednjem održanom svjetskom prvenstvu u olimpijskim sportovima i u olimpijskim disciplinama ili 3.) osvojeno 1. mjesto na posljednjem održanom europskom prvenstvu u olimpijskim sportovima i u olimpijskim disciplinama. Ostali uvjeti za priznavanje statusa su jednaki kao i u slučaju vrhunskog trenera „A“ kategorije.

Ukupan iznos naknade koji osigurava HOO za sufinanciranje vrhunskog trenera „A“ kategorije je 20.000,00 kuna mjesečno, a za vrhunskog trenera „B“

19 HOO, Prijedlozi na Nacrt prijedloga izmjena i dopuna Zakona o sportu, <http://www.hoo.hr/downloads/Prijedlozi%20na%20Nacrt%20prijedloga%20izmjena%20i%20dopuna%20Zakona%20o%20sportu.pdf> (posjet 10. svibnja 2013.).

20 HOO, Pravila o kriterijima za sufinanciranje rada trenera, http://www.hoo.hr/downloads/Pravila%20o%20kriterijima%20za%20sufinanciranje%20rada%20trenera_listopad%202012.pdf (posjet 10. svibnja 2013.).

kategorije je 16.000,00 kuna mjesečno.²¹ Međutim, ako tijekom godine zbog izmjena i dopuna državnog proračuna dođe do smanjenja iznosa sredstava za financiranje javnih potreba u sportu, a slijedom toga i umanjjenja iznosa na stavci „Posebni programski projekti“ točka „Razvojni programi“ podtočka „Angažiranje trenera“, odluku o postotku umanjjenja ukupnog troška naknade za angažiranje trenera donijet će Vijeće HOO-a. Odredba o mogućnosti umanjjenja sastavni je dio odredbi Ugovora o sufinanciranju rada trenera.²²

2.3. *Pravilnik o statusu trenera HNS-a*

Nogomet je najpopularniji sport u Republici Hrvatskoj te je stoga vrlo privlačan za znanstvena i stručna istraživanja. Krovno tijelo je Hrvatski nogometni savez (dalje: HNS) osnovano još 13. lipnja 1912. Nogomet je i najmasovniji sport jer je broj registriranih igrača 118.316, dok je broj registriranih klubova 1.732.²³ Statut je temeljni opći akt ²⁴ dok je Pravilnik o statusu trenera HNS od 3. kolovoza 2012. najznačajniji pravni propis za pravni položaj nogometnih trenera u Hrvatskoj (dalje: Pravilnik). Prema čl. 1. Pravilnika, pod izrazom trener po zvanju podrazumijevaju se: a) PRO trener, b) trener „A“ kategorije, c) trener „B“ kategorije i d) trener „C“ kategorije. U statusnom smislu treneri mogu biti profesionalci i amateri. Trener profesionalac je trener koji s klubom sklapa ugovor o profesionalnom treniranju (profesionalni ugovor) ili ugovor o radu dok je trener amater trener koji s klubom sklapa ugovor o treniranju. Profesionalne ugovore odnosno ugovore o radu kao i ugovore o treniranju mora registrirati i verificirati nadležno tijelo HNS-a. U ligama HNS-a treniranje mogu obavljati samo treneri s potvrđenim licencama. Posebno je zanimljiv čl. 7. Pravilnika. Prema njemu, Izvršni odbor HNS-a na prijedlog Udruge klubova I. i II. Hrvatske nogometne lige i Komisije nogometnih trenera HNS-a objavljuje **obvezne** obrasce profesionalnih i amaterskih ugovora o treniranju (tipske ugovore) koji sadržavaju minimum prava i obveza koje se ne

21 Ukupan iznos naknade koji osigurava HOO za sufinanciranje trenera ekipnog olimpijskog sporta i za vrsnog trenera je po 14.000,00 mjesečno, za kvalitetnog trenera je 12.000,00 kuna mjesečno, za trenera mladih dobni kategorija je 8.000,00 mjesečno dok je za trenera za razvoj pojedinog sporta mjesečni iznos naknade 6.000,00 kuna.

22 Mora se, s druge strane zapaziti da HOO veliki dio novčanih sredstava stječe upravo iz državnog proračuna i to od igara na sreću (čak oko 90% svih prihoda), pa se stoga može s pravom tvrditi da je u konačnici njegov najveći pa i isključivi financijer upravo RH.

23 HNS, <http://www.hns-cff.hr/hns/o-nama/o-hnsu> (posjet 15. svibnja 2013.). No, nogomet nije istovremeno i najreprezentativniji sport Republike Hrvatske u svijetu s obzirom na postignute rezultate. U vaterpolu je naša muška reprezentacija olimpijski pobjednik iz Londona 2012. dok su klubovi najbolji na europskim i svjetskim natjecanjima. Slične uspjehe imamo i u muškom rukometu. Nogometna reprezentacija RH je visoko plasirana na ljestvicama FIFA-e dok klubovi nemaju niti približno takav plasman. Ipak, konkurencija u ostvarivanju vrhunskih rezultata mnogostruko je veća u nogometu, od primjerice vaterpola ili rukometa.

24 Statut HNS-a donijela je Skupština HNS-a na sjednici održanoj 5. srpnja 2012. a temeljem članka 14. i 47. Zakona o športu (NN br. 71/06., 150/08., 124/10. i 124/11.), članka 11. Zakona o udrugama (NN br. 88/01. i 11/02.) i članka 37. Statuta HNS - a.

moгу mijenjati ugovorom. Nadalje, ugovori prestaju važi: a) protekom vremena na koji su zakljućeni, b) poništenjem ili raskinućem od Arbitražnog suda HNS-a te c) jednostranim ili sporazumnim raskidom.²⁵ Trener s važećim ugovorom može zakljućiti ugovor s drugim klubom samo pod sljedećim okolnostima: a) važeći ugovor je istekao ili istiće u roku od mjesec dana, b) postojeći ugovor je raskinuo Arbitražni sud HNS-a, c) ugovor je raskinut sporazumno. Klub koji želi sklopiti ugovor s trenerom koji je pod ugovorom s drugim klubom, obvezan je, pod prijetnjom disciplinske odgovornosti kluba i odgovornih osoba u klubu prije nego što počne pregovore s tim trenerom pismeno o tomu izvijestiti klub s kojim taj trener ima valjani ugovor. Konaćno, sve sporove koji proizlaze iz ugovora klub – trener i klub – klub rješava i u nadležnosti su Arbitražnog suda HNS-a. Odluke Arbitražnog suda su konaćne, a iznimno sud može obnoviti postupak ako nezadovoljna strana u roku od dva (2) mjeseca od dana donošenja odluke predloži nove dokaze i istakne nove činjenice za koje nije znala i nije mogla znati u trenutku donošenja odluke, a koje bi mogle bitno utjecati na donošenje pravilne i ispravne odluke o predmetu spora (ćl. 12. Pravilnika).

2.4. Pravilnik o dozvolama za rad (licencama) nogometnih trenera, sportskih direktora i voditelja škola nogometa

Na temelju ćl. 42. Statuta, Izvršni odbor HNS-a je 2012. donio Pravilnik o dozvolama za rad (licencama) nogometnih trenera, sportskih direktora i voditelja škola nogometa (dalje: Pravilnik 1.).²⁶ Pod pojmom nogometni trener vode se treneri, sportski direktori i voditelji škola nogometa (ćl. 1. Pravilnika 1.). Na temelju stručne osposobljenosti i usavršenosti te posjedovanja odgovarajuće diplome nogometnog trenera, treneri mogu dobiti sljedeće licence: 1.) UEFA PRO; 2.) PRO; 3.) UEFA A; 4.) A; 5.) UEFA B; 6.) B; 7.) C. i 8) B - mali nogomet (*futsal*). Najpriznatija licenca je UEFA PRO koja se može dobiti temeljem sljedećih dokumenata: a) UEFA PRO diplome Nogometne akademije HNS-a ili nekog od nacionalnih nogometnih saveza potpisnika, Konvencije o međunarodnom priznanju trenerskih kvalifikacija ili b) potvrde Nogometne akademije HNS-a o apsolventskom statusu na UEFA PRO razini u trajanju od 3 godine od datuma stjecanja tog statusa (ćl. 6. Pravilnika 1.).²⁷ S tim u svezi bitno je istaknuti da je Pravilnik 1. **usklaćen** s dva vrlo važna

25 Preporučljivo je, posebice za trenera, da pri sklapanja ugovora trener i klub utvrde međusobna prava i obveze u slučaju raskida ugovora prije isteka roka na koji je ugovor sklopljen (ćl. 8. Pravilnika).

26 V. HNS, Pravilnik o licencama nogometnih trenera, sportskih direktora i voditelja škola nogometa, www.hns-cff.hr/file/.../file/156-Pravilnik_o_licencama_za_trenere.pdf. Dakle, pojam trenera obuhvaća i sportskog direktora te voditelja škole nogometa.

27 Uvjeti za stjecanje drugih licenci su blaži. Iz Pravilnika 1. proizlazi da se odgovarajuća licenca za trenera može dobiti na temelju odgovarajućih isprava koje izdaju sljedeće organizacije: 1.) Nogometna akademija HNS-a; 2.) nacionalni savez potpisnik Konvencije o međusobnom priznavanju trenerskih kvalifikacija; 3.) kineziološki fakultet; 4.) Hrvatsko sveučilište 5.) Centar za školovanje trenera Zagreb; 6.) društveno veleučilište, 7.) Akademija HOO; te 8.) Županijski nogometni savez.

međunarodna akta: 1.) UEFA Konvencijom o međusobnom priznanju trenerskih kvalifikacija i 2.) UEFA Smjernicama koje uređuju UEFA Trenersku konvenciju i UEFA Program edukacije trenera.²⁸

3. UGOVORI IZMEĐU TRENERA I SPORTSKIH ORGANIZACIJA

3.1. Vrste ugovora u Republici Hrvatskoj

Zakon o sportu Republike Hrvatske nejasno govori o radnopravnom statusu trenera te ostavlja veliki prostor za različita tumačenja. Ipak, iz st. 4. čl. 9. proizlazi da pravna osoba koja je registrirana za obavljanje sportskih djelatnosti (sportske udruge za natjecanje i sportsko dioničko društvo, *arg.* iz čl. 19 st. 1. ZS) **zapošljava** trenere kao i osobe koje obavljaju te poslove na neodređeno ili određeno vrijeme, a prema pravilima našeg radnog zakonodavstva. Znači li to, *argumento a contrario* da sportaš kao fizička osoba koja samostalno obavlja sportsku djelatnost ne mora zaposliti trenera ili osobu koja obavlja poslove trenera putem ugovora o radu nego ugovora o djelu ili neke druge vrste ugovora? U svakom slučaju, formulacija st. 4. čl. 9. ZS-u dopušta više tumačenja, pogotovo kada se dovede u svezu s čl. 22. ZS-u. U stvarnosti se stoga pojavljuje cijeli spektar ugovornih odnosa na relaciji trener – klub (sportaš) pa se zbog toga u nastavku rada iznose najučestaliji oblici ugovora trenera s fizičkim i pravnim osobama u sportu u RH. Najprije se daju opće konstatacije o ugovoru o radu, ugovoru o djelu i ugovoru o nalogu prema općim zakonskim propisima, a zatim slijedi poseban osvrt na profesionalne i amaterske ugovore o treniranju u hrvatskom nogometu.

²⁸ Nužnost promjena u modelima edukacije trenerskog kadra iskazana je na svim razinama nogometne organizacije. Paralelno s tim procesima UEFA je pokrenula inicijativu uvođenja jedinstvenog europskog sustava i programa edukacije nogometnih trenera pod okriljem „Konvencije o međusobnom priznavanju diploma i licenci“. Istaknuti su osnovni ciljevi: 1.) unaprjeđenje nogometne igre u Europi putem progresivnog rada trenera; 2.) definiranje i poboljšanje statusa trenera s dobivanjem međunarodnih licenci za rad i 3.) savjetodavna i mentorska uloga UEFA-e u ostvarivanju programa. Na prijedlog Stručne komisije, Izvršni odbor HNS-a, 28.11.1999. godine, donio je odluku o osnivanju Nogometne akademije. Istom odlukom prihvaćen je Sustav, kriteriji i program edukacija trenera u HNS-u po modelu UEFA-e. Nogometna akademija započela je s radom 4. siječnja 2000. godine, a sam rad Akademije nadziru predstavnici UEFA-e, tj. mentora iz *Jira panela*. U početku rada Akademija je izdavala samo hrvatske licence i diplome, dok 4.4.2002. g. nije potpisan s UEFA-om, protokol „Konvencija o međusobnom priznavanju trenerskih licenci“, po kojem je ostvareno pravo na izdavanje UEFA– B i UEFA - A trenerskih diploma i licenci. Potom je 17. rujna 2003.g. uslijedilo potpisivanje i „Konvencije o međusobnom priznavanju trenerskih licenci“ između HNS-a i UEFA-e i na razini UEFA - PRO trenera, čime je Nogometna akademija stekla pravo izdavanja i UEFA - PRO diploma i licenci. Programe edukacije trenera verificirao je MZOS zajedno s Hrvatskom olimpijskom akademijom HOO-a. Edukacija te osposobljavanje i usavršavanje kadrova za rad u nogometnom sportu usklađeni su sa Zakonom o sportu.

3.1.1. Ugovor o radu

Uobičajeno je da trener i sportski klub zaključuju ugovor o radu u kojem trener ima položaj radnika, a klub položaj poslodavca. Radnik je fizička osoba koja u radnom odnosu obavlja određene poslove za poslodavca dok je poslodavac fizička ili pravna osoba koja zapošljava radnika i za koju radnik u radnom odnosu obavlja određene poslove.²⁹ Osnovno je pravilo da je poslodavac obavezan u radnom odnosu dati posao radniku te mu za obavljeni posao isplatiti plaću, a radnik je obavezan prema uputama poslodavca danim u skladu s naravi i vrstom rada, osobno obavljati preuzeti posao (čl. 5. ZOR-a). U doktrini radnog prava ovakav odnos radnik-poslodavac naziva se **subordinirani rad** u kojem je radnik podvrgnut nalogima, uputama i nadzoru poslodavca u organizaciji i obavljanju rada te zauzvrat dobiva naknadu za rad.³⁰ U ovom odnosu radnik i poslodavac su asimetrično postavljeni, poslodavac daje posao za koji je dužan radniku isplatiti plaću dok je radnik obavezan primljeni posao uredno obavljati s dužnom pažnjom. S tim u svezi je i pitanje odgovornosti za štetu. Radnik koji na radu ili u svezi s radom namjerno ili zbog krajnje nepažnje uzrokuje štetu poslodavcu, dužan je štetu naknaditi (odgovornost radnika za štetu uzrokovanu poslodavcu iz čl. 99. ZOR-a). To znači da za štetu uzrokovanu običnom nepažnjom (*culpa levis*) radnik ne odgovara, odnosno ona mu se zakonski tolerira i za nju postoji ekskulpacija od odgovornosti za štetu prouzročenu poslodavcu. Radnik isključivo odgovara na temelju dokazane krivnje, dakle krivnje koju mora dokazati poslodavac i koja predstavlja visoke stupnje krivnje, tj. grubu nepažnju (*culpa lata*) i namjeru (*dolus*), a što je objektivno poslodavcu kao tužitelju prilično teško dokazati u parničnom postupku radi naknade štete protiv radnika kao tuženika. Nadalje, radnik koji na radu ili u svezi s radom, namjerno ili zbog krajnje nepažnje uzrokuje štetu trećoj osobi, a štetu je naknadio poslodavac, dužan je poslodavcu naknaditi iznos naknade isplaćene trećoj osobi (regresna odgovornost radnika iz čl. 101. ZOR-a). I ovom slučaju radnik je u povoljnijem položaju u odnosu na poslodavca jer poslodavac ponovno mora dokazati da bi imao pravo na *regres* od radnika, da je radnik štetu počinio iz grube nepažnje ili namjere.³¹

3.1.2. Ugovor o djelu

Ugovorne odnose između trenera i kluba regulira pored Zakona o radu (v. *supra*) i Zakon o obveznim odnosima.³² Radi se o pravnom položaju koji je s aspekta radnopravne zaštite bitno nepovoljniji za trenera. To je **autonomni rad** trenera koji za svoj predmet ima ljudski rad. Ugovorom o djelu (građanskopravni

29 Čl. 2. Zakona o radu (Narodne novine, br. 149/09., 61/11., 82/12. i 73/13 – dalje: **ZOR**).

30 Vidi opširnije kod Andrijana, BILIĆ, Vanja, SMOKVINA, Ugovorni odnos profesionalnih nogometaša i klubova – ugovori radnog ili građanskog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 4/2012., str. 831.-862.

31 Usp. Ivica, CRNIĆ, *Odštetno pravo*, Zgombić i partneri, Zagreb, 2004., str. 120.-121.

32 „Narodne novine“, br. 35/05., 41/08. i 125/11- dalje: **ZOO**.

ugovor) izvođač se obvezuje obaviti određeni posao, kao što je izrada ili popravak neke stvari, izvršenje kakva fizičkog ili umnog rada i sl., a naručitelj se obavezuje platiti mu za to naknadu (čl. 590. ZOO-a). Kad dužnik ne ispuni obvezu ili zakasni s njezinim ispunjenjem, vjerovnik ima pravo zahtijevati i popravljjanje štete koju je zbog toga pretrpio (čl. 342. ZOO-a). S aspekta odgovornosti za štetu, izvođač naručitelju odgovara po načelu pretpostavljene (*presumirane*) krivnje, odnosno teret dokaza je na izvođaču djela koji mora dokazati da je šteta nastala bez njegove krivnje (izvođač mora dokazati da nije kriv). Dakle, presumira se obična nepažnja (*culpa levis*) dok bi veće stupnjeve krivnje (*culpa lata* i *dolus*) izvođača morao dokazati sam naručitelj sukladno čl. 1045. ZOO-a.³³ Iz navedenog je očito da je položaj izvođača posla nepovoljniji od radnika u radnom odnosu.

3.1.3. Ugovor o nalogu

Postoji i ugovor o nalogu (čl. 763.-784. ZOO-a). Kod ugovora o nalogu izvršitelj se obavezuje i istovremeno ovlašćuje za račun nalogodavca poduzeti određeni posao, a naručitelj se obavezuje platiti za to naknadu. Nalogoprimac može biti ujedno i radnik nalogodavca pa se u tom slučaju preklapaju određena prava i obveze ugovornih strana. Radi li se o ugovoru o radu ili o ugovoru o nalogu treba prosuđivati prema sadržaju ugovorenih prava i obveza ugovaratelja.³⁴ Ako se radi o ugovoru o radu onda prava na plaću i druga primanja ne mogu ovisiti o rezultatu poslovanja sportskog kluba, pa je trener pravno zaštićen i praktički oslobođen od svake odgovornosti za štetu prema klubu (osim u slučaj ispunjenja pretpostavki iz odredbe čl. 99. ZOR-a). Ako se radi o ugovoru o nalogu onda je, ako nije drugačije ugovoreno, nalogodavac dužan isplatiti nalogoprimcu naknadu nakon obavljenog posla, dok nalogoprimac ima pravo na razmjerni dio naknade ako je bez svoje krivnje samo djelomično obavio nalog (čl. 776. ZOO-a). Ako je nalogoprimac nanio štetu nalogodavcu odgovarat će prema općim pravilima odgovornosti za štetu sadržanim u odredbama ZOO-a.

3.1.4. Ugovor o profesionalnom i amaterskom treniranju prema HNS-u

Sukladno *autonomnim* propisima HNS-a, trener u nogometu sklapa ugovor o profesionalnom treniranju ili ugovor o radu (trener profesionalac) te ugovor o treniranju (trener amater) (čl. 5. Pravilnika). Sadržaj ugovora o treniranju određuje HNS, a obrazac se nalazi na njegovim službenim stranicama.³⁵ Može se stoga s pravom govoriti o tome da je određivanjem sadržaja ugovora o treniranju narušeno načelo *dispozicije* stranaka, dakle da je sadržaj ugovora *kogentan*.³⁶ Prava i obveze

33 Ex čl. 262. ZOO-a iz 1978. preuzet u pravni sustav RH 1991., Narodne novine, br. 53/91.

34 Usp. s Rješenjem Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske br. VI Pž-5767/04-3 od 16. svibnja 2007.

35 V. HNS, <http://www.hns-cff.hr/hns/propisi-hnsa/propisi/obraci> (posjet 1. lipnja 2013.)

36 Na konferenciji za novinare 14. svibnja 2013. bivši sportski direktor HNK Hajduk s.d.d. iz Splita Sergije KREŠIĆ podijelio je novinarima presliku Odluke o raskidu ugovora o

trenera profesionalca i trenera amatera s jedne te kluba s druge strane su različita, što je i razumljivo jer je različita priroda tih ugovora.

Dakle, profesionalni trener može s klubom zaključiti: 1.) ili ugovor o profesionalnom treniranju ili 2.) ugovor o radu. Prema čl. 3. tipskog obrasca ugovora o profesionalnom treniranju HNS-a, osnovna obveza trenera je vođenje momčadi na utakmicama, planiranje i sprovođenje cjelokupnog trenažnog procesa, vođenje priprema momčadi te ostalih aktivnosti vezanih uz nastup momčadi u natjecanju. Sukladno čl. 6. ovog tipskog ugovora, klub se obvezuje da će za obavljanje navedenih poslova kao naknadu treneru isplatiti određeni novčani iznos. Za obavljene poslove trener ispostavlja račun za svaku naknadu, a klub se obavezuje obaviti plaćanje po računu najkasnije 15 dana od dana zaprimanja računa. Bitan je čl. 9. tipskog obrasca koji predstavlja određenu **zaštitnu klauzulu** za trenera. U njemu se, naime određuje da je trener suglasan da se ugovor sporazumno raskine ako se klub kvalificira u stupanj natjecanja za koji je propisima HNS-a određeno da poslove za čije je obavljanje zaključen ovaj ugovor može obavljati samo trener koji ima višu stručnu spremu od one koju trener posjeduje. U tom je slučaju klub obavezan isplatiti treneru, ako nije drugačije ugovoreno³⁷, 25% iznosa koji bi treneru bio isplaćen do isteka razdoblja na koje je ovaj ugovor zaključen. Ako klub ispadne u stupanj natjecanja na razini županije, ovaj se ugovor sporazumno raskida, a klub je obavezan prema treneru ispuniti samo obveze koje su dospjele do trenutka raskida.³⁸ Na pitanja koja nisu određena ovim ugovorom primjenjivat će se odredbe Pravilnika i drugih propisa HNS-a, opći akti kluba, te *supsidijarno* odredbe Zakona o sportu i ZOO-a.

Znači, profesionalni trener u slučaju ugovora o profesionalnom treniranju nije radnik u klubu nego nastupa kao fizička osoba koja **samostalno** obavlja sportske djelatnosti i upisan je u registar sportskih djelatnosti (čl. 9., 20. i 22. Zakona o sportu). Ako profesionalni trener s klubom zaključi ugovor o radu oslobođen je ispostavljanja računa a sve porezno-računovodstvene obveze isključivo su na klubu i tada se radi o nesamostalnom radu.

Trener amater sklapa s klubom ugovore o treniranju temeljem čl. 590. Zakona o obveznim odnosima („ugovor o djelu“), čl. 9. Zakona o sportu i čl. 5. Pravilnika o statusu trenera HNS-a. Bitne razlike u odnosu na ugovor o profesionanom treniranju su: 1.) klub uz isplatu naknade treneru ispunjava i sve zakonske i druge obveze koje proizlaze iz isplate (porez, prirez, doprinose i druga davanja); 2.) nema odredbe

obavljanju poslova sportskog direktora od 30. travnja 2013. – dalje: Odluka (v. <http://www.jutarnji.hr/kresic--hajduk-vode-amateri/1102633/>). Iz Odluke proizlazi da je Ugovor o obavljanju poslova sportskog direktora zaključen 15. kolovoza 2012., a HNK Hajduk š.d.d. se obavezuje isplatiti sportskom direktoru devet (9) plaća u ime jednostranog raskida ugovora. Iz obrazloženja Odluke vidljivo je da se ugovorni odnosi raskidaju „iz razloga za koje nije odgovoran sportski direktor“.

37 Što znači da se ugovorom mogu precizirati i drugačije kondicije u slučaju nastupa ovih okolnosti.

38 Ova odredba predstavlja određenu sankciju prema treneru koji nije postigao adekvatan rezultat.

ako klub ispadne u stupanj natjecanja na razini županije; 3.) nema supsidijarne primjene odredbi Zakona o sportu nego samo odredbi ZOO-a te 4.) sve promjene ovog ugovora valjane su ako nisu sastavljene u pisanoj formi i ako ih nije ovjerilo nadležno tijelo HNS-a, odnosno Županijski nogometni savez.

S druge strane, trener strani državljanin može, kada dođe do spora između kluba i njega i ako sumnja u nepristranost Arbitražnog suda HNS-a, izravno tražiti pravnu pomoć od Komisije za status igrača FIFA-e (v. *infra*).

3.2. *Alliance of European Football Coaches Associations - AEFCA*

Materija ugovornih odnosa između trenera s jedne te sportskih organizacija (klubova, saveza i dr.) s druge strane nije samo naš fenomen. Na razini Europske unije jednaka ili vrlo slična problematika pojavila se prije tridesetak godina zbog čega je 1980. u Beču osnovano *Alliance of European Football Coaches Associations* (dalje: AEFCA) radi promicanja trenerskog poziva u svijetu europskog nogometa. Danas AEFCA broji 46 članica među kojima svoga predstavnika ima i Republika Hrvatska (putem Trenerske komisije HNS-a). Ideja o stvaranju jedne svjetske priznate organizacije trenera pojavila se još davne 1950.³⁹ nakon čega je 1962. u Santiago de Chile osnovana *International Association of Football Coaches*.

Za temu ovog rada AEFCA je bitan stoga jer **nije** zaštitio interese svojih članova kroz „povijesni“ ugovor iz 2012. kojeg su potpisale četiri (4) strane: 1.) predstavnici klubova (*The European Club Association* (ECA), 2.) predstavnici profesionalnih liga (*The European Professional Football Leagues* (EPFL); 3.) predstavnici sindikata (*The Federation Internationale de Footballleurs Professionels Division Europe – FIFPro Division Europe*) te 4.) UEFA uz sudjelovanje Europske komisije koja je javno poduprla Europski socijalni dijalog u profesionalnom nogometu.⁴⁰ Dokument se zove: *Agreement regarding the minimum requirements for standard player contracts in the professional football sector in the European Union and in the rest of the UEFA territory*⁴¹ (dalje: Sporazum).⁴² Sporazum se sastoji od 21 članka i na prihvatljiv je način, putem socijalnog dijaloga riješio otvorena pitanja odnosa klub - igrač. Njihov se odnos precizno određuje i to kao ugovor o radu (čl. 2., st. 4.). Sporazum nadalje, nalaže obveze kluba za uplate doprinosa u mirovinski fond, zatim uplate za zdravstveno osiguranje u slučaju nesreće i bolesti kao i isplatu

39 V. AEFCA, <http://www.aefca.eu/en/about-us/history> (posjet 1. lipnja 2013.).

40 Treneri za razliku od igrača **nemaju** vlastiti sindikat koji bi štitio njihove interese i stoga nisu mogli kvalitetno pristupiti dugotrajnim pregovorima koji bi u konačnici urodili potpisivanjem Sporazuma.

41 Na internet stranici http://ec.europa.eu/sport/news/documents/agreement_football_contracts_en.pdf može se pronaći potpun tekst Sporazuma potpisanog u Bruxellesu 19. travnja 2012. (posjet 15. svibnja 2013.).

42 Glavni tajnik AEFCA Karlheinz RAVIOL iz Njemačke potvrdio nam je propust svoje organizacije da nije bila među potpisnicima ovako značajnog dokumenta za trenere u Europi. Ipak, vjeruje da će se propust nadoknatiti daljnjim pregovorima s UEFA-om (24. svibnja 2013.).

plaće za vrijeme nesposobnosti za treninge i utakmice i dr. Za istaknuti je i čl. 6. u kojem se navode financijske obveze klubova prema nogometašima, dok se u čl. 7. ističu obveze nogometaša prema klubu. Znači, profesionalac je onaj igrač koji ima pisani ugovor o radu s klubom i koji je za svoju nogometnu djelatnost plaćen više nego što iznose troškovi koje je on stvarno imao. Svi ostali igrači smatraju se amaterima (*arg. iz st. 2. čl. 2. FIFA Pravilnika o statusu i transferu igrača*).⁴³

4. ARBITRAŽA KAO DOMINANTAN NAČIN RJEŠAVANJA SPOROVA U SPORTU

Arbitrium est iudicium. U rimskoj pravnoj tradiciji ova izrijeka sadržava pravilo po kojem je odluka donesena u arbitražnom postupku jednaka presudi. Arbitraža ili izabrano suđenje jedan je od načina rješavanja sporova i bitno je brža i učinkovitija od „klasičnog“ državnog sudskog postupka. Mogućnost ugovaranja arbitraže kao alternativnog načina rješavanja pojedinih sporova uvjetovana je i njihovom *arbitrabilnošću*, tj. svojstvom određenog spora da bude riješen arbitražom.⁴⁴ Pristanak na suđenje u određenom sporu arbitražom manifestira se sklapanjem (u pravilu konkludentno) ugovora sa strankama (*receptum arbitri*). Arbitražna odluka (engl. *arbitral award*) je odluka arbitražnog suda o meritornim ili procesnim pitanjima u arbitražnom postupku i pravno je obavezujuća. Tužba za poništaj arbitražnog pravorijeka ima karakter izvanrednog pravnog sredstva.⁴⁵ Stoga je arbitraža, upravo zbog svojih komparativnih prednosti u odnosu na „klasičan“ sud pronasla svoje posebno mjesto u sportu i predstavlja dominantan, katkad i isključiv način rješavanja učestalih sporova u hrvatskom i međunarodnom sportu.⁴⁶

4.1. Arbitražni sud HNS-a

Rješavanje sporova prema Statutu HNS-a povjerava se Arbitraži Saveza i Arbitražnom sudu Saveza. Arbitraža Saveza je stalni jednostupanjski sud nadležan za odlučivanje u sporovima koji nastaju između pojedinih članova Saveza, klubova, igrača, **trenera** i drugih pripadnika nogometne organizacije u vezi s nogometnim sportom na području Republike Hrvatske, te ocjenjuje zakonitost konačnih odluka

43 Vidjeti svakako članak: Vanja, SMOKVINA, Socijalni dijalog u profesionalnom sportu – nogomet kao model za druge kolektivne profesionalne sportove, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 49., 2012., br. 4., str. 883.-906.

44 O arbitrabilnosti sporova uopće v. Alan, UZELAC, Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2003. Stečajni postupak nije, primjerice arbitrabilan jer ga provodi isključivo državni sud. O arbitraži vidi još Siniša, TRIVA, Građansko procesno pravo I Parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1972., str. 669.-689.

45 Čl. 36. Zakona o arbitraži (Narodne novine, br. 88/01).

46 Pored arbitraže, način rješavanja sporova je i medijacija. Sukladno čl. S2 i S6 paragrafa 10. CAS-a, ICAS je usvojio *Mediation Rules*.

o pravima, obvezama i odgovornostima iz odnosa koji se ostvaruju u Savezu (čl. 60. Statuta HNS-a). S druge strane, Arbitražni sud Saveza je *samostalni* i stalni jednostupanjski sud, nadležan za rješavanje statusnih pitanja **trenera** i igrača i u vezi s tim imovinskih sporova koji nastaju između pojedinih subjekata Saveza (klub – klub, igrač – klub, trener – klub, klub – pojedini ŽNS) (čl. 61.).⁴⁷ Savez, njegova tijela i službene osobe, članovi Saveza, lige, klubovi, igrači, treneri, nogometni suci, službene osobe, licencirani posrednici za organizaciju utakmica, licencirani posrednici za transfere igrača i drugi pripadnici nogometnog športa priznaju nadležnost Arbitražnog suda za šport (u daljnjem tekstu: *CAS*) u Lausanni, Švicarska, sukladno odredbama Statuta FIFA-e i UEFA-e. (čl. 62. st. 1.). U slučaju spora za koje su nadležna pravosudna tijela FIFA-e, UEFA-e, CAS, Arbitraže i Arbitražnog suda Saveza ili pravnih tijela Saveza subjekti iz stavka 1. ovog članka obvezuju se da spor **neće** iznositi pred redovne sudove. Savez i njegovi članovi suglasni su poštivati u potpunosti sve konačne odluke (čl. 62. st. 2.). Savez će osigurati poštivanje ovih obveza (čl. 62. st. 3.). **Sporovi na nacionalnoj razini** koji nastanu iz ili u vezi s primjenom Statuta HNS-a, pravilnika i drugih propisa Saveza, iznose se u posljednjoj instanci pred neovisni i nepristrani arbitražni sud, isključujući bilo koji redovni sud. Savez će osigurati neophodna institucionalna sredstva za rješavanje sporova do kojih može doći između članova, klubova, igrača i trenera i u tu svrhu osniva Arbitražu i Arbitražni sud HNS-a (čl. 63.).

Prema čl. 11. Statuta HNS-a, njegova tijela i službene osobe, članovi HNS-a, lige, klubovi, igrači, **treneri**, nogometni suci, službene osobe, licencirani posrednici za organizaciju utakmica, licencirani posrednici za transfere igrača i drugi pripadnici nogometnog športa **obvezuju se**: a) postupati sukladno Pravilima nogometne igre koje je donio Međunarodni nogometni savez BOARD (IFAB); b) poštivati načela privrženosti, integriteta i sportskog ponašanja kao izraza *fair-play-a*; c) poštivati Statut, pravilnike i odluke FIFA-e i UEFA-e u svako vrijeme; d) priznati nadležnost Arbitražnog suda za sport (engl. *The Court of Arbitration for Sport - CAS*) u Lausannei (Švicarska), kao što je utvrđeno relevantnim odredbama Statuta FIFA-e i UEFA-e; e) podnositi sve sporove nacionalnih razmjera, koji su nastali iz ili u vezi s primjenom Statuta ili pravilnika HNS-a, u posljednjoj instanci samo neovisnom i nepristranom arbitražnom sudu, koji će riješiti sve sporove, isključujući svaki redovni sud, osim ako je to izričito zabranjeno važećim zakonodavstvom u Republici Hrvatskoj. Savez će osiguravati da se ove obveze priznaju i prihvaćaju.⁴⁸

47 Prema čl. 132. ZOR-a, rješavanje radnog spora ugovorne strane mogu sporazumno povjeriti arbitraži, odnosno mirenju. Dakle, i prema ovom Zakonu arbitraža je dopušteni način rješavanja radnopravnih sporova između trenera i nogometnih klubova.

48 Za rješavanje sportskih sporova i onih koji su u vezi sa sportom, za preispitivanje odluka sportskih udruga protiv kojih su iscrpljena, ili ne postoje druga sredstva pravne zaštite te, među ostalim, davanje pravnih mišljenja na zahtjev Vijeća ili članica HOO-a, Skupština Hrvatskog olimpijskog odbora (HOO) osnovala je dva (2) samostalna i nezavisna tijela pri HOO-u; Športsko arbitražno sudište (ŠAS) i Vijeće športske arbitraže (VŠA). Športsko arbitražno sudište (dalje: ŠAS) je nezavisno tijelo HOO-a za rješavanje sportskih sporova te sporova u vezi sa sportom. Nadležnost ŠAS-a može se ugovoriti za arbitražno rješavanje

Statut HNS-a nesporno utvrđuje obvezu pripadnika nogometnog sporta sve sporove rješavati pred Arbitražnim sudom HNS-a, s time da je u Statutu HNS-a izričito navedeno da svi pripadnici nogometnog sporta ujedno priznaju i nadležnost Arbitražnog suda za sport u Lausanni (Švicarska), kao što je to propisano i odredbama Statuta FIFA-e i UEFA-e. Dakle, iz toga se jasno zaključuje kako ugovor o profesionalnom treniranju sklopljen između trenera i kluba mora sadržavati tzv. „arbitražnu klauzulu“ o nadležnosti Arbitražnog suda HNS-a,⁴⁹ a što znači, kod postojanja takve klauzule, da bi zahtjev stranaka, u slučaju da se obrate npr. redovitom sudu ili Športskom arbitražnom sudištu HOO-a, trebao biti odbačen jer se radi o predmetu za koja ta tijela nisu nadležna. Međutim, ako se radi o sporova s međunarodnim elementom, tada se oni mogu tješavati i pred Komisijom za status igrača FIFA-e, o čemu će biti govora u narednom dijelu rada.

4.2. Komisija za status igrača FIFA-e

Daljnje pitanje je: kada će se nezadovoljna strana obratiti za pravnu pomoć Arbitražnom sudu HNS-a, a kada pravosudnim tijelima FIFA-e – Komisiji za status igrača FIFA-e? Zbog toga je od izuzetne važnosti poznavanje postupovnih (*procesnih*) pravila koja u konačnici predstavljaju jamstvo pravne sigurnosti. To znači da u slučaju spora između, npr. trenera i kluba koji mu je jednostrano raskinuo ugovor i time ostao dužan za npr. neisplaćene plaće do kraja ugovorenog isteka ugovora, trener hrvatski državljanin morat će pravnu pomoć najprije potražiti isključivo pred Arbitražnim sudom HNS-a. Ako je nezadovoljan odlukom domaćeg arbitražnog suda, prema Zakonu o arbitraži, može protiv te odluke podnijeti tužbu za poništaj u skladu s odredbama tog Zakona.⁵⁰

sporova između športaša, fizičkih i pravnih osoba koje obavljaju športsku djelatnost te športskih udruga o pravima kojima mogu slobodno raspolagati, ako zakonom nije određeno da za odlučivanje u određenoj vrsti tih sporova postoji isključiva stvarna ili međunarodna nadležnost redovnog suda u Republici Hrvatskoj. Odluka ŠAS-a je pravorijek koji se donosi u pismenom obliku. Pravorijek je pravomoćan, konačan i obvezuje stranke. Stranke se obvezuju da će pravorijek izvršiti bez odlaganja. Pravorijek u pravilu sadrži i obrazloženje. Zaključci i pravorijeci ŠAS-a ne mogu se pobijati redovnim pravnim lijekom ni pred arbitražom višeg stupnja ni pred redovitim sudom. Vijeće Športske arbitraže (u daljnjem tekstu: VŠA) nezavisno je tijelo HOO-a za izvanredno preispitivanje odluka športskih udruga protiv kojih su iscrpljena, ili ne postoje, druga sredstva pravne zaštite, a radi se o sporu ili pitanju bitnih za izvršavanje zadaća HOO-a, utvrđenih u Zakonu o sportu. Ako utvrdi da je zahtjev za izvanredno preispitivanje osnovan, VŠA ga može djelomično ili u cijelosti usvojiti. Ako VŠA usvoji zahtjev, on će djelomično ili u cijelosti ukinuti preispitivanu odluku. VŠA može i preinačiti preispitivanu odluku, ali samo u pogledu izrečene kazne ili druge mjere. Prijepis rješenja dostavit će se podnositelju i športskoj udruzi. Športska udruga obvezna je izvršiti rješenje VŠA. Ako postupak zbog čega je donesena odluka koja je djelomično ili u cijelosti ukinuta bude ponovljen, športska udruga dužna je voditi računa o utvrđenjima iz rješenja VŠA.

49 Ako ugovor o profesionalnom treniranju zaključen između trenera i kluba ne bi sadržavao tzv. „arbitražnu klauzulu“ tada se on ne bi mogao ovjereti pred nadležnim tijelima HNS-a, a što je preduvjet za njegovu primjenu.

50 Čl. 36. st. 2. Zakona o arbitraži.

Međutim, ako npr. trener nije hrvatski državljanin i ima spor s klubom pravnu pomoć može potražiti putem zahtjeva kod Komisije za status igrača FIFA-e budući da *može* (dakle, i ne mora) sumnjati u nepristranost hrvatskih sudova. Naime, FIFA Pravilnikom o statusu i transferima igrača iz 2012.⁵¹ u nadležnost FIFA-e se stavlja sporove vezane **uz radni odnos** između kluba ili saveza i **trenera** koji imaju međunarodne razmjere, osim ako na nacionalnoj razini postoji neovisan arbitražni sud koji jamči pravedno postupanje (čl. 22. c.). Komisija za status igrača donosi odluke putem suca pojedinca ili najmanje tri člana u složenijim slučajevima sukladno Pravilniku o postupcima Komisije za status igrača i Komore za rješavanje sporova iz 2012.⁵² Protiv odluka može se izjaviti žalba Arbitražnom sudu za sport (CAS), u roku od 21 dana od dana primitka obavijesti o odluci.⁵³ Dakle u slučaju spora trener-klub, odnosno klub-trener koji u sebi ima **međunarodni element** postoji mogućnost obraćanja najprije Komisiji za status igrača a tek onda ulaganja žalbe CAS-u koji će konačno riješiti nastali spor. Ako ne postoji sumnja u njegovu nepristranost, spor može riješiti Arbitražni sud HNS-a nakon čega nezadovoljna strana može uložiti žalbu Arbitražnom sudu za sport u Lausanni, što znači da je nadležnost Komisije za status igrača u Zurichu isključena.

4.3. Arbitražni sud za sport u Lausanne (Švicarska) kao vrhovni sud svjetskog sporta

Što je CAS? CAS je institucija neovisna o svim sportskim organizacijama, kojima nudi usluge posredništva pri postizanju nagodbi u sporovima vezanim uz sport, po postupku i pravilima koji su prilagođeni specifičnostima sportskoga svijeta.⁵⁴ Drugim riječima, CAS je vrhovni sud svjetskog sporta utemeljen 1984.⁵⁵ na načelima nezavisnosti i nepristranosti, a nalazi se pod administrativnom i financijskom kapom Međunarodnog vijeća za sportsku arbitražu (engl. *The International Council of Arbitration for Sport - ICAS*).⁵⁶ Ima blizu 300 arbitara iz 87 zemalja, koji su izabrani zbog specijalističkih znanja o arbitraži i o sportskom

51 V. HNS, <http://www.hns-cff.hr/file/document/file/659-2012%20FIFA%20Pravilnik%20o%20statusu%20i%20transferima%20igraca.pdf> (posjet 15. lipnja 2013.).

52 V. HNS, <http://www.hns-cff.hr/file/document/file/662-2012%20FIFA%20Pravilnik%20o%20postupcima%20Komisije%20za%20status%20igra%C4%8Da%20i%20Komore%20za%20rje%C5%A1avanje%20sporova.pdf> (posjet 15. lipnja 2013.).

53 Čl. 67. st. 1. Statuta, Pravilnika o primjeni statuta i Stalne odredbe Kongresa FIFA-e – vidjeti o tome <http://www.hns-cff.hr/file/document/file/816-2012%20FIFA%20Statut.pdf>. (posjet 1. lipnja 2013.).

54 *Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes*, na snazi je od 1. ožujka 2013. (dalje: CASCode).

55 Pokretač je bio Juan Antonio SAMARANCH, predsjednik Međunarodnog olimpijskog odbora (1980.-2001.) koji je imao ideju stvaranja specifičnog sportskog pravosuđa. U literaturi se može pronaći njegova često citirana izjava da CAS predstavlja „*supreme court of world sport*“.

56 Žalba na spor do kojeg dolazi zbog ili u svezi s olimpijskim igrama isključivo se podnosi CAS-u sukladno Kodeksu sportske arbitraže (čl. 72. Statuta HOO-a).

zakonodavstvu. Sjedište mu je u Lausanne (Švicarska), urede ima u Sydneyu i u New Yorku, a službeni jezici su engleski i francuski. Arbitri CAS-a svake godine zaprime oko 200 predmeta. CAS-u mogu biti dostavljeni svi slučajevi izravno ili neizravno vezani uz sport. To, primjerice, mogu biti sporovi komercijalne naravi, poput sponzorskih ugovora, ili nezadovoljstvo disciplinskim odlukama sportskih organizacija. CAS-u se može obratiti svaki pojedinac i pravni subjekt, uključujući sportaše, **treinere**, klubove, sportske saveze, organizatore sportskih priredbi, sponzore, televizijske kuće i sl. Da bi CAS prihvatio predmet, s tim se moraju složiti obje strane u sporu.⁵⁷ Mogućnost ovakvog rješavanja sporova trebala bi biti navedena u statutima organizacija, odnosno u ugovorima umiješanih strana (stranke mogu unaprijed imati dogovor o arbitraži, ali to mogu dogovoriti i po izbijanju spora).⁵⁸ Za sporove proizišle iz ugovornih odnosa ili delikata, primjenjuje se uobičajeni arbitražni postupak (engl. *Ordinary Arbitration Procedure*) ili posredovanje (engl. *Conciliation/Mediation System*)⁵⁹, a za sporove izazvane odlukama unutarnjih tijela sportskih organizacija, primjenjuje se prizivni arbitražni postupak (engl. *Appeal Arbitration Procedure*). Postoji kao četvrta – savjetodavni postupak (engl. *Consultation Proceeding*) koji nekim organizacijama omogućava traženje savjetodavnog mišljenja od CAS-a, iako službeno nisu u sporu, o bilo kom pitanju vezanom uz praksu i razvoj sporta, ili aktivnosti vezane uz sport. To savjetodavno mišljenje ne sadrži presudu i nije obvezatno. Svi su postupci u načelu povjerljivi⁶⁰, CAS javno ne objavljuje sve svoje odluke, a stranke se obvezuju na šutnju (osim ako ne odluče suprotno sve strane u sporu ili predsjednik Odjela).

57 Članak R47 CASCode uređuje nadležnost (jurisdikciju) glasi: *An appeal against the decision of a federation, association or sports-related body may be filed with CAS if the statutes or regulations of the said body so provide or if the parties have concluded a specific arbitration agreement and if the Appellant has exhausted the legal remedies available to him prior to the appeal, in accordance with the statutes or regulations of that body. An appeal may be filed with CAS against an award rendered by CAS acting as a first instance tribunal if such appeal has been expressly provided by the rules of the federation or sports-body concerned..* V. Court of Arbitration for Sport, [http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/4962/5048/0/Code20201320corrections20finales20\(en\).pdf](http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/4962/5048/0/Code20201320corrections20finales20(en).pdf) (posjet 1. lipnja 2013.).

58 Čl. R27 CASCode odnosi se na primjenu procesnih pravila i glasi: *These Procedural Rules apply whenever the parties have agreed to refer a sports-related dispute to CAS. Such reference may arise out of an arbitration clause contained in a contract or regulations or by reason of a later arbitration agreement (ordinary arbitration proceedings) or may involve an appeal against a decision rendered by a federation, association or sports-related body where the statutes or regulations of such bodies, or a specific agreement provide for an appeal to CAS (appeal arbitration proceedings). Such disputes may involve matters of principle relating to sport or matters of pecuniary or other interests relating to the practice or the development of sport and may include, more generally, any activity or matter related or connected to sport.*

59 O medijaciji kao načinu rješavanja spora v. Srđan, ŠIMAC, Mirenje i odvjetnici, u: Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području - Rješavanje trgovačkih i potrošačkih ugovora (ur. Vesna, TOMLJENović, Edita, ČULINOVIĆ HERC, Vlatka BUTORAC MALNAR, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009., str. 131.-167.

60 Povjerljivost je posebno naglašena u uobičajenim arbitražnim postupcima (čl. R43 Statuta).

Odluke CAS-a su **konačne i obvezujuće**, a revizijski postupak moguć je samo u iznimnim slučajevima pred *Federal Supreme Court of Switzerland*.⁶¹

Kad je iscrpila interne žalbene mogućnosti svoje sportske organizacije, zainteresirana strana može se obratiti CAS-u s obrazloženim zahtjevom za arbitražu.⁶² Strane se na sudskom saslušanju mogu pojaviti same, a može ih zastupati ili pomagati osoba po izboru, koja ne mora biti odvjetnik. Uobičajeni arbitražni postupak povlači plaćanje relativno skromnih troškova i honorara arbitrima, izračunatih na temelju fiksnog cjenika, a prizivni postupak je besplatan i plaća se samo sudska naknada od 500 CHF-a. Uobičajeni arbitražni postupak traje između 6 i 12 mjeseci. U prizivnom postupku presuda mora biti donesena najkasnije za 4 mjeseca od podnošenja zahtjeva. U hitnim slučajevima i na poseban zahtjev, CAS može donositi odluke u iznimno kratkom roku. Odluka može biti donesena na dan saslušanja, ali se obično čeka nekoliko tjedana.⁶³

4.4. Sporovi pred CAS-om

Poznato je da su sportaši svoja prava višestruko tražili pred Europskim sudom pravde u Luksemburgu (engl. *Court of Justice of the European Union*) te Europskim sudom za ljudska prava (engl. *European Court of Human Rights*) u Strasbourgu. S druge strane, postoji uistinu vrlo malen broj sudskih odluka u svezi s pravima i obvezama trenera.⁶⁴ Jednako tako, i u praksi CAS-a teško je pronaći odluke koje se tiču isključivo trenera jer su u tridesetak godina rada ovog suda bile rijetke. Iz bogate prakse CAS-a izdvojit će se tri (3) predmeta koja se tiču trenera i koja će se detaljnije obrazložiti.

61 V. Rachele, DOWNIE, Improving the performance of Sport's ultimate umpire: Reforming the governance of the Court of Arbitration for Sport, *Melbourne Journal of International Law*, [Vol 12, 2011].

62 V. Jozo, ČIZMIĆ, Hrvoje, MOMČINOVIĆ, Športsko arbitražno sudište HOO – organizacijske i postupovne odredbe, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 48, 4/2011., str. 759.-773.

63 CAS je pronašao svoje mjesto i u novom Sporazumu iz 2012. (čl. 12.).

64 Predmet pred Europskim sudom u Luksemburgu: C-222/86 Unectef v. Heyssel, ECR [1987] 4097, ticao se prava na rad Georgesa Heylensa, nogometnog trenera s belgijskim državljanstvom u Francuskoj, bez francuske diplome u klubu Lille Olympic Sporting Club. Sud u predmetu analizira pravo na zaposlenje državljanina države članice u drugoj državi članici i ostvarenje slobode kretanja radnika. Sud je izričito naglasio kako je **pravo na djelotvornu sudsku zaštitu** protiv bilo koje odluke nacionalnog tijela koja onemogućava izvršenje tog prava, opće načelo prava Zajednice. To proizlazi iz ustavnih tradicija država članica i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950.

4.4.1. *Predmet A. (CAS 2008/A/1602) od 20.2.2009.*⁶⁵

U ovom predmetu CAS se u bitnom ponovno pozvao na stroga pravila oko svoje jurisdikcije navodeći da je nužno da se sve strane u sporu moraju izričito složiti s podnošenjem spora CAS arbitraži, odnosno da takva mogućnost postoji kada statuti ili pravilnici sportskih tijela koja su donijela odluke predviđaju mogućnost tužbe CAS-u. Nema nadležnosti CAS-a kada odluka sportskog tijela samo navodi da nema disciplinskih sankcija za tužitelja zbog njegovog podnošenja žalbe CAS-u, a bez arbitražne klauzule (čl. R47. CASCode). Osim toga, nema međunarodne dimenzije u sporu između turskog trenera i turskog kluba. Zbog toga se ne primjenjuje pravilo TFF prema kojem „Žalitelj protiv odluka Arbitražnog Vijeća u sporu sportaša, tehničkih direktora i trenera nastalih izvan ugovora a koji uključuju međunarodnu dimenziju mogu biti podnešena Arbitražnom sudu za sport.“

4.4.2. *Predmet Rayo Vallecano de Madrid SAD (CAS 2006/A/1008) od 21.08.2006.*

Nogometni klub Rayo Vallecano de Madrid SAD (dalje: Klub) izazvao je spor pred CAS-om protiv odluke koju je izdala FIFA-ina disciplinska komisija 31. listopada 2005., prema kojoj je kažnjen u iznosu od 25.000 švicarskih franaka zbog kašnjenja u plaćanju brazilskom klubu. Odluka Disciplinske komisije donesena je na temelju čl. 68. Disciplinskog pravilnika⁶⁶ kojom se sankcionira „*anyone who fails to pay another person (such as a player, a coach or a club) a sum of money in*

65 Spor pred CAS-om izazvao je tehnički direktor turskog nogometnog kluba Caykur Rizespor Kulubu Denegri inače turski državljanin. On je samoinicijativno raskinuo jednogodišnji ugovor zbog okolnosti za koje misli da su predstavljale ograničenje ili ukidanje njegovih kompetencija i autoriteta. Izvršni odbor TFF-a smatra da je jednostrani raskid ugovora bio nezakonit i predstavlja kršenje ugovornih obveza i zbog toga tehnički direktor mora vratiti Klubu iznos od 30.666,67 američkih dolara te iznos od 50.000 YTL u ime naknade štete. Nakon toga TFF Arbitražni sud je zaključio da je raskid ugovora bio nezakonit

66 Aktualni FIFA Disciplinski kodeks (izdanje iz 2011.) određuje pravila u svezi s nepoštivanjem odluka. Naime, svatko tko, u cijelosti ili djelomično, drugoj osobi (kao što je igrač, trener ili klub), ili FIFA-i, propusti platiti novčani iznos, iako ju je na to uputilo tijelo, komisija ili istanca FIFA-e ili naknadna odluka CAS-a po žalbi (financijska odluka), ili svatko tko ne poštuje druge odluke (nefinancijske odluke) tijela, komisije ili instance FIFA-e ili CAS-a (naknadna odluka o žalbi): a) bit će novčano kažnjen iznosom od najmanje 5.000 švicarskih franaka zbog nepoštivanja odluke; b) pravosudna tijela FIFA-e će mu dati konačni rok u kojem je obvezna uplatiti dugovani iznos ili ispoštivati (nefinancijske) odluke; c) (samo za klubove): bit će opomenut i obaviješten da će im u slučaju nepoštivanja odluke u utvrđenom vremenskom razdoblju, biti oduzeti ili će biti naredeno spuštanje u nižu ligu, a može se izreći i zabrana transfera. Ako klub zanemari konačni rok, od relevantnog saveza će se zahtijevati da provede kazne kojima mu je prijetilo. Ako se oduzimaju bodovi, oni će biti proporcionalni dugovanom iznosu. Protiv fizičkih osoba može se također izreći zabrana obavljanja bilo kakvih aktivnosti u nogometu. **Svaka žalba protiv odluke Disciplinske komisije FIFA-e donesene sukladno ovom članku izravno se podnosi CAS-u (čl. 126. st. 2. Disciplinskog kodeksa FIFA-e).**

*full, even though instructed to do so by a body of FIFA*⁶⁷. Disciplinska komisija je zapravo potvrdila da je Klub propustio postupiti prema odluci koju je izdao *FIFA Players Status Committee* od 15. veljače 2005. po kojoj mu je naloženo platiti nogometnom klubu *Asociacione Deportiva Sao Caetano of Brazil* novčani iznos. S tim u svezi CAS zaključuje da financijske poteškoće i sportska situacija ne mogu biti opravdan razlog za propuštanje plaćanja drugim subjektima.

Nadležnost CAS-a u ovom predmetu izvodi se iz čl. 59 ff. FIFA-ina Statuta i čl. R47. Coda.

4.4.3. Predmet N. (CAS 2009/A/1974) od 16.07.2010.

Ovaj predmet je višestruko zanimljiv. U svojoj odluci CAS, *inter alia*, naglašava da poslodavac nije ovlašten izvršavati disciplinski nadzor, posebno ne izricati novčane kazne prema osobi koja više nije njegov **radnik** zbog jednostranog raskida ugovora od strane poslodavca. Takva situacija mogla bi biti drugačija ako su se ugovorne strane izričito suglasile da ih određeni uvjeti iz ugovora obavezuju u određenom razdoblju nakon prestanka ugovornih odnosa, u slučaju s „*non-disclose*“ (tajnost ugovornih odredbi) ili „*non-competition*“ (ugovorna zabrana natjecanja) klauzulama. I u takvim slučajevima poslodavac može jedino imati potraživanje prema bivšem radniku ali nikako dokazivati disciplinski autoritet nad njim. Tako je CAS odlučio u sporu tužitelja N. (talijanski profesionalni nogometni trener) protiv *S.C.F.C. Universitatea Craiova & Romanian Football Federation (RFF)*, odnosno usvojio tužbeni zahtjev **nogometnog trenera** protiv odluke *Romanian Professional Football Appeal Commission* kojom je potvrđena odluka *S.C.F.C. Universitatea Craiova* o kažnjavanju trenera s iznosom od 18.000,00 EUR-a zbog davanja navodnog intervjua u tamošnjim lokalnim novinama a nakon što mu je klub otkazao ugovor.

Ovaj je predmet zanimljiv i stoga jer je trener tražio da CAS odluči i u odnosu na neisplaćene plaće, bonuse te naknade štete a čemu se strogo suprotstavio nogometni klub izjavom da takvi zahtjevi trenera nisu bili u prethodnom postupku pred rumunjskim tijelima. CAS je uvažio prigovore kluba te odbio u tom dijelu zahtjev trenera pozivajući se na svoju odluku u predmetu CAS 2007/A/1426 kada je odlučio da pomoćni (*supsidijarni*) zahtjev tužitelja ne može biti predmet odlučivanja jer se o njemu nije prethodno odlučivalo pred talijanskim sportskim tijelima.⁶⁷

67 “...As the subsidiary motion of the Appellant was neither object of the proceeding before the Italian sport authorities, not in any way dealt with in the Appealed Decision, the Panel does not consider itself to have the power to decide on it.”

5. NAGRADE ZA SPORTSKA OSTVARENJA TRENERA

Trener i osobe koje obavljaju poslove trenera imaju pravo na nagradu za sportska ostvarenja (st. 5. čl. 9. ZS). Pojam nagrada treba tumačiti dosta široko (*ekstenzivno*) budući da nagrade mogu biti u različitim pojavnim oblicima: 1) novčane; 2.) nenovčane; 3) ugovorne; 4) izvanugovorne; 5) zakonske; 6.) statutarne itd. Nagrade su po nama i naknade koje daje Republika Hrvatska temeljem velikih sportskih postignuća u prošlosti sportašima („trajne novčane naknade“).

Nenovčane nagrade se mogu odrediti kao vidljiva priznanja klubova, saveza, jedinica lokalne uprave i samouprave te konačno države putem plaketa, zahvalnica, odlikovanja, priznanja, poštanskih markica i dr. Drugim riječima, nenovčane nagrade su znaci zahvalnosti za jednokratne uspjehe ili životna djela sportskim djelatnicima. U Republici Hrvatskoj nije, na žalost dovoljno razvijen kult nenovčanih nagrada kao u Velikoj Britaniji, Italiji, Grčkoj i drugim državama gdje *javna priznanja* znače određeni društveni status.⁶⁸ Državna nagrada za sport „Franjo Bučar“ najviše je priznanje koje Republika Hrvatska dodjeljuje za iznimna postignuća i doprinos od osobitnog značanje za razvoj sporta u Republici Hrvatskoj (čl. 79. ZS-u). Dodjeljuje se stručnim i javnim djelatnicima u području sporta, sportašima, pravnim i fizičkim osobama koje obavljaju sportsku djelatnost te drugim pravnim i fizičkim osobama zaslužnim za razvoj sporta. Ova državna nagrada je u obliku medalje s likom Franje Bučara, posebne diplome i novčane nagrade, a dodjeljuje se kao godišnja nagrada (pojedincima te sportskim udrugama – skupinama) i nagrada za životno djelo.⁶⁹

Vezano za novčane nagrade za vrhunska sportska postignuća one su poželjniji načini zahvalnosti naše najšire društvene zajednice (svih poreznih obveznika) i u Zakonu u sportu određuju se kao: 1.) jednokratne nagrade za vrhunska sportska postignuća (čl. 82.) i 2.) trajne novčane naknade temeljem vrhunskih sportskih postignuća (čl. 81. a).⁷⁰ Iznosi jednokratnih nagrada za vrhunska sportska postignuća riješeni su putem Uredbe o kriterijima za dodjeljivanje državnih nagrada za vrhunska sportska postignuća.⁷¹ Državne nagrade obvezno se dodjeljuju: a) osvajačima medalja na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama i olimpijskim igrama gluhih te b) osvajačima medalja na svjetskim i europskim seniorskim prvenstvima u olimpijskim i paraolimpijskim sportovima i disciplinama te u olimpijskim sportovima i disciplinama za gluhe. S tim u svezi određen je i krug osoba kojima se dodjeljuju: a) sportašima, b) sportskim ekipama, c) trenerima i d) djelatnim stručnim sportskim osobama. Uvođenjem **jednakih** novčanih iznosa nagrada sportašima, trenerima i djelatnim stručnim sportskim osobama za osvojene medalje na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama i olimpijskim igrama

68 O tome opširnije v. Ante, VUKOVIĆ, Sportska prava o kojima se manje govori, Informator, Zagreb, br. 6119 od 27. 10. 2012., str. 10.-11.

69 Istaknimo Mirka NOVOSELA, Miroslava Čiru BLAŽEVIĆA i Ratka RUDIĆA.

70 V. Ante, VUKOVIĆ, Zašto Zakon o sportu treba mijenjati, Informator, Zagreb, br. 6070 od 9. 5. 2012., str. 8.-10.

71 Narodne novine, br. 3/2010.

gluhih predstavlja zapravo *evoluciju* sporta kao timskog rada vrhunskog sportaša, vrhunskog trenera i vrhunske stručne sportske osobe.⁷²

Novela Zakona o sportu iz 2011. uvela je u naše sportsko pravo jedan potpuno novi institut – „trajne novčane naknade“. Pravo na državnu doživotnu „trajnu novčanu naknadu“ polažu isključivo sportaši dok treneri na nju nemaju pravo (čl. 81.a ZS). Posljednja novela Zakona o sportu iz 2013. drugačije je uredila pojam trajne novčane naknade (povoljnije za sportaše). Temeljem čl. 81. a. st. 11. ZS-u donesena je Uredba o dodjeljivanju trajnih novčanih naknada osvajačima medalja na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama, olimpijskim igrama gluhih i svjetskim seniorskim prvenstvima u olimpijskim sportovima i disciplinama.⁷³ Tako je konačno provedena u djelo ideja o „olimpijskoj renti“ ili „sportskoj mirovini“ kako se kolokvijalno zovu „trajna novčana naknada“.⁷⁴

Ugovorne i izvanugovorne nagrade daju se trenerima za postignute rezultate na sportskim natjecanjima. Ugovorna nagrada treneru označava se u pravilu kao „bonus“ i predstavlja dodatak ugovora između trenera i sportske organizacije. Ona je zapravo dodatan poticaj treneru ali i dodatna obveza za drugu ugovornu stranu i u pravilu znači njegov ostanak na mjestu trenera u sljedećem ciklusu natjecanja. Izvanugovorna nagrada nije stavka ugovora i stvar je dobre volje davatelja ako mu nije zakonom određena obveza davanja.

6. ZAŠTO VRHUNSKI TRENERI NE PRIMAJU OLIMPIJSKE MEDALJE?

Cilj svakog sportaša je sudjelovati na olimpijskim igrama, a jednake ambicije ima i njegov trener. Samo sudjelovanje ipak nije i krajnji cilj. Krajnji cilj je pobijediti ili se barem popeti na pobjedničko postolje na kojem se dijele medalje. Najbolji sportaši će dobiti ili zlatnu ili srebrnu ili brončanu medalju dok treneri neće dobiti medalju, iako su značajno sudjelovali u uspjehu sportaša. Dakle, pitanje je: Zašto treneri ne primaju olimpijske medalje? Radi li se o dugogodišnjoj tradiciji olimpijskih igara? Odgovor smo dobili iz sjedišta Međunarodnog olimpijskog odbora u Lausannei 13. svibnja 2013: „*Please note that the Olympic Games are competitions between athletes (see the Olympic Charter in force, Rule number 6)*

72 Za osvojenu zlatnu medalju na Olimpijskim igrama u Londonu 2012. u pojediničnim sportovima sportaš, trener i djelatna stručna sportska osoba dobile su iz državnog proračuna jednak iznos od 104.000,00 kuna neto dok za isto postignuće u ekipnim sportovima sportaš član ekipe, trener, izbornik te djelatna stručna sportska osoba su dobili su 85.000,00 kuna neto.

73 Narodne novine, br. 113/13.

74 V. Ante, VUKOVIĆ, Državne nagrade i trajne novčane naknade („sportske mirovine“) za vrhunska sportska postignuća u Republici Hrvatskoj, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, br. 4 (106), Split, 2012., str. 863.-882. Autori se slažu sa zakonskim rješenjima u odnosu na jednokratne novčane nagrade dok se protive „trajnim novčanim naknadama“ jer ne predstavljaju europski, a niti svjetski standard. Smatramo da je važnije riješiti, npr. problematiku trenera nego se baviti pasivnim vrhunskim sportašima.

that is the reason why coaches are not awarded with medals".⁷⁵ Dakle, Olimpijske igre su prema čl. 6. Olimpijske povelje⁷⁶ natjecanje isključivo između sportaša i to je razlog zašto se treneri ne nagrađuju s medaljama. Članak 6. Olimpijske povelje glasi: "Olimpijske igre su natjecanja između sportaša u pojedinačnim i ekipnim disciplinama, a ne između zemalja. Igre okupljaju sportaše koje su izabrali njihovi NOO-i, čije je prijave prihvatio MOO i koji se natječu uz stručno vodstvo međunarodnih saveza."⁷⁷ Značaj olimpijske medalje dokazuje i jedan detalj s Olimpijskih igara u Pekingu (2008), a tiče se trenera.⁷⁸

Ipak, ovo vrlo strogo pravilo sigurno se neće mijenjati u budućnosti jer se nalazi u samim temeljima olimpijskog pokreta

7. ZAKLJUČAK

Pravni položaj trenera u hrvatskom Zakonu o sportu riješen je krajnje nedostatno. Stoga se na temelju provedenih istraživanja ove vrlo važne problematike za naš sport predlaže *de lege ferenda*: 1.) izmjena i dopuna čl. 9. ZS-u tako da se institut trener odredi na sljedeći način: „Trener je osoba koja priprema sportaša i vodi ga na natjecanjima te posjeduje valjanu licencu za rad od odgovarajućeg nacionalnog saveza“; 2.) potrebno je, po uzoru na sportaša iz čl. 6. ZS-u odrediti kategorizaciju trenera na vrhunske, vrsne i dr. pri čemu bi se vrhunski treneri trebali definirati kao fizičke osobe koje zajedno sa sportašem ostvaruje *relevantne* (vrhunske) rezultate (medalje) na olimpijskim igrama, paraolimpijskim igrama, olimpijskim igrama gluhih te svjetskim i europskim seniorskim prvenstvima; 3.) skrbi o vrhunskim

75 V. IOC, http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf>currently (posjet 20. svibnja 2013.).

76 Olimpijska je povelja kodifikacija temeljnih načela olimpizma, pravila i dopunskih propisa koje je usvojio Međunarodni olimpijski odbor (MOO). On upravlja organizacijom, djelovanjem i radom olimpijskog pokreta i utvrđuje uvjete za proslavu olimpijskih igara. Olimpijska povelja ima tri glavne svrhe: kao osnovni instrument konstitucijske prirode, izlaže i podsjeća na temeljna načela i bitne vrijednosti olimpizma; služi kao statut Međunarodnog olimpijskog odbora; svrhe: kao osnovni instrument konstitucijske prirode, izlaže i podsjeća na temeljna načela i bitne vrijednosti olimpizma; služi kao statut Međunarodnog olimpijskog odbora; definira glavna recipročna prava i obveze triju glavnih sastavnih dijelova olimpijskog pokreta, tj. Međunarodnog olimpijskog odbora, međunarodnih saveza i nacionalnih olimpijskih odbora kao i organizacijskih odbora olimpijskih igara, koji se moraju pridržavati Olimpijske povelje.

77 *The Olympic Games are competitions between athletes in individual or team events and not between countries. They bring together the athletes selected by their respective NOCs, whose entries have been accepted by the IOC. They compete under the technical direction of the IFs concerned.*

78 Naime, američki košarkaški trener *Mike Krzyzewski* poželio se za uspomenu slikati s zlatnom medaljom osvojenom protiv Španjolaca. Igrači su mu ispunili želju i objesili su mu svih 12 medalja oko vrata. To je bio istovremeno i znak njihove zahvalnosti prema njemu jer ih doveo do zlatne olimpijske medalje bez koje su ostali četiri godine ranije u Ateni. V. <http://www.chacha.com/question/why-don't-olympic-coaches-get-medals#sthash.jtU3kOSx.dpuf> (posjet 20. svibnja 2013.)

trenerima dati jednak značaj kao i skrbi o vrhunskim sportašima (*javne potrebe* na državnoj razini iz čl. 75. ZS-u umjesto *javne potrebe* na razini jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i Grada Zagreba iz čl. 76. ZS-u) jer treneri predstavljaju osnovni stručni kadar u sportu; te 4.) urediti i odrediti institut *izbornik* budući da je nejasno je li on trener kako ga označavaju npr. Pravila HOO-a ili nije trener kako proizlazi iz Uredbe o kriterijima za dodjeljivanje državnih nagrada za vrhunska sportska postignuća Vlade Republike Hrvatske (v. *supra*). Nadalje, u hrvatskom sportu postoji šarenilo ugovora između trenera s jedne te klubova s druge strane (ugovori o treniranju, ugovori o profesionalnom treniranju, ugovori o djelu, ugovori o radu i ugovori o nalogu). Sa stajališta trenera najbolja pravna zaštita je ugovor o radu, a na što upućuje i Sporazum iz Bruxellesa od 19. travnja 2012. za nogometaše. U doktrini radnog prava ovakav odnos radnik-poslodavac naziva se *subordinirani rad* u kojem je radnik podvrgnut nalogu, uputama i nadzoru poslodavca u organizaciji i obavljanju rada te zauzvrat dobiva naknadu za rad.

U slučaju bilo kakvog spora na relaciji trener-klub, odnosno klub-trener, *arbitraža* je zbog svojih komparativnih prednosti (brzina i učinkovitost) u odnosu na „klasičan“ državni sud pronašla posebno mjesto u sportu i predstavlja dominantan, katkad i isključiv način rješavanja učestalih sporova u hrvatskom i međunarodnom sportu. U hrvatskom sportu postoji Športsko arbitražno sudište HOO-a kao sportsko sudište „opće nadležnosti“, dok je npr. Arbitražni sud HNS-a isključivo nadležan sud za nogomet. Na međunarodnoj razini CAS iz Lausanne je, prema zamislima Samarancha iz 1983. godine „vrhovni sud svjetskog sporta“ koji donosi konačne i obvezujuće odluke. Za nadležnost hrvatske i međunarodne arbitraže nužno je da spor bude *arbitrabilan* te da između strana u sporu postoji, tzv. „arbitražna klauzula“.

Konačno, za vrhunska sportska postignuća treneri u RH, zajedno sa sportašima dobivaju jednokratne državne nagrade u novcu dok ne mogu poput vrhunskih sportaša polagati pravo na trajnu novčanu naknadu odnosno, tzv. „olimpijsku rentu“ koja je u naše zakonodavstvo unesena 2011. godine kao *relikt* prošlosti i pravo koje danas poznaju samo neke bivše socijalističke zemlje što se s pravom može problematizirati u znanosti i struci kao fenomen *sui generis*. No, nikakve rasprave nema oko pravila iz čl. 6. Olimpijske povelje prema kojem su „Olimpijske igre natjecanja između sportaša u pojedinačnim i ekipnim disciplinama, a ne između zemalja“. Sukladno tomu, olimpijske medalje su nagrade *ekskluzivno* namjenjene sportašima i sportašicama.

Summary

LEGAL STATUS OF TOP COACH IN CROATIAN'S SPORT LAW

Final aim in competitive (selective) sport is winning medals in the global biggest competitions (olympic and paraolympic games, deaflympics and world and european championships). In realisation of that goal with athlete himself there are also trainers and other professional staff (teamwork). However, for athlete trainer is on the first place since he is programming and pursuing his training and furthermore leading him on contests. Therefore it could be said with confidence that there are no top results of athlete in amateur and professional sports in which with big part, even crucial role top trainers are not participating. Our legislator, unfortunately is not recognizing concept of top coach while just aridly determine coach (art. 9. Sport law). In next novel of sports legislator observed deficiencies should be changed and updated with more quality regulations.

Key words: *top coach, Sport law, contracts.*

Zusammenfassung

RECHTLICHE POSITION DES SPITZENTRAINERS IM KROATISCHEN SPORTRECHT

Im Wettkampfsport (im selektiven Sport) ist das Endziel, die Medaillen an den größten globalen Wettbewerben (die Olympischen und Paralympischen Spiele, die Olympischen Spiele der Tauben sowie Welt- und Europameisterschaften) zu gewinnen. An die Erreichung dieses Ziels nehmen, außer dem Sportler selbst, auch die Trainer sowie andere Fachpersonen teil (Teamarbeit). Dem Sportler ist aber der Trainer die wichtigste Person, da er das Programm und die Leitung der sportlichen Vorbereitung sowie die Leitung an Wettbewerben durchführt. Deshalb kann man sagen, dass es heutzutage keine Spitzenergebnisse von Sportlern im Amateur- oder im Berufssport gibt, an welchen die Spitzentrainer, sogar entscheidend, nicht teilnehmen. Unser Gesetzgeber kennt leider den Begriff des Spitzentrainers nicht, und er bestimmt das Sportrechtsinstitut des Trainers (Art. 9 des Sportgesetzes) nur trocken. Bei der nächsten Novelle der Sportgesetzgebung sollte man die genannten Nachteile ändern und sie durch qualitätsvolle Regelungen ergänzen.

Schlüsselwörter: *Spitzentrainer, Sportgesetz.*

Riassunto

LA POSIZIONE GIURIDICA DELL'ALLENATORE D'ECCELLENZA NEL DIRITTO SPORTIVO CROATO

Nello sport a livello agonistico il fine ultimo è la conquista di medaglie nelle competizioni globali più importanti (giochi olimpici e paraolimpici, giochi olimpici per non udenti e campionati mondiali ed europei). Nella realizzazione di tale fine a fianco allo sportivo che compete, ci sono altresì gli allenatori e altre figure di professionisti (lavoro di squadra). Ad ogni modo, per lo sportivo l'allenatore si trova al primo posto poiché programma e realizza la preparazione sportiva e lo accompagna nelle competizioni. Pertanto, a ragione si può dire che oggi giorno non esistono eccellenti risultati sportivi nello sport dilettantistico o agonistico che non siano dovuti in buona parte (se non dirittura decisiva) all'apporto di allenatori d'eccellenza. Il nostro legislatore purtroppo non conosce la nozione di allenatore d'eccellenza, anzi regola scarnamente la posizione giuridica dell'allenatore (art. 9 della legge sullo sport). Nella prossima riforma della legislazione sportiva occorrerebbe, pertanto, eliminare dette lacune, integrando la normativa con valide soluzioni.

Parole chiave: allenatore d'eccellenza, legge sullo sport, contratti.

TRGOVINA LJUDIMA U SVRHU RADNE EKSPLOATACIJE: STRUKTURA I DINAMIKA PRAVNOG OKVIRA U REPUBLICI SRBIJI

Dr. sc. Antonela Arhin
Centar za dijasporu i transnacionalne studije
Sveučilište u Torontu (University of Toronto)
Kanada

UDK: 348.431(497.11)
Ur.: 10. svibnja 2012.
Pr.: 2. rujna 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Većina akademika i eksperata problematiku trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije promatra kao fenomen vezan za postojanje iregularnih migracija i državnu bezbjednost, i kao takvog ga definiše i Protokol Ujedinjenih naroda za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, posebice ženama i decom, koji dopunjava Konvenciju Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta. Iako se na taj način marginalizuje sagledavanje pitanja trgovine ljudima s aspekta povrjede ljudskih prava i ljudske bezbednosti, ovaj Protokol je definisao sam pojam trgovine ljudima u okviru međunarodnog pravnog sistema i, iako uz niz kritika na račun njegove generalizacije i neadekvatne operacionalizacije, pokrenuta je borba protiv ovog krivičnog dela i unapređeno formulisanje strategija i obveza koje države imaju u vezi sa pružanjem podrške i pomoći žrtvama. Ovaj rad problematiku trgovine ljudima smešta u kontekst radne eksploatacije i fokusira se na analizu pravnog okvira koji se razvio u Republici Srbiji u posljednjih deset godina. Autor na kraju rada predstavlja novine u spektru međunarodnih i regionalnih pravnih instrumenata koje za cilj imaju da omoguće pravovremenu i efikasnu borbu protiv trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije.

Ključne riječi: trgovina ljudima, Konvencija UN-a protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta, Protokol UN-a za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, posebice ženama i decom, Srbija.

1. UVOD

Iako mnogi ropstvo smatraju delom prošlosti koje je zvanično ukinuto Aktom o aboliciji ropstva 1833. godine za koji su između ostalih bili zaslužni britanski parlamentarac William Wilberforce i grupa abolicionista, ono je još uvijek prisutno među nama i danas postoji u oblicima koji se razlikuju od ranijih. Nekadašnje klasično ropstvo je menjalo forme tokom vekova i u savremenoj terminologiji se najčešće povezuje sa eksploatacijom kroz trgovinu ljudima. Kroz svakodnevnu štampu, TV programe, izvešća i naučna istraživanja saznajemo da je ona prisutna na globalnom nivou i to u nesvakidašnjim razmjerama. Moderna trgovina ljudima predstavlja evoluciju ranijih oblika eksploatacije ljudi i, kao takva, ne pravi ni geografsku niti rasnu razliku. Postoji nekoliko kategorizacija trgovine ljudima i jedna od njih obuhvata sledeće oblike:¹

- 1) Trgovina ljudima u svrhu seksualne eksploatacije:
 - a) Oblici koji se odnose na komercijalnu seksualnu eksploataciju:
 - i) prostitucija
 - ii) striptiz
 - iii) masaža sa specijalnim završetkom
 - iv) pornografija
 - v) seks turizam
 - b) Oblici koji se odnose na nekomercijalnu seksualnu eksploataciju:
 - i) rani brak
 - ii) prinudni brak
 - iii) nevjeste iz kataloga
 - iv) brak u svrhu rađanja dece
- 2) Trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije se odnosi na rad u:
 - a) domaćinstvima
 - b) građevinarstvu
 - c) poljoprivredi
 - d) radionicama
 - e) industriji zabave
 - f) oružanim sukobima
 - g) uslužnoj industriji
- 3) Trgovina decom se odvija u sledećim oblicima:
 - a) prostitucija
 - b) pornografija
 - c) seks turizam

¹ Mattar, M., *Comprehensive Legal Approaches to Combating Trafficking in Persons: An International and Comparative Perspective*, Washington, D.C., The Protection Project at the Johns Hopkins University School of Advanced International Studies, 2006, str. 10-12.

- d) prinudni rad
- e) rad u domaćinstvu
- f) prosjačenje
- g) usvajanje
- h) trgovina organima
- i) distribucija droge
- j) oružani sukobi
- k) kriminalna dela

Većina akademika i stručnjaka danas pitanje trgovine ljudima posmatra kroz prizmu iregularnih ili ilegalnih migracija, s obzirom da se korijeni problema istih nalaze u veoma sličnim faktorima pritiska i privlačenja. Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta, zajedno sa tri dopunska protokola, trgovinu ljudima promatra upravo sa tog gledišta rizikujući da zaštita prava žrtava trgovine bude marginalizovana.² Ipak, ovi instrumenti, sa pravnog aspekta, predstavljaju veliki podrstreknje naporima koji se ulažu da bi se što bolje razumio ovaj fenomen, kao i pružila podrška žrtvama trgovine ljudima. Imajući u vidu da je problematika trgovine ljudima u svrhu seksualne eksploatacije do sada zauzimala vidno centralno mjesto u literaturi i naučnim istraživanjima, cilj ovog rada je da, nasuprot tom, analizira fenomen trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije i konkretnije na koji način Republika Srbija pristupa rešavanju ovog problema u okviru svog zakonodavstva i pravne strukture.

2. MEĐUNARODNI I REGIONALNI PRAVNI OKVIR BORBE PROTIV TRGOVINE LJUDIMA

Pravni okviri predstavljaju obvezu ili plan oko kojeg su se zemlje usaglasile radi borbe protiv određenog oblika kriminaliteta i mogu biti na međunarodnom, regionalnom i nacionalnom nivou. Međunarodni dogovor o potrebi za borbom protiv organizovanog kriminala je postignut u oktobru 2000. godine kada je, prema zaduženju Generalne skupštine Ujedinjenih naroda, međuvladin, ad hoc komitet razvio novi međunarodni režim u obliku Konvencije protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta.³ Do 3. marta 2008. godine, 147 država je ratifikovalo, a 140 potpisalo Konvenciju. Konvencija je dopunjena sa tri dodatna protokola, i to Protokolom protiv krijumčarenja migranata kopnenim, morskim i vazдушnim putem, kojeg su do 2006. godine potpisale 112, a ratifikovale 104 države; Protokolom za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, posebice

2 Arhin, A., Analiza međunarodnih pravnih instrumenata - Konvencija UN-a protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i protokoli protiv trgovine ljudima i krijumčarenja migranata, Pravo - teorija i praksa, Novi Sad, Univerzitet Privredna akademija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, vol. 27, br. 11-12, str. 53-68.

3 Transnational Organized Crime, G.A. Res. 53/111, U.N. GAOR, 53rd Sess., 85th plen. mtg., U.N. Doc. A/RES/53/111.

ženama i decom, koji je na snagu stupio 25. decembra 2003. godine, a kojeg su do oktobra 2009. godine, potpisale 133 države, a 117 ratifikovale; i Protokol protiv ilegalne proizvodnje i trgovine oružjem, vatrenim oružjem, njegovim dijelovima, komponentama i municijom, koji je stupio na snagu 3. jula 2005 godine. Konvencija je prvi univerzalni, pravno obvezujući instrument Ujedinjenih naroda u oblasti borbe protiv organiziranog kriminala. Ovaj tzv. Bečki proces je bio od velikog značaja u smislu prvog ozbiljnog pokušaja od strane međunarodne zajednice da upotrebi međunarodno pravo kao sredstvo u borbi protiv transnacionalnog organiziranog kriminala.⁴ Konvencija Ujedinjenih naroda protiv organiziranog kriminala navodi pet prekršaja, bilo od strane individue ili korporacijskih entiteta, i to: učešće u grupi za organizirani kriminal, korupcija, pranje novca, ometanje ili opstrukcija pravde, i "teški zločini." Dva principa moraju biti ispunjena da bi se neki prekršaj primenio: relevantni prekršaj mora da ima transnacionalni aspekt i da uključuje organiziranu kriminalnu grupu.⁵ Jedan od važnih aspekata Konvencije je da državama potpisnicama ponudi niz mera koje trebaju usvojiti kako bi unapredile primenu zakona, poboljšale tokove informacija i koordinaciju među relevantnim institucijama.

Protokol za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, posebice ženama i decom, koji se često naziva i Palermo protokol, prvi je međunarodni instrument koji definiše problem trgovine ljudima, i dio je Konvencije protiv transnacionalnog organiziranog kriminala. Palermo protokol pruža sljedeću definiciju trgovine ljudima u članu 3:

(a) „trgovina ljudima” znači vrbovanje, prevoženje, prebacivanje, skrivanje i primanje lica, putem prijetnje silom ili upotrebom sile ili drugih oblika prisile, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe ovlašćenja ili teškog položaja ili davanja ili primanja novca ili koristi da bi se dobio pristanak lica koje ima kontrolu nad drugim licem, u cilju eksploatacije. Eksploatacija obuhvata, kao minimum, eksploataciju prostitucije drugih lica ili druge oblike seksualne eksploatacije, prinudni rad ili službu, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, servitut ili uklanjanje organa;

(b) pristanak žrtve trgovine ljudima na namjeravanu eksploataciju iznijetu u podstavu (a) ovog člana je bez značaja u slučajevima u kojima je korišćena bilo koja mjera iznijeta u podstavu (a);

(c) vrbovanje, prevoženje, prebacivanje, skrivanje ili primanje djeteta za svrhe eksploatacije smatra se „trgovinom ljudima” čak i ako ne obuhvata bilo koje od sredstava iznijetih u podstavu (a) ovog člana;

(d) „dijete” znači bilo koju osobu mlađu od osamnaest godina.⁶

4 Gallagher, A., Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis, Human Rights Quarterly 23, 2001, str. 976.

5 Upravo se jedna od glavnih kritika odnosi na transnacionalni aspekt usled čega se isključuju slučajevi trgovine ljudima koji se odvijaju unutar države.

6 Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and

Prema istom članu, pristanak žrtve na eksploataciju je irelevantan, odnosno ne umanjuje odgovornost učinioca trgovine ljudima pred zakonom. Kada je u pitanju trgovina decom, nije potrebno niti neophodno dokazati da je postojala pretnja ili upotreba sile ili drugih oblika prisile, otmice, obmane, prevare, zloupotrebe položaja nadmoći ili stanja ugroženosti, kako bi se utvrdilo krivično djelo trgovine djecom. Dok je trgovina odraslih definisana međunarodnim pravom kroz prisilu, zloupotrebu moći, ili pretnju kao pokretače eksploatacije, trgovina djecom je definisana kroz samu eksploataciju. Stoga, kada se analiziraju slučajevi trgovine djecom, bitno je imati u vidu da bez obzira na način početka kretanja djece, sama činjenica da je došlo do kretanja djece kao posljedice neke treće strane uslovljava da se eksploatacija smatra krivičnim delom trgovine djecom.

3. DRUGI MEĐUNARODNI I REGIONALNI PRAVNI INSTRUMENTI OD ZNAČAJA

Pored Palermo protokola, postoji niz međunarodnih instrumenata kojima se države pozivaju na akciju protiv trgovine ljudima:

- Konvencija za suzbijanje trgovine ljudima i o eksploataciji prostitucije drugih lica od 1949. godine, koja zahtjeva od država potpisnica “da preduzmu, u vezi sa imigracijom i emigracijom, da usvoje ili podržavaju sve mjere koje su potrebne, u smislu svojih obaveza prema Konvenciji, da kontrolišu promet ljudi oba pola u cilju prostitucije” (Ova Konvencija ograničila je definiciju trgovine ljudima na prostituciju i zbog nečinjenja razlike između dobrovoljne i prisilne prostitucije je bila opće kritizirana i usko prihvaćena);⁷
- Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena od 1979. godine, kojom se države potpisnice obvezuju “da preduzmu sve odgovarajuće mjere, uključujući i zakonske, da bi suzbile sve oblike trgovine ženama i eksploatacije prostitucije žena”;⁸
- Deklaracija o eliminaciji nasilja nad ženama, koja definiše nasilje nad ženama koje uključuje “silovanje, seksualno zlostavljanje, seksualno uznemiravanje i zastrašivanje na radnom mjestu, u obrazovnim ustanovama i drugim mestima, trgovine ženama i prisilnu prostituciju”;⁹

Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, UN GA Resolution 55/25, 15 November 2000, Art. 3.

7 Convention For The Suppression Of The Traffic In Persons Of The Exploitation Of The Prostitution Of Others, UN GA Resolution 317 (IV), 2 December 1949, Art. 17.

8 International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), UN GA Resolution 34/180, 18 December 1979, Art. 6.

9 Declaration on the Elimination of Violence against Women, UN GA Resolution 48/104, 20 December 1993, Art. 2.

- Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima deteta od 1989. godine koja predviđa da države potpisnice moraju “preduzeti sve odgovarajuće nacionalne, bilateralne i multilateralne mjere u cilju sprečavanja otmice, prodaje ili trgovine decom u bilo kom cilju i obliku”;¹⁰
- Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima deteta od 2000. godine o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji, koji obvezuje države da “preduzmu sve potrebne korake da osnaže međunarodnu saradnju putem multilateralnih, regionalnih i bilateralnih aranžmana usmerenih na prevenciju, otkrivanje, istragu, krivično gonjenje i kažnjavanje osoba odgovornih za dela prodaje dece, dečje prostitucije, dečje pornografije i dečjeg seksualnog turizma”;¹¹
- Fakultativni protokol uz Konvenciju o pravima deteta od 2000. godine o učešću dece u oružanim sukobima, kojim se zahteva od država potpisnica da obezbede da “osobe koje nisu napunile 18 godina ne budu prisilno regrutovane u oružane snage”;¹²
- Konvencija Međunarodne organizacije rada (MOR) o eliminaciji najgorih oblika dečjeg rada br. 182 od 1999. godine;¹³
- Konvencija o zaštiti djece i saradnji u međunarodnom usvojenju iz Haga od 1993. godine, kojom se zabranjuje međunarodno usvojenje u slučajevima kada je pristanak roditelja dobijen kao rezultat isplate ili naknade (također predviđa da „niko neće ostvariti nezakonitu finansijsku ili drugu dobit od aktivnosti koje su u vezi sa međunarodnim usvojenjem”);¹⁴
- Konvencija MOR br. 138 o minimalnom uzrastu za zapošljavanje od 1973. godine koja zahteva od zemalja da eliminišu dečji rad i da minimalna dob za zapošljavanje bude po završetku njihovog obaveznog obrazovanja, što je obično nakon 15 godine;¹⁵
- Konvencija MOR br. 29 o prinudnom radu od 1930. godine opisuje prinudni rad kao “svaki rad ili službu koja se zahteva od lica pod prijetnjom kazne i za koji se dato lice nije dobrovoljno ponudilo”;¹⁶

10 Convention on the Rights of the Child, UN GA Resolution 44/25 of 20 November 1989, Art. 35.

11 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution, and child pornography, UN GA Resolution 54/263, 25 May 2000, Art. 10.

12 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, UN GA Resolution 54/263, 25 May 2000, Art.2.

13 ILO Convention no. 182 on Worst Forms of Child Labour, 1999.

14 Hague Convention on the Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, 29 May 1993, Art. 32.

15 ILO Convention no. 138 on Minimum Age for Starting Work, 1973.

16 ILO Convention no. 29 on Forced Labour, 1930.

- Konvencija MOR br. 105 koja se odnosi na ukidanje prinudnog rada od 1957. godine koja obvezuje države da ukinu prinudan ili obvezan rad i da pod nikakvom formom ne pribegavaju: „(a) merama prinude ili političkog vaspitanja ili sankcija prema licima koja imaju ili izražavaju neka politička mišljenja ili ispoljavaju svoje protivljenje ustanovljenom ideološko-političkom socijalnom ili ekonomskom stanju, (b) metodama mobilisanja i korišćenja radne snage u svrhu ekonomskog razvoja, (c) merama radne discipline, (d) kazni radi učestvovanja u štrajku, (e) meri rasne, socijalne, nacionalne ili verske diskriminacije”;¹⁷

- Međunarodna konvencija Ujedinjenih naroda o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, koja navodi da “[nijedan] radnik migrant niti član njegove ili njene porodice neće biti držan u ropstvu ili servitutu” i da se “ni od [jednog] radnika migranta niti člana njegove ili njene porodice neće zahtevati prinudan ili prisilan rad”.¹⁸

Osim međunarodnih pravnih instrumenata, na raspolaganju nekim državama su niz regionalnih konvencija i sporazuma:

- Konvencija Savjeta Evrope o akciji protiv trgovine ljudima od 2005. godine. Kako bi se obezbedila veća zaštita i pomoć žrtvama trgovine ljudima, ne “utiče na prava i obaveze koje nastaju iz drugih međunarodnih instrumenata koje su države potpisnice ove Konvencije već potpisale ili će potpisati, a koje sadrže odredbe o pitanjima koja su definisana ovom Konvencijom”. Ona je otvorena za potpisivanje ne samo državama članicama Savjeta Evrope, već i Evropskoj zajednici i državama koje nisu članice Savjeta Evrope, a koje su učestvovala u njenoj izradi;¹⁹

- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda od 1950. godine koja u članu 4 navodi da se niko ne smije držati u ropstvu ili ropskom položaju, niti da se ni od koga se ne može zahtevati da obavlja prinudni ili obavezni rad;²⁰

- Američka konvencija o ljudskim pravima od 1969. godine koja navodi da “[niko] neće biti u ropstvu ili nedoborovoljnom servitutu, koji su zabranjeni u svim njihovim oblicima, isto kao i trgovine robljem i trgovine ženama”, i da “se [ni od koga] neće zahtijevati da vrši prinudan ili prisilan rad”, i druge.²¹

17 ILO Convention no. 105 on Abolition of Forced Labour, 1957, Art.1.

18 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, UN GA Resolution 45/158, 18 December 1990. Art. 11.

19 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, CETS 197, Art. 40.

20 The European Convention on Human Rights, Rome, 4 November 1950, Art. 4.

21 American Convention on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969, Art. 6.

4. REPUBLIKA SRBIJA U KONTEKSTU TRGOVINE LJUDIMA U SVRHU RADNE EKSPLOATACIJE

Zemlje zapadnog Balkana zauzimaju geografski položaj koji povoljno povezuje potražnju za ilegalnom radnom snagom na Zapadu sa ponudom jeftine radne snage koja dolazi sa Istoka. U ovakvoj konstalaciji odnosa, balkanske zemlje, među kojima je i Republika Srbija, zauzimaju veoma značajno mjesto posrednika između lokalnih i međunarodnih tržišta rada. Za vreme ratnih i nestabilnih devedesetih godina prošlog veka, ova regija se transformisala u kriminalnu mašinu, a balkanska mafija je odlučila da zaboravi na etničke razlike kako bi se razvila u kriminalnu mrežu i povezala se sa globalnim partnerima.²² Politička i ekonomska tranzicija uslijed zamjene planske ekonomije tržišnom i opšta ekonomska liberalizacija, zatim oružani sukobi na prostoru bivše Jugoslavije su uveliko doprineli stvaranju povoljnih uslova za razvoj ilegalnih tržišta za cigarete, drogu, oružje, trgovinu ljudima i robom koje su bile tada u potražnji. Istovremeno se odvijao proces snažnih migracionih tokova, naročito iz pravca Istočne Evrope ka Zapadu, koji je naišao na zatvorena vrata Evropske unije, što je navelo migrante da traže jeftinije, ilegalne i lakše ostvarljive kanale prelaska granica. Osim toga, oružani sukobi u regiji su rezultirali masivnim prilivom izbeglica i raseljenih lica. Takve okolnosti su učinile da veliki broj ljudi budu *de iure* ili *de facto* bez državljanstva s obzirom da su se zakoni o državljanstvu novonastalih republika zasnivali na principu *ius sanguinis* kao ekskluzivnom principu po kome neko može dobiti državljanstvo.²³ Veliki broj Roma iz Bosne i Hercegovine i sa Kosova je ostao bez državljanstva i migrirali su širom regiona. Oni su se suočavali sa raznim izazovima u pogledu neadekvatnog smještaja, nedostatka prilika za zapošljavanje i nemogućnosti da se registruju i dobiju ličnu dokumentaciju. Dodatni problem je bila činjenica da većina njih nije imala regulisano pitanje državljanstva ili identifikaciona dokumenta prije nego što su napustili republike zahvaćene ratom, što ih je dovelo u još lošiji položaj po pitanju njihovog statusa u novim sredinama. U istom periodu, i uporedo sa problemima vezanim za pitanja izbeglica i raseljenih lica, trgovina ljudima je počela da dolazi u središte pažnje regionalnih političkih razgovora, kao fenomen vezan za sveopću tadašnju socio-ekonomsku situaciju u regionu.

Prije ove ekonomske i političke transformacije, bivše jugoslovenske republike su bile poznate kao zemlje porijekla, prijema i tranzita trgovine ženama. S obzirom da su početkom devedestih godina 21. veka imale najbolji standard u regionu, postale su destinacije koje su privlačile žene iz istočnoevropskih zemalja. S ratom, situacija se donekle izmenila i mnogi su koristili zemlje u regionu kao tranzitnu stanicu ka susjednim zemljama ili za prelazak u neku od zapadnih zemalja, što je rezultiralo velikim dotokom žrtava u region. S druge strane, usled loših ekonomskih prilika, veliki broj pretežno žena je pokušao da emigrira na zapad, ali i završio u lancu trgovine i eksploatacije.

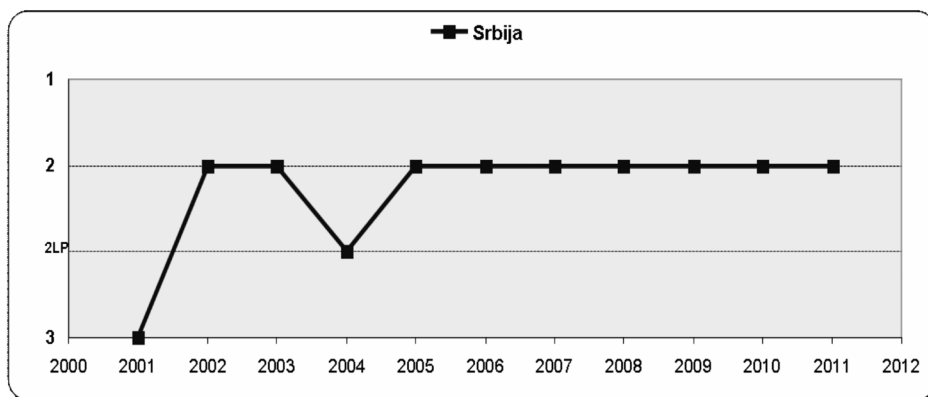
22 Glenny, M., *McMafia: A Journey Through the Global Criminal Underworld*, New York: Alfred A. Knopf, 2008.

23 Dedić, J., *Roma and Statelessness*, European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Brussels, 2007, str. 2.

Srbija je prepoznata kao zemlja porekla, tranzita i destinacije za muškarce, žene i djecu žrtve seksualne trgovine i prisilnog rada. Žrtve trgovine ljudima koje su identificirane u Srbiji pretežno potiču iz susjednih zemalja i drugih zemalja Istočne Evrope. Djeca, uključujući romsku djecu, su i dalje eksploatisana u svrhu komercijalne seksualne trgovine, izložena prisilnom sklopljenim brakovima, ili su prisiljena da se bave uličnim prosjačenjem. Ono što je interesantno naglasiti u pogledu trendova u posljednjih desetak godina je da se broj žrtava koji su državljani Srbije povećava, i da oni sada čine većinu identificiranih žrtava trgovine ljudima. Prema Izvješću o trgovini ljudima za 2011. godinu, koji izdaje U.S. State Department na godišnjem nivou, Vlada Republike Srbije ne ispunjava u potpunosti minimalne standarde za suzbijanje trgovine ljudima, ali čini značajne napore u tom pravcu. U posljednjih godinu dana, preduzela je značajne korake kako bi institucionalizirala i unapredila svoje aktivnosti na rešavanju problema trgovine ljudima. Izvješće još uvijek ističe da postoji nedovoljna finansijska podrška programima pomoći i podrške žrtvama, što je Vlada Republike Srbija pokušala da popravi putem budžetske podrške i relevantnih odluka donesenih 2011. godine. Ono takođe ističe da je Srbija "lider" na Balkanu kada se radi o identificiranju žrtava trgovine ljudima, ali i da još uvek postoji problem neadekvatnog i nestandardiziranog prikupljanja podataka, kao i da treba unaprijediti razmjenu informacija između državnih institucija i nevladinih organizacija koje pružaju pomoć žrtvama.

Godišnje Izvješće o trgovini ljudima U.S. State Departmenta predstavlja diplomatski instrument putem kojeg se zemlje rangiraju u jedne od tri grupe u skladu sa naporima koje ulažu u ispunjavanju minimalnih standarda za eliminaciju trgovine ljudima definisanih u odjeljku 108 TVPA. Izvješća pružaju globalnu sliku prirode i obima ovog problema, kao i razne aktivnosti i strategije 184 države koje su pokrivene posljednjim Izvješćem za 2011 godinu. Republika Srbija je 2001. godine, kada je izdato prvo Izvješće o trgovini ljudima, bila u Grupi 3 nakon koje je svake godine, s izuzetkom 2004. godine, zauzimala mjesto u Grupi 2 (Grafikon 1).

Grafikon 1: Rangiranje Republike Srbije u Izvještajima U.S. State Departmenta o trgovini ljudima u periodu 2001.-2011.



Izvor: Autorova kalkulacija na osnovu podataka iz Izvješća o trgovini ljudima koje je izdao U.S. State Department, 2001.-2011.

Prije ovog perioda, Republika Srbija je osamdesetih godina važila za zemlju destinacije, kao zemlja koja se u okviru tadašnje SFRJ izdvajala u regionu po dobrom socio-ekonomskom standardu. Tokom devedesetih godina, sa raspadom bivše Jugoslavije, političko-ekonomskim krahom i oružanim sukobima u regiji, Srbija je sve više postajala zemlja tranzita, a početkom 21. vijeka je postala i zemlja porekla žrtava trgovine ljudima. U kontekstu zemlje tranzita, kroz Srbiju je postojao protok žrtava iz Bugarske, Modavije, Rusije i Ukrajine i to ka Bosni, odakle su dalje odlazile za Italiju, Španiju, Francusku, ili se kretale ka Kosovu i Makedoniji, odakle su prebacivane u Grčku i dalje ka zemljama Bliskog istoka.²⁴ Uslijed dugogodišnje loše ekonomske situacije i nezaposlenosti, mnogi su u isto vrijeme napuštali Srbiju i time je ona postala zemlja porijekla trgovine ljudima. Takođe, tokom prvih deset godina 21. veka značajno je primjetiti da je došlo do prepoznavanja trgovine muškaraca za razliku od dotadašnje trgovine koja je obilovala slučajevima trgovine ženama. Jedna od studija navodi da je identificirano 100 muškaraca žrtava trgovine koji su bili poreklom iz Kine, Avganistana, Rumunije, Iraka, Irana, Turske, Pakistana, Bangladeša i Srbije.²⁵ Tokom proteklih godina, a posebno tokom 2006. i 2007. godine, uočava se sve manji priliv žrtava trgovine ljudima iz pravca Rumunije i Bugarske, što nije bio slučaj početkom 21. veka.²⁶ Danas se procjenjuje da razlog za promjenu toka treba tražiti u ulasku Bugarske i Rumunije u Evropsku uniju. Dakle, tako žrtve koje dolaze sa Istoka i idu ka zapadnim zemljama prolazeći kroz jednu od ove dvije zemlje nemaju više potrebu da idu preko Balkana jer se već nalaze na teritoriji Evropske unije. Na osnovu niza istraživanja, moguće je ustanoviti sliku Srbije kao zemlje destinacije, tranzita i porekla u proteklih 20 godina. Kada je u pitanju trgovina ljudima unutar Srbije, ovo je fenomen koji je sve više u centru pažnje javnosti i na dnevnim redovima državnih struktura. Konačno, može se navesti da savremeni trendovi trgovine ljudima u Srbiji ukazuju na porast unutrašnje trgovine, kao i da najveći postotak identificiranih žrtava čine upravo državljani Srbije za razliku od situacije iz osamdesetih i devedesetih godina kada je Srbija bila zemlja destinacije i tranzita.

5. PRAVNI INSTRUMENTI I MEHANIZMI BORBE PROTIV TRGOVINE LJUDIMA U REPUBLICI SRBIJI

U posljednjih deset godina Republika Srbija je učinila znatne napore kako bi državno zakonodavstvo unapredila u pogledu uključivanja relevantnih pravnih instrumenata koji bi bili od koristi u borbi protiv trgovine ljudima. U tom smislu u aprilu 2003. godine u Krivični zakon Republike Srbije se uvodi novo krivično delo

24 ASTRA - Akcija protiv trgovine ljudima, Trgovina ljudima u Republici Srbiji: Izveštaj za period 2000.-2010., Beograd, 2011.

25 Nikolić-Ristanović, V., et al., Trafficking in people in Serbia, Belgrade: VDS and OSCE, 2004.

26 Čopić, S., Putevi trgovine ljudima u Evropi i pozicija Srbije na njima, Temida, 2008, str. 49-68.

trgovine ljudima pod članom 111b.²⁷ Ovaj član definiše trgovinu ljudima na sledeći način:

“1. Ko silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti ili teških prilika drugog: vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u predaji ili prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju sticanja neke koristi, eksploatacije njegovog rada, vršenja kriminalne delatnosti, prostitucije ili prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, radi oduzimanja dela tela za presađivanje ili radi korišćenja u oružanim sukobima, kazniće se zatvorom od jedne do 10 godina.

2. Ako je delo iz stava 1. ovog člana učinjeno prema više lica, otmicom, prilikom vršenja službene dužnosti, u okviru kriminalne organizacije, na naročito svirep ili na naročito ponižavajući način ili je nastupila teška telesna povreda, učinilac će se kazniti zatvorom od najmanje tri godine.

3. Ako je delo iz stava 1. ovog člana učinjeno prema maloletnom licu, ili je nastupila smrt oštećenog lica, kazniće se zatvorom od najmanje pet godina.

4. Za delo iz stava 1. ovog člana učinjeno prema licu koje nije navršilo 14 godina, učinilac će se kazniti kaznom propisanom za to delo i kad nije upotrebio silu, pretnju ili neki od drugih navedenih načina izvršenja.”

Značajno je napomenuti da su se prije ovog krivičnog djela u praksi primjenjivali član 62 za krivično delo prinude, član 63 za protivpravno lišenje slobode i član 64 za otmicu. Takođe se primjenjivao Krivični zakon Savezne Republike Jugoslavije i to po članovima 155 - Zasnivanje ropskog odnosa i prevoz lica u ropskom odnosu, 249 - Nedozvoljen prelaz državne granice i 251 - Posredovanje u vršenje prostitucije.

Odlukom Vlade Republike Srbije o obrazovanju Saveta za borbu protiv trgovine ljudima br. 02-6783/2004-1, 2004. godine je formiran Savet Vlade Republike Srbije kao tijelo koje koordinira nacionalne i regionalne aktivnosti u borbi protiv trgovine ljudima.²⁸ Članovi Saveta su ministar unutrašnjih poslova kao predsjednik Saveta, ministar rada i socijalne politike, ministar pravde, ministar zdravlja, ministar prosvete i sporta i pomoćnik ministra finansija. Iste godine je formirana Služba za koordinaciju zaštite žrtava trgovine ljudima, uz podršku Ministarstva za socijalna pitanja i Misije OEBS-a u Srbiji i Crnoj Gori, i koja za cilj ima pružanje i organizovanje svih oblika pomoći žrtvama trgovine ljudima izuzev pružanja direktne pomoći.

Jedan od problema identifikiranja žrtava trgovine ljudima koji se pojavio u ovom periodu je bio direktno vezan za primjenu člana 111b koji nije razdvajao

27 Službeni glasnik Republike Srbije, br. 39/03 i br. 67/03.

28 Odluka Vlade Republike Srbije o obrazovanju Saveta za borbu protiv trgovine ljudima br. 02-6783/2004-1.

pojmove trgovine ljudima od krijumčarenja ljudi. Stoga su u periodu između aprila 2003. godine do januara 2006. godine za veliki broj slučajeva krijumčarenja ljudi podnešene prijave za trgovinu ljudima po članu 111b. Nije neobičan podatak da je postojala opšta zbunjenost, kako državnih organa tako i javnosti, u pogledu razlikovanja trgovine ljudima i krijumčarenja ljudi i neznanja kada je potrebno koristiti termin trgovine ljudima, a kada krijumčarenja ljudima ili čak prostitucije. Ovo nije bio slučaj samo u Srbiji već i na globalnom nivou kada je u pitanju razgraničavanje trgovine ljudima od krijumčarenja ljudima u praksi. U kontekstu ove problematike, javila se potreba za novim zakonodavnim rješenjem i definicijom koja će jasno razgraničiti ova dva pojma, što je postignuto novim Krivičnim zakonikom koji ih je posebno inkriminisao 2005. godine²⁹ kroz usvajanje člana 388, koji se odnosi na trgovinu ljudima, i člana 350 koji se odnosi na nedozvoljeni prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi. U tom cilju, član 350 na sledeći način inkriminiše krijumčarenje ljudima:

”(1) Ko bez propisane dozvole pređe ili pokuša da pređe granicu Srbije, naoružan ili upotrebom nasilja, kazniće se zatvorom do jedne godine.

(2) Ko u nameri da sebi ili drugom pribavi kakvu korist, omogućava drugom nedozvoljeni prelaz granice Srbije ili nedozvoljeni boravak ili tranzit kroz Srbiju, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.

(3) Ako je delo iz stava 2. ovog člana učinjeno od strane grupe, zloupotrebom službenog položaja, ili na način kojim se ugrožava život ili zdravlje lica čiji se nedozvoljeni prelaz granice Srbije, boravak ili tranzit omogućava, ili je krijumčaren veći broj lica, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do deset godina.

(4) Ako je delo iz stava 2. ovog člana učinjeno od strane organizovane kriminalne grupe, učinilac će se kazniti zatvorom od tri do dvanaest godina.

(5) Sredstva namenjena ili upotrebljena za izvršenje dela iz st. 1. do 3. ovog člana oduzeće se.”

Uključujući izmene koje su dodatno unešene 2009. godine, član 388 zabranjuje trgovinu ljudima u cilju seksualne i druge vrste eksploatacije na sledeći način:

”1. Ko silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti, teških prilika drugog, zadržavanjem ličnih isprava ili davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, vrbuje, prevozi, prebacuje, prodaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju eksploatacije njegovog rada, prinudnog rada, vršenja krivičnih dela, prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe

u pornografske svrhe, uspostavljanja ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela ili radi korišćenja u oružanim sukobima, kazniće se zatvorom od tri do dvanaest godina.

2. Za delo iz stava 1. ovog člana učinjeno prema maloletnom licu učinilac će se kazniti kaznom propisanom za to delo i kad nije upotrebio silu, pretnju ili neki drugi od navedenih načina izvršenja.

3. Ako je delo iz stava 1. ovog člana učinjeno prema maloletnom licu, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje pet godina.

4. Ako je usled dela iz st. 1. i 3. ovog člana nastupila teška telesna povreda nekog lica, učinilac će se kazniti zatvorom od pet do petnaest godina.

5. Ako je usled dela iz st. 1. i 3. ovog člana nastupila smrt jednog ili više lica, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje deset godina.

6. Ko se bavi vršenjem krivičnog dela iz st. 1. do 3. ovog člana ili je delo izvršeno od strane grupe, kazniće se zatvorom najmanje pet godina.

7. Ako je delo iz st. 1. do 3. ovog člana izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje deset godina.

8. Ko zna ili je mogao znati da je lice žrtva trgovine ljudima, pa iskoristi njen položaj ili drugome omogućiti iskorišćavanje njenog položaja radi eksploatacije predviđene stavom 1. ovog člana, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.

9. Ako je delo iz stava 8. ovog člana učinjeno prema licu za koje je učinilac znao ili je mogao znati da je maloletno, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina.

10. Pristanak lica na eksploataciju ili na uspostavljanje ropskog ili njemu sličnog odnosa iz stava 1. ovog člana ne utiče na postojanje krivičnog dela iz st. 1, 2. i 6. ovog člana.”

Za razliku od krivičnog dela trgovine ljudima koje se 2003. godine u Krivičnom zakonu Srbije našlo u grupi krivičnih djela protiv dostojanstva ličnosti i morala, 2006. godine je ovo delo svrstano u grupu krivičnih dela protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Kao što je već nagovješteno, tekst Krivičnog zakonika je izmenjen 2009. godine³⁰ čime su kazne pooštrene sa dvije na tri godine, a maksimum sa deset na dvanaest godina, što je u slučaju maloljetnog lica pooštreno sa tri na pet godina, a u slučaju teške telesne povrede takođe sa tri na minimum od pet godina. Takođe, za razliku od člana 388 iz KZ Službeni glasnik br. 85/05, član 388 iz KZ Službeni glasnik br. 72/09 ima četiri dodatna stava od kojih posljednji izričito propisuje da je pristanak lica na eksploataciju ili na uspostavljanje

30 Službeni glasnik Republike Srbije br. 72/09.

ropskog ili njemu sličnog odnosa irelevantan za postojanje krivičnog dela. Drugi novi stavovi navode inkriminaciju organizovanih kriminalnih grupa, kao i korisnika usluga žrtava trgovine ljudima i propisuje da će se kaznom od šest meseci do pet godina zatvora kazniti onaj ko zna ili je mogao znati da je lice žrtva trgovine ljudima.

Često se ističe da član 388 ima nekoliko nedostataka kao što su izostanak predviđanja otmice i prevare kao načina izvršenja djela iako su ovi načini obuhvaćeni definicijom datom u Palermo protokolu i Konvenciji Saveta Evrope; nepostojanje otežavajuće okolnosti ukoliko je delo trgovine ljudima učinio državni službenik prilikom vršenja službene dužnosti, ili je usled dela s predumišljajem ili iz nehata ugrožen život žrtve; i nekažnjavanje ukoliko je delo učinjeno na naročito svirep ili naročito ponižavajući način. Bez obzira na ove kritike, treba imati u vidu značaj novih stavova uvedenih izmjenama Krivičnog zakonika od 2009. godine.

U pogledu propisanih sankcija predviđenih za krivično djelo trgovine ljudima, glavna kazna je zatvor. Međutim, osim zatvorske kazne, trgovcu ljudima koji se proglasi krivim, moguće je dodatno izreći i novčanu kaznu ako je djelo učinjeno iz koristoljublja.³¹ Takođe, učinilac krivičnog djela trgovine ljudima ne može više biti osuđen na uslovnu kaznu. Istim izmjenama predviđeno je da se učinocima ovog djela kazna ne može ublažiti.

Takođe u vezi sa kriminalnim djelom trgovine ljudima, članom 390. Krivičnog zakonika, krivično delo zasnivanja ropskog odnosa i prevoz lica u ropskom odnosu su sankcionisani sledećom definicijom:

„(1) Ko, kršeći pravila međunarodnog prava, stavi drugog u ropski ili njemu sličan odnos ili ga drži u takvom odnosu, kupi, proda, preda drugom licu ili posreduje u kupovini, prodaji ili predaji ovakvog lica ili podstiče drugog da proda svoju slobodu ili slobodu lica koje izdržava ili o kojem se stara, kazniće se zatvorom od jedne do deset godina.

(2) Ko prevozi lica koja se nalaze u ropskom ili njemu sličnom odnosu iz jedne zemlje u drugu, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.

(3) Ko delo iz st. 1. i 2. ovog člana učini prema maloletnom licu, kazniće se zatvorom od pet do petnaest godina.”

Osim na nacionalnom nivou, u poslednjih deset godina, Vlada Republike Srbije je bila angažovana na ispunjavanju međunarodnih standarda u cilju unapređenja borbe protiv trgovine ljudima. Srbija je ratifikovala Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organiziranog kriminala i prateće protokole; Konvencije MOR br. 9, 29, 90, 138 i 182; i Konvenciju Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, između ostalih. Još u sastavu SFRJ, Republika Srbija je 1990. godine potpisala, a u decembru iste godine ratifikovala, Konvenciju o pravima deteta,³² dok je Fakultativne protokole o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji i o učešću dece u oružanim sukobima³³ ratifikovala 2002. godine.

31 Krivični zakonik Republike Srbije, član 48 (2) - Opšte odredbe o novčanoj kazni.

32 Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori, br. 15/90 i Službeni list SRJ, br. 4/96 i 2/97.

33 Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori, br. 22/02.

6. PRAVNI ASPEKT TRGOVINE DJECOM U SVRHU RADNE EKSPLOATACIJE U REPUBLICI SRBIJI

Republika Srbija reguliše položaj dece u pogledu njihove eksploatacije kroz nekoliko zakonskih akata i to Porodičnog zakona,³⁴ Krivičnog zakonika Srbije³⁵ i Zakona o radu³⁶. U pogledu same definicije deteta, zakonodavstvo Srbije ovaj pojam izvodi preko definisanja pojma potpune poslovne sposobnosti. U vezi sa tim, prema Ustavu i odredbama Porodičnog zakona, punoljetstvo se stiče sa navršених 18 godina, pa se detetom može smatrati svaka osoba mlađa od tog uzrasta, a punoljetstvom se stiče i poslovna sposobnost.³⁷ Krivični zakonik pod pojmom maloljetno lice podrazumeva "lice koje nije navršilo 18 godina", a dete kao lice koje nije navršilo 14 godina,³⁸ što znači da je maloljetnik lice koje je navršilo 14, ali ne i 18 godina.³⁹

Član 24, stav 1, Zakona o radu, postavlja opštu granicu radne sposobnosti na 15 godina života, uz dodatni uslov da se moraju u svakom konkretnom slučaju ispuniti i posebni uslovi koje utvrđuje zakon. Kao što je to slučaj i u mnogim drugim zemljama širom sveta, u Srbiji ne postoje mehanizmi za praćenje kada je poštovanje ovog zakona u pitanju. Krivični zakonik predviđa niz krivičnih djela kojima se inkriminišu ponašanja kao što su obljuba sa detetom, podvođenje i posredovanje u vršenju prostitucije,⁴⁰ prikazivanje pornografskog materijala i korišćenje dece sa pornografiju,⁴¹ zlostavljanje dece, nasilje u porodici i zapuštanje porodičnih obveza,⁴² kao i trgovina djecom i zasnivanje ropskog odnosa sa maloljetnikom.⁴³ U okviru Ustava Republike Srbije, djeci mlađoj od 15 godina se zabranjuje da rade, dok deca ispod 18 godina starosti ne smiju da rade na poslovima koji mogu biti štetni za njihovo zdravlje ili moral.⁴⁴ Ustav garantuje i djetetovu zaštitu od fizičkog, ekonomskog i svakog drugog oblika eksploatacije ili zlostavljanja.⁴⁵ Zaštita deteta od eksploatacije u radu zagantovana je članom 32.

Vlada Republike Srbije je usvojila Nacionalnu strategiju za prevenciju i zaštitu dece od nasilja 2007. godine, a Akcioni plan za njeno sprovođenje 2010. godine. Savet za prava deteta je izradio Nacionalni plan akcije za decu 2004. godine za period do 2015. godine, koji je označio sedam ključnih oblasti značajnih za decu, od kojih je jedna zaštita dece od zlostavljanja, zanemarivanja, iskorišćavanja i

34 Službeni glasnik Republike Srbije 18/05.

35 Službeni glasnik Republike Srbije 85/05.

36 Službeni glasnik Republike Srbije 24/05.

37 Porodični zakon, član 11.

38 Krivični zakonik, op. cit., član 112, stav 8.

39 Ibid., član 112, stav 9.

40 Ibid., članovi 183. i 184.

41 Ibid., član 185.

42 Ibid., članovi 193-197.

43 Ibid., članovi 388-390.

44 Ustav Republike Srbije, član 66 (4).

45 Ibid., član 64 (3).

nasilja. Opšti protokol za prevenciju i zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja je usvojen 2005. godine. Narodna skupština Srbije je 2010. godine formirala Odbor za prava deteta, kao svoje posebno stalno radno tijelo. Zaštitnik građana Srbije je ustanovljen 2005. godine, a od 2008. godine ima 4 specijalizovana zamjenika od kojih je jedan zadužen za prava deteta. Zaštitnik građana je 2010. godine pokrenuo posebnu internet stranicu namenjenu deci putem koje mogu da se obaveste o svojim pravima i upute pritužbu u slučaju kršenja tih prava.⁴⁶ U decembru 2011. godine predstavljen je Prednacrt zakona o pravima deteta koji je pripremila Radna grupa Zaštitnika građana kao izraz napora da se koncept prava djeteta u Srbiji zaokruži u pravnoj teoriji i praksi i da se na taj način na celovit način urede zajedno za primjenom i odgovornostima. NVO Centar za prava deteta, Republički tim za borbu protiv trgovine ljudima i Nacionalni koordinator za borbu protiv trgovine ljudima 2011. javnosti su predstavili Nacrt Strategije za prevenciju i zaštitu dece od trgovine i iskorišćavanja u pornografiji i prostituciji 2012.-2016. Nacrt je stvoren kroz dvogodišnju saradnju i široki konsultativni proces koji je uključio vladine, nevladine i međunarodne aktere, i predstavlja polaznu osnovu za dalji rad na strategiji. Pored ovih pozitivnih aktivnosti, Komitet za prava deteta preporučuje da Srbija unapredi svoje bilateralne, regionalne i međunarodne pravosudne i policijske aktivnosti, i da ratifikuje Hašku konvenciju o zaštiti dece i saradnji pri međunarodnom usvojenju, Konvenciju Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualne zloupotrebe i seksualnog iskorišćavanja i Međunarodnu konvenciju o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica.

Kao potpisnica Palermo protokola, a prema članu 6 (4), Republika Srbija je obvezna da pruži sledeću pomoć i zaštitu deci žrtvama trgovine ljudima: (1) postavljanje staratelja koji će pratiti dete kroz čitav proces; (2) obezbeđivanje adekvatnog skloništa kako bi se izbegla reviktimizacija; (3) obezbeđivanje zaštite deteta i njegovih prava i interesa tokom krivičnog postupka; (4) obezbeđivanje brzog i bezbednog povratka deteta u domovinu kada se ustanovi da je repatrijacija u najboljem interesu djeteta; itd. U sklopu obaveza kao jedne od potpisnica Konvencije Saveta Evrope, a prema članu 5 (5), Republika Srbija mora da preduzme posebne mere u cilju smanjenja izloženosti dece trgovini ljudima, pre svega stvaranjem klime koja pogoduje zaštiti dece. Shodno ovim obavezama, pravni sistem Republike Srbije obezbeđuje odgovarajuću starateljsku negu i kroz član 6. Porodičnog zakona preduzima sve mere zaštite deteta od zanemarivanja, psihičkog, fizičkog, emocionalnog i drugog oblika iskorišćavanja ili zlostavljanja.

⁴⁶ Vidi www.pravadeteta.rs.

7. AKTIVNOSTI NA NACIONALNOM I REGIONALNOM NIVOU REPUBLIKE SRBIJE U POGLEDU BORBE PROTIV TRGOVINE LJUDIMA, 2000.-2011.

U okviru Savezne Republike Jugoslavije, 2000. godine je osnovan Savezni tim za borbu protiv trgovine ljudima. Već sledeće godine je imenovan prvi Koordinator za borbu protiv trgovine ljudima, čime je počeo intenzivan period u ostvarivanju saradnje između nadležnih ministarstava, nevladinih i međunarodnih organizacija. U maju 2002. godine je oformljen Republički tim za borbu protiv trgovine ljudima koji je podeljen u četiri radne grupe koje se bave pitanjima prevencije i edukacije, pomoći i zaštite žrtava, borbe protiv trgovine decom, i pravosuđa i policije. Republika Srbija je pokazala spremnost i političku volju da se pridruži svetskim naporima u borbi protiv trgovine ljudima time što je Vlada Republike Srbije:

- u decembru 2006. godine, uz podršku Misije OEBS-a, usvojila "Strategiju borbe protiv trgovine ljudima", koja je odredila niz strateških ciljeva koje razne državne institucije, NVO i međunarodne organizacije trebaju ispuniti;
- u aprilu 2009. godine, usvojila "Zaključak o usvajanju Nacionalnog plana akcije za borbu protiv trgovine ljudima za period od 2009. do 2011. godine", čime je ispunila jedan od tehničkih uslova za liberalizaciju viznog režima sa Evropskom unijom;
- u maju 2009. godine usvojila Nacionalni akcioni plan za sprovođenje Strategije u periodu 2009.-2011;
- u novembru 2009. godine potpisan je Sporazum o saradnji između Ministarstva unutrašnjih poslova, Ministarstva finansija, Ministarstva zdravlja, Ministarstva prosvete i Ministarstva rada i socijalne politike u oblasti borbe protiv trgovine ljudima. Sporazum se sastoji iz Smernica za standardne operativne postupke postupanja sa žrtvama trgovine ljudima.

Osim ovih inicijativa, od aprila 2011. godine, sprovodi se zajednički program za borbu protiv trgovine ljudima Visokog komesarijata za izbeglice Ujedinjenih nacija (UNHCR), Međunarodne organizacije za migracije (IOM) i Kancelarije Ujedinjenih naroda za borbu protiv narkotika i organiziranog kriminala (UNODC) u Srbiji, pod pokroviteljstvom Globalne inicijative Ujedinjenih naroda za borbu protiv trgovine ljudima (UN.GIFT), kroz formiranje pravnih klinika za borbu protiv trgovine ljudima na pravnim fakultetima u Novom Sadu, Beogradu i Nišu, kako bi se kroz edukaciju mladih pravника ojačali preventivni mehanizmi za borbu protiv ovog fenomena. Projekat je predviđen da traje do sredine 2012. godine.

Takođe, u oktobru 2011. godine, u novosadskom Centru za socijalni rad je otvoreno Prihvatište za žrtve trgovine ljudima, prva ustanova tog tipa u Srbiji, a planira se otvaranje još pet centara u različitim gradovima od kojih će prvi naredni biti u Zemunu. Otvaranje prihvatilišta podržali su Zajednički program UNHCR, UNODC i IOM za borbu protiv trgovine ljudima u Republici Srbiji, dok je projekat

nastao pod pokroviteljstvom Globalne inicijative Ujedinjenih naroda za borbu protiv trgovine ljudima (UN.GIFT), a finansirali su ga vlade Belgije i Švajcarske, kao i UN.GIFT.

Republika Srbija se obvezala da će unaprijediti borbu protiv trgovine ljudima putem regionalnih sporazuma od kojih su najvažniji sledeći:

- Konvencija o policijskoj saradnji u jugoistočnoj Evropi koju su 2006. godine, potpisale Srbija i Crna Gora, čija je pravna naslednica Republika Srbija, Bosna i Hercegovina, Albanija, Makedonija, Moldavija i Rumunija, a koja predviđa razmjenu podataka, ekspertize, i saradnju u zaštiti svedoka između ostalog;
- Sporazum o saradnji u borbi protiv organizovanog kriminala koji je Srbija potpisala 2002. godine sa Mađarskom, Slovenijom i Hrvatskom;
- Sporazum o saradnji vlada Srbije i Rumunije u borbi protiv organiziranog kriminala, trgovine drogom i međunarodnog terorizma potpisan 2007. godine;
- Sporazum o strateškoj saradnji sa Evropskom policijskom kancelarijom koji je Srbija potpisala i ratifikovala 2009. godine;
- Bilateralni sporazumi o policijskoj saradnji sa Francuskom, Švajcarskom i Izraelom potpisani 2009. godine.

Republika Srbija je u poslednjih deset godina učinila znatne napore na planu usvajanja niza sporazuma, sprovođenju značajnih akcija i donošenju odluka koje su doprinele borbi protiv trgovine ljudima kako na nacionalnom tako i regionalnom nivou.

8. NOVINE U MEĐUNARODNIM I REGIONALNIM PRAVNIM INSTRUMENTIMA

Praćenje i primjenjivanje novih pravnih instrumenata na međunarodnom i regionalnom nivou su od velikog značaja kada je u pitanju pravovremena i adekvatna borba protiv trgovine ljudima. Sledeće poglavlje razmatra dva takva instrumenta: (1) najnoviju Direktivu Evropske unije 2011/36/EU, i (2) Konvenciju MOR br. 189 zajedno sa Preporukom br. 201 o dostojanstvu rada zaposlenih u domaćinstvima.

Politika borbe protiv trgovine ljudima za koju se zalaže Evropska unija ima holistički pristup zasnovan na prevenciji, zaštiti žrtava i krivičnom gonjenju kriminalaca, stavljajući ljudska prava u centar svih svojih napora. Upravo na ovom pristupu se zasniva nova Direktiva, 2011/36/EU, koju su Evropski parlament i Savet usvojili u aprilu 2011. godine, a koja zamjenjuje Okvirnu odluku 2002/629/JHA iz 2002. godine. Nova Direktiva ima snažne odredbe koje se tiču zaštite žrtava, nacionalne mehanizme za rano indentificiranje i pomoć, i podržava princip

nekažnjavanja za manje zločine i безусловnu pomoć. Zauzima gledište koje se koncentrira na žrtvu, uključujući i rodno gledište, i obavezuje članice da nominuju nacionalnog izvjestioca ili druge mehanizme koji će biti odgovorni za nadzor primjene politike protiv trgovine ljudima na nacionalnom nivou.

Definicija koja se nudi u novoj Direktivi skoro je identična onoj iz Palermo protokola i navodi da:

„1. Trgovina ljudima znači vrbovanje, prevoz, premještanje, skrivanje ili prihvatanje lica, uključujući razmenu ili prenos kontrole nad tim licem, uz primjenu prijetnje ili sile ili drugih oblika prinude, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe ovlaštenja ili ugroženosti, ili davanjem ili primanjem novčanih sredstava ili druge koristi radi dobijanja pristanka lica koje ima kontrolu nad drugim licem u cilju eksploatacije.

2. Pozicija ugroženosti se odnosi na situaciju u kojoj lice nema stvarnu ili prihvatljivu alternativu nego da se podvrgne eksploataciji.

3. Eksploatacija, u najmanju ruku, uključuje iskorišćavanje prostitucije drugih lica ili druge oblike seksualnog iskorišćavanja, prisilan rad ili pružanje usluga, uključujući prošenje, ropstvo ili praksu sličnu ropstvu, služenje, ili eksploataciju radi kriminalnih radnji, ili vađenje ljudskih organa.

4. Pristanak žrtve trgovine ljudima na eksploataciju, bilo da je planirana ili aktuelna, nema značaja kada se koriste bilo koja sredstva pomenuta u stavu 1.

5. Kada aktivnosti iz stava 1 uključuju dete, smatraće se kaznenim delom trgovine ljudima čak i ako nisu upotrebljena nijedna sredstva pomenuta u stavu 1.

6. U svrhu ove Direktive, „dete” znači svako lice mlađe od 18 godina.”⁴⁷

Direktiva takođe nalaže da članice Evropske unije donesu zakone, regulativne i administrativne odredbe koje se neophodne za usklađivanje sa istom do 6. aprila 2013. godine.

Drugi pravni instrument od značaja za zaštitu radnih odnosa ljudi i djece, a koji je u direktnoj vezi sa pitanjem prevencije trgovine ljudima i djecom, je Konvencija MOR br. 189 i prpratna Preporuka br. 201 o dostojanstvu rada zaposlenih u domaćinstvima koje su usvojene juna 2011. godine na 100. konferenciji međunarodnog rada prilikom koje su se vlade obavezale da štite njihova ljudska i radna prava. Konvencija postavlja jasne standarde koji zaposlenima u domaćinstvima omogućavaju dostojanstvene radne uslove. U izradi ove Konvencije učestovale su sve interesne strane, koje su se obvezale na dogovor, odnosno

⁴⁷ EU directive 2011/36/EU on prevention and combating trafficking in human beings and protecting its victims, Official Journal of the European Union (OJ L 101, 1 15.4.2011).

poslodavci, vlade i radnici. Konvencija je usvojena sa preko 80% glasova. Iako nije otvorena za ratifikaciju, Preporuka br. 201, koja dopunjuje Konvenciju br. 189, nudi praktične savete u pogledu mogućih pravnih i drugih mera kako bi se primenila prava i principi navedeni u Konvenciji.⁴⁸ Ovom Konvencijom su zaposlenima u domaćinstvima zagarantovana sva radna prava i usvojeni su osnovni standardi zaštite domaćih i stranih radnika/ca u domaćinstvima, kao što su adekvatne plaće i sati rada, pravo na socijalnu skrb i socijalno osiguranje, pravo na slobodne dane kao i pravo na osnivanje i pridruživanje sindikatima.

Međunarodna organizacija rada procenjuje da u domaćinstvima širom svijeta radi oko 52,6 miliona ljudi od čega žene čine 83%. Promatrano u odnosu na broj zaposlenih žena u svijetu, kućne pomoćnice čine 7.5% od tog broja. Uprkos ovakvoj odgovornoj ulozi, radnici/ce su često izloženi izrabljivanju, eksploataciji, nasilju, diskriminaciji, teškim uslovima i nemaju pristup organima koji bi zaštitili njihova ljudska i radna prava. Nakon 63 godine, ova vrsta „neprofitnog” posla, koji se oduvijek smatrao ženskim i kao takav se nije cijenio, je konačno prepoznat kao rad na međunarodnom nivou. U pogledu dece, ona koja rade po domaćinstvima, smatraju se članovima porodice i podrazumijeva se da se taj rad neće platiti već će se detetu obezbediti hrana ili uz mnogo sreće školovanje. Mnoga postanu žrtve eksploatacije i bivaju osuđena na neograničeno radno vrijeme, rad bez nadnice i nemanje pristupa odgovarajućoj zdravstvenoj skrbi.

Neki od primjera rada u domaćinstvu koji su obuhvaćeni Konvencijom su čišćenje kuće, kuvanje, pranje i peglanje robe, briga o deci, starim ili bolesnim članovima porodice, baštovanstvo, čuvanje kuće, odvoženje i dovoženje članova porodice, i čak čuvanje kućnih ljubimaca.⁴⁹ Konvencija pokriva osnovna prava radnika u domaćinstvu: promovisanje i zaštitu ljudskih prava svih radnika;⁵⁰ poštovanje i zaštitu osnovnih principa i prava na poslu;⁵¹ efikasna zaštita protiv svih oblika zloupotrebe, zlostavljanja i upotrebe sile;⁵² poštenu uslovi zaposlenja i života.⁵³ U pogledu radnog vremena, ona nalaže da je potrebno preduzeti mere da se postigne jednaki tretman između radnika u domaćinstvu i radnika uopšte u pogledu normalnog radnog vremena, kompenzacije za prekovremeni rad, periode dnevnog i nedeljnog odmora, i plaćeni godišnji odmor.⁵⁴ Isti član nalaže da radnik ima bar 24 uzastopna sata odmora u okviru radne nedelje i nalaže regulaciju sati kada je radnik na *stand-by*, tj. kada ne radi, ali je na raspolaganju poslodavcu ukoliko se ukaže potreba za njegovom uslugom. Što se tiče plaćanja, Konvencija nalaže minimalnu nadnicu⁵⁵ koja se treba isplatiti direktno radniku u gotovini i to u regularnim

48 ILO Recommendation no. 201 concerning decent work for domestic workers, 2011.

49 ILO Convention no. 189 on Domestic Workers, 2011.

50 Ibid., član 3.

51 Ibid., članovi 3, 4, 11.

52 Ibid., član 5.

53 Ibid., član 6.

54 Ibid., član 10.

55 Ibid., član 11.

intervalima koji ne smiju biti duži od jednog mjeseca⁵⁶. Ukoliko je to predviđeno kolektivnim ugovorom ili zakonom, radnik se može platiti čekom ili transferom u banci. Plaćanje urobi je dozvoljeno pod tri uslova:

- (1) kao ograničeni dio ukupnog novčanog iznosa,
- (2) ukoliko je novčana vrijednost robe pravedna i prihvatljiva, i
- (3) ukoliko su proizvodi ili usluge koje se nude kao sredstvo plaćanja od lične upotrebe i koristi za radnika.⁵⁷

Ovo podrazumijeva da uniforma i drugi proizvodi koji se koristi pri radu nisu sredstva plaćanja već instrumenti koji se moraju obezbediti kako se radnik ne bi finansijski opteretio kupovinom istih. Cena koja se plaća privatnim poslodavačkim agencijama se ne smije oduzeti od plate.⁵⁸ Što se tiče dece koja rade u domaćinstvu, Konvencija nalaže da se ustanovi minimalni uzrast za zapošljavanje u domaćinstvu i to u skladu sa Konvencijama MOR br. 138 i 182, i da ne bude niži od onog koji je ustanovljen nacionalnim zakonima, a koji se odnose na sve radnike.⁵⁹ Isti član nalaže da zemlje potpisnice preduzmu sve mjere kako rad koji obavljaju radnici između 15 i 18 godina ne bi ometao djecu i lišio ih obaveznog školovanja ili bio u sukobu sa mogućnostima da učestvuju u daljem obrazovanju ili strukovnim obukama.

Oba ova pravna instrumenta igraju značajnu ulogu u pogledu zaštite odraslih i djece od trgovine u svrhu radne eksploatacije i sagledavaju ovaj problem fokusirajući se na samu žrtvu. Bez obzira što je EU Direktiva 2011/36/EU obavezujućeg, a Konvencija MOR br. 189 neobavezujućeg karaktera, obje imaju za cilj da ih vlade država širom sveta usvoje, primene i da se njima rukovode kroz stvaranje nacionalnih mehanizama za rano identificiranje, pomoć i zaštitu potencijalnih i aktuelnih žrtava trgovine ljudima.

9. ZAKLJUČAK

Definiranjem trgovine ljudima putem Palermo protokola 2000. godine uspostavljeni su pravni okviri i date smjernice za borbu protiv ovog fenomena. Iako na konstantnoj meti kritika uslijed svoje generalizacije i neadekvatne operacionalizacije, definicija koju nudi predstavlja dobru polaznu osnovu u cilju inkriminacije trgovine ljudima i po prvi put sugerise državama koje mjere trebaju preduzeti kako bi se zaštitila prava i pružila pomoć žrtavama. S obzirom da se diskusija o trgovini ljudima skoro isključivo fokusira na slučajevima trgovine ljudima u svrhu seksualne eksploatacije, ovaj rad je prepoznao kritičnu potrebu za analizom trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije. U tom kontekstu, predmet

⁵⁶ Ibid., član 12.

⁵⁷ Ibid., član 12.

⁵⁸ Ibid., član 15.

⁵⁹ Ibid., član 4.

istraživanja ovog rada je definisan kroz analitičko sagledavanje problematike trgovine odraslima i djecom u kontekstu eksploatacije njihovog rada u Republici Srbiji, a kroz proučavanje pravne dimenzije ovog fenomena na nacionalnom nivou, regionalnom i međunarodnom nivou.

Na osnovu istraživanja i analize pravnih struktura, moguće je zaključiti da je u posljednje dvije decenije došlo do znatnog napretka u aktivnostima koje se tiču efikasne borbe protiv trgovine ljudima i decom na međunarodnom planu. U skladu sa globalnim naporima, Republika Srbija je znatno unaprijedila zakonodavstvo usvojivši niz pravnih instrumenata i mehanizama, kao i ostvarila konkretne programe i planove aktivnosti u cilju učinkovitijeg sagledavanja ovog fenomena i formiranja adekvatnih strategija za njegovo iskorenjivanje.

Konačno, negativan globalni utjecaj fenomena trgovine ljudima zahteva konstantno formuliranje i donošenje zakonodavnih rješenja koja bi imala ulogu protuteže, i u tom smislu najnovija Direktiva Evropske unije 2011/36/EU i Konvencija MOR br. 189, zajedno sa Preporukom br. 201 o dostojanstvu rada zaposlenih u domaćinstvima, zauzimaju važno mjesto među raspoloživim pravnim instrumentima od koristi u borbi protiv trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije. Imajući u vidu isprepletanost globalnih kriminalnih mreža, stalnim inoviranjem rešenja i odgovora na ovo kriminalno delo, kao što su navedena dva instrumenta, bit će moguće trajno iskoreniti ovaj problem.

Summary

HUMAN TRAFFICKING FOR LABOUR EXPLOITATION: STRUCTURE AND DYNAMICS OF THE LEGAL FRAMEWORK IN THE REPUBLIC OF SERBIA

The majority of academics and experts problematize human trafficking for labor exploitation as a phenomenon related to irregular migration and state security, and the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, which supplements the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, defines it as such. While this view marginalizes the concept of human trafficking in terms of violations of human rights and human security, this protocol has defined the very notion of human trafficking within the international legal system and, albeit heavily criticized for being too general and not easily operationalized, it launched the fight against this crime and enhanced the formulation of strategies and obligations that countries have in relation to the provision of victim support and assistance. The paper situates the issue of human trafficking in the context of labour exploitation, and focuses on the analysis of the legal framework that developed in the Republic of Serbia in the last ten years. In conclusion, the author introduces the most recent international and regional legal instruments aiming to facilitate timely and efficient combat against human trafficking for labour exploitation.

Keywords: *human trafficking, U.N. Convention against Transnational Organized Crime, U.N. Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Serbia.*

Zusammenfassung

MENSCHENHANDEL ZUM ZWECKE DER ARBEITSEXPLOITATION: STRUKTUR UND DYNAMIK DES RECHTSRAHMENS IN DER REPUBLIK SERBIEN

Die meisten Akademiker und Experten betrachten die Problematik des Menschenhandels zum Zwecke von Arbeitsexploitation durch das Prisma von irregulären Migrationen und Staatssicherheit, und als solcher wird er auch im Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels, zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, definiert. Obwohl solcher Ansatz die Betrachtung von Fragen des Menschenhandels aus der Perspektive der Menschenrechts- und Menschen sicherheitsverletzung marginalisiert, hat er den Begriff des Menschenhandels im Rahmen des

völkerrechtlichen Systems definiert, womit man den Kampf gegen diese Straftat und eine bessere Formulierung von Strategien und Verpflichtungen der Staaten bezüglich der Unterstützung und Hilfe für die Opfer veranlasst hat. Diese Arbeit setzt die Problematik des Menschenhandels in den Kontext von Arbeitsexploitation und analysiert den Rechtsrahmen von der Republik Serbien in den letzten zehn Jahren. Am Ende der Arbeit werden Novellen im Spektrum von internationalen und regionalen Rechtsinstrumenten dargestellt, deren Ziel die Ermöglichung des rechtzeitigen und effektiven Kampfes gegen den Menschenhandel zum Zwecke der Arbeitsexploitation ist.

Schlüsselwörter: *Menschenhandel, Serbien, Rechtsrahmen.*

Riassunto

LA TRATTA DI PERSONE AI FINI DI SFRUTTAMENTO DEL LAVORO: STRUTTURA E DINAMICA DEL QUADRO NORMATIVO NELLA REPUBBLICA DI SERBIA

La maggior parte degli accademici e degli esperti osserva il problema della tratta di persone ai fini di sfruttamento attraverso il prisma delle migrazioni irregolari e della sicurezza statale, e come tale viene definita anche dal Protocollo ONU per la prevenzione, la lotta e la punizione della tratta di persone, in particolare di donne e bambini, che integra la Convenzione dell'ONU contro la criminalità organizzata transnazionale. Benché tale prospettiva marginalizzi la visione della questione della tratta di persone sotto l'aspetto della violazione dei diritti dell'uomo e della sicurezza dell'uomo, la stessa ha definito la medesima nozione di tratta di persone nell'ambito del sistema giuridico internazionale mediante cui è intrapresa la lotta contro tale reato ed ammoderna la formulazione della strategia e degli obblighi che gli stati hanno nel supportare ed aiutare le vittime. Il presente contributo comprende il problema della tratta di persone nel contesto dello sfruttamento del lavoro ed analizza il quadro normativo della Repubblica di Serbia nell'ultimo decennio. In conclusione, vengono presentate le novità nell'ambito degli strumenti giuridici internazionali e regionali che hanno quale scopo la realizzazione di una lotta tempestiva ed efficace contro la tratta di persone a fini di sfruttamento del lavoro.

Parole chiave: *tratta di persone, Serbia, quadro normativo.*

DOPRINOSI SOCIOLOŠKE TEORIJE KONCEPTUALIZACIJI (DEZ)INTEGRACIJE DRUŠTVA

Dr. sc. Marko Mrakovčić, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 316.42.054
Ur.: 20. svibnja 2013.
Pr.: 5. rujna 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Doprinos sociološke teorije u razumijevanju i konceptualizaciji problematike (dez)integracije društva osnovni je tematski okvir ove rasprave. Rad je podijeljen u dva dijela. Prvi dio rada razmatra doprinose klasika sociologije u rasvjetljavanju procesa (dez)integracije društva. Ističe se da su Durkheim, Simmel i Weber u okviru svojih teorija ukazali na različite dimenzije društvenosti neophodne za razumijevanje tog procesa, ali da je disparatnost njihovih teorijskih pristupa dovela do nastanka redukcionističkih objašnjenja (dez)integracije u okviru suvremenih socioloških pristupa. Drugi dio rada raspravlja o naporima suvremenih autora da prevladaju spomenuti problem. Raspravlja se ulogi koju je D. Lockwoodova distinkcija između systemske i socijalne integracije imala u tom pokušaju, te o načinima na koje su A. Giddens, J. Habermas i N. Mouzelis iskoristili tu distinkciju kako bi stvorili primjerenije teorijsko-konceptualne okvire za sociološko razumijevanje i eksplikaciju procesa konstitucije, integracije, transformacije i dezintegracije društvenog života. Zaključuje se da je analitičko razlikovanje pojmova systemske i socijalne integracije nužno za adekvatnu eksplikaciju spomenutih procesa jer ukazuje da njih simultano oblikuju pritisci proizašli iz stanja normativne i institucionalne strukture društvenog poretka, ali i reakcija koje na takvo stanje imaju akteri i kolektiviteti različitih interesa i identiteta.

Ključne riječi: društveni poredak, društvena struktura, društveno djelovanje, systemska integracija, socijalna integracija.

1. UVOD

Krajem 20. i početkom 21. stoljeća brojna društva se suočavaju s novim izazovima integracije.* Zbog toga, kako ističe Kalanj, već pred kraj 20. stoljeća

* Rad je proizašao iz znanstvenog projekta Socijalna integracija i kolektivni identiteti u višetničkim područjima Hrvatske, koji se provodi uz potporu Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske.

počinje rasti bojazan od dezintegracije društva. Smatra da je to jedan od „znakova vremena“ koji privlači sve veću pozornost i eksperata razvoja i znanstvenih krugova.¹ Procesi i događaji koji su doveli do toga da se aktualizira pitanje integracije društva su brojni. Pritom treba istaknuti raspad društava „realnog socijalizma“ i nastojanja da se uspostave novi poredci i sustavi, ubrzavanje nadnacionalnih integracijskih procesa, tzv. devolucijske procese u zapadnoeuropskim zemljama, intenziviranje međuetničkih sukoba u različitim društvima zbog djelovanja nacionalnih i međunarodnih čimbenika, najnovije migracijske trendove iz nerazvijenih zemalja, koji posebno pogađaju razvijene zemlje Zapada.² Brojnost spomenutih „žarišnih točaka“ ukazuje da novi izazovi integracije nisu uzrokovani specifičnostima unutarnjih problema pojedinih tipova društava, nego procesima koji simultano zahvaćaju različita društva diljem svijeta. Ti su izazovi društvenog razvoja vidno nadišli organizacijske i legitimacijske kapacitete postojećih modela integracije, što je potaklo otvaranje pitanja o potrebi mijenjanja postojećih i izgradnji novih institucionalnih obrazaca te oblika zajedništva. Posljedično, novonastala potreba za znanstvenim obrazloženjem nastanaka i posljedica novih načina diferencijacije, novih tipova konflikata, ali i novih tipova društvenog zajedništva potaknula je i sociološku teoriju da pojam integracije razmotri i konceptualizira iz novog rakursa.³

Prije rasprave o doprinosima suvremenih autora treba istaknuti da pitanje integracije društva zauzima važno mjesto u razvoju sociološke misli općenito gledano. Ono predstavlja središnje pitanje i sociološke tradicije i suvremenih socioloških teorija, te je neraskidivo povezano s problematikom društvenog razvoja i promjena.⁴ Svjedočeći velikim društvenim promjenama izazvanim procesima industrijalizacije i modernizacije klasici sociologije su o problemima integracije raspravljali u kontekstu pokušaja sprječavanja raspada zajednice i tradicionalnih oblika društvenog života.⁵ Može se ustvrditi da su upravo procesi ubrzane diferencijacije društvenih struktura njihova vremena i prateće promjene karaktera do tada dominantnih oblika društvenih odnosa potaknuli klasične sociologe da problematiziraju i raspravljaju o problemima integracije. Zbog toga je ta problematika postala i do danas ostala nezaobilazna referentna točka sociologije kao znanstvene discipline. Posljedično, kako ističe Čaldarović, pojam integracije postao je jedan od najkorištenijih pojmova u sociologiji. Ipak, uz navedeno, on naglašava da se treba ukazati i na to da se u sociologiji taj pojam najčešće određuje ne po onome što on znači, nego po tome na što upućuje ili na što se referira.⁶ To

- 1 Kalanj, R., Integracija i dezintegracija, Zagreb, Socijalna ekologija, vol. 6, 1-2/ 1997., str. 141-159.,141.
- 2 Banovac, B. i Mrakovčić, M., Integracija i akteri: proturječnost i izazovi., Zagreb, Migracijske i etničke teme, vol. 23, 4/2007., str. 319-345., 319-320.
- 3 Tomić-Koludrović, I., Pojam integracije u suvremenim sociološkim teorijama, u Grubišić, Ivan i Zrinščak, Siniša (ur.), Religija i integracija, Zagreb, Institut društvenih znanosti Ivo Pilar, 1999., str. 11-29., 13.
- 4 Kalanj, R., op. cit., str. 146.
- 5 Tomić-Koludrović, I., op. cit., str. 13.
- 6 Čaldarović, O., Sociološki problem integracije, u Sergejev, Dimitrije (ur.), Hrvatska i Europa, Zagreb, Jesenski i Turk, Hrvatsko sociološko društvo, 2007., str. 23-36., 23.

je posebno primjetno u radovima klasičnih sociologa. Velika većina klasika je u svojim radovima raspravljala o problemima integracije, ali u isto vrijeme nije pružila jasnu i preciznu definiciju tog pojma. Konačno, evidentno je i to da su klasici sociologije u okviru svojih teorijskih polazišta pri raspravi o problemima (dez) integracije naglasak stavljali na bitno različite aspekte društvenosti. S jedne strane to je ukazalo na izuzetnu složenost i višedimenzionalnost tog procesa, a s druge, potaknulo nastanak redukcionističkih konceptualizacija tog problema u okviru suvremenih socioloških pristupa. Tek su se rijetki suvremeni autori odlučili izravno pozabaviti tim složenim teorijskim problemom i eksplicitno konceptualizirati taj pojam. Shodno tomu, u nastavku rada će se središte rasprave usmjeriti samo na doprinose onih suvremenih autora, koju su, prema našem mišljenju, u okviru svojih metateorija značajno doprinijeli eksplicitnoj konceptualizaciji tog pojma.⁷ Prije toga će se, prikazati ideje odabranih klasika sociologije koji su, prema našem mišljenju, bitno utjecali na shvaćanje tog procesa u okviru suvremenih pristupa.

2. KLASIČNA SOCIOLOGIJA I PITANJE (DEZ)INTEGRACIJE DRUŠTVA

Jedan od klasika čije se ideje u okviru ove rasprave nikako ne smije zanemariti je E. Durkheim. On svoje teorijsko polazište temelji na ideji da je društvo entitet *sui generis*, skup društvenih činjenica prvenstveno određenih kao norme (pravne, moralne, običajne).⁸ Društvene činjenice definira kao: „svaki, utvrđen ili ne, način djelovanja koji je kadar na pojedinca izvršiti izvanjsku prinudu; ili još, koji je općenit u cjelokupnom danom društvu u isti mah posjedujući vlastitu opstojnost, neovisnu o njenim pojedinačnim očitovanjima“. Ono što je zajedničko svim društvenim činjenicama, a važno je za razumijevanje procesa konstitucije društvenog života, jest to da one usmjeravaju i ograničavaju i djelovanje pojedinaca i organizaciju društvenog života općenito gledano. Prema Durkheimu društvene činjenice, kroz pritiske i ograničenja koje stvaraju, u potpunosti oblikuju društvene odnose na svim razinama društvenog života.¹⁰ Dakle, norme, shvaćene u širem

7 U radu se naslanja na N. Mouzelisovo razlikovanje dva tipa sociološke teorije. Prvi, supstantivni tip, koji predstavlja skup samostalnih iskaza koji pokušavaju reći nešto novo, što još nije poznato o društvenom svijetu. Vrijednost tvrdnji teorija ovog tipa provjerava se izravno putem empirijskih istraživanja. Teorije drugog tipa, o kojima raspravljamo u ovom radu, označava se različitim nazivima poput metateorija, paradigma, teorija kao konceptualni okvir ili heurističko sredstvo. Vrijednost ovog tipa teorija provjerava se na osnovi razrađenosti, upotrebljivosti i heurističke plodnosti konceptualnih oruđa (pojmovi) koje pružaju pri analizi društvenih pojava (v. Mouzelis, N. Sociologijska teorija: Što je pošlo krivo? Dijagnoza i pomoć, Zagreb, Jesenski i Turk/Hrvatsko sociološko društvo, 2000., str. 19-22.).

8 Kregar, J., i dr. Uvod u sociologiju, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. 2008., str. 170.

9 Durkheim, E., Pravila sociološke metode, Zagreb, Jesenski i Turk/Hrvatsko sociološko društvo, 1999., str. 32.

10 Kalanj, R., Suvremenost klasične sociologije, Zagreb, Politička kultura, 2005., str. 164.

značenju tog pojma, predstavljaju društvene činjenice koje imaju dvostruku funkciju u konstituiranju i integriranju društva. S jedne strane, reguliraju ponašanja pojedinaca, a s druge, osiguravaju povezivanje i integriranje različitih institucija i društva u cjelini.¹¹ Shodno tomu, odlučujući uzrok pojedine društvene činjenice ili pojave treba tražiti među prethodnim društvenim činjenicama, a ne među stanjima pojedinačne svijesti.¹² Takva vrsta objašnjenja zahtijeva da se temeljne pokretače ili uzroke kolektivnog razvoja traži upravo u samom „unutarnjem društvenom okruženju“.¹³

Kako bi objasnio vezu između društvenog razvoja i različitih modela integracije društva Durkheim koristi pojam društvene solidarnosti. Smatra da društvo može postojati samo ako su njegovi dijelovi solidarni. Da bi neka društvena činjenica mogla solidarizirati društvo mora imati moralni karakter. Dakle, sva moralna pravila koja mogu od mase pojedinaca učiniti koherentan društveni agregat iskazuju temeljne uvjete društvene solidarnosti.¹⁴ Različiti tipovi društva, ovisno o stupnju izdiferenciranosti struktura i funkcija, zahtijevaju različite tipove solidarnosti (mehanizme integracije) kako bi osigurali nužnu razinu vlastitog integriteta i funkcionalnosti. Stoga, društvena solidarnost predstavlja odnos struktura i načina funkcioniranja društva s odgovarajućim sustavom vrijednosti. Ona postoji samo onda kada se organizacijske forme društva slažu s odgovarajućim oblikom morala.¹⁵ Ako to nije slučaj dolazi do anomije, „bolesnog društvenog stanja“ u kojem postojeći normativni poredak ne može adekvatno regulirati djelovanje pojedinaca i integrirati vitalne funkcije postojeće društvene organizacije. To je stanje u kojem moral, nužan za integraciju društva, prolazi kroz ozbiljnu krizu.¹⁶ Dakle, anomija predstavlja lom normativne strukture, tj. situaciju u kojoj norme ne postižu potrebne učinke regulacije i integracije.¹⁷ Prikazana perspektiva smatra da uzroke procesa (dez)integracije društva uvijek treba tražiti u (ne)usklađenosti njegovih normativnih struktura, a ne u karakteristikama samih aktera, koji djeluju u okviru društvenih podsustava. Zbog toga ona prenaplaćava važnost strukturne dimenzije procesa (dez)integracije, a zanemaruje njenu akcijsku dimenziju, koja uključuje interese, identitete i strategije aktera.

Drugi značajan doprinos konceptualizaciji (dez)integracije društva može se pronaći u pristupu G. Simmela. On odbacuje Durkheimov pretjerani „sociologizam“

11 Kregar, J., i dr., op cit., str. 170.

12 Durkheim, E., *Pravila...*, op. cit., str. 104.

13 Durkheim, E., *Pravila...*, op. cit., str. 130.

14 Durkheim, E., O podjeli društvenog rada, u Cvjetičanin, Veljko i Supek, Rudi, *Emile Durkheim i francuska sociološka škola*, Zagreb, Naklada Ljevak, 2003., str. 103-166., 155-156.

15 Tomić-Koludrović, I., op. cit., str. 14.

16 U razdobljima brzih i snažnih društvenih promjena do anomije dolazi upravo zbog toga što je postojeći moral u nekim dijelovima društva „nepopravljivo uzdrman“, a novi moral koji je nužan za solidariziranje (integraciju) društva u novim uvjetima još nije izgrađen v. Durkheim, E., O podjeli..., str. 165-166.

17 Kregar, J., i dr., op. cit. str. 180.

prema kojem društvo prethodi interakciji među pojedincima. Smatra da se društvena povezanost „činjenično i neposredno izvodi u *stvarima* – koje su ovdje individualne duše“. ¹⁸ Zato za Simmela upravo forme društvene interakcije i njihove posljedice predstavljaju ključne čimbenike koji oblikuju procese konstitucije i integracije društvenog života. Veze nastale u okviru ekonomskih, političkih, socijalnih formi društvenog života daju ljudima amorfnu smisao njihova jedinstva, osjećaj da su dio postojeće i stabilne društvene strukture. ¹⁹ Dakle, forme društvenog djelovanja, a ne njihovi sadržaji predstavljaju temeljne odrednice društvenog života. Zbog toga one moraju biti i osnovni predmet sociološkog istraživanja. U okviru Simmelove sociologije mogu se razlikovati dvije temeljne kategorije društvenih formi. Prvu predstavljaju generički društveni procesi kao što su diferencijacija, sukob i društvena promjena. Drugu predstavljaju strukturni odnosi uloga, kao što je uloga stranca. ²⁰ Prema tomu, za Simmela društvo u empirijskom smislu nije ništa drugo nego posljedica uzajamnog djelovanja njegovih elemenata (aktera). Primjerice, država, kao društvena forma, predstavlja jednu cjelinu u sociološkom smislu zbog toga što među njezinim građanima postoji odgovarajući odnos međusobnih utjecaja. Ako dođe do „presijecanja“ uzajamnosti utjecaja među dijelovima, odnosno ako svaki od njegovih dijelova prestane djelovati na svaki drugi njegov dio, nestaje i jedinstvo koje konstituira samo društvo. ²¹ Zbog toga temelje procesa konstitucije i integracije društva treba tražiti u formama koje nastaju međusobnim odnosima i utjecajima aktera, a ne u (ne)usklađenosti sadržaja njegove normativne strukture.

Simmel je pretpostavke svoje formalne sociologije dosljedno primjenjivao na istraživanje brojnih konkretnih društvenih pojava. ²² Proučavao je utjecaje diferencijacije društva i njene individualne učinke. ²³ Istraživao je kako razvoj industrijskih društava dokida integriranost kulture i individualnog životnog svijeta, te kako utjecaji industrijalizacije i diferencijacije mijenjaju odnos između „stvari“ i „ljudi“. Naglašavao je da sve veća objektivizacija kulture, potaknuta spomenutim procesima, dovodi do „tragedije kulture“ koja generira snažnu tendenciju otuđenja pojedinaca. ²⁴ Pokazao je da kontekst života u velegradu potiče razvoj određene doze rezerviranosti i otuđenosti među pojedincima. Isticao je da navedena stanja u slučaju „poticanja bliskog dodira“ između ljudi u takvom okruženju mogu lako prerasti u mržnju i sukob. Uz to je ukazao na važnost uloge stranca u generiranju karaktera dinamike društvenih odnosa i integracije društvenih grupa. ²⁵ Simmelova usredotočenost na analizu utjecaja spomenutih formi na oblikovanje dinamike

18 Simmel, G., Sociologija, u Lukić, D. Radomir, Formalizam u Sociologiji, Zagreb, Naprijed, 1987., str. 247-260., 258.

19 Kalanj, R., Suvremenost..., op. cit., str. 213.

20 Ibid., str. 214.

21 Simmel, G., Sociologija..., op. cit., str. 249.

22 Vidi Simmel, G., Kontrapunkti kulture, Zagreb, Jesenski i Turk/Hrvatsko sociološko društvo, 2001.

23 Kalanj, R., Suvremenost..., op. cit., str. 210.

24 Tomić-Koludrović, I., op. cit., str. 14-15.

25 Simmel, G., Kontrapunkti..., op. cit., str. 152.

društvenog života oslobodila je istraživače iluzije totaliteta društva i omogućila da se društvene pojave promatraju kao „momenti“ društvene igre ili kolektivnog života. To je dopustilo da se društvene pojave počne analizirati i objašnjavati u relacijskom i dinamičkom smislu, kao opticaje, procese i interakcije.²⁶ Budući da ističe kako akteri mogu istodobno sudjelovati u različitim tipovima društvenih socijacija ova perspektiva omogućuje da se o procesu (dez)integracije raspravlja postavljajući pitanja o konkurenciji i sukobima. Ipak, takav pomak u razumijevanju konstitucije društvenosti, koji prenaglašava utjecaj društvenih formi, a zanemaruje utjecaj društvenih sadržaja, ima i svoju cijenu. Simmelu se stoga često prebacuje da je društvenost razumio na ahistorijski način.²⁷

M. Weber u okviru svojeg relacionističkog shvaćanja društvenosti pokušava izbjeći navedenu zamku. Za razliku od Simmela on jasno naglašava razliku između subjektivno i objektivno važećeg „značenja“.²⁸ Na temelju te distinkcije određuje područje istraživanja sociologije. Ona se po njemu ne treba baviti iznalaženjem logički ispravnih „objektivnih“ smislaonih sadržaja „pravnih odredbi“, nego društvenim *djelovanjem* povezanim uz njih. Odnosno, sociologija treba proučavati društveno djelovanje, čije determinante i rezultante ovise o subjektivnim predodžbama koje akteri imaju o „smislu“ i „valjanosti“ tih odredbi.²⁹ Vodeći se tom linijom promišljanja, sociologiju definira kao znanost koja želi razumjeti i tumačiti društveno djelovanje i tako objasniti ono što je uzročno u njegovom toku i posljedicama.³⁰ Proizlazi da sociologija treba prvo razumjeti i protumačiti subjektivna značenja koja društvenom djelovanju pridaju akteri, a tek onda, na osnovi toga, dati njegovo uzročno objašnjenje. Potonje ukazuje da je za objašnjenje konstitucije i (dez)integracije društvenih odnosa (i društvenosti općenito gledano) neophodno razmatrati i razumjeti upravo društveno djelovanje i značenja koja tom djelovanju pripisuju akteri. Odnosno, da je nužno razumjeti značenja koja akteri, djelujući u okviru različitih tipova društvenih odnosa i konkretnih društvenopovijesnih situacija, vezuju uz pojedinačne društvene pojave, grupe, aktere i institucije nekog društvenog poretka.

Pojam grupe se nameće kao važan pojam nužan za razumijevanje procesa (dez)integracije. Weber grupu definira kao zatvoreni društveni odnos u kojem je

26 Kalanj, R., *Suvremenost...*, op. cit., str. 232.

27 Banovac, B. i Mrakovčić, M.,..., op. cit., str. 322-323.

28 Iako je u raspravi o osnovnim pojmovima Weberove sociologije kao glavni izvor korištena knjiga *Privreda i Društvo* - tom I, Beograd, Prosveta, 1976., str. 3. ([Weber, Max], Вебер, Макс. *Привреда и друштво*, 1., Београд: Просвета, 1976.) radi jezičnih usklađenja na hrvatski jezik dodatno je konzultiran i prijevod dijelova te knjige M. Đurića, koji je objavljen u drugom izdanju *Sociološke hrestomatije* pod naslovom *Sociologija Maxa Webera*, Zagreb, 1987. str. 222. - 286. U konkretnom slučaju, u Prosvetinom se izdanju navodi razlika između „smeranog i objektivno važećeg značenja“ (str. 3.), a u Sociološkoj hrestomatiji razlika između „subjektivnog i objektivno važećeg značenja“ (str. 223.). Mi smo se na ovom mjestu odlučili za prijevod iz *Sociološke hrestomatije* pa upozoravamo na navedenu razliku u odnosu na prijevod dan u sklopu prvotno navedene reference.

29 Weber, M., *Metodologija društvenih nauka*, Zagreb, Globus, 1986., str. 169.

30 [Weber, M.], Вебер, М., *Привреда и друштво*, 1., Београд, Просвета, 1976., str. 3.

prijem autsajdera ograničen i u kojem se održavanje društvenog poretka ostvaruje djelovanjem određenih aktera (autoriteta ili nositelja vlasti). Ti akteri posjeduju vlast u grupi i svojim ponašanjem teže očuvati njen poredak. Weber ističe da je za određene grupe nevažno radi li se o društvenom odnosu tipa zajednice ili društva, već jedino to da postoji vjerojatnost da u njoj pojedini akteri djeluju u cilju očuvanja uspostavljenog poretka. Ako taj uvjet izostane on smatra da onda postoji samo društveni odnos između aktera, ali ne i grupa.³¹ Takav odnos vladanja jednih aktera nad drugima uvijek u prvi plan postavlja i pitanje legitimnosti autoriteta vlasti i pitanje legitimnosti uspostavljenog društvenog poretka općenito. Za razumijevanje procesa (dez)integracije je važno da u određenim okolnostima poredak jedne grupe u isto vrijeme može biti nametnut i njenim članovima i *autsajderima*. To je posebno značajno u situaciji kada se nečlanovi grupe (*autsajderi*) nalaze u nekom odnosu prema teritoriju na kojem ta grupa djeluje i na kojem *njeni autoriteti vlasti održavaju uspostavljeni društveni poredak*.³² Shodno tomu, ako pojedini akteri ocjene da je vlast određene grupe nelegitimna i poredak koji ona pokušava osigurati može biti doveden u pitanje. Nepriznavanje poretka i autoriteta pojedine grupe koja vlada na određenom teritoriju može dovesti do procesa dezintegracije društvenih odnosa između aktera koji pripadaju različitim komunalnim zajednicama ili različitim interesnim asocijacijama. Ovakva konceptualizacija društvenosti omogućuje da se procese konstitucije, reprodukcije i (dez)integracije društvenih, političkih i ekonomskih struktura s jedne, i procese oblikovanja karaktera i dinamike društvenih odnosa između aktera s druge strane, razumije i objašnjava kao posljedice društvenih djelovanja u čijoj pozadini stoje vrijednosti, interesi i značenja koje uvlače u njih akteri. Posljedično, to upućuje da se dinamiku društvenih odnosa i procese društvenih promjena treba objašnjavati kontekstualno, uzimajući u obzir važnost kulturnih sadržaja i ideja koja usmjeravaju djelovanje aktera.³³

Na kraju ove kratke rasprave treba istaknuti da, bez obzira na različite pristupe procesu (dez)integracije, ovaj fenomen u okviru klasične sociološke misli, predstavlja nezaobilaznu točku u razumijevanju društvene promjene i društvenih odnosa. U svojim nastojanjima da objasne bit procesa konstitucije, reprodukcije i (dez)integracije društvenih odnosa i društvenog poretka navedeni klasici su ukazali na važnost različitih aspekata društvenosti. Pokazali su da se iz sociološke perspektive procesu (dez)integracije može pristupiti iz više uglova ili aspekata društvenosti. Može se analizirati iz perspektive (ne)usklađenosti između društvenih

31 Ibid., str. 33-34.

32 Ibid., str. 35. (*kurziv M. M.*).

33 M. Albrow ističe da su za Webera socijalne strukture i obrasci društvenih odnosa zapravo nositelji ideja koje se prenose i oblikuju putem svakodnevne interakcije ljudi koji djeluju unutar njih. U tom smislu, ideje dobivaju praktični značaj u *konstituciji društvenosti* (op. M. M.) jer se otjelovljuju kroz djelovanje aktera. Zbog toga se po njemu društvo može razumjeti jedino kao proizvod djelovanja aktera koji razmišljaju, osjećaju i teže nečem. Shodno tome, empirijsko istraživanje društvenog života prema Weberu mora se utemeljiti na deskripciji i objašnjenju načina na koji ljudi stvaraju i društvo i kulturu v. Albrow, M., Max Weber's Construction of Social Theory, London, Macmillan Education LTD., 1990., str. 275.

pod sustava, institucija i normi, iz perspektive dinamike društvenih odnosa koji proizlaze iz različitih oblika (formi) društvene interakcije, iz perspektive sukoobljenosti interesa ili identiteta društvenih aktera ili grupa, ali i iz perspektive međuodnosa između svih prethodnih dimenzija društvenosti. Uz navedeno klasici su ukazali da se pri konstituciji procesa (dez)integracije društva uvijek isprepliću aspekti objektivne i aspekti subjektivne društvene zbilje. Na kraju treba zaključiti da su klasici sociologije svojim disparatnim teorijama društva istodobno pružili solidne osnove za razumijevanje složenog procesa (dez)integracije, ali i potakli nastanak redukcionističkih objašnjenja dinamike tog procesa u okviru suvremenih socioloških pristupa.³⁴

3. KONCEPTUALIZACIJE PROCESA (DEZ)INTEGRACIJE U OKVIRU SUVREMENE SOCIOLOGIJE

3.1. D. Lockwood - sistemska i socijalna dimenzija (dez)integracije društva

Glavne dvojbe klasične sociologije vezane uz razumijevanje procesa (dez)integracije društva prvotno su prenesene i na konceptualizacije tog fenomena u okviru suvremenih socioloških pristupa. To je posebno vidljivo u suprotstavljenosti pristupa normativnog funkcionalizma i konfliktnih perspektiva. Nezadovoljan ograničenjima takvih pristupa D. Lockwooda je odlučio stvoriti nove analitičke pojmove koje će pomiriti suprotstavljenosti navedenih pristupa i omogućiti adekvatniju analizu procesa (dez)integracije. Pri izgradnji svog konceptualnog aparata razmatra i sumira doprinose i slabosti tih pristupa. Smatra da su glavne nejasnoće vezane uz analizu i objašnjavanje problema (dez)integracije u sociologiji proizašle upravo iz jednostranosti i manjkavosti njihovih osnovnih teorijsko-konceptualnih polazišta.³⁵ Iako ti pristupi zapravo pokušavaju odgovoriti na pitanje što generira društvene promjene, oni u tome ne uspijevaju u potpunosti jer u svojim analizama fokus pretjerano usmjeravaju samo na jednu od važnih dimenzija društvenosti. Jedni pri analizi (dez)integracije društva stavljaju naglasak na strukturne napetosti ili neusklađenosti između institucijskih obrazaca društvenog sustava, a drugi na konfliktnost odnosa između društvenih aktera.³⁶

34 U tom smislu može se zaključiti, kako ističe Banovac, da je rasprava o tezama relevantnih klasičnih autora korisna i važna jer upućuje na osnovna teorijska ishodišta suvremenih rasprava, jer omogućuje zauzimanje kritičkog stava spram ograničenja pojedinih pristupa i jer omogućuje izgradnju inoviranih stajališta o društvenim fenomenima koje se istražuju. Banovac, B., Društvena pripadnost, identitet, teritorij: sociološko istraživanje regionalne pripadnosti u Istri, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1998., str. 11.

35 Lockwood, D., Social and System Integration, u: George K. Zollschann i Walther Hirsch (ur.) Explorations in Social Change, London, Routledge, 1964., str. 244-257., 244.

36 Lockwood ističe da ovo otvara pitanje o tome koji su osnovni (glavni) „dijelovi” društva. Odnosno, pitanje o tome: između koje vrste „dijelova” treba doći do napetosti da bi se dogodila transformacija društvenog poretka.,ibid., 245.

Prema Lockwoodu do te nepotrebne i heuristički neplodne situacije dolazi zbog pretjerane reakcije suvremenih konfliktnih teoretičara na jednostranosti konceptualnog okvira normativnog funkcionalizma.³⁷ Konfliktni teoretičari zamjeraju normativnim funkcionalistima to što društvene institucije promatraju isključivo kao moralne entitete. Smatraju neprihvatljivim to što funkcionalisti iz središta analize (dez)integracije društva ispuštaju načine na koje su norme i moć u društvu isprepleteni i povezani. To je neprimjereno jer moć uvijek igra značajnu ulogu u strukturiranju dominantnih društvenih normi. Zbog toga smatraju da se moć i norme uvijek moraju shvaćati i razmatrati kao opći alternativni načini „institucionaliziranja“ društvenih odnosa.³⁸ Zato konfliktni teoretičari ističu da je moć uvijek presudni čimbenik pri konstituiranju i reproduciranju dominantnog normativnog okvira u svakom društvu.

Lockwood se odlučno suprotstavlja isključivosti oba pristupa i smatra da je neprihvatljivo društvo shvaćati kao isključivo moralni ili kao isključivo prisilni entitet.³⁹ Ne slaže se ni s argumentom pojedinih konfliktnih teoretičara prema kojem je, zbog toga što su pojedini tipovi društva po svojoj prirodi inherentno „konfliktnog karaktera“, dinamiku društvenih promjena dostatno objašnjavati isključivo analizom odnosa moći koji postoje između različitih grupa u društvu.⁴⁰ Ističe da je čak i u situacijama kada je moć glavni čimbenik „institucijalizacije“ društvenih odnosa, a konflikt endemičan društvu, dvojbeno mogu li se društveni procesi u njemu adekvatno objasniti bez upotrebe terminologije koja obuhvaća oba mehanizma integracije. To se posebno odnosi na izostavljanje pretpostavki vezanih uz dinamiku utjecaja dominantnog vrijednosnog sistema ili ideologije na djelovanje ljudi. Stoga, naglašava da je zbog same strukture društvene moći priroda sustava društvenih vrijednosti iznimno važna za razumijevanje geneze, intenziteta i smjera potencijalnog sukoba u društvu.⁴¹ Taj je odnos posebno važan upravo zbog načina na koji prevladavajući sustav društvenih vrijednosti utječe na aspiracije različitih društvenih stratuma i grupa.⁴² Dominantni sustav vrijednosti može kod pojedinih

37 Ibid., str. 246. Lockwood naglašava da je pretjerana zaokupljenost normativnih funkcionalista aspektima systemske integracije društva rezultirala potpunim zanemarivanjem istraživanja procesa socijalne integracije. Jednako tako, ističe da su konfliktni teoretičari isključivim fokusiranjem na aspekte socijalne integracije potpuno zanemarili njenu systemsku dimenziju, *ibid.*, str. 256.

38 Upravo zbog toga što su se konfliktni teoretičari tako žestoko suprotstavili analitičkom reduccionizmu normativnih funkcionalista, Lockwood se posebno čudi što su i oni sami tako lako upali u njegove zamke, *ibid.*, str. 246-247.

39 Ibid., str. 246.

40 To se posebno odnosi na industrijski tip društva za koji konfliktni teoretičari smatraju da je intrinzično protkan suprotstavljenošću interesa različitih društvenih slojeva i grupa.

41 Ibid., str. 248.

42 Pripadnici različitih društvenih grupa mogu, zbog svojih različitih interesa, uvjerenja ili identifikacija, različito doživljavati postojeći društveni poredak i eventualne strukturalne napetosti u njemu. Shodno tomu, mogu imati i različite aspiracije vezane uz promjenu istih. Upravo zbog toga dominantni sustav vrijednosti (ili dominantna ideologija koja legitimira trenutni društveni poredak) neizostavni čimbenik koji uokviruje dinamiku društvenog djelovanja

grupa poticati težnju za transformacijom trenutnog društvenog poretka, ali i ne mora. Primjerice, taj sustav može jednostavno kod svih društvenih slojeva i grupa legitimirati postojeći društveni poredak, apsorbirati specifičnosti njihovih posebnih ideologija i interesa, te generirati aspiracije za održavanjem *statusa quo*.⁴³ Dakle, dominantni vrijednosni sustav nerijetko uspijeva konzervirati i integrirati postojeći društveni poredak (i odnose moći u njemu) unatoč postojanju potencijalnih sukoba interesa između grupa i unatoč situaciji trenutnih strukturnih napetosti u njemu. Upravo zbog toga je za uspješno objašnjavanje transformacije i integracije društvenog poretka nužno analizirati sve spomenute dimenzije društvenosti. Potrebno je analizirati i stanje postojećih strukturnih odnosa (eventualnih napetosti između strukturnih dijelova) i poziciju prevladavajućeg sustava dominantnih vrijednosti prema takvom stanju i načine na koje društveni akteri (različitih interesa i identiteta) doživljavaju postojeći poredak i prevladavajuće društvene i strukturne odnose u njemu.

Kako bi izgradio konceptualni okvir koji se može nositi s navedenim problemima i kako bi izbjegao redukcionizam prije navedenih pristupa Lockwood uvodi distinkciju između systemske i socijalne dimenzije integracije.⁴⁴ Ta je distinkcija nužna jer upućuje na dva mehanizma integracije koja su važna za cjelovitu analizu uspostavljanja društvenog poretka, odnosno nastanka sukoba u njemu.⁴⁵ Socijalnu integraciju određuje kao dimenziju društvenosti koja se tiče stupnja (ne) kooperativnosti „dijelova“ društvenog sustava.⁴⁶ Iako naglašava da je razlikovanje navedenih dimenzija potpuno „umjetno“, smatra da je ono na metateorijskoj-konceptualnoj razini neophodno i opravdano jer istraživače društvenih pojava navodi da društvene procese razumiju, analiziraju i objašnjavaju putem međuodnosa

aktera. Stoga je, kako bi se u cijelosti shvatio i objasnio proces (dez)integracije nekog društva ili zajednice, neophodno analizirati njegovu ulogu i utjecaj u tom procesu.

43 Loc. cit.

44 Budući da Lockwood smatra kako procesi integracije društva mogu biti i harmonični i konfliktni, on svoju poziciju izgrađuje u opreci sa stajalištem normativnih funkcionalista koji integraciju društva promatraju kao harmoniju između njegovih „dijelova“, *ibid.*, str. 245.

45 Nije nemoguće zamisliti društvenu situaciju u kojoj postoji harmonija (nekontradiktornost) između dijelova društvenog sustava i konflikt između društvenih grupa koje djeluju unutar njega. Jednako tako moguće je zamisliti i situaciju u kojoj postoji napetost (nekompatibilnost) između dijelova društvenog sustava i nekonfliktnost odnosa između društvenih grupa u njemu.

46 Razmatrajući različite načine na koje konfliktni teoretičari i normativni funkcionalisti razumiju odnose između društvenih struktura zaključuje da je systemsku integraciju moguće shvatiti i kao razinu (ne)usklađenosti između vrijednosti i normi obuhvaćenih institucionalnim obrascima različitih društvenih podsustava, ali i kao razinu (ne)usklađenosti između normative (formalne) i stvarne (utilitarne) sfere društvenog života, *ibid.*, str. 252. Odnosno, ističe da za razliku od normativnih funkcionalista, koji systemske neusklađenosti promatraju isključivo kao neusklađenosti između institucionalnih obrazaca različitih društvenih „dijelova“, Marx systemske neusklađenosti promatra kao kontradiktornosti između institucionalnih kompleksa (obrazaca) i materijalne baze društva (institucije vlasništva i proizvodnih snaga), *ibid.*, str. 245-246.

između društvenih struktura i društvenog djelovanja.⁴⁷ Na taj se način u analizi društvenih pojava i procesa vrlo uspješno može izbjeći i reifikacija i redukcionizam, do kojih nerijetko dovode neadekvatni konceptualni okviri pojedinih socioloških pristupa.

Zbog toga što je pokazala da se oba navedena aspekta društvenosti moraju razmatrati ako se želi razumjeti i objasniti procese reprodukcije i transformacije društvenog poretka, Lockwoodova je distinkcija postala nezaobilazno polazište mnogih kasnijih rasprava o problemu integracije.⁴⁸ Tomić-Koludrović čak ističe da je ta distinkcija postala neizostavna referentna točka svih kasnijih socioloških rasprava o integraciji.⁴⁹ Mouzelis naglašava da je ona postala izuzetno koristan alat za empirijska istraživanja procesa socijalne transformacije.⁵⁰ Rose ističe da je Lockwoodova distinkcija posebno važna jer naglašava da je za razumijevanje procesa konstitucije društvenog poretka i objašnjenje procesa društvenih promjena nužno analizirati međuodnos između obje navedene dimenzije integracije.⁵¹ U tom je kontekstu potrebno istaknuti da najvažniji Lockwoodov doprinos leži upravo u tome što on pokazuje da društvene institucije nisu antropomorfni entiteti čija neusklađenost automatski i nužno dovodi do društvenih promjena i dezintegracije. Odnosno, u tome što pokazuje da postojanje strukturnih napetosti samo po sebi ne mora nužno potaknuti dezintegraciju i transformaciju postojećeg društvenog poretka. Lockwood ukazuje da je za objašnjenje tih procesa nužno, pored analize eventualnih strukturnih neusklađenosti u društvu, analizirati i načine na koje društveni akteri doživljavaju postojeći društveni poredak, te načine na koje ideologije utječu na percepciju koju ti akteri imaju o trenutnom stanju u društvu. Zbog svega navedenog Lockwoodovu distinkciju su mnogi značajni suvremeni sociolozi spremno prihvatili i inkorporirali u okvire svojih promišljanja o društvu. Iako su na različite načine interpretirali i upotrijebili njegovu distinkciju, nema sumnje da je njegov pristup ostavio neizbrisiv trag u suvremenoj sociologiji.⁵²

47 Treba istaknuti da pojedini autori smatraju kako Lockwoodov pristup nije dovoljno razrađen i da se zbog toga ne može bezrezervno primijeniti pri objašnjavanju društvenih promjena u svim društvima. v. Liu, S., *Towards an Analytical Theory of Social Change: the Case of China*, *The British Journal of Sociology*, vol. 57., 3/2006., str. 503–520.

48 Ipak, treba naglasiti da pojedini autori smatraju kako Lockwood u okviru svojeg pristupa nije u potpunosti uspio sintetizirati ideje suprotstavljenih škola mišljenja o kojima raspravlja Domingues, M. J., *Social Integration, System Integration and Collective Subjectivity*, *Sociology*, vol. 34., 2/2000., str. 225-241.

49 Tomić-Koludrović, I., op. cit., str. 17.

50 Mouzelis, N., *Social Integration and System Integration: Lockwood, Habermas, Giddens*, *Sociology*, vol. 31., 1/1997., str. 111-119.

51 Rose, D., *For David Lockwood*, *The British Journal for Sociology*, vol. 43., 3/1996., str. 385-396.

52 Vidi: Archer, M., *Social and System integration: Developing the Distinction*, *Sociology*, vol. 30., 4/1996., str. 679-699.; Healy, K., *Conceptualising Constraint: Mouzelis, Archer and the Concept of Social Structure*, *Sociology*, vol. 32., 3/1998., str. 509-522.; Møller, I. H., *Understanding Integration and Differentiation. Inclusion, Marginalisation and Exclusion*, <http://www.eurozine.com/articles/2002-06-21-moller-en.html> (posjećeno 12. 3. 2010.); Mouzelis, N., *Social and System Integration: Some Reflection on a Fundamental Distinction*,

3.2. J. Habermas – (dez)integracija kao posljedica odnosa (napetosti) između sustava i svijeta života

J. Habermas je jedan od autora koji je pojmove systemske i socijalne integracije ugradio u same temelje svoje teorije društva, kao pojmove kojima objašnjava reprodukciju i transformaciju društvenog poretka.⁵³ U okviru svog pristupa ukazuje da je u modernim društvima nužno razlikovati dva različita načela integracije. Prvo, koje uključuje konkretne društvene aktere i karakteristično je za svijet života, te drugo, prema kojem funkcioniraju društveni sustavi. Habermasovim riječima: „O socijalnoj integraciji govorimo s obzirom na sisteme institucija u kojima su područstvoljeni subjekti koji govore i djeluju; društveni se sistemi ovdje pojavljuju u aspektu *svijeta života* koji je strukturiran simbolički. O systemskoj integraciji govorimo, pak, s obzirom na specifične aktivnosti usmjeravanja jednog samoregulativnog *sistema*; društveni sistemi pojavljuju se ovdje u aspektu sposobnosti održavanja svojih granica i svojeg ustrojstva savladavanjem kompleksnosti nestalne okoline“.⁵⁴

Svoje razumijevanje procesa (dez)integracije društva Habermas dalje razvija u okviru teorije komunikativnog djelovanja (TKD).⁵⁵ Tomić-Koludrović ističe da inauguriranjem TKD Habermas mijenja svoj prvotni *makro* pristup, te procese integracije društva počinje analizirati i objašnjavati povezivanjem *mikro* i *makro* razine analize.⁵⁶ Ipak, prije početka rasprave o specifičnostima Habermasova razumijevanja (dez)integracije društva treba istaknuti da je TKD izgradio na sustavnoj i složenoj kritici i reinterpretaciji velikoga broja važnih filozofskih i socioloških pojmova i pristupa.⁵⁷ Zbog toga je prikaz njegovog općeg pristupa i načina na koji u njemu raspravlja o problemima integracije društva vrlo zahtjevan pothvat. Zato ćemo predstaviti samo njegove osnovne ideje o tom problemu, bez ulaženja u detaljnu raspravu o značenju njegovih glavnih pojmova i tomu kako on do njih dolazi.⁵⁸ Ipak, bez obzira na navedeno, na početku rasprave je

The British Journal of Sociology, vol. 25., 4/1974., str. 395-409. Perkmann, M., Social Integration and System Integration: Reconsidering the Classical Distinction, Sociology, vol. 32. 2/1998., str. 491-507.

53 Treba istaknuti da je Habermasov način korištenja Lockwoodove distinkcije i način na koji istu povezuje s drugim distinkcijama i sociološkim konceptima doživio i ozbiljne kritike. v. Mouzelis, N., 1992., Social and System Integration: Habermas View., The British Journal of Sociology, vol. 43., 2/1992., str. 267-288. i Mouzelis, N., Social Integration and System Integration: Lockwood, Habermas, Giddens, Sociology, vol. 31., 1/1997., str. 111-119.

54 Habermas, J., Problemi legitimacije u kasnom kapitalizmu. Zagreb, 1982., Politička kultura, str. 13.

55 U daljnjem tekstu za označavanje teorije komunikativnog djelovanja koristit će se kratica TKD.

56 Tomić-Koludrović, I., op. cit., str. 19-20.

57 Vidi Habermas, J., The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society, I., Boston, 1984., Bacon., i Habermas, J., The Theory of Communicative Action: Life World and System - A Critique of Functionalist Reason 2., Boston, 1987., Bacon.

58 Više o temeljnim pojmovima Habermasove teorije društva vidi u Edgar. A., Habermas – The Key Concepts New York, Routledge, 2006.

neophodno istaknuti da on svoju poziciju razumijevanja društva gradi u opreci spram pozitivističkog pristupa teorije sistema. Stoga je za razumijevanje njegovog osnovnog polazišta potrebno istaknuti i osnovno polazište teorije sistema. Odnosno, potrebno je istaknuti da ta teorija društveno iskustvo promatra isključivo iz perspektive *sustava* i da zbog toga pruža jednostran, izvana oblikovan, formalan i izomorfan model stvarnosti.⁵⁹

Habermas ističe da teorija sistema ne može biti samodostatna za objašnjavanje društvenih promjena jer promatra društveni život samo iz perspektive „promatrača“.⁶⁰ Zbog toga predlaže da se društveni procesi analiziraju i objašnjavaju upravo putem povezivanja internalističkog i eksternalističkog pogleda na društvo. Da bi se to postiglo neophodno je razlikovati aspekte socijalne i systemske integracije društva.⁶¹ Zato prema Habermasu središnju ulogu u izgradnji teorije društva treba imati pokušaj povezivanja glavnih koncepta teorije djelovanja i teorije sistema.⁶² U tom povezivanju navedeni pojmovi imaju stratešku ulogu jer pokazuju da je orijentacija djelovanja aktera u različitim društvenim sferama koordinirana na bitno različitim osnovama.⁶³ Pojam socijalne integracije koristi da bi govorio o sustavu djelovanja koji je utemeljen na normativno ili komunikacijski osiguranom konsenzusu. S druge strane, pojam systemske integracije koristi da bi raspravljao o nenormativnoj regulaciji individualnih odluka i djelovanja koje se nalaze izvan svjesnosti aktera. Shodno tome, integracija društva se može razmatrati i iz perspektive djelujućih subjekata, njihovih značenja i strategija i iz perspektive sustava, u kojoj se djelovanje promatra s obzirom na funkcionalno značenje koje ima u kontekstu reprodukcije sustava.⁶⁴

Kako bi objasnio procese društvene promjene Habermas raspravlja o evoluciji društva koristeći upravo navedenu distinkciju. Ističe da razvojem društava nužno

59 Katunarić ističe da prema Habermasu, teorija sistema na neprimjeren i krajnje umjetan način reducira sveukupnost društvenog iskustva na samo jednu njegovu dimenziju. Kao alternativu takvom pristupu on, u okviru svojeg dijalektičko-kritičkog pristupa i njegove hermenautičke metode, nudi konceptualni okvir unutar kojega se društvo razumije i promatra kao totalitet raznovrsnih, pa i proturječnih društveno-povijesnih iskustava. Odnosno, Katunarić ističe da Habermas putem pojma totaliteta želi ukazati na višedimenzionalnost društvenog iskustva i pokušava izbjeći redukcionizam sistemskih teoretičara. Katunarićevim riječima: kod Habermasa „dijalektički pojam „totaliteta“ postulira raznovrsnu i proturječnu zbilju koja se ne može bez ostatka sabiti u deduktivne kategorije i sheme. ... socijalna sredina određena je povijesno i situacijski, ona je prepuna različitih obrazaca razumijevanja i djelovanja, koji se znanstvenim postupkom ne bi smjeli reducirati, nego izraziti u nepatvorenom obliku.“ Katunarić, V., *Teorija društva u frankfurtskoj školi*, Zagreb, Naprijed, 1990., str. 108-109.

60 Na taj način teorija sistema reducira društvo na samo jednu njegovu konstitutivnu dimenziju.

61 Habermas, J., *The Theory of Communicative Action: Life World...*, op. cit., str. 153-154.

62 Ipak, treba istaknuti da je Habermasov pokušaj povezivanja teorije djelovanja i teorije sistema doživio i ozbiljne kritike v. Schwinn, T., *False Connection: System and Action Theories in Neofunctionalism and Jürgen Habermas, Sociological Theory*, vol. 16., 1/1998., str. 75-95.

63 Ibid., str. 201-202. Zbog toga, generalno gledano, Habermas u okviru svoje TKD predlaže da se društvo simultano promatra i iz perspektive sustava i iz perspektive svijeta života. *ibid.*, str. 118.

64 Ibid., str. 117.

dolazi do razdvajanja *svijeta života* i sustava, odnosno razdvajanja aspekata socijalne i systemske integracije društva. To razdvajanje objašnjava analizirajući ulogu koju procesi diferencijacije i racionalizacije imaju u kontekstu društvenih promjena.⁶⁵ Shodno tomu, naglašava da u jednostavnim plemenskim ili tradicionalnim društvima zbog niske diferencijacije između različitih društvenih sfera mehanizmi systemske integracije nisu odvojeni od institucija i mehanizama koji osiguravaju socijalnu integraciju, već su s njima blisko i snažno povezani. Dapače, tvrdi da je u okviru takvih društvenih uvjeta njihovo razdvajanje uopće teško moguće.⁶⁶ Promjenom uvjeta koji proizlaze iz evolucije društva pojavljuju se sve složenije strukture i društvo postaje sve diferenciranije. Diferencijacija se u tom kontekstu ne odvija samo unutar svijeta života i sustava nego i između njih.⁶⁷

Pod utjecajem diferencijacije svijet života prolazi kroz proces racionalizacije. Procesi diferencijacije i racionalizacije potiču brojne promjene u modernim društvima, što stvara potrebu za integriranjem društva na novim osnovama. Pod pritiskom navedenih procesa u takvim se društvima institucionalizira postkonvencionalni moral i dolazi do univerzalizacije vrijednosti, pa tradicionalne norme prestaju biti glavni mehanizam socijalne integracije. Posljedično, kako tradicionalni normativni okvir koordinacije djelovanja slabi, povećava se broj problematičnih područja oko kojih treba postići dogovor, te se javlja potreba za komunikativnim djelovanjem. U tom kontekstu ono postaje glavni mehanizam koordinacije djelovanja koji osigurava da se integracija svijeta života ostvari putem pregovaranja i međusobnog razumijevanja aktera. U isto se vrijeme pod utjecajem procesa diferencijacije i racionalizacije pojavljuju i specijalizirane institucije političke i privredne sfere. Unutar tih institucija djelovanje postaje sve neovisnije od kulturnih tradicija i grupne solidarnosti koji proizlaze iz svijeta života. Zato integraciju novonastalih institucionalnih sfera i koordinaciju sve složenijih mreža interakcija unutar njih više nije moguće ostvariti izravno putem gramatike svijeta života. Zbog toga se politički i privredni sustavi počinju integrirati s pomoću systemski dirigiranih (upravljanih) medija, kao što su moć i novac. Ti mediji koordiniraju društveno djelovanje manje ili više automatski pritom ne zahtijevajući ni međusobno razumijevanje ni postizanje konsenzusa. Odnosno, oni više ne ovise izravno o aspektima komunikativnog djelovanja koji proizlaze iz konteksta svijeta života. Zbog toga Habermas u svoju teoriju uvodi pojam generaliziranih medija. Oni za njega predstavljaju društvene mehanizme koji nastaju kako bi se društvo moglo nositi s rastom kompleksnosti interakcija i potrebom da se integriraju diferencirane i specijalizirane sfere društva. Generalizirani mediji u tom kontekstu smanjuju

65 Habermas u navedenoj distinkciji primat daje svijetu života. Odnosno, naglašava da je upravo racionalizacija svijeta života omogućila rast systemske kompleksnosti društva, *ibid.*, str. 155.

66 U tom smislu, Habermas pokazuje da, zbog toga što su u nenovčanim ekonomskim transakcijama arhajskih društava mehanizmi razmjene ekonomskih dobara tako malo odvojeni od normativnog konteksta koji proizlazi iz srodničkih veza, razdvajanje procesa systemske i socijalne integracije u takvim društvima nije moguće. Isto vrijedi za vezu između moći i religije, *ibid.*, str. 163-164.

67 *Ibid.*, str. 153.

nesigurnosti i pritisak koji nastaju povećanjem kompleksnosti društvenog života i nemogućnošću tradicionalnih normativnih okvira da osiguraju integraciju društva. Ti mediji omogućuju koordinaciju djelovanja i integraciju različitih društvenih sfera na sasvim novim osnovama. Razrađujući ideje Parsonsove teorije Habermas te nove mehanizme koordinacije i integracije djelovanja povezuje s različitim društvenim podsistemima. Novac i moć promatra kao sistemski upravljane medije koji integriraju djelovanje u okviru privrede i politike, a utjecaj i prestiž kao mehanizme koji integriraju djelovanje u okviru preostalih društvenih podsistema. Smatra da se osnovna razlika između navedenih tipova medija očituje u načinu na koji oni osiguravaju integraciju interakcija unutar pojedinih podsistema. Odnosno, kako su povezani s komunikativnim djelovanjem. Moć i novac za ostvarivanje integracije interakcija unutar navedenih podsistema uopće ne zahtjeva komunikativno djelovanje, tj. ne zahtijevaju da akteri postignu zajedničko razumijevanje kako bi osigurali integraciju. Dapače, ti mehanizmi to postižu gotovo automatski i neovisno o shvaćanjima aktera. S druge strane, utjecaj i prestiž integraciju ostvaruju ne isključujući u potpunosti komunikativno djelovanje. Oni ga u kontekstu novih društvenih prilika pojednostavljuju, ali u isto vrijeme i omogućuju. Konkretnije rečeno, iako ovise o tehnologijama komunikacije koje omogućuju formiranje javnih sfera, ti mediji integracije osiguravaju da nove koncentrirane mreže komunikacije ostanu povezane s kulturnim tradicijama i djelovanjem odgovornih i samosvjesnih aktera.⁶⁸

Mouzelis ističe da Habermas smatra kako upravo povezivanje mehanizama systemske integracije s podsistemima adaptacije i postizanja ciljeva (A i G), a mehanizama socijalne integracije s podsistemima integracije i latencije, (I i L) omogućava da se shvati i analizira rast tenzija između sustava i svijeta života.⁶⁹ U tom smislu Habermas tvrdi da širenje monetarizacije i birokratizacije izvan sfera privrede i politike uzrokuje to da sistemski upravljani mediji počinju potiskivati komunikativne mehanizme koordinacije djelovanja čak i u okviru svijeta života. To koloniziranje svijeta života generira određenu krizu moderniteta u kojoj imperativi sustava počinju dominirati nad potrebama svijeta života. Shodno tomu, smatra da glavni izazovi integracije modernih društava proizlaze upravo iz tog procesa. Dakle, složene strukture sustava poput privrede, politike i prava iskorištavaju svijet života i uspostavljaju izvanjsku kontrolu nad komunikativnim djelovanjem čiji je cilj konsenzus, a ne dominacija. To dovodi do toga da reproduktivni zahtjevi sustava počinju dominirati nad reproduktivnim potrebama svijeta života što nerijetko generira patološka stanja u društvu.⁷⁰

Habermasov pristup sugerira da se „ukupni“ proces (dez)integracije društva treba razumjeti kao posljedicu odnosa između sustava i svijeta života. Odnosno,

68 Ibid., str. 179-185.

69 Mouzelis, N., Social and System Integration: Habermas View, *The British Journal of Sociology*, vol. 43., 2/1992., str. 267-288., 271-272.

70 Habermas, J., *The Theory of Communicative Action: Life World and System...*, op. cit., str. 356-357.

kao posljedicu odnosa između mehanizama socijalne i sistemske integracije, koji se zasnivaju na potpuno suprotstavljenim načelima koordinacije djelovanja. Zbog toga vezu između procesa integracije sustava i integracije svijeta života Habermas pronalazi u pojmu identiteta. Naglašava da ta veza posebno dolazi do izražaja u razdobljima društvenih kriza, pa ističe da: „Smetnje integracije sistema ugrožavaju ustrojstvo samo u mjeri u kojoj je u opasnosti socijalna integracija, tj. kada je osnova suglasnosti normativnih struktura toliko oštećena da društvo postaje anemično (anomično *op. M. M.*)“.⁷¹ Dakle, krizna stanja i sukobi u društvu nastaju tek onda kada njegovi članovi strukturne promjene dožive kao kritične za ustrojstvo sustava i kad osjete da im je ugrožen društveni identitet. Na ovaj način Habermas u samo središte analize procesa (dez)integracije društva uvodi problematiku društvenih identiteta i legitimacije društvenog poretka. Naglašava da *sustavne neravnoteže* postaju krize samo ako oštete simboličku reprodukciju svijeta života. U takvim slučajevima u okviru svijeta života dolazi do otpora i sukoba. U tom je smislu neophodno da, prije nego što se anomične situacije i društveni sukobi uopće pojave, u društvu dođe do krize legitimacije ili motivacije.⁷²

Treba zaključiti da za Habermasa upravo proces kolonizacije svijeta života predstavlja glavni uzrok koji dovodi do stanja anomije i dezintegracije modernih društava.⁷³ Budući da kolonizacija svijeta života vodi kulturnom osiromašivanju, postvarenju društvenih odnosa, raspadu tradicionalnih zaliha znanja, te slabljenju solidarnosti u zajednici mogućnost postizanja društvenog konsenzusa je u takvim uvjetima uvijek otežana. Stoga, kao jedino moguće rješenje problema legitimacije i postizanja nužnog konsenzusa u modernim uvjetima, prema Habermasu, treba tražiti u jačanju uloge komunikativne racionalnosti u društvu. U tom smislu se može reći da su: „/k/omunikativno djelovanje i racionalno sporazumijevanje kao pretpostavke konsenzusa temeljni integrativni element društva u Habermasovoj teoriji“.⁷⁴ Dakle, prema Habermasu bit krize suvremenih društava proizlazi iz toga što se sustavi šire na način da sužavaju slobodni prostor čovjeka i tako zapravo podjarmljuju svijet života. Zato izlaz iz krize treba tražiti u afirmaciji komunikativne racionalnosti, slobodnog djelovanja ljudi koji u ravnopravnoj međusobnoj komunikaciji donose razumne odluke utemeljene na suglasnosti.⁷⁵

Na kraju treba istaknuti da je Habermasov pristup jedinstven u svojem pokušaju razumijevanja procesa integracije jer se tim problemom bavi i na teorijskoj i na ontologijskoj razini. Teorijski želi povezati teoriju akcije i teoriju sistema, a ontologijski razriješiti odnos između svijeta života i socijalnog sustava.⁷⁶ Ipak,

71 Habermas, J., *Problemi...*, *op. cit.*, str. 12.

72 Habermas, J., *The Theory of Communicative Action: Life World and System...*, *op. cit.*, str. 385-386.

73 Više o Habermasovom konceptu kolonizacije svijeta života i uzrocima i posljedicama tog procesa u suvremenim društvima vidi u: Ivković, M. Habermasova koncepcija sistemske kolonizacije sveta života, *Sociologija*, vol. 52. 1/2010., str. 1-22.

74 Tomić-Koludrović, I., *op. cit.*, str. 20.

75 Pusić, E., *Društvena regulacija: granice znanosti i iskustva*, Zagreb, Globus, 1989., str. 81.

76 Ritzer, G., *Suvremena sociologijska teorija*, Zagreb, Globus, 1997., str. 394.

takav grandiozan teorijski pothvat ima i svojih bitnih nedostataka pa brojni autori Habermasu zamjeraju opskuran način na koji izražava svoje ideje. Mouzelis ističe da takav diskurs Habermasu služi kao dimna zavjesa koja skriva ekstremno konfuzan način putem kojeg gradi svoj teorijski koncept. Zato naglašava da Habermasov monumentalni koncept, iako teorijski vrlo impresivan, nije posebno prikladan za dizajniranje preciznih konceptualnih okvira za istraživanje konkretnih empirijskih problema.⁷⁷

3.3. A. Giddens - (dez)integracija kao posljedica reciprociteta praksi između aktera ili kolektiva unutar vremensko-prostornog kontinuuma

A. Giddens u svojem razmatranju konstituiranja i transformacije društvenih poredaka zauzima nešto drugačiju perspektivu. Mouzelis ističe da se on u okviru svoje perspektive značajno udaljava od značenja koje navedena distinkcija ima u originalnoj Lockwoodovoj formulaciji.⁷⁸ Nastojeći transcendirati podvojenost između subjektivističke i objektivističke perspektive u društvenim znanostima Giddens odbacuje distinkcije između djelovanja i strukture, te između internalističke i eksternalističke perspektive, koje Lockwood i Habermas vezuju uz pojmove socijalne i systemske integracije. Umjesto toga, problem integracije razumije kao proces koji obuhvaća reciprocitet praksi između aktera ili kolektiva unutar određene vremensko-prostorne dimenzije.⁷⁹ Socijalnu integraciju razumije i definira kao međuodnos aktera u uvjetima njihove nazočnosti „licem u lice“, a systemsku kao uzajamni odnos aktera ili kolektiva izvan uvjeta njihove međusobne nazočnosti.⁸⁰ Putem tih pojmova pokušava supstituirati mikro/makro distinkciju jer smatra da ona neizbježno dovodi do nedopustivog (umjetnog) razdvajanja dva međusobno čvrsto povezana aspekta društvenog života.⁸¹ Tomić-Koludrović naglašava da je upravo: „/t/aj pokušaj kontekstualiziranja aktera i djelovanja povezivanjem mikro/makro pristupa odlučujući da se njegova teorija i nazove polazištem ‘društva u individuama’“.⁸² Povezivanje mikro i makro dimenzije ostvaruje tako da obje dimenzije integracije isprepliću i povezuje na način da promatra kako se društvene interakcije i njihove posljedice protežu i povezuju u vremenu i prostoru.⁸³

Shodno tomu, mehanizmi systemske integracije uvijek pretpostavljaju mehanizme socijalne integracije, ali se od njih u isto vrijeme i razlikuju s obzirom na pitanje međusobne nazočnosti aktera.⁸⁴ Može se reći da su kod Giddensa

77 Mouzelis, N., *Social and System Integration: Habermas' View...*, op. cit., str. 285.

78 Mouzelis, N., *Social Integration and System Integration: Lockwood, Habermas, Giddens...*, op. cit., str. 116.

79 Giddens, A., *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*, Cambridge, Polity, 1984., str. 28.

80 Ibid., str. 376.-377.

81 Ibid., str. 139.

82 Tomić-Koludrović, I., op. cit., str. 22.

83 Ibid., str. 142-143.

84 Ibid., str. 28.

socijalna i sistemska integracija čvrsto povezane u konceptu društvene akcije na način da svakodnevne rutine, u krajnjoj liniji, uvijek konstituiraju i najsloženije organizacijske sustave. Između aktera i struktura nema nikakvog razilaženja, štoviše oni su uvijek u međusobno konstitutivnom odnosu. Djelovanje aktera strukturira društvo i njegove „dijelove“, ali je u isto vrijeme i samo strukturirano društvom i njegovim „dijelovima“.

Kako bi se spomenuti odnos, koji je izravno povezan uz mehanizme sistemske i socijalne integracije, u potpunosti mogao razumjeti potrebno je utvrditi kako Giddens definira i povezuje glavne pojmove svoje teorije strukturacije. Ključnu ulogu u tom kontekstu imaju pojmovi socijalne strukture, socijalnih sustava i koncept dualnosti strukture.⁸⁵ Društvenu strukturu definira kao rekurzivno organizirane skupove pravila i resursa koji postoje izvan vremena i prostora.⁸⁶ Ti virtualni sustavi resursa i pravila rekurzivno se utjelovljuju, postaju realni u vremenu i prostoru, tek kroz društvene prakse i unutar memorijskih tragova aktera. Nasuprot tomu, socijalni sustavi predstavljaju setove društvenih interakcija koji proizlaze iz društvenog djelovanja i upotrebe virtualnih pravila i resursa u vremenu i prostoru. Oni obuhvaćaju situirane djelatnosti ljudskih aktera reproducirane u vremenu i prostoru.⁸⁷ Dakle, socijalni sustavi sami po sebi nisu strukture, već samo (kroz djelovanje i interakcije aktera) utjelovljuju strukture ili strukturalna svojstva u vremenu i prostoru. Zbog toga naglašava da se u analizi društvenih odnosa središte mora staviti na obje njegove dimenzije. Sintagmatsku dimenziju koja se odnosi na uzorkovanje društvenih odnosa u vremenu i prostoru, odnosno reprodukciju situiranih društvenih praksi, te paradigmatiku dimenziju koja obuhvaća virtualni društveni poredak, tj. „oblike strukturiranja“ rekurzivno uključene u tu reprodukciju.⁸⁸

Odnos između navedenih dimenzija postaje jasniji ako se istakne da Giddens vezu između konstitucije društvenih struktura i sustava nalazi u okviru koncepta strukturacije i s njom povezane ideje dualnosti strukture. Njegovim riječima: „Analizirati strukturaciju socijalnih sustava znači proučavati načine na koji se takvi sustavi, utemeljeni u kompetentnim djelatnostima situiranih aktera koji se oslanjaju

85 Ibid., str. 16.

86 Giddens u svojoj teoriji razlikuje strukturu (jedinica) i strukture (množina). Struktura se kao generički pojam odnosi na pravila i resurse implicirane u produkciji i reprodukciji socijalnih sustava. Pojam strukture koristi kako bi došao do relacija, transformacija i medijacija koje stoje u podlozi promatranih uvjeta sistemske reprodukcije, *ibid.*, str. 23-24.

87 Ibid., str. 25.

88 Ibid., str. 17. Navedene dimenzije društvenosti pronalaze kod Giddensa svoje ekvivalente u različitim vrstama analize. U institucionalnoj analizi strukturalna svojstva se promatraju kao kronično reproducirane osobine socijalnih sustava. S druge strane, pri analizi strategijskog ponašanja fokus se stavlja na to kako akteri koriste strukturalna svojstva pri konstituciji društvenih odnosa, *ibid.*, str. 288. Iako u društvenoj zbilji ne postoji jasna linija između navedenih dimenzija, u analizi je potrebno napraviti razliku između njih kako bi se moglo razumjeti oba aspekta dualnosti strukture i objasniti procese konstitucije društva i društvene promjene. Dok se analizira jedan aspekt, drugi se stavlja u zagrade i obrnuto. Budući da su navedeni tipovi analize iznimno bitni za razumijevanje procesa integracije društva njima ćemo se ponovo vratiti nešto kasnije.

na pravila i resurse u različitim akcijskim kontekstima, proizvode i reproduciraju u interakciji.“, odnosno da „/konstitucije aktera i struktura nisu dva nezavisna skupa fenomena, to jest dualizam, nego čine dualnost. Prema koncepciji dualnosti strukture, strukturna svojstva socijalnih sustava jesu i medij i ishod praksa koje rekurzivno organiziraju“. ⁸⁹ Na ovaj način u Giddensovom konceptu konstitucije društva potpuno nestaje dualizam između subjekta i objekta. Štoviše, struktura nije izvanjska subjektu već je na dvostruki način neodvojiva od njegovog djelovanja. Struktura, kao skup pravila i resursa, u isto je vrijeme i sredstvo i posljedica djelovanja. ⁹⁰ Karakter veze između struktura, socijalnih sustava i djelovanja aktera ukazuje da se institucionalni poredci reproduciraju pomoću dualnosti strukture. Prema teoriji strukturacije upravo su društvene prakse i momenti društvenog djelovanja unutar njih glavni konstituensi društvenog života, ⁹¹ a pravila i resursi koji se koriste u produkciji i reprodukciji socijalne akcije u isto vrijeme i sredstva sistemske reprodukcije. ⁹²

Prema tome, reprodukcija ili transformacija društvenih struktura i društvenih sustava odvija se kroz interakcije aktera u konkretnim društveno-povijesnim situacijama. Zbog toga što se akteri pri usmjeravanju svojeg djelovanja uvijek mogu postaviti dvostruko prema pravilima (koje te prakse usmjeravaju), oni na taj način mogu reproducirati ili transformirati postojeće sustave. ⁹³ Budući da je prema Giddensu društveno djelovanje nužan preduvjet i socijalne i sistemske integracije, neophodno je utvrditi kako definira navedeni fenomen. Društvenu akciju (društveno djelovanje) određuje kao: „/tijek stvarnih ili zamišljenih kauzalnih intervencija tjelesnih bića u trajnom procesu događanja u svijetu“. ⁹⁴ Akcija uvijek podrazumijeva moć, tj. mogućnost da osoba može djelovati na više mogućih načina. To implicira da akteri putem svojeg djelovanja mogu, ali i ne moraju utjecati na neki određeni proces ili stanje stvari u društvu. ⁹⁵ Pored toga, djelovanje aktera uvijek uključuje i refleksivni *monitoring* vlastitog ponašanja i ponašanja drugih aktera i samog socijalnog i fizičkog konteksta djelovanja. ⁹⁶

89 Ibid., str. 25.

90 Ona je sredstvo jer omogućava pravila i resurse koji društveno djelovanje koordiniraju i uopće čine mogućim. U isto vrijeme, budući da se producira i transformira u okviru društvenog djelovanja, ona je i sama posljedica društvenog djelovanja.

91 Ibid., str. 26.

92 Ibid., str. 19.

93 Giddens u tom smislu tvrdi da akteri mogu usmjeravati svoje ponašanje u smjeru postojećih pravila, ali i suprotno njima, *ibid.*, str. 21. Prema tomu, čini se da se društveni poredci reproduciraju ili transformiraju upravo zavisno o tome kako akteri u svojem djelovanju i međusobnim interakcijama koriste postojeća pravila i resurse, primjenjuju li ih u „nepromijenjenoj“ formi ili ih modificiraju.

94 Giddens, A., *New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretative Sociologies*, Stanford: Stanford University, 1993., str. 81. Treba naglasiti, kao što ističe N. Fanuko, da Giddens u svojim radovima pojmove *action* i *agency* koristi kao istoznačnice. v. Fanuko, N., *Teorija strukturacije i ideologije: neke nerazjašnjene poteškoće Giddensove teorije*, Društvena istraživanja, vol. 13. 1-2/2004., str. 195-217., 213.

95 Giddens, A., *The Constitution of Society...*, *op. cit.*, str. 14.

96 Ibid., str. 5.

U tom kontekstu, posebno se važnim čini razmotriti i pitanje pojavljivanja društvenih proturječja koje mogu utjecati na to kako akteri doživljavaju svijet i konkretne situacije u njemu. Tako proturječja mogu utjecati i na načine na koje akteri usmjeravaju svoje djelovanje. Giddens smatra da je razmatranje uloge koncepta proturječja neophodno u teoriji i analizi društva. Razlikuje dvije vrste proturječja: „egzistencijalne“ i „strukturne“. Prve se odnose na elementarne aspekte ljudske egzistencije koji su povezani s prirodom ili materijalnim svijetom. Druge, strukturne predstavljaju onu vrstu proturječja koja proizlaze iz samih konstitutivnih značajki ljudskih društava. Iz toga proizlazi da međusobno povezani i isprepleteni strukturni principi koji konstituiraju društvo mogu biti i međusobno proturječni.⁹⁷

Naglašava da je u modernim društvima upravo država jedno od glavnih žarišta primarnih strukturnih proturječnosti.⁹⁸ Odnosno, ističe da razvojem institucija države u isto vrijeme dolazi do rasta broja strukturnih i smanjenja broja egzistencijalnih proturječja u društvu.⁹⁹ U tom smislu, država stvara ili barem snažno potiče socijalne odnose koji se značajno protežu u prostoru i vremenu. Odnosno, država putem procesa konsolidacije i centralizacije moći u društvu počinje uvlačiti različite vidove socijalnih aktivnosti pod okrilje svojeg utjecaja. Na taj način stimulira razvoj društvenih veza koje mogu presijecati već postojeće društvene i teritorijalne oblasti.¹⁰⁰ Takvo stanje može izazvati strukturne kontradikcije upravo zbog toga što nove vrijednosti, norme i standardi koje nameće država mogu biti u suprotnosti s onim vrijednostima i normama koje su do tad regulirale pojedine sfere djelovanja ili uobičajene društvene prakse. Shodno tomu, takvo stanje može izazvati i antagonističke odnose između aktera i kolektiviteta koji se zalažu za različita „rješenja“ organizacije društvenog poretka ili nekog njegovog dijela.¹⁰¹

Kako bi pojasnio svoje stajalište o toj vezi prvo određuje prirodu tih fenomena. Pod konfliktom podrazumijeva stvarne borbe između aktera ili društvenih grupa. S druge strane, naglašava da su društvena proturječja po svojim karakteristikama bitno različita od društvenih sukoba. Društvena su proturječja zapravo strukturni koncepti, a društveni sukobi to nisu. Stoga, ta proturječja određuje kao međusobno udaljavanje strukturnih principa sistemske organizacije. Ipak, ističe i to da su ti fenomeni, bez obzira što se značajno razlikuju, nerijetko blisko i izravno povezani. Oni se mogu

97 Ibid., str. 193. Giddens definira strukturalne principe kao principe organizacije društvenih totaliteta, kao čimbenike uključene u ukupno institucionalno usklađivanje društva ili tipova društava, *ibid.*, str. 376.

98 Ibid., str. 193.-194.

99 Ibid., str. 195. Također smatra da je potrebno naglasiti da u tom procesu, iako se bitno smanjuje njihov broj, egzistencijalne kontradikcije ne nestaju u potpunosti.

100 Ibid., str. 196.

101 Navedeni primjeri naravno ne iscrpljuju sve moguće vrste strukturnih proturječja do kojih može doći u modernim društvima. Ipak, navedeni primjeri su važni jer ukazuju da je pitanje strukturnih proturječja iznimno važno za raspravu o procesima (dez)integracije modernih društava. To je pitanje važno zbog toga što pokazuje koliko su ti fenomeni značajni za razumijevanje geneze različitih vrsta sukoba u modernim društvima. Odnosno, zato jer pokazuje da su u zbilji modernih društava ti fenomeni često vrlo blisko povezani i isprepleteni.

simultano javljati upravo zbog toga što strukturna proturječja ukazuju na postojanje bitnih napuklina u samoj strukturnoj osnovi konstitucije društva. Odnosno, zbog toga što takvi strukturni rascjepi često uključuju i razilaženje u interesima aktera ili kolektiviteta, oni izazvaju sukobe među njima.¹⁰² Dakle, strukturna proturječja su izrazito važna za razumijevanje procesa konstitucije društva jer imaju potencijal da „podgrijavaju“ društvenu atmosferu, što može dovesti do društvenih sukoba i transformacije postojećeg društvenog poretka.¹⁰³

Na ovom se mjestu potrebno vratiti tipovima sociološke analize za koje Giddens smatra da su neophodni za adekvatno razumijevanje procesa reprodukcije i transformacije društvenih poredaka.¹⁰⁴ Institucionalna analiza se fokusira na strukturna svojstva društvenih sustava ili društva u cjelini.¹⁰⁵ Ona je nužna da bi se shvatio ukupni društveno-strukturni kontekst koji uokviruje djelovanje aktera unutar pojedinog društvenog sustava ili društva u cjelini. Ako strukturna svojstva proturječe jedni drugima može doći do stvaranja napuklina koje ugrožavaju praktična i diskurzivna znanja aktera. Tako mogu stvoriti društveni kontekst koji će poticati da akteri teže transformaciji postojećeg društvenog stanja, te da se u tom procesu sukobe s drugim akterima. S druge strane, budući da institucionalna analiza svoje središte usmjerava samo na odnose između tih virtualnih setova pravila i resursa, a ne i na motive i strategije aktera, ona sama po sebi nije u stanju objasniti složene procese konstitucije i transformacije društva. Zbog toga predlaže korištenje analize strategijskog ponašanja u kojem se naglasak stavlja na društvene aktore i načine na koji oni shvaćaju i koriste „dana“ pravila i resurse pri konstituciji odnosa u nekom društvenom kontekstu.¹⁰⁶

Na ovaj se način, uporabom dva po karakteru različita tipa analize, Giddens zapravo vraća osnovnoj logici Lockwoodove distinkcije. Putem tih tipova analize omogućuje da se procesi (dez)integracije društva promatraju i iz perspektive društvenih struktura i iz perspektive društvenih aktera. Na kraju, treba istaknuti da je najvažniji doprinos Giddensovog pristupa taj što je pokazao da ključnu ulogu u procesima društvene integracije imaju upravo akteri. Odnosno, to što je pokazao da „objektivna“ strukturna proturječja sama po sebi ne moraju dovesti do društvenih promjena ako akteri „subjektivno“ ne percipiraju i ne osjećaju da proturječja postoje i da je transformacija društvenog poretka nužna, te na taj način djeluju.

102 Ipak, Giddens ističe da postojanje proturječja samo po sebi ne mora nužno dovesti do sukoba, zbog toga što i u takvim uvjetima može postojati čitav niz drugih društvenih čimbenika koji mogu sprječavati da: akteri postanu svjesni svojih interesa, da uopće budu u stanju djelovati u smjeru kojem žele, ili da jednostavno budu dovoljno motivirani za konfrontiranje s drugim grupama, *ibid.*, str. 198-199.

103 *Ibid.*, str. 199.

104 Treba naglasiti da Giddensu zamjeraju da je na taj način Lockwoodovu distinkciju samo premjestio iz teorije u polje metodologije v. Archer, M., *op. cit.*, str. 679-699.

105 U tom smislu, njome se analizira strukturalne „dijelove“ pojedinih društvenih sustava ili društva u cjelini, te odnose koji oni imaju jedni prema drugima u okviru tih totaliteta. Drugim riječima ova analiza proučava odnose između skupova virtualnih pravila i resursa koji te dijelove sačinjavaju i koji omogućuju njihovu reprodukciju.

106 Giddens, A., *The Constitution of Society...*, *op. cit.*, str. 288-289.

3.4. N. Mouzelis – (dez)integracija kao posljedica odnosa sistemskih kompatibilnosti/proturječnosti i kooperativnosti/sukobljenosti aktera unutar hijerarhija društvenog poretka

U svojim razmatranjima procesa konstitucije, reprodukcije i transformacije društvenih poredaka N. Mouzelis distinkciji sistemska/socijalna integracija također namjenjuje posebno mjesto. Smatra da je ta distinkcija neophodna za analizu navedenih procesa iz više razloga. Prvo, jer jasno ukazuje gdje leži fundamentalna podjela u sociologiji danas.¹⁰⁷ Drugo, jer omogućuje povezivanje suprotstavljenih načina analize društvenih procesa. Treće, jer je iznimno korisna za empirijsku analizu društvenih promjena.¹⁰⁸ U okviru svojeg razmatranja procesa (dez)integracije on kritizira Habermasov i Giddensov način korištenja navedene distinkcije, te se vraća izvornom Lockwoodovom pristupu.¹⁰⁹ Naglašava da je taj pristup logički kongruentniji od ostalih i da je, uz manje dopune, najprimjereniji za analizu transformacije društvenog poretka. Taj pristup u svim slučajevima omogućuje da se društvene cjeline promatraju i kroz perspektivu djelovanja aktera i kroz perspektivu sustava.¹¹⁰ Ipak, djelomično kritizira kriterij prema kojem Lockwood određuje različite vrste sistemskih „dijelova“. Smatra da se ne bi trebali razlikovati s obzirom na pitanje posjedovanja normativnih/„ne-normativnih“ karakteristika, kao što to čini Lockwood.¹¹¹ Točnije rečeno, naglašava da su sve vrste sistemskih „dijelova“

107 Misli na podjelu između pristupa koji u centar sociološke analize smještaju individualne i/ili kolektivne aktere i onih koji u svojim analizama aktere stavljaju na periferno mjesto i društvo promatraju primarno u funkcionalističkim terminima.

108 Smatra da ona omogućuje korisne smjernice o tome koja pitanja postavljati kada se razmatraju i analiziraju pitanja razvoja i promjene specifičnih društvenih cjelina, bilo grupa, organizacija ili društava u cjelini. Mouzelis, N., Social and System Integration: Some Reflection on a Fundamental Distinction, The British Journal of Sociology, vol. 25. 4/1974., str. 395-409., 395.

109 Mouzelis, N., Social Integration and System Integration: Lockwood, Habermas, Giddens..., op. cit., str. 111.

110 Smatra da je to nužno i da je to jedini način da se izbjegne reifikacija i redukcionizam u sociologiji. Mouzelis smatra da je jedino na taj način moguće izbjeći to da se makro dimenzija društvenosti povezuje isključivo sa strukturom, a mikro dimenzija isključivo sa djelovanjem. Odnosno, ističe da je jedino na taj način moguće naglasiti i pokazati da se sve institucionalne strukture i društvene interakcije mogu promatrati i na mikro, mezzo i makro razini analize. Mouzelis, N., Sociologijska teorija: Što je pošlo krivo?, Dijagnoza i pomoć, Zagreb, Jesenski i Turk/Hrvatsko sociološko društvo, 2000., str. 53.

111 Lockwood naglašava da između funkcionalista i marksista postoji temeljna razlika kako vide sistemske dijelove. Više o tome u 46. fusnoti. Mouzelis se s tim ne slaže jer smatra da institucionalizirane norme reguliraju tehnološke i proizvodne procese isto kao što reguliraju religijske i političke procese. Odnosno, smatra da su svi socijalni procesi normativno regulirani. Stoga naglašava da i funkcionalisti i konflikti teoretičari, kada govore o sistemskim kontradikcijama, raspravljaju o institucionalnim strukturama i stupnju njihove međusobne (ne)kongruencije. Razlika među njima nije „ontološka“ već samo konceptualno-metodološka. Odnosno, ističe da razlika među njima leži u činjenici što jedni procese (dez) integracije društva analiziraju i objašnjavaju „mapirajući“ društvenu zbilju s obzirom na društvene aktere i njihov odnos spram institucija i institucionaliziranih pravila, a drugi s

društva uvijek normativno regulirane, odnosno uokvirene institucionaliziranim kompleksom normi/uloga.¹¹² To vrijedi bez obzira promatraju li se institucionalni kompleksi (cjeline) kao što su obitelj, pravo, religija, znanost, tehnologija ili privatno vlasništvo.

Predlaže da se sistemske neusklađenosti uvijek promatraju i analiziraju kao neusklađenosti između različitih vrsti *logika* pojedinih institucionaliziranih kompleksa normi/uloga.¹¹³ Tako se mogu izbjeći ozbiljne poteškoće do kojih dolazi pri korištenju esencijalističke materijalističko-nematerijalističke distinkcije u analizi sistemskih neusklađenosti društvenih cjelina. Stoga, predlaže da se značenje izvorne Lockwoodove distinkcije djelomično izmjeni. Predlaže da socijalna integracija zadrži svoje originalno značenje i da se razumije putem razmatranja kooperativnosti/nekooperativnosti odnosa između aktera, ali i to da se sistemska integracija analizira putem razmatranja usklađenosti/neusklađenosti između „dijelova“ sustava, koji se uvijek promatraju kao institucionalizirani kompleksi normi i uloga različite trajnosti/prilagodljivosti. Putem ove modifikacije svi društveni fenomeni se mogu analizirati iz dvije različite perspektive pritom ne zanemarujući pitanje normi ni u jednoj od njih. Shodno tomu, bez obzira na to promatra li se neki društveni fenomen iz perspektive socijalne ili iz perspektive sistemske integracije, fokus istraživanja uvijek mora biti usmjeren na društvene procese čiji su aspekti uvijek više ili manje normativno regulirani. Ono što razlikuje te perspektive je to kako se ti procesi promatraju, odnosno analiziraju. Primjerice, iako se u kontekstu analize socijalne integracije društveni procesi promatraju iz perspektive konkretnih aktera njihovih interesa, strategija i odluka, to nikako ne znači da se iz analize smije izostaviti razmatranje normativnih okvira i institucionalnih aranžmana koji uokviruju te procese.¹¹⁴ Konkretnije rečeno, to samo znači da se u okviru tog pristupa akteri stavljaju u središte, a institucije i njihovi normativni okviri na periferiju analize društvenih procesa.¹¹⁵ Nasuprot tomu, iz perspektive sistemske integracije, društveni se procesi, kao i normativni okviri koji ih uokviruju, više ne promatraju iz perspektive aktera, već „izvana“ iz perspektive sustava koji se tretiraju kao funkcionalne cjeline.¹¹⁶ Mouzelisovim riječima, u ovoj perspektivi: „/s/ocijalni procesi su grupirani zajedno s obzirom na sistemske probleme društva“.¹¹⁷

obzirom na institucionalizirane setove pravila i njihovu ulogu u ostvarivanju funkcionalnih zahtjeva održanja ili preživljavanja sustava. Mouzelis, N., *Social and System Integration: Some Reflection...*, op. cit., str. 400-401.

112 Mouzelis, N., *Social Integration and System Integration: Lockwood, Habermas, Giddens...*, op. cit., str. 112.

113 Ibid. 113.

114 Mouzelis, N., *Social and System Integration: Some Reflection...*, op. cit., str. 397-398.

115 U tom smislu, norme nisu promatrane iz perspektive društvenih institucija i sistemskih proturječnosti, već s obzirom na to kako se odnose spram ciljeva i strategija glavnih aktera i društvenih igara koje oni igraju u okviru pojedinih društvenih procesa.

116 Oni se ovdje promatraju s obzirom na to koliko pozitivno ili koliko negativno utječu na rješavanje sistemskih problema društva, te u kojoj mjeri proturječe jedni drugima.

117 Ibid., str. 398.

Iako je u konkretnoj stvarnosti nemoguće razdvojiti socijalno-integracijske od sistemsko-integracijskih aspekata društvenih angažmana, njihovo je analitičko razlikovanje nužno jer se te dimenzije ne mijenjaju uvijek jednako. Primjerice, sve veće sistemske proturječnosti mogu dovesti do društvenih sukoba, ali i ne moraju.¹¹⁸ Dakle, zbog toga što sistemske proturječnosti ne vode automatski do transformacije društvenog poretka za razumijevanje navedene veze neophodno je analizirati kako različiti akteri doživljavaju te proturječnosti i kako se s njima nose.¹¹⁹ Tek kada se uspije razumjeti kako akteri shvaćaju postojeće odnose unutar društvenog poretka može se pretpostaviti hoće li oni svojim djelovanjem poticati njegovu konzervaciju ili promjenu, te hoće li će biti skloniji kooperaciji ili sukobu s akterima drugačijih identiteta i interesa.

Svjestan složenosti i višedimenzionalnosti problematike (dez)integracije društva Mouzelis pokušava izgraditi svoj teorijsko-konceptualni okvir za analizu društvene promjene i društvenog sukoba. Kako bi u svojem pristupu izbjegao reifikaciju i redukcionizam oslanja se na dvije glavne teorijske pretpostavke. Prvo, naglašava da se pitanje mikro-makro odnosa u sociologiji jedino valjano može razriješiti ako se odustane od toga da se makro dimenzija povezuje s institucijama, a mikro s djelovanjem.¹²⁰ Drugo, ističe da se problem mikro-makro veza može razumjeti jedino ako se u analizi ozbiljno razmatra hijerarhijska i poput „luka slojevita“ priroda svih složenih, diferenciranih društvenih cjelina. Stoga se, sve hijerarhizirane društvene cjeline uvijek moraju uravnoteženo promatrati i iz sistemske i iz socijalne perspektive.¹²¹

U sociološkoj je analizi nužno razlikovati figuracijske i institucionalne društvene cjeline (strukture). Prve se trebaju odnositi na figuracije koje proizlaze iz odnosa akter-akter, a druge na veze koje proizlaze iz odnosa institucija-institucija (ili uloga-uloga). Zbog toga se i (dez)integracija društvenih cjelina može i mora promatrati dvostruko. Iz sistemske perspektive društvene cjeline se trebaju promatrati kao skupovi hijerarhijski organiziranih uloga ili položaja koji mogu biti više ili manje međusobno sukladni.¹²² Iz socijalne perspektive kao mreže hijerarhijski povezanih aktera uključenih u složene društvene igre konfliktnog ili kooperativnog karaktera.¹²³ Kako bi postigao adekvatan balans između prije navedenih perspektiva Mouzelis povezuje elemente konceptualnih

118 Mouzelis, N., *Sociologijska teorija: Što je pošlo krivo? Dijagnoza i pomoć*, Zagreb, Jesenski i Turk/Hrvatsko sociološko društvo, 2000., str. 122.

119 Mouzelis, N., *Social Integration and System Integration*: Lockwood, Habermas, Giddens..., op. cit., str. 113.

120 Smatra da se u procesu sociološkog istraživanja konstituirano mora naglašavati da se i institucionalne strukture i društvene interakcije mogu promatrati i na makro i na mezzo i na mikro razini analize.

121 Mouzelis, N., *Sociologijska teorija: Što je pošlo...*, op. cit., str. 53-54.

122 Ti se skupovi uvijek mogu promatrati kao *virtualni* poredci, u smislu da se institucionalizirana pravila i norme koje sadržavaju opredmećuju tek onda kada se akteri na njih oslone tijekom međusobnog odnošenja i igranja igara.

123 Ibid., str. 53-54.

oruđa parsonsovskog funkcionalizma i marksističke sociologije.¹²⁴ Smatra da logika Parsonsove AGIL sheme sprječava da se kolektivni akteri promatraju kao relativno autonomni agenati reprodukcije/transformacije društvenih sustava, te da zbog toga ta shema nije sposobna dovesti u vezu aspekte systemske i socijalne integracije.¹²⁵ Da bi se to postiglo sve je skupove institucionaliziranih normi/procesa potrebno diferencirati i promatrati s obzirom na njihovu tehnologijsku, prisvajajuću i ideologijsku dimenziju.¹²⁶ Tako se unutar svakog podsustava (adaptacije, postizanja ciljeva, integracije i latencije) može identificirati koje norme/uloge imaju pretežno tehnologijski, prisvajajući ili ideologijski karakter. Te što je još važnije, mogu se izgraditi mostovi između institucija i agenata, između institucionalnih i figuracijskih cjelina. Mouzelisovim riječima: „/Diferenciranje institucionalnih poredaka prema njihovim tehnologijskim, prisvajajućim ili ideologijskim dimenzijama pomaže nam promatrati društvo u konstruktivističkim kategorijama. Dozvoljava nam vidjeti norme/uloge ne samo kao sredstva socijalne regulacije aktera, već i kao sredstva pomoću kojih akteri konstituiraju, reproduciraju i transformiraju društvene poretke“.¹²⁷

Na ovaj se način omogućuje teorijski koherentna osnova za konceptualizaciju i razumijevanje napetosti između onih aktera koji imaju pristup kontroli tehnologija i onih koji nemaju. Mogu se postavljati pitanja o povezanosti između strukturnih rascjepa, društvenih ideologija, grupne svijesti i potencijalnih ili stvarnih konflikata između pojedinačnih i/ili grupnih aktera. Procesi (dez)integracije društva mogu se razumjeti i objašnjavati i putem analize systemskih neusklađenosti i strukturnih rascjepa, ali i putem analize suprotstavljenosti odnosa između aktera koji zauzimaju različite položaje i imaju različite interese ili identitete. Iz navedenog proizlazi i najvažniji Mouzelisov doprinos analizi procesa (dez)integracije društva. On pokazuje da su institucionalna svojstva društvenih sustava na dvostruk način snažno isprepletena s djelovanjem društvenih aktera. Na jednoj strani, predstavljaju

124 Ibid., str. 127. Smatra da provizorna sinteza navedenih pristupa koju predlaže uspijeva sačuvati teorijsku profinjenost i široku primjenjivost Parsonsove AGIL – sheme i svojstvo marksističke paradigme da poveže institucionalne strukture i njihove neusklađenosti s agentima i njihovim borbama. Također ističe da u svojem pokušaju nije želio opširno rekonstruirati Parsonsovu teoriju prema konfliktnim/voluntarističkim principima. Umjesto toga je želio, na ograničen način, pokazati tip transformacije kojoj bi trebalo podvrgnuti AGIL shemu kako bi se ona mogla teorijski koherentno povezati s akterima i grupama kao proizvođačima, ali i kao proizvodima društvenog svijeta, *ibid.*, str. 150.

125 Ibid., str. 135.

126 Tehnologijska dimenzija se odnosi na sredstva (alate, znanja) s pomoću kojih ljudska bića više ili manje namjerno konstruiraju, reproduciraju i transformiraju svoju društvenu egzistenciju. Prisvajajuća dimenzija se odnosi na obrasce kojima se tehnologije (sredstva) konstrukcije društvene egzistencije prisvajaju/kontroliraju, a ideologijska na načine kojima se opravdava postojeće aranžmane prisvajanja tih sredstava, *ibid.*, str. 141-142.

127 Budući da tehnologije predstavljaju „alate“ za proizvodnju društveno poželjnih resursa, koncept prisvajanja uvijek otvara pitanja tko kontrolira tehnologije i resurse koje one proizvode, a koncept ideologije uvodi pitanje o tome kako se nejednakosti, do kojih je došlo zbog nejednakog prisvajanja/kontrole tehnologija, prikazuju kao legitimne, *ibid.*, str. 142-143.

ograničenja na koja akteri moraju računati pri usmjeravanju i organizaciji vlastitih djelovanja i reprodukciji/transformaciji socijalnih sustava. Na drugoj, predstavljaju i tehnologije putem kojih akteri mogu konstruirati i kontrolirati procese reprodukcije ili transformacije društvenog poretka. Mouzelisov pristup naglašava da su strukturne pretpostavke koje svojim djelovanjem stvaraju jedni akteri (makro) u isto vrijeme i ograničenja na koja u svojem djelovanju moraju računati drugi, na društvenoj ljestvici niže pozicionirani akteri (mezzo, mikro). Dakle, svi akteri nemaju jednak utjecaj pri simboličkoj i materijalnoj konstrukciji društvenih poredaka. Odnosno, strukturna svojstva društvenog sustava mogu biti neizbježna ograničenja za jedne aktere, ali u isto vrijeme resursi i tehnologije za kreativno djelovanje drugih aktera. „Drugim riječima, budući da su svi akteri i proizvođači i proizvođači društvenog svijeta, makro akteri (ekonomski, politički, društveni, kulturni) mnogo su više proizvođači nego što su proizvođači“.¹²⁸ Shodno tomu, za adekvatno razumijevanje procesa (dez)integracije društva nužno je analizirati djelovanje i strategije svih aktera, ali je neophodno imati u vidu da u tom procesu ipak najsnažniji utjecaj imaju upravo makro akteri. Zbog toga se pri analizi procesa (dez)integracije društva na njihovo djelovanje i strategije valja posebno fokusirati. Na kraju je potrebno naglasiti da je Mouzelisov pristup iznimno važan i zbog toga što dopušta da se procesi konstrukcije/transformacije društvenih cjelina (i institucionalnih i figuracijskih) uvijek promatraju i iz perspektive aktera (socijalna integracija) i iz perspektive institucija (sistemska integracija), a da se pritom ne zanemari hijerarhijska dimenzija ni društvenih struktura ni društvenih igara.¹²⁹

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kao što je pokazala prethodna rasprava pitanje integracije društva usko je povezano uz nastanak i razvoj sociološke teorije. Iako većina klasika sociologije nije eksplicitno definirala pojam integracije, neki od njih su dali važne doprinose u razumijevanju tog fenomena. Ukazali su da se može analizirati iz perspektive različitih aspekata društvenosti. Prvo, iz perspektive (ne)usklađenosti različitih društvenih podsustava, institucija, normi, odnosno utjecaja koje takva stanja imaju na dinamiku društvenog života. Drugo, iz perspektive obilježja prevladavajućih formi društvenog života, odnosno njihovog utjecaja na dinamiku društvenih odnosa. Treće, iz perspektive aktera, njihovih značenja, vrijednosti, identiteta ili interesa koji određuju kako će se oni odnositi prema drugim akterima, institucijama ili poretku u cjelini. Uz navedeno, klasici su pokazali da se taj proces može analizirati iz perspektive odnosa između strukturnih pritisaka društvenog poretka i reakcija

¹²⁸ Ibid., str. 218.

¹²⁹ Ipak, treba naglasiti da su i Mouzelisovom dobro razrađenom teorijsko-konceptualnom okviru upućene određene primjedbe v. Domingues, M. J., *Social Integration, System Integration and Collective Subjectivity*, Sociology, vol. 34. 2, 2000, str. 225–241. i Perkmann, M., *Social Integration and System Integration...* op. cit., str. 491–507., pa i ozbiljne kritike v. Healy, K., *Conceptualising...*, op. cit., str. 509–522.

koje na te pritiske imaju društveni akteri. Tako je pokazano da se u okviru procesa integracije uvijek simultano isprepliću aspekti objektivne i subjektivne društvene zbilje. Odnosno, da karakter i dinamika tog procesa ovise i o pritiscima proizašlim iz strukturnih okvira društvenosti i o karakteristikama aktera, njihovim interesima i identitetima, koji utječu na to kako oni doživljavaju društvenu zbilju i usmjeravaju svoje djelovanje. To je istaknulo da dinamiku (dez)integracije društva generira opći kontekst društvenog života kojeg oblikuju i pritisci postojećih struktura, ali i posljedice djelovanja aktera.

S druge strane, disparatnost razumijevanja temelja društvenosti u okviru klasične sociologije rezultiralo je nastankom redukcionističkih objašnjenja procesa (dez)integracije u okviru suvremenih socioloških pristupa. Neki su se pristupi u analizi i eksplikaciji tog procesa usmjerili prvenstveno na strukturna obilježja društvenosti, a neki prvenstveno na karakteristike društvenih odnosa i posljedice društvenog djelovanja. To je u okviru sociologijske teorije izoštrilo podjelu između onih koji proces (dez)integracije analiziraju iz strukturalističke i onih koji ga analiziraju iz relacionističke perspektive. Niti jedan od tih pristupa nije omogućio da se problematika (dez)integracije društva adekvatno konceptualizira, uzimajući u obzir sve relevantne dimenzije društvenosti koje konstituiraju taj proces. Kako bi razriješio tu heuristički neplodnu situaciju D. Lockwood je predložio da se pri konceptualizaciji tog procesa uvijek razlikuje njegova sistemska i socijalna dimenzija. Pokazao je da je na metateorijskoj razini razlikovanje ta dva mehanizma integracije neophodno za cjelovitu analizu uspostavljanja društvenog poretka, odnosno nastanka sukoba u društvu. To je neophodno jer navodi istraživače da društvene procese razumiju i objašnjavaju analizom međudnosa između pritisa društvenih struktura i posljedica društvenog djelovanja. Zbog svoje inovativnosti Lockwoodova je distinkcija postala neizostavna referentna točka kasnijih socioloških rasprava o integraciji, te posebno koristan alat za empirijsko istraživanje procesa socijalne transformacije.

Daljnja uporaba navedene distinkcije pokazala je da je u analitičkom smislu, za adekvatno razumijevanje i objašnjenje procesa (dez)integracije društva, doista neophodno razlikovati njegovu sistemsku i socijalnu dimenziju, te sve aspekte društvenosti vezane uz njih. Pokazano je da je dinamika procesa (dez)integracije oblikovana situacijskim kontekstom u kojem se isprepliću normativni okviri društvenosti i funkcioniranje društvenog sustava te načini na koje različiti akteri doživljavaju društvenu zbilju, pojedina institucionalna rješenja i/ili društveni poredak u cjelini. Korištenjem tih pojmova neposredno se može uočiti ispreplitanje „objektivnih“ i „subjektivnih“ aspekata društvenosti, odnosno može se uočiti da su strukturni elementi društvenog poretka istovremeno i konstitutivni elementi društvenosti, i posljedica društvenog djelovanja. Strukturni pritisci koji postoje u društvu, bilo oni „izvanjski“ koji proizlaze izravno iz funkcioniranja društvenih institucija, bilo oni „unutarnji“ koji proizlaze iz internalizacijom usvojenih sustava uvjerenja i vrijednosti, predstavljaju i ograničenja i resurse s kojima se akteri svakodnevno susreću u svojem djelovanju, bez obzira jesu li toga svjesni ili ne.

Shodno tomu, sistemsko-socijalna distinkcija upozorava da proces (dez)integracije društva uvijek podrazumijeva postojanje određenog broja institucionalno-strukturnih rješenja te određenog broja aktera i kolektiviteta koji se nalaze u međusobnom odnosu. Budući da su svi društveni sustavi hijerarhijski po svojoj prirodi, svi društveni akteri i kolektiviteti nisu podjednako „pogođeni“ utjecajima različitih sistemskih rješenja. Primjerice, pojedina sistemska rješenja koje stvaraju jedni akteri mogu predstavljati ograničenja s kojima se svakodnevno suočavaju drugi akteri u društvu. Ako potonji počnu percipirati da ta rješenja ugrožavaju njihove interese ili identitete, mogu početi osporavati njihovu „opravdanost“ te tražiti uvođenje drugačijih sistemskih rješenja. U konačnici takav zahtjev može dovesti do osporavanja legitimiteta postojećeg društveno-političkog poretka ili nekog njegovog institucionalnog rješenja, te posljedično do konflikta s akterima koji taj poredak i/ili takva rješenja dominantno oblikuju, zastupaju ili podržavaju. Drugačijim riječima, neka skupina aktera može početi težiti „alternativnim“ institucionalnim rješenjima, što može voditi transformaciji ili čak dezintegraciji postojećeg društveno-političkog poretka, tj. sistemskoj dezintegraciji. Skupina aktera koja se protivi nekim institucionalnim rješenjima može doći u sukob s onom skupinom aktera koji se za ta rješenja zalaže ili ih prvima žele nametnuti, što može izazvati socijalnu dezintegraciju neke zajednice ili društva.

Treba zaključiti da je uporaba sistemsko-socijalne distinkcije neophodna za adekvatnu konceptualizaciju procesa (dez)integracije društva jer ukazuje da sustavi institucija nisu antropomorfni entiteti čije neusklađenosti automatski i nužno vode do društvenih promjena i sukoba. Ona ukazuje da „objektivne“ strukturne proturječnosti same po sebi ne moraju dovesti do društvenih promjena i sukoba ako akteri „subjektivno“ ne percipiraju i osjećaju da takva proturječja postoje i ugrožavaju njihove interese ili identitete. Uz to ona ukazuje da se dinamika društvenog života konstituira putem međudnosa između hijerarhijski organiziranih sustava više ili manje (ne)kompatibilnih uloga/normi i hijerarhijski povezanih mreža aktera uključenih u složene društvene igre više ili manje kooperativnog ili konfliktnog karaktera. To omogućuje da se pri analizi i eksplikaciji uzroka društvenih promjena i sukoba na teorijski koherentan način postave pitanja o povezanosti između strukturnih rascjepa, društvenih ideologija, grupne svijesti i potencijalnih ili stvarnih konflikta između aktera. Na kraju, treba naglasiti da upotreba potonje distinkcije omogućava i to da se uvidi gdje leže najznačajniji rascjepi u okviru suvremene sociologije, te da se postave konkretna pitanja koja mogu pomoći u njihovom prevladavanju.

Summary

THE CONTRIBUTIONS OF SOCIOLOGICAL THEORY TO THE CONCEPTUALIZATION OF (DIS)INTEGRATION OF SOCIETY

The contribution of sociological theory in understanding and conceptualizing the issue of (dis)integration of society is the thematic framework of this discussion. This paper is divided in two parts. The first part considers contributions of classical sociology in clarifying the process of (dis)integration of society. It emphasizes that Durkheim, Simmel and Weber have pointed out, within their theories, different dimensions of sociability necessary for understanding the process of (dis)integration, and that disparity of theoretical approaches of Classical authors has brought to the reductionist understanding of (dis)integration process in contemporary sociological approaches. The second part deals with the effort of the contemporary authors to overcome the reductionism mentioned above. It discusses the role that D. Lockwood's distinction on the systematic and social (dis)integration had in that attempt, and the ways in which A. Giddens, J. Habermas and N. Mouzelis used that distinction in order to create more appropriate theoretical-conceptual frameworks for sociological understanding and explication of the process of constitution, integration, transformation and disintegration of social life. The conclusion is that analytical distinction of the system and social integration is necessary for adequate explication of the mentioned processes. Such analytical distinction points out that these processes are simultaneously shaped by the pressure which arises from the state of normative and institutional structure of the social order and the reaction which users and collectives of different interest and identity have on that state.

Key words: *social order, social structure, social action, system integration, social integration.*

Zusammenfassung

BEITRÄGE DER SOZIOLOGISCHEN THEORIE ZUR KONZEPTUALISIERUNG VON GESELLSCHAFTS(DES) INTEGRATION

Die Arbeit wird in zwei Teile aufgeteilt und zeigt die Problematik des Beitrags von soziologischer Theorie zur Interpretierung und Konzeptualisierung der Problematik von Gesellschafts(des)integration auf. Sie stellt fest, dass die Klassiker auf verschiedene Dimensionen der für die Interpretierung dieses Prozesses notwendigen Gesellschaftlichkeit hinweisen, und, dass Disparität ihrer Ansätze zu reduktionistischen Erklärungen von (Des)Integration geführt hat. Der

zweite Teile diskutiert über die Bestrebungen von modernen Autoren, das genannte Problem zu überwinden. Es wird auf die Bedeutsamkeit des D. Lockwoods Distinktion zwischen systemischer und sozialer Integration hingewiesen. Ebenfalls werden die Methoden analysiert, mit welchen A. Giddens, J. Habermas und N. Mouzelis diese Distinktion ausgenutzt haben, um angemessenen konzeptuellen Rahmen für Forschung und Explikation der Prozesse von Konstitution, Integration, Transformation und Desintegration des gesellschaftlichen Lebens zu bilden. Man kommt zum Schluss, dass die analytische Verwendung genannter Distinktion unumgänglich ist, weil sie darauf hinweist, dass sowohl die aus diesem Zustand der sozialen Strukturen hervorgegangenen Drücken als auch die von Seiten der Akteure mit unterschiedlichen Interessen und Identitäten kommenden Reaktionen auf solche Zustände der Dynamik von Gesellschafts(des)integration ihre Form geben.

Schlüsselwörter: *(Des)integration, Struktur, Wirkung.*

Riassunto

L'APPORTO DELLA TEORIA SOCIOLOGICA ALLA CONCETTUALIZZAZIONE DELLA (DIS)INTEGRAZIONE DELLA SOCIETÀ

Il contributo è suddiviso in due parti e tratta dell'apporto della teoria sociologica nell'intendimento e nella concettualizzazione della questione della (dis)integrazione della società. La prima parte valuta gli apporti dei classici della sociologia nel palesamento del processo di (dis)integrazione della società. Si constata che i classici hanno evidenziato le diversità dei substrati della società indispensabili per la comprensione di tale processo, come anche il fatto che i loro più disparati approcci hanno condotto a spiegazioni riduttivistiche della (dis)integrazione medesima. Nella seconda parte si dibatte circa gli sforzi compiuti dagli autori contemporanei ai fini di un superamento del menzionato problema. Si pone in rilievo il significato della distinzione operata da D. Lockwoodov tra l'integrazione sistematica e quella sociale ai fini di tale tentativo. Viene esaminato altresì come A. Giddens, J. Habermas e N. Mouzelis abbiano utilizzato detta distinzione per creare delle cornici concettuali più consone a ricercare ed a esplicare il processo di costituzione, integrazione, trasformazione e disintegrazione della vita sociale. Si perviene alla conclusione che l'utilizzo analitico della menzionata distinzione è indispensabile, poiché evidenzia come la dinamica della (dis)integrazione venga al contempo forgiata dalle pressioni derivanti dallo stato della struttura sociale e dalle reazioni che a tali condizioni hanno i portatori di diversi interessi ed identità.

Parole chiave: *(dis)integrazione, struttura, funzionamento.*

SEPARATION OF SHARIA FROM THE STATE AS ACCOMMODATION – EFFECTS AND LIMITS*

Matija Miloš, mag. iur., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 348.9:297
Ur.: 1. listopada 2013.
Pr.: 6. studenog 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

ODVOJENOST ŠERIJATSKOG PRAVA OD DRŽAVE KAO IZVOR PROSTORA PROMJENJIVOSTI: UČINCI I GRANICE

U suvremenim ustavnim demokracijama primjena vjerskog prava u određenim je granicama prepuštena pojedinačnom vjerniku te se država u to obično neće miješati. U ovome radu autor analizira taj uobičajeni odgovor na vjerske norme u kontekstu rastuće prisutnosti šerijatskog prava u Kanadi i Ujedinjenom Kraljevstvu. Utvrđuje se da on pojedinačnim vjernicima prepušta mogućnost da sami određuju kako će se i u kojoj mjeri vjersko pravo na njih primjenjivati. To nazivamo prostorom promjenjivosti. Na njegova ograničenja već ukazuje niz autora. Posebno se ističe problem pretjerane izloženosti pojedinca neumoljivoj vjerskoj tradiciji. Mi napominjemo da u potrazi za valjanim rješenjima tih i drugih problema treba imati na umu da odvojenost države i vjerskog prava te prostor promjenjivosti što iz nje proizlazi nisu prepreka različitostima, već njihova podloga. Zanimanje toga može dovesti do dodatnih poteškoća u uvijek napetom odnosu vlasti i religije.

Ključne riječi: vjerske slobode, šerijatsko pravo, sekularna država.

1. INTRODUCTION

Muslim law (Sharia) has made its presence known across the globe. Its rules on family life have been particularly controversial. The flows of migration have carried them to the liberal democracies of the West, where a number of groups requested that they be recognised or accommodated. Most commonly, it is

* All web resources referred to in this paper were last accessed on 27 September 2013.

suggested that family law arbitration under Sharia be allowed and that the resulting awards be granted some degree of civil effect. In other words, it is requested that the secular law outlines a space in which religious law would be free to flourish and regulate the lives of devout Muslims, at the same time strongly interacting with the national legal system. At the time of writing, such requests for accommodation have been resolutely rejected in Canada,¹ Australia,² Germany,³ US⁴ and, to some extent, the UK.⁵ Thus, it would seem that a widespread response to the spreading of Sharia family law in the West has been to keep it separate from the state, rather than accommodate its peculiarities.

The academic debate on these issues has for the most part followed the dichotomy described above. Some argue for strict separation, claiming that all civil effect should be denied to Sharia's family law norms, most commonly on the grounds of their plain incompatibility with the public order of a liberal constitutional democracy.⁶ Sharia, it is convincingly argued, endangers human rights guarantees, particularly gender equality, and the coherence of the legal order, threatening to introduce a fatal form of legal pluralism.⁷ On the other side is a much smaller

- 1 Sturcke, J., Sharia law in Canada, almost, <<http://www.theguardian.com>>, 8 February 2008, available at: <http://www.theguardian.com/news/blog/2008/feb/08/sharialawincanadaalmost>.
- 2 Merritt, C., Sharia Law at Work in Australia, <<http://www.theaustralian.com.au>>, 20 July 2011, available at: <http://www.theaustralian.com.au/national-affairs/sharia-law-at-work-in-australia/story-fn59niix-1226097889992>.
- 3 Sharia in Germany? Politician Blasted for Support of Islamic Law, <<http://www.spiegel.de>>, 3 February 2012, available at: <http://www.spiegel.de/international/germany/sharia-in-germany-politician-blasted-for-support-of-islamic-law-a-813148.html>.
- 4 Kaleem, J., Sharia Law Campaign Begins As Muslim Group Fights Bans, <<http://www.huffingtonpost.com>>, 1 March 2012, available at: <http://huff.to/zwCYCC>.
- 5 Bingham, J., Sharia courts „as consensual as rape“, the House of Lords told, <<http://www.thetelegraph.co.uk>>, 20 October 2012, available at: <http://www.telegraph.co.uk/news/religion/9621319/Sharia-courts-as-consensual-as-rape-House-of-Lords-told.html>.
- 6 See, for example, Gaudreault-DesBiens, J., Religious Courts, Personal Federalism, and Legal Transplants, in *Shari'a in the West*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 171; Buchler, A., Islamic Family Law in Europe? From Dichotomies to Discourse - or: Beyond Cultural and Religious Identity in Family Law, *International Journal of Law in Context* 8, no. 2 (2012), p. 204; Fretwell Wilson, R., Privatizing Family Law in the Name of Religion, *William & Mary Bill of Rights Journal* 18 (May 2010): p. 925; Report: "When Legal Worlds Overlap: Human Rights, State and Non-State Law, Versoix, Switzerland: The International Council on Human Rights Policy, 2009; Reiss, M., The Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari'a Council Decisions Should Be Non-Binding, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 26 (2009): pp. 739–778.
- 7 Legal pluralism can be defined "as the condition in which a population observes more than one law" (Woodman, G. R., *The Possibilities of Co-existence of Religious Laws with Other Laws*, in *Law and Religion in Multicultural Societies*, Copenhagen, Djøf Publishing Copenhagen, 2008, p. 26.) For the purposes of this paper, I include religious laws encompassed by Sharia into other laws that may be observed by the population, and as such compete with the power of the secular government, even when they can be applied only without governmental sanction. For an introductory discussion on legal pluralism, see the work of John Griffiths. (Griffiths, J., *What Is Legal Pluralism?*, *Journal of Legal Pluralism* 24, no. 1 [1986]: pp. 1–55).

but nonetheless vocal group of scholars, who argue that it is a mistake to simply separate Sharia from the state.⁸ Their claim is that accommodating Sharia may provide a range of benefits. Most notably, it is cogently argued that accommodation can facilitate pluralism in a constitutional democracy, enabling better integration of religious minorities and help eradicating problematic religious or traditional practices, such as child marriages. In this sense, it is concluded that some degree of accommodation is more protective of human rights and the liberal legal order than pure separation.

While both strands of jurisprudence make valuable contributions to the debate on Sharia in the West, they also contain blind spots. The advocates of separation are most zealous in requiring that Sharia remains separate from the state, treating separation as a barrier to stop an infestation, but little is said of its limitations and predicted effects.⁹ On the other side lie those who suggest that a form of accommodation be introduced. Much like their opponents, however, scholars representing this position seem to view separation and accommodation as polar opposites. Where one is increased, the other is to be ignored or decreased. Consequently, their suggestions do not pay sufficient regard to the need to maintain separation between the state and Sharia.

The goal of this paper is to look past the described division between “separation” and “accommodation” as two mutually exclusive positions. Instead, it is argued that separation itself is a form of accommodation. Contrary to the claims of accommodationists, it too causes the state to engage with Sharia family law norms. Unlike accommodation requests made by different religious groups, however, its purpose is not to support the traditions upheld by communities of believers. Instead, it is meant to empower and accommodate the religious freedom of individual believer so that she may choose between the religious and secular laws, using both as she negotiates and constructs her identity, not as a citizen **or** as a believer, but both. This is achieved by the “transformative space” projected by Sharia’s separation from the state.

Nonetheless, the space has its limitations. It does not fully protect the interests of the individual citizen. Hence, limitations of the separation between the state and Sharia in this sense should be examined and alleviated. However, any such measure should not consider only the interests of those that need to be protected,

8 Shachar, A., *Religion, State and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies*, McGill Law Journal 50 (2005): pp. 49 – 88; Shachar, A., *Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law*, Theoretical Inquiries in Law 9, no. 2 (July 2008), pp. 573-607; Ahmed, F. And Luk, S., *How Religious Arbitration Could Enhance Personal Autonomy*, Oxford Journal of Law and Religion 1(2) (2012): pp. 424-445; Kutty, F., *The Myth and Reality of Shari’a Courts in Canada: A Delayed Opportunity for the Indigenization of Islamic Legal Rulings*, University of St. Thomas Law Journal 7, no. 3: June 2011., p. 1.

9 Christoffersen, L., *Is Shari’a Law, Religion or a Combination? European Legal Discourses on Shari’a*, in *Shari’a as Discourse: Legal Traditions and Encounter with Europe* (Surrey: Ashgate, 2010), p. 73

but also the need to maintain the vitality of the transformative space. The agency of individual believers can then be properly advanced. By contrast, efforts to create state-sanctioned shortcuts to seemingly desirable goals may significantly erode its potency.

This paper proceeds as follows. In the first part, I look at the basic features of the relationship between state and religious law as moderated by separation (1). In the second part, I look at the two models of Sharia's separation from the state that have developed thus far (2). In the third part, I explain the "transformative space" that is developed by virtue of these models (3). The last part of the paper covers the limitations of separation and the attempts to alleviate them from the perspective of its transformative space (4).

2. STATE, RELIGIOUS LAW AND THEIR SEPARATION: AN OUTLINE

Generally speaking, separation of the religious and the governmental generated a common secular space as the "lowest common denominator" that was to unite the population despite religious differences.¹⁰ Therefore, religious conviction as a transcendental concept was not to have anything to do with the reason-based state. Instead, religion was to be removed from the powers the government has over the public sphere.¹¹ This was done against the background of abuse that emerged every time religion and the government uncontrollably joined forces. These range from the most extreme cases of persecution¹² and discrimination¹³ to the seemingly mild endorsements of a single religion or a number of creeds which nonetheless wear away the principle of equality.¹⁴ The one common feature of all these abuses is that they to some extent inevitably erode the individual freedom to choose and practice their belief, whether alone or in community with others.

Separation seeks to avoid the erosion of liberty by relegating religion into privacy, leaving each believer with the ability to adopt, practice and change any

¹⁰ Raday, F., *Secular Constitutionalism Vindicated*, *Cardozo Law Review* 30, no. 6 (2006): 2770; Mahmood, S., *Secularism, Hermeneutics, and Empire: The Politics of Islamic Reformation*, *Public Culture* 18, no. 2 (2006): p. 524.

¹¹ Rosenfeld, M., *Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, No. 3 & 4 (October 2008): p. 415.

¹² The example of the immediate post-establishment period in England being the case in point. (Rivers, J., *The Law of Organized Religions*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 10.)

¹³ Grim, B. J. and Finke, R., *The Price of Freedom Denied: Religious Persecution and Conflict in the Twenty-First Century*, 1st ed., New York, Cambridge University Press, 2011, p. 40.

¹⁴ For a convincing investigation of this argument from the international law perspective, see Temperman, J., *State-Religion Relationships and Human Rights Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 165.

beliefs she might have and to form communities with others accordingly.¹⁵ In this sense, separation accommodates the conscience of individuals and, by extension, the integrity of religious communities. The state, restrained by the mandates of separation, has to turn back from religion and cease using it as a political playground. Even though particular religious communities may vie for political power, the state has to deny any hope of fulfilling such temptations.¹⁶ The more the government can avoid undue aggression or support to any particular religion, the safer from unnecessary governmental interference will religious identity of all become.

The task of this part of the paper is to look at the way this general logic of separation translates into the relationship of the state with religious law. In this regard, we might be tempted to conclude that the existence of separation requires that religious law be deprived of all civil effect. After all, as Temperman puts it, should the state become “the enforcer and guardian” of religious law, the legal system would be disrupted on several fronts. Most notably, the rights of individuals would be endangered by religious rules which may run contrary to them. Furthermore, a variety of systematic violations would take place, such as inequality before the law on the basis of religious belonging.¹⁷ One possible scenario would then be that one law applies to Christians, another to Muslims, while national law retains jurisdiction over those without religious affiliation.

Hence, it can be concluded that believers may observe the tenets of their creed or refuse to do so but they should not expect the state to have anything to say about it. However, while religious freedom in itself does not give anyone the right to have the effects of religious laws sanctioned by civil law,¹⁸ separation is not necessarily opposed to the state making such concessions.¹⁹ For example, the state may decide to award religious marriages with civil effect.

In order for these and other possible allowances to be made, separation only requires that a proper procedure is in place, one that will avoid extremes in the

15 In some jurisdictions however, a movement away from this fundamental understanding of separation has been observed. For instance, the original French approach to religion, *laïcité*, moved from the understanding of separation as a restraint on the state and is increasingly becoming a restraint on the believer by strongly limiting the presence of religion in the public space. (See, Daly, E., *Public Funding of Religions in French Law: The Role of the Council of State in the Politics of Constitutional Secularism*, *Oxford Journal of Law and Religion* [August 23, 2013], doi:10.1093/ojlr/rwt039, p. 2).

16 As Sajó demonstrates, however, historical arrangements with a particular religion may make the state more vulnerable to its demands, thereby diminishing its objectivity when it comes to religious matters. (Sajó, A., *Constitutionalism and Secularism: The Need for Public Reason*, *Cardozo Law Review* 30, no. 6 [June 30, 2009]: p. 2413).

17 Temperman, J., op. cit., p. 172.

18 See, for example, *Savez Crkava “Riječ Života” and Others V. Croatia* (app. No. 7798/08), para. 56.

19 As a result, the state has at its disposal considerable discretion in deciding which religious legal system it will privilege and in what manner. The resulting negative impact on separation from religion and the secular nature of the state itself will not be thoroughly discussed in this paper as it is a complex topic that has to be dealt with in a separate piece.

state's relationship with religion.²⁰ This procedure can be conceived in two tiers. In the first one, the state should determine which matters may be accommodated. For the second tier, the state should establish criteria that allow it to impartially decide whether accommodation can be made in a concrete case.

As for outlining the subject matters in which accommodation of religious law may be considered, the governing consideration is the fundamental nucleus of a legal system which the state must safeguard. It includes particular core values and minimal moral thresholds, such as gender equality and the child's best interest. The use of religious law may not be sanctioned by the state in a way which allows individuals to insulate themselves from these and other similar requirements and thereby erode the very heart of a national legal order. For this reason, certain branches of law will be completely withheld by the state, such as issues falling within the purview of the criminal law. More discretion may be exercised when it comes to contracts, property and particular issues concerning family law. For instance, domestic violence may not be considered as an application of religious rules that may be accommodated by the state.²¹ By contrast, the choice of a marriage ceremony should be left to individual believers insofar as it does not endanger the already mentioned fundamentals of a legal order. Thus, a marriage ceremony conducted over the telephone with a mentally disabled spouse may not be condoned by the state, even though it may be perfectly valid under Sharia.²² But if the state is requested to award civil effect to a religious ceremony conducted in a way and between individuals who could have otherwise married under civil law, there is little reason to refuse.

One of the main obstacles the state should navigate around at this stage is the propensity to extend the requirements of the legal order's core to issues that are objectively irrelevant. This is particularly likely to occur if the state adopts an ideology as its basis for regulating religious issues or favours only certain religions because of their traditional presence in a society.²³ In said cases, the state may end

20 The greatest extremes being either a more or less violent purge of those supporting religious law or, on the other side of the spectrum, a full fusion of religious and secular laws or a complete replacement of the secular legal system with its religious counterpart (see for instance, the controversial decision of the European Court of Human Rights in *Refah Partisi and Others V. Turkey* (app. nos. 41340/98, 41342/98 and 41344/98); *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others V. Turkey* [GC] (app. Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98).

21 Accordingly, the Italian Supreme Court refused the cultural defence of a father who claimed he had a right to discipline his daughter for not memorising the Quran. (Supreme Court Sentences non-Italian Father for Child Abuse, Ansa.it, March 30, 2012, http://www.ansa.it/web/notizie/rubriche/english/2012/03/30/visualizza_new.html_158869129.html.)

22 *KC and NNC v City of Westminster Social and Community Services Department*, [2008] EWCA Civ 198.

23 See *supra*, footnote 16; Matija Miloš, Problem kompatibilnosti sekularne države i vjerskih sloboda: ishodišta i prilog rješenju [Compatibility of the secular state and religious freedom: causes and a contribution towards resolution], *Hrvatska pravna revija*, July/August 2013, pp 1-10

up diminishing separation, which should be avoided as much as possible as it may unnecessarily single out small or novel religious groups and may endanger the freedom of individuals in the process.

Similar perils should be avoided by the state as it addresses the second tier of the process leading up to granting civil effect to religious law. In it, the state or, most commonly, its judiciary, has to decide whether individual cases meet the requirements set in the first stage. In the example of a religious marriage, the state ought to put in place procedures to determine that each of those marriages meets the fundamental requirements of the national law. It should not merely rubberstamp every religious marriage.²⁴ However, it should also refrain from analysing religious marriages in a way that unjustifiably delves into issues of religious doctrine and beliefs.²⁵

If the state moves into either of the mentioned extremes, separation is to some extent annulled. In the first case, religious law is effectively fused with the national law, as anything it provides will be approved by the state. In the other case, the state can become a *de facto* religious authority, aggressively directing the development of religious matters. In avoiding both of these situations, the state should restrict itself to the role of a “translator”.²⁶ For instance, if two parties have agreed to settle their dispute before a religious authority, and this agreement contains all an acceptable secular accord usually would, the state ought to have mechanisms that translate the will of the parties to civil law terms.²⁷ A state will thus decide in line with the agreement of the parties, but will not be apprehensive or welcoming towards it merely because its terms have not been inspired by a secular practice or Christian culture, but by “principles of the Glorious Shari’a”.²⁸ In this manner, civil effect is

24 Nota V. Nota, [1984] Fam Law 310. (the Court notes that the plaintiff, a Sikh, should completely submit herself to her religious traditions in the whole: “She is a Sikh and they have come to this country and settled here... The Sikhs are very proud of their culture, not surprisingly, and it is good that they want to retain it in this country. But if they wish to retain their culture they must do so in total.” [paragraph 16])

25 Siahbazi V. Rastegar, 2012 ONSC 2384 (judge identifying an otherwise valid Sharia premarital contract with stoning in Afghanistan); V.B. V. Cairns Et Al, (2003) 65 O.R. (3d) 343 (the court noting that the Bible allows religious alternative dispute resolution mechanisms only in the case of a minor offense, such as theft); Uddin V. Choudhury, EWCA (Civ) 1205 (2009) (the court reinterprets Sharia’s rules on dowries and gifts by relying on a religious expert different to the one the parties consulted instead of comparing their accord with the requirements of the national legal system)

26 András Sajó, Preliminaries to a Concept of Constitutional Secularism, International Journal for Constitutional Law, Vol. 6, No. 3 & 4 (October 2008), p. 626.

27 It is possible that the translation will be feasible only in part. The rest of the religious message then inevitably gets lost in the translation as only a part of it is transferred to the language of the civil law. For example, in paragraph 11 of the case Uddin V. Choudhury, already referenced in footnote 25, the Court established that the parties were married under English law only regarding the dowry and gifts received by the bride. Their marriage, however, was not recognised outside these narrow limits because a proper ceremony with a civil effect was not conducted.

28 Shamil Bank of Bahrain EC v Beximico Pharmaceuticals Ltd and others, [2004] 1 W.L.R. 1784 (overturning the courts below; they refused to interpret a contract merely because it

granted to religious law if and to the extent it meets the terms of the secular law, which ensures that the separation between them is not diminished.

In sum, separation of religious law and the state allows for a number of alternatives. On the one hand, religious law may be deprived of all civil effect. On the other hand, civil effect may be granted in particular cases provided that the national law maintains its authority and establishes procedures that protect separation and the national legal order itself from erosion. In any case, the believers may always submit themselves to a religious rule or abstain from it as a matter of their own personal conviction. If no laws are violated in the process, the state will in principle not interfere. However, as will become evident from discussing the models which employ the principles expounded here in relation to Sharia, separation's approach to religious law is in no way free from significant difficulties.

3. ACCOMMODATING SHARIA FAMILY LAW THROUGH SEPARATION: TWO MODELS

Having covered the basic features of separation between religious law and the state, I next look at how these fundamental characteristics figure in the relationship between Sharia and the government. This part of the paper looks at two models that developed thus far, the Canadian top-down (2.1) and the British bottom-up (2.2) approach to Sharia.²⁹ The first one deprives religious law of civil effect, although not completely, while the other one is more open to sanctioning religious family mandates under civil law.

3.1. *Canada: top-down separation*

In Canada, the debate on the position of Sharia took off when a group of Muslims made public their intentions to establish a tribunal that would apply Sharia to the members of their community. The plan was to have it in the province of Ontario, where legislation on alternative dispute resolution left open the possibility to arbitrate family law disputes under religious law. The very idea caused a furor that swept across the country, including Quebec, where no family law arbitration was

referenced "the principles of the Glorious Shari'a", although the contract could have been translated to secular terms without involving any religious issues); Ali v. Ali (2000), case unreported but described in Menski, W., "Immigration and Multiculturalism in Britain: New Issues in Research and Policy," KIAPS: Bulletin of Asia-Pacific studies, vol XII/2002, p. 5 (a British judge refuses to award the sum of money the bride was supposed to receive according to Sharia, instead he changes the amount to be paid by one pound without any proper justification)

29 For a theoretical background of the difference between the top-down and bottom-up models as employed in this paper, see Schuck, P. H., *The Limits of Law: Essays on Democratic Governance*, Boulder, Westview Press, 2000, pp. 419–455.

ever allowed.³⁰ The central cause of the tumult was the fear that institutionalizing arbitration would give obscure religious groups a chance to introduce patriarchal traditions into the Canadian society. It was feared that, under the cover provided by arbitration's private nature, a number of abuses would be perpetuated. As Sharia's rules on a variety of areas, such as getting married,³¹ marital life,³² inheritance,³³ divorce³⁴ and child custody³⁵ may be less protective for women than the national law, the chief concern was that the ever fragile gender equality would be brought to naught. Women would be forced to stay in abusive relationships,³⁶ the assimilation of immigrants to the Canadian society would be made harder and there would be inequality before the law. Thus, it was argued that there should be only one, Canadian law, and that it should apply to all.

The Ontarian government first attempted to address the concerns raised by investigating how religious arbitration operates in practice. Marion Boyd, the former Attorney General, was commissioned to draw up a report on the matter. She did not find many problems with religious law being applied in the arbitration setting, possibly because the private nature of arbitration made a more comprehensive research harder.³⁷ Nonetheless, Boyd recommended that religious arbitration be kept as long as additional safeguards are provided in order to protect more vulnerable parties, particularly women.³⁸ However, the permissive tone and argument of her report hardly appeased the objectors to religious arbitration.

30 Bakht, N., *Were Muslim Barbarians Really Knocking On the Gates of Ontario?: The Religious Arbitration Controversy - Another Perspective*, *Ottawa Law Review*, 40th Anniversary (Summer 2005): p. 19.

31 Fournier, P., *In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Translating Mahr as a Bargaining Endowment, in Law and Religious Pluralism in Canada*, UBC Press, 2008, pp. 140–160.

32 Sechzer, J. A., *Islam and Women: Where Tradition Meets Modernity: History and Interpretations of Islamic Women's Status*, *Sex Roles* 51, no. 5/6 (September 2004), p. 270.

33 For a detailed overview on Sharia provisions on inheritance, including the views of different schools of interpretation, see Hallaq, W. B., *Sharia Between Past and Present: Theory, Practice and Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 289–295.

34 It is known that under Sharia the husband can grant the divorce with more ease than the wife. The original reasoning behind this difference was twofold. On the one hand, since the man was traditionally the provider, he was considered to have the right to a privileged treatment and, on the other, the woman was considered to be too emotionally unstable to deserve the same right. (Emon, A., *Islamic Law and the Canadian Mosaic Politics, Jurisprudence, and Multicultural Accommodation*, University of Toronto Legal Studies Research Paper No. 947149, 2006., available at: <http://bit.ly/T2CFu5>, p. 7).

35 For a detailed discussion on the matter, see Hallaq, op. cit., pp. 287–289.

36 Fretwell Wilson, R., op. cit., after footnote 38 (commenting on a case of a British Muslim who was made to “reconcile” with her abusive husband).

37 Weinrib, L. E., *Speech, Religion, and the Traditional Family, in Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in a Fundamentalist World*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007, p. 182.

38 For more detail on Marion Boyd's concrete recommendations, see Boyd, M., *Executive Summary of the Report Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion*, Ontario, Ministry of the Attorney General, December 2004, available at: <http://bit.ly/JRyQWY>.

Indeed, there were powerful reasons militating against adopting the findings of the Boyd report in practice. First of all, the debate over the place of Sharia was highly polarized, in no small part because of Sharia's advocates, who implied that applying religious law should exclude the application of Canadian law.³⁹ Such a direct claim of not just interference, but of primacy of religious over the secular could have only resulted in an equally resolute retort of the government, reaffirming the dominance of the national law.⁴⁰ The room for a more nuanced discussion was thus most probably hard, if not impossible to maintain. The second important circumstance was Canada's multicultural nature.⁴¹ Its policies tend towards inclusion, rather than separation and particularisation of different social groups.⁴² For this reason, the very idea of introducing measures that might single out a group on the basis of religion was likely to have been suspicious at the outset.

Therefore, the Ontarian government decided to maintain separation between Sharia and itself by way of the Family Statute Law Amendment Act of 2006. Specifically, all family law alternative dispute resolution conducted under any law other than the one of "Ontario or of another Canadian jurisdiction" were not to be considered arbitration in the first place and were deprived of any civil effect.⁴³

This general rejection of religious family law is the central feature of the top-down approach. The government puts in place a unified standard by determining that no religious family law arbitration is permitted and religious communities, Muslims included, are thereby expected to keep the respective part of their religious identity and practice private. Therefore, Sharia is not uplifted to the level of the national law, nor is it given any lesser level of recognition by the government.⁴⁴

39 Shachar, A., *Religion...*, cit., para. 19; Bambach, L. A., *The Enforceability of Arbitration Decisions Made By Muslim Religious Tribunals: Examining the Beth Din Precedent*, *Journal of Law and Religion* 25 (2010): p. 411.

40 Ministry of the Attorney General, *McGuinty Government Declares One Law for All Ontarians: Only Canadian Law to Apply to Family Law Arbitrations*, Ontario.ca, 15 November 2005, available at: <http://news.ontario.ca/archive/en/2005/11/15/McGuinty-Government-Declares-One-Law-For-All-Ontarians.html>.

41 Section 27 of the Canadian Charter provides that the Charter "shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians". (Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982 being Schedule B to the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11.)

42 Bhabha, F., *Between Exclusion and Assimilation: Experimentalizing Multiculturalism*, *McGill Law Journal* 54 (2009), p. 53.

43 'An Act to amend the Arbitration Act, 1991, the Child and Family Services Act and the Family Law Act in connection with family arbitration and related matters, and to amend the Children's Law Reform act in connection with the matters to be considered by the court in dealing with applications for custody and access', February 23, 2006. Specifically, its section 2.2 provided that "(1) When a decision about a matter described in clause (a) of the definition of "family arbitration" in section 1 is made by a third person in a process that is not conducted exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction, (a) the process is not a family arbitration; and (b) the decision is not a family arbitration award and has no legal effect."

44 Note that some channels through which religious family law may acquire civil effect were left open. These include domestic contracts and allow the state more oversight. (Amien, W.,

Legal pluralism cannot formally compete with the national law and thereby create divisions on the grounds of religion.

However, legal pluralism cannot be wished away. While the state may refuse to grant it civil effect, it remains a social fact. As such, religious family law continues its existence and can still play a substantial role in the life of Muslims. It can be applied in private, much as any other religious practice could be.⁴⁵ Naturally, establishing a religious tribunal in a garage or a living room is in itself not a problem as long as the individual believer has a chance to voluntarily define and agree to its terms. However, should a believer be forced into religious dispute resolution by the pressures of a tightly knit religious community or a traditional family, there is little to protect her. The likelihood of this scenario occurring was, after all, one of the key arguments against allowing Sharia arbitration to continue.⁴⁶ Nonetheless, it seems separation as applied in Canada only pushes the possible abuse into privacy, but does not tackle it. Instead, it is expected that the informal tribunals still operating in particular communities take a hint and ensure their workings are in line with requirements of the national law.⁴⁷ The individual believer, on the other hand, is supposed to abandon those applications of religious law which she finds particularly injurious and unacceptable. As a matter of fact, even if a religious tribunal violates criminal law norms, the believer whose interests are being harmed may still be expected to “exit” by turning to the authorities. If she is not able to do so, the consequences may be dire.⁴⁸ Even so, no other proper protection is offered by the top-down approach.

In conclusion, the Canadian example demonstrates one way to separate Sharia from the state. The specifics of the solution applied in Ontario reveal a blanket,

Muslim Private Laws (MPL) in Canada: A Case Study Considering the Conflict Between Freedom of Religion and Muslim Women’s Right to Equality, in *Conflicts Between Fundamental Rights*, Oxford, Intersentia, 2008, p. 403.)

45 This, in fact, is precisely what is going on in Canada. (Rohe, M., *The Current Debate on Islam*, in *Law and Religion in the 21st Century: Relations Between States and Religious Communities*, Surrey, Ashgate, 2010, p. 338).

46 Bakht, N., *Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario’s Arbitration Act and Its Impact on Women*, *Muslim World Journal of Human Rights* 1, no. 1 (2004), p. 9.

47 The argument may be seen as problematic on account of its formalistic nature. Namely, it could be argued that it does not fully take into account the nature of human identity. Bhamra argues that human beings do not take their identity to mean just those segments of their personality that are necessarily pleasant and empowering. On the contrary, even agency-depriving factors are appreciated as much as those that are “positive” (Bhamra, M. K., *The Challenges of Justice in Diverse Societies: Constitutionalism and Pluralism*, Surrey, Ashgate, 2011, p. 26). A Muslim woman can, for instance, be as attached to a patriarchal interpretation of Sharia as she can to a progressive one. A simple external ban does little, if anything to change this self-understanding. Consequently, since a religious community does consist of human beings who may carry such attachments, there is some reason to doubt that a ban would change anything. At the end of the day, it may be perceived as a reason to react against the government even more and intensify the attachment with the traditional.

48 Reese, F., *Family Found Guilty in Honor Murder Case*, *Yahoo! Voices*, January 30, 2012, available at: <http://yhoo.it/xUFAwe>.

top-down stripping of civil effect directed at religious law norms. It leaves the believers with a choice between the national and religious norms. However, the possible effect of strong traditional communities to which they belong is not dealt with appropriately. Therefore, while it is undoubtable that the Canadian approach upholds separation, it does have some pronounced weaknesses. Interestingly, the United Kingdom replicates the same problem despite its different approach to Sharia.

3.2. UK: bottom-up separation

The UK deals with the separation of Sharia from the state through the “bottom-up” approach. Briefly put, it is a reflection of British pragmatism.⁴⁹ Should the legal system notice a particular disconcerting practice, it will be prohibited, but only when experience shows that it is problematic. Whether Sharia is generally oppressive or not is not an issue the government is very likely to tackle, unless practical necessity dictates otherwise.⁵⁰ In essence, approaching Sharia in such a manner means applying the social laboratory philosophy, where the best solution is sought by incremental tinkering with Sharia in practice. For this reason and unlike its Canadian counterpart, the bottom-up model is more open to granting civil effect to religious law.

Because of the seemingly permissive nature of the British approach, some would argue that it is not in fact a case of separation between Sharia and the state. In particular, Zucca proposes that it is instead a form of special engagement between the two, where the secular law strives to “learn more” about Sharia.⁵¹ However, as was argued earlier, separation of the religious and the governmental is not necessarily a relationship where the latter ignores the religious or deprives it of its public presence. Particularly as far as religious law is concerned, separation is maintained for as long as the state draws into its decisions facts required for it to perform its tasks, irrespective of their religious context or significance. If this condition is met, civil effect may be granted to religious norms without compromising their separation from the state.

49 McCrudden, C., Multiculturalism, Freedom of Religion, Equality, and the British Constitution: The JFS Case Considered, *International Journal of Constitutional Law* 9, no. 1 (2011), p. 7.

50 *Em (Lebanon) (Fc) (Appellant) (Fc) v Secretary of State for the Home Department Appellate Committee*, [2008] UKHL 64 (2008) (Sharia child custody norms are incompatible with the British legal order, but Sharia in itself is not characterised in any way); *KC and NNC v City of Westminster Social and Community Services Department*, [2008] EWCA Civ 198 (marriage invalid due to disability, the involvement of Sharia was not criticised, nor the fact that it sanctions marriages concluded over the telephone).

51 See Zucca, L., *What Is the Place of Sharia Law in European Legal Systems?*, in *A Secular Europe: Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford, Oxford University Press, 2012, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2128049>.

That this is the way the British system operates may be seen from the recent decision of the High Court of Justice in *AI v. MT*.⁵² In this case, a devout Jewish couple married both under civil law and the law of their religion, *Halacha*. After seven years of married life which resulted in two children, the couple decided to end their relationship. Their intention was to settle matters before a religious authority, the *Beth Din* in New York and then have the resulting agreement recognised in the UK. Following several developments of no immediate concern for this paper, the couple managed to agree on the terms of their divorce before the already mentioned Jewish authority. This included relevant financial arrangements and child custody plans. The High Court of Justice then gave the resulting agreement civil effect.

The Court's approach is of great interest for this paper, as it conclusively demonstrates that the British system is in fact a form of separation. Most obviously, the Court did not base its decision on religious law, but is grounding it in national law. The ruling of the *Beth Din* was treated as a source of relevant facts that weighed strongly on the Court's opinion. However, it was in no way binding for it or the parties. Secondly, the High Court noted expressly that whether religious law can be transposed into secular terms is to be decided on a case-by-case basis, with the secular law retaining its supremacy at all times.⁵³ Were the British approach not a form of separation, the Court would either dismiss or affirm the decision of the religious authority, possibly providing its own interpretation of religious law. Were it a system of "learning", as Zucca asserts, the judiciary would surely master all relevant information about *Halacha* by now, as the application of the Jewish legal system is far more common and less controversial than *Sharia*.⁵⁴ It would not scrutinise the *Beth Din* as the High Court of Justice did. As this is not the case, it can only be concluded that the UK retains the separation between the religious and the secular law, albeit in a more flexible form.

Much like the top-down approach, this supple, experience-based application of separation has positive and negative sides. The most obvious positive feature is that it avoids condemning *Sharia* as necessarily oppressive at the outset. This does not needlessly antagonise the proponents of this religious law system. More importantly, unlike the Canadian approach, the British system transfers the control over the position of *Sharia* in society over to Muslims. It is the way they apply *Sharia* that will ultimately determine whether the government will remain more flexible or move in and deprive religious norms of any possibility of a civil effect. By this token, religious communities are encouraged to avoid forcing extremist interpretations of religious norms unto their members.

52 *AI v. MT*, [2013] EWHC 100 (Fam).

53 *Ibid.*, paras. 27, 29.

54 Bambach, L. A., op. cit., p. 380; Witte Jr., J. and Nichols, J. A., *Faith-based Family Laws in Western Democracies?*, *Fides et Libertas: The Journal of International Religious Liberty Association*; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper No. 11-09; Emory Public Law Research Paper No. 11-160; Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1805304> (2010): p. 131.

This incremental approach could be said to have been achievable precisely because the British Muslim population is for the most part not making particularly strong claims for a greater recognition of Sharia.⁵⁵ The reasons for such a different attitude towards the national legal system are manifold. For one, Muslim religious norms are perceived as an intimate matter, as such wholly disassociated from the state.⁵⁶ In reality, the latter is sometimes seen as the product of a corrupt and fallen society, Sharia becoming the “ethical reservoir” in a barren desert.⁵⁷ Additionally, Muslims have over time developed a hybrid law of their own (i.e. *angrezi shariat*), which combines religious norms with the openings left in the secular law.⁵⁸ Finally, the British have strongly impacted the development of personal law systems in their former colonies.⁵⁹ By traditionally leaving family law matters to religious tribunals, the British authorities fostered the understanding that marriage has nothing to do with the state.⁶⁰ For this reason, at least some immigrants coming to the UK today are less likely to be overly concerned about what the state has to say on family life.

However, the distance between Muslims and the national legal order which made the bottom-up approach possible is also the source of its weaknesses. Not only are adherents of Sharia and other systems of religious law less likely to contest the state, but are fundamentally not going to be interested in seeking its aid. Indeed, Werner Menski observes the rejection of the national legal system by Muslim immigrants, a trend which is further encouraged by the prejudice and negativity

55 This much is clear from the nature of the recent debate on Sharia itself, which was not initiated by a Muslim group, as was the case in Canada. Instead, the controversy was triggered by the now former Archbishop of Canterbury, Rowan Williams. It was he who was heavily criticised for his suggestion that the existing Sharia tribunals should be more “integrated” into the British legal system. The Muslims themselves, however, were drawn in only subsequently. (For an analysis of the Archbishop’s views, see Budziszewski, J., *Natural Law, Democracy, and Shari’a*, in *Shari’a in the West*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 206.)

56 Yilmaz, I., *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States*, Aldershot, Ashgate, 2005, 62. (noting a number of factors that contributed to this attitude: distrust towards secular institutions, their perceived lack of legitimacy and avoidance of public embarrassment that could occur if family matters would be brought before a court of law)

57 Machado, J. E. M., *Freedom of Religion: A View from Europe*, Roger Williams University Law Review, vol. 10/451, 2009, 467.

58 Menski, W., op. cit., p 56.

59 Shah, for example, argues that the efforts of the colonial authorities to recreate Western notions of religion in South Asian colonies contributed to the division of the personal law systems in line with the religious criterion imposed, causing difficulties. Namely “post-colonial states have had to contend with the wide-ranging and problematic task of reconnecting official laws to indigenous frameworks, as had been the case in the pre-modern era” (Shah, P., *Thinking Beyond Religion: Legal Pluralism in Britain’s South Asian Diaspora*, *Asian Law* 8 [2006]: 243).

60 Douglas G. et al., *Social Cohesion and Civil Law: Marriage, Divorce and Religious Courts*, Cardiff, Cardiff University, June 2011, p. 18; Shah P., *A Reflection on the Shari’a Debate in Britain*, *Studia z Prawa Wyznaniowego [Studies of Ecclesiastical Law]* 13 (2010), p. 11. (noting that the fact Muslims are able to arbitrate in family law disputes reinforces the impression that the state is in some way disassociated from family and marriage)

they face in the contemporary British society.⁶¹ One example of this occurring is the low registration rate of Muslim marriages before the national law.⁶² This means the spouses may face significant difficulty in invoking rights and protections that would be provided by the state were the marriage properly registered. It also means that the state, as its institutions are not contacted, may lack information on the way Sharia works in practice and may therefore have problems with detecting problematic practices and issuing adequate measures. This renders some of the most important features of the bottom-up system meaningless.

For example, the UK in principle allows religious arbitration in certain limited areas (excluding divorce and similar sensitive matters). However, since Muslims prefer informal, mediation-like, community-based tribunals to arbitration,⁶³ the state faces difficulty in obtaining reliable data to do anything about the possible weaknesses of its approach. The ultimate result is a closed-down set of private religious tribunals that the state knows very little about, with practically redundant and possibly problematic arbitration provisions. At the end of the day, then, the British approach remains ineffective when it has to deal with the possible abuses of the arrangement it has in place.

Some attempt to correct the described faults of the British approach by making efforts to move it closer to the Canadian one. This is a solution recently suggested by the controversial Baroness Cox. Claiming that rights of women are being endangered by the legislation currently in place, she tabled a bill aimed at extinguishing aspects of the arbitral proceedings that she felt were problematic for women's rights.⁶⁴ The bill is still in the House of Lords at the time of writing this paper and it is not certain whether it will be enacted.

Nevertheless, the fact that it was introduced provides an interesting opportunity to compare the British and Canadian systems. Similarly to the arguments raised in

61 Menski's typology of the relationship immigrants establish with the national law encompasses four phases. In the first one, the immigrants are unaware of the national law. In the second phase, they begin to understand there is something beyond religious norms, and they attempt to apply the latter in a way that accounts for the national legal system. In the third stage, the Muslim population integrates the secular and religious laws, but does not abandon the latter fully. The final stage is one of disillusionment with the national legal system, whereby Muslims fall back onto religious norms. They consider themselves rejected by the national legal order, so they reject its supremacy in turn, although they might not attempt to challenge it. (Menski, W., *Law, Religion and Culture in Multicultural Britain*, in *Law and Religion in Multicultural Societies*, Copenhagen, Djøf Publishing Copenhagen, 2008, p. 47).

62 Neil Addison, a well-known British scholar, notes that the lack of marriage registration is the chief problem for Muslim women, rather than applying Sharia before an informal tribunal. (Addison N., *Sharia Is Not the Problem Here*, <<http://www.theguardian.com>>, available at: <http://bit.ly/bA4D0B>.)

63 For example, the Sharia Council in Britain does not attempt to establish itself as an arbitration tribunal under the 1991 Arbitration Act, but rather describes itself as a mediator. Indeed, in *Al Midani*, the Queen's Bench found that the organization does not meet the requirements of an arbitration tribunal, although the option for reaching that status in the future was not foreclosed. (*Al Midani & Anor v Al Midani & Ors*, [1999] C.L.C. 904 [1999], pg 913).

64 Use of Sharia 'Courts' Increasing in UK, The Christian Institute, 18 January 2012, available at: <http://www.christian.org.uk/news/use-of-sharia-courts-increasing-in-uk/>.

Canada, Baroness Cox claims that her aim is to protect the rights of women.⁶⁵ The provisions she envisages would achieve this goal are prohibitions that appear to be based on scant empirical data.⁶⁶ Unlike the Ontarian ban, however, the proposed bill is not just a blanket ban on religious arbitration. Specifically, in addition to this general restriction,⁶⁷ the Bill pinpoints particular actions, such as pretending one is a judge who can make a binding decision.⁶⁸ In this respect, it is more aggressive than the Canadian prohibition, as it singles out potential aspects of religious proceedings that may be seen as problematic.⁶⁹ It also shows a greater attention to detail and an effort to seek out matters that may be of highest priority when it comes to human rights protection.

Again, however, it is questionable whether introducing such bans does anything in particular. For example, the person presiding over a religious tribunal may not find it necessary to claim they have the authority to issue legally binding decisions under British law. It is enough for them to assert that their pronouncements are in line with Sharia. Since those who turn to religious tribunals could see them as more legitimate than the national courts, the fact that they have a decision in line with their religious law will in itself create a sense of being bound to act in a certain manner. If one wishes to be a good Muslim, the decision of the Sharia tribunal will have to be abided by. Whether there is an authority to issue legally binding decisions is then beside the point.

Finally, the Bill does contain some laudable provisions, such as the obligation of the religious tribunal to inform the parties of their right to turn to the national courts and of the need to register marriage before the national law as well in order for it to be completely valid.⁷⁰ However, it is not certain how such solutions would work out in practice. The problem in the UK seems to be that Muslims do not trust national institutions sufficiently and that the law does not recognise this problem.⁷¹ It is hard to see how this bill could fundamentally change this and why should the possibly oppressed members of the Muslim communities be particularly encouraged or empowered to step up once it becomes law.

In summary, the British system is at present characterised by an effort to be attentive to the situation on the field. Much like the Canadian system, its efforts appear to be directed at providing space for a development and change of religious

65 Muslim Women's Advocate Backs Bill to Tackle Sharia, The Christian Institute, July 5, 2011, <http://www.christian.org.uk/news/muslim-womens-advocate-backs-bill-to-tackle-sharia/>.

66 Malik, N., What Is Lady Cox's Bill Really About?, <<http://www.theguardian.com>>, June 20 2011, available at: <http://www.theguardian.com/commentisfree/belief/2011/jun/20/lady-cox-bill-womens-rights>.

67 Cox, C., Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill [HL], 2010, available at: <http://bit.ly/19aW6Lt>, sec. 4(2).

68 Ibid., sec. 7(2).

69 Amassing prohibitions in this manner has been recognised as a clear attempt to extinguish religious norms in question. (Woodman, G. R., op. cit., p. 32).

70 Cox, C., op. cit., sec. 4.

71 Yilmaz, I., op. cit., p. 80.

law between individuals. Yet, the lack of proper feedback from them forces the government to stumble in the dark. Some seem bent on addressing the problem by introducing a more strict form of separation and ensuring that some aspects of Sharia do not get out of hand. While such efforts are legitimate, their effectiveness is questionable. As in Canada, the UK seems to fail in protecting all the interests involved through separation alone.

4. ACCOMMODATIVE EFFECTS OF SHARIA'S SEPARATION FROM THE STATE – TRANSFORMATIVE SPACE

The most important point of junction between the previously analyzed two models of separation between Sharia and the state is that they both accommodate Sharia by allowing the individual believers to practice it. In Canada, this process is for the most part deprived of any civil effect.⁷² The UK is by contrast offering flexibility and civil effect to those who meet the conditions of the civil law. However, much like in Canada, religious law is applied in an informal fashion, within tribunals administered by religious communities themselves, which I term community-based tribunals. These for the most part do not seek recognition of civil effect for their decisions.

The basic consequence of both models is nonetheless the same: a Muslim should be able to submit herself to a religious tribunal of her choosing for the matters she picks and, should she wish to stop with the exercise, should at any time be free to do so. Indeed, contrary to the image of a Sharia tribunal as a horrible dark dungeon where limbs are cut off and stoning is administered, some do navigate the waters of religious law and preserve their own interests in the process.⁷³ Separation furthers this development by establishing the essentials, the transformative space which allows Sharia to be freely applied and changed if so desired by the believers themselves. This zone is comprised of three effects produced by separation in relation to religious law.⁷⁴ Firstly, it stops the state from uncritically imposing the will of majority onto those who would have Sharia applied (4.1). Secondly, it gives the individual believer a choice between human rights (or, more broadly, secular law as a whole) and religious law, which includes the possibility for each believer to combine both where possible (4.2). Finally, separation prevents the state from mixing the religious law with its secular force and thereby petrifying it (4.3).

72 Amien, W., op. cit., p 403. (noting that some limited venues to introduce religious law into civil marriage, such as premarital contracts, remain available)

73 Shah, P., *Between God and the Sultana? Legal Pluralism in the British Muslim Diaspora, in Sharī'ah as Discourse: Legal Traditions and Encounter with Europe*, Surrey, Ashgate Publishing Limited, 2010, p. 123.

74 Note that these effects have been more or less neatly separated for the purposes of the analysis that is to follow, but may in practice be very much interrelated and difficult to uncouple from each other.

4.1. Separation moderates the majoritarian pressure

Religion does not exist in isolation and neither do the norms of its laws. They are unavoidably affected by their surroundings. At the simplest level, the very existence of a religious rule in a society different to its place of origin may cause the norm to adapt. One notable example relevant to the topic of this paper is polygamy. It is sometimes referred to as an unacceptable rule that subjugates women. However, the new circumstances brought about by the upward movement of British Muslim women changed its original meaning, enabling women to use it for their own advantage.⁷⁵ The modification may be surprising, but some change is nonetheless to be expected. After all, a religious norm is in such cases a transplant and a transplant does not have to work at its destination in the way it did in the original environment.

The effect of the broader society on religious norms is more complex than this, however. Sharia's surroundings in a Western liberal democracy are not static. They may actively require religious norms to change and adapt to the demands of the majority. As a result, the state may regulate the position of Sharia in a particular manner. The pressure that is thereby exerted on religion has already been thoroughly examined. Here I only recapitulate the main findings of those studies and relate them to Sharia's position. Most notably, Asim Jusić argues that the state regulates non-mainstream religious groups in accordance with their position in the social strata. The key factors are their "potential for "disloyalty"" and the distance from the mainstream. What is in the mainstream depends on what has been socially and legally defined as such, while the distance from it is "perceived and socially constructed".⁷⁶ Hence, the pressure that emerges is partly a legal construct and partly a social entity. Consequently, law alone cannot remove it. On the contrary, misguided attempts to do so might only distort its effect.

For example, even if Sharia would be codified by the state and introduced as a fully fledged system of laws, it would still clash with sentiments and interests of some citizens. They might be against state enforcement of a religious norm generally or might want a different iteration of it applied. They would nevertheless be pressured to adapt to the newfound situation.

Additional difficulties may emerge from this situation. Namely, in addition to provisions most common in secular law, such as imperative rules, religious

75 The structure of the Muslim population in the UK is becoming increasingly complex, with women getting more education and better-paid employment options. At the same time, there is a shortage of eligible men to marry. Hence, several women may agree to religiously marry the same man so as to avoid tying themselves down to a mate incompatible with their own goals. (High-flying Muslim Career Women Willing to 'Share Husbands' Because of a Lack of Suitable Men, MailOnline, March 11, 2012, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2113366/Muslim-women-share-husbands-lack-suitable-men.html>.)

76 Jusić, A., *Non-mainstream Religious Groups: Perspectives from Economics and Social Psychology*, Doctoral Thesis (S.J.D.), Central European University: Department of Legal Studies, available in full at: < <http://goya.ceu.hu/record=b1160687~S0> >, 2011, pp. 141–142.

laws contain recommendations and other, more nuanced norms.⁷⁷ These are hard to properly translate into national law. It is likely that attempting to do so would oversimplify religious law on one level and disfigure it for believers on another. The approach to personal law systems during the era of colonialism outlines the problem and its negative consequences well.⁷⁸ In short, it is logical to conclude that attempting to override separation by introducing religious law does not eradicate the pressure emerging from difference. Instead, it only gets moved around and may potentially get disfigured.

Similar criticism could be directed at attempts to befriend particular, more moderate Muslim communities and to then use them as conduits for promoting government's policies. This tendency is particularly prominent in the case of the United Kingdom,⁷⁹ while Canada does not seem to advocate such techniques. The European Court of Human Rights has, indeed, shown some trepidation when state involvement in the structure of religious communities is concerned.⁸⁰ This is understandable. Once a state singles out a particular group or a segment of it, it can no longer be considered just a part of the religious scene.

Specifically, the chosen group is standing on the threshold between two fires, the state on the one hand and other religious communities on the other. Its marriage with the state may well cost it its authenticity and influence with other believers. On the other side, it needs to pay more attention to what it does, so as to avoid falling foul of the state. At the end of the day, the religious community may be seen as the extended arm of the state that corrupts the traditional values. In a way, it becomes a part of the majority's pressure. Its only difference to the usual pressure is that it has a familiar, religious face.

In this scenario, the threat from the state is increased. Not only may it appear to threaten the traditional with majoritarian values that may be perceived as blasphemous and immoral, but it may be seen as twisting the holy doctrine to trick the righteous. The conflict between the religious and the secular then gets an additional dimension, as the state is no longer just the state. It assumes an almost mythical character - it becomes a force of darkness that tempts the righteous

77 Woodman, G. R., *op. cit.*, 34.

78 For example, Emon explains how the French in Algeria simplified the native personal legal systems by codifying them, ignoring the richness that followed their usual application by the native peoples. Similar arguments are made in the context of the British administration of India's personal laws. (Emon, *op. cit.*, p. 17; Tagari, H., *Personal Family Law Systems - a Comparative and International Human Rights Analysis*, *International Journal of Law in Context* 8, no. 2 [2012]: 237).

79 Morris, R. M., ed., *Church and State: Some Reflections on Church Establishment in England*, London, The Constitution Unit, Department of Political Science - University College London, 2008, p. 11.

80 Evans, C., *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 720. It should be noted that Islam is a far less institutionalized religion than Judaism or Christianity. (Rohe, M., *op. cit.*, p. 334.) Attempting to establish a hierarchy by privileging some Muslim organisations where there should be only pluralism in the eyes of the believers may therefore turn out to be highly problematic.

believer.⁸¹ As the religious path is often considered difficult, going contrary to the mundane and the sinful, fighting against heresy of the state becomes a fitting challenge for the devout. It is not difficult to move from this point into additional problems that are, in the end, caused entirely by the state getting involved into religious matters.

Hence, rather than attempting to alter the pressure by force or manipulation, the right approach is to moderate it. This is precisely what separation achieves. It guarantees religious freedom of individuals and leaves with them the right to abandon the practices they disapprove of. In doing so, it prevents the majority from imposing their will onto those who want to adhere to religious laws. Of course, the majoritarian pressure is still there. As Jusić argues, it can impose two basic responses to religious practices it considers unacceptable: distancing and the stronger condemnation, or “disloyalty”.⁸² Some of these may be sanctioned by the state. In terms of Sharia, an example of condemnation could be the deprivation of civil effect of a Sharia-compliant prenuptial contract or criminalising child marriages. Nevertheless, the responses of the majority are not unbounded. They are only supported by the state up to a certain limit and according to the rules set by the state limited in its power, not by every whim of the majority. Beyond this, the believers retain their right to adhere to whatever version of religious law they choose.

Therefore, the state practising separation becomes a bulwark against the extremism that would otherwise be much more likely to enter the scene. In this manner, it plays a key role in ensuring the transformative space in which religious law can operate. Namely, with the pressures of the majority held at bay, secular law and the religious law are free to interact without one immediately overwhelming the other. Interesting hybrid solutions may be the long-term result. For instance, the interaction between the secular law and Sharia in the UK resulted in a form of marriage contract useful for both the Muslim communities and the state. It not only follows religious requirements but is also tweaked to ensure that the bride remains well protected.⁸³ Similar solutions would likely be harder to achieve if the state

81 Such a temptation is not unique to one sole religion. In Christianity, the Bible warns of false Christs, Jesus himself being tempted with worldly riches and power he had to reject. The mundane is in certain religions, such as Buddhism or Gnosticism, seen as an illusion that needs to be overcome. It is often presented as the opposite of the spiritual, its deception so great that it uses spiritual and religious themes to trick the believer. For example, Gnosticism teaches that the material world is a prison, ruled by a false deity, and that liberation from it through knowledge and understanding is essential to salvation. Having this point in the religious teachings could also make conversion to a different religion difficult, as the believer needs to take special care in making sure that she is not being tricked. If she is, and she succumbs, her immortal soul might be doomed.

82 Jusić, A., op. cit., p. 11.

83 Grillo, R., *Cultural Diversity and the Law: Challenge & Accommodation*, MMG Working Paper - Max Planck Institute for the Study of Religious and Ethnic Diversity 09-14 (2009), available at: http://www.mmg.mpg.de/fileadmin/user_upload/documents/wp/WP_09-14_Grillo_Cultural-Diversity-and-the-Law.pdf, p. 25.

was attempting to override separation and give full force to every demand of the majority or a particular religious group.

In sum, Muslim communities may face demands from confronting those who are different, including the majority that may have a completely different view on religion. As a result, they may feel pressured to change in the face of those who do not share their beliefs or may, at the very least, re-examine their convictions. Perhaps this is an unavoidable consequence of life in a plural society. Nevertheless, separation ensures that this natural pressure is not abused and mutated by the state wanting to impose a particular understanding of the “good life” to minorities.

The end result is that Muslims are exposed to difference. However, it is not allowed to overwhelm them as it would be in case of a government that violates separation and fully espouses the understanding of a particular religion or the democratic majority. By the same token, Muslim communities are not allowed to impose themselves onto others. As some have emphasized, the key is in maintaining a balance between the two sides, instead of conceptualizing them as opposites that necessarily have to cancel one another out.⁸⁴ Separation then becomes an art of maintaining a perpetual creative tension.

4.2. Separation provides the believer with a choice

In the previous section, I have argued that separation tempers the societal pressure applied to Muslims, but does not remove it. Instead, the pressure exists parallel to Sharia. In the first place, this provides a reference point. It helps both sides face the different and by consequence should assist them in understanding their own characteristics better. Whether this chance is taken up appropriately is an interesting debate, but will not be tackled in this paper.⁸⁵ Instead, here I prefer to point out a second dimension of Sharia's coexistence with what I termed the majoritarian pressure. Namely, the fact that the two exist next to each other gives the believer a choice. On the one hand, the pressure of the different is not just an abstract force, as its significant exponents are the secular law in general and human

84 An-Na'im, A. A., *Islam and the Secular State*. Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 268; Xanthaki, A., *Multiculturalism and Extremism: International Law Perspectives*, In Religion, Human Rights and International Law, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 463.

85 For example, Mancini implies that the learning opportunity coming from facing what is different is not being used appropriately. She argues that the headscarf controversies reflect a projection of the improperly resolved gender equality issues onto the Muslim population, which effectively becomes tagged with the Western “baggage” of inequality. Hence, Muslims turn into scapegoats for the faults of Western societies. Similarly, Olivier Roy notes that “Islam is a mirror in which the West projects its own identity crisis”. Calo also suggests that a part of the problem in understanding the Muslim identity as an opposition to the European secular values. (Mancini, S., *Patriarchy as the Exclusive Domain of the Other: The Veil Controversy, False Projection and Cultural Racism*, *International Journal of Constitutional Law* 10, no. 2 [2012]: pp. 411–428; Roy, O., *Secularism confronts Islam*, New York, Columbia University Press, 2007, p. xiii; Calo, Z. R., op. cit., p. 104).

rights in particular. Those are, in a sense, the language of the state. Sharia, on the other hand, is the language of a religion or, at least, a particular understanding of it.

The language analogy is particularly apt, although not entirely exact.⁸⁶ Languages are fully ordered creatures insofar as they are confined to grammar books and dictionaries, where multiple meanings of words and the ways to use them can be neatly defined. However, once they step out of the boundaries of academia into practice, all hell breaks loose as words are liberally used in all kinds of ways, not all of them within the strictures of formal rules. In the resulting chaos, individual speakers pick and choose. Sometimes mixing several languages is an everyday activity. Teenagers, for example, may use foreign words as an act of rebellion. Natives might reject any foreign language whatsoever, priding themselves on their own traditions. They may also struggle with a foreign language, finding it hard to stop “thinking” in their own language and just embrace the logic that organizes the words of a foreigner. In all the confusion, linguists may be making efforts to ensure that two idioms are not mixed, that the purity is maintained.

The described situation is similar to the relationship of religion and its laws, Sharia in particular, with human rights and, more broadly, secular law. It may be easily assumed that, since the two sides are separate, they must also be impossible to mix. After all, they have different sources, work in different ways and, plainly, seem to be two opposing forces that cannot be brought together no matter how much one tries.⁸⁷ However, this dichotomy, while more applicable to the relationship of the government with religions, has been thoroughly debunked on the level of individual citizens.⁸⁸ In real-life situations, Muslims do not just choose between one and the other. The two may be mixed.

Human rights can be used to negotiate a different application of Sharia or, if this is not possible, provide a lever to abandon it altogether. Some examples have been reported in the literature. In the context of Canada, for example, Fournier refers to a case of a woman who invoked norms of the secular legal order to resist her family’s demand to adhere to a disadvantageous application of Sharia.⁸⁹ The case reminds of an important point: human beings are not either believers or citizens, but are both at the same time. They live their everyday lives and adapt their religious identity in the process.

86 Choosing between different languages does not normally cause harm. However, making a choice between the secular and religious laws may deprive one of health, property and, in extreme circumstances, even life.

87 There are, however, several interesting similarities between secular law and Sharia. For an analysis of the parallels between the two, see van Hoecke, M., *Islamic Jurisprudence and Western Legal History*, in *Shari’a as Discourse: Legal Traditions and Encounter with Europe*, Surrey, Ashgate Publishing Limited, 2010, pp. 45–55.

88 Bhabha, F., *Between Exclusion and Assimilation: Experimentalizing Multiculturalism*, *McGill Law Journal* 54 (2009), p. 75; Quraishi, A., *What If Sharia Weren’t the Enemy?: Rethinking International Women’s Rights Advocacy on Islamic Law*, *Columbia Journal of Gender and Law* 22 (2011), after footnote 7.

89 Fournier, P., *Calculating Claims: Jewish and Muslim Women Navigating Religion, Economics and Law in Canada*, *International Journal of Law in Context* 8, no. 1 [2012], p. 62.

For instance, a woman wanting to get divorced under Sharia may sacrifice her *mahr*⁹⁰ and give a divorce herself. She may also reinterpret her own identity and simply reduce the importance of her religious marriage in her own mind, staying a Muslim without adhering to Sharia's rules on divorce. She may, finally, perform an overhaul of her religious identity, abandoning Islam or religion altogether. In making any of the possible choices, she may invoke secular law generally and human rights specifically if she finds it necessary.

Of course, the choice argument is far more complex. Separation is providing more room for individual's decisions, but this is not to say the space is always usable by all. The community, the family, material conditions in which one lives, and, indeed, one's own understanding of life and choice may restrain the believer. In a word, there is a difference between having options and being able to live them out. As Martha Nussbaum eloquently puts it, "The person with plenty of food may always choose to fast, but there is a great difference between fasting and starving".⁹¹ She suggests approaching the problem by looking at whether the society promotes or hinders particular capabilities of each individual, such as their physical integrity or emotions.

It would be beyond the scope of this paper to analyse this suggestion in full detail, as my primary goal here is to look at what separation in itself does to religious law. It is therefore sufficient to note that separation in itself does not ensure that a choice can be exercised; its reach is more modest. It creates a framework and provides a choice. In doing so, it may even further certain, but not all "capabilities" as Nussbaum uses the term.⁹² For example, having a state that is separate from religious law does not automatically improve women's economic status to the point where they can make decisions with full autonomy. However, it is easier to develop one's own thoughts about religious law if there is a feasible alternative to it and it may consequently be easier to change one's religious belonging if this is desired. Therefore, separation is friendlier to particular capabilities, such as individual's thinking, feeling and affiliation.

By contrast, in jurisdictions where separation is not exercised, even these fundamental capabilities may be curtailed. For example, in Israel, one does not have

90 In this paper, I use the terms dower, dowry and mahr as synonyms, all denoting the sum of money or other valuables the woman receives in line with her marriage-related rights under Sharia. I do not refer to a similar payment that may be made by the wife or her family to the husband, which is traditional in some cultures. Note that there is a lack of consensus in the literature over the way the payment of the husband to his wife under Sharia is called. Some variations include maher or mahar. I have used mahr as it seems to be most prevalent alternative.

91 Nussbaum, M. C., *Women and Human Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 87.

92 On page 5 of her *Women and Human Development*, she defines capabilities as "what people are actually able to do and to be - in a way informed by an intuitive idea of a life that is worthy of the dignity of the human being". For a list of capabilities identified by Nussbaum, see *ibid.*, 78. Those include, among others: bodily health and integrity, emotions and thoughts, practical reason.

a real choice between a religious marriage and a secular marriage. If the couple would like a secular marriage, they have to leave the country to get it and then have it recognised under the Israeli law.⁹³ Consequently, the very exercise of one's fundamental freedoms is made harder if not impossible to expect.⁹⁴ Separation, while it cannot in itself ensure all the material conditions one needs to be autonomous in religious matters, certainly creates a more conducive environment for one's identity. At the very least, it furthers certain capabilities that the fusion of the state and religious law endangers.

Therefore, separation, besides ensuring that the majority's pressure is moderated by limiting the state, secures an element of choice for the believer. It by no means represents a complete solution, but it does promise more freedom than is the case in a jurisdiction where separation is not exercised. The last effect by which separation contributes to an environment conducive to the change in Sharia follows from the choice argument. Namely, by allowing the believer to take control over the way religious law is interpreted and applied, separation avoids its petrification.

4.3 Separation prevents Sharia's petrification

The third effect of separation is attached to the previous one. If religious law is left to the believer and her choice, it may as a corollary be freer to develop and change. By contrast, were religious law integrated with the state, it would be more or less stunted in its development. This follows from the nature of the state and law themselves. Namely, it has been pointed out that contemporary states, at least in the circle of Western liberal democracies, aim to make their laws as predictable and stable as possible. Law remains a traditional system, its response to external changes being often delayed and characterised by various formalisms and procedural requirements that have to be met.⁹⁵ Historical experience at the times of British colonial conquest demonstrates that these characteristics were detrimental for development of religious law. By codifying its provisions, the British froze certain aspects of Sharia in time.⁹⁶ In a word, their changes were made more difficult as the characteristics of the national legal order encompassed them as well. Religious law then becomes more petrified.

93 I am grateful to Professor Brett Scharffs for bringing this point to my attention.

94 In Israel, the close state relationship with religions produces other difficulties not directly relevant for this paper. For instance, Failing reports on the so-called "clothes inspection movement". Orthodox Jewish women are now expected to wear clothes that closely follow the standards set by a group of ultra-conservative women. Not doing so results in abuse against the offender. (Failing, M. A., *Finding a Voice of Challenge: The State Responds to Religious Women and Their Communities*, Southern California Review of Law & Social Science 21 (2012), p. 154) As a result, certain fundamental capabilities may be constrained, such as bodily integrity and affiliation.

95 Nikola Visković, *Teorija Države i Prava [Theory of State and Law]*, Zagreb, Birotehnika, 2001, p. 152.

96 An-Na'im, A. A., *op. cit.*, p. 289.

Some groups may find such a development particularly helpful. If a religious norm can move from being a purely religious mandate into a practice sanctioned by the state, it is possible to entrench specific forms of religious adjudication or religious norms. In this manner, a religious rule may be shielded from the space separation leaves for a transformation of religious law. Simply put, a traditional practice may become more immune to the changes in practice. For instance, the Ismaili community, which has in the UK emphasized its “enthusiasm” for maintaining dispute resolution in their own groups,⁹⁷ may feel that a state recognition of those mechanisms would put them on a firmer ground. As a result of the stronger grounding, it may be harder to argue that religious adjudication is a matter of personal choice and that individual believers have a right to interpret Sharia as they see fit. Consequently, voluntary use of religious law would not really be placed on a firmer ground, as some have claimed.⁹⁸ While religious law itself would be better grounded, there is a palpable risk that its use would be less voluntary. In such scenarios, the state actually goes beyond the permissible granting of civil effect to religious norms, violating separation.

The risk depends on the way the state chooses to bond with religious law. In this regard, Woodman helpfully differentiates between institutional and normative recognition of religious norms.⁹⁹ Simply put, institutional recognition would involve granting religious institutions the jurisdiction to decide on particular disputes. Establishing a governmental religious court would be the most extreme example. One consequence of its existence is a certain petrification of religious law. Namely, a particular strand of religious law may be endorsed or empowered as a result of institutional recognition since the understanding of a specific community, rather than individuals, may come to the forefront. Interpretations of individual believers may then be discarded as unauthentic, making change of religious law harder in practice. Naturally, this can happen even with informal tribunals led by religious communities and the pressure they exert by themselves, but having the state as the sponsor of religious bodies complicates matters further. It closes the gap between the religious and the secular and, with it, the manoeuvring space for individuals.

The second form of recognition, normative, may bring about a similar risk. In these cases, the secular law absorbs certain religious norms, making them the law of the land. Naturally, much depends on which norms are adopted and in what manner. For instance, allowing Muslim marriages to be registered with civil effect should be uncontroversial.¹⁰⁰ Providing that Muslim women may inherit only a half of what is inheritable by men, however, is a different matter altogether. Once such recognition

97 Jivraj V. Hashwani, [2010] EWCA Civ 712 (2011), para 14.

98 Witte Jr., J., and Nichols, J. A., op. cit., p. 127.

99 Woodman, G., op. cit., p. 33.

100 That is, of course, as long as the requirements for granting such civil effect are not different than those applied to all civil marriages. For example, allowing minors to get married in a way that is sanctioned by Sharia would be problematic, as well as imposing more strict requirements for civil effect of Muslim marriages than is the case with secular marriages or marriages entered into by members of other religions.

occurs, what the individual believer may feel about religious law and its place in her existence becomes less relevant. In such cases, invoking ones human rights may be less effective, as the religious is interlaced with the secular.

Examples of this problem cannot be observed in any of the jurisdictions studied thus far. However, some other countries, such as Egypt or Iraq, do adopt Sharia as a principal source of state law, commingling it with what would otherwise be understood as secular law. A case in point is the Egyptian constitutional declaration, which in its latest iteration perpetuates the rule established by earlier constitutional documents, entrenching “the principles of Islamic Sharia which include its overall evidences and jurisprudence rules and established sources in the Sunni canons” as “the main source of legislation”.¹⁰¹ In such cases, the secular law is not as such distinct from religious law, leaving less if any room for individual believers to manifest their own understanding of religious norms.

For example, El Menyawi points out that, in Egypt, the *khul* divorce, given by women, traditionally required the consent of the husband in order to be effective. In addition, as is usually the case with *khul*, the women who give it have to renounce their dowry. After a reform, the consent requirement was removed. Needless to say, this stirred up quite a controversy.¹⁰² It also did not change the fact that, in giving the *khul*, women inevitably had to give up their *mahr*, endangering their financial stability.

This example demonstrates that, because Sharia is in effect state law, the changes that had to be made to it were more limited and painstaking.¹⁰³ It is logical to assume that the difficulties would be reduced were each individual believer the one to decide whether *khul* should require consent or surrendering the *mahr*, without the decision being interfered with by the state. In cases where this intrusion does occur, it seems that changing religious law becomes an extensive, controversial project that is more likely to involve the whole state.

In summary, separation reduces the difficulties that surround the change of religious law by keeping the state out of it. The administration of Sharia is left to believers, which makes them freer to make decisions as to the way religious norms should be interpreted. Naturally, in terms of Sharia, this is not without difficulty, but the possibility is there. Attempts to officially introduce religious law could be seen as efforts towards circumventing such an option and immunising Sharia from change. They should therefore be approached with caution, so that the pressure

101 Constitutional Declaration of Egypt, Available at < <http://www.sis.gov.eg/En/Templates/Articles/tmpArticles.aspx?CatID=2666>>, 2013, art. 1.

102 El Menyawi, H., *The Gift of Ambiguity: Strategising Beyond the Either/or of Secularism and Religion in Islamic Divorce Law*, in *Islam, Law and Identity*, Oxford, Routledge, 2012, p. 105.

103 In making this claim, I also acknowledge that a significant factor contributing to the difficulties were the traditions established in the Egyptian society. Those were for sure likely to exert an additional pressure against a change. (For an argument on how tradition may affect a change in law, see Jusić, A., op. cit., p. 84.)

generated by the surrounding society and the choice left to Muslims in how to address it are not unduly interfered with.

5. ADDRESSING THE LIMITS OF SEPARATION WITH REGARD TO THE TRANSFORMATIVE SPACE

The discussion thus far demonstrated that the narrative describing separation as an obstacle to accommodation is unfounded, particularly when it comes to religious law, especially Sharia. Rather than a hurdle to be overcome, separation here plays a key role in the proper accommodation of religious difference; it is a vital base for constructing a truly plural society. It obligates the powers that be to leave more room for a dialogue within the civil society and in this manner allows for creative solutions to emerge, with due respect both to the freedom of individuals and the fundamental values of the legal system and society itself. In order to achieve this, separation between the state and the religious law maintains a conflict of opposites, but in itself normally does not force the encounter towards a particular resolution.

Nonetheless, the foregoing discussion also revealed a less than idealistic face of separation. While it provides the foundation for changes in religious identities of individuals, it does not guarantee that this groundwork will be of use to them. While it is a foundation for treating claims to recognise Sharia appropriately, it does not replace the walls or the roof of the project. This is most evident with the choice argument presented above. The effects of separation are therefore limited.

That separation is limited in this case is perhaps unsurprising. The models of separating Sharia from the state that are currently in place are essentially based in the same logic which shaped the separation of religion from the state generally, namely that religion ought to be a private affair in the sense that individuals should decide on their own religious belonging and ideas by themselves. This logic, however, carries in itself the seed of its own destruction. By vesting individuals with the space to express their religious sensitivities and join with others to do so, separation sets the stage and opens up room for development of new religious ideas which then attract adherents. Once they become entrenched enough, these teachings may gain a life of their own, sometimes with large and well organised groups disseminating them. Over time, they may become less flexible and more dogmatic. What individuals feel may be less relevant. How well they adhere to the accepted creed may be all that matters.

In time, therefore, a religious community and the understanding of religious doctrine it advocates are made stronger. What the group understands to be the true way trumps individual interpretations, which pale in comparison to the force of the shared creed. This collective understanding interjects itself between the state and the citizen, calling to obedience all those who wish to be saved. The state normally should not interfere as it is restricted by separation and religious freedom. Perversely, however, it may actually violate separation, not in order to support anyone's rights

per se, but because it is tempted by well established religions. The power the latter hold within the most intimate recesses of the believer's identity, well beyond the reach of the secular law, may for the government represent the proverbial forbidden fruit.¹⁰⁴ The state may thus find itself bonding with the traditional and well-established religious thought, further amplifying its reach and reducing the impact of less prominent strands of understanding, particularly individual initiatives to make a difference in the field of religion.¹⁰⁵ It may also choose to assault religion, striving to eradicate its influence and diminishing religious freedom in the process.

Even if the state does not interfere in the way described above and upholds separation instead, an individual choice may be made more difficult by the powerful influence exerted by the religious group. This may hold particularly true for tightly knit immigrant communities, offering the most familiar environment for those who still feel that the West is alien and even fallen from the right way. Rejection from the only known sanctuary may leave the believer deprived of what she knows as stable and true, possibly leaving her economically disadvantaged and vulnerable in the process as well. In order to avoid becoming a pariah in what is perceived to be an unforgiving world, the believer may thus forego the possibilities opened by separation or may be forced to do so by those whom she holds dear.

Against this background, it is clear why some scholars have been arguing that the burden individual believer suffers must be alleviated and that the state should introduce a variety of measures to make the choice individuals make more feasible, mending the weaknesses of separation. However, these authors tend to deal with separation as something that is to be overcome and do not factor its transformative space into the equation.¹⁰⁶ Consequently, their suggestions may twist the zone

104 It has been noted that the state may perceive religion as a retort in which spiritual force can be added to the secular power. (Hirschl, R., *Constitutional Theocracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, p. 13) By engaging in this dangerous ritual, however, religion may end up drained of its spiritual lifeblood. Protecting its remaining spiritual autonomy may then require special arrangements with the state. One example coming from the UK is the exemption added to the 1998 Human Rights Act. It is supposed to ensure that the established Church of England is not forced to act contrary to its teachings. This is possible in theory since the Church is considered a public authority by law, meaning that its work requires it to adhere to the standards of the European Convention on Human Rights. A particular concern has been the possibility that the state forces the Church to wed same-sex couples. (Feldman, D., ed., *English Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 486).

105 As the recent US controversy over the religious symbolism found in a city crest demonstrates, sometimes the traditional thought becomes so well entrenched that it is impossible to claim it is not normal for it to be expressed publicly and in a way which creates a bond with the state. (Weber, K., *Atheists order Florida court to remove 131-year-old city seal due to cross symbol: Legal group says court decision would be "subjective"*, <global.christianpost.com>, 27 September 2013, available at: <http://global.christianpost.com/news/atheists-order-florida-city-to-remove-131-year-old-city-seal-due-to-cross-symbol-legal-group-says-court-decision-would-be-subjective-105398/>)

106 For example, Shachar identifies separation of Sharia and the state with "relegating these religious traditions to the margins, labeled as unofficial, exotic or even dangerous (unrecognized) law". (Shachar, *Privatizing...*, cit., p. 593).

generated by separation and make harder a change in accordance with the will of individual believers. Some schemes are more risky than others, however, and it is the task of this part of the paper to single them out. In this manner, we may better understand how to expand the agency of individual believers to the fullest.

To start with, all suggested safeguards discussed below can be arranged along a spectrum, in accordance with their mode of functioning. On the one side are those measures that seek to empower individual believers to make their own choices when it comes to Sharia. In other words, these safeguards boost the capabilities of each citizen to define their identity autonomously. The state here only provides the tools for citizens to use, but does not actively involve itself in their application.¹⁰⁷ On the other side of the scale are those safeguards that are not really safeguards in the proper sense of the word, but channels through which the state to some extent dictates the developments in the transformative space. The use of such methods can be confused with the first group as it may sometimes appear that they work in the same way. However, they actually do not strengthen the individual, but seek to direct the conflict towards a particular solution, thereby diminishing the creative role of individuals in constructing their own identity.

An illustrative example of a suggestion leaning strongly towards the latter end of the spectrum may be found in “Multicultural Jurisdictions”, the seminal work of Ayalet Shachar. In it, she argues against the traditional divides between public and private, religious and secular, advocating instead for a model of “transformative accommodation”.¹⁰⁸ Rightfully pointing out that human beings may be both citizens and believers, she suggests that different matters, such as marriage, be divided along the so-called sub-matter lines, so that they are both under the jurisdiction of the state and the religious community. The believer can then move between the two.¹⁰⁹ This is made possible by the so-called “reversal points”, junctures at which the believer may safely opt out of religious law and for secular law and vice versa, on the basis of her interest.

While Shachar’s argument is undoubtedly convincing, there are several weaknesses worth addressing from the viewpoint of the transformative space. As Maleiha Malik notes, by employing the concept of “reversal points”, Shachar assumes that it will be possible to pinpoint concrete spots where the believer may shift between one jurisdiction and the other. This is not necessarily the case. There might be considerable controversy over the content and the workings of religious law within a community, let alone between different groups. Furthermore, there may be issues over whether the believer is able to phase out religious law at any

107 I depart here from Ayalet Shachar, who claims that these measures are a form of state oversight, *ex ante* supervision. (ibid., 600).

108 Shachar, A., *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women’s Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 242.

109 For a detailed application of her argument in the context of religious arbitration in Canada and religious adjudication more broadly, see Shachar, A., *Religion...*, cit.; Shachar, A., *State...*, cit.

point and matters related to the way the group usually operates. The state would then have to make a particular assumption about the way the group it is interacting with functions and the way religious law is applied.¹¹⁰ It is questionable whether this state-developed notion would rise to the challenge and be favourably reflected in a negotiation process or its results.

Even more importantly for this paper, it is dubious whether engaging in such a project would be compatible with separation in the long run. After all, the state would inevitably have to choose a number of representative organisations to negotiate with. Given that Sharia is particularly pluralistic,¹¹¹ there is no guarantee that the communities chosen would be representative (and, indeed, that the agents of the chosen communities would be representative). As a result, the regime of transformative accommodation might actually favour only some, possibly entrenched understandings of religious law, while all others would be in an unprivileged position.

The transformative space would to some extent be warped on at least two counts. Firstly, particular groups are favoured over others, along with their understanding of religious law, meaning that the moderating effect of the transformative space becomes split. Two layers of religious law application are fostered. One is the negotiated, public stratum, which conforms to the conditions determined by the state in its interaction with religious communities. Underneath it lays the obfuscated, hidden area where religious law may be applied differently.

The second danger for transformative space lies in establishing reversal points. In order for them to exist, religious law would have to be settled to some extent. The state in the process of negotiation would have to direct the contents of religious law in a particular way to make this possible. Differences over conflicting alternatives may have to be pre-emptively resolved. Individual believers would then be constrained in their ability to develop different interpretations of religious law. This makes the transformative accommodation approach a particularly risky venture.

The other side of the spectrum offers more moderate and acceptable suggestions. These aim at slightly tilting the balance between the religious community and its individual members in favour of the latter. One particularly popular recommendation is to introduce religious arbitration with special safeguards, similarly to what has been advocated by Marion Boyd in her report to the Ontarian government.¹¹² The most powerful argument for safeguarded arbitration is that it reduces the cost individual believers may face when wanting to opt out of informal, community-based tribunals administered by their communities. In plain terms, it is very probable that they would have an easier time choosing a religious arbitration

110 Malik, M., *Minority Legal Orders in the UK*, London, British Academy: Policy Centre, 2012, p. 38.

111 Shahar, I., *Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts*, *Islamic Law and Society* 15 (2008), p. 117.

112 See *supra*, p. 9.

tribunal than a secular, national court.¹¹³ For one, they would not be required to sacrifice the application of religious law, which respects their desire to conform to religious mandates. Secondly, the religious communities to which they belong may for the same reason provide less resistance to the believer seeking assistance beyond the flock.

Naturally, there may be some concerns related to the effectiveness of introducing religious arbitration generally. As the British example shows us, the mere existence of official channels through which a claim to apply religious law may be directed does not mean that they will be used. However, this is not say that they would never be employed in any circumstances whatsoever, nor is the degree to which this is done a problem for separation itself. The state may still attempt to introduce religious arbitration with a network of supportive measures.

A more pressing concern from the transformative space perspective stems from the combined, centaur-like nature of safeguarded religious arbitration. Namely, because of its general features, arbitration should normally fall into the end of the spectrum supporting individual initiative. It is basically a tool by which the parties to a dispute may ensure the legally binding force of their accord outside the framework of the national judiciary.¹¹⁴ Therefore, arbitration by its very nature corresponds to the features of the first category. However, religious arbitration need not remain within its constraints. Depending on the supporting measures added to it, arbitration may move closer to the other extreme of the spectrum and may as such be used by the state to ensure a greater impact over the developments in the transformative space.

Generally speaking, two suggestions are made as to protective measures that ought to be introduced along with religious arbitration, neatly summed up by Ayalet Shachar. One is really a group of preconditions for civil validity of the decisions rendered by the tribunal. Examples include education of arbitrators in matters of secular law (particularly its fundamental values), obligation of arbitrators to maintain a case file, obligatory legal counselling for those who intend to avail themselves of religious law. The other proposal is that some form of oversight is established over religious arbitration tribunals, with a system of mandatory judicial review being a concrete suggestion.¹¹⁵ Problematically, neither measure factors in the transformative space, which may lead the safeguarded arbitration project to knotty results.

Thankfully, the first suggestion or, rather, a group of suggestions, is more acceptable. Their main point is to encourage religious communities to respect the rights of individual members and avoid extremes in applying religious law in exchange for civil effect of their rulings. This, posits Witte, would result in a growing confidence in religious adjudication and a reduction of problems with

113 Ahmed, F., and Luk, S., op. cit., 424–445.

114 Triva, S., and Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo* [Croatian arbitration law], Zagreb, Narodne novine, 2007, p. XXIII.

115 Shachar, A., *Religion...*, cit., p. 76.

enforcing its rulings.¹¹⁶ As a result, the stigma usually following Muslims and Sharia would be somewhat diminished. I am inclined to agree with this suggestion. In terms of separation, of course, it would be essential for the government to offer the incentivizing measures to all communities and potential arbitrators on an equal basis. In particular, no one should be singled out for adherence to a particular strand of Sharia.

It is the second suggestion that is more problematic. While not in itself contrary to separation, establishing a mandatory review process for arbitration conducted under Sharia does cause some tension in its transformative space. To begin with, mandatory review can be established as long as the courts are applying clear standards on recognition of religious law, as outlined in the first part of this paper. Still, one cannot escape the fact that by hanging the sword of the state over religious tribunals, a permanent bond is established between the secular and the religious. National courts become *de facto* courts of second instance for religious tribunals. If the state is not prepared for the continuous interface with the religious, its judiciary may end up deciding issues of religious doctrine, bringing about the creation of governmental religious courts¹¹⁷ and diminishing both the transformative space and separation as its source. This is particularly likely if the societal prejudice towards Muslims seeps into the court's reasoning.¹¹⁸ Thus, for mandatory review to be completely functional, Muslims would first need to be better integrated in society at large. However, if this stage is reached, one wonders whether mandatory review would be needed in the first place.

Assuming that the permanent bond between the secular and the religious is not an issue, the parties to a religious arbitration are still forced to have each and every decision of the arbitration tribunal reviewed by the national court. This is a particular problem if it is only Sharia tribunals that are included in the scheme. Especially in a jurisdiction such as Canada, which prides itself on multiculturalism and equality, it may well be unacceptable to place only one group under a particularly protective arrangement as if they were barbarians requiring special supervision.

116 Witte Jr., J., *The Future of Muslim Family Law in Western Democracies*, in *Shari'a in the West*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 290.

117 Generally speaking, Hofri-Winogradow differentiates three ways of establishing such institutional arrangements. Firstly, religious experts can be hired to adjudicate cases of religious law in secular courts (which, from that point onward would obviously no longer be purely secular). Secondly, judges can be educated in matters of religious law. Finally, a separate branch of religious courts could be organised under the auspices of the judiciary. (Hofri-Winogradow, A. S., *A Plurality of Discontent: Legal Pluralism, Religious Adjudication and the State*, *Journal of Law and Religion* XXVI, no. 1 (February 2010), p. 104.) However, neither option requires that the government forms new institutions to serve as religious courts. The secular power might just confer jurisdiction to the existing bodies of religious communities or make necessary changes to secular courts. This change can also be factual, when the court decides on matters of religious doctrine it is a governmental religious court, even if it exercises this role only in one concrete case.

118 See *supra*, footnote 23.

Indeed, it has been noted that the seemingly monolithic Canadian ban on civil effect of religious family law arbitration is vulnerable on Charter grounds precisely for the attempts to draw boundaries on the basis of a religious criterion. Specifically, as long as the proceedings are conducted according to “law of Ontario or of another Canadian jurisdiction” the decision made by the tribunal will have binding effect.¹¹⁹ A prohibition specified in this manner may be vulnerable as it limits religious freedom in allowing only secular laws to be applied to arbitration. Consequently, as some have argued, fundamentalists could demonstrate that such a selective restriction was made in consideration of majoritarian religious beliefs, which are reflected in secular laws, and not because there is an actual risk of abuse.¹²⁰ Therefore, in the Canadian context, a complete ban on the use of arbitration in family matters, as was done in Quebec, appears to be a clearer solution. Toying with singling out only certain forms of adjudication or particular groups is a more uncertain exercise.

Additionally, singling out only Sharia adjudication is problematic for implying that Sharia is for some reason more dangerous when compared to other religious laws, such as Halacha or Canon Law. This in itself is a mistaken idea incompatible with objectively separating religious law from the state.¹²¹ For instance, both Canada and the UK struggled with the abuse of marriage provisions under the Jewish law, allowing the husband to deprive his wife of the possibility to remarry.¹²² Not even Canon Law is free from worrying abuses.¹²³ Indeed, given that religious laws were sometimes set in stone many centuries ago, their rules on procedure are an eyebrow-raising read even where their substantive provisions are unobjectionable.¹²⁴ Hence,

119 Arbitration Act, 1991, SO 1991, c 17, available at: <http://www.canlii.org/en/on/laws/stat/so-1991-c-17/latest/so-1991-c-17.html>, art. 1.

120 Baines, B., *Equality's Nemesis? - Queen's University Legal Studies Research Paper No. 07-05*, *Journal of Law and Equality* 5, no. 1 (Spring 2006), p. 72; Gaudreault-DesBiens, J., *Constitutional Values, Faith-Based Arbitration, and the Limits of Private Justice in a Multicultural Society*, *National Journal of Constitutional Law* 19 (2005), p. 175 (arguing against the vulnerability of the ban to a Charter attack).

121 See *supra*, pp. 5-7.

122 According to Halacha, the husband may divorce his wife without fully “releasing” her from the bonds of marriage. This is achieved by depriving his spouse of the so-called *get*. Without it, she may not remarry under Jewish law and any children she may have are considered illegitimate. She is then an *agunah*, or chained wife. Her former husband, by contrast, can religiously remarry and have children without anything chaining him to his former companion. For more information on the more innovative uses of *get* in Canada and the UK, see Fournier, P., *Calculating...*, *cit.*, p. 52; Stephen Jones, *Negotiating Islam. Dialogues Between Liberalism and Islamic Theologies in 21st Century Britain* [Doctoral Thesis (PhD), Goldsmiths, University of London. [Thesis]: Goldsmiths Research Online, available in full at <<http://eprints.gold.ac.uk/6494/>>, 2010, p. 163.

123 *Pellegrini v. Italy* (app. no. 30882/96) (2001) (the Italian court affirmed the decision of the Roman Rota although the applicant was deprived of her fundamental procedural rights whilst undergoing divorce proceedings under Canon Law).

124 Michael A. Helfand, *Religious Arbitration and the New Multiculturalism: Negotiating Conflicting Legal Orders*, *New York University Law Review* 86, no. 5 (November 2011): p. 1241.

in order to properly and impartially shield the core of the national legal order as is required by separation, the state would have to establish mandatory review for all kinds of religious laws. Even if the national judiciary was at the height of its impartiality and professionalism, the variety of cases that could by consequence be directed its way may push its endurance to the maximum and thereby make the transformative space more unstable, possibly endangering separation as well.

In sum, religious arbitration may be allowed and some kinds of supportive measures may be granted to facilitate its use. The British case vividly demonstrates that this is perfectly compatible with separation. However, introducing certain safeguards is harder to square with separation or its transformative space. Moreover, particular suggestions that aim at overcoming the limitations to separation, such as the transformative accommodation model, may be completely unacceptable.

In principle, therefore, the measures that are going to be most compatible with the integrity of the transformative space are those that seek to boost the agency of individual citizens without giving the state the opportunity to direct the result of its exercise. Those intending to introduce some form of support for those intending to navigate the transformative space of separation should therefore be mindful of this principle. If ignored, the measures introduced by the state may end up achieving a result opposite of what was intended and may warp the pluralism and freedom in a society instead of furthering them.

6. CONCLUSION

In contrast to the simplified “public vs. private”, “religious vs. secular”, “accommodation vs. separation” scenarios, the “separation as accommodation” argument reveals a different face of contemporary responses to religious law in the West, particularly Sharia. Instead of being an effort to aggressively suppress the insufficiently traditional, separation may be seen as a vital basis for freedom and change. Both the seemingly more aggressive top-down model and the more permissive bottom-up approach let us reach this very same conclusion. Both of them can be observed as sources of the “transformative space”, empowering individual believers to make their own choices as to their religious belief, practice and belonging.

Nonetheless, the analysis developed in this paper also reveals significant gaps in the transformative space projected by separation. Separation in itself does not guarantee that individuals will be able to resist the pressures of their communities, which may in some cases result in catastrophic consequences. It is therefore understandable that some suggest measures aimed at assisting individuals to exercise their rights and avoid being pigeonholed as either dispossessed believers or secularized citizens. However, these measures should take into account the transformative space and separation itself. If they do not, the price paid for support to individuals may be too high as the very grounds for a plural society shifts and tumbles, causing additional cracks in the fabric of society.

Summary

SEPARATION OF SHARIA FROM THE STATE AS ACCOMMODATION – EFFECTS AND LIMITS

Citizens of contemporary constitutional democracies adhering to particular religions may submit themselves to laws administered by their religious communities insofar as they remain within limits outlined by the national legal order. In this paper I analyse this usual response to religious norms against the background of the growing presence of Sharia law in Canada and the United Kingdom. In particular, I argue that it creates the “transformative space”, allowing believers to determine by themselves the extent and the way in which religious law will apply to their lives. This space, however, remains riddled with limitations that have already been discussed in the existing literature. However, the authors that dealt with the problem thus far tended to overlook the nature of the transformative space as the groundwork of difference. Instead, they conceptualised it as a barrier towards diversity. I look at how this oversight might cause additional problems for the always tense religion-state relationship.

Key words: *religious freedom, Sharia, the secular state.*

Zusammenfassung

DIE TRENNUNG DES SHARIATSRECHTES VOM STAAT ALS QUELLE FÜR DEN RAUM DER VERÄNDERLICHKEIT: AUSWIRKUNGEN UND EINSCHRÄNKUNGEN

In modernen verfassten Demokratien ist die Anwendung des Religionsrechtes bis zu einem gewissen Grad dem Gläubigen überlassen und der Staat wird sich darin meistens nicht einmischen. In dieser Arbeit analysiert der Autor diese gewöhnliche Antwort auf Religionsnormen im Kontext der wachsenden Anwesenheit des Shariatsrechtes in Kanada und im Vereinigten Königreich. Es wird festgestellt, dass diese Antwort den einzelnen Gläubigen die Möglichkeit gibt, selbst zu bestimmen, wie und bis zu welchem Grad das Religionsrecht auf sie angewandt wird. Das nennt man den Raum der Veränderlichkeit. Viele Autoren weisen schon auf seine Einschränkungen hin. Insbesondere wird das Problem der übertriebenen Belastung des Gläubigen durch unerbittliche religiöse Tradition betont. Es wird angemerkt, dass man auf der Suche nach richtigen Lösungen für diese und andere Probleme bedenken muss, dass die Trennung von Staat und Religionsrecht und der daraus hervorgegangene Raum der Veränderlichkeit kein Hindernis für Verschiedenheiten sondern deren Grundlage sind. Die Vernachlässigung dieser Tatsache kann zu

zusätzlichen Schwierigkeiten im immer gespannten Verhältnis zwischen Gewalt und Religion führen.

Schlüsselwörter: religiöse Freiheiten, Shariatsrecht, säkularer Staat.

Riassunto

LA SEPARAZIONE DEL DIRITTO ISLAMICO DALLO STATO QUALE FONDAMENTO DI UNO SPAZIO DI VARIABILITÀ: EFFETTI E CONFINI

Nelle democrazie costituzionali contemporanee l'applicazione del diritto religioso è demandata entro certi confini ai singoli fedeli e lo Stato normalmente non vi s'intromette.

Nel presente contributo l'autore analizza detto usuale rimando alle regole religiose alla luce della crescente presenza del diritto islamico in Canada e nel Regno Unito. Si constata che lo stesso demanda ai singoli fedeli la possibilità di definire autonomamente le modalità e la misura in cui il diritto religioso verrà applicato nei loro confronti. Un tanto viene definito spazio di variabilità e sui suoi limiti si sono già espressi numerosi autori. In particolare modo si pone in rilievo il problema dell'eccessiva esposizione dei singoli all'inflessibile tradizione religiosa. Evidenziamo che nella ricerca di soluzioni valide atte a risolvere questi o altri problemi vi è la necessità di tenere a mente che la separazione tra Stato e diritto religioso, come pure lo spazio di variabilità che di qui deriva, non rappresentano un ostacolo alla diversità, bensì il loro basamento. Trascurare detta circostanza può condurre ad ulteriori difficoltà nel sempre teso rapporto tra potere di governo e religione.

Parole chiave: libertà religiose, diritto islamico, stato secolare.

PROTIVNOST MORALU (*CONTRA BONOS MORES*) KAO RAZLOG NEVALJANOSTI UGOVORA

Mirella Rodin, dipl. iur, sutkinja
Općinski sud u Rabu

UDK: 347.441.8
Pr.: 21. veljače 2013.
Ur.: 10. rujna 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U ovom radu povijesnom i komparativnom metodom istražit će se značenje i svrha klauzule contra bonos mores u dosadašnjem pravnom razvoju prikazom raznih teoretskih i zakonodavnih struktura toga koncepta uz navođenje konkretnih primjera. Rezultati istraživanja zajedno s analizom domaće pravne prakse pomoći će nam da ostvarimo cilj ovog rada, a to je da radi reduciranja pravne nesigurnosti odredimo značenje pojma „moral društva“ u našem ugovornom pravu postavljanjem kriterija za njegovu primjenu, te kriterija razlikovanja između ovog pojma i drugih vezanih pojmova uz navođenje određenih grupa slučajeva. Također, rezultati ovog rada doprinijet će i pravilnom razumijevanju problema nemogućnosti definiranja contra bonos mores na europskoj i globalnoj razini, što je prouzrokovalo usvajanje pojma „temeljna načela prava“ u izvorima lex mercatoria, a što, dovodi do toga da načelo slobode ugovaranja nije ograničeno apstraktnim konceptom nemoralnosti, već temeljnim načelima prava za koje vrijedi iura novit curia.

Ključne riječi: *načelo slobode ugovaranja, contra bonos mores, moral društva, nevaljanost ugovora, temeljna načela prava država članica Europske unije.*

1. UVOD

Opće i temeljno načelo ugovornog prava većine pravnih sustava je načelo slobode ugovaranja, koje se naziva još i načelo autonomije volje (rim. *conventio vincit legem*¹). Prema tom načelu ugovorne strane slobodno uređuju svoje obvezne odnose. Međutim, svaki pravni sustav ga ograničava mogućnošću da takve ugovore

1 Ulpijan, D 16, 3, 1, 6, više o ovom načelu u rimskom pravu, vidi Petrak, M., *Traditio Iuridica*, vol. I. regulae iuris, novi informator, Zagreb, 2010., str. 44.

proglasi nevaljanima ako su protupravni ili nemoralni. Kontinentalni pravni sustavi koji leže na rimskopravnim temeljima rade to propisivanjem klauzula protupravnosti i nemoralnosti, dok anglosaksonski pravni sustavi, poput engleskog običajnog prava, nemaju takve klauzule, već svi tekstovi o ugovorima uključuju naslove kao što su protupravnost ili nezakonitost ugovora, koji dalje obuhvaćaju ugovore protiv zakona (*illegal in the strict sence*), nemoralne (*immoral*) i ugovore protiv javne politike (*against public policy*).²

Moral potječe od latinske riječi *mos*, što znači običaj, ponašanje, vladanje, a klauzula *contra bonos mores* (protivnost dobrim običajima, moralu) kao razlog nevaljanosti ugovora nastala je još u rimskom pravu. U nacionalnim sustavima za klauzulu *contra bonos mores* koriste se različiti koncepti i izrazi kao što su dobri običaji (*buenas costumbres*, *bonos mores*, *bonnes moeurs*, *gute Sitten*), javni red (*l'ordre public*), javni interes (*public policy*) i dr. Naš Zakon o obveznim odnosima koristi izraz „moral društva“.

Dok za protivnost nacionalnom pravu vrijedi načelo da sud poznaje pravo (lat. *iura novit curia*)³, klauzula *contra bonos mores* je nepravni standard, čiji sadržaj nije propisan pravom, već ga sud utvrđuje u svakom pojedinom slučaju rukovodeći se svojim moralnim osjećajem (*moral sence*), kao odrazom moralnog shvaćanja društva. Naime, moralne norme su predmet proučavanja moralne filozofije, etike, prema kojoj se moral definira kao skup društvenih normi koje su u skladu s općim shvaćanjem o dobu u društvu na određenom stupnju razvitka i koji je u određenom odnosu s pravnim poretom.⁴ Stoga, što je protivno vladajućem moralu ovisit će o sociološkoj, ekonomskoj, moralnoj, etičkoj, pravnoj i vjerskoj sredini u kojoj se živi, kao i o vremenskom razdoblju u kojem se živi te tradicionalnim vrijednostima tog društva. Možemo reći da je moral, kao i poštenje i pravičnost, izraz općih nazora i općeg gledanja konkretne sredine u određenom vremenu, pa je teško dati globalno i trajno određenje tog izraza.

Pojam *boni mores* vezan je uz široke filozofsko-pravne rasprave o odnosu prava i morala koje su se vodile posebice u 17. stoljeću.⁵ Danas se ukratko ističe da moralne norme imaju društvenu sankciju, kao što su osuda okoline, prijezir i sl. i unutarnju sankciju poput grižnje savjesti, srama, dok pravne norme imaju pravne sankcije kao što su kazna, naknada štete, ništetnost i dr. Pravo u određenim slučajevima sankcionira nemoralne radnje, primjerice podvođenje, silovanje, incest i dr., pa pravnim reguliranjem moralna norma postaje pravna norma.⁶

2 Rastovčan, P., Moral, dobri običaji i zloraba prava u građanskom zakoniku (studija iz komparativnog civilnog prava), Tiskara Merkantile“ (G.) Jutriša i drugovi, Zagreb, 1927., poglavlje III., Carey Miller, D.L. i Zimmermann, R., *The Civil Law in European codes*, The Civilian Tradition and Scots Law, Berlin, 1997., str. 267.

3 Petrak, M., op. cit., str. 70.

4 Enciklopedija leksikografskog Zavoda, Zagreb, Jugoslavenski Leksikografski zavod, 1967.

5 Opširnije o odnosu prava i morala vidi Rastovčan, P., op. cit. poglavlje I i tamo citiranu literaturu.

6 Gorenc, V., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005.

Sankcija propisana za ugovore protivne *boni mores* je nevaljanost, odnosno ništetnost ugovora ili njegovog dijela. Danas u praksi nalazimo malo slučajeva utvrđenja ništetnosti ugovora na temelju nemoralnosti zbog činjenice da su neki nemoralni ugovori izričito propisani kao nezakoniti u ugovornom pravu, primjerice zelenaški ugovori, kupoprodaja kojom bi odvjetnik ili koji drugi nalogoprimac kupio sporno pravo čije mu je ostvarivanje povjereno, ili ugovorio za sebe udio u podjeli iznosa dosuđenog njegovu nalogodavcu i sl. Osim toga, u 20. i 21. stoljeću načelo slobode ugovaranja sve se više ograničava i posebnim propisima o zaštiti potrošača, tržišnog natjecanja, radnim pravom i drugim propisima kojima su sada izričito regulirani slučajevi koji su ranije potpadali pod klauzulu *contra bonos mores*, kao što su ugovorna zabrana natjecanja s poslodavcem, zabranjeni sporazumi i dr.

Međutim, životne prilike se brzo razvijaju, pogotovo na području tehnologije i medicine, pa se ne mogu predvidjeti svi mogući budući slučajevi nemoralnog postupanja. Pavao Rastovčan u svom djelu „Moral, dobri običaji i zloraba prava u građanskom zakoniku“ prvenstvenu funkciju klauzule *contra bonos mores* vidi u popunjavanju pravnih praznina koje nastaju primjenom apstraktne norme slobode ugovaranja kako bi se osiguralo materijalno ispravno rješenje u svakom novom slučaju, koje zakonodavac nije mogao još predvidjeti u vrijeme stvaranja zakona, a na koje zakon valja primijeniti. Ipak smatra da granice kriterija ne bi trebale biti preširoke u svojoj neodređenosti, jer je to na uštrb pravne sigurnosti.⁷

Ovaj rad upravo bi trebao pridonijeti određivanju što čvršćih i jasnijih kriterija primjene apstraktnog pojma „moral društva“ u hrvatskom ugovornom pravu analizom razlikovanja tog pojma od srodnih pojmova radi smanjenja pravne nesigurnosti na najmanju moguću mjeru i postizanja njegove pravilne primjene u praksi.

U prvom dijelu rada obradit će razvoj klauzule „*contra bonos mores*“ kroz tri povijesna razdoblja: rimsko pravo, srednjovjekovno pravo i pravo sadržano u prvim kodifikacijama 19. stoljeća. Koristeći analizirane teorijske podloge i praksu, u drugom dijelu rada obrađivat će se svrha i značenje klauzule „moral društva“ u našem ugovornom pravu. Konačno, u trećem dijelu rada, rezultati istraživanja pridonijet će razradi problema definiranja klauzule „*contra bonos mores*“ na europskoj i svjetskoj razini u okvirima nove *lex mercatoria*.

2. BONI MORES U RIMSKOM PRAVU

2.1. Pravo, običajna i moralna pravila

U primitivnim društvima, običajno pravo i moralna pravila su se podudarala s religijskim pravilima. Međutim, smatra se da su Rimljani rano počeli razlikovati *ius* (pravo), *fas* (religijske propise) i *mos* (moralne običaje)⁸.

⁷ Rastovčan, P., op. cit., poglavlje I.

⁸ Zimmermann, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd, 1992., str. 706.

U rimskim pravnim izvorima ne može se naći definicija *mos* (mn. *mores*). Kako se običajno i moralno označavalo s *mos*, *mores*, Ihering u svom djelu „Der Zweck im Recht“ drži da Rimljani ne razlikuju običajno od moralnog te da je diferencijacija tih pojmova nastala kasnijim razvitkom. Međutim, postoje i drugačija mišljenja, tako prema Plesci pojam *mores* označavao je dvije stvari: lokalne pravne običaje i navike (*consuetudo*) i lokalne socijalno-moralne standarde zajednice (*regimen morum* ili *boni mores huius civitatis*).⁹

Moralna pravila kao sustav normi i sankcija temeljene na tradiciji sve su do razdoblja ranog carstva bili pod nadležnošću cenzora (*censor*). Nadzor morala (*regimen morum*), bila je njegova vrlo važna funkcija.¹⁰ Cenzor je prosuđivao građane koji su bili *pater familias* (*patres familiarum*)¹¹ u odnosu na njihovo časno ponašanje (*honor*), što za antička društva nije bilo neobično. U Rimu su se kažnjavala djela koja su se ticala obiteljskog života i privatnih odnosa, ali i javnog djelovanja i političkih obveza. Primjerice, u slučajevima zlouporabe *patria potestas*, kao što je okrutno postupanje, zanemarivanje ili neuspješno nadziranje djece, žene *in manu* ili robova, slučajevi zlouporabe razvoda poput razvoda iz neznačajnih razloga, slučajevi razmetljivog luksuza i sl. U javnom životu, cenzori su nadzirali tko je dostojan konjaničkog i senatorskog ranga, vršili su kontrolu knjiga financijskih institucija i dr. Kažnjavali su slučajeve zlouporabe službe, podmićivanja, poreznih prijevара, prijevara u javnim ugovorima, izbjegavanja vojne službe, izdaje i dr. Određena zanimanja također su smatrana nemoralnima, kao što je glumac, gladijator, prostitutka. Nemoralnim se smatrao i dužnik u stečaju, nečasno otpušten vojnik, osuđenik za određena kaznena djela i sl.

Infamia je bio opći pojam za sve kazne koje je proglasio cenzor, kojom se gubila građanska čast (*existimatio*). Kaznu je cenzor određivao s notom (*nota censoria*) koja je mogla određivati udaljenje iz senata, vitezov gubitak konja, isključenje iz *tribes* ili *centuries*, što je uključivalo gubitak glasačkog prava i nesposobnost za vojnu službu. Sankcija cenzora je vjerojatno trajala do izbora novog cenzora koji je ili održao notu ili je otklonio.¹² Teže posljedice *infamie* nisu bile u diskreciji cenzora, već su bile određene strogim pravilima običajnog prava *ius moribus introductum*.¹³

9 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. 269.

10 Vjeruje se da je funkcija cenzora po prvi put uspostavljena 443 pr. Kr. sa *lex de creandis censoribus* (Liv. 4,8,3; slično Dion. Hal. Ant. Rom. 2,62) zbog oslobađanja konzula od obveze registracije građana radi određivanja obveza prema zajednici prema procijenjenoj imovini. Biralu su se dva cenzora koja su presjedala censusom, te je radi dobivanja važnih funkcija to predstavljalo krunu političke karijere na koja su obično dolazili bivši konzuli.

11 U ranoj fazi razvoja rimskog prava prevladavalo je pravilo pravo *paterfamilias* (*patria potestas*, *manus* i *dominium*). *Patria potestas* je u početku bila gotovo neograničena i apsolutna, samo u izuzetnim slučajevima je javna vlast intervenirala i nešto ograničavala. U ovom razdoblju prema *ius privatum* prava i dužnosti osobe ovisili su o njegovom položaju u obitelji. Više vidi u Horvat, M., Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1980., str. 81.-88.

12 Plescia, J., op. cit., str. 277.

13 Gaius, Institutes of Roman Law (C.160), op. cit., str. 124.

Godine 366 pr. Kr. postavljen je zasebni magistrat za pravosuđe koji se zvao pretor.¹⁴ Tako se privatno pravo razvijalo putem javne vlasti te je postupno opadala *patria potestas* u korist *publica potestas*. Pojava pretorskog edikta ubrzala je odvajanje *ius* od *fas*, ali je također potakla rast racionalne pravne svijesti i posljedično *voluntas* i *aequitas* elemenata u pravosuđu.¹⁵ Pravo morala počelo se djelomično preuzimati u pozitivno zakonodavstvo. Naime, uvele su se pozitivnopravne sankcije radi djela koja su izvorno bila zabranjena samo pravom morala. Infamiju, kako je uspostavljena cenzorom, počeo je primjenjivati pretor u svom ediktu (D.3,1,1,8 *Qui edicto praetoris ut infames notantur*), koji ju je učinio ne samo sankcijom kod presude u kaznenom predmetu, već i u određenim građanskim tužbama koje su se temeljile na deliktu kao što su krađa, silovanje, uvreda, prijevara ili kod određenih ugovora poput ortakluka, ugovora o nalogu (*mandatum*), depozitu, kvaziugovora kao skrbništvo i sl., te kod bračnog prava za bigamiju ili za brak udovice prije isteka godine dana žalovanja.¹⁶

Do kraja 2. stoljeća pr. Kr. cenzorin *regimen morum* i važnost *mores* su zamijenjeni. Naime, veći dio ranijeg cenzorinog nadzora postao je dio nadležnosti pretora. Drugo i prvo stoljeće pr. Kr. bilježilo je ekspanziju *ius* (nadležnosti pretora) naspram *mos* (nadležnost cenzora), dok je rimskom carstvu cenzorova *cura morum* izgubila značenje te su carevi postali nadležni za dobro i pošteno ponašanje.¹⁷

2.2. Nastanak klauzule *contra bonos mores*

Contra bonos mores postalo je opće načelo rimskog prava u relativno kratkom vremenu. Pojava *contra bonos mores* klauzule (također „*turpia*“ i „*rei turpis*“) povezuje se sa sukobom između cenzora i pretora o nadležnosti.¹⁸ Taj pravni termin koristio je pretor, koji je kontinuirano preuzimao nadležnost od cenzora. Dugotrajno iskustvo cenzora pomoglo je pretoru da stvori novi pravni termin *boni mores*. Nazvalo se *mores* jer je potjecalo od ranijih moralnih pravila, a smatra se da je pridjev *bonus* se počeo koristiti i uz druge izraze, npr. „*bona fides*“, „*bonum et aequum*“ i dr., kao pojačanje ili opreka nečem lošem.²⁰

14 Izvoran naziv je „pro praetore“, njemu je dodijeljena nadležnost provođenja prvog dijela postupka u kojem se odlučivalo o tome ima li tužitelj pravo na pravnu zaštitu, a u drugom dijelu postupka kojeg je vodio *iudex* su se provodili dokazi i donosila se presuda. Više o pretoru i uporabi pravnih sredstava vidi u: Stein, P., Rimsko pravo i Europa, Povijest jedne pravne kulture, Golden marketing - Tehnička knjiga, Zagreb, 2007., str. 18- 20.

15 Plescia, J., loc. cit.

16 Gaius, *Institutes of Roman Law* (C.160), op. cit., str. 124.-125.

17 Zimmermann, R., op. cit., str. 707.

18 Plescia, J., loc. cit.

19 Guarino, A., *Diritto privato romano*, 12. izd., Napoli, Jovene, 2001., str. 371.

20 Horvat, M., *Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava*, Zagreb, 1939.

Grčka filozofija o etici odigrala je ključnu ulogu za racionalizacijski proces rimskog prava, kojeg neki znanstvenici nazivaju procesom humanizacije prava.²¹ Prvi pokazatelj tog procesa bio je uvođenje konsenzualnih ugovora koji naglašavaju *bona fides*, a slijedilo je niz edikata koji su naglašavali *aequitas* (npr. *metus* i *dolus*). Također, to je utjecalo *regimen morum* građana pa su se pojavili edikti *de convicio* i *de adtemptata pudicitia*. Naime, oni su sadržavali kaznu za povrede *contra bonos mores* što je proizlazilo iz delikta (*iniuria*), za što se podnosila tužba *actio iniuriarum*. Poslovi *contra bonos mores* predstavljali su ograničenje slobode pravnih transakcija.²²

U klasičnom pravu pravni posao koji se protivi moralu tako da je sam posao upravljen na nemoralnu činidbu bio je ništetan po civilnom pravu *ipso iure* i nije bio utuživ pred sudom, ako činidba samo po sebi nije nemoralna, ali je njezina svrha *contra bonos mores* (*turpis causa*, npr. ugovaranje novčane kazne ako se prekrši obećanje za sklapanje braka) pretor je davao *exceptio doli*, što bi odgovaralo pobožnosti.²³ Pravni posao bio je uvijek ništetan izjednačavanjem civilnog i pretorskog prava u postklasičnom dobu.²⁴

Kao najraniji poznati izvori o posljedicama povrede *boni mores* u ugovornim odnosima navode se tekstovi dvaju pravnika iz klasičnog razdoblja, Gaiusa i Julianusa. Gaius: „*Illud constat, si quis de ea re mandet quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, veluti si tibi mandem ut Titio furtum aut iniuriam facias*“ (Inst. 3, 26, 7.), te „*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti: veluit si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat*.“²⁵ Julijan: „*Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? Inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio*.“^{26,27}

Pojam *contra bonos mores* postao je opća klauzula u tehničkom smislu s klasičnim pravnikom Papinijanom, a kulminiralo je u Paulovim sentencama u

21 Rimski pravници su se bavili pravnofilozofskim pitanjima te su isticali etički sadržaj u pravu. Primjerice, Celzova izreka: *ius est ars boni et aequi* (D.1,1,1, pr, pravo je umijeće dobrog i pravednog), Ulpijanove tri pravne zapovijedi: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (D.1,1,10,1., pošteno živjeti, drugoga ne povrijediti, svakome dati što mu pripada), te njegova izreka: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (D.1,1,10, pr, pravda je stalna i trajna volja svakome dati pravo koje mu pripada). Nalazimo i izreke iz kojih se vidi da su Rimljani razlikovali pravo kao pravila koja donosi i sankcionira vlast, od pravila morala čije poštivanje vlast ne osigurava. Naprimjer, Paulusova izreka glasi: *non omne quod licet honestum est* (D.50,17,144, nije pošteno sve ono što je po pravu dopušteno), vidi M. Horvat, op. cit., str.4.

22 Plescia, J., op. cit., str. 277-278.

23 Radi promijenjenih životnih prilika događalo se da je neki posao po civilnom pravu potpuno valjan, ali se u životu ukazivao nepravednim zbog čega je pretor pružao sredstva uskrate tužbe (*denegatio actionis*), davanje prigovora protiv nečije tužbe (*exceptio*) ili povrata u prijašnje stanje (*restitutio in integrum*), primjerice vidi Horvat, M., op. cit. 192, Stein, P., op. cit., str. 19, 20.

24 Horvat, M., ibid.

25 D.45,1,26. i 27. pr.

26 D.45,1,61.

27 Više o praktičnom značenju ovih tekstova vidi Zimmermann, R., op. cit., str. 707. i 708.

postklasičnom razdoblju (Paul. D. 2, 14, 27, 4: *Neque contra leges, neque contra bonos mores pacisci possumus*). Koncept nevaljanosti nemoralnih ugovora potvrđen je i u Justinijanovom razdoblju.²⁸

Što predstavlja *boni mores* moglo se određivati na temelju pisanog prava (*ius civile*), nepisanog prava, uspostavljenim dugotrajnim običajima koji odražavaju običaje zajednice, nepisanim pravom ili praksom nacija (*ius gentium*) i konačno osjećajem pravednosti i logike suca (*ius naturale, ratio*).²⁹

Kriterij za ocjenu *boni mores* bio je *utilitas publica (vel plurium)*.³⁰ Na primjer, prema Julijanusu: *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest*.³¹ Prema Ulpianu: *ius civile... pre omnia ei (iuri naturali non) servit*.³² *Utilitas publica* sudac je utvrđivao na temelju carskih konstitucija, senatorskih dekreta i pravnih mišljenja, a ako nije bilo regulirano pravom sudac se morao osloniti na vlastiti osjećaj pravednosti, vođen *mores civitatis* i odluke suda (C. 7, 45, 13: *sed omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus*).³³ Stoga, svrha doktrine *boni mores* u rimskom pravu bila je prvenstveno zaštita vrijednosti i interesa zajednice (npr. javni moral, zdravlje i sigurnost), te je sudac javni interes stavljao iznad individualnog interesa.

I dok je ništetnost pravnog posla kao posljedica povrede *boni mores* u pojedinim izrekama postavljana općenito, postojao je i niz posebnih odredbi koje su izričito propisivale nemoralne ugovore, primjerice: nevaljano je, ako netko obeća počiniti ubojstvo, počiniti protupravno djelo ili ukrasti, nevaljano je ako obeća oženiti vlastitu sestru, počiniti *flagitium*, nevaljan je *mandatum rei turpis*, nevaljano je ako se netko unaprijed odrekne prava prema trećoj osobi podići *actio furti* ili *iniuriarum*, nevaljan je ugovor o nasljedstvu čovjeka koji još nije umro itd.³⁴

3. CONTRA BONOS MORES / IUS COMMUNE

Nakon što je Justinijanovo pravo u VI. stoljeću istisnuto langobardskim pravom, *Corpus Iuris Civilis* ponovno su počeli proučavati glosatori (potkraj 11. do 13. stoljeća) i postglosatori ili komentatori (od sredine 13. do 16. stoljeća) koji

28 Zimmermann, R., op. cit., str. 710, Plescia, J., op. cit, str. 279.-280.

29 Plescia, J., op. cit., str. 285.

30 Filozof i pravnik Cicero je tvrdio da su *utilitas* i *honestas* nerazdvojni po prirodi te da socijalni element kod čovjeka zahtijeva nadređenost *utilitas publica* nad *utilitas privata*. Također je priznavao *utilitas publica* iznad *utilitas patriae: salus populi suprema lex est*. Pravnici su, međutim, prihvatili Diogenesovu verziju stoicizma koja je postavila razdvojenost *utilitas* i *honestas* te su postavili nadređenost načela *utilitas publica*. Opširnije vidi Plescia, J., op. cit., str. 280.-285.

31 Julianus, D. 9, 2, 51, 2.

32 Ulpian, D. 1, 1, 6.

33 Plescia, J., loc. cit.

34 Vidi Rastovčan, P., op. cit., poglavlje III. i tamo citiranu literaturu, Plescia, J., op. cit., str. 278.

su najčešće komentirali glose svojih prethodnika, ali tako da su ih prilagođavali vremenu u kojem su živjeli. Upravo su komentatori utjecali na recepciju rimskog prava kao općeg prava (*ius commune*) koje se pored partikularnih prava sadržanog u statutima pojedinih gradova i pokrajina (*ius proprium*) primjenjivalo kao pozitivno pravo u mnogim državama srednje i zapadne Europe.³⁵ Autori u srednjem vijeku tako su komentirali i pojedinačne primjere iz *Corpus Iuris Civilis* u kojima je bila sadržana klauzula *contra bonos mores*. Najznačajniji postglosator Bartolus de Sassoferrato (1314.-1357.), po kojemu je nazvana i škola znanosti rimskog prava u 14. i 15. stoljeću („bartolisti“) rješavao je konkretna pravna pitanja u pravnoj praksi nalazeći kompromise između rimskog prava, kanonskog prava i statutarne prava. Primjerice, Bartolus se u rješavanju sukoba između rimskog i kanonskog prava kod pitanja važenja prisega oporučitelja da oporuku neće opozvati nekom kasnijom oporukom, pozvao upravo na dobre običaje, navodeći da je takva prisega protivna dobrim običajima (*contra bonos mores*), ako se time oporučitelju nastoji oduzeti slobodu oporučivanja, pa u takvom slučaju prisega nije obvezujuća ni po kanonskom pravu, koje je prisegu smatralo odlučujućom.³⁶

Pravnici u 16. i 17. stoljeću su vodili široke pravne i filozofske rasprave o odnosu prava i morala, za koje je nužno vezan sadržaj i značenje klauzule „*contra bonos mores*“ u ugovornom pravu. Naglašavali su individualne interese te se težilo postizanju pravednosti. Za razliku od prijašnjih autora koji su se pitanjem nemoralnosti bavili kazuistički, nastankom znanosti rimskog prava humanisti i autori naravnog prava imali su općenitiji pristup. Primjerice protestantski humanista Hugo Donellus naveo je: „*Quod attinet ad turpes conventiones, quae eadem sunt contra bonos mores, non dubitamus definire generaliter et sine exception quod supra, omnes ipso iure non valere*“. Također, autor naravnog prava Hugo Grotius je u *Inleiding* postavio nemogućnost, nezakonitost i nemoralnost kao tri opća temelja nevaljanosti u obveznom pravu.³⁷ Naravno pravo je snažno utjecalo na daljnji razvoj rimskog prava, budući da je rimsko pravo trebalo poslužiti za stvaranje jednog nepristranog prava temeljenog na moralnoj filozofiji.³⁸ Na pravnika poput Papinijana, gledalo se unatoč njegovom poganstvu kao na „branitelja nepromjenjivih čudorednih vrijednosti“. Primjerice, G.W. Leibniz je u predgovoru *Codex iuris gentium* (Kodeks prava naroda) iz 1639. pozvao na izjavu Papinijana „Jer ne smijemo vjerovati da možemo činiti stvari koje su protiv naloga ljubavi, časti i štovanja i koje su, da tako općenito kažem, protiv dobrih običaja“, koji u izvornom tekstu D. 28.7.15. zastupa gledište da uvjet kojim oporučitelj od sina traži nečudorednu radnju, čini ništetnom oporuku jednako kao i neki nemogući uvjet. G.W. Leibniz u navedenom djelu pod čudorednim, smatra ono što kod nekog dobrog čovjeka odgovara naravi.³⁹

35 Više o tome vidi Horvat, M., op. cit., str. 37 i 38, Stein, P., op. cit., str. 80.

36 Stein, P., op. cit., str. 82.

37 Zimmermann, R., op. cit., str. 712-713.

38 Opširnije o moralnim temeljima 16. i 17. stoljeća u današnjem privatnom pravu vidi Gordley, J., *The moral foundations of private law*, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, 2002.

39 Detaljnije vidi Stein, P., op. cit., str. 120.-123.

4. CONTRA BONOS MORES U KODIFIKACIJAMA EUROPSKIH ZEMALJA

U 18. stoljeću, pravna znanost izgradila je temelje za uspostavu cjelovitih sustava racionalnih pravnih pravila. Stoga, su se vladari koji su željeli ojačati svoju vlast naspram pokrajinskog plemstva te ujediniti svoje teritorije, odlučili na stvaranje i donošenje građanskih zakonika, čime je započeo tzv. kodifikacijski pokret. Donošenje jedinstvenih zakonika zagovarali su i ekonomski teoretičari merkantilizma koji su tvrdili da pravna rascjepkanost šteti trgovini te time stjecanju bogatstva. U daljnjem tekstu izložit će se rimska koncepcija o dobrim običajima preuzeta u nekima od najvažnijih zakonika, koji su poslužili kao uzor i drugima kasnije donesenim europskim zakonicima.

Francuski građanski zakonik (*Code Civil des Français*) stupio je na snagu 1804. godine kao rezultat Francuske revolucije.⁴⁰ Njime je prvi put u zakonodavstvu upotrebljen pojam „javni red“. Čl. 6. *Code Civila* određuje „*On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.*“ Također, čl. 1131. i čl. 1133. propisivali su da obveza s nedopuštenom osnovom (*causa*) ne može imati nikakav učinak. A nedopuštena osnova je ona protivna zakonu, dobrim običajima i javnom redu. Oko članka 6. vodile su se rasprave, protivnici konačnog teksta ovog članka isticali su, između ostalog, da izraz „*l'ordre public*“ predstavlja prijevod latinskog *ius publicum* (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest* 1.38 ff. de pactis; *privatorum pactio iuri publico non derogat* 1. 45 ff. de reg. iur.) koji i prema pravniku Domatu ne znači javno pravo, već pravo javno postavljeno, tj. zakon, da izrazi nisu dovoljno precizni da uđu u tekst zakona, pa bi mogle nastati rasprave štiti li neki zakon javni red, a morat će se dopustiti i dokaz pred sudovima o tome da ugovor koji je protivan *mores* ipak ne derogira nijednom zakonu. Mišljenje zakonodavca o značenju pojmova *bónnes moeurs* i *l'ordre public* vidljivo je iz izjava Portalisa, koji je branio projekt u ime vlade pred zakonodavnim tijelom. On je odbacio da su prevodili navedena rimska vrela, te je naveo da je dopušteno ugovarati protiv sadržaja zakona. Tako je *droit public* ono što izravnije interesira društvo nego pojedince, dok *droit privé* interesira izravnije pojedince, nego društvo. Poništavaju se ugovori protivni javnom pravu, no ne poništavaju se oni, koji su oprečni zakonima, što se tiču samo privatnih prava ili pojedinačnih interesa. O *bonnes moeurs* je rekao da su: „cement socijalne zgrade. Sve, što njih vrijeda, vrijeda prirodu i zakone.“ S obzirom na odnos pojmova *bónnes moeurs* i *l'ordre public* u raspravama se isticalo i da je drugi potpuno dovoljan, a da je prvi dodan samo zato da tekstu članka da svu potrebnu jasnoću, jer sve što interesira *boni mores*, interesira i *l'ordre public*, no ne obratno,

⁴⁰ Pri izradi *Code Civila* korištena su djela francuskih pravnih znanstavnika XVII. i XVIII. stoljeća. Domala te posebno Roberta Josepha Pothiera u odsjeku o obvezama, koji su, između ostalog, bili i veliki sistematičari općeg prava. Izrada nacrtu započela je 1800. godine kada je Napoleon kao konzul sastavio komisiju za njegovu izradu.

pa je drugi pojam širi.⁴¹ Dakle, prihvaćanjem pojma *l'ordre public*, nije se odstupilo od rimskog načela *conventio vincit legem*, već se pod tim izrazom podrazumijeva zaštita društvenog interesa.

Njemački građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: *BGB*) koji je stupio na snagu 1900. godine donesen je pod utjecajem njemačke pandektne znanosti 19. stoljeća.⁴² Protivnost dobrim običajima (*contra bonos mores*) kao razlog ništetnosti pravnih poslova bila je u prvom nacrtu njemačkog građanskog zakonika⁴³ sadržana u paragrafu 106. (sada 138.) gdje su se upotrijebili izrazi dobri običaji (*gute Sitten*) i javni red (*öffentliche Ordnung*), pod utjecajem *common lawa*, francuskog *Code civila* te bavarskog i hessenskog nacрта. U Motivima⁴⁴ je orazloženo da je pojam javni red usvojen jer se sadržaj pravnog posla može kositi ne samo s moralnim interesima, već i s interesima države, a ovaj posljednji ne sadrži uvijek i povredu dobrih običaja. Kao primjer navode se ugovori koji su u protivnosti s načelom obrtno slobode. Nadalje obrazlaže se da su ništetni pravni poslovi kojima je i sadržaj, a ne samo radnja oprečna dobrim običajima. Područje moralnih obveza ne preklapa se s područjem pravnih dužnosti, pa ne može biti ništetan svaki posao koji je protivan moralnosti, već ništetnost nastupa onda, kada sadržaj pravnog posla neposredno u objektivnom smislu i uz izlučenje subjektivne strane vrijeđa *gute Sitten*. U drugom nacrtu usvojena je konačna verzija u kojoj je pojam *öffentliche Ordnung* brisan s obrazloženjem da mu nedostaje točno ograničenje te da će se poslove oprečne javnom redu moći redovno smatrati i poslovima što su upravljani protiv moralnog poretka.⁴⁵

Austrijski Opći građanski zakonik, (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblände*, dalje *ABGB*) stupio je na snagu 1812. godine nakon više od šezdeset godina od izrade prvog nacрта.⁴⁶ Konačan tekst Zakonika sastavilo je povjerenstvo s voditeljem Franz von Zeillerom, polazeći od Kantovog mišljenja

41 Vidi Rastovčan, P., op. cit. poglavlje III. i tamo citiranu literaturu.

42 Pandektna znanost nastojala je pojmove izvedene iz Pandekata uporabiti za rješenje problema svog vremena kada su se pravno trebali razriješiti ostaci feudalnog uređenja, na način da se „iskvareno rimsko pravo“ odmijeni čistim rimskim pravom klasičnog razdoblja.

43 S izradom nacрта Njemačkog građanskog zakonika započelo se 1874. godine nakon stvaranja jedinstvene njemačke države 1871. godine. Tijekom izrade zakonika osnovane su dvije komisije i objavila su se tri nacрта (prvi 1887. godine s pet knjiga „Motiven“, drugi 1895. godine i treći 1896. godine).

44 Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das deutsche Reich, Berlin 1896., Rastovčan, R., op. cit., poglavlje III.

45 Rastovčan, P., loc. cit.

46 Marija Terezija 1753. godine dala je naputak za izradu nacрта kodifikacije općeg privatnog prava, kojem je kao podloga trebalo poslužiti *ius commune*, izmijenjeno i dopunjeno razumskim pravom. Tijekom njene vladavine izrađena su dva nacрта (*Codex Theresianus iuris civilis*), koja su kritizirali konzervativci i reformatori. Za vrijeme Josipa II. osnovana je nova treća komisija i izrađen je novi nacrt te je prvi dio tog nacрта 1786. godine objavljen kao „Josefinisches Gesetzbuch“. Za vrijeme Leopolda II izrađen je četvrti nacrt, koji također nije stupio na snagu, pod vodstvom Karl Antona von Martini koji je bio vodeći zastupnik naravnog prava u Austriji koji je smatrao da se rimsko civilno pravo sastoji najvećim dijelom iz naravnih zakona.

o odvojenosti prava i morala.⁴⁷ Zakonik se ograničio samo na pravo, koje je za Zeillera bilo praktični kompromis između rimskog prava kao izraza nepromjenjivih načela razuma i posebnih zahtjeva države.

U Hrvatskoj i Slavoniji austrijski Opći građanski zakonik (OGZ) proglašen je patentom od 29. studenog 1852. godine, a stupio je na snagu 1. svibnja 1853. godine.⁴⁸ U dijelu koji se odnosi na pogodbe (pod razdiobom drugom, o osobnim pravima na stvari) OGZ nije izričito spominjao dobre običaje (*boni mores*), niti javni red kao tadašnji *Code Civil*. Ti izrazi spomenuti su u paragrafu 26. OGZ- a pod naslovom „IV. Po moralnoj osobi“, što bi danas značilo „pravna osoba“. Taj članak razlikuje dopuštena i nedopuštena društva. Pod nedopuštenim društvima navodi ona koja su po zakonima političkim posebno zabranjena ili koja se očito opiru sigurnosti, javnom redu ili dobrim običajima. Paragraf 109. OGZ-a spominjao je dobre običaje porodice. Odredba o slobodi ugovaranja bila je sadržana u paragrafu 878. pod naslovom „3. mogućnost činjenja“ koje je postavio opće načelo da se pogodbe mogu sklopiti o svim stvarima, koje su u prometu te je istovremeno propisivao izuzetke u odnosu na nemoguću ili nedopuštenu činidbu, ne određujući značenje izraza „nedopuštene činidbe“. ⁴⁹ Analogno paragrafu 26. OGZ-a koji je pod nedopuštenim podrazumijevao osim protivnosti zakonu i protivnost javnom redu i dobrim običajima te analogno ostalim kodifikacijama, smatralo se da je nedopušteno ono što je protivno „*boni mores*“. ⁵⁰ Da je to tako, vidljivo je i iz paragrafa 879. koji je demonstrativno, ⁵¹ a ne taksativno nabrajao nevaljane pogodbe iz čijih je primjera vidljivo da se radi o pogodbama koje su po svom sadržaju, odnosno predmetu nemoralne. ⁵²

U sudskoj praksi nemoralnima su se smatrali ugovori koji su se odnosili na privatne i na poslovne odnose stranaka. Najčešći primjer nedopuštenog ugovora

47 Stein, P., op. cit., str. 127.

48 Austrijskom naredbom od 12. listopada 1914. godine donesena je tzv. prva novela, koja je stupila na snagu 13. listopada 1914. godine, zatim je naredbom od 22. lipnja 1915. godine donesena druga novela, koja je stupila na snagu 25. lipnja 1915. godine, dok je naredbom od 19.5.1916. godine donesena treća novela koja je stupila na snagu 21. ožujka 1916. godine. Novele su dobile obveznu snagu samo u tadašnjim austrijskim pokrajinama, među kojima su bile Istra i Dalmacija, dok je u Hrvatskoj i Slavoniji bio na snazi neizmijenjeni OGZ. Vuković, M., *Opći građanski zakonik s novelama i ostalim naknadnim propisima*, Školska knjiga, Zagreb, 1955.

49 Paragraf 878. glasi: Pogodbe mogu se sklopiti o svim stvarima, koje su u prometu. Što se ne može ispuniti ili učiniti; što je sasvim nemoguće ili nedopušteno, o tome ne može se ni tvrditi pogodba učiniti. Tko takvim obećanjima vara drugoga, ili mu otkida što po krivnom neznanju, ili korist vuče iz štete njegove, taj odgovara za to.

50 Rastovčan, P., loc. cit.

51 Vuković, M., op. cit., str. 247.

52 Paragraf 879. Osim pogodaba imenovanih na svojem mjestu, ne valjaju sljedeće pogodbe: 1. ako se ugovori što za staranje, da se sklopi pogodba ženidbena; 2. ako je vidar ili koji mu drago liječnik učinio, te mu je bolesnik obećao naročitu nagradu, što će se primiti liječenja; ili 3. ako pravdozastupnik ugovori za sebe naročitu koju nagradu, što će se primiti parnice, ili ako je prekipio parnicu njemu povjerenu; 4. ako tko nasljedstvo ili zapis, kojemu se on nada od treće koje osobe, otuđuje još za života te osobe.

je bio u slučaju konkubinata, koji se u to vrijeme smatrao nemoralnim odnosom, kada bi dvoje živjeli zajedno nevjenčani kao muž i žena, pa bi nakon razlaza, žena tražila nagradu za službe što ih je obavljala kao gazdarica, namještenica i sl., a utvrdilo bi se da je s muškarcem bila kao priležnica.⁵³ Nadalje, nedopuštenim ugovorima smatrali su se i ugovori koji su u težoj mjeri ograničavali osobnu pravnu i ekonomsku slobodu. Primjerice, raspravljalo se i o slučaju koji je bio učestao i u komparativnoj praksi, kada bi se radnik obvezao poslodavcu da se nakon istupanja iz službe neće natjecati s njim određeno vrijeme. Kraljevski stol sedmorice zauzeo je stajalište, protivno Kr. banskom stolu, da se obvezom nenatjecanja za razdoblje od godinu dana radnik „nije na tako općenit način odrekao slobodnog djelovanja, te djelomično uništio svoju pravnu osobnost.“⁵⁴

Zbog uske stilizacije odredbe o nedopustivim pogodbama postavljalo se pitanje je li time obuhvaćena i nedopuštena svrha ugovora. Odgovor na to pitanje daje jedna rješidba Kr. stola sedmorice od 10.VIII.1911., br. 2918 koja sukladno s rješenjem Banskog stola proglašava ništetnim zajam koji je dan za kartanje zabranjene igre, jer je tužitelj znao da tuženom pozajmljuje novac baš u svrhu nastavka kartanja i to zabranjene igre, pa stoga tužitelj u nedopuštenu svrhu ne može dani zajam zahtijevati natrag.⁵⁵

III. novelom paragrafi 878. i 879. OGZ-a su izmijenjeni tako da je paragraf 878. propisivao nemoguće činidbe, a paragraf 879.⁵⁶ je pored pojedinačno navedenih primjera sadržavao i opću odredbu o ništetnosti ugovora, koji je protivan zabrani ili dobrim običajima.

53 Primjerice vidi u Čimićevoj zbirci rješidaba Kr. stola sedmorice rješidbe Kraljevskog stola sedmorice u Zagrebu od 12.VI.1913. br. 2882. od 21.XI.1913. br. 5483., od 12.VI.1914. br. 2815.

54 Danas je ovo pitanje u većini država riješeno posebnim propisima, pa se valjanost ugovora o zabrani natjecanja s poslodavcem ne ispituje više pod *boni mores*, već pod protupravnost. U RH odredbe o ugovornoj zabrani utakmice sadržane su u čl. 100. do 104. Zakona o radu.

55 Rastovčan, P., op. cit., poglavlje IV.

56 Paragraf 879. je izmijenjen paragrafom 90. austrijske naredbe od 19. ožujka 1916. godine tako da je glasio: Ugovor koji je protivan zakonitoj zabrani ili dobrim običajima je ništav. Naročito su ništavi slijedeći ugovori. 1. ako se što ugovori za posredovanje bračnog ugovora; 2. ako pravni zastupnik sasvim ili djelomično prekupi povjerenju mu parničnu stvar ili ako ugovori za sebe određeni dio iznosa, koji je dosuđen stranci, 3. ako se nasljedstvo ili legat, kom se tko nada od treće osobe, otuđuje još za života te osobe; 4. ako netko iskorišćuje lakoumnost, težak položaj, slaboumnost, neiskustvo ili uzbuđenje drugoga time, što za činidbu sebi ili trećemu ugovara ili uzima takvu protučindbu, čija imovinska vrijednost stoji u upadljivoj nerazmjeri sa vrijednošću činidbe.

5. UREĐENJE NEMORALNIH UGOVORA U HRVATSKOM PRAVU

5.1. Uređenje nemoralnih ugovora do donošenja Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine

U Hrvatskoj je OGZ ostao na snazi nakon raspada Austro-Ugarske, za vrijeme Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i Kraljevine Jugoslavije. Nakon 1946. godine na temelju Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije (Službeni list FNRJ br. 86/46), pravna pravila OGZ-a koja su se odnosila na one odnose koji nisu bili uređeni pozitivnim propisima te ako nisu bili suprotni tadašnjem Ustavu i pozitivnim propisima su se mogla primjenjivati. Tako su se odgovarajuća pravila obveznog prava sadržana u OGZ-u supsidijarno nastavila primjenjivati i za vrijeme socijalističke Jugoslavije sve do donošenja Zakona o obveznim odnosima iz 1978., koji je stupio na snagu 1. listopada 1978. godine. Rad na tom zakonu započeo je još 1960. godine, a nastao je pod utjecajem rješenja švicarskog građanskoga zakonika, Haške konvencije o međunarodnoj trgovini, općih uzanci za promet roba i dr.⁵⁷

Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine (u daljnjem tekstu: ZOO/78.) je kao osnovno načelo propisivao slobodu uređivanja obveznih odnosa u članu 10. uz ograničenje da sudionici u prometu obvezne odnose ne mogu uređivati suprotno ustavom utvrđenim načelima društvenog uređenja, prinudnim propisima i moralu socijalističkoga samoupravnog društva. Zamjena izraza „dobri običaji“ izrazom „moral socijalističkog samoupravnog društva“ rezultat je tadašnjih političkih težnji stvaranja etičkih vrijednosti utemeljenih na marksističkoj koncepciji, a odbacivanju tradicije, dotadašnjeg stanja i shvaćanja. Sloboda ugovaranja bila je ispunjena socijalističkim sadržajem, te je morala biti usmjerena u socijalističkom pravcu,⁵⁸ dok se moral socijalističkog samoupravnog društva shvaćao kao: „svijest o ponašanju u skladu s principima na kojima počiva socijalističko društveno uređenje i sistem samoupravljanja“.⁵⁹

57 Na temelju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine (NN 73/91) pravni propisi OGZ-a su se nastavili primjenjivati i nakon osamostaljenja Republike Hrvatske ako postoji pravna praznina, ako su u skladu s Ustavom i zakonima RH te ako se pravno pravilo uobičajeno primjenjivalo od 1945. do 1991. Osim toga, na temelju odredbe iz članka 388. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima prema kojoj se pitanja stjecanja, promjena, pravnih učinaka i prestanak stvarnih prava do stupanja na snagu tog Zakona prosuđuje prema pravnim pravilima koja su se primjenjivala u trenutku stjecanja, promjene i prestanka prava i njihovih pravnih učinaka, pojedine stvarnopravne odredbe OGZ- a zbog nesređenih zemljišnih knjiga, često primjenjuju i danas (npr. stjecanje vlasništva dosjelošću prije 6. travnja 1941. godine i sl.).

58 Raspor A., *Moja prava i dužnosti*, Grafički zavod Hrvatske, 1979., str. 956.

59 Komentar Zakona o obveznim odnosima, Opći i posebni dio obligacija, Progres Zagreb, Dr. Ivan Buklijaš, str. 12.

Posljedica uređenja obveznih odnosa protivno moralu socijalističkog samoupravnog društva bila je ništetnost ugovora.⁶⁰ Formulacija iz OGZ-a koja propisuje ništetnost ugovora u nešto izmijenjenom obliku preuzeta je i u čl. 103. st. 1. Međutim, propisao se niz posebnih odredbi o nedopuštenom predmetu obveze (čl. 49.), osnovi (čl. 51. st. 2.), pobudi (čl. 53. st. 2.), odgovodnom ili raskidnom uvjetu (čl. 75. st. 1.).

Osamostaljenjem Hrvatske, ZOO/78. godine u hrvatski pravni sustav preuzet je Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima od 26. lipnja 1991. godine, koji je stupio na snagu 8. listopada 1991. godine (Narodne novine br. 53/91., u daljnjem tekstu ZOO/91.).⁶¹ Radi prihvaćanja demokratskih načela i tržišnog gospodarstva tim zakonom izraz „moral socijalističkog samoupravnog društva“ zamijenjen je izrazom „moral društva“, a kod propisivanja nedopuštenog uvjeta ta je klauzula izostavljena, čime se odstupilo od rimske pravne tradicije prema kojoj je nemoralan uvjet uzrokovao ništetnost ugovora ili njegovog dijela.

5.2. Koncept nemoralnih ugovora u Zakonu o obveznim odnosima iz 2005. godine

Novi Zakon o obveznim odnosima donesen je 25. veljače 2005. godine, a stupio je na snagu 1. siječnja 2006. godine.⁶² (Narodne novine br. 36/05., 41/08., dalje ZOO/05.). Zadržao je jednaku stilizaciju načela slobode uređivanja obveznih odnosa koja je sada sadržana u članku 2. Novi ZOO ponovno je uveo protivnost moralu društva kod odgovodnog i raskidnog uvjeta kao razlog za ništetnost ugovora te je izostavio institut osnove (kauze) kao gospodarskog cilja ugovora.

Osnova koju je uveo ZOO/78. bila je objektivna svrha ugovora i subjektivna svrha ugovora pobuda (motiv). U Francuskoj i Italiji, pitanje ništetnosti ugovora vezano je za doktrinu kauze (čl. 1131 *Code Civil* i čl. 1343., 1418. *Codice Civile*). Kauza se ne smatra samo razlogom (pobudom) zbog kojeg jedna strana ulazi u obvezni odnos, nego je krajnji cilj ugovora i svrha ulaska u ugovorni odnos.⁶³ U ZOO/05. je gospodarski cilj (kauza) spojen s nedopuštenom pobudom, pa ona postaje čimbenik za prosuđivanje je li konkretan ugovor valjan. To je svakako uže

60 ZOO kao posebni zakon koji uređuje obvezne odnose uređuje ništetnost ugovora, za razliku od BGB koji propisuje ništetnost svih pravnih poslova te primjerice Italije i Švicarske koje sadrže posebnu odredbu da se odredbe o ugovoru primjenjuju na ostale odnose privatnog prava (čl. 7. Švicarskog građanskog zakonika i čl. 1324. *Codice civile*). Na primjer, naš Zakon o nasljeđivanju kod oporuke kao pravnog posla spominje nemoralni uvjet i nalog za koje se uzima da ne postoje *in favor testamenti*.

61 Zakon o obveznim odnosima iz 78. kasnije je doživio još izmjena i dopuna (Narodne novine, 73/91., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.), ali te izmjene nisu obuhvaćale ovaj institut.

62 Izuzev odredaba čl. 26. st. 1. -3. i čl. 29. st. 2. -6. i st. 8. koje su se počele primjenjivati nakon isteka dvije godine od dana stupanja na snagu ZOO-a.

63 Zweigert, K. i Kötz, H., *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition, Clarendon Press, Oxford, 2011., str. 381., o kauzi obveze u poredbenom pravu vidi i S. Nikšić, *Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56(4), str. 1057-1102, 2006.

uređenje od prijašnjeg, jer su kod nedopuštene pobude propisani uvjeti da mora bitno utjecati na odluku jednog ugovaratelja da sklopi ugovor i drugi ugovaratelj treba to znati ili bi morao znati. Dakle, obje ugovorne strane moraju nastupati nemoralno ili znati ili morati znati za nemoralnost druge. Izuzetak je kod ugovora bez naknade kada nije relevantno je li drugi ugovaratelj znao da je nedopuštena pobuda bitno utjecala na odluku njegova suugovaratelja. Primjerice u praksi nalazimo slučaj kada primatelj kredita nije imao namjeru vratiti kredit (dakle sklopio je ugovor iz nemoralne pobude), zbog čega su kredit otplaćivali jamci te je krivotvorio isprave koje je prikazao jamcima i banci. Sud je u tom slučaju odbio tužbeni zahtjev na utvrđenje ništetnosti ugovora o kreditu zbog toga što banka nije znala niti je morala znati da su isprave krivotvorene.⁶⁴ Valja dodati da je nemoralnu pobudu uvijek teže dokazati, nego nemoralnu svrhu ugovora kao objektivnu činjenicu, jer je pobuda unutarnji i prikriveni subjektivni čimbenik koja nije vanjski vidljiva, pa će je sud moći utvrditi jedino ako je na neki način vanjski manifestirana.

Sklopanje ugovora nemoralnog u sadržaju, uvijek će obuhvaćati i nemoralnu pobudu strane koja ulazi u takav obvezni odnos. Međutim, ne i obratno, ugovor po svom sadržaju može biti u skladu s moralom, ali može biti sklopljen iz nemoralne pobude.

6. PRIMJENA KLAUZULE „MORAL DRUŠTVA“

6.1. Određenje pojma „moral društva“

Zakon o obveznim odnosima izričito ne propisuje određenje pojma „moral društva“ kao što to ne rade niti ostala zakonodavstva. Kako je iz prednjeg teksta vidljivo, još od doba Rima pravnici su pokušavali dati odgovor na pitanje što znače *boni mores*, pa tako i u današnjoj pravnoj literaturi nalazimo pokušaje definiranja ovog pojma. Naprimjer, Zimmermann smatra da bit *boni mores* od antičkih vremena predstavlja: „osjećaj dužnosti i prirodne naklonosti prema bogovima, roditeljima ili bližoj rodbini, poštovanje koje uživa osoba u društvu i urođeni osjećaj srama.“⁶⁵ Kako bi ostvarili cilj ovog rada, a to je da minimaliziramo apstraktnost pojma moral društva, nećemo se osvrnuti na filozofska razmišljanja o značenju morala, već će postaviti konkretni kriteriji za primjenu ovog načela, te kriteriji razlikovanja između ovog pojma i drugih vezanih pojmova.

Prvo, valja navesti da iako pravo kod koncepta *boni mores* štiti moral, ipak ne uživa svako moralno pravilo pravnu zaštitu.⁶⁶ Primjerice moralne obveze su

⁶⁴ VSRH, Rev 1239/08-2 od 25.VIII. 2010.

⁶⁵ Zimmermann, R., op. cit., str. 711.

⁶⁶ Granicu dokle je najbolje da sam moral kontrolira ponašanje, kada moral i pravo zajedno, a kada je poželjno da ponašanje regulira samo pravo istražio je Shavell, S., u svom članku *Law versus Morality as Regulators of Conduct*, *American Law and Economics Review*, 4, str. 227-257.

i poštivanje, držanje obećanja, ne laganje i sl., ali povreda tih moralnih dužnosti neće uvijek dovesti do ništetnosti ugovora, pa se postavlja pitanje gdje je granica nakon koje moral kao nepravna kategorija dobiva pravni učinak stvaranja ništetnosti ugovora. Kao kriterij Zimmermann navodi: „Ako je ugovor u protivnosti s osjećajem uljudnosti svih pravednih i poštenih ljudi, ako ima očiti pečat ekscentričnosti da skandalizira razumnog čovjeka, tako da se nikako ne može održati.“

Iz naprijed navedenog, možemo zaključiti da se mora raditi o težoj povredi moralne norme, koja kod prosječnog čovjeka određenog društva u vremenu sklapanja ugovora stvara mišljenje o neodrživosti tog ugovora. U praksi će to biti sudac koji će se po kriteriju prosječne osobe voditi svojim moralnim osjećajem. Preširoko postavljena granica za utvrđivanje povrede moralne norme može dovesti do nerazmjernog ograničenja prava na slobodu ugovaranja, pa se poslovi koji se mogu smatrati nemoralnima, ali su beznačajni i u sadašnjem vremenu manje-više uobičajeni u pravnom prometu ne bi se trebali smatrati ništetnima (npr. kupnja parfema ljubavnici čak i da je prodavatelj upoznat s razlogom kupnje i sl.).

Nadalje, neke nemoralne radnje uzrokuju povredu drugih pravila koja su izričito propisana. Primjerice, prema ZOO/05. ugovorna strana svojim nemoralnim postupanjem može povrijediti načelo savjesnosti i poštenja, ravnopravnost ugovornih strana, načelo zabrane zlouporabe prava i prouzročenja štete, načelo jednake vrijednosti činidaba i dr. Za povredu nekih od tih načela zakon propisuje drugačiju sankciju od ništetnosti ugovora. Tako kod prouzročenja štete to će biti pravo na naknadu štete, kod načela jednake vrijednosti činidaba to je pobožnost ugovora i dr. Za nemoralne radnje prijevare i prijetnje također je propisana sankcija pobožnosti ugovora, za kupoprodaju tuđe stvari, koja može biti sklopljena iz nemoralne pobude izričito je propisano da takav ugovor obvezuje (čl. 382.) i sl. Valja imati na umu da članak 322. ZOO/05. sadrži bitno ograničenje primjene klauzule morala društva, a to je da cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo. Stoga, ako je zakonom za povredu kojeg pravila propisana druga sankcija ili nešto drugo ne može se primijeniti klauzula morala društva te se utvrditi ništetnost ugovora.⁶⁷

6.2. Moral društva i javni poredak

Daljnja pitanja koja se postavljaju su je li se povreda morala društva prosuđuje prema kriteriju zaštite interesa pojedinca, njegovog obiteljskog, privatnog i ekonomskog interesa i/ili javnog interesa te kakav je odnos pojmova „moral društva“ i „javni poredak“ u hrvatskom pravu.

Kako je naprijed izloženo u rimskom pravu kriterij po kojem se utvrđivala povreda *boni mores* bio je prvenstveno javni interes (*utilitas publica*) čiji je sadržaj utvrđivala vlast, a zatim privatni interes. U 16. i 17. stoljeću povreda morala

⁶⁷ Za primjer iz prakse vidi: VSRH, Rev 611/04-2 od 30. studenog 2005.

prvenstveno se ocjenjivala s aspekta postizanja pravednosti u odnosu ugovornih stranaka. Francuski *Code Civil*, od *bónnes moeurs* jasno je odvojio *l'ordre public*, pod obrazloženjem da se zaštitom dobrih običaja štite individualni interesi, dok se zaštitom javnog reda štiti društveni interes. Ova podjela nije prihvaćena u konačnom tekstu BGB-a, smatrajući da će se poslove oprečne javnom redu moći redovno smatrati i poslovima koji su upravljani protiv moralnog poretka, pa *gutte Sitten*, obuhvaća i javni interes. Za doktrinu „*public policy*“ u općem engleskom pravu može se reći da ima isto značenje što i *l'ordre public* u francuskom pravu.⁶⁸ Valja dodati da je u socijalističkoj Jugoslaviji moral društva bio određen kao moral socijalističkog samoupravnog društva, pa je postupanje protivno načelima socijalizma koje je uspostavila javna vlast značilo njegovu povredu, tako da je kriterij bio prvenstvena zaštita socijalističkog društva i interesa.

Nakon što se Hrvatska poslije socijalizma opredijelila za liberalizam kao slobodan pravni i ekonomski sustav, važnost individualnih prava i sloboda je ojačala. Tako da sada sud ocjenu o tome ograničava li određeni ugovor osobna i ekonomska prava pojedinaca u toj mjeri da je nužna pravna sankcija ništetnosti ugovora, donosi prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, primjenjujući kriterij individualnog interesa, koji ne smije biti u suprotnosti s interesom društva.⁶⁹

Naš ZOO izrijeком ne spominje „javni red“, „javni interes“, „javnu politiku“ ili „javni poredak“. Međutim, u našoj pravnoj teoriji i praksi ništetnost ugovora zbog protivnosti Ustavu RH, prisilnim propisima ili moralu društva tumači se u cijelosti kao odredbom koja sprječava učinak onih ugovora koji su protivni javnom poretку.⁷⁰ Dakle, pojam javnog poretka tumači se kao pojam koji je širi od morala društva te koji ga obuhvaća. To se primjerice vidi i iz odredbe 36. st. 2. toč. b. Zakona o arbitraži (NN 88/01.) koja određuje da se pravorijek može poništiti ako je u suprotnosti s javnim poretком Republike Hrvatske. Sudska praksa tu odredbu tumači na sljedeći način: „Pojam javnog poretka označava temeljna pravna i moralna načela na kojima počiva sustav Republike Hrvatske.“⁷¹

Međutim, ima slučajeva koji mogu potpadati pod nemoralnost, ali nisu predmet javnog poretka, javne politike ili javnog interesa. To će najčešće biti određeni slučajevi obiteljskog i seksualnog života, koji nisu regulirani pozitivnopravnim propisima (npr. ugovor između oženjene osobe i njegove ljubavnice o uzdržavanju,

68 O nastanku pojma *public policy* i njegovom značenju u engleskom općem pravu vidi detaljnije P. Rastovčan, op. cit., poglavlje III.

69 Švicarska u građanskom zakoniku ima i posebnu odredbu sadržanu u čl. 27(2) prema kojoj nitko ne smije raspolagati svojom slobodom ili ograničavati njezino izvršavanje u mjeri koja je protivna s pravom i etikom. U našem pravnom sustavu nadređenost društvenog interesa nad individualnim pravima i slobodama vidljiva je iz čl. 16. Ustava koji glasi: slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje. Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.

70 Vidi primjerice: Gorenc, V., op. cit., str. 474 i presudu VTS RH, Pž-3945/07 od 26. veljače 2008.

71 VTS RH, Pž-6855/02 od 15. srpnja 2003. godine.

nagrađivanju usluga, održavanju odnosa na određeno vrijeme i sl.). Upravo na području obiteljskog i seksualnog života između različitih država postoje znatne razlike u regulaciji i općim gledištima (npr. abortus, prostitucija, umjetna oplodnja, homoseksualnost i sl.), pa kad pojedine situacije nisu regulirane pozitivnopravnim propisima, bilo zbog nedostatka javnog interesa ili pravne praznine, konačna ocjena bit će na sudu, koji će primijeniti mišljenje općeprihvaćeno u društvu.

6.3. Moral društva i poslovni moral

Klauzula „*contra bonos mores*“ u rimskom i srednjovjekovnom pravu značila je isključivo protivnost osobnom moralu, tj. moralu u privatnom životu i javnom djelovanju. Poslovna moralnost u rimskom pravu regulirala se samo između prodavatelja i kupca uvođenjem *bona fides*, dok su u srednjem vijeku poslovnu moralnost obrtnika nadzirali cehovi, čiji su oni bili članovi. Ukidanjem cehova i uvođenjem slobodne trgovine poslovna moralnost je tijekom 19. stoljeća postala osnovna sastavnica instituta nepoštenog tržišnog natjecanja koje je davalo pravo oštećeniku na naknadu štete.⁷²

U našem ugovornom pravu za vrijeme primjene pravila iz Trgovačkog zakona i OGZ-a od dobrih običaja i poslovnih običaja⁷³, razlikovali su se dobri poslovni običaji, tj. poslovni običaji koji su morali biti u skladu s prisilnim propisima i pravilima morala. Kod ocjene što je dobar poslovni običaj bila je mjerodavna ocjena poslovnih krugova (empirijsko načelo), ali ocjenjivala se i prihvatljivost pravnog i etičkog stajališta u trenutku presuđivanja (etičko načelo).⁷⁴

Nakon donošenja ZOO/78. članom 21. bilo je propisano da su sudionici u obveznim odnosima dužni u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima. To su bila pravila poslovnog morala, poslovne etike za koja nije bila propisana sankcija u ZOO-u. Međutim, i dalje se radnja koja je protivna dobrim poslovnim običajima pri obavljanju prometa robe i usluga radi privredne utakmice i kojom se nanosi ili se može nanijeti šteta smatrala djelom nelojalne utakmice i privrednim prijestupom što je bilo regulirano posebnim zakonom. Za povredu dobrih poslovnih običaja su i sudovi časti izricali sankcije.

U odnosu na moral društva, ZOO/78. je prihvaćao etičko načelo, što je bilo vidljivo iz članka 104. koji je propisivao restituciju, a u stavku 3. je određivao da pri odlučivanju o posljedicama ništavosti sud će voditi računa o savjesnosti jedne odnosno obiju strana, o značenju društvenih interesa koji se ugrožavaju te o moralnim shvaćanjima društva.

72 Kraljevina Jugoslavija donijela je poseban Zakon o suzbijanju nelojalne utakmice 4. IV. 1930., koji je stupio na snagu dana 11. V. 1930.

73 Za razliku od dobrih poslovnih običaja u skladu s kojim stranke moraju postupati, poslovni običaji su supsidijarni izvor trgovačkog prava *lex contractus* dispozitivnog karaktera.

74 Goldštajn, A., Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno, 4. izd., Zagreb, 1991., str. 154, 156., Barbić, J., Primjena običaja u hrvatskom ugovornom pravu, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Rad 492, Razred za društvene znanosti 43(2005), str. 54.

U Republici Hrvatskoj je ZOO/91. zadržao odredbu o dobrim poslovnim običajima te odredbu iz čl. 104. st. 3. ZOO-a. Međutim, ZOO/05. nije preuzeo niti odredbu o primjeni dobrih poslovnih običaja, kao pravila poslovnog morala niti odredbu iz čl. 104. st. 3. Smatra se da to nije toliko značajno, jer je i ranije odredba iz članka 21. stavka 1. služila samo kao uputa te nije imala propisanu pravnu posljedicu, a sudionici u prometu svakako će biti dužni postupati u skladu s pravilima morala društva.⁷⁵

Dakle, ZOO/05 je normativno ukinuo razliku između morala društva i dobrih poslovnih običaja, zbog toga što je poslovni moral obuhvaćen moralom društva za što je propisana posljedica ništetnosti ugovora. Poslovni moral kao posebna kategorija još je uvijek propisan posebnim zakonima, primjerice Zakonom o trgovini prema kojem povreda dobrih trgovačkih običaja uzrokuje drugu pravnu posljedicu, a to je naknada štete. U praksi bi moglo doći do preklapanja ovih instituta, pa će sudac morati uzeti u obzir drugi dio odredbe iz čl. 322. ZOO/05., prema kojoj je ugovor ništetan samo ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo.

Nakon donošenja ZOO/05. usklađeni su i pravilnici sudova časti. Tako na primjer, pravilnik Suda časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori umjesto na temelju dobrih poslovnih običaja, sada sudi na temelju načela savjesnosti i poštenja u obveznim odnosima i sukladno moralu društva (čl. 3.), budući da u ZOO-u više ne postoji zaseban pravni temelj za suđenje sukladno dobrim poslovnim običajima. Ipak, u članku 4. Pravilnika dodano je da „Sud odlučuje o povredama morala (dobrih poslovnih običaja) u obavljanju gospodarskih djelatnosti i prometa roba i usluga na području Komore (...).“ Dakle, iako je izmijenjen temelj suđenja prema ZOO-u i dalje će se odlučivati samo o povredama poslovnog morala.

Poslovni moral ima posebnosti s obzirom na kompleksnost i promjenjivost odnosa na tržištu, pa se stajalište poslovnih krugova ne treba uvijek poklapati sa stajalištem društva u cjelini. Međutim, sud bi trebao uvijek imati u vidu da je pod pojmom moral društva obuhvaćen i poslovni moral kao posebna kategorija. Budući da odredba iz članka 104. stavka 3. ZOO/91. koja je kao kriterij za ocjenu što je protivno moralu društva uzimala moralna shvaćanja društva nije ušla u novi tekst zakona, ostavila se mogućnost da se moral društva ocjenjuje prema kriteriju što je moralno u poslovnom prometu (empirijsko načelo).⁷⁶ Ako se s obzirom na izmjene ZOO-a, sudska praksa opredijeli i za primjenu empirijskog načela o tome će ovisiti i dokazivanje, jer sudac nema posebnih znanja o stajalištu poslovnih krugova. Stoga se neće moći osloniti samo na vlastiti moralni osjećaj, već će ovisno o prijedlozima i dokazima stranaka odluku donijeti i na temelju nalaza i mišljenja vještaka kao stručne osobe, ili uz konzultaciju pravne literature, sudske prakse ili prakse suda časti.

75 Zubović, A., *Primjena trgovačkih običaja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 2006., str. 335.

76 Gorenc V., str. 476. navodi da se kod ocjene je li neko ponašanje moralno ili nemoralno misli u poslovnom prometu.

6.4. Moral društva i načelo savjesnosti i poštenja

Još u doba Rima od *boni mores* razlikovalo se načelo *bona fides* ili *bona fide* (načelo dobre vjere, savjesnosti i poštenja). Povreda *bona fide* jednako je kao i povreda *boni mores* uzrokovala nevaljanost ugovora. Što je bilo protivno *boni mores* nije se moglo zahtijevati po *bona fide*: „*Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.*“⁷⁷ Načelo *bona fide*, kao i *boni mores* sadržano je i danas u svim razvijenim pravnim sustavima.⁷⁸ ZOO/05. čl. 4. propisuje da su u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja. Načelo savjesnosti i poštenja, kao i *boni mores* ispunjeno je moralnim sadržajem. Savjesnost se pritom definira kao „osjećaj moralne odgovornosti za svoje postupke“, ona je više subjektivno i unutarnje određena, dok se pod pojmom poštenja razumijeva „moralna ispravnost“, kao objektivni i vanjski element ovog načela koji se manifestira prema suugovaratelju. Ove dvije sastavnice kod primjene ovog načela su nerazdvojne, a u cjelini se tumače kao čestito i lojalno ponašanje, ponašanje s povjerenjem i obzirima prema drugoj osobi i interesima druge strane i sl.⁷⁹ *Bona fide* je kriterij relativne prirode jer se tiče samo konkretnog pravnog odnosa, veze između suugovaratelja, gdje se ispituje moralnost ugovorne strane u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarenju prava i obveza, dok je *boni mores* objektivni i apsolutni kriterij prema kojem sadržaj ugovora i druge okolnosti uključujući i motiv stranaka ne smiju biti protivni utvrđenom standardu vladajućeg društvenog morala.⁸⁰ Načelo savjesnosti i poštenja dakle uređuje izravne, konkretne odnose između stranaka kao što su dužnost obavješćavanja i polaganja računa, tumačenja ugovora tako da se uvažavaju interesi obiju stranaka, spremnost na potpuno i valjano ostvarivanje i ispunjenje ugovora i sl., dok se moral društva bavi više apstraktnim pitanjima zaštite morala u poslovnim, privatnim i obiteljskim odnosima.

Načelo *bona fide* može se preklapati s *boni mores*. Međutim, smatra se da samo grube povrede savjesnosti i poštenja predstavljaju istovremeno i povredu dobrih običaja.⁸¹ U praksi nalazimo slučajeve u kojima se utvrđuje povreda i jednog i drugog načela. Na primjer, suprotno je moralu i načelu savjesnosti i poštenja u prometu ako davatelj uzdržavanja sklopi ugovor o doživotnom uzdržavanju s primateljem uzdržavanja znajući da je primatelj uzdržavanja iznimno teškog zdravstvenog stanja u kojemu je smrt izvjesna činjenica koja će redovitim tijekom stvari nastupiti za relativno kratko vrijeme.⁸²

77 Zimmermann, R., op. cit., str. 710.

78 Vidi: čl. 1134. i 1135. Code Civila, par. 914. ABGB-a, par. 157. i 242. BGB-a, čl. 2. st. 1. švicarskog građanskog zakonika, čl. 1134.-1135., 1337., 1366., 1375. Codice Civile i dr.

79 Galev, G., Načelo savjesnosti i poštenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Suppl., br. 3. (2003), str. 224-225.

80 Ibid., str. 227.

81 Loc.cit.

82 VSRH, Rev-1121/93-2 od 29. lipnja 1994.

Valja dodati, da je ZOO/05. izmijenio raniju odredbu iz članka 143. ZOO/91. prema kojoj je, između ostalog, ništetnost općih uvjeta uzrokovala protivnost dobrim poslovnim običajima tako da sada sukladno odredbi iz čl. 296. st. 1. ništetnost općih uvjeta ugovora umjesto povrede poslovnog morala uzrokuje povreda načela savjesnosti i poštenja. Posljedica je to usklađivanja s Direktivom Vijeća Europske Zajednice br. 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. godine. Naime, u ugovornom pravu Europske unije načelo savjesnosti i poštenja ima istaknutu ulogu i u europskim načelima ugovornog prava propisano je kao ograničenje općem načelu slobode ugovaranja.

7. IZMJENA KLAUZULE CONTRA BONOS MORES U NOVIM IZVORIMA LEX MERCATORIA

Još u doba rimske republike od *ius civile*, tradicionalnog prava koje se prema načelu personaliteta primjenjivalo samo na rimske građane, razlikovao se *ius gentium* pravo naroda, koje je reguliralo trgovačke odnose sa strancima, pa i među samim rimskim građanima.⁸³

Pojedini autori *ius gentium* vide kao prethodnika *lex mercatoria*⁸⁴, a mnogi znanstvenici povijesni korijene nalaze u *law merchant* srednjeg vijeka.⁸⁵ U 19. stoljeću došlo je do stvaranja nacionalnih država, pa su europsko staleško pravo trgovaca zamijenile velike nacionalne kodifikacije trgovačkog prava. Prekogranični sporovi u trgovačkim stvarima rješavani su primjenom međunarodnog privatnog prava i međunarodnim ugovorima.

Proces globalizacije i povezivanja tržišta nakon Drugog svjetskog rata zahtijevao je jednostavnost i sigurnost u poslovnim odnosima, pa iako su sklopljene

83 *Ius gentium*, je bilo slobodnije i više prilagođeno potrebama trgovine te je prevladavao više sadržaj i svrha, a ne forma, za razliku od *ius civile* koje je bilo strogo formalističko pravo. Kod *ius gentium* posebno je bilo naglašeno načelo savjesnosti i poštenja (*bona fide*). Ono se smatralo dijelom prava svih civiliziranih naroda, koje se temelji na *naturalis ratio*, naravnom razumu što ga svi ljudi dijele temeljem svoje ljudske naravi te je blisko naravnom pravu (*ius naturale*).

84 F. M. Maniruzzaman, A., The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?, American University International Law Review, Volume 14, Issue 3, Article 2, 1999., Goldman, B., *Lex Mercatoria*, Forum Internationale, vol. 3, studeni 1983., str. 3.: “*Lex mercatoria is a venerable old lady who has twice disappeared from the face of the earth and twice been resuscitated.*”

85 U srednjem vijeku procvatom međunarodne ekonomske trgovine u zapadnoj Europi razvilo se običajno trgovačko pravo koje se primjenjivalo u međudržavnim sporovima pred trgovačkim sudovima različitih europskih trgovinskih središta. Običaji sajmovi i morskih luka su u velikom dijelu činili pravo trgovaca (*lex mercatoria*, *ius mercatorum*), čijem su razvoju pridonosili poslovna praksa trgovaca, posebna trgovačka sudbenost i djelatnost javnih bilježnika. Jedinstveno pravo trgovaca uređivalo je trgovinu na cijelom europskom prostoru, Goldstajn, A., Trgovačko ugovorno pravo, op.cit., str. 143, Barbić, J., Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu, op. cit., str 49.

mnoge konvencije, došlo je do pojave stvaranja nove *lex mercatoria*.⁸⁶ Za potrebe ovog rada valja spomenuti Europska načela ugovornog prava, dijelovi I., II. i III. (*European Principles of Contract Law, Parts I, II and III*, dalje: PECL), Nacrt zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo (*Draft Common Frame of Reference*, dalje: DCFR) i UNIDROIT načela međunarodnih trgovačkih ugovora (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, dalje: UNIDROIT načela).

Europska unija je u uređivanju građanskog prava imala i još uvijek ima sektoralni pristup, pa su pojedina područja regulirana direktivama. U trgovini između država članica primjenjivali su se međunarodni instrumenti kao što je Rimski konvencija o mjerodavnom pravu za ugovore (eng. *Rome Convention on the law applicable to contractual obligations*, 1980.), Uredba Vijeća (EZ) o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (eng. *Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, 2000.), Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji roba (eng. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1980.) i dr. Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe ne spominje klauzulu *contra bonos mores*, dok iz Ugovora o funkcioniranju Europske unije (eng. *Treaty on the Functioning of the European Union*) valja spomenuti članak 36. koji kao izuzetke od zabrane količinskih ograničenja prometom robe između država članica, osim ostalih, propisuje i javni moral i javnu politiku ili javnu sigurnost.⁸⁷

Kako postojanje različitih sustava ugovornog prava negativno utječe na sklapanje, tumačenje i primjenu međudržavnih ugovora, te se povećavaju troškovi transakcija, radi funkcioniranja unutarnjeg tržišta javila se potreba unifikacije ugovornog prava Europske unije.⁸⁸

Europska načela ugovornog prava, dijelovi I., II. i III. izradilo je neovisno tijelo znanstvenika i pravnih stručnjaka iz svake države članice Europske unije pod projektom podržanim od Europske komisije i mnogih drugih organizacija. Europska načela ugovornog prava su „soft law“, neobvezujuća pravila, a krajnji je cilj izrada

86 Goldstajn, A., *The New Law Merchant*, 1961, J. Bus. L. 12, str. 12: „The Law merchant is a body of customary law consisting of the business practices and customs of international businessmen.“ *Lex mercatoria* nema obvezujuću snagu, nisu uglavljene u međunarodnu konvenciju niti su ih donijeli ili potvrdili nacionalni parlamenti. Međutim, mogućnost primjene *lex mercatoria* propisuju brojni nacionalni zakoni o parničnom postupku, zakoni o arbitražnim sudovima, model zakoni UNCITRAL-a (United Nations Commission on International Trade Law).

87 Javna politika ili javni interes spominje se još u čl. 45. toč. 3. kao ograničenje slobode kretanja roba, čl. 52. kao ograničenje kod osnivanja pravnih osoba, čl. 65. kao opravdani razlog za poduzimanje mjera kod oporezivanja i nadzora financijskih institucija, čl. 202. kod udruživanja s određenim neevropskim državama i teritorijima.

88 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, a more coherent European Contract Law, an Action Plan, Brussels, 12.2.2003. COM(2003)68 final, LANDO, O., *Contract law in the EU; The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*, 2003., dostupno na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/.

Europskog građanskog zakonika⁸⁹. Komisija je sve sustave država članica uzela u obzir, ali niti jedan nije bio podloga za njihovu izradu.⁹⁰ Utjecaj na izradu posebice su imali „*American Restatement on the Law of Contracts* i postojeće konvencije, npr. Bečka konvencija. PECL je poslužio kao model za izradu UNIDROIT načela, a i temelj je za stvaranje svjetskog ugovornog prava.⁹¹

Sloboda ugovaranja je temeljno načelo PECL-a propisano čl. 1.102, ali je ograničeno načelom savjesnosti i poštenja (*good faith and fair dealing*) i kogentnim pravilima uspostavljenima načelima. Prema čl. 1.103. st. 2. PECL-a nacionalne kogentne norme, pa tako i norme o protupravnosti i nemoralnosti, primjenjuju se neovisno o pravu kojeg su ugovorne stranke izabrale kada su ta pravila primjenjiva prema međunarodnom privatnom pravu. Sličnu odredbu sadrži i čl. 7. Rimska konvencija iz 1980. godine.

Poput Bečke konvencije, ni PECL niti UNIDROIT načela prvotno nisu sadržavali odredbe o protupravnim i nemoralnim ugovorima. Članak 4.101 PECL u poglavlju 4. o valjanosti je propisivao da se to poglavlje ne odnosi na nevaljanost proizašle iz protupravnosti, nemoralnosti ili nedostatka sposobnosti. Naime, odredbe o nevaljanosti ugovora zbog protupravnosti i nemoralnosti odredbe su kogentne naravi, pa nisu u dispoziciji ugovornih stranaka, a nacionalna prava imaju različite koncepte i sadržaj tih pojmova, posebice postoje razlike između država kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sustava.

Rasprava o uvođenju poglavlja protupravnosti ugovora (*illegality*) u Europska načela ugovornog prava započela je 1997. godine kada je treća komisija (*The Commission on European Contract Law*) počela izradu dodatnih pravila PECL-a. Taj treći dio donesen je u ožujku 2003. godine.

Polemike su se vodile o tome u kojoj mjeri ugovori mogu biti ništetni na temelju protupravnosti i nemoralnosti u „*soft law*“ propisu kao što je PECL, te se smatralo da se time ide iznad i možda se zaobilaze pozitivnopravne odredbe u nacionalnim i međunarodnim pravnim sustavima. Ta rasprava je rezultirala kompromisom između skupine koja je vidjela načela kao osnovu za budući Europski građanski zakonik, skupine koja je smatrala taj sustav prvenstveno provedivim u međudržavnim transakcijama i potrebnim da riješi posebne probleme proizašle iz tog konteksta i konačno onih koji smatraju da je ta skupina izvan svoje nadležnosti išla preko nacionalnih i međunarodnih pravila.⁹²

89 U veljači 1997. godine organizirana je Study Group of a European Civil Code pod vodstvom profesora Christiana von Bara, koja je s radom započela 1999. godine te je razmatrala da temeljna načela ugovornog prava iz PECL-a se integriraju u eventualno budući Europski građanski zakonik.

90 Introduction to the Principles of European Contract Law, The Commission on European Contract Law, dostupno na: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/survey_pecl.htm

91 Lando, O., A Vision of a future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles, 37 Uniform Commercial Code Law Journal, issue 2 (Fall 2004), 3-46, dostupno i na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/bibliolando3.html>.

92 MacQueen, H. L., Illegality and Immorality in contracts: Towards European Principles: Principles of European Contract Law (PECL), 26. siječnja 2010., dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1542528>. str. 4. i 5.

Landova komisija imala je problema s pojmom *boni mores*, jer je trebalo izraziti europsko kao različito od nacionalne ili lokalne ideje moralnosti, javne politike i *ordre public*. S druge strane, ograničiti se samo na legalnost ili sukladnost s posebnim pravilima bilo je preusko, ako će PECL biti temelj budućeg Europskog građanskog zakonika o ugovorima.⁹³

Stoga članak 15:101 iz poglavlja protupravnosti ne koristi pojmove protupravnosti i nemoralnosti, već određuje da ugovor nema učinka u dijelu u kojem je protivan temeljnim načelima prava država članica Europske unije (*principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union*). Smatra se da pojam „temeljna načela prava“ odgovara pojmovima nemoralnosti, *public policy* ili *ordre public*.⁹⁴ Naime, pojedini današnji teoretičari navode da javno mišljenje o moralnosti ovisi o prihvaćenim načelima, te se koncept moralnosti i u praksi pokušava svesti na načela kako bi se smanjio iracionalni element sadržan u generalnoj klauzuli.⁹⁵ Pojam „temeljna načela prava“ predstavlja široki koncept koji obuhvaća temeljna načela prava nađena diljem Europske unije, uključujući i pravo Europske unije. Sadržaj tog pojma može se dobiti iz europskih dokumenata kao što su osnivački ugovori, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Povelja temeljnih prava Europske unije i dr. Valja istaknuti da neće svako načelo koje potpada pod nacionalni pojam morala ili javne politike uzrokovati nevaljanost ugovora, već samo ona koja su općeprihvaćena, odnosno ona koja predstavljaju zajedničke vrijednosti na kojima se temelji Europska unija.

Pojam temeljna načela prava država članica Europske unije preuzet je u DCFR koji je Komisiji predstavljen krajem 2007. godine, a rezultat su višegodišnjeg rada dvije istraživačke skupine: *Study Group on a European Civil Code* i *Research Group on the Existing EC Private Law* (tzv. „*acquis-group*“).⁹⁶ U članku 7:301 pod naslovom Ugovori protivni temeljnim načelima propisuje se da je ugovor ništetan u dijelu u kojem: a) povrjeđuje temeljno načelo prava država članica Europske unije i b) ništetnost je potrebna za učinak tog načela. Dakle, DCFR propisuje kumulativni uvjet da je ništetnost potrebna za učinak tog načela, pa povreda svakog općeprihvaćenog načela neće prouzrokovati sankciju ništetnosti ugovora, već samo kada je ništetnost potrebna. Praksa će dati odgovor na to kada će ništetnost biti potrebna.

UNIDROIT načela po uzoru na PECL i DCFR uvela su također poglavlje o protupravnosti koje određuje da je ugovor protupravan, ako je u uvjetima, provedbi

93 Ibid., str. 6.

94 Ibid., str. 5.

95 Zweigert, K. i dr., op. cit., str. 381, 382.

96 *Acquis* grupa osnovana je 2002. godine, a koordinator rada je prof. Hans Schulte-Nölke. DCFR nastoji stvoriti koherentan i sveobuhvatan sustav obveznog prava i jedinstvenu terminologiju, pravila PECL-a su tek naknadno proširena na neke oblasti izvan općeg ugovornog prava, bez unaprijed osmišljenog koncepta, i stoga postoje određene nedosljednosti, posebice u uporabi terminologije, a posebna slabost je nedostatak koordiniranosti između I. i II. dijela s jedne i III. dijela PECL-a s druge strane.

ili ostalom, protivan načelima široko prihvaćenima kao temeljnim u pravnim sustavima diljem svijeta.⁹⁷

Koncept „temeljnih načela prava“ kao razlog nevaljanosti europskih i međunarodnih trgovačkih ugovora, rezultat je znanstvenika koji su se odmakli od dosadašnjeg rimskog koncepta „*boni mores*“, kako bi pronašli zajednički nazivnik za europske i svjetske vrijednosti. To su načela u kojima je sadržan moral, ali su u pravu jasno definirana te su određeni kriteriji i doseg njihove primjene. Načela kao pravne norme, zajedno s prisilnim propisima spadaju pod zajednički pojam protupravnosti., dok nemoralnost, zbog nemogućnosti definiranja na europskoj i globalnoj razini nije razlog nevaljanosti ugovora u *lex mercatoriai*. Međutim, iako će se primjenjivati općeprihvaćena načela, to je ograničeno nacionalnim kognitivnim normama u koje spada i nemoralnost, koje se primjenjuju neovisno o pravu kojeg su ugovorne stranke izabrale kada su ta pravila primjenjiva prema međunarodnom privatnom pravu.

Prednosti pojma temeljna načela prava naspram nemoralnosti su, prvo, postizanje veće pravne sigurnosti jer se ne treba utvrđivati značenje morala kao apstraktnog, nepravnog pojma, koji ovisi o različitim okolnostima sredine u kojoj se živi, te drugo, izostanak dokazivanja što se smatra nemoralnim u određenom društvu u određenom vremenu, budući da za pravna načela vrijedi *iura novit curia*. Međutim, i ako dođe do stvaranja budućeg europskog i svjetskog ugovornog prava temeljenog na navedenim dokumentima *lex mercatoriae*, smatramo da klauzula nemoralnosti u nacionalnim ugovornim pravima neće izgubiti smisao i značenje, jer upravo apstraktnost i vremenska neodređenost ovog pojma osigurava sankciju ništetnosti svakom ugovoru koji je moralno nedopustiv u određenom društvu, određenoj državi ako ne postoji javni interes za reguliranje tog slučaja ili postoji pravna praznina zbog brzine mijenjanja životnih prilika.

8. ZAKLJUČAK

Klauzula *contra bonos mores* od svog nastanka u rimskom pravu, pa do regulacije u ugovornom pravu nacionalnih država u tehničkom smislu nije doživjela znatne izmjene. Iako se u nacionalnim sustavima za klauzulu *contra bonos mores* koriste se različiti koncepti i izrazi kao što su dobri običaji (*buenas costumbres*, *bonos mores*, *bonnes moeurs*, *gute Sitten*), javni red (*l'ordre public*), javni interes (*public policy*), moral društva i sl. učinci u praksi su slični. Zbog zakonskog propisivanja brojnih pitanja koja su se ranije podvodila pod ovu klauzulu, znatno je smanjen doseg njezine današnje primjene u praksi. Ipak, ona ostaje kao sredstvo popunjavanja pravnih praznina kada neko pitanje zbog brzine izmjena životnih

97 Draft Chapter on Illegality, Unidroit, Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts (3ed), 4th session, svibanj 2009., dostupno i na: <http://www.unidroit.org/english/documents/2009/study50/s-50-111rev-e.pdf>, The Unidroit principles of International Commercial Contracts, 2010.

prilika još nije riješeno pravnim propisima, iako je predmet javnog interesa ili ako neka situacija nije predmet javnog interesa, ali je s općedruštvenog gledišta moralno neprihvatljiva.

U hrvatskom zakonodavstvu nema definicije pojma „moral društva“. On je nužno vezan uz široke filozofske i etičke rasprave o značenju morala i odnosu morala i prava iz kojih su mnogi pravници pokušali dati definiciju pojma *boni mores*. Zadatak ovog rada nije bio upuštati se u stoljetna filozofska razmišljanja o moralu, već koristeći povijesna i komparativna iskustva zajedno s domaćom pravnom praksom utvrditi doseg klauzule moral društva u našem ugovornom pravu, budući da naša pravna teorija do sada nije postavila čvrste i jasne kriterije za njegovu primjenu.

Kao glavni kriterij utvrđivanja povrede morala uzeli smo stajalište prosječne osobe koja živi u vremenu i društvu u kojem je ugovor sklopljen, o neodrživosti tog ugovora. U praksi to će biti sudac koji će se voditi svojim moralnim osjećajem kao odrazom općedruštvenog mišljenja kako bi zaštitio prvenstveno individualne interese radi postizanja pravednosti, koji ipak ne smiju biti protivni društvenom interesu. Negativnim određenjem možemo reći da pod klauzulu morala društva koja uzrokuje ništetnost ugovora ne spadaju povrede moralnosti koje su beznačajne i uobičajene te koje su propisane drugim načelima i odredbama koji upućuju na neku drugu pravnu posljedicu ili što drugo.

Nadalje, istražili smo kriterije razlikovanja između pojma moral društva i drugih vezanih pojmova. Prvo, zaključili smo da je pojam moral društva uži od pojma javnog poretka koji obuhvaća i pravna pravila. Međutim, ukazali smo na to da svi slučajevi nemoralnosti ne moraju ujedno biti i predmet javnog interesa. Drugo, ZOO/05. je pod moral društva podveo poslovni moral, čime je izmijenio dotadašnje uređenje gdje su dobri poslovni običaji bili zasebno propisani kao zabranjeni. Ipak, unutar pojma moral društva potrebno je i dalje posebno ocijenjivati poslovni moral, jer radi specifičnosti i brzine promjena kod poslovnih odnosa, poslovni moral i moral društva ne moraju se poklapati, pa je moral u poslovnim odnosima primjerenije dokazivati empirijskom metodom, nego etičkom metodom koja se primjenjuje na ocijenjivanje povrede morala društva kao osobnog morala. Konačno, ukazali smo i na razliku u odnosu na načelo savjesnosti i poštenja, kojim je ZOO/05. kod ništetnosti općih uvjeta ugovora zamijenio poslovni moral te smo zaključili da iako se radi o načelima moralnog sadržaja koja se mogu poklapati, glavna razlika je što se načelo savjesnosti i poštenja tiče konkretnog odnosa stranaka i njihovih prava i dužnosti, dok se pod moralom društva ispituje općenito povreda morala u poslovnim, privatnim i obiteljskim odnosima.

Budući da se moral društva procjenjuje prema općem stajalištu društva u kojem je ugovor sklopljen, možemo reći da ta klauzula ima nacionalni karakter. To se posebice dokazalo kod nemogućnosti definiranja ovog pojma u međunarodnim dokumentima te u novoj *lex mercatorii*. Naime, u prošlom desetljeću pojavila se tendencija reguliranja nedopuštenih ugovora u PECL i UNIDROIT načelima. Problem je nastao kako definirati vladajući moral na europskoj ili globalnoj razini,

kad su sociološke, ekonomske, etičke, vjerske, tradicionalne i druge razlike između europskih i svjetskih društava znatne. Do rješenja se došlo usvajanjem pojma „temeljna načela prava“, kao dovoljno širokim konceptom za podvođenje svih budućih slučajeva i ispunjavanje funkcije popunjavanja pravnih praznina. Također, pridonijelo se i pravnoj sigurnosti, jer je nepravni pojam, nacionalnog sadržaja zamijenjen pravnim načelima koja se jednako tumače u svim državama i za koje vrijedi načelo *iura novit curia*.

Summary

IMMORALITY (CONTRA BONOS MORES) AS THE REASON FOR INVALIDITY OF CONTRACTS

This paper will use historical and comparative method to explore the meaning and purpose of the clause „*contra bonos mores*“. It will present different theoretical and legal structures of this concept and give specific examples. The results of this research together with analysis of the domestic legal practice will help to achieve an aim of this paper and find the meaning of concept „moral of society“ in Croatian contract law by formulating criteria for its use and distinction from other related concepts and so to reduce legal uncertainty. Also, the results of this paper will contribute to better understanding of the problem of impossibility to define concept „*contra bonos mores*“ on European and global level, which has resulted in adopting the new concept of „fundamental principles of law“ in European Lex Mercatoria, by which, the principle of freedom of contract is not anymore limited by abstract concept of morality, but by the fundamental principles on which applied *iura novit curia*.

Key words: *principle of freedom of contract, contra bonos mores, moral of society, invalidity of contracts, fundamental principles of European Union member states.*

Zusammenfassung

MORALWIDRIGKEIT (CONTRA BONOS MORES) ALS GRUND FÜR VERTRAGSUNGÜLTIGKEIT

In dieser Arbeit wird man mithilfe der historischen und komparativen Methode die Bedeutung und den Zweck der Klausel *contra bonos mores* in der bisherigen rechtlichen Entwicklung erforschen, so dass man verschiedene theoretische und gesetzgebende Strukturen dieses Konzeptes einschließlich der konkreten Beispiele darstellen wird. Die Forschungsergebnisse und die inländische Rechtspraxis werden uns bei der Erreichung des Arbeitsziels helfen, welches daraus besteht, dass man wegen Reduzierung rechtlicher Unsicherheit die Bedeutung des Begriffs „Gesellschaftsmoral“, sowie die Kriterien für die Unterscheidung zwischen diesem Begriff und den anderen damit verbundenen Begriffen feststellt. Dabei wird man entsprechende Gruppen von Fällen nennen. Die Ergebnisse dieser Arbeit werden auch der richtigen Interpretation des Problems von Unmöglichkeit der Definierung der Phrase *contra bonos mores* auf der europäischen und globalen Ebene beitragen. Das brachte dazu bei, dass man den Begriff „Rechtsgrundsätze“ in Quellen *lex*

mercatoria aufgenommen hat, was, wie man sehen wird, dazu führt, dass der Grundsatz von Vertragsfreiheit nicht durch das abstrakte Konzept der Amoralität beschränkt ist, sondern durch Rechtsgrundsätze, für welche *iura novit curia* gilt.

Schlüsselwörter: Grundsatz der Vertragsfreiheit, *contra bonos mores*, Gesellschaftsmoral, Vertragsungültigkeit, Rechtsgrundsätze von EU Mitgliedsstaaten.

Riassunto

LA CONTRARIETA' AL BUON COSTUME (CONTRA BONOS MORES) QUALE CAUSA DI INVALIDITA' DEL CONTRATTO

Nel presente contributo s'indagherà in chiave storica e comparatistica circa il significato e lo scopo della clausola *contra bonos mores* nell'evoluzione giuridica avvenuta sino ad oggi. L'indagine verrà condotta utilizzando modalità atte a esporre varie strutture teoriche e legislative di tale concetto, riportando anche esempi concreti. I risultati dell'indagine unitamente all'analisi della giurisprudenza interna ci saranno d'ausilio al fine di raggiungere lo scopo di questo contributo e cioè di determinare la nozione di "buon costume" - per ridurre i margini dell'incertezza del diritto - nel nostro diritto contrattuale, ponendo dei criteri per la sua applicazione e dei criteri di distinzione tra questo concetto e gli altri concetti ad esso connessi, offrendo determinati gruppi di casi. Ancora, i risultati di questo lavoro porteranno ad una corretta esegesi del problema dell'impossibilità di definizione della nozione *contra bonos mores* a livello europeo e globale, il che ha comportato l'adozione della nozione „principi giuridici fondamentali“ nella *lex mercatoria*. Un tanto, come vedremo, conduce alla circostanza che il principio dell'autonomia contrattuale non è limitato dal concetto astratto di amoralità, bensì dai principi giuridici fondamentali per i quali vige la regola *iura novit curia*.

Parole chiave: principio di autonomia contrattuale, *contra bonos mores*, buon costume, invalidità del contratto, principi giuridici fondamentali degli Stati membri dell'Unione europea.

MAMLJENJE DJETETA ZA ZADOVOLJENJE SPOLNIH POTREBA UPORABOM INFORMACIJSKO-KOMUNIKACIJSKE TEHNOLOGIJE

Dr. sc. Dražen Škrtić, predavač
Veleučilište u Karlovcu
Policajska uprava Karlovačka

UDK: 004.738.5:343.542.2-053.2
Ur.: 12. rujna 2012.
Pr.: 15. travnja 2013.
Stručni rad

Sažetak

Kazneno djelo spolnog zlostavljanja djece - "grooming" početkom prošlog desetljeća propisano je u Zakonu o spolnim kaznenim djelima iz 2003. (Velika Britanija), a Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja iz 2007. i Direktiva Europskog parlamenta i Savjeta o borbi protiv spolne zlouporabe i spolnog iskorištavanja djece i dječjoj pornografiji iz 2011. propisuju obvezu državama članicama da u nacionalnom zakonodavstvu inkriminiraju namjerni čin odrasle osobe koja uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije ugovara sastanak s djetetom s namjerom sudjelovanja u spolnim aktivnostima s djetetom ili proizvodnje dječje pornografije pod uvjetom da odrasla osoba poduzme konkretne mjere radi realizacije susreta. Odredbe Konvencije VE-a djelomično su implemetirane u članku 161. - mamljenje djece za zadovoljavanje spolnih potreba u Kaznenom zakonu iz 2011. godine. U radu se analiziraju odredbe Konvencije VE-a i Direktive EU-a, poredbenog prava, opseg implementacije odredbi Konvencije VE-a i obaveze promjene Kaznenog zakona radi pune implementacije odredbi Konvencije VE-a, razlike između odredbi Konvencije VE-a i Direktive EU-a, buduće obveze implementacije odredbi Direktive EU-a i u tom kontekstu izmjena Zakona o kaznenom postupku.

Ključne riječi: mamljenje, grooming, informacijsko komunikacijska tehnologija, spolno zlostavljanje djeteta, dječja pornografija.

1. UVOD

Konvencija o kibernetičkom kriminalu¹ propisuje učinkovite mehanizme za borbu protiv spolnog iskorištavanja djece u kibernetičkom prostoru. Odredbe

¹ Konvencija o kibernetičkom kriminalu, NN-MU 9/02 i 4/2004.

Konvencije o kibernetičkom kriminalu, ograničene na uporabu računalnih sustava, u dovoljnoj mjeri ne pokrivaju sve oblike spolne zloporabe djece uporabom informacijskih i komunikacijskih tehnologija, koja je sve dostupnija djeci i koju djeca sve više koriste.

Prema provedenom istraživanju 2005./2006. godine 68% djece u dobi od 6 do 17 godine u 27 država EU-a je koristilo Internet. Prema istraživanju provedenom 2008. godine više od 75% djece u dobi od 6 do 17 godine u 27 država EU koristilo je internet,² tijekom mjeseca srpnja 2004. godine, u RH 73% od ukupnog broja osoba u dobi od 10 do 16 godina starosti obuhvaćenih istraživanjem, koristi Internet. Prosječna dob u kojoj djeca počinju koristiti internet je 10,6 godina.³

Vrbovanje, odnosno mamljenje djece u spolne svrhe uporabom interneta velika je prijetnja zbog neograničene mogućnosti komunikacije, prikrivanja stvarnog identiteta, spola, starosti, stvarnog izgleda, stvarnih namjera uspostavljanja i održavanja komunikacije, u koju bi djecu bilo znatno teže uvući tijekom neposrednog osobnog kontakta u kojem nije moguće prikrivati starost i stvarni izgled. Dostupnost i masovnost uporabe informacijske i komunikacijske tehnologije, pored ostalog, rezultiralo je i sve većim brojem spolnog zlostavljanja djece uporabom interneta i mobilne telefonije i potrebom proširenja kaznenopravne zaštite i na uporabu informacijske i komunikacijske tehnologije za pripreme radnje za počinjenje težih kaznenih djela spolnog iskorištavanja i zloporabe djece.

Početkom prošlog desetljeća u Engleskoj, Velsu i Sjevernoj Irskoj, a sredinom desetljeća i u Škotskoj i Norveškoj spolni *grooming* kroz internetom i mobilnom telefonijom, kao oblik spolnog zlostavljanja djece, propisan je kao posebno kazneno djelo.⁴ Praksu navedenih država slijedilo je Vijeće Europe. Odredbe o kaznenom djelu spolnog *groominga* iz Zakona o spolnim kaznenim djelima iz 2003. godine bile su predložak za definiranja odredbe o vrbovanja djece u seksualne svrhe u Konvenciji Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja.⁵

S obzirom na prekograničnu prirodu *groominga* počinjenog uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije, radi harmonizacije kaznenih zakonodavstava na europskoj razini Konvencija VE-a i Direktiva Europskog parlamenta i Savjeta

- 2 Više od 50% djece koristilo je vlastiti mobitel bez mogućnosti izravnog pristupa internetu, 11% s mogućnosti pristupa internetu, a za 4% djece nije utvrđeno ima li mobitel mogućnosti pristupa Internetu. The Gallup Organisation: Towards a safer use of the internet for children in the EU – a parents' perspective. December 2008., http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/docs/eurobarometer/analyticalreport_2008.pdf 26.07.2012.
- 3 Buljan Flander, G., Cosic, I., Profaca, B.: Exposure of children to sexual content on the Internet in Croatia, *Child Abuse & Neglect*, 33 (2009), str. 850. Od ukupnog broja djece obuhvaćenih istraživanjem (N=3.966) 2.880 djece se izjasnilo kao korisnici interneta.
- 4 The Sexual Offences Act (2003) in England and Wales, and Northern Ireland and the Protection of Children and Prevention of Sexual Offences Act (2005) in Scotland, Norway (2007), Webster, S., i dr.: European Online Grooming Project, Final Report, March 2012., <http://europeanonlinegroomingproject.com> 25.07.2012.
- 5 Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja, NN-MU 11/11., u daljnjem tekstu Konvencija VE.

o borbi protiv spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djece i dječje pornografije,⁶ pored ostalih mjera za učinkovitu borbu protiv spolnog iskorištavanja djece i proizvodnje dječje pornografije, propisuju obavezu država članica da u nacionalnom zakonodavstvu inkriminiraju spolni „grooming“ počinjen uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije.⁷ Odredbe članka 23. Konvencije VE-a i članka 6. Direktive EU-a propisuju obavezu država članica da u nacionalnim zakonodavstvima inkriminiraju namjerni čin odrasle osobe koja uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije uspostavlja i održava komunikaciju s djetetom i predlaže sastanak djetetu u dobi u kojoj ne može dati pristanak na spolni odnos ili s njim izjednačenu radnju, s namjerom da nad djetetom počinji bilo koje kazneno djelo spolnog zlostavljanja i iskorištavanja ili proizvodnje dječje pornografije i poduzme konkretne radnje za realizaciju dogovorenog sastanka. Ovim se odredbama, proširuje kaznenopravna zaštita djece i u biti, propisuje obveza inkriminacije pripremnih radnji koje odrasla osoba poduzima radi uspostavljanja kontakta s djetetom približavanja djetetu s namjerom počinjenja težih kaznenih djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djece.

Odredbe članka 23. Konvencije VE-a djelomično su implementirane u odredbi članka 161. Kaznenog zakona. U radu analiziramo i odredbe kaznenog djela mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba počinjenog uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije ili na drugi način u Kaznenom zakonu i opseg implementacije odredbi Konvencije VE-a te obveze promjene Kaznenog zakona radi implementacije odredbi Direktive EU-a. U odredbi članka 161. stavak 1. inkriminirana je aktivnost punoljetne osobe koja uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije ili na drugi način predloži sastanak djetetu u dobi u kojoj ne može dati pristanak na spolni odnos ili s njim izjednačenu radnju, s namjerom da ona ili druga osoba nad djetetom počinji bilo koje kazneno djelo spolnog zlostavljanja i iskorištavanja propisanog člankom 158. (ali ne i kazneno djelo proizvodnje dječje pornografije iz članka 163. Kaznenog zakona) i poduzme konkretne radnje za realizaciju dogovorenog sastanka s njom ili drugom osobom. U radu ukazujemo na nedosljednosti u implementaciji navedene odredbe Konvencije VE-a.

6 *DIRECTIVE 2011/92/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, Official Journal of the European Union, L 335/1 17. 12. 2011., L 18/7, 21.01.2012., u daljnjem tekstu Direktiva EU.*

7 Države članice Vijeća Europe, na inkriminaciju *groominga* počinjenog uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije obvezuju Konvencija, a države članice Vijeća Europe i Europske unije Konvencija i Direktiva. RH je u odredbama Kaznenog zakona implementirala odredbe članka 23. Konvencije VE, a s obzirom na razlike u inkriminiranju spolnog *groominga* počinjenog uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije Konvencije i Direktive te da će 1. srpnja 2013. godine postati članica Europske Unije, slijedit će potreba usklađivanja kaznenog djela mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba s odredbama Direktive.

Pored navedenog, u radu smo deskriptivnom analizom obuhvatili bitna obilježja spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djece poznatog pod kolokvijalnim nazivom *grooming*, bitna obilježja i konkretne primjere spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djece iz domaće i strane sudske prakse, kao i tipične primjere objavljene u dnevnom tisku i elektroničkim medijima, te odredbe poredbenog prava, nizozemskog i švedskog, u koje su implementirane odredbe članka 23. Konvencije VE-a.

Isto tako sumarno analiziramo odredbe Zakona o kaznenom postupku, posebno odredbe o posebnim dokaznim radnjama i odredbe Zakona o policijskim poslovima i ovlastima i primjenjivosti navedenih odredbi na prikupljanje dokaza u digitalnom obliku o počinjenim kaznenim djelima mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba iz članka 161. Kaznenog zakona.

Temeljem provedene analize međunarodnih pravnih izvora, poredbenog prava i odredbi Kaznenog zakona predlažemo izmjene odredbe članka 161. Kaznenog zakona radi potpune implementacije odredbi Konvencije VE-a i ukazujemo na potrebu izmjene Zakona o kaznenom postupku, koje bi omogućavale primjenu posebnih dokaznih radnji i na kazneno djelo mamljenje djeteta za zadovoljenje spolnih potreba iz članka 161.

2. VRBOVANJE DJECE U SPOLNE SVRHE

Spolni *grooming* je pojava koja je kontinuirano prisutna u društvu i još uvijek relativno nerazjašnjen fenomen, što se reflektira na njegovo definiranje.

Craven i dr. su na temelju analiza definicija spolnog *groominga* predložili definiciju prema kojoj se spolni *grooming* može definirati kao proces tijekom kojeg odrasla osoba priprema dijete i okolinu za spolnu zlouporabu tog djeteta. Posebni ciljevi uključuju pribavljanje pristupa djetetu, zadobivanja povjerenja djeteta i održavanje u tajnosti radi sprječavanja otkrivanja. Ovaj proces služi učvršćivanju obrasca postupanja zlostavljača kao i način na koji može biti korišten kao sredstvo opravdavanja ili prikrivanja njegove aktivnosti.⁸

Ost *grooming* definira kao postupanje s namjerom pripremanja okoline, odnosno djeteta na spolnu zlouporabu i slamanje otpora djeteta. Uključuje različita postupanja, od uspostave kontakta s djetetom (kroz informacijsko-komunikacijske sustave), pridobivanje djetetovog povjerenja i uspostave emocionalne veze, prikazivanja pornografskog materijala djetetu, razgovora o spolnosti radi približavanja djetetu. Brojne aktivnosti *groominga* su sama po sebi legalne, a vode do (nelegalnog) spolnog kontakta.⁹

8 Craven, S., Brown, S., Gilchrist, E.: Sexual grooming of children: Review of literature and theoretical considerations, *Journal of Sexual Aggression*, (November 2006), Vol. 12, No. 3, str. 297.

9 Ost, S.: *Child Pornography nad Sexual Grooming – Legal and Societal Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Spolni *grooming* uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije je samo jedan, relativno novi aspekt spolnog iskorištavanja djece u kibernetičkom prostoru koji može, ali ne mora, uključivati eksplicitnu konverzaciju spolne prirode ili stvarne online fantazije, a podrazumijeva uspostavljanje kontakta u kibernetičkom prostoru s namjerom spolnog zlostavljanja djeteta u stvarnom svijetu.¹⁰ Informacijska i komunikacijska tehnologija potencijalnim počiniteljima daje mogućnost relativne anonimnosti koja može voditi do fizičkog i/ili online spolnog zlostavljanja.

Spolni *grooming* uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije može se definirati kao aktivnost odrasle osobe u približavanju i zavođenju djeteta uporabom interneta, posebno kroz socijalne mreže,¹¹ grupe za razgovor (*chat*),¹² grupe korisnika interneta (*usenet*)¹³ ili foruma, s krajnjom namjerom spolnog zlostavljanja djeteta ili proizvodnje dječje pornografije koje prikazuje to dijete.¹⁴ Aktivnost odrasle osobe u približavanju i zavođenju djeteta definirana kao nagovaranje¹⁵ postoji kad odrasla osoba od djeteta traži sudjelovanje u (neželjenim) spolnim aktivnostima i/ili razgovoru – uključujući i otkrivanje osobnih spolnih informacija (bez obzira na to želi li to ili ne).¹⁶ Online *groomer* je osoba koja inicira kontakt uporabom informacijsko komunikacijske tehnologije s djecom kako bi se uspostavila spolna veza koja uključuje cyber sex (online pornografske sadržaje koji prikazuje djeteta s kojim je uspostavio spolnu vezu) ili spolni odnos.

Pripreme počinitelja za *grooming* uporabom informacijsko komunikacijske tehnologije uključuju razvijanje digitalnog profila radi prikrivanja stvarnog identiteta (spola, starosti, uključujući i prikrivanje lokacije s koje se ostvaruje

- 10 O'Connell, R.: A TYPOLOGY OF CYBERSEXPOITATION AND ON-LINE GROOMING PRACTICES, Cyberspace Research Unit, University of Central Lancashire, Preston, str. 4. http://www.jisc.ac.uk/uploaded_documents/lis_PaperJPrice.pdf 25.07.2012.
- 11 Social Technographics, AdultFriendFinder, Bebo, BlogHer, Digg, facebook, Gather, Hi5, LinkedIn, LiveJournal, MySpace, Reunion, Second Life, WeeWorld, twitter, <http://www.web-strategist.com/blog/2008/11/19/social-networks-site-usage-visitors-members-page-views-and-engagement-by-the-num>, 08.08.2012.
- 12 IRC – Internet realiy chat.
- 13 U hrvatskoj poznatije kao *news group*.
- 14 Ovaj je opis kopiran iz Aanwijzing kinderpornografien of the Nederladeze College van Procureura-general, (2010A025), od 1. siječnja 2011. Kool, R.: Prevention by All Means? A Legal Comparison of the Criminalization of Online Grooming and its Enforcement, Volume 7, Issue 3 (October) 2011., str. 48 www.utrechtlawreview.org 24. 07. 2012. Vrlo je slična definicija prema kojoj je online *groomer* osoba koja inicira online kontakt s djetetom s namjerom uspostave seksualne veze koja uključuje seks u kibernetičkom prostoru ili fizički seks. Krone, T.: A Typology of Online Child Pornography Offending, TRENDS & ISSUES in crime and criminal justice, No. 279, Australian Institute of Criminology, July 2004, str. 5.
- 15 Engleski *solicitation* - nagovaranje, dosađivanje, traženje, zahtjev. Termin je u prijevodu Konvencije preveden kao „vrbovanje“.
- 16 Rogers, P., Wezasek, R., Davies, M.: Attributions of blame in a hypothetical internet solicitation case: Roles of victim naivety, parental neglect & respondent gender, Journal of Sexual Aggression: An international, interdisciplinary forum for research, theory and practice, Volume 17, Issue 2, 2011., str. 129-214.

komunikacija, vrste informacijsko komunikacijske opreme, odnosno računala ili mobitela, pretplatničkog broja, IP adrese) i iniciranje digitalnog kontakta s mladom osobom.

Tijek *groominga* ovisit će i o jednom od osnovnih tipova *groomera*,¹⁷ krajnjem cilju *groomera*, o uspostavljenoj interakciji, ponašanju i osobinama djeteta, tehnikama nagovaranja, uspostavi prijateljstva s djetetom, uvlačenju djeteta u raspravu o intimnim stvarima, pitanjima o vlastitim seksualnim iskustvima, intimnim dijelovima tijela, iskustvima samozadovoljavanja i postupnom izlaganju djeteta spolno eksplicitnim sadržajima kako bi se smanjio otpor ili inhibicija seksu, darovima ili prijetnjama ili obojem, kao i o nizu drugih okolnosti na koje *groomer* nema odlučujući utjecaj. Krajnji cilj i namjera *groomera* razvija su u tri osnovna pravca. Aktivnost *groomera* koji uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije ostvaruje uvid u pornografski sadržaj, fotografije ili video zapise genitalija djeteta ili prikaz eksplicitnog stvarnog ili simuliranog spolnog ponašanja tog djeteta, i čiji je jedini cilj ostvarivanje uvida u pornografski sadržaj, u pravilu će završiti ostvarivanjem uvida u fotografije ili video zapis i eventualno će se razvijati u pravcu daljnjeg pribavljanja pornografskog materijala te mlade osobe, a sva aktivnost ostat će u okviru virtualnog, odnosno kibernetičkog prostora. Snimanjem i pohranjivanjem, pribavljanjem odnosno posjedovanjem tako proizvedene dječje pornografije bit će ostvarena sva bitna obilježja kaznenog djela posjedovanja dječje pornografije. Aktivnost *groomera* koji informacijsko-komunikacijsku tehnologiju koristi radi ugovaranja sastanka s krajnjim ciljem fizičkog spolnog zlostavljanja djeteta, poduzimanje konkretnih mjera da do sastanka stvarno i dođe, bit će samo pripremne radnje za počinjenje kaznenog djela spolnog zlostavljanja djeteta. Treći oblik obuhvaća uporabu informacijsko-komunikacijske tehnologije radi ostvarivanje uvida u pornografski sadržaj, u fotografije ili video zapis koji prikazuju genitalija djeteta ili prikaz eksplicitnog stvarnog ili simuliranog spolnog ponašanja tog djeteta i ugovaranja sastanka s krajnjim ciljem proizvodnje dječje pornografije i poduzimanje konkretnih mjera da do sastanka stvarno i dođe. Naravno, moguće je ostvarivanje sva tri oblika ili njihovih međusobnih kombinacija, ali i realizacije krajnje namjere - spolne zlouporabe djeteta i iskorištavanje djece za pornografiju.

Jedan od primjera *groominga*, koji obuhvaća sva tri modaliteta počinjenja kaznenog djela švedski je slučaj poznat pod nazivom „Alexandra Man“.¹⁸ „Alexandra

17 Opširnije vidi: Webster, S., i dr., op. cit., str. 81, str. 14.

18 Takozvani „Alexandra Man“ bio je neoženjen muškarac, star 31 godinu, kad je bio optužen za brojna seksualna kaznena djela počinjena na štetu 56 mladih djevojaka u dobi od 12 do 17 godina. Nekoliko djevojaka bilo je mlade od 15 godina i dokazi pokazuju da je počinitelju bila poznata njihova dob. Počinitelj je bio irački državljani i živio je u Švedskoj od 1992. godine, a pravo stalnog boravka dobio je 1993. godine. Bio je optužen za kaznena djela silovanja, napada, seksualne prisile, teške seksualne prisile, seksualnog iskorištavanja maloljetnika, teškog seksualnog iskorištavanja maloljetnika, seksualnog uznemiravanja i zavođenja mladih. Presuda okružnog suda (lipanj 2006. godine) bila je 11 godina zatvora i deportacija. Na presudu je uložena žalba i žalbeni sud je (mjesec travanj 2007. godine) kaznu smanjio na 10 godina zatvora i deportaciju. Nadalje, počinitelj je dužan platiti 2,4 milijuna SEK

Man“ živio je u gradu na jugu Švedske gdje je s kolegom posjedovao internet caffe. Policijska istraga je pokazala da je tijekom komunikacije s djevojkama, računala u svom kafiću koristio kao privatna računala u svom stanu. B.T. je 1999. godine počeo koristiti lik „Alexandre“, mlade žene, dobrog izgleda s pozadinom profesionalnog modela i voditeljice agencije za pružanje usluga pratnje (*Eskort*). Predstavljanjem kao „Alexandra“ uspio je uspostaviti kontakt s velikim brojem mladih djevojaka na popularnim društvenim mrežama za djecu i/ili adolescente. Kad bi uspostavio kontakt s djevojkom u javnoj sobi za razgovore (*chat room*) brzo je predlagao nastavak privatnije komunikacije preko MSN. Uporabom maske „Alexandra“, B.T. je zadobivao povjerenje djevojaka. Nekoliko djevojaka smatralo je „Alexandru“ prijateljicom kojoj mogu vjerovati. „Alexandra“ ih je navodila na komunikaciju o spolnim pitanjima i nagovarala ih da joj šalju svoje nepristojne fotografije, filmove, spolne poze pred web kamerama, da izvode spolne aktivnosti pred web kamerama i prikupljala podatke o spolnim sklonostima djevojaka uključujući i pretplatnički broj mobitela, pod izgovorom da te podatke zahtijeva baza podataka za usluge pratnje (*Eskort*) i da je ona jedina osoba koja ima pristup bazi podataka. U nekoliko slučajeva „Alexandra“ je nagovorila djevojke da radi motiviranja klijenta koji je zainteresiran za sastanak s djevojkom radi spolnog odnosa i koji prije sastanka želi vidjeti kako djevojka izvodi predstavu, pred web kamerama izvedu ples. Tijekom plesa davala im je instrukcije i jamčila im da klijenti ne mogu snimiti predstavu.

„Alexandra“ je tijekom jedne komunikacije ponudila djevojci sastanak s „najboljim klijentom“ kojeg je opisala kao zdravog, vrlo lijepog, izuzetno spolno iskusnog muškarca koji ima luksuzan auto. Kad je djevojka prihvatila sastanak s najboljim klijentom, B.T. (sada u ulozi Aleksandrinog klijenta) je vrlo brzo kontaktirao djevojku na njezin mobitel, MSN ili elektroničku poštu radi dogovora sastanka. To je bio eksplicitni dogovor prije sastanka tijekom kojeg su imali plaćeni spolni odnos, B. T. (u ulozi najboljeg klijenta) platio je djevojci nekoliko stotina kruna za spolni odnos. Neki slučajevi uključivali su nasilje, pa čak i silovanje, ako djevojke na početku sastanka nisu prihvaćale spolni odnos s B.T. Prijetnje objavljivanjem snimljenih fotografija i poziranja, korištene su kad su djevojke pokušale prekinuti kontakt i odbijale nastaviti sastanke radi spolnih odnosa.¹⁹

odštete. „Alexandra Man“ nije priznao da je bio ista osoba kao „Alexandra“ i tvrdio je da je „Alexandra“ u stvari druga osoba s kojom je bio u kontaktu s njenom agencijom za pružanje usluga pratnje (*Eskort*). Počinitelj je bio ranije osuđen za dva kaznena djela seksualnog uznemiravanja (1999. godine) i zavođenja mladih (2002. godine). Eneman, M., Gillespie, A. A., Bernd, C. S.: TECHNOLOGY AND SEXUAL ABUSE: A CRITICAL REVIEW OF AN INTERNET GROOMING CASE, International Conference on Information Systems (ICIS), Paper 144, str. 6., http://aisel.aisnet.org/icis2010_submissions/144 (25.07.2012).

¹⁹ Ibid., str. 8.

3. MEĐUNARODNI PRAVNI IZVORI

Na europskoj razini, obaveza članica da u svom nacionalnom zakonodavstvu inkriminiraju *grooming* propisana je u odredbama Konvencije Vijeća Europe o zaštiti djece od spolnog iskorištavanja i spolnog zlostavljanja iz 2007. godine i Direktive Europskog parlamenta i Savjeta o borbi protiv spolne zlouporabe i spolnom iskorištavanju djece i dječjoj pornografiji iz 2011. godine.

3.1. Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja

Konvencija Vijeća Europe o zaštiti djece od spolnog iskorištavanja sastavljena je u Lanzaroteu, Španjolska, 25. listopada 2007. godine. Konvenciju je potpisalo je 44 država članica, a ratificiralo 19 država članica Vijeća Europe.²⁰ U odnosu na Republiku Hrvatsku Konvencija je stupila na snagu 1. siječnja 2012. godine,²¹ a pored ostalih obveza, propisuje obvezu kaznenopravnog sankcioniranja vrbovanja djece u spolne svrhe.

Konvencija inkriminira vrbovanje djece u spolne svrhe, koje nije bilo propisano u postojećim međunarodnim instrumentima na ovom području. Poziv djeci u spolne svrhe kolokvijalno je poznat kao "*grooming*" i odnosi se na pripremu djeteta za spolno zlostavljanje, motivirano namjerom da se dijete koristi za spolno zadovoljenje. To može uključivati uspostavu prijateljstva s djetetom, prikrivanjem stvarne dobi odrasle osobe, uvlačenje djeteta u raspravu o intimnim stvarima i postupno izlaganje djeteta spolno eksplicitnim sadržajima kako bi se smanjio otpor ili inhibicija seksu. Dijete može biti uvučeno u proizvodnju dječje pornografije slanjem osobnih fotografija izrađenih digitalnim fotoaparatom, web-kamerom ili mobitelom koji *groomer*u daje sredstvo kontrole djeteta prijateljima. Kad je dogovoren fizički sastanak dijete može biti spolno zlostavljano ili oštećeno na drugi način.²²

Odredbom se propisuje obveza inkriminacije namjernog čina predlaganja, odrasle osobe informacijskim i komunikacijskim tehnologijama da se sastane s djetetom u dobi u kojoj nije doseglo dobnu granicu za davanje pristanka za sudjelovanje u spolnim aktivnostima radi počinjenja bilo kojeg kaznenog djela sudjelovanja djeteta u spolnim aktivnostima ili proizvodnje dječje pornografije, a takav je prijedlog popraćen poduzimanjem radnji koje vode takvom sastanku.²³ Uspostavljanje kontakta mora biti popraćeno prijedlogom za susretom sa djetetom,²⁴

20 Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse Chart of signatures and ratifications, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=201&CM=&DF=&CL=ENG> 01.07.2012.

21 Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja, NN-MU 11/11, NN-MU 13/11.

22 Explanatory Report, 156.

23 Članak 23. Konvencije VE-a.

24 Explanatory Report, 157.

a poduzimanje konkretnih radnji koje vode takvom sastanku uključuje i dolazak počinitelja na dogovoreno mjesto.²⁵ Svi elementi inkriminiranog ponašanja moraju biti počinjeni s namjerom. Nadalje, „svrha“ prijedloga za sastanak s djetetom radi počinjenja određenog kaznenog djela mora biti određena prije utvrđivanja kaznene odgovornosti.²⁶

Konvencija propisuje obvezu inkriminacije sudjelovanje u spolnim aktivnostima s djetetom, u kojima se koristi sila ili prijetnja, ili se zloupotrebljava priznati položaj povjerenja, autoriteta ili utjecaja nad djetetom uključujući nadzor obitelji, ili se zloupotrebljava posebno ranjiva situacija djeteta, posebice uslijed mentalne ili fizičke invalidnosti ili situacije ovisnosti.²⁷ Pojam spolne aktivnosti nije precizno definiran. Pitanje definicije spolne aktivnosti ostavljeno je domaćem zakonodavstvu.²⁸ Obvezni dio definicije pojma dječja pornografija obuhvaća bilo koji materijal koji vizualno prikazuje dijete koje sudjeluje u stvarnoj ili simuliranoj spolno eksplicitnoj aktivnosti ili bilo koji prikaz spolnih organa djeteta u primarno spolne svrhe.²⁹ Fakultativni dio definicije pojma dječja pornografija omogućava svakoj strane Konvencije zadržavanja prava djelomičnog ili potpunog neprimjenjivanja obveze kaznenopravnog sankcioniranja proizvodnje i posjedovanja pornografskog materijala, koji obuhvaća simulirane prikaze ili realistične slike nepostojećeg djeteta i djecu koja su prešla dobnu granicu za davanje pristanka za sudjelovanje u spolnim aktivnostima, ako su te slike proizvedene i ako ih se posjeduje s njihovim pristankom i isključivo za njihovu privatnu uporabu.³⁰

Kazneno djelo može biti počinjeno samo “korištenjem informacijske i komunikacijske tehnologije”. Ostali oblici nagovaranja stvarnim kontaktima ili neelektroničkim komunikacijskim sredstvima su izvan dosega odredbe. S obzirom na određene opasnosti inherentne primjene informacijsko-komunikacijskih tehnologija i teškoća u njihovu nadzoru, odredbe Konvencije VE-a usredotočene su isključivo na najopasniji način *groominga* djece putem Interneta i mobitela kojima čak i vrlo mlada djeca sve više imaju pristup.³¹ Termin informacijsko-komunikacijska tehnologija nije definiran. Iz konteksta *Explanatory report*a proizlazi da termin obuhvaća sve oblike suvremene elektroničke komunikacije.

3.2. Direktiva Europskog Parlamenta i Savjeta o borbi protiv spolne zloporabe i spolnom iskorištavanju djece i dječjoj pornografiji

Direktiva Europskog parlamenta i Savjeta o borbi protiv spolne zloporabe i spolnom iskorištavanju djece i dječjoj pornografiji na gotovo istovjetan način propisuje obavezu kaznenopravnog sankcioniranja vrbovanja djece u spolne svrhe.

25 Explanatory Report, 160.

26 Explanatory Report, 158.

27 Članak 18. stavak 1. podstavak b. Konvencije VE-a

28 Explanatory Report, 127,

29 Članak 18. stavak 2. Konvencije VE.

30 Članak 18. stavak 3. Konvencije VE.

31 Explanatory Report, 159,

Odredbom se propisuje kažnjivim namjerno postupanje: prijedlog odrasle osobe putem informacijske i komunikacijske tehnologije³² da se sastane s djetetom u dobi u kojoj nije doseglo dobnu granicu za davanje pristanka za sudjelovanje u spolnim aktivnostima³³ radi počinjenja kaznenog djela sudjelovanja djeteta u spolnim aktivnostima³⁴ i proizvodnji dječje pornografije.³⁵ Za kazneno djelo bi trebala biti propisana kazna zatvora od najmanje jedne godine.³⁶

Isto tako propisuje se obveza propisivanja potrebnih mjera da se pokušaj počinjenja kaznenih djela pribavljanja i posjedovanja dječje pornografije³⁷ kad odrasla osoba uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije nagovara dijete, koje nije doseglo dobnu granicu za davanje pristanka za sudjelovanje u spolnim aktivnostima i ostvaruje uvid u dječju pornografiju u kojoj bi to dijete bilo prikazano,³⁸ bude kažnjiv, kao i svjesno pribavljanje pristupa tim sadržajima uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije.³⁹ Direktiva propisuje obvezu poduzimanja potrebnih mjera radi primjene odredbi o kvalifikatornim okolnostima ako su kaznena djela, prema odredbama nacionalnog prava počinjena na štetu djeteta koje je u posebno ranjivom položaju, ako je kazneno djelo počinio član obitelji ili osoba koja je zlorabila povjerenje ili autoritet, ako je u počinjenju kaznenog djela sudjelovalo više osoba, ako je kazneno djelo počinjeno u sastavu zločinačkog udruženja, ako je počinitelj prethodno osuđen za istovrsno kazneno djelo, ako je počinitelj namjerno ili iz nehaja ugrozio život djeteta i ako je počinjenje kaznenog djela uključivalo teško nasilje ili je dijete pretrpjelo teške posljedice zbog počinjenja kaznenog djela.⁴⁰

Dječja pornografija definirana je kao bilo koji materijal koji vizualno prikazuje dijete koje sudjeluje u stvarnoj ili simuliranoj spolno eksplicitnoj aktivnosti ili bilo koji prikaz spolnih organa djeteta u primarno spolne svrhe, svaki materijal koji vizualno prikazuje osobu koja izgleda kao dijete koja sudjeluje u stvarnom ili simuliranom spolno eksplicitnom ponašanju ili prikaz spolnih organa osobe koja izgleda kao dijete primarno u spolne svrhe, realističnih slika djeteta koje sudjeluje u spolno eksplicitnom ponašanju ili realističnih slika spolnih organa djeteta u primarno seksualne svrhe.⁴¹

32 U preambuli Direktive EU-a navodi se i važnost borbe protiv vrbovanja djece izvan konteksta uporabe interneta, kad vrbovanje nije provedeno uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije. Bez obzira koja pravna rješenja izaberu radi kriminalizacije *off-line grooming* države članice bi trebale osigurati procesuiranje počinitelja. Direktiva EU, str. 3., točka (19).

33 Članak 6. stavak 1. Direktive EU-a.

34 Članak 3. stavak 4. Direktive EU-a.

35 Članak 5. stavak 6. Direktive EU-a.

36 Članak 6. stavak 1. Direktive EU-a.

37 Članak 5. stavak 2. Direktive EU-a.

38 Članak 6. stavak 2. Direktive EU-a.

39 Članak 5. stavak 3. Direktive EU-a.

40 Članak 9. Direktive EU-a.

41 Članak 2. stavak 1. točka c, Direktive EU-a.

3.3. Razlike u propisivanju vrbovanja djece u seksualne svrhe u Konvenciji VE-a i Direktivi EU-a

U definiranju obveze inkriminacije vrbovanja djece u spolne svrhe, *groominga*, ne postoje bitne razlike između Konvencije VE-a i Direktive EU-a. Odredbe Konvencije VE⁴² propisuju obvezu sankcioniranja namjernog pokušaja kaznenog djela sudjelovanja djeteta u spolnim aktivnostima ili proizvodnje dječje pornografije. Za razliku od odredaba Konvencije VE-a, odredbe Direktive EU-a propisuju obvezu kaznenopravnog sankcioniranja samo pokušaja pristupa dječjoj pornografiji i svjesnog pribavljanja pristupa dječjoj pornografiji uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije.⁴³

I odredbe Konvencije VE-a i odredbe Direktive EU-a u odnosu na odredbe članka 9. Konvencije o kibernetičkom kriminalu predstavljaju modernizaciju, odnosno uvažavanja tehnološkog razvoja informacijske i komunikacijske tehnologije. Naime, odredbama Konvencije o kibernetičkom kriminalu propisana je obveza kaznenopravnog sankcioniranja proizvodnje, distribucije i posjedovanje dječje pornografije na računalnom sustavu, a u odredbama Konvencije VE-a i Direktive EU-a počinjenje kaznenog djela dječje pornografije nije ograničeno samo na računalni sustav. Odredbe kaznenog materijalnog prava proširene su i na uporabu informacijske i komunikacijske tehnologije za počinjenje kaznenih djela spolnog zlostavljanja i spolnog iskorištavanja djece.⁴⁴

Definicija dječje pornografije Konvencije VE-a obuhvaća bilo koji materijal koji vizualno prikazuje dijete koje sudjeluje u stvarnoj ili simuliranoj spolno eksplicitnoj aktivnosti ili bilo koji prikaz spolnih organa djeteta u primarno spolne svrhe.⁴⁵ Definicija dječje pornografije Direktive EU-a pored navedenog obuhvaća i svaki materijal koji vizualno prikazuje osobu koja izgleda kao dijete⁴⁶ i koja sudjeluje u stvarnom ili simuliranom spolno eksplicitnom ponašanju ili prikaz spolnih organa osobe koja izgleda kao dijete primarno u spolne svrhe, realističnih slika djeteta koje sudjeluje u spolno eksplicitnom ponašanju⁴⁷ ili realističnih

42 Konvencija VE-a u članku 24. stavak 3. propisuje i mogućnost pridržavanja prava da se na kazneno djelo iz članka 23. ne primjenjuje obveza kaznenopravnog sankcioniranja pokušaja.

43 Članak 6. stavak 2. Direktive EU.

44 Explanatory Report, 158

45 Članak 18. stavak 2. Konvencije VE-a. Može se izraziti rezervu u pogledu proizvodnje i posjedovanja pornografskog materijala koji se sastoji isključivo iz simuliranih prikaza ili realističnih slika nepostojećeg djeteta. Članak 18. stavak 3. alineja 1. Konvencije VE.

46 Nije nužno dokazati da je dijete koje je prikazano bilo mlađe od 16 godina u vrijeme kad je slika nastala. Dovoljno je da izgleda kao da je mlađa od 16 godina. Odredbe zakona primjenjuju se i na slike osobe koja je starija od 16 godina, a koja izgleda mlađa. Standardnim medicinskim indikatorima fizičkog razvoja djeteta može se utvrditi da li slika prikazuje dijete mlađe od 16. godina. Censorship Review Board 2000. Decision of 32nd meeting, 19–20 October 2000: Untitled computer image (young blonde male with hand on soccer ball). Surry Hills: Censorship Review Board

47 Oblikovane slike djeteta (*Morphed images of children*) – Definicija dječje pornografije može uključivati oblikovane slike. Odnosi se na određene slike kao što su pseudofotografije i može

slika spolnih organa djeteta u primarno spolne svrhe.⁴⁸ Razlike u definiciji dječje pornografije su evidentne, i bit će potrebno usklađivati definiciju dječje pornografije u kaznenom zakonu s definicijom dječje pornografije Direktive EU. Naime, ulaskom RH u Europsku Uniju, biti će nužno u odredbama kaznenog djela mamljenja djece za zadovoljenje spolnih inkriminiramo i nagovaranje osoba mlađih od petnaest godina na snimanje onih pornografskih sadržaja koji su definirani odredbama Direktive EU-a. Jasne i konkretne definicije dječje pornografije nužne su za pravilnu primjenu i interpretaciju određenog ponašanja,⁴⁹ a koje neće dovoditi sud u poziciju da zaključuje kako je prikaz golih grudi djevojčice uradak tzv. meke pornografije.⁵⁰ Nadalje, Konvencija VE-a propisuje obavezu kažnjavanja za namjerni pokušaj inkriminiranih ponašanja iz članka 23. Konvencije, a Direktiva EU-a samo pokušaj počinjenja kaznenih djela pribavljanja i posjedovanja dječje pornografije.

ih se klasificirati kao digitalno izmijenjene fotografije tijela, kao što su fotografije djeteta u kupaćem kostimu na kojoj je kostim elektronički uklonjen, odvojene slike na fotografiji na kojoj je dječja ruka dodana uz penis odrasle osobe i montaža fotografija od kojih su neke seksualne. Taylor, M., The nature and dimensions of child pornography on the Internet, http://www.ipce.info/library_3/files/nat_dims_kp.htm (03.08.2012.), Kreirane slike fiktivnog djeteta mlađeg od 16 godina – dječja pornografija može biti kreirana bez izravnog sudjelovanja stvarne osobe. Termini „opisuje ili prikazuje“ mogu se odnositi tekst, slike ili trodimenzionalne objekte. Odredbe o kaznenom djelu ne zahtijevaju da stvarna osoba bude opisana ili prikazana i uključuju fiktivne osobe u tekstu ili digitalnoj slici fiktivne osobe. Krone, T.: op. cit., str. 2.

48 Članak 2. stavak 1. točka c, Direktive EU-a.

49 Jedno od bitnih obilježja kaznenog djela za koje je optuženik proglašen krivim je pitanje pornografije, pornografskog sadržaja. U odnosu na to pitanje sud u pobijanoj presudi zauzima stajalište da je pornografski sadržaj onaj koji je seksualno eksplicitan sa izraženim seksualnim aktivnostima. Seksualno eksplicitno ponašanje podrazumijeva spolni odnošaj i s njim izjednačenu spolnu radnju između djece ili između odraslih osoba i djece istog ili različitog spola, razne vrste bestijalnosti i dr. Dakle, moglo bi se prihvatiti da prikaz spolnog odnosa predstavlja prikaz seksualno eksplicitnog ponašanja. Međutim, faktično je pitanje je li prikaz takvog ponašanja i pornografski sadržaj. Posebice kada se imaju u vidu nesporne okolnosti u ovom predmetu: da se radi o dragovoljnom spolnom odnosu dvaju maloljetnih osoba kod čega se njihova lica jedva naziru, tijela su im samo djelomično obnažena, spolni organi se i ne vide. O spolnom odnosu se može zaključivati samo po obnaženosti tijela, njihovom međusobnom položaju i pokretima. Pornografiju bi predstavljalo prikazivanje seksualnog ponašanja na prostački, uvredljiv, ponižavajući način. Pitanje je i je li već to što se radi o spolnom odnosu maloljetnih osoba dovoljno za zaključak o pornografskom prikazu seksualnog ponašanja. Kako nema određene definicije pornografije i pornografskog sadržaja, valjat će o toj okolnosti ispitati osobu koja posjeduje odgovarajuća stručna znanja u sferi seksualnosti te će pomoći sudu pri utvrđivanju postojanja ili nepostojanja ove odlučne činjenice u konkretnom slučaju. Rješenje VSRH Kžm-8/09-3 od 14. svibnja 2009. godine.

50 Budući da je optuženik sve do otkrivanja kaznenog djela dulje vrijeme držao sliku golih grudi oštećenice kao uradak, tzv. meke pornografije pohranjenu u memoriju mobitela s očitom svrhom provociranja svoje seksualne pohote, to je jasno da je on time iskoristio dijete za vlastito seksualno izživljavanje i time ostvario elemente kaznenog djela za koje je oglašen krivim. Presuda VSRH Broj: Kžm 23/08-4 od 10.07.2008. godine.

3.4. Obveze inkriminacije pripremnih radnji za počinjenje kaznenih djela spolne zlouporabe djeteta i proizvodnje dječje pornografije

Odredbe Konvencije VE-a obvezuju, a Direktive EU-a će nas obvezivati, na inkriminaciju pripremnih radnji punoljetnih osoba za počinjenje kaznenih djela spolne zlouporabe djeteta i proizvodnje dječje pornografije u odnosu na dijete u dobi u kojoj prema nacionalnom zakonodavstvu ne može dati pristanak za spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju.

Prvi oblik ponašanja koje je potrebno inkriminirati u nacionalnom zakonodavstvu ostvaruje punoljetna (odrasla) osoba koja dijete u dobi u kojoj prema nacionalnom zakonodavstvu ne može dati pristanak za spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju nagovara, (predlaže, mami, vrbuje) uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije da snimi samoga sebe u spolno eksplicitnom ponašanja ili da snimi svoje spolne organe odnosno da proizvede pornografski materijal sa sadržajem koji je kao pornografski materijal definiran odredbama Konvencije VE-a i Direktive EU-a. Odredbom nije definiran način proizvodnje pornografskog materijala, pa uključuje sva tehnička sredstva, uključujući i informacijsko komunikacijsku tehnologiju. Isto tako, odredbom nije definiran intenzitet nagovaranja, broj ostvarenih kontakata u kojima je dijete nagovarano, niti vrsta elektroničke komunikacije, odnosno informacijske i komunikacijske tehnologije koja je uporabljena. Odredba je otvorena prema svim oblicima suvremene informacijske i komunikacijske tehnologije kao i predvidivog razvoja informacijske i komunikacijske tehnologije. Inkriminirano ponašanje je dovršeno nagovaranjem djeteta na proizvodnju pornografskog materijala koji prikazuje njega samoga i za utvrđivanje kaznene odgovornosti značajno je li dijete stvarno proizvelo pornografski materijal i je li odrasla osoba koja je nagovarala dijete na proizvodnju pornografskog materijala ostvarila uvid u proizvedeni pornografski materijal. Isto tako, u nacionalnom zakonodavstvu potrebno je inkriminirati ponašanje koje ostvaruje punoljetna (odrasla) osoba koja dijete u dobi u kojoj prema nacionalnom zakonodavstvu ne može dati pristanak za spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju nagovara, (predlaže, mami, vrbuje) uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije stvarni, fizički sastanak s namjerom proizvodnje dječje pornografije, ako je takav prijedlog popraćen materijalnim radnjama koje vode takvom sastanku. Inkriminirano ponašanje dovršeno je nagovaranjem djeteta na stvarni (fizički) sastanak s namjerom spolne zlouporabe djeteta i poduzimanje mjera i radnji da do tog sastanka dođe, a za utvrđivanje kaznene odgovornosti nije značajno je li do sastanka stvarno i došlo.

Drugi oblik ponašanja koje je potrebno inkriminirati u nacionalno zakonodavstvo ostvaruje punoljetna (odrasla) osoba koja dijete u dobi u kojoj prema nacionalnom zakonodavstvu ne može dati pristanak za spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju nagovara (predlaže, mami, vrbuje) uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije na stvarni, fizički sastanak s namjerom provođenja spolnih aktivnosti s djetetom, ukoliko je takav prijedlog popraćen

materijalnim radnjama koje vode takovom sastanku. Inkriminirano ponašanje dovršeno je nagovaranjem djeteta na stvarni (fizički) sastanak s namjerom spolne zlouporabe djeteta i poduzimanje mjera i radnji da do tog sastanka dođe, a za utvrđivanje kaznene odgovornosti nije značajno da li je do sastanka stvarno i došlo.

Svrha navedenih odredbi je inkriminiranje pripremnih radnji poduzetih s namjerom spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta u dobi u kojoj prema nacionalnom zakonodavstvu ne može dati pristanak za spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju, je proširenje kaznenopravne zaštite i na pripremljene radnje poduzete s namjerom spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta. Propisivanje kaznenog djela mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba omogućuje kaznenopravnu zaštitu djece u okolnostima kad ne postoji rizik od spolnog zlostavljanja, odnosno kad dijete još nije dovedeno u stvarnu opasnost, znatno ranije nego što bi to bilo moguće kad bi jedina mogućnost bila sankcioniranje počinitelja za pokušaj kaznenog djela spolne zlouporabe djeteta ili iskorištavanja djece za pornografiju.

4. POREDBENO PRAVO

U prikazu poredbenog prava dajemo sažeti pregled odredbi o kaznenom djelu *groominga* u Zakonu o spolnim kaznenim djelima, nizozemskom i švedskom kaznenom zakonu.

4.1. Zakon o spolnim kaznenim djelima

Zakon o spolnim kaznenim djelima iz 2003. godine (*Sexual Offences Act 2003*)⁵¹ bio je jedan od predložaka za propisivanje kaznenog djela *groominga* u članku 23. Konvencije VE-a. Zakon o spolnim kaznenim djelima propisuje kazneno djelo *groominga* u članku 15. – susret s djetetom nakon spolnog *groominga*:

Osoba starija od 18 godina čini kazneno djelo ako se sastane ili komunicira s osobom mlađom od 16 godina s namjerom da počini bilo koje kazneno djelo popisano u Prvom dijelu⁵² Zakona o spolnim kaznenim djelima iz 2003. godine.

Prema odredbi članka 15. Zakona o spolnim kaznenim djelima, kazneno djelo *groominga* moguće je počinuti u fizičkom kontaktu s djetetom ili uporabom bilo kojeg sredstva za komunikaciju. Inkriminacija obuhvaća širok raspon spolnih aktivnosti s djetetom mlađim od 16, odnosno 17 godina ili iskorištavanje djeteta mlađeg od 16, odnosno 17 godina za proizvodnju dječje pornografije, a koje su u

51 Sexual Offences Act 2003, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/pdfs/ukpga_20030042_en.pdf 10.08.2012.

52 Prvi dio propisuje kaznena djela usporediva s kaznenim djela protiv spolne slobode propisanih u glavi šesnaestoj (XVI.) i kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta propisana u glavi sedamnaestoj (XVII.) Kaznenog zakona. Opširnije Part 1. SEXUAL OFFENCES, Sexual Offences Act 2003.

biti pripreme radnje za počinjenje bilo kojeg spolnog kaznenog djela propisanog člancima 61.-63. Zakona o spolnim kaznenim djelima.⁵³

4.2. *Nizozemski kazneni zakon*

U Nizozemskoj je kazneno djelo *groominga* propisano od 1. lipnja 2010. godine. Članak 248e nizozemskog kaznenog zakona (DCC)⁵⁴ propisuje:

Svaka osoba koja uporabom računalnih sredstava ili uporabom komunikacijskih usluga predloži sastanak osobi za koju zna ili ima razumnog razloga sumnjati da nije starija od 16 godina, sa namjerom sudjelovanja u spolnim aktivnostima s tom osobom ili proizvesti sliku spolnog akta koji uključuje tu osobu, biti će kažnjena kaznom zatvora do dvije godine ili novčanom kaznom četvrte kategorije, ako poduzme bilo koju aktivnost radi realizacije sastanka.

Odredba kojom je u nizozemskom kaznenom zakonu propisano kazneno djelo *groominga* inkriminira ponašanje osobe koja uporabom „kompjuteriziranih sredstava ili uporabom komunikacijskih usluga“ nagovara djeteta koje nije doseglo dobnu granicu za davanje pristanka za sudjelovanje u spolnim aktivnostima u svrhu počinjenja bilo kojeg kaznenog djela sudjelovanja djeteta u spolnim aktivnostima ili proizvodnje dječje pornografije, ako je nagovaranje popraćeno radnjama koje vode takvom sastanku. Odredba ne propisuje dob počinitelja, niti opisno, u skladu s odredbom članka 23. Konvencije VE. Žrtva može biti svaka osoba mlađa od 16. godina. Osim odredbe kojom je definirana dob počinitelja,⁵⁵ u odredbe članka 248c nizozemskog kaznenog zakona u potpunosti je implementirana odredba članka 23. Konvencije VE-a.

Citirane odredbe nizozemskog kaznenog zakona, donesene nakon stupanja na snagu Konvencije VE-a primjer su potpune implementacije odredbe članka 23. Konvencije VE. U odnosu na Zakon o spolnim kaznenim djelima iz 2003. godine, prema kojem je kazneno djelo *groominga* moguće počinuti u „... *fizičkom kontaktu s djetetom ili uporabom bilo kojeg sredstva za komunikaciju*“, nizozemski kazneni zakon način počinjenja *groominga* ograničava na uporabu „*kompjuteriziranih sredstava ili uporabu komunikacijskih usluga*.“

4.3. *Švedski kazneni zakon*

U Švedskoj se od 1. lipnja 2009. godine primjenjuje kazneno djelo „Kontakt s djetetom u spolne svrhe“. Dok je engleski model primarno fokusiran na kriminalizaciju stvarnog (fizičkog) sastanka, švedski model je fokusiran na kontakt

⁵³ Sexual Offences Act 2003.

⁵⁴ Kool, R.: Prevention by All Means? A Legal Comparison of the Criminalization of Online Grooming and its Enforcement, Volume 7, Issue 3 (October) 2011, str., 46-69, www.utrechtlawreview.org (24. 07. 2012). str. 62.

⁵⁵ Konvencija VE navodi termin „odrasla osoba“, Zakon o spolnim kaznenim djelima „osobu stariju od 18 godina“.

odrasle osobe i djeteta, na primjer uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije s ciljem da omogući kasniju spolnu zlouporabu djeteta. Svrha novog kaznenog djela je unaprijeđenje zaštite djeteta smanjenjem rizika od spolne zlouporabe djeteta tijekom fizičkog sastanka.⁵⁶ Odredba švedskog modela kaznenog djela zahtijeva dogovor između odrasle osobe i djeteta mlađeg od petnaest godina radi fizičkog sastanka i poduzimanje bilo koje aktivnosti radi realizacije sastanka. Za kazneno djelo propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine.⁵⁷

5. IMPLEMENTACIJA ODREDBI KONVENCIJE VE-a U ODREDBE KAZNENOG ZAKONA

Konvencija VE odredbom članka 23. propisuje obvezu inkriminacije čina predlaganja, putem informacijskih i komunikacijskih tehnologija, odrasle osobe da se sastane s djetetom koje još nije doseglo dobnu granicu određenu za davanje pristanka na spolni odnos ili s njom izjednačenu radnju s namjerom spolne zlouporabe djeteta ili proizvodnje dječje pornografije u skladu s domaćim zakonodavstvom i poduzimanje mjera da do tog sastanka dođe.⁵⁸ Obveza inkriminacije predlaganja sastanka i poduzimanja mjera da do tog susreta dođe s namjerom spolne zlouporabe djeteta provedena je implementiranjem u odredbe članka 161. Kaznenog zakona - mamljenje djeteta za zadovoljenje spolnih potreba. Obveza inkriminacije predlaganja sastanka i poduzimanja mjera da do tog susreta dođe s namjerom proizvodnje dječje pornografije⁵⁹ nije provedena.

5.1. Kazneno djelo mamljenje djeteta za zadovoljenje spolnih potreba

Suvremene informacijske i komunikacijske tehnologije koriste se i za naganje djece na sastanak radi zadovoljenja spolnih potreba.⁶⁰ Svrha propisivanja

56 Eneman, M., Gillespie, A. A., Bernd, C. S., op. cit. str. 5.

57 Adult contact with children for sexual purposes On 1 July 2009 a new offence was introduced in the Swedish Penal Code, namely contact with children for sexual purposes, sometimes called grooming. Government Offices of Sweden, <http://www.government.se/sb/d/13420/a/157357> (20.10.2012).

58 Konvencija VE-a članak 23: Vrbovanje djece u seksualne svrhe, Svaka će stranka poduzeti potrebne zakonodavne ili druge mjere kako bi se kaznenopravno sankcionirao namjerni čin predlaganja, putem informacijskih i komunikacijskih tehnologija, odrasle osobe da se sastane s djetetom koje još nije doseglo dobnu granicu određenu u primjeni članka 18., stavka 2., u svrhu počinjenja bilo kojeg kaznenog djela utvrđenog u skladu s člankom 18., stavkom 1.a, ili člankom 20., stavkom 1.a, protiv djeteta, a takav prijedlog je popraćen poduzimanjem radnji koje vode takvom sastanku.

59 Članak 20. Kaznena djela vezana uz dječju pornografiju 1.: Svaka će stranka poduzeti potrebne zakonodavne ili druge mjere kako bi se kaznenopravno sankcionirao namjerni neovlašteni čin: a) proizvodnje dječje pornografije.

60 U klopku uhvaćen predator djevojčica, Ekpa emisije 'Provjereno' Nove TV u klopku je uhvatila muškarca koji je krenuo 13-godišnjoj djevojčici u stan te kamerom zabilježila njegov neuspjeli pokušaj nasrtanja na maloljetnicu. Želeći provjeriti istraživanja prema

kaznenog djela mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba prevencija je spolnog iskorištavanja djece u vrijeme dok još nije uspostavljen fizički kontakt između djeteta i odrasle osobe, odnosno inkriminacija nagovaranja djeteta na proizvodnju dječje pornografije koja prikazuje njega samoga i nagovaranja djeteta na fizički sastanak radi zadovoljenja spolnih potreba i proizvodnje dječje pornografije. Tipični primjeri iz Presuda VSRH⁶¹ kao i švedski slučaj „Alexandra“, uključuju sve faze nagovaranja, mamljenja djece do trenutka kada se stvore sve okolnosti za realizaciju namjere počinitelja odnosno provođenje spolnih aktivnosti s djetetom. Pozivanje djece na fizički susret nakon upoznavanja na internetu u RH slijedi Europske trendove. Prema provedenom istraživanju, u uzorku djece i mladih koji su bili uključeni u razgovor ili pitani o seksualnim i intimnim pitanjima, 14% njih navodi da su otišli na sastanak i upoznavanje s on-line prijateljem kojeg do tada nisu poznavali uživo. U 14 % slučajeva navode da su kao pratnja išli roditelji, 49% navode da su išli s prijateljima dok je 37% djece navodi da su otišli sami na sastanak.⁶² Iz podataka provedenog istraživanja nije vidljiva svrha ugovorenog sastanka, dob osoba koje su on-line ugovarale fizičke sastanke kao ni podaci iz kojih bi bilo razvidno je li i koliko djece otišlo na sastanak koji je ugovoren s namjerom spolnog iskorištavanja djeteta, ali se može zaključiti da postoji realna mogućnost da je određeni broj sastanaka bio ugovoren s tom svrhom.

Kazneni zakon u članku 161. stavak 1. propisuje novo kazneno djelo - mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba. Odredba bi trebala biti implementacija članka 23. Konvencije. Inkriminirano je ponašanje punoljetne osobe koja osobi u dobi u kojoj ne može dati pristanak na spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju putem informacijsko-komunikacijske tehnologije⁶³ ili na drugi način, u namjeri da nad njom počini kazneno djelo sudjelovanja u spolnim aktivnostima (kazneno djelo spolne zloporabe djeteta mlađeg od petnaest godina iz članka 158. Kaznenog zakona) i predloži susret s njom ili drugom osobom i koja poduzme mjere da do tog susreta dođe.⁶⁴

kojima je u Hrvatskoj svako peto dijete u dobi od 10 do 16 godina, a koje svakodnevno koristi internet, bilo izloženo spolnim ponudama, novinar je kreirao profil 13-godišnje djevojčice Antonele. Glumeći učenicu 7. razreda počeo je razgovor putem interneta. Misleći da razgovaraju s djevojčicom, kontaktirali su ga deseci zrelih muškaraca. Novinari su snimili njihove poruke, telefonske razgovore i konačno, dolazak jednog o njih u roditeljski stan trinaestogodišnjakinje. Nakon dogovora s novinarom, u namjeri da se sastane s trinaestogodišnjom djevojčicom, mirni obiteljski čovjek došao je u stan trinaestogodišnje djevojčice i susreo se s televizijskim kamerama. Dnevnik.hr, 06.09.2007. <http://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/ekipa-nove-tv-u-lovu-na-pedofila.html> 05.08.2012.

61 Presuda VSRH Broj: Kžm 23/08-4 od 10. srpnja 2008. godine.

62 Buljan Flander, G. Internet i djeca – trebamo li se brinuti?, Zbornik radova sa skupa Nasilje nad djecom i među djecom, (2008), Grafika d.o.o. Osijek, Osijek 2010. str. 18.

63 Kazneni zakon ne definira termin informacijsko-komunikacijska tehnologija. U članku 87. stavak 17. definiran je pojam računalni sustav.

64 Mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba, članak 161. (1) Punoljetna osoba koja osobi mlađoj od petnaest godina, u namjeri da ona ili druga osoba nad njom počini kazneno djelo iz članka 158. ovoga Zakona, putem informacijsko komunikacijskih tehnologija ili na

Kazneno djelo mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba može se počiniti samo s izravnom namjerom, počinitelj mora biti svjestan da osobi mlađoj od petnaest godina uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije s namjerom da on ili druga osoba nad njom počini kazneno djelo iz članka 158. Kaznenog zakona predlaže, sastanak s njom ili drugom osobom i poduzme mjere da do tog susreta dođe.⁶⁵

Naziv i sadržaj odredbe nisu usklađeni. Naziv kaznenog djela, mamljenje djece na zadovoljenje spolnih potreba sugerira da se mamljenje, nagovaranje osobe mlađe od petnaest godina odvija neko vrijeme. Oblik glagola mamljenje označava trajni glagol, odnosno radnju koja traje određeno vrijeme i koja se u određenim (pravilnim ili nepravilnim) vremenskim periodima ponavlja sve dok se ne postigne svrha mamljenja ili se odustane od mamljenja. U svakom slučaju, termin mamljenje označava aktivnost koja je izvedena više od jednom. U odredbi je uporabljen termin „predložiti“ koji označava jednokratnu aktivnost, jedno iznošenje prijedloga. Iz navedenog proizlazi da je za kaznenu odgovornost dostatno da se prijedlog za susret iznese samo jednom. Naslov i sadržaj odredbe trebalo bi uskladiti bilo na način da se izmijeni termin „mamljenje“ u naslovu kaznenog djela ili da se izmijeni termin „predložiti“ u tekstu odredbe i zamjeni trajnim glagolom kao što je predlaže, mami, vrbuje, nagovara.

Odredbom su sukladno odredbama Konvencije VE-a i Direktive EU-a u potpunosti određene najmanja starost počinitelja i najveća starost žrtve kaznenog djela *tempore criminis*, nagovaranja na sastanak i poduzimanja konkretnih radnji radi realizacije sastanka. Za određivanje dobi djeteta u kojoj ne može dati pristanak na spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju uporabljen je termin „osoba mlađa od petnaest godina“. Odredbe glave sedamnaeste (XVII.) - Kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta definiraju kaznena djela počinjena u odnosu na dijete,⁶⁶ u odnosu na dijete mlađe od petnaest godina,⁶⁷ u odnosu na dijete koje je navršilo petnaest godina⁶⁸ i osobu mlađu od petnaest godina.⁶⁹ Osoba mlađa od petnaest godina, bila bi prema navedenom, dijete mlađe od petnaest godina, u dobi kad ne može dati pristanak na spolni odnos i termin „osoba“ bi trebalo zamijeniti terminom „dijete“. Spol počinitelja i žrtve kaznenog djela je irelevantna.

drugi način predloži susret s njom ili drugom osobom i koja poduzme mjere da do tog susreta dođe, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.

65 Prema presudi, optuženik je s djevojčicom starom 12 godina uspostavio i održavao kontakt putem usluge VIP Chat&Date, razmjenjivao poruke spolnog sadržaja. Bio je svjestan dobi oštećenice jer je u dva navrata izrazio nedoumicu vezano za starost oštećenice riječima “zar stvarno imaš samo 12 godina?”, Presuda VSRH Broj: Kžm 23/08-4 od 10. srpnja 2008. godine.

66 Članak 162. stavak 1., članak 162. stavak 3., članak 163. stavak 1., 3., 5. i 6., članak 164. stavak 1., 2., 3., 4., Kaznenog zakona.

67 Članak 158. stavak 1., 2., 5. i 6., članak 160. stavak 1. i 2., članak 165. stavak 1., članak 166. stavak 1., 2. i 3. Kaznenog zakona

68 Članak 159. stavak 1. i 2., članak 162. stavak 2. Kaznenog zakona.

69 Članak 161. stavak 1. i 2. Kaznenog zakona.

Odredbama kaznenog zakona nisu definirane konkretne mjere za realizaciju sastanka. Prijedlog za sastanak, primjerice nužno ne mora sadržavati određeno vrijeme niti lokaciju. Aktivnosti poduzete radi realizacije sastanka mogu uključivati odlazak počinitelja na dogovorenu lokaciju, pribavljanjem opisa lokacije sastanka žrtvi, kupovinu karte za vlak ili ulaznice u vezi s namjeravanim sastankom, rezerviranje sobe u hotelu. Kazneno djelo je dovršeno kad počinitelj nakon nagovaranja osobe mlađe od petnaest godina na susret uporabom informacijsko komunikacijske tehnologije poduzme bilo koju radnju da se ostvari dogovoreni susret.

Konvencijom nisu definirane spolne aktivnosti.⁷⁰ Definiranje spolnih aktivnosti ostavljeno je domaćim zakonodavstvima. Zakonodavac se odlučio da se termin spolne aktivnosti odnosi na kaznena djela propisana člankom 158. Kaznenog zakona.

Namjera Konvencije VE i Direktive EU je kaznenopravno sankcioniranje punoljetne osobe koja je uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije komunicirala s djetetom mlađim od petnaest godina u namjeri spolnog iskorištavanja djeteta ili proizvodnje dječje pornografije i koja poduzme mjere da dođe do susreta. Kazneni zakon u članku 161. stavak 1. proširuje kaznenopravnu odgovornost počinitelja i na aktivnosti koje se odnose na dogovaranje susreta djeteta s osobom koja je različita od počinitelja u namjeri da druga osoba sudjeluje u spolnim aktivnostima s djetetom (počini kazneno djelo iz članka 158. Kaznenog zakona) i poduzme mjere da dođe do tog susreta. Smatramo da je svrhovitost i *ratio* proširenja odredbe upitna i da je ovo nepotrebno proširenje kaznenopravne odgovornosti izvan konteksta odredbe članka 23. Konvencije VE-a, koja nas obvezuje i odredbe članka 6. Direktive EU-a, koja će nas obvezivati na propisivanje kaznenog djela vrbovanja djece u spolne svrhe.

Konvencija propisuje sankcioniranje odrasle osobe koja uporabom informacijsko komunikacijske tehnologije nagovara osoba u dobi u kojoj ne može dati pristanak na spolni odnos ili s njim izjednačenu spolnu radnju, da se sastane s njim radi počinjenja kaznenog djela kojim se sankcioniraju spolne aktivnosti ili proizvodnja dječje pornografije. Kao što smo već naveli, izričito se propisuje počinjenje kaznenog djela uporabom **informacijske i komunikacijske tehnologije** i to je *ratio* propisivanja kaznenog djela. Ne navode se alternativna tehnička sredstva ili tehnike komuniciranja. Nagovaranje djeteta, *grooming*, moguće je počiniti i na drugi način, u neposrednom fizičkom kontaktu odrasle osobe i djeteta, put posrednika, poštanske pošiljke, međutim intencija Konvencije i *ratio* ove odredbe, nije inkriminiranje i sankcioniranje klasičnog spolnog *groominga*, već samo spolnog *groominga* počinjenog uporabom informacijske i komunikacijske

⁷⁰ Konvencija VE-a, članak 18. Seksualno zlostavljanje, 1. Svaka će stranka poduzeti potrebne zakonodavne ili druge mjere kako bi se kaznenopravno sankcionirao namjerni čin: a) sudjelovanja u seksualnim aktivnostima s djetetom koje je, sukladno mjerodavnim odredbama nacionalnog prava, mlađe od zakonske dobi za seksualne aktivnosti.

tehnologije, odnosno „online grooming“.⁷¹ To naravno ne isključuje mogućnost da se inkriminira i klasičan, „off-line grooming“,⁷² ali je to normativna reakcija na koju nismo obvezni niti ćemo biti na nju obvezni kada postanemo punopravni član EU-a.⁷³ Ukoliko je namjera zakonodavca sankcioniranje *groominga* počinjenog tijekom „fizičkog kontakta s djetetom ili uporabom bilo kojeg sredstva za komunikaciju“ (online i off-line grooming) po uzoru na Zakon o spolnim kaznenim djelima iz 2003. godine, nije potrebno posebno naglašavati način počinjenja uporabom informacijsko komunikacijske tehnologije i počinjenje na drugi način. Implementacija odredbe članka 23. Konvencije VE-a podrazumijeva inkriminaciju počinjenje kaznenog djela uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije, ali zakonodavac ničim nije ograničen da pored minimuma propisanog Konvencijom VE-a, kaznenopravnu zaštitu od mamljenja za zadovoljenje spolnih potreba proširi i na drugi način, osim putem informacijsko komunikacijskih tehnologija, ali u tom slučaju se posve nepotrebno naglašava način počinjenja putem informacijsko komunikacijskih tehnologija. Takav princip primijenjen kod propisivanja kaznenog djela iskorištavanje djece za pornografiju iz članka 163. koji inkriminira mamljenje, vrbovanje ili poticanje djeteta na sudjelovanje u snimanju dječje pornografije i pri tom se posebno ne naglašava uporaba i /ili informacijsko komunikacijske tehnologije.⁷⁴ Dakle bilo bi dovoljno inkriminirati ponašanje punoljetne osoba koja osobi mlađoj od petnaest godina u namjeri da ona ili druga osoba nad njom počinu kazneno djelo iz članka 158. (i članka 163.) ovoga Zakona predloži susret s njom ili drugom osobom i koji poduzme mjere da do tog susreta dođe, čime ništa od sadržaja ne bi bilo izostavljeno niti izgubljeno, ali bi se izbjeglo gomilanje zakonskog teksta. Ako bi inkriminacija obuhvaćala samo minimum obveza iz Konvencije VE-a, smatramo da bi dio odredbe članka 161. stavak 1. „ili na drugi način ...“ trebalo brisati.

71 Zaključak proizlazi i iz teksta objašnjenja uz Konvenciju Vijeća Europe o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja: „Kazneno djelo može biti počinjeno samo „uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije“. Drugi oblici *groominga* kroz stvarne kontakte ili ne-elektroničke komunikacije su izvan dometa ove odredbe. U pogledu konkretne opasnosti imanentne uporabi tehnologije i poteškoća u njenom nadzoru, pregovarači su željeli odredbu fokusirati na najopasniju metodu groominga djece kroz Internet i uporabu mobilnih telefona kojima svako malo dijete sve više ima pristup.“ Explanatory Report, 159. Na objašnjenja uz Konvenciju Vijeća Europe o zaštiti djece od od seksualnog iskorištavanja i zlostavljanja poziva se i u Komentaru Konačnog prijedloga Kaznenog zakona, str. 200.

72 Vidi bilj. 30.

73 Odredba ima i svoj procesni nedostatak. Naime, za dokazivanje i procesuiranje online mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba biti će dostatni digitalni dokazi o vrsti komunikacije, učestalosti komunikacije, mjestu s kojeg je komunikacija uspostavljena, sadržaju komunikacije i neće biti nužno provoditi ispitivanje djeteta kojem je imanentna sekundarna viktimizacija. U slučaju off-line mamljenja djece, pribavljanje dokaza ispitivanjem djeteta, uz primjenu svih relevantnih propisa kojima je svrha eliminacija neželjenih posljedica sekundarne viktimizacije, u najvećem broju slučajeva prouzročiti će više štete od štete koju je dijete pretrpilo kao žrtva navedenog kaznenog djela.

74 Dio odredbe članka 163. stavak 2. „... ili joj svjesno pristupa putem informacijsko-komunikacijskih tehnologija“ implementacija je odredbe članka 20. stavak 1. točka f. Konvencije VE-a.

Termin informacijsko-komunikacijska tehnologija uključuje fiksni i mobilni internet, VOiP, MOiP, mobilnu telefoniju, SMS, MMS, video poruke, glasovnu poštu, odnosno uporabu svih oblika komunikacije ostvarivih suvremenim računalnim sustavima i pametnim mobitelima (*smart phone*).

Ako bi došlo dogovorenog sastanka i počinjenja ili pokušaja kaznenog djela iz članka 158. Kaznenog zakona, počinjenje kaznenog djela iz članka 161. stavak 1. bila bi nekažnjiva pripremna radnja za počinjenje kaznenog djela spolne zlouporabe djeteta mlađeg od 15 godina. S obzirom na odredbe kojima su definirana navedena kaznena djela, ne bi trebalo biti poteškoća u razgraničenju pripremnih radnji propisanih člankom 161. stavak 1. i pokušaja kaznenog djela iz članka 158. Kaznenog zakona.

5.2. Davanje, prikupljanje i prenošenje podataka

Kazneno djelo *groominga*, mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba propisuje kaznenopravno sankcioniranje pripremnih radnji za počinjenje kaznenih djela spolne zlouporabe djeteta mlađeg od 15 godina ili dječje pornografije, a inkriminacija prikupljanja, davanja i prenošenja podataka koji će su uporabiti za počinjenje kaznenog djela jedan je od izuzetaka u propisivanju kažnjivih pripremnih radnji u Kaznenom zakonu.⁷⁵

Odredba članka 161. stavak 2. sankcionira davanje, prikupljanje i prenošenje podataka o osobi mlađoj od petnaest godina radi počinjenja kaznenog djela mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba. Smatramo da bi u konkretnoj odredbi bilo primjerenije uporabiti termine koji se koriste i u drugim odredbama ove glave Kaznenog zakona „posjeduje, pribavlja za sebe ili drugoga, daje, ali i čini dostupnim, distribuira, prodaje podatke o osobama mlađim od petnaest godina radi počinjenja kaznenih djela iz stavka 1. ovoga članka“.

Prikupljanje podataka o osobama mlađim od petnaest godina moguće je putem javnih profila, koji su dostupni na internetu, odnosno društvenima mrežama, jer davatelji usluga traže od korisnika, uključujući i djecu, popunjavanje tipiziranih polja u obrascu za registraciju koji uključuju stvarno ime, starost, lokaciju, a djeca mogu postaviti i svoju fotografiju.⁷⁶ Djeca kreiraju i internet stranice koje omogućuju pristup podacima o stvarnoj lokaciji s koje dijete pristupa internetu. Pristupom socijalnim mrežama, moguće je pribaviti i podatke o drugim sklonostima, koje dijete dijeli s određenim krugom „prijatelja“ kojima je omogućen pristup podacima

⁷⁵ Izrada, nabava, prodaja, posjedovanje ili činjenje drugom dostupnim računalne lozinke, pristupnih šifri ili drugih podataka kojima se može pristupiti računalnom sustavu s ciljem da ih se uporabi za počinjenje kaznenih djela ... Članak 272. stavak 3. Kaznenog zakona.

⁷⁶ Da bi se kreirao profil nije nužno da osoba koja kreira profil unosi istinite podatke. To omogućava počiniteljima da koriste profil druge ili izmišljene osobe (ime, prezime, dob, spol, fotografiju) radi uspostave komunikacije s djecom, ali i prikrivene aktivnosti prikrivenih policijskih istražitelja u otkrivanju počinitelja kaznenih djela dječje pornografije ili seksualnog iskorištavanja djece uporabom informacijsko komunikacijske tehnologije.

o sklonostima djeteta koji nisu dostupni u javnom profilu, a koji mogu otkrivati osobine i sklonostima djeteta. Prikupljanje podataka o spolnim sklonostima i preferencijama vršit će se u pravilu u neposrednom kontaktu i razmjeni informacija s djetetom. Posjedovanje baze podataka djece određene dobi i spola, posebno, ako se osim podataka dostupnih na javnom profilu nalaze i podaci o spolnim sklonostima i preferencijama djece, brojevima mobitela uz oklonost da je riječ o ranije osuđivanoj osobi za kaznena djela spolne zlouporabe djece ili posjedovanja dječje pornografije, biti će dostatni za sumnju da su podaci pribavljeni s namjerom počinjenja kaznenog djela *groominga*.

5.3. Pokušaj kaznenog djela mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba

Pokušaj kaznenog djela mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba je kažnjiv.⁷⁷ Sama digitalna komunikacija odrasle osobe i djeteta mlađeg od petnaest godina, nagovaranje djeteta na fizički susret s namjerom počinjenja kaznenog djela spolne zlouporabe djeteta nije dovršeno kazneno djelo. Za dovršenje kaznenog djela nužno je poduzimanje konkretnih aktivnosti radi realizacije sastanka, ali ne nužno i realizacija sastanka. Prema definiciji pokušaja, kažnjivo je poduzimanje radnje koja prostorno i vremenski neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela.⁷⁸ Samo dogovaranje sastanka s namjerom počinjenja težeg kaznenog djela, bez poduzimanja konkretnih aktivnosti da dođe do realizacije sastanka, bila bi radnja koja prostorno i vremenski neposredno prethodi ostvarenju bića kaznenog djela, odnosno pokušaj počinjenja kaznenog djela mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba.

Za kazneno djelo mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba iz članka 161. stavak 1. Kaznenog zakona propisan je opći minimum kazne zatvora i posebni maksimum do 3 godine zatvora. Za kazneno djelo prikupljanja podataka o osobi mlađoj od petnaest godina radi počinjenja navedenog kaznenog djela propisan je opći minimum kazne zatvora i posebni maksimum do jedne godine zatvora. U usporedbi s citiranim odredbama poredbenog prava, Kazneni zakon propisuje isključivo kaznu zatvora i to višestruko veći posebni maksimum. Propisanu kaznu zatvora treba interpretirati imajući u vidu fakultativnu mogućnost suda da za kazneno djelo za koje je propisana kazna zatvora do tri godine, izrekne novčanu kaznu kao glavnu kaznu.⁷⁹

5.4. Kazneno djelo iskorištavanje djece za pornografiju

Kazneni zakon u odredbama članka 163. stavak 1. propisuje novo kazneno djelo, namamljivanje, vrbovanje ili poticanje djeteta na sudjelovanje u snimanju dječje pornografije kao i organizaciju ili omogućavanje snimanja dječje pornografije

⁷⁷ Članak 161. stavak 3. Kaznenog zakona.

⁷⁸ Članak 34. stavak 1. Kaznenog zakona.

⁷⁹ Članak 40. stavak 4. Kaznenog zakona.

i pandan je članku 163. stavak 1. koji se odnosi na podvođenje djece.⁸⁰

Kazneno djelo iskorištavanje djece za pornografiju može se počiniti samo s izravnom namjerom, počinitelj mora biti svjestan da dijete, osobu mlađu od osamnaest godina, namamljuje, vrbuje ili potiče na sudjelovanje u snimanju dječje pornografije ili organizira ili omogućava snimanje dječje pornografije.

Dob počinitelja nije određena. Prema odredbama Kaznenog zakona, počinitelj može biti svaka osoba koja je u vrijeme počinjenja djela navršila četrnaest godina⁸¹ i niža je od dobne granice u kojoj dijete može dati pristanak na spolni odnos.⁸² Žrtva može biti samo dijete. Pojam dijete definiran je sukladno odredbi članka 9. Konvencije o kibernetičkom kriminalu i uključuje sve osobe u dobi mlađoj od osamnaest godina. Isto tako treba interpretirati pojam dijete u odredbi članka 163. stavak 5., kao osobu koja nije navršila osamnaest godina života, koja se neće kazniti za proizvodnju i posjedovanje pornografskog materijala koji prikazuje njega samog ili njega i drugo dijete, ako su oni sami taj materijal proizveli i posjeduju ga uz pristanka svakog od njih, isključivo za svakog od njih i isključivo za njihovu osobnu uporabu. Za proizvodnju pornografskog materijala koji ne udovoljava navedenim uvjetima, kazneno je odgovorno i svaka osoba koja je navršila četrnaest godina života.

U odnosu na definiciju dječje pornografije u Kaznenom zakonu,⁸³ definicija Direktive EU-a sadrži i odredbe prema kojima navedeni pojam dječja pornografija obuhvaća i prikaz spolnih organa osobe koja izgleda kao dijete i realističnih slika spolnih organa djeteta za primarno spolne svrhe, a prema odredbama Konvencije i VE-a i Direktive EU-a, odnosi se samo na materijal koji vizualno prikazuje inkriminirane sadržaje. Navedena odredba kaznenog zakona odnosi se i na materijal koji na drugi način prikazuje inkriminirane sadržaje. Postoje znatne razlike u odredbama kaznenog djela proizvodnje dječje pornografije definiranih u odredbi Konvencije VE-a i Direktive EU-a u odnosu na odredbe članka 163. Kaznenog zakona. Stavak 1. propisuje kaznenopravne sankcije za osobu koja „namamljuje, vrbuje ili potiče na sudjelovanje u snimanju dječje pornografije ili tko organizira ili omogućuje njeno snimanje“. Prema ovoj odredbi, počinitelj može biti svaka osoba, dijete i punoljetna osoba. Termin „*na sudjelovanje u snimanju*“ sugerira da dijete sudjeluje u spolnim aktivnostima koje se snimaju. Intencija Konvencije VE-a je kaznenopravno sankcioniranje situacije u kojoj „dijete može biti uvučeno u proizvodnju dječje pornografije slanjem kompromitirajućih osobnih

80 Obzirom na kontekst navođenja članka 163. stavak 1. pretpostavljamo da je riječ greški, te da bi trebalo stajati članak 162. stavak 1., Konačni prijedlog Kaznenog zakona, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=41259> 24.11.2011., str 199.

81 Članak 7. stavak 1. Kaznenog zakona.

82 U KZ/97. dobna granica u kojoj osoba može dati pristanak na spolni odnos, bila je identična dobi u kojoj se na osobu moglo primijeniti kazneno zakonodavstvo. U KZ/11 dob u kojoj se na osobu može primijeniti kazneno zakonodavstvo ostala je navršenih četrnaest godina života, međutim dob u kojoj osoba može dati pristanak na spolni odnos podignuta je na navršenih petnaest godina života.

83 Članak 163. stavak 6. Kaznenog zakona.

fotografija uporabom digitalnih kamera, web-kamera ili kamera mobitela“.⁸⁴ Dakle, dijete je nagovoreno da snimi samo sebe u spolno eksplicitnom ponašanju, svoje spolne organe i tako snimljeni pornografski materijal, uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije čini dostupnim odrasloj osobi. Moguća je i situacija da je snimke djeteta izradila i druga osoba, a dijete koje je snimljeno na nagovor punoljetne osobe, uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije čini je dostupnom toj odrasloj osobi. Isto tako treba interpretirati pojam dijete u odredbi članka 163. stavak 5., kao osobu koja nije navršila osamnaest godina života, koja se neće kazniti za proizvodnju i posjedovanje pornografskog materijala koji prikazuje njega samog ili njega i drugo dijete ako, su oni sami taj materijal proizveli i posjeduju ga uz pristanak svakog od njih i isključivo za svakog od njih i isključivo za njihovu osobnu uporabu. Za proizvodnju pornografskog materijala koji ne udovoljava navedenim uvjetima, kazneno je odgovorno dijete koje je navršilo četrnaest godina života.

Ako na citirane zakonske odredbe primjenimo podatke dobivene provednim istraživanjem kojim je utvrđeno da je 39% djece obuhvaćenih istraživanjem netko koga su upoznali na Internetu tražio da se snimaju na seksualizirani način, ali to nisu učinili dok 6% djece navodi da su se slikali i poslali sliku,⁸⁵ mogli bismo zaključiti da se određeni postotak (od 39 %) čine slučajevi u kojima su punoljetne osobe uporabom informacijsko – komunikacijske tehnologije djecu mlađu od petnaest godina tražile da se snimaju na seksualizirani način, koje ponašanje bi trebalo biti inkriminirano odredbom članka 161. stavak 1. Kaznenog zakona, kad bi u tu odredbu bile u potpunosti implementirane navedene odredbe Konvencije VE-a i Direktive EU-a. Isto tako određeni postotak (od 6%) slučajeva mogao bi se odnositi i na slučajeve u kojima bi se dijete starije od četrnaest godina, a mlađe od petnaest godina, na zahtjev punoljetne osobe, „slikalo ili snimilo na seksualizirani način“ i punoljetnoj osobi poslalo svoje slike bez odjeće. Dio bi se odnosio i na slučajeve koje bismo mogli podvesti pod odredbu članka 163. stavak 5. Kaznenog zakona, ali dio bi podrazumijevalo i kaznenu odgovornost djeteta (pod uvjetom da mu je poznato da slike šalje punoljetnoj osobi).

Sukladno navedenom, namamljivanje, vrbovanje ili poticanje djeteta na snimanje dječje pornografije, uključivalo bi sve osobe u dobi mlađoj od osamnaest godina.⁸⁶ Kazneni zakon ne navodi značenje termina namamljivanje, vrbovanje ili poticanje, ali možemo zaključiti da se termini odnose na aktivnosti koje su pogodne da kod djeteta iniciraju donošenje odluke na sudjelovanju u snimanju dječje pornografije. Definiranje radnje trajnim glagolima upućuje na zaključak da je inkriminirane aktivnosti potrebno višekratno ponavljati. Način namamljivanja, vrbovanja ili poticanja djeteta na sudjelovanje u snimanju dječje pornografije nije propisan i može uključivati, pored ostalog i uporabu informacijsko komunikacijske

84 Explanatory Report, 156.

85 Pored navedenog oko 31% djece navodi da im je osoba koju su upoznali putem interneta poslala svoju sliku bez odjeće. Buljan Flander, G., op. cit. str. 19.

86 Dijete je osobe koja nije navršila 18 godina života. Članak 87. stavak 7. Kaznenog zakona.

tehnologije. Isto tako, može, pored ostalog, uključivati i predlaganje sastanka i poduzimanje mjera da do sastanka dođe. Poduzimanje mjera da do sastanka dođe nije uvjet koji mora biti ispunjen. Termin omogućivanje⁸⁷ snimanja dječje pornografije definira niz vremenski i prostorno povezanih aktivnosti koje stvaraju nužne pretpostavke za snimanje dječje pornografije. Termin organiziranje⁸⁸ odnosio bi se prema sudskoj interpretaciji, na slične, vremenski i prostorno povezane aktivnosti. S obzirom na to da su u odredbi članka 163. stavak 1. alternativno propisani modaliteti počinjenja kaznenog djela: namamljivanje, vrbovanje, poticanje, organiziranje i omogućivanje snimanja dječje pornografije, možemo zaključiti da namjera zakonodavca nije bila inkriminacija ponašanja koja bi imala obilježja pripremnih radnji za počinjenje kaznenog djela iskorištavanje djece za snimanje pornografije, već je, kako je to navedeno u komentaru Konačnog prijedloga Kaznenog zakona, odredba pandan članku 163. stavak 1. koji se odnosi na podvođenje.⁸⁹

Dakle, odredbu članka 163. stavak 1., iako nije implementacija odredbe članka 23. Konvencije VE-a, niti je to bila namjera zakonodavca, nije moguće, ni uz proširenja koja se odnose na starost počinitelja i žrtve, načina i oblika komunikacije i bez propisivanja obveze počinitelja da poduzme mjere da do sastanka dođe, smatrati odredbom kojom su inkriminirana ponašanja propisana člankom 23. Konvencije VE, odnosno pripremnih radnji za proizvodnju dječje pornografije. Niti visina propisane kazna nije primjerena visini propisanih kazni za pripremnih radnji u drugim odredbama Kaznenog zakona.

Isto tako, odredbe članka 163. stavak 2. nisu implementacija odredbi članka 23. Konvencije VE-a odnosno članka 6. Direktive EU-a. Naime, svjesno pristupanje dječjoj pornografiji putem informacijsko-komunikacijskih tehnologija odnosi se na implementaciju članka 20. stavak 1. točka f. Konvencije VE, odnosno članka 5. stavak 3. Direktive EU, primjenjuje se na počinitelja koji ostvari uvid u

87 Omogućivanjem pružanja seksualnih usluga radi zarade bavio se Općinski sud u Zagrebu koji u svojoj odluci navodi da je nesporno utvrđeno da je okrivljenica objavljivala oglase u kojima navodi da zgodne i atraktivne djevojke traže partnere za ugodne trenutke u svom domu, uz navođenje broja telefona za vezu, koji je bio njezin, a zatim je nepoznate muškarce s kojima je tako dolazila u dodir upućivala u stan koji je u tu svrhu prethodno unajmila, s ciljem pribavljanja novčane naknade. Naime, u tom su stanu boravile ukrajinske državljanke koje su pružale seksualne usluge uz naknadu, od koje je polovina pripadala okrivljenici. Iz odluke Općinskog suda u Zagrebu, Ko-2282/97. Garačić, A., Kazneni zakon u sudskoj praksi, posebni dio, 2., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2009. str. 327.

88 Nema nikakve sumnje da je optuženi T.M. organizirao pružanje seksualnih usluga na način da je objavljivao oglase da traži djevojke za masažu, te da je oglašavao usluge masaže, iz sadržaja iz kojih se vidi da se nije radilo smo o masaži, već zapravo o pružanju seksualnih usluga, zatim je spajao djevojke sa zainteresiranim osobama te novac koji je davan na ime usluge dijelio po svom nahodjenju. Iz odluke VSRH I Kž-1109/05 od 28. veljače 2006. Garačić, A., Kazneni zakon u sudskoj praksi, posebni dio, drugo, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2009. str. 330.

89 Konačni prijedlog Kaznenog zakona, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=41259> (24.11.2011.), str 199.

dječju pornografiju na internetu (online) posjetom stranicama koje sadrže dječju pornografiju bez pribavljanja (downloading) i koji ne može biti počinitelj kaznenog djela, pribavljanja, nabavljanja ili posjedovanja dječje pornografije. Da bi osoba bila odgovorna mora s namjerom pristupiti web stranicama koje sadrže dječju pornografiju i mora znati da se takav sadržaj može pronaći na tim stranicama. Sankcije ne smiju biti primijenjene na osobu koja je nehotice pristupila stranicama koje sadrže dječju pornografiju. Namjera počinitelja može biti izvedena iz činjenice da je to ponovljen pristup ili da je djelo počinjeno preko servisa koji se plaća.⁹⁰

Za kazneno djelo iskorištavanje djece za pornografiju iz članka 163. stavak 1. Kaznenog zakona propisan je posebni minimum kazne zatvora u trajanju od jedne godine i posebni maksimum do 8 godine zatvora, kao i za dovršeno kazneno djelo proizvodnje dječje pornografije iz članka 163. stavak 2. Pokušaj kaznenog djela je kažnjiv prema kriteriju propisane kazne.

Kvalifikatorne okolnosti počinjenja kaznenih djela propisane su u članku 166. Kaznenog zakona - teška kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta i odnose se i na kaznena djela propisana odredbom članka 163. Kaznenog zakona.

5.5. Sigurnosne mjere

Sigurnosnu mjeru zabrane potpunog ili djelomičnog obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti u trajanju od jedne do deset godina, računajući od izvršnosti sudske odluke, sud će izreći počinitelju koji je kazneno djelo počinio u obavljanju dužnosti ili djelatnosti ako postoji opasnost da će zlouporabom te dužnosti ili djelatnosti ponovno počiniti kazneno djelo.⁹¹ Počinitelju kaznenog djela iz članka 161. Kaznenog zakona počinjenog na štetu djeteta, sud može izreći zabranu obavljanja dužnosti ili djelatnosti u kojima dolazi u redoviti kontakt s djecom i kad ova djela nisu bila počinjena u obavljanju dužnosti i djelatnosti, a može je izreći i doživotno.⁹² Po proteku deset godina od početka izvršavanja izrečene mjere, sud može na prijedlog osuđenika obustaviti njezino izvršenje ako ustanovi da više ne ako postoji opasnost da će zlouporabom te dužnosti ili djelatnosti ponovno počiniti kazneno djelo.⁹³ O pravomoćno izrečenoj mjeri sud će obavijestiti tijelo nadležno za vođenje upisnika osoba koje obavljaju određene dužnosti ili djelatnosti.⁹⁴

Pored navedenog, počinitelju kaznenog djela iz članka 161. može se izreći i sigurnosna mjera zabrane pristupa internetu u vremenskom razdoblju od šest mjeseci do dvije godine, računajući od izvršnosti sudske odluke, a sud će je izreći počinitelju koji je kazneno djelo počinio putem interneta ako postoji opasnost da će njegovom zlouporabom ponovno počiniti kazneno djelo.⁹⁵

⁹⁰ Explanatory Report, 140.

⁹¹ Članak 71. stavak 1. Kaznenog zakona.

⁹² Članak 71. stavak 3. Kaznenog zakona.

⁹³ Članak 71. stavak 7. Kaznenog zakona.

⁹⁴ Članak 71. stavak 8. Kaznenog zakona.

⁹⁵ Članak 75. stavak 1. Kaznenog zakona.

6. PRIBAVLJANJE DIGITALNIH DOKAZA

Kazneno djelo *groominga*, na način kojim je definirano odredbama Konvencije i Direktive, moguće je počiniti jedino i isključivo uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije, stoga će dokazi o počinjenom kaznenom djelu i počinitelju kaznenog djela biti uvijek u digitalnom (elektroničkom) obliku pohranjeni na mediju za pohranu računalnih podataka ili u oblaku (*cloud*).

Prikupljanje dokaza, u pravilu kreće nakon prijave kaznenog djela⁹⁶ ili nakon utvrđivanja osnova sumnji da je osoba nad kojom se provodi kriminalističko istraživanje zbog kaznenih djela spolne zlorporabe djece, uključujući i djecu mlađu od petnaest godina ili kaznenih djela počinjenih uporabom informacijsko-komunikacijske tehnologije, počinila i kaznena djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta. Radi potvrde osnova sumnje, policija uvijek može, radi sprječavanja i otkrivanja kaznenih djela, primijeniti ovlast provjere uspostavljanja telefonskih kontakata i od davatelja telekomunikacijskih usluga zatražiti provjeru istovjetnosti, trajanja i učestalosti kontakta određenih telekomunikacijskih adresa.⁹⁷

Proaktivna detekcija aktivnosti koje bi mogle dovesti do sprječavanja spolnog iskorištavanja djece mlađe od petnaest godina legitimna je policijska djelatnost i u provođenju tih aktivnosti policija može primijeniti niz policijskih ovlasti. Zakon o policijskim poslovima i ovlastima propisuje ovlast prikrivanja policijskog posla u skladu sa zakonom. Prikrivanje se može odnositi na pravni posao, pravnu i fizičku osobu, tijelo državne vlasti i sredstva komuniciranja.⁹⁸ Prikupljanje obavijesti, može se provoditi uz prikrivanje svojstva policijskog službenika.⁹⁹ Policijski službenik može promatranjem, pratnjom, prikupljanjem obavijesti, prikupljanjem obavijesti uz prikrivanje svrhe prikupljanja, prikrivanjem svojstva policijskog službenika i primjenom mjera tehničkog snimanja, izvršiti prikrivenu provjeru identiteta osobe za koju postoje osnove sumnje da bi mogla biti počinitelj kaznenog djela za koje se progoni po službenoj dužnosti.¹⁰⁰ Policijski službenik može tijekom kriminalističkog istraživanja uporabiti prikrivene policijske radnje, motrenja, pratnje i klopke, ako je očigledno da se drugim radnjama neće postići cilj policijskog posla.¹⁰¹

Pribavljanje digitalnih dokaza u realnom vremenu moguće je provođenjem posebnih dokaznih radnji kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana,¹⁰² na temelju pisanog i obrazloženog naloga suca istrage, protiv

96 Radi ohrabrivanja prijave *groominga*, Reports from the Child Exploitation and Online Protection Centre (CEOP), uspostavio je suradnju s davateljima usluga i postavljen je gumb („button“) „app“ na velik broj internet stranica na koji djeca mogu kliknuti i prijaviti seksualna kaznena djela. Kool, R., op. cit., str. 66.

97 Članak 68. Zakona o policijskim poslovima i ovlastima, NN 76/09.

98 Članak 12. članak 68. Zakona o policijskim poslovima i ovlastima, NN 76/09.

99 Članak 39. Zakona o policijskim poslovima i ovlastima, NN 76/09.

100 Članak 32. Zakona o policijskim poslovima i ovlastima, NN 76/09.

101 Članak 80. Zakona o policijskim poslovima i ovlastima, NN 76/09.

102 Članak 332. Zakona o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11 i 91/12 - Odluka i Rješenje USRH).

osobe za koju postoje osnove sumnje da je počinila kazneno djelo iz kataloga kaznenih djela.¹⁰³ Za kazneno djelo mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba svrhovito bi bilo poduzimanje posebnih dokaznih radnji nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, presretanje, prikupljanje i snimanje računalnih podataka, tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta i uporabu prikrivenih istražitelja i pouzdanika. Prikriveni istražitelji često se koriste za otkrivanje počinitelja kaznenih djela *groominga* – *groomera*, a njihova aktivnost uključuje infiltraciju postavljanjem lažnih profila na društvenim mrežama na internetu¹⁰⁴ i u manjoj mjeri lažnih internet stranica.¹⁰⁵

Reaktivno pribavljanje digitalnih dokaza moguće je poduzimanjem dokaznih radnji pretrage računala i s njim povezanih uređaja, drugih uređaja koji služe prikupljanju, pohranjivanju i prijenosu podataka, telefonskim, računalnim i drugim komunikacijama i nositelja podataka¹⁰⁶ i privremenim oduzimanjem podataka pohranjenih u računalima i s njim povezanim uređajima, te uređajima koji služe prikupljanju i prijenosu podataka, nositelje podataka i na pretplatničke informacije kojima raspolaže davatelj usluga,¹⁰⁷ osim kad je privremeno oduzimanje predmeta zabranjeno.¹⁰⁸ Za kaznena djela mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba, prema odredbama Zakona o kaznenom postupku, mogu se poduzeti dokazne radnje.

Iako kazneno djelo mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba nije dio kataloga kaznenih djela navedenih u članak 334. stavak 1. provođenje posebnih dokaznih radnji bilo bi moguće u skladu s odredbom članka 334. stavak 2. Zakona o kaznenom postupku, posebne dokazne radnje „*mogu se odrediti i za kaznena djela počinjena na štetu djece ili maloljetnika*“. Pri promjeni odredbi članka 334. Zakona o kaznenom postupku, odnosno odredbi kojima je propisan katalog kaznenih djela, a koja je bila nužna zbog stupnja na snagu Kaznenog zakona, u katalog kaznenih djela za koje je moguće provoditi posebne dokazne radnje nije uvršteno i kazneno djelo mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba iz članka 161. Kaznenog zakona.¹⁰⁹ Smatramo da i dalje postoji potreba da se kazneno djelo iz članka 161. uvrsti u katalog kaznenih djela za koje je moguće provoditi posebne dokazne radnje.

103 Članak 334. Zakona o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11 i 91/12 - Odluka i Rješenje USRH).

104 Okolnosti koje pogoduju počiniteljima kaznenih djela *groominga*, pogoduju i prikrivenim policijskim istražiteljima. Postavljanjem lažnog profila, djeteta, prikriveni policijski istražitelji mogu održavati formalnu komunikaciju prikrivanjem vlastitog identiteta i stvarne lokacije sve do ugovaranja sastanaka ili proizvodnje dječje pornografije omogućavanjem uvida u slike ili filmove pornografskog sadržaja. Realizacija sastanka može uključivati i posebnu dokaznu radnju tajnog praćenja i tehničkog snimanja osoba.

105 Kool, R. op. cit. str. 66.

106 Članak 257. stavak 1. Zakona o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11 i 91/12 - Odluka i Rješenje USRH).

107 Članak 263. stavak 1. Zakona o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11 i 91/12 - Odluka i Rješenje USRH).

108 Članak 262. stavak 1. Zakona o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11 i 91/12 - Odluka i Rješenje USRH).

109 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, NN 143/12.

7. ZAKLJUČAK

Intencija odredbe članka 23. Konvencije VE-a i Direktive EU-a je propisivanje obaveze inkriminacije u nacionalna zakonodavstva pripremni radnji za počinjenje težih oblika kaznenih djela spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djece. Stvarni učinak odredbi je kaznenopravna zaštita djece od rizika spolnog zlostavljanja znatno prije nego što je počinjen pokušaj kaznenog djela spolne zloporabe djeteta propisano kaznenim zakonom. Kazneno djelo mamljenja djece za zadovoljenje spolnih potreba počinjeno uporabom informacijske i komunikacijske tehnologije ili na drugi način, propisuje pripremne radnje za počinjenje težih kaznenih djela i postaje sredstvo za proaktivnu prevenciju kaznenih djela spolnog iskorištavanja djece mlađe od petnaest godine i potpuno je novo kazneno djelo u Kaznenom zakonu. Rezultat je djelomične implementacije odredba Konvencije VE-a. Direktiva EU-a propisuje obvezu inkriminacije vrbovanja djece u spolne svrhe na usporediv način. Obzirom na obveze koje proizlaze iz potpisane i ratificirane Konvencije VE i budućeg članstva u EU, smatramo da je nužna puna implementacija odredbi Konvencije VE i Direktive EU u odredbu Kaznenog zakona, kojom se mamljenje djece za zadovoljenje spolnih potreba propisuje kao kazneno djelo. Puna bi implementacija inkriminirala aktivnosti punoljetne osobe koja u namjeri da nad osobom mlađom od petnaest godina počini kazneno djelo iz članka 158. i članka 163. Kaznenog zakona, uporabom informacijsko komunikacijske-tehnologije predlaže sastanak i poduzme mjere da do tog sastanaka dođe. Pri tome, zakonodavcu ostaje mogućnost da komunikaciju proširi na sve oblike komunikacije kao i proširenje inkriminacije na drugu osobu.

Počinjenje kaznenog djela isključuje osobni kontakt počinitelja i žrtve, odvija se u virtualnom, kibernetičkom prostoru, dokaze o počinjenju kaznenog djela moguće je, u pravilu pribaviti isključivo provođenjem posebnih dokaznih radnji radi pribavljanja dokaza u digitalnom obliku, odnosno u obliku računalnih podataka, stoga je pored izmjena Kaznenog zakona, nužna i izmjena Zakona o kaznenom postupku. Izmjena Zakona o kaznenom postupku, između ostalog i kataloga kaznenih djela iz članka 334. zbog primjene novog Kaznenog zakona je neizbježna, stoga je kazneno djelo iz članka 161. Kaznenog zakona nužno uvrstiti u katalog kaznenih djela za koja se mogu provoditi posebne dokazne radnje.

Zbog učinkovitog kaznenog progona i sankcioniranja navedenog kaznenog djela i obveza koje proizlaze iz Konvencije VE-a i obveze primjene odredbi Direktive EU-a nakon prijema u punopravno članstvo EU, nužno je u potpunosti inkriminirati ponašanja propisna člankom 23. Konvencije VE-a i člankom 6. Direktive EU u odredbe Kaznenog zakona i provesti predložene promjene Zakona o kaznenom postupku.

Summary

ENTICEMENT OF CHILDREN FOR SATISFACTION OF SEXUAL NEEDS BY USE OF INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGY

The criminal offense of sexual abuse of children - "grooming" at the beginning of the last decade is prescribed in the Sexual Offences Act 2003 (UK). The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse of 2007 and the Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, prescribe the obligations of States Parties to the national legislation criminalized intentional act of adults who use ICT arranged a meeting with the child with the intention of participating in sexual activity with a child and production of child pornography, provided that an adult to take concrete measures for the realization of the meeting. The provisions of the Convention are partially implemented, in Article 161 - Enticement of children for satisfaction of sexual needs in the Croatian Criminal Code (2011). In this paper author analyzes the provisions of the Convention and the Directive, the differences between the provisions of the Convention and the Directive, comparative law and the extent of implementation of the provisions of the Convention in the Croatian Criminal Code (2011). The author also analysis commitments for the full implementation of the provisions of the Convention in the Croatian Criminal Code, the future obligations of implementation of the provisions of the Directive in the Croatian Criminal Code, and in that context, future changes of the Croatian Criminal Procedure Act.

Keywords: *enticement, grooming, ICT, sexual child abuse, child pornography.*

Zusammenfassung

LOCKUNG DES KINDES ZUR BEFRIEDIGUNG SEXUELLER BEDÜRFNISSE MITTELS INFORMATIONEN- UND KOMMUNIKATIONSTECHNOLOGIE

Die Straftat des sexuellen Missbrauchs von Kindern (*Grooming*) wurde Anfang des letzten Jahrzehnten im Gesetz über sexuelle Straftaten aus dem Jahr 2003 (Großbritannien) vorgeschrieben. Das Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch und die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der

Kinderpornographie aus dem Jahr 2011 verpflichten die Mietgliedsstaaten, in ihrer nationalen Gesetzgebung Sanktionen vorzusehen, für Erwachsene, welche mittels Informations- und Kommunikationstechnologie mit einem Kind ein Treffen vereinbaren, mit Absicht, an sexuelle Aktivitäten mit einem Kind oder an Erstellung der Kinderpornographie mitzuwirken, unter der Bedingung, dass der Erwachsene konkrete Maßnahmen zur Realisierung des Treffens unternimmt. Bestimmungen des Übereinkommens des Europarates wurden teilweise im Artikel 161 - Lockung des Kindes zur Befriedigung sexueller Bedürfnisse – des Strafgesetzbuches aus dem Jahr 2011 implementiert. In der Arbeit werden Bestimmungen des Übereinkommens des Europarates, der EU-Richtlinie und des Vergleichsrechtes, der Umfang der Implementierung von Bestimmungen des Übereinkommens des Europarates und die Pflicht der Änderung des Strafgesetzbuches wegen voller Implementierung von Bestimmungen des Übereinkommens des Europarates, Unterschiede zwischen Bestimmungen des Übereinkommens des Europarates und der EU-Richtlinie, zukünftige Pflichten zur Implementierung von Bestimmungen der EU-Richtlinie und damit verbundene Änderungen der Strafprozessordnung beschrieben.

Schlüsselwörter: *Lockung, Grooming, Informations - und Kommunikationstechnologie, sexueller Missbrauch von Kindern, Kinderpornographie.*

Riassunto

ADESCAMENTO DI MINORE AL FINE DEL SODDISFACIMENTO DI BISOGNI SESSUALI MEDIANTE L'UTILIZZO DI TECNOLOGIE INFORMATICHE E DELLA COMUNICAZIONE

Il reato di abuso sessuale di minori - "grooming" è stato introdotto nella legge sui reati sessuali del 2003 (Gran Bretagna), mentre la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali del 2007 e la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile del 2011 disciplinano l'obbligo a carico degli Stati membri di incriminare nella legislazione nazionale l'azione intenzionale di una persona adulta che mediante l'utilizzo di tecnologia informatica e della comunicazione fissi incontri con minori con l'intenzione di partecipare in attività sessuali con il minore o di produrre pornografia minorile a condizione che la persona adulta intraprenda misure concrete volte alla realizzazione dell'incontro. Le disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa sono parzialmente implementate nell'articolo 161 – adescamento di minori ai fini del soddisfacimento di bisogni sessuali nella legge penale del 2011.

Nel contributo si esaminano le disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa e della Direttiva UE, il diritto comparato, l'ampiezza dell'attuazione delle disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa e gli obblighi di modifica della legge penale ai fini dell'attuazione delle disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa e della Direttiva UE, le differenze tra le disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa e della Direttiva UE, gli obblighi futuri di attuazione delle disposizioni della Direttiva UE e in tale contesto le modifiche della legge di procedura penale.

Parole chiave: *adescamento, grooming, tecnologie informatiche e della comunicazione, abuso sessuale di minore, pornografia minorile.*