

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 33

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 33,
Br. 2, str. X+523-1066, Rijeka, 2012.

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: 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.

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

za UDK/for UDK: 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, Sociological Abstracts, Worldwide Political Science Abstracts, Linguistics and Language Behavior Abstracts, San Diego, California, USA i CRIM kriminologija in kazensko pravosodje, Ljubljana, Slovenija.

Časopis je objavljen uz financijsku potporu:
Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske
Hrvatski Telekom d.d.

ISSN 1330-349X

ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 33

BROJ 2

RIJEKA, 2012.

Ovaj broj Zbornika sponzorira



SADRŽAJ

I. Članci:

Boris Banovac

- Institutional and Societal Aspects of Ethno-National Identification and Ethnic Conflict - A Contribution to the Historical Sociology (izvorni znanstveni rad) 525

Miljenko Brekalo

- Povijesni prikaz i pravni karakter normativnih akata Republike Srpske Krajine (izvorni znanstveni rad) 551

Hana Horak, Kosjenka Dumančić, Zvonimir Šafranko,

- Sloboda poslovnog nastana trgovačkih društava - što donosi prijedlog Četrnaeste direktive u pravu Europske unije? (izvorni znanstveni rad) 573

Tommaso dalla Massara

- Vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale: modelli a confronto (izvorni znanstveni rad) 599

Mirela Župan

- Izbor mjerodavnog prava u obiteljskim, statusnim i nasljednim predmetima (izvorni znanstveni rad) 629

Sanja Grbić, Dejan Bodul, Vanja Smokvina

- Diskriminacija osoba s invaliditetom i njihova uključenost u društvo s naglaskom na pravo pristupa sudu (izvorni znanstveni rad) 667

Emilia Mišćenić

- Europsko ugovorno pravo na putu od *soft* prema *hard law* Osvrt na opcionalno zajedničko europsko pravo prodaje (CESL) (izvorni znanstveni rad) 695

Petra Perišić

- Dopustivost oružanih intervencija radi spašavanja vlastitih državljana u inozemstvu (izvorni znanstveni rad) 747

Ivan Tot

- Pojam i pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima u pravu Europske unije (izvorni znanstveni rad) 769

Stjepan Gadžo

- Oporezivanje elektroničke trgovine porezom na dodanu vrijednost:
poreznopravni okvir Europske unije (prethodno priopćenje) 803

Romana Pacia

- Profili giuridici della ricerca genetica: dal consenso informato
alle biobanche (pregledni znanstveni rad) 845

Sanja Barić, Dana Dobrić

- Europeizacija civilnog društva u RH: shvaćanje socijalnog
kapitala ozbiljno? (pregledni znanstveni rad) 883

Frane Staničić

- Važnije promjene u hrvatskom državljanstvu nakon
novele Zakona o hrvatskom državljanstvu iz 2011.
(pregledni znanstveni rad) 917

Dragan Novaković

- Versko zakonodavstvo Kraljevine Jugoslavije
(pregledni znanstveni rad) 939

Dinka Šago, Marija Pleić

- Adhezijsko rješavanje imovinskopravnog zahtjeva
u kaznenom postupku (pregledni znanstveni rad) 967

Milan Franić, Marko Perkušić

- Osobitosti prvostupanjskih postupaka u paternitetskim parnicama
(pregledni znanstveni rad) 1001

Tea Hasić

- Jesu li odredbe o jednakom postupanju prema dioničarima
i zaštiti manjinskih dioničara izraz općeg načela prava EU?
– presuda ECJ C-101/08 *Audiolux* (stručni rad) 1025

II. Prikazi:*Robert Blažević*

- Upravna znanost (Dana Dobrić) 1053

Alenka Šelih, Aleša Zaršnik

- Crime and Transition in Central and Eastern Europe / Kriminalitet
i tranzicija u centralnoj i istočnoj Europi (Dalida Rittossa) 1059

TABLE OF CONTENTS

I. Articles:

Boris Banovac

Institutional and Societal Aspects of Ethno-National Identification
and Ethnic Conflict - A Contribution to the Historical Sociology 525

Miljenko Brekalo

The Historic Overview and Legal Character of Normative Acts
of The Republic of Srpska Krajina 551

Hana Horak, Kosjenka Dumančić, Zvonimir Šafranko

The Freedom of Establishment - What Does the Proposal of the
Fourteenth Company Law Directive Bring into The European
Union Law? 573

Tommaso dalla Massara

Sale under the Roman Tradition Versus International Sale:
a Comparison of Models 599

Mirela Župan

Party Autonomy in Family, Status and Inheritance Matters 629

Sanja Grbić, Dejan Bodul, Vanja Smokvina

Discrimination of Persons with Disability and Their Inclusion
in the Society with the Emphasis on Their Right of Access to the Court 667

Emilia Mišćenić

European Contract Law On The Way From *Soft* To *Hard Law*
An Overview Of The Optional Common European Sales Law (CESL) 695

Petra Perišić

The Permissibility of Armed Interventions for the Protection
of Nationals Abroad 747

Ivan Tot

The Notion and the Legal Consequences of Late Payment
in Commercial Transactions in the European Union Law 769

Stjepan Gadžo

Value Added Taxation of Electronic Commerce: the EU Legal Framework	803
--	-----

Romana Pacia

Legal Aspects of Genetic Research: From Informed Consent to Biobanks	845
---	-----

Sanja Barić, Dana Dobrić

The Europeization of Civil Society in the Republic of Croatia: Taking Social Capital Seriously	883
---	-----

Frane Staničić

Major Changes in the Croatian Nationality Law Following the Amendments To The Croatian Nationality Act Of 2011	917
---	-----

Dragan Novaković

The Legislature on Religion During the Kingdom of Yugoslavia	939
--	-----

Dinka Šago, Marija Pleić

Ancillary Adjudication of Civil Claims for Compensation in Criminal Proceedings	967
--	-----

Milan Franić, Marko Perkušić

Special Features of Paternity Proceedings Before First-Instance Courts	1001
---	------

Tea Hasić

May Particular Provisions of EU Law on Equal Treatment of Shareholders and Protection of Minority Shareholders Be Inferred From a General Principle of Law? – Case Audiolux	1025
---	------

II. Surveyes	1051
---------------------------	-------------

INHALT

I. Aufsätze:

Boris Banovac

Institutionelle und sozietales Aspekte der ethnisch-nationalen Identifikation und des ethnischen Konflikts – ein Beitrag zur historischen Soziologie 525

Miljenko Brekalo

Historische Darstellung und Rechtscharakter von Normativakten der Republik Serbische Krajina 551

Hana Horak, Kosjenka Dumančić, Zvonimir Šafranko

Die Freiheit der Gründung von Handelsgesellschaften – was bringt der Vorschlag Der vierzehnten Richtlinie im EU-Recht? 573

Tommaso dalla Massara

Verkauf gemäß römischer Tradition und internationaler Verkauf – Vergleichung der Modelle 599

Mirela Župan

Die Wahl des maßgebenden Rechts in Familien-, Status- und Erbsachen 629

Sanja Grbić, Dejan Bodul, Vanja Smokvina

Diskriminierung von Personen mit Behinderung und ihre Eingeschlossenheit in Die Gesellschaft mit Betonung auf das Recht auf Gerichtszugang 667

Emilia Mišćenić

Europäisches Vertragsrecht auf dem Weg von *soft* bis *hard law* Ein Rückblick auf das optionale gemeinsame europäische Verkaufsrecht 695

Petra Perišić

Zulassung der bewaffneten Interventionen wegen Rettung eigener Staatsangehörigen im Ausland 747

Ivan Tot

Der Begriff und die Rechtsfolgen des Zahlungsverzugs im Handelsvertrag im Recht der Europäischen Union 769

Stjepan Gadžo

Mehrwertbesteuerung des elektronischen Handels:
steuerrechtlicher Rahmen der EU 803

Romana Pacia

Rechtliche Aspekte der Genetischen Forschung – von
informierter Einwilligung bis zu Biobanken 845

Sanja Barić, Dana Dobrić

Europäisierung der Zivilgesellschaft in der
Republik Kroatien: wird das Sozialkapital ernst genommen? 883

Frane Staničić

Wichtige Änderungen im kroatischen staatsbürgerlichen
Recht nach der Neuigkeit des Gesetzes über die kroatische
Staatsbürgerschaft aus dem Jahr 2011 917

Dragan Novaković

Religionsgesetzgebung des Königreichs Jugoslawien 939

Dinka Šago, Marija Pleić

Durchführung des Adhäsionsverfahrens zur Geltendmachung
vom ermögensrechtlichen Anspruch im Strafverfahren 967

Milan Franić, Marko Perkušić

Die Besonderheiten von erstinstanzlichen Verfahren
in Paternitätsprozessen 1001

Tea Hasić

Sind die Verordnungen über die Gleichbehandlung der
Aktionäre und den Schutz der Minderaktionäre ein Ausdruck
des allgemeinen Grundsatzes vom EU-Recht? – das Urteil
ECJ C – 101/08 *Audiolux* 1025

II. Beschreibungen 1051

INDICE

I. Articoli:

Boris Banovac

Aspetti istituzionali e sociali dell'identificazione etnico-nazionale
e del conflitto etnico: contributo alla sociologia storica 525

Miljenko Brekalo

Rassegna storica e carattere giuridico degli atti normativi
della Repubblica Serba di Craina 551

Hana Horak, Kosjenka Dumančić, Zvonimir Šafranko

Libertà d'insediamento delle società commerciali:
qual è la portata della proposta della quattordicesima
direttiva nel diritto dell'Unione europea? 573

Tommaso dalla Massara

Vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale:
modelli a confronto 599

Mirela Župan

Scelta del diritto applicabile nelle questioni familiari,
di status e successorie 629

Sanja Grbić, Dejan Bodul, Vanja Smokvina

La discriminazione delle persone disabili e la loro appartenenza
alla società con particolare attenzione per il diritto di accesso
alla giustizia 667

Emilia Mišćenić

Il diritto europeo dei contratti sulla via da *soft* a *hard law*
Considerazioni sul diritto comune opzionale europeo della
vendita (CESL) 695

Petra Perišić

Ammissibilità di interventi armati per il salvataggio
di propri cittadini all'estero 747

Ivan Tot

Nozione e conseguenze giuridiche del ritardo nel pagamento
nelle transazioni commerciali nel diritto dell'Unione europea 769

Stjepan Gadžo

La tassazione del commercio elettronico attraverso l'imposta
sul valore aggiunto: il contesto normativo dell'Unione europea 803

Romana Pacia

Profili giuridici della ricerca genetica: dal consenso
informato alle biobanche 845

Sanja Barić, Dana Dobrić

Europeizzazione della società civile in Croazia:
il capitale sociale viene inteso seriamente? 883

Frane Staničić

Rilevanti modifiche nell'ambito del diritto croato alla
cittadinanza in seguito alla novella introdotta con la legge
sulla cittadinanza croata del 2011 917

Dragan Novaković

Legislazione religiosa del Regno di Jugoslavia 939

Dinka Šago, Marija Pleić

Soluzione adesiva della domanda di contenuto patrimoniale
nel procedimento penale 967

Milan Franić, Marko Perkušić

Peculiarità dei procedimenti di primo grado nelle
controversie relative alla paternità 1001

Tea Hasić

Rappresentano le disposizioni circa il trattamento paritario
degli azionisti e degli azionisti di minoranza espressione
di un principio generale del diritto europeo?
La sentenza CGE C-101/08 *Audiolux* 1025

II. Presentazioni 1051

INSTITUTIONAL AND SOCIETAL ASPECTS OF ETHNO- -NATIONAL IDENTIFICATION AND ETHNIC CONFLICT -A CONTRIBUTION TO THE HISTORICAL SOCIOLOGY

Dr. sc. Boris Banovac, redovni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 323.15
Ur.: 15. lipnja 2012.
Pr.: 12. listopada 2012.
Izvorni znanstveni rad

"blood ties" do not necessarily end up in "rivers of blood"
(Horowitz, 1985)

INSTITUCIONALNI I SOCIJETALNI ASPEKTI ETNIČKO- -NACIONALNE IDENTIFIKACIJE I ETNIČKOG SUKOBA – PRILOG HISTORIJSKOJ SOCIOLOGIJI

Sažetak

Višeeetnički sastav lokalnih zajednica je učestala pojava u modernim društvima. Brojni su primjeri u kojima etničke grupe žive zajedno usprkos kulturnim, simboličkim, političkim i gospodarskim razlikama. S druge strane, društvene razlike se nerijetko pretvaraju u latentne i manifestne napetosti i sukobe. U prvom dijelu rada otvara se rasprava o teorijskim i metodologijskim dilemama u istraživanju etničko-nacionalne identifikacije i etničkog sukoba. Polazi se od opće pretpostavke kako su konfliktni (odnosno mirni) ishodi u višeeetničkim sredinama povezani sa složenom dinamikom etničko-nacionalne identifikacije. U metodološkom smislu, autor se zalaže za integrativni pristup u kojem kvantitativne metode istraživanja (ankete i analize sadržaja) treba kombinirati s kvalitativnim metodama (intrevju, analiza diskursa, istraživanje "usmene povijesti"). Nužnost integrativnog pristupa autor argumentira primjerima iz istraživanja koje je provodio tijekom proteklog razdoblja u višeeetničkim područjima Hrvatske i Bosne i Hercegovine. Polazeći od koncepta socijalne integracije, analiza je usredotočena na međuodnos dviju grupa čimbenika koje se tiču etničko-nacionalne identifikacije. Prvu čine strukturalna obilježja lokalnih zajednica koja su prvenstveno određena utjecajem društvenih institucija. Druga se odnosi na utjecaj društvenih aktera čije djelovanje se odvija na nacionalnoj, regionalnoj i lokalnoj razini. Rezultati kvantitativne analize pokazuju kako postoje bitne razlike između konfliktnih i mirnih područja u otvorenosti etničkih granica i pov-

jerenju u institucije. Ipak, kvantitativna analiza ne uspijeva objasniti suptilnije odnose unutar i između područja sukoba i područja mira, posebno kad je riječ o složenom međudjelovanju društvenih aktera poput predstavnika i koalicija političkih, kulturnih, religijskih i poduzetničkih elita na nacionalnoj i lokalnoj razini. Složenu dinamiku etničko-nacionalne identifikacije u lokalnim zajednicama moguće je zahvatiti tek kombiniranjem kvantitativne analize s kvalitativnim metodama koje, usprkos nedostacima poput subjektivnosti, značajno doprinose boljem razumijevanju socijalnih procesa konstrukcije etničkih identiteta i etničkog sukoba.

Ključne riječi: *etno-nacionalni identitet, etnički sukob, etnički mir, institucije, društveni čimbenici*

1. INTRODUCTION

Multiethnic composition of local communities is a common phenomenon in modern societies. Although cultural and political differences may make the tensions and conflicts between groups, There are multiethnic settings in the world that have preserved relative peace for centuries. Such examples are Tirol in Europe or Papua, New Guinea in Asia (Jalal and Lipset, 1992) despite the fact that these areas were surrounded with ethnic conflicts and violence. There are various examples of different communities living next to each other, even though divided by cultural, religious and political symbols connecting them to their recent or not so recent past (Kaufman, 2001: 16). Symbols frequently present barriers to formation of images on a common future because what is considered legitimate in one ethnic community lacks the same legitimacy in the eyes of the other community and vice versa (Wolf, 2006: 67). Symbols, which individual ethnic communities are identified with, may also be understood as historical or cultural “constructs”, but their rootedness in collective conceptions is such that their objectivity is considered unquestionable.¹ Structural features may also intensify the risk of ethnic conflict and violence, particularly under circumstances of rapid social and geopolitical changes. Absence of structural restrictions, such as democratic systems of social regulation or clear territorial boundaries between the states, may easily open the path to violence and genocidal massacres (Sekulić, Massey and Hodson, 2006). The third group of factors are ideological and political. In contrast to democratic values and political practice as features of an “open” society, nationalistic exclusivism generates inappropriate

1 For instance, the myth on Kosovo in Serbian ethnic cosmology was relentlessly employed in ethno-political mobilization of Serbs in all parts of the former Yugoslavia. In Croatia, the newly established government led by F. Tuđman embraced the symbols that inevitably brought to mind the bloody past of the Independent State of Croatia and the Fascist movement present there in the period of the Second World War. This definitively broke the line of communication with the Serbian minority in Croatia at the time.

institutional solutions and stimulates dissatisfaction and ethnic conflicts. A specific aspect of nationalistic exclusivism would be the ethnicisation of the political scene where newly-formed political parties are structured almost exclusively on ethnic basis. Finally, the fourth category of factors in which ethnic conflicts may be rooted are the economic ones. In this sense, it is made difficult or even impossible for minority groups to access material resources in a society using mechanisms such as planned weakening of modernization processes, economic pacification, and establishing different forms of “cultural division of labor” in specific areas where the concentration of minority groups is significant.

At the dawn of the disintegration of the socialist systems in the Balkans in early 90-ties, something similar happened. In the former Yugoslavia there were also some multiethnic settings where peace and local communities have been preserved, while the surrounding areas were burdened by conflicts, ethnic cleansing and violence of war. Asking questions about the dynamics of ethnic conflict and ethnic peace runs a range of theoretical, methodological and practical dilemmas. Where to look for reasons for such different outcomes in the communities that live so close to each other? Whether the outcomes have primarily to do with cultural differences that are reflected in values, norms and symbolic expressions? What is the role of messages transmitted by media, including the ideas and perceptions on others? Or, can different peace and conflict outcomes be primary explained by taking into account circumstances and contingencies created by the strategies of national and local elite-groups, their interests and coalitions. What is the role played by processes of ethnic and national identification? Is it true that stronger ethnic and national identities inevitably lead to ethno-national mobilization, conflict and violence? How can the impact of institutional sector (sociologists would say – structural factors) on the dynamics of inter-ethnic relations be judged? Or, would be more realistic to assume social action as a decisive factor? Rethinking about these and similar questions must take into consideration a series of factors involved in the dynamics of interethnic relations.

2. THEORETICAL AND METHODOLOGICAL REMARKS

Several sets of theoretical explanations have been used to explain the emergence of ethnic conflict and violence, on the one hand, and the persistence of ethnic peace and stability, on the other. Three sets of theoretical frameworks, concerning the roots of ethnic conflicts and ethnic peace, were combined – taking into account their relative importance or empirical validity – in order to explain basic differences between the two types of areas:

a) The theory of primordialism explains ethnic conflict and violence as a consequence of deep-rooted passions of intolerance and hatred, which are triggered by dissolution of the multiethnic state. Primordial meanings can be used for to justify the peace endurance as well, such as the assumption that people are naturally more inclined to peace than conflict. Some of these assumptions are included in

the peace culture theoretical frameworks as well. From a scientific point of view primordialism may seem just a kind of “inside subjectivism” (Fishman 2004), but for the actors involved in the processes of identity construction the emotional bonds with the group and their symbolic expressions may seem more important than the life itself.

b) Next is the set of modernization theories (developmental, constructionist, instrumental, situationist, etc.). It explains ethnic conflicts and violence as a product of transformation of a predominantly agrarian community into an industrial community, whereby less educated people as well as economically less developed areas, which are committed to collectivism and authoritarianism rather than individualism and democracy, search for an exclusive collective identity and are prepared to take the part in mass mobilization on the basis of ethnicity in order to stretch up firm boundaries against other ethnic groups. Insofar, the whole process takes the form of the politics of nationalism (e.g., Gellner, 1983, 1994). The explanations emphasizing the manipulative role of the political elites and their tendency to instrumentalise ethnic identity and sentiments basically belong to this set of theories (e.g., Obershall, 2000).

In Brubaker’s thesis on “ethnicity without groups” a special role is given to the explanation of the processes of ethnic identification, ethnic mobilization and ethnic conflict. His plea for discarding primordialist and essentialist conceptions of ethnic conflict alike, as a conflict between ethnic groups, primarily aims at conceptual clarification. At the level of ethno-political practice, interethnic conflict is presented as a conflict between the ethnic groups. As Brubaker points out, for an ethnicity student and analyst, it is more efficient to think in the categories of ethnicisation as a political, social, cultural or psychological process in the course of which ethnicity is yet to be connected to “groupism”. In Brubaker’s view the “group” is not considered a fundamental analytic category, and groupism is a variable whose changeability depends on the context (Brubaker, 2004: 11).² Consequently, ethnicity should not be understood as a substance, thing, entity or collective individual, but should rather be approached from the perspective of relationship, processes, political projects, and contingent events.

c) The third set of theoretical frameworks are taken from different domains of peace research in order to explain the persistence of peace in some multiethnic areas surrounded by the areas where ethnic conflicts and violence or war is taking place. Firstly, the holistic peace (Galtung, 1995) and the peace culture model (Boulding, 2000). These models explain profound differences between peaceful and antagonistic social systems, primarily their patterns of human needs, socialization, overt behavior and cultural, including religious, beliefs, that are incorporated into major institutional arrangements of societies, including military, church, competitive markets, schools, etc. This explanation reminds to some aspects of primordialist

2 Brubaker advises of the necessity to differentiate between groups and categories. Category is not a group. It is at best the potential basis for group-formation or “groupness” (Brubaker, 2004: 12).

theories of ethnicity and nationalism. It is that peace propensities and endurance are constitutive elements of every culture, as much as conflict and aggression, whereby a dialogue between members of culturally different communities (in multiethnic settings) may soften hard and aggressive and condone soft and peaceful orientations.

In his more pragmatic approach, Vjeran Katunarić recognises several categories/forms of peace in multiethnic situations (Katunarić, 2007). Those are primarily peace-building post-conflict processes in which one may differentiate among peace development stages, such as peace-making, peace-keeping and peace-building, and finally, the *democratic peace*, which is in some aspects similar to the idea of a *culture of peace* (Katunarić, 2007: 396). The termination of conflict entails realisation of various programs and projects which, in addition to significant material resources, presuppose institutional transparency and responsibility. It is necessary to build up the civil society sector which complements the work of democratic institutions.

The key explanatory framework of these theories was used for to understand how much they can explain the test-cases, i.e., the existence of conflict and peace areas, in the former Yugoslavia.

This theoretical mix was accompanied by a methodological mix and different methodological procedures were used in collecting data. Starting from the assumption about the complexity of the dynamics of ethnic conflict, combined methods and research techniques were used. One must admit that this is not unusual in the research of ethnic identity and ethnic conflict.³ Two aspects in this regard have to be emphasized. Firstly, using of different methods very often corresponds to the uses of different theoretical perspectives. Thus, for example, quantitative data analysis with longitudinal outlooks is mostly aimed to establish some evolutionary processes on macro-level, e.g. within analytical units like nations or regions with data aggregated on that level, and is accordingly closer to macro-social theories like functionalism, institutionalism, political realism (state-level analysis), class analysis, etc. Concurrently, qualitative analysis, especially when combined with quantitative, as in the case of Varshney's research (Varshney 2002), requires disaggregation of data and their "deconstruction" from an inside perspective in order to understand meanings which individual actors or small intimate groups attribute to themselves or their interactions with others.

Second important aspect of the methodological mix in this area is that such procedure does not guarantee, although it justifiably claims for scientific progress due to the diversification of methodological practice, better results in terms of (empirical, comparative or theoretical) generalizations of the findings. More properly, the methodological mix seems to improve the explanation of the relationships between different levels of analysis, and social phenomena respectively, i.e. between macro-

3 Just to cite some examples: Deadly ethnic Riots (Horowitz, 2001); Conceptualizing and Measuring Ethnic Identity (Brady and Kaplan, 2009); Ethnic Conflict and Civic Life (Varshney, 2002).

and micro-level and between institutional and social life-world level – for instance, between institutional policies of government and strategies of civic associations, as in Varshney's study.

In most of our research the combination of qualitative and quantitative research techniques were used: survey research, non-structured or semi-structured interviews, content analysis, narrative analysis of different sources, including historical, oral history, etc.

Taking into account these theoretical and methodological presumptions, in this paper the issue of the dynamics of ethnic conflict, and its absence in multiethnic areas of Croatia will be discussed from three important standpoints: identification processes, institutional level and societal level. With that aim, I should refer to previous research projects realized in the multiethnic areas of Croatia.⁴

3. IDENTIFICATION PROCESSES, ETHNIC CONFLICT AND ETHNIC PEACE

The starting point in the research was a general assumption that the conflict (or peaceful) outcomes in multiethnic areas are associated with the complex dynamics of ethno-national identification in multi ethnic areas. As an analytical category, identity was accepted over the last few decades by various theories, from interactionism to structural functionalism. The notion of identity was embraced by completely opposite theoretical perspectives on ethnicity, race and nation, such as theories close to primordialism as well as modernization and instrumentalist theories. The notion of identity serves the purpose of explaining the unstable, multiple, fluid and fragmentary nature of the contemporary Self. Analyzing the heterogeneity of the concept of identity, Brubaker states that, today, the analytical value of the concept is seriously brought into question because the notion, which was originally created to denote sameness, constancy and stability, is acquiring opposite meanings. Instead of hopeless attempts to find a unique substitute for "identity", one should unravel the knot of tangled meanings and divide the notion of "identity" into several less "tangled" notions such as self- and Other-identification, categorization, self-understanding, social location, connectedness, and groupness (Brubaker, 2004: 41–48). Despite this, identity, as a practical category, may have (and frequently has) strategic significance for different social actors, particularly in situations where other forms of social mobilization, such as class mobilization, lose their strength.

4 Since 1995 the author has conducted or participated in a series of research projects conducted on the topic of ethnic relations, ethnic conflict and ethnic peace in Croatia and neighboring areas. Just to mention some of them cited in this paper: "Croatian ethnicity and cultural patterns in the area of Istria and Rijeka" (1990-1995), "The processes of modernization and territorial identification in Istria" (1997-1999), "Modernization and collective identification in Croatian peripheries" (2002-2005), "Peace enclaves/cradles - Intercultural dialogue and conflict prevention" (CDCULT 2002-2003), "Social integration and collective identities in multiethnic areas of Croatia" (2007-)

Questions arising from these assumptions may be subsumed under the following. Are there significant differences in the processes of identification in areas of ethnic conflict and areas of ethnic peace? Is it justified the claim that more distinct ethnic and national identities automatically lead to greater levels of conflict in multiethnic communities? Why some communities are conflict-ridden, and others are relatively peaceful, although there were no significant differences in the processes of identification?

Quantitative analysis of the identification processes, based on surveys can hardly provide a reasoned explanation of the conflict or peaceful outcome in certain areas. As it can be seen from the review of responses to questions about the level of attachment to certain categories of identification, the difference between conflict and peaceful areas are very poorly marked (Table 1).⁵ The most important objects of attachment for both PA and CA were: family, homeland, and Croatia (in spatial sense). The greatest differences may be found in attachment to church (religion), nation and political party, but these later seem not to have such a great importance as previous mentioned.

Table 1: *Identification categories - How much significance do you attribute to the following forms of belonging and affiliation? (T-test results)*

	PA		CA		df	T (p)
	Mean	SD	Mean	SD		
Family	3.67	.619	3.63	.720	807	.550 (.58)
Homeland	3.23	.845	3.25	.862	806	-.376(.71)
Croatia	3.10	.835	3.23	.849	807	-2.158(.03)
Region	3.06	.892	2.97	.984	801	1.298(.19)
Town	3.02	.896	2.89	1.020	803	1.925(.06)
Culture	2.88	.851	2.94	.867	807	1.023(.31)
District	2.88	.994	2.85	1.019	807	.414(.68)
Language	2.69	1.003	2.80	1.023	807	-1.494(.14)
Nation	2.57	1.009	2.98	.960	806	-5.896(.00)
Profession	2.43	.993	2.28	1.047	807	2.017(.04)
Gender	2.39	1.079	2.47	1.067	806	-1.059(.29)
Church	2.37	1.009	2.86	.995	807	-6.957(.00)
Generation	2.31	1.037	2.36	1.006	804	-.653(.514)
Europe	2.27	.945	2.30	.981	807	-.405(.686)
Political party	1.62	.783	1.86	.910	805	-4.132(.00)

5 The cited results were obtained in the research "Social integration and collective identities in multiethnic areas of Croatia". The survey was conducted in late 2008 and included 809 examinees from six multiethnic communities in Croatia being: Rovinj, Vrbovsko, Daruvar, Gospić, Plaški, Pakrac. The first three of them were defined as peace areas, and the later as conflict areas.

This level of analysis could be tentatively called "objective" because of the prevailing quantitative approach. Data collected using qualitative methods show somewhat different situation. In order to illustrate this, here are some highlights from the interpretation of interviews conducted in 2002 in Pula (region of Istria - PA) and Osijek (region of Slavonia - CA).⁶

Pula in region of Istria (PE). All interviewed see regional identity, i.e., Istrian identity, as salient, i.e., more important to inhabitants of Pula than national identity, i.e., being Croat. A majority of interviewed think that Istrians have never clearly differentiated between ethnic groups living on the other side of the mountain Učka (a natural barrier that divides the peninsula from the rest of Croatia), they were perceived just as different. The expression "over Učka" always had a symbolic meaning for people in Istria. In that way Istrian identity takes a kind of primordial, almost natural features. But on the other hand, a high level of ethnic tolerance, without traces of ethnic divide and discrimination, is viewed as a specific quality of Istria. Intermarriages are seen as normal, and there is no form of segregation, least ghettoizing of minorities. One respondent explains, that "the mobilization according to ethnic or national lines came as a consequence of the formation of the ethnic-national parties, but being without major sound-off /in this area". The bottom-line of this explanation can be found in the answers of other respondents too.

Furthermore, they explain that a rather small distance toward newcomers use to appear, but only in the outset of the process of adaptation that takes a short time; thereafter the newcomers are accepted as being the part of the local population. A respondent confirmed this assertion by his own experience both as a newcomer and the member of the ethnic group least popular in Croatia. He said that the domestic population protected him from chicanery by nationalists in Croatia. Finally, all respondents guess that for people in Pula civic identity is more important than ethnic identity. The contradictions in self-perception of the category of identity are evident, but one must admit that it works quite well, especially on the level of everyday life.

Osijek in region of Slavonija (CA). All respondents assume that principal guilt for commencing the war is doubtless and it is the politics of the Serb leadership and Milosevic by person. However, respondents significantly differed in their opinions about other aspects of ethnic relations. Some respondents think that Osijek used to be a place of ethnic tolerance before the war, but this custom has been spoiled by extremists who politically manipulated people, primarily people from rural areas in the vicinity. Such a way, the conflict was "imported" in the urban milieu of Osijek, the one which is much harder to dissolve on the basis of primordial attachments or "primitive" affiliations. This was performed, the narrative goes, by exercising pressures and campaigns of frightening. The campaigns were emulated

6 The cited data were collected in the framework of the research project "Peace enclaves/cradles - Intercultural dialogue and conflict prevention" led by Vjeran Katunarić. The project has been realized in Croatia, Bosnia and Herzegovina and Kosovo. The interlocutors in interviews were members of local elite-groups and opinion makers.

by media (on both sides). By that, “the worst instincts awoke among people and made them to join their ‘flocks’”. However, there existed rather strong civic identity among the inhabitants, these respondents said, and evidences for that is a relatively high percentage of intermarriages as well as the identity of people who consider themselves the “old and authentic Osječani /Osijekans/”. Also, and this is confirmed nearly by all respondents, there were no exclusive places in the everyday life in the city before the war in which only people gathered who belong to one ethnic group. (This explanation reminds to the tenets of developmentalist variant of modernization theory of ethnic conflict).

Other respondents think that a significant social distance between Croats and Serbs did exist before 1990, and that it expanded afterwards. The respondents explain that the distance was created by virtue of privileges of Serbs, as they occupied most important positions both in the Communist Party and in the local government. “There were only two groups in the era of Communism: Serbs and the rest, i.e., the people /meaning Croats/... An ethnically mixed marriage was a trump-card for political career; especially in the cases where the wife is a Serb by nationality, the political career of the husband was secured and guaranteed successful”. Finally, all respondents agree that in Osijek nowadays the national identity is more essential than civic identity.

One of the important questions is how to explain the discrepancy between the results obtained from surveys and those obtained in the interviews. A different perspective on the issue of ethnic identification may occur due to the fact that the random sample survey research consisted mainly of ordinary members of local communities while the interlocutors in the interviews were members of local elites and “opinion makers”. Nevertheless, we may presume that social actors primarily follow their real existing situations, their perceptions of interethnic relations, including the explanations of the causes of ethnic conflict and peace. Within the (inter)subjective framework of the situation, the cultural definitions and the perceptions of the others play an important role. They constitute the core of the discourses about self and the others, e.g., how much “we” are different from “them”, and whether these differences can be taken as a pretext for decisions to enter the conflict. Likewise, perceived similarities and common interests of the ethnic groups can be taken as a pretext for decision to endure with actions contributing to peace and tolerance between different ethnic groups in the area. From the point of view of our interlocutors, the process of identification, may seem as an independent variable predicting ethnic conflict or ethnic peace. This perspective comes closer to primordialist theoretical standpoint. On the other hand, the perception of the situation may enforce the existing collective identities and trigger different and yet decisive collective behavior. As Varshney has pointed in his study, “it can be shown that conflict itself is identity-shaping and may have been created for that reason by ethnic partisans” (Varshney 2002: 39). This conclusion fits definitively the constructivist perspective. An illustrative example of the “amplification” of ethno-national identities of different sides in conflict represents the “methodology of

rebellion” which was used similarly in different multiethnic areas in ex-Yugoslavia with a bigger share of Serb inhabitants.⁷

4. THE DYNAMICS OF ETHNIC CONFLICT AND ETHNIC PEACE – INSTITUTIONAL ASPECTS

As often emphasized (Schneckener, 2004; Wolf, 2004; Wolf, 2006; Tiryakian, 2004; Guelke, 2004; Olzak, 2006; Horowitz, 2001), the institutional aspects do not affect just the process of ethnic identification⁸, but also the processes of conflict prevention, ethnic mobilization, and post-conflict integration. A. Varshney in the study of ethnic violence in Indian cities shows that civic associations of members coming from different ethnic groups are more resistant to disintegration processes than Indian cities in which such associations do not exist. Even if a conflict occurs it does not necessarily have to be violent. As Varsney points, “it can take an institutionalized form if ethnic demands for higher political representation, affirmative action, or personal laws are pursued in assemblies, elections, bureaucratic corridors, and nonviolent movements and protests” (Varshney 2002:25).

For these reasons, we expected that the results of empirical studies would point to significant differences in the perception of social institutions in the areas of ethnic conflict and ethnic peace. The second assumption could be that trust in institutions will be greater among respondents from ethnic peace areas. Generally speaking, the results obtained in the study from 2008 appear to confirm the first hypothesis (about differences in the perception of institutions). As Table 2 shows clearly, the differences between the areas of peace and conflict areas were statistically significant.

Table 2: Degree of general trust in social institutions (T- test results)

	Peace Areas	Conflict Areas	df	T (p)
Index of General Trust in Institutions	2.09 (.52)	2.22 (.57)	807	-3.526 (.00)

However, what was surprising is that greater trust in institutions was reported by the respondents from conflict areas.

The analysis of responses concerning different types of institutions shows some interesting trends. First of all, it should be noted that the average trust in

7 The basic strategy was sending external instructors (usually retired members of the former Yugoslav Army and secret services) with the task to spread fear and panic among the Serbs, and win them over to the rebels’ side. Subsequently, they organized mass gatherings with explicit Serbian nationalistic and Chetnik symbolism. It was not before these events took place that the change happened in the minds of the targeted people and they began to take part in the rebellion (Banovac 2009).

8 As M. Perkmann says, “they serve as criteria for action and non-action” and “as such they are an important factor in the constitution of identity” (Perkmann 1998).

social institutions is very low in general (in conflict areas the overall average score was 2.22), and in peace enclaves 2.09. The list of institutions on which respondents expressed their opinions is shown in Table 3. To make the data clearer, the table includes just the answers “Quite a lot of trust” and “A lot of trust” shown for peaceful areas and conflict areas separately.

The results show that trust varies significantly from institution to institution and from peace areas to conflict areas. The institutions with higher trust (over 50% of public trust) in peace areas were: Educational institutions, Health Care, Military and Police. In conflict areas the highest degree of trust went to Educational institutions, Military, Police, Health Care but over 50% of public trust earned Church and TV.

Trade unions, economy, local administration and media (press, TV) are in the middle of the table without any statistical significant difference between PA and CA. Political institutions (national and international) were placed in the very bottom of the list of public trust.

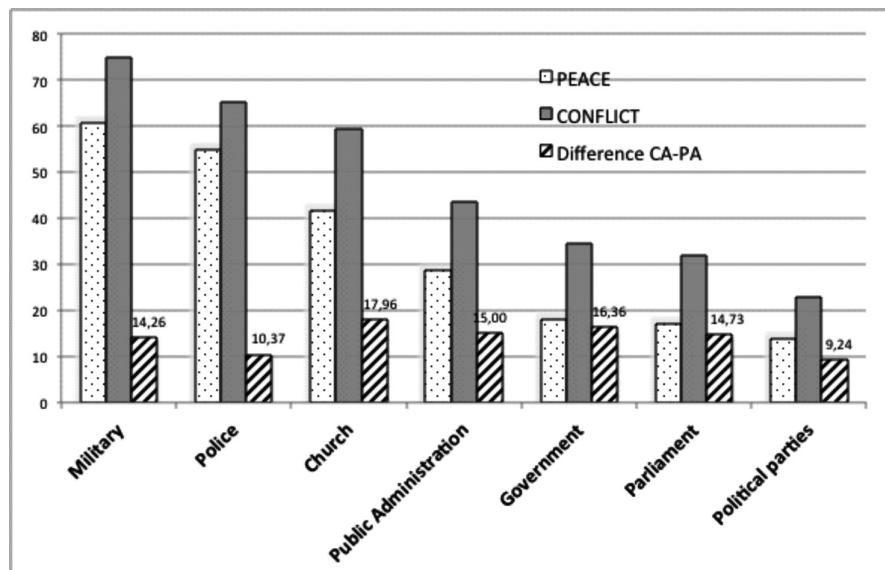
Table 3: *Trust in institutions (Answers “Quite a lot of trust” and “A lot of trust”)*

	PA			CA		
	Quite a lot + A lot of trust	Mean	St. Error	Quite a lot + A lot of trust	Mean	St. Error
Education	78,68	3,00	0,71	77,78	3,00	0,77
Health Care	62,56	2,66	0,78	63,31	2,66	0,89
Military	60,67	2,64	0,86	74,93	3,05	0,87
Police	54,74	2,51	0,84	65,11	3,05	0,86
TV	45,98	2,38	0,82	50,38	2,47	0,87
Press	44,07	2,34	0,86	45,22	2,39	0,89
Economy	42,89	2,34	0,74	39,28	2,32	0,83
Local Administration	45,26	2,33	0,89	41,6	2,29	0,87
Church	41,47	2,29	1,02	59,43	2,69	1,01
Judiciary	38,15	2,23	0,84	37,21	2,20	0,84
Trade unions	32,22	2,12	8,00	34,88	2,21	0,87
Public Administration	28,67	2,07	0,81	43,67	2,33	0,85
UN	28,44	2,03	0,86	32,81	2,12	0,87
EU	27,01	2,00	0,85	33,07	2,11	0,89
NATO	27,25	1,97	0,88	36,43	2,18	0,94
Government	18,01	1,76	0,78	34,37	2,15	0,89
Parliament	17,06	1,73	0,77	31,79	2,07	0,88
Political parties	13,75	1,68	0,73	22,99	1,91	0,80

What we consider important in the analysis is not merely the absolute level of trust in individual institution, but the relative differences between the areas of peace and conflict. If we do so, it becomes quite clear that in the background of the trust in institutions operate significant differences in values and political orientations.

Given the differences in trust in institutions between the areas of conflict and areas of peace, there were major differences in the perception of institutions such as church, parliament, government, public administration, military, police and the political parties, shown in Graph 1.

Chart 1: *The greatest differences in trust in institutions between PA and CA*



There is no doubt that institutions associated with the nation-state are more firmly rooted in the conflict areas. Such an explanation sounds logical because these areas were predominantly marked with nationalist discourse, especially in the circumstances of the disintegration of former Yugoslavia. Despite the low trust in political institutions and organizations (especially political parties) should not be forgotten that these areas (i.e. Lika and Slavonia) have always played the role of the strongholds of state nationalism and conservative political options. On this line Catholic Church that supported the ruling national party HDZ, was particularly engaged.

But what is not so self-evident and logical in the data obtained by survey research is concerning some aspects of the processes of institutionalization in peace areas. In contrast to CA, in PA the processes of institutionalization followed somewhat different ways from the very beginning. In a situation of almost total deregulation, which was caused by the dissolution of former Yugoslavia, came to the fore a variety of local initiatives. The best known and most successful was the Istrian

regionalist alternative.⁹ In this context it would be important to note that the Istrian regionalism developed as a liberal institutional alternative to the state nationalism, and it was not a populist movement. The political core of Istrian regionalism from the beginning was represented by the Istrian Democratic Assembly (IDS).¹⁰

In the Program Declaration from 1991 IDS ideologically defines itself as a party of liberal orientation, but stresses that this orientation is liberal just *in principle*. The real underlying goal of the party was regionalism, which places special emphasis on the territorial and cultural dimension. IDS in this respect defines itself as «a regional party performing on the territory of Istria and the Istrian islands, administratively divided between the republics of Croatia, Slovenia and Italy, but historically, culturally, geographically, ethnically (sic!), economically and ecologically united into a triune whole of this area». This self-determination in itself contains one of the basic strategic ideas of modern Istrian regionalism – the transborder cooperation. It has been defined functionally and primarily as a necessity to facilitate the circulation of «manpower, inhabitants, ideas, knowledge and material goods» between the areas of Istria that are situated in different states. Insisting on «a triune unity of the area» and decentralization of government in essence represents a strategic orientation in furtherance of a special status for this region within the structure of a «Europe of regions».¹¹ In addition to the demand for greater autonomy and a transborder cooperation policy, the third political goal of IDS was the demilitarization of the Istrian region. In the daybreak of forthcoming tumultuous events it was targeted on Istrian electorate at the time. Two years later (1993) IDS won the local elections with support of 75% of electorate and up to date has a very stable political position in the region.

In other cases of PA the Istrian success could not be reached due to different reasons which could not be analyzed in this occasion, but there were examples of local attempts to structure the actions in non-nationalist manner even in the wartime

9 More on topic see in: Banovac, Boris (1998). *Društvena pripadnost, identitet, teritorij. Sociološko istraživanje regionalne pripadnosti u Istri*. Rijeka: Pravni fakultet.

10 The IDS was established in 1989 in conditions of political ferment in Croatia. Formally it became a political party on the 14th February 1990, following the introduction of multi-party system. The first public appearance of the party took place in Pula on 18th April 1990. The political profile of the party is outlined in the Program Declaration published in 1991.

11 The most important characteristics of such a strategy are multi-ethnicity and polycentrism. The former particularly manifests itself in relation to the Italian minority by lending support to a maximalist attitude in protecting their rights, especially in matters of language (institutional bilingualism). Polycentrism is the logical consequence of the demand for decentralization of political power, but it also ensues from the triunity of the Istrian region, thereby wishing to stress the importance of regional identity in comparison to national identity. Although this has nothing to do with traditional autonomist politics, even less with separatism, the mentioned strategic orientation nevertheless represented a limitation of the nation-state influence and as such it resulted in collision with the concept of the governmental system in the new founded Croatian state.

in Croatia.¹² There is no need to specifically argue that all these events that followed the processes of institutionalization of Croatian society had a great impact on everyday life, and more, on the processes of identification in the areas in which the peace was preserved.

5. THE INSTITUTIONAL DISSOLUTION AND THE OPPORTUNITIES FOR SOCIAL ACTORS

In the research of the ethnic conflict and ethnic peace dynamics, the question of social actors and social factors that influence the structuration of social relations in specific situations and social actors that are capable to guide those processes – appears as unavoidable one. The importance of the aforementioned issue particularly increases in cases of rapid social change when the very institutional frameworks of society become undermined.

As authors emerging from different theoretical background suggest, the question of relations among the institutional aspects of sociability and the activity of social actors does not only have an uttermost importance for the understanding of the processes of integration of a society in general, but it also appears in connection with the processes of the construction of personal and social identities (Habermas 1975 , Mouzelis 1997 , Perkman 1998). Problems concerning the ethnic conflict in Croatia and the majority of other parts of the former Yugoslav state, in the beginning of the '90s, were additionally intensified by the destabilization of institutions and by the taking place of overall deregulation processes.¹³ In the case of social turmoil's the question of social actors that direct the main social processes comes as a crucial one. Insufficient and inadequate level of institutionalization gives rise to various kinds of alliances between individuals and social groups that affect the processes of social relations' structuration.¹⁴ In some cases there is a significant amount of uncertainty as to the outcome of the actors' confrontation. Therefore, in our research regarding the multiethnic areas, we started from the presumption of the activity of „actors of conflict” and „actors of peace“.

12 One of our interlocutors in Vrbovsko, a multiethnic area in region of Gorski kotar (PA) told us that they used old Yugoslav militia uniforms without any national symbols instead of Croatian police uniforms which could provoke the local Serbs in those days. It was just a small compromise in the tactics to preserve ethnic peace in tense situation. Something similar happened in Tuzla (Bosnia and Herzegovina) when local police forces wore uniforms with Coat of Arms of Tuzla instead of Bosnian national crest.

13 Low level of confidence in social institutions is but a mere indicator of the poor accomplishment of the institutionalization processes within the Croatian society. That fact is related to one of the greatest social problems in Croatia – corruption.

14 S. Eisenstadt mentions three main kinds of social actors influencing the structuration of social relations: those that structure the distribution of labor; those that articulate the ideology and establish political control; those that affect the construction of intergroup borders and the establishment of intra-group solidarity (Eisenstadt 1992)

Within the framework of our quantitative research carried out in 2008 several research instruments have been used, and by their employment we tried to seize the perception of respondents regarding the activity of social actors. Within the questionnaire questions were posed concerning the main reasons of the occurrence of ethnic conflict and the preservation of ethnic peace in specific areas. Two measuring scales have been devised for the detection of various social actors' influence perception, concerning their impact on the outcome (whether peaceful or directed toward the escalation of conflictual tendencies) of the events in the early '90's. In such manner the respondents from the areas of conflict answered the questions about the main reasons of the conflicts in their regions, as well as about their avoidance in other areas (PA). Reversely, respondents from peaceful regions answered the questions concerning the importance of singular actors in the preservation of peaceful situation in their environment, but were also invited to offer answers about the reasons of conflicts present in other areas. Both of those instruments contained same variables in order for the results to be comparable.

Table 4 shows the respondents' answers concerning the main reasons for the conflicts. The inquiry posed to the respondent from areas of conflict was formulated as follows: „Evaluate in what degree are the specified factors responsible for the conflict in your area in the '90s“. The instrument contained 14 variables and the respondents ought to determine the „responsibility“ for the conflict provocation to each of the suggested factor (or actor). Respondents from peaceful areas were given an equivalent instrument with the question formulated in a different manner: „Evaluate in what degree are the specified factors responsible for the conflicts in Croatia in the '90s“. Both devices included a 4 degree scale: 1. No influence (0), 2. minor influence (--), 3. relevant influence (+), 4. decisive influence (++). For the purpose of a major clarity of reference the first and the last two categories were fused together.

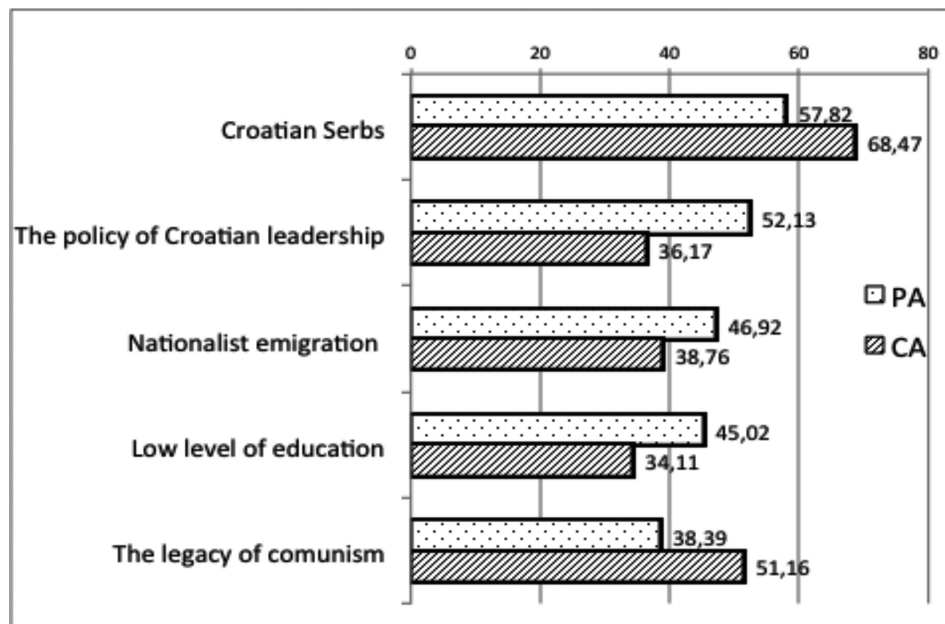
In the discussion of the results of our investigation two questions deserve particular attention. The first one concerns the perception of the main actors of conflicts. Notwithstanding some minor differences in the ordering, both the respondents from the CA and those from the PA agree on three main factors of conflict. They position in the first place the policy of the Serbian leadership (more than 82.4%). Second and third position is assigned to “extremist groups and individuals independently of ethnical affiliation” and, respectively, the Yugoslav army (about $\frac{3}{4}$ of the respondents). Fourth and fifth place is assigned to the local politicians from conflict areas and Croatian Serbs.

Table 4: Perception of “actors of conflict” (level of impact)

	PA/CA	NA	0/--	+;++	MEAN	ST. ERR.
Nationalist emigrant groups	PA	21,56	31,04	46,92	2,78	0,05315
	CA	20,67	40,05	38,76	2,45	0,0626
The Policy of Croatian State Leadership	PA	10,9	36,73	52,13	2,70	0,05165
	CA	14,21	49,35	36,17	2,27	0,05572
Low Level of Education	PA	16,82	37,91	45,02	2,57	0,05181
	CA	14,73	50,9	34,11	2,30	0,05452
Emphasized National Identification	PA	16,82	35,55	46,92	2,60	0,04945
	CA	11,89	38,50	48,32	2,58	0,05496
Non-functioning of Institutions	PA	20,85	49,76	28,91	2,30	0,04444
	CA	16,8	50,91	31,78	2,24	0,04914
Low Level of Economic Development	PA	19,43	46,68	33,65	2,29	0,04937
	CA	12,92	49,36	36,95	2,27	0,05559
The Legacy of Communism	PA	20,85	40,52	38,39	2,47	0,04914
	CA	16,02	32,04	51,16	2,68	0,05108
Yugoslav Army	PA	12,56	11,85	75,12	3,25	0,03896
	CA	11,89	10,86	76,23	3,35	0,04418
Local Politicians	PA	14,93	21,56	63,5	3,06	0,04436
	CA	13,7	23,26	62,27	2,95	0,05128
Foreign Politicians	PA	16,35	38,86	44,31	2,62	0,04798
	CA	19,12	31,26	48,84	2,68	0,05378
Politics of the Serbian Leadership	PA	11,14	6,40	82,47	3,55	0,0349
	CA	10,59	6,20	82,43	3,62	0,03652
Serbs in Croatia	PA	13,27	28,91	57,82	2,85	0,05158
	CA	9,3	21,7	68,47	3,22	0,04965
Extremist Groups and Individuals	PA	10,9	12,79	76,31	3,39	0,04068
	CA	11,63	13,44	74,42	3,40	0,04614
Uninformed Media	PA	17,77	35,78	46,21	2,66	0,04963
	CA	17,57	33,33	47,54	2,69	0,05265

The other question we should consider concerns the main differences in perception of the „actors of conflict“ between the respondents from peaceful and conflict areas. It seems obvious that there is no disagreement upon the main actors of conflict between the respondents from the two types of areas. However, when it comes to other factors that influenced the clashes and intensification of tensions in local communities, a substantial discordance in perception is present. In the analysis of our results we used statistical procedures of testing the variations of arithmetical means (T-test) to determine statistical relevance of the obtained differences in perception of „actors of conflicts“. The most relevant differences are shown in the Chart 2.

Chart 2: *Statistically significant differences in perceptions of "actors of conflict" (relevant+decisive impact)*



In the PA a significantly higher number of respondents regards that the instigation of conflicts in Croatia was influenced by: 1. the policy of Croatian leadership, 2. Nationalist emigration groups and individuals, 3. Low level of education in conflict areas. On the other hand, respondents from the conflict areas are more inclined to accuse local Serbs, and every second respondent holds that the legacy of the communist past significantly or decisively influenced the appearance of conflicts. There is no doubt that the immediacy of the armed clashes and the feeling of imminent danger substantially influenced this difference in the perception of „actors of conflicts“. In any case, the situation of ethnical conflict led, to use Brubaker's expression, to ethnic groupism. Consequently, a major portion of blame was projected on the local Serb population as a whole.

When the matter comes to actors and factors of peace (Table 5), a degree of consent between respondents from peaceful and conflict regions is somewhat lower.

Most important social factors singled out by the respondents from peaceful areas are: 1: Tradition of peaceful coexistence (68.7%), 2.Lack of popular support to extremist groups and individuals (61.4%), 3.Peaceful reactions of local authorities (60.2%), 4.Commitment of certain individuals, 5.Local media activity (47.4%).

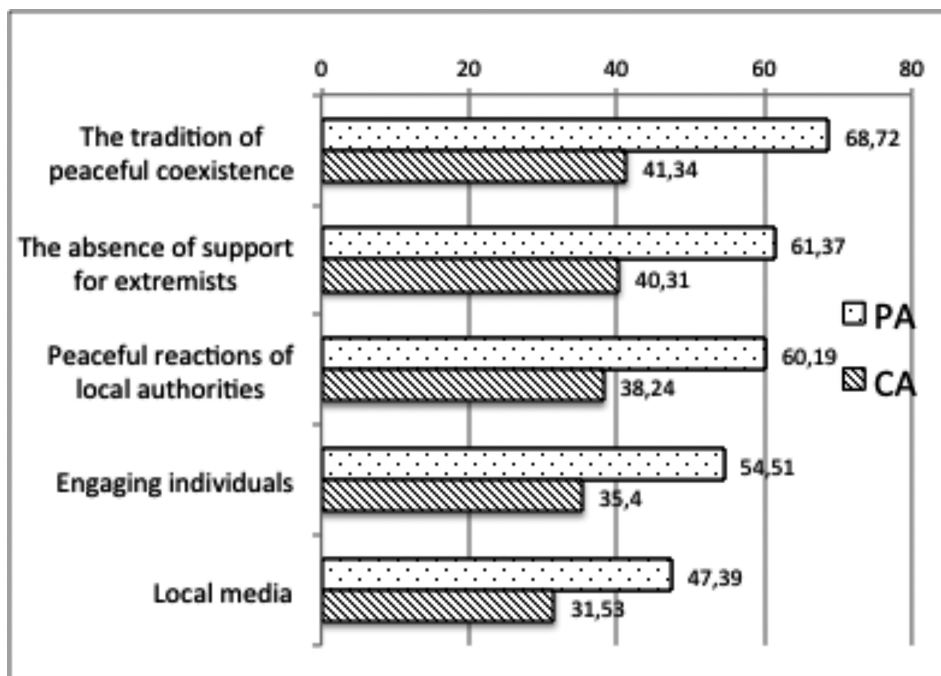
Table 5: Perception of “actors of peace” (level of impact)

	PA/CA	NA ZNA	0/--	+ /++	Mean	St. Err
Peaceful reactions of local authorities	PA	18,48	20,85	60,19	3,14	0,05104
	CA	36,18	24,55	38,24	2,58	0,06158
Representatives of Croatian Army	PA	20,85	31,99	46,92	2,73	0,05206
	CA	27,65	26,87	44,44	2,69	0,05688
Representatives Yugoslav Army	PA	22,99	63,27	13,5	1,77	0,04454
	CA	25,84	52,71	20,16	1,87	0,05588
Higher Level of Economic Development	PA	19,67	46,69	33,42	2,32	0,05263
	CA	29,46	38,24	31,27	2,30	0,05872
The Intervention of International Organizations	PA	22,75	60,43	16,35	1,90	0,04729
	CA	29,97	48,58	19,9	1,99	0,05426
Engagement of Individuals	PA	19,19	26,06	54,51	2,94	0,05236
	CA	30,23	33,33	35,4	2,54	0,06188
Functioning of Institutions	PA	23,22	37,68	38,86	2,46	0,0502
	CA	29,97	39,01	29,2	2,31	0,05216
Lack of Support to Extremists in Local Community	PA	18,48	19,67	61,37	3,16	0,05129
	CA	31,52	26,87	40,31	2,65	0,06131
Local Media	PA	21,56	30,56	47,39	2,73	0,05152
	CA	35,92	31,52	31,53	2,49	0,05851
The absence crimes in WW 2	PA	33,65	42,89	23,22	2,21	0,06029
	CA	43,15	30,23	25,32	2,37	0,06459
Weak National Identification	PA	22,04	47,16	30,33	2,29	0,05331
	CA	33,85	39,28	25,84	2,25	0,06001
The Tradition of Peaceful Coexistence	PA	17,06	13,98	68,72	3,36	0,04426
	CA	29,97	27,39	41,34	2,71	0,05824

Respondents from conflict areas find that the absence of conflicts in „some parts of Croatia“ are due to: 1. The efforts made by the Croatian Army to preserve peace (44.4%), 2. Tradition of peaceful cohabitation in some regions (41.3%), 3. Lack of popular support to extremist groups and individuals (40.31). Even in cases when their responses coincide with those of the respondents from peaceful areas, significant differences in the frequencies of answers take place. Yet another interesting fact about the distribution of their responses can be noticed. Namely, it

cannot be a mere coincidence that in the case of social factors and „actors of peace“ particularly singled out by respondents from peaceful areas, their counterparts often assume neutral view and answer with „I am not familiar with it“. This mainly concerns both social factors and „peace actors“ among whose, despite the similarities in order of appearance, exist most significant differences in mean values between peace and conflict areas. These differences are shown in Chart 3.

Chart 3: *Statistically significant differences in perceptions of "actors of peace" (relevant + decisive impact)*



Perception of that influenced outbreaks of conflicts and the preservation of peaceful coexistence differs indeed with regard to whether the respondents from peaceful or conflict areas are concerned. This is certainly influenced by the experience of living in the respective regions. In spite of that, distributions of answers point to the fact that respondents in conflict areas are much more laden with the „ethnization“ than their counterparts from the „peaceful“ areas. It is plausible to suppose that the development of events in certain regions made a particular impact on the processes of „ethnization“ and „nationalization“ amidst their population. Quantitative research undertaken in the attempt of deepening the understandings obtained by qualitative methods surely validates this conjecture.

In the context of our analysis, however, it is important to stress that nationalistic politicians, conflict managers and war-lords were admittedly unmatched in terms of power and resource mobilization as well as skill and willingness to achieve their goals, which is to primarily destroy interethnic ties or any form of social capital and

cultural identity that disapproves the nationalistic definition of “Us” and “Them”. This is not to say, however, that peace-orientated people and institutional settings such as PA were lacking all these resources, least of all the will for preserving peace. In fact, a tendency towards peace is more dispersed and the chances for peace to be realized and politically institutionalized are bigger at an initial stage of crisis. It was especially case among civil populations who were targeted as objects of aggression and who had no proper means of defending themselves.

6. CONCLUDING REMARKS

Discussion on the results of the dynamics of interethnic relations in conflict and post-conflict period in the Croatian society opens up different issues. In the final section, just three rounds of questions will briefly be discussed. The first one covers the substantive issues, the second relates to the methodological issues, and the third is focused on the theoretical dilemma of primordialism and its alternatives.

In substantive terms, the study shows the complexity of the dynamics of ethnic conflict and ethnic peace. Three aspects considered - a process of ethnic identification, the processes of institutionalization and the impact of social actors - are intertwined social factors that cannot be studied through causal analysis. The identification problem in this regard appears only as one dimension of the dynamics of ethnic conflict. In other words, ethnic identity is a variable that significantly affect the situation of ethnic conflict, and the situation of ethnic peace, respectively. This does not mean that the occurrence of identity should be fully relativized. In this respect it has to be reminded that the respondents from PA as those of CA have listed the “tradition of peaceful coexistence” as one of the main factors preserving ethnic peace in PA. One should also add the reminiscences of distant and closer past, yet especially those from distant time of conflict situations (egg, World War II), may be an important factor to affect the ethnic relations in present. These are the aspects of identity, which often include an emotional charge and lead to the experience of identity, which can be defined primordial. However, if the study of the correlation of identity and ethnic conflict/peace takes more analytical approach (i.e. external), constructivist presumption may be more fruitful in the study.

Institutionalization of social life and people's trust in social institutions can also fit into a complex mosaic of ethnic mobilization, while the effect of institutions has to be perceived as ambivalent. In dramatic situations of the formation of national states, as it happened in the Balkans recently, the institutions associated with the central system of government work to highlight the ethnic and national boundaries. This is surely one of the most important reasons why these institutions enjoy even today more trust in CA than in PA. In a situation of the lack of structured civic associations, and this was the case in the former communist systems, the destructive impact of the new national state on interethnic relations can be crucial. In the meantime, some new alternative approaches in structuring social life appeared. As

it is well known, the most successful case was the Istrian regionalist alternative that opened new space for “actors of peace” in the unfavorable environment. In addition, it has led to the establishment of various forms of “hybrid” identification (Istrian Croats, Istrian Italians, regional identities) that were by definition more tolerant and had a direct impact in reducing tensions in local communities. Once constructed, these innovated forms of identification became a part of the local and regional cultural mosaics, equally strong as other traditional cultural elements.

The matter of societal aspects presents itself as a crucial one when the dynamics of interethnic relations is concerned, especially in case of institutional instability and absence of structured civil sector. In this paper we considered just some aspects of perception of the main actors of peace and conflict. Actions of exponents of local political and cultural elite, representatives of the media and even members of religious and various other organizations at the local level, prove themselves as utterly important for the turnout of different critical situations. In such situations even the mediated interpretation of messages dispatched by the political centre may have disastrous or, respectively, beneficial consequences.¹⁵ Second important factor that seems partially underestimated in questionnaire surveys were the local media; in certain areas they refused to follow the agenda imposed by the political elite (e.g. Glas Istre - The Voice of Istria).¹⁶

Presentation of these results quite clearly points to some important theoretical and methodological issues, especially when it comes to the study of ethnic identification and ethnic conflict and peace. Ours, but also other empirical studies (Varshney 2002, Horowitz 2001) indicate unsustainability of the theoretical exclusivism in the form of irreconcilable opposition between instrumentalism and primordialism. Although we started the analysis from constructivist hypothesis, the results show that problems of ethnic identification, conflict and peace cannot be reduced solely to rationally motivated actions and interests of current social actors. Affective, historical and symbolic aspects of these processes cannot be ignored. In this sense, it should seriously be considered the claim of some authors (A. Smith 2009, Conversi 2007, Hutchinson 2007) how the different variants of modernism (instrumentalism, rational choice theory, situationism) and cultural primordialism are not so incompatible as previously has been thought. In this sense, the possibility of integration of existing theoretical approaches should also be taken into consideration, especially in the research of ethnic identification and ethno-national conflicts.

15 It must be kept in mind that during the armed conflict in Croatia even military orders were most often communicated verbally. As our interlocutors repeatedly stressed in interviews, the fate of entire cities could depend on the interpretation of a certain command.

16 “Glas Slavonije” (“The Voice of Slavonija”) newspaper presents a very illustrative example of obstructive activity to the detriment of the actors of conflict; its redaction was seized by the Croatian paramilitary formations, and the editorial board was literally thrown out under armed threats. The newspaper was instantly transformed from advocate of ethnic peace to warmongering medium (Katunarić and Banovac 2003).

These issues are related to the issues and dilemmas of methodological approaches to the study of ethnic identity and ethnic conflicts. The results confirm unequivocally that neither quantitative nor qualitative approaches are sufficient by itself to the study of ethnic identity (Brady and Kaplan, 2009). Quantitative methods, such as survey research, are essential to study a relatively large number of respondents, but they more describe than explain. Achieving explanatory goals seems unthinkable without the combination with qualitative methods such as interviews, analysis of oral history and discourse analysis. This refers especially to the study of dynamic aspects of ethnic identification and ethno-national conflict. Exclusivity of the quantitative and qualitative approaches in social research has a lot to do with theoretical exclusivity, especially when it comes to more general theoretical perspectives, such as positivism and constructivism. Marvasti believes that two analytical frameworks, that are positivism and constructivism, reflect rather different aspects of reality and may represent two different truths. "From this point of view, choosing a research method is not about deciding right from wrong, or truth from falsehood, instead, the goal should be to select an approach that is suitable for the task at hand" (Marvasti, 2004: 8). By doing so, the request of integration of quantitative and qualitative approaches in empirical studies of the dynamics of ethnic identities assumes that possibilities exist which may facilitate to overcome the theoretical confrontations that have been present in the field for a long time.

Summary

THE INSTITUTIONAL AND SOCIETAL ASPECTS OF ETHNO-NATIONAL IDENTIFICATION AND ETHNIC CONFLICT - A CONTRIBUTION TO THE HISTORICAL SOCIOLOGY

The multiethnic composition of local communities is a common phenomenon in modern societies. There are numerous examples of ethnic groups living peacefully side by side, irrespective of cultural diversity, symbolic, political and economic characteristics. However, it must be recognized that cases in which the differences are converted into latent and manifest forms of tensions and conflict are easy to find. The present paper consists of two parts. In the first part the theoretical and methodological dilemmas in the research of ethno-national identification and ethnic conflict are discussed. The starting point in the paper is a general assumption that the conflict (or peaceful) outcomes in multiethnic areas are associated with the complex dynamics of ethno-national identification. In methodological terms, the author argues for an integrative approach in which quantitative methods (such as surveys and content analysis) in the research of ethno-national identification should be combined with qualitative research methods (interviews, discourse analysis, oral history). The necessity of an integrative approach is advocated in the second part of the paper that presents the most important results of empirical studies of ethno-national identification, which the author conducted in more than a decade in multiethnic areas of Croatia and Bosnia and Herzegovina. Starting from the concept of social integration, it focuses on the interaction between two groups of factors affecting the ethno-national identification. The first consists of structural features of communities that are primarily determined by the impact of social institutions. The second relates to the activities of different social actors operating on national, regional and local levels. The results of quantitative research show that there are significant differences in the openness of ethnic boundaries and trust in social institutions between conflict areas and the peaceful ones. Nevertheless, quantitative analysis fails to explain the subtle interrelationships between and within areas of ethnic conflict and those of ethnic peace, especially when it comes to the complex action of social actors such as representatives and coalitions of political, cultural, religious and entrepreneurial elite groups at national and local levels. The complex dynamics of ethno-national identification at the local level necessitates the additional use of qualitative methods, which, despite their subjectivity and shortcomings, can substantially contribute to a better understanding of the social process of construction of ethnic identity and ethnic conflict.

Key words: *ethno-national identification, ethnic conflict, ethnic peace, institutions, social actors.*

Zusammenfassung

INSTITUTIONELLE UND SOZIETALE ASPEKTE DER ETHNISCH-NATIONALEN IDENTIFIKATION UND DES ETHNISCHEN KONFLIKTS – EIN BEITRAG ZUR HISTORISCHEN SOZIOLOGIE

Mehrethnische Zusammensetzung der lokalen Gemeinschaft ist eine häufige Erscheinung in modernen Gesellschaften. Es gibt zahlreiche Situationen, in welchen ethnische Gruppen trotz kultureller, symbolischer, politischer und ökonomischer Unterschiede zusammen leben. Andererseits verwandeln sich soziale Unterschiede oft in latente und manifeste Spannungen und Konflikte. Im ersten Teil der Arbeit wird die Diskussion über die theoretischen und methodologischen Dilemmas in der Forschung zur ethnisch-nationalen Identifikation und zum ethnischen Konflikts eröffnet. Es wird von der Voraussetzung ausgegangen, dass konfliktreiche bzw. ruhige Folgen in mehrethnischen Gemeinden mit komplexer Dynamik der ethnisch-nationalen Identifikation verbunden sind. Im methodologischen Sinne setzt sich der Autor für den integrativen Ansatz ein, bei welchem man quantitative Forschungsmethoden (Umfragen und Inhaltsanalysen) mit qualitativen Forschungsmethoden (Interview, Diskursanalyse, Forschung zur „mündlichen Geschichte“) kombinieren muss. Der Autor argumentiert für die Notwendigkeit des integrativen Ansatzes durch Beispiele aus der während des vergangenen Zeitraums in mehrethnischen Gebieten von Kroatien und Bosnien und Herzegowina durchgeführten Forschung. Vom Konzept der sozialen Integration ausgegangen konzentriert sich die Analyse auf das Verhältnis zwischen zwei Gruppen von Faktoren bezüglich der ethnisch-nationalen Identifikation. Zur ersten Gruppe gehören strukturelle Merkmale der lokalen Gemeinschaften, welche vor allem vom Einfluss der gesellschaftlichen Institutionen bestimmt sind. Die zweite Gruppe bezieht sich auf den Einfluss der national, regional und lokal wirkenden gesellschaftlichen Akteure. Die Ergebnisse der quantitativen Analyse weisen auf das Vorhandensein von wesentlichen Unterschieden zwischen konfliktreichen und ruhigen Gebieten bei der Offenheit von ethnischen Grenzen und beim Vertrauen in Institutionen hin. Der quantitativen Analyse gelingt es jedoch nicht, subtile Verhältnisse innerhalb und zwischen dem Konflikt- und Ruhegebiet zu erklären, insbesondere wenn es sich um komplexe Wechselwirkung zwischen gesellschaftlichen Akteure wie Vertreter und Koalitionen von politischen, kulturellen, religiösen und unternehmerischen Eliten auf der nationalen und lokalen Ebene handelt. Die komplexe Dynamik der ethnisch-nationalen Identifikation in lokalen Gemeinschaften kann man erst durch Kombination der quantitativen Analyse mit qualitativen Methoden umfassen, welche trotz Mängel, beispielsweise Subjektivität, der Auffassung von sozialen Prozessen der Konstruktion ethnischer Identitäten und ethnischen Konflikts wesentlich beitragen.

Schlüsselwörter: *ethnische Konflikte, nationale Identität, historische Soziologie.*

Riassunto

**ASPETTI ISTITUZIONALI E SOCIALI
DELL'IDENTIFICAZIONE ETNICO-NAZIONALE E DEL
CONFLITTO ETNICO: CONTRIBUTO ALLA SOCIOLOGIA
STORICA**

La composizione pluriethnica delle comunità locali è una manifestazione frequente nelle società moderne. Vi sono numerosi esempi nei quali i gruppi etnici convivono nonostante le diversità culturali, simboliche, politiche ed economiche. D'altra parte, non sono infrequenti casi in cui le differenze sociali si trasformano in latenti e manifeste tensioni e conflitti. Nella prima parte del lavoro si apre il dibattito circa le antinomie teoriche e metodologiche nella ricerca dell'identificazione etnico-nazionale e del conflitto etnico. Si parte dal presupposto base come i risultati conflittuali (ovvero pacifici) nelle realtà pluriethniche siano collegati con la complessa dinamica dell'identificazione etnico-nazionale. Dal punto di vista metodologico, l'autore è favorevole ad un approccio integrativo nel quale i metodi quantitativi d'indagine (questionari e analisi dei contenuti) vanno combinati con i metodi qualitativi (interviste, analisi del discorso, indagine della „storia orale“). La necessità di un approccio integrativo viene argomentato dall'autore mediante esempi tratti dalle ricerche condotte su territori pluriethnici della Croazia e della Bosnia ed Erzegovina. Partendo dal concetto d'integrazione sociale, l'analisi s'incentra sul rapporto reciproco tra due gruppi di fattori che riguardano l'identificazione etnico-nazionale. Il primo è rappresentato dalle caratteristiche strutturali della comunità locale, le quali sono in primo luogo determinate dall'influenza delle istituzioni sociali. Il secondo si riferisce all'influsso delle figure sociali, l'operato dei quali si riflette sul piano nazionale, regionale e locale. I risultati dell'analisi quantitativa mostrano che esistono rilevanti differenze tra i territori conflittuali e quelli pacifici quanto all'apertura dei confini etnici e della fiducia nelle istituzioni. Eppure, l'analisi quantitativa non riesce a spiegare i sottili rapporti all'interno e tra i territori di conflitto e quelli pacifici, specialmente quando si tratta del complesso operato reciproco delle figure sociali quali i rappresentanti e le alleanze di gruppi elitari politici, culturali, religiosi ed imprenditoriali su piano nazionale e locale. La complessa dinamica di identificazione etnico-nazionale nelle comunità locali può essere colta soltanto combinando l'analisi quantitativa, che, malgrado lacune come la soggettività, danno un rilevante contributo per una migliore comprensione del processo sociale della costruzione dell'identità etnica e del conflitto etnico.

Parole chiave: conflitti etnici, identità nazionale, sociologia storica.

POVIJESNI PRIKAZ I PRAVNI KARAKTER NORMATIVNIH AKATA REPUBLIKE SRPSKE KRAJINE

Dr. sc. Miljenko Brekalo,
viši znanstveni suradnik
Institut društvenih znanosti Ivo Pilar u Zagrebu
Voditelj Područnog centra Osijek

UDK: 323.173(497.5)''1990/1995''(093.2)
Ur.: 2. studenog 2012.
Pr.: 26. studenog 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Općepoznata je činjenica da osnivanje srpskih autonomnih oblasti, kao i same, tzv. Republike Srpske Krajine (akr. RSK), prema pozitivnim legislativama Socijalističke Republike Hrvatske (akr. SRH) i Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (akr. SFRJ), ipso iure i ipso facto predstavlja nelegitiman čin djela pobunjenih Srba. Identična je kvalifikacija ovoga čina i sa stajališta odredaba međunarodnog prava. Zbog toga, Republika Srpska Krajina nikada nije postala međunarodno-pravni subjekt. Također, normativne aktivnosti pobunjenih Srba, koje su bile osnova procesu osnivanja i ustrojavanja srpskih autonomnih oblasti i Republike Srpske Krajine na području Republike Hrvatske, bile su sub colore iuris, odnosno nelegitimne.¹

Ključne riječi: *Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija, Socijalistička Republika Hrvatska, Republika Hrvatska, Republika Srpska Krajina, konvalidacija, normativna aktivnost, normativni akti.*

1. UVOD

U svakoj pravnoj državi, legislativa² je najvažnije primjereno sredstvo političkog upravljanja, njezina je temeljna zadaća da dovodi do općeobvezujućih odluka o socijalnim odnosima koje treba regulirati ili čije se reguliranje smatra

1 Kao što je navedeno u sažetku RSK nikada nije bio priznati međunarodno-pravni subjekt. Unatoč toj činjenici u naslovu, podnaslovima i cijelome tekstu neće biti korišten atribut, tzv. Naime, nakon višekratnih konzultacija sa stručnjacima za noviju hrvatsku povijest, autoru je predloženo da kod RSK ne stavlja atribut, tzv., što je vidljivo i kod drugih autora koji u svome naslovu koriste naziv navedene paradržavne tvorevine. Atribut, tzv. neće biti korišten kod paradržavnih tijela vlasti spomenute pardržave.

2 Engl. *legislation*; njem. *Gesetzgebung, Legislative*; franc. *législation*.

potrebnim. U tom kontekstu, legislativa je uvijek izraz političke volje ili uvjerenja koja, dakako, ne smiju biti samovolja. Politička volja ili uvjerenja u suvremenoj ustavnoj državi moraju biti utemeljena na sveobuhvatnom pravnom poretku koji se orijentira prema temeljnim vrednotama demokratskog društva.

Legislativa u širem smislu može se definirati kao cjelokupan političko-društveni proces ustanovljavanja socijalnih problema, tvorbe političke volje i parlamentarnog odlučivanja. Na drugoj strani, pod legislativom u užem smislu podrazumijeva se institucionalni proces donošenja zakonskih normi, koji je pravno i prema poslovniku organiziran u obliku ustavnih ovlasti, od formalne zakonodavne inicijative preko vijećanja i samog čina donošenja zakonske norme. Dakle, legislativa u užem (stručnom) smislu znači zakonodavni proces u kojem predstavničko tijelo priprema i donosi zakonske akte, ona je skup osnovnih pravnih normi (zakona) svake zemlje.

Ustavno-zakonodavna djelatnost ili legislativa u državnoj je organizaciji najviša vlast, a kao takva je svim ostalim državnim djelatnostima nadređena.

U Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji ustavno-zakonodavna djelatnost u Saveznoj narodnoj skupštini bila je regulirana odredbama članka 293., 296. i 298. Ustava SFRJ.³ Prema navedenim ustavnim odredbama, pravo predlaganja saveznih zakona i drugih propisa i općih akata iz djelokruga Saveznog vijeća⁴ imao je svaki njegov delegat i njegovo radno tijelo. U zauzimanju stavova i opredjeljivanju o pitanjima o kojima se odlučivalo u Vijeću republika i pokrajina, delegacije skupština republika, odnosno skupština autonomnih pokrajina, zastupale su stavove svojih skupština. Delegacije skupština republika, odnosno skupština autonomnih pokrajina, obavještavale su svoje skupštine o radu Vijeća republika i pokrajina, o svom radu koji se odnosio na pitanja koja je to vijeće razmatralo i o stavovima drugih delegacija o tim pitanjima, i sudjelovale su u zauzimanju stavova svoje skupštine republike, odnosno skupštine autonomne pokrajine. Pravo predlaganja saveznih zakona i drugih općih akata iz djelokruga Vijeća republika i pokrajina, koji su se donosili na osnovi suglasnosti skupština republika i skupština autonomnih pokrajina, imala je svaka delegacija i radno tijelo Vijeća, skupština republike, odnosno skupština autonomne pokrajine i Savezno izvršno vijeće.

U Socijalističkoj Republici Hrvatskoj ustavno-zakonodavna djelatnost u Saboru SRH bila je regulirana odredbama članka 366. i 367 Ustava SRH.⁵ Prema navedenim ustavnim odredbama, pravo predlaganja zakona i drugih akata imao je

3 Službeni list SFRJ, br. 9/1974.

4 Savezna skupština ili službeno Skupština Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije bila je dvodomni parlament i sastojala se od Saveznog vijeća i Vijeća republika i pokrajina. Savezno vijeće činili su delegati samoupravnih organizacija i zajednica te društveno-političkih organizacija u republikama i pokrajinama. Na drugoj strani, Vijeće republika i pokrajina činile su delegacije skupština republika i skupština autonomnih pokrajina. Savezno vijeće bilo je sastavljeno od 30 delegata samoupravnih organizacija i zajednica te društveno-političkih organizacija iz svake republike, odnosno 20 delegata iz svake autonomne pokrajine. Vijeće republika i pokrajina bilo je sastavljeno od 20 delegata iz skupštine svake republike i 8 delegata iz skupštine svake autonomne pokrajine.

5 Narodne novine, br. 8/1974.

svaki zastupnik u svom vijeću, odboru i komisiji Sabora SRH i saborska vijeća,⁶ Izvršno vijeće Sabora, samoupravne interesne zajednice, općinske skupštine, skupštine zajednica općina, društveno-političke organizacije i Privredna komora SRH. Pored navedenih subjekata, inicijativu za donošenje zakona i drugih akata imali su i radni ljudi i njihove organizacije i udruženja.

U Republici Hrvatskoj ustavno-zakonodavna djelatnost regulirana je Ustavom Republike Hrvatske⁷ i Poslovníkom Hrvatskog sabora.⁸ Odredbama članka 80. Ustava RH je određeno da zakone u Republici Hrvatskoj donosi Hrvatski sabor. U članku 82. Ustava RH propisano je da zakone (organske zakone), kojima se uređuju prava nacionalnih manjina, Hrvatski sabor donosi dvotrećinskom većinom glasova svih zastupnika, a zakone (organske) kojima se razrađuju Ustavom utvrđena ljudska prava i temeljne slobode, izborni sustav, ustrojstvo, djelokrug i način rada državnih tijela, te ustrojstvo i djelokrug lokalne i područne (regionalne) samouprave donosi većinom glasova svih zastupnika. Pravo predlagati zakone ima svaki zastupnik, klubovi zastupnika i radna tijela Hrvatskog sabora, te Vlada RH (čl. 84. Ustava RH). Predsjednik Republike proglasit će zakone u roku od osam dana od kada su izglasani u Hrvatskom saboru, a ako smatra da proglašeni zakon nije u skladu s Ustavom, može pokrenuti postupak za ocjenu zakona pred Ustavnim sudom RH. Prije nego što stupe na snagu zakoni i drugi propisi državnih tijela objavljuju se u „Narodnim novinama“, službenom glasilu RH. *Vacatio legis* iznosi osam dana od njegove objave, osim ako nije zbog osobito opravdanih razloga zakonom drugačije određeno.

2. *NORMATIVNA AKTIVNOST U RSK*

Okupaciju hrvatskoga teritorija pobunjeni Srbi nastojali su prikazati kao njihovo prirodno pravo na samoopredjeljenje, koje uključuje i pravo na odcjepljenje i na pripojenje Jugoslaviji. Glede oživotvorenja svoje separatističke ideje, pobunjeni Srbi su organizirali i proveli normativni scenarij na području cijele Republike Hrvatske. Njihovu normativnu aktivnost treba promatrati u dvije faze. Prva faza se

6 Sabor Socijalističke Republike Hrvatske činila su tri vijeća, i to: Vijeće udruženog rada, Vijeće općina i Društveno-političko vijeće. Vijeće udruženog rada Sabora imalo je 160 zastupnika. U vijeću općina Sabora svaka općina, zajednica općina i gradska zajednica općina imala je po jednog delegata. Društveno-političko vijeće Sabora imalo je 80 zastupnika.

7 Narodne novine, br. 56/1990. Međutim, nužno je naglasiti da je nakon okončanja Domovinskog rata, odnosno reintegracije Hrvatskog podunavlja u ustavno-pravni sustav Republike Hrvatske Ustav RH doživio nekoliko promjena. Odbor za Ustav, Poslovník i politički sustav Hrvatskog sabora na temelju svoje nadležnosti iz članka 57. Poslovníka Hrvatskog sabora, na sjednici 6. srpnja 2010. utvrdio je pročišćeni tekst Ustava Republike Hrvatske. Pročišćeni tekst Ustava Republike Hrvatske obuhvaća Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine br. 56/1990., 135/1997., 8/1998. – pročišćeni tekst, 113/2000., 124/2000. – pročišćeni tekst, 28/2001., 41/2001. – pročišćeni tekst, 55/2001. – ispravak) te Promjenu Ustava Republike Hrvatske objavljenu u Narodnim novinama br. 76/2010.

8 Narodne novine, br. 17/1992.

odnosi na razdoblje postojanja autonomnih oblasti kao zasebnih cjelina, odnosno prije njihovog ujedinjena u jedinstvenu paradržavnu tvorevinu Republiku Srpsku Krajinu. Ovu fazu karakterizira normativni partikularizam, naime, svaka autonomna oblast samostalno je donosila normativne akte. Druga faza otpočela je 19. prosinca 1991. formiranjem Republike Srpske Krajine i trajala je do 15. siječnja 1998., odnosno do mirne reintegracije hrvatskoga Podunavlja u ustavno-pravni sustav Republike Hrvatske. Potonju fazu karakterizira normativna kodificiranost, koja je ostvarena u Službenom glasniku Republike Srpske Krajine.⁹ Pored Srpske Oblasti Slavonija, Baranja i Zapadni Srem, nomotehnička rješenja bit će prikazana za Srpsku Autonomnu Oblast Krajinu, Srpsku Oblast Zapadnu Slavoniju i Republiku Srpsku Krajinu. Međutim, identičan prikaz normativne aktivnosti pobunjenih Srba za Srpsku Autonomnu Oblast Zapadnu Slavoniju najslabije je moguće, jer nije dostupna cjelovita dokumentacija koja bi ukazivala na pravnu osnovu stvaranja ovog dijela srpske paradržavne tvorevine. Dva su temeljna razloga takvome stanju. Prvi se nalazi u činjenici da su pobunjeni Srbi prigodom oslobađanja zapadne Slavonije, odnosno tijekom trajanja oslobodilačke vojno-redarstvene akcije kodnog naziva „Bljesak“ znatan dio dokumentacije spalili ili odnijeli sa sobom u Bosnu pod nadzorom bosanskih pobunjenih Srba. Drugi razlog nalazi se u činjenici da su pojedini hrvatski branitelji tijekom trajanja „Bljeska“ neoprezno i neodgovorno uništili jedan dio dokumentacije, koja predstavlja neophodnu povijesnu i pravnu građu o rekonstrukciji normativne i svekolike druge aktivnosti pobunjeničkih vlasti na ovom području Republike Hrvatske. Međutim, cjelovita normativna aktivnost pobunjenih Srba tijekom trajanja obiju faza ima zajednički cilj, a to je upravno-pravna dezintegracija Republike Hrvatske, odnosno nakon 15. siječnja 1992. nezavisne i suverene Republike Hrvatske.

3. SRPSKA OBLAST SLAVONIJA, BARANJA I ZAPADNI SREM

Nomotehnička rješenja pobunjenih Srba mogu se sagledati na primjeru istočne Slavonije, Baranje i zapadnog Srijema.

Neuspjelu legalizaciju aneksije Hrvatskoga podunavlja pobunjeni Srbi su nastojali provesti donošenjem sljedećih akata:

- Deklaraciju o suverenoj autonomiji srpskoga naroda Slavonije, Baranje i zapadnog Srema, donijelo je 26. veljače 1991. Srpsko nacionalno vijeće za Slavoniju, Baranju i Zapadni Srem;¹⁰
- Odluku o položaju srpskoga naroda iz Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema u jugoslavenskoj državnoj zajednici, donijela je 25. lipnja 1991. u Borovu Selu

9 Izdavač Službenog glasnika Republike Srpske Krajine bilo je Ministarstvo pravosuđa i uprave Republike Srpske Krajine, a tiskan je u NIU Službeni list SFRJ, Beograd, Jovana Ristića 1, gdje je tiskan i Službeni glasnik Savezne Republike Jugoslavije.

10 Službeni glasnik Srpske Oblasti Slavonija, Baranja i Zapadni Srem, br. 1, str. 1-2. Kao izdavač Službenog glasnika deklarirala se Velika narodna skupština Srpske Oblasti Slavonija, Baranja i Zapadni Srem, a tisak je obavljalo „Slovo“ Grafičko preduzeće Beli Manastir.

Velika narodna skupština Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema na prvome zasjedanju;¹¹

- Ustavni zakon Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema¹² i Zakon o sprovođenju Ustavnog zakona,¹³ donijela je 25. rujna 1991. u Belome Manastiru Velika narodna skupština Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema na drugome zasjedanju.

Deklaracija o suverenoj autonomiji srpskoga naroda Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema sastojala se od sljedećih deset točaka:

„1. Srpski narod u Slavoniji, Baranji i zapadnom Srijemu neodvojivi je dio suverenog srpskog naroda koji živi u Jugoslaviji, sukladno tome, on na teritoriji koju nastanjuje ostvaruje suverena prava srpskog naroda;

2. Ostvarivanje suverenih prava srpskog naroda u Slavoniji, Baranji i Zapadnom Srijemu iskazuje se u suverenoj autonomiji, koja podrazumijeva vrhovnu zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast u stvarima autonomije;

3. Stvari autonomije u smislu ove Deklaracije jesu: jezik, obrazovanje djece i omladine, prosvjeta, bogoštovlje, zdravstvena zaštita, zaštita prirode, čovjekove sredine i spomenika kulture, briga o narodnom blagostanju, zaštita javnog reda, mira i sigurnosti, kao i druge stvari u izravnoj vezi s njima, a koje se utvrđuju Statutom autonomije ili autonomnom uredbom;

4. Radi ostvarivanja suverene autonomije srpskoga naroda u Slavoniji, Baranji i Zapadnom Srijemu, Statutom autonomije utvrđuju se njezini organi i organizacije. Pravo je organa autonomije da propisuje i prikuplja poreze i dadžbine neophodne za obavljanje svojih djelatnosti u stvarima autonomije, te da se preko svojih organizacija i poduzeća bave odgovarajućim neophodnim gospodarskim aktivnostima;

5. U skladu sa Statutom autonomije, organi autonomije surađuju s drugim dijelovima srpskog naroda u Jugoslaviji, njihovim predstavnicima, političkim i drugim organizacijama u ustanovama, te u tom smislu mogu u stvarima autonomije zaključivati posebne ugovore. Statusnim ugovorima organi autonomije mogu u skladu sa svojim nadležnostima prenijeti vršenje određenih prava u stvarima autonomije na određene organe Srpske države;

6. Najviši zakonodavni organ u stvarima autonomije, koji donosi i statut autonomije, jest slobodno i demokratski izabrana Skupština Autonomije. Izvršna vlast u stvarima autonomije pripada Vladi autonomije, koja u skladu s načelima parlamentarizma europskog tipa odgovara Skupštini autonomije, sudsku vlast u stvarima autonomije obavljaju nezavisni sudovi;

7. Dok se ne stvore uvjeti za ustanovljenje i normalan rad republičkih organa autonomije, njihova prava obavljat će Srpsko nacionalno vijeće za Slavoniju, Baranju i Zapadni Srijem (dalje: Nacionalno vijeće). Pravo je Nacionalnog vijeća da oglasi ništavim sve pravne akte koji vrijeđaju važeći Ustav Jugoslavije i suverenu autonomiju srpskog naroda u Slavoniji, Baranji i Zapadnom Srijemu;

11 Ibidem, str. 2.

12 Ibidem, str. 2-5.

13 Ibidem, str. 5-6.

8. Nacionalno vijeće jest izraz povjerenja i borbe srpskog naroda u Slavoniji, Baranji i Zapadnom Srijemu za slobodu. Čim budu stvorene pretpostavke za to, Nacionalno vijeće podnijet će svoje odluke i rješenja na potvrdu nadležnim organima autonomije ili izravno srpskom narodu u Slavoniji, Baranji i Zapadnom Srijemu, na njegovom crkveno-narodnom saboru;

9. Osnovni oblik suverene autonomije srpskog naroda u Slavoniji, Baranji i Zapadnom Srijemu jest mjesna samouprava. Nositelji mjesne samouprave jesu one općine i mjesne zajednice toga područja u kojima srpski narod imao većinu sada ili je tu većinu imao 6. travnja 1941. Osnovna načela ove samouprave odredit će se Statutom autonomije;

10. Suverena srpska autonomija Slavonija, Baranja i Zapadni Srijem postoji i djeluje u sastavu sadašnje Republike Hrvatske samo pod uvjetom da Jugoslavija postoji kao savezna država. Ukoliko takva Jugoslavija prestane da postoji ili se preobrazi u skup samostalnih država, ova autonomija nastavit će da postoji kao dio matične države srpskoga naroda.“

Prema Odluci o položaju srpskoga naroda iz Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema u jugoslavenskoj državnoj zajednici, srpski narod na području Slavonije, Baranje i zapadnog Srijema odlučio je ostati u zajedničkoj državi s drugim dijelovima srpskoga naroda i drugim jugoslavenskim narodima koji žele živjeti u zajedničkoj jugoslavenskoj državi, gdje će se primjenjivati Ustav SFRJ i drugi savezni zakonski i podzakonski akti. Teritorij Oblasti uređuje se ustavom zajedničke jugoslavenske države. U članku 6. Odluke stoji da trenutkom razdruživanja Republike Hrvatske, Slavonija, Baranja i Zapadni Srijem ostaju u njezinom sastavu.

U preambuli Ustavnog zakona Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema stoji:

„Polazeći od principa samoopredjeljenja naroda, kao međunarodno priznatog prava, srpski narod Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema je, donoseći Deklaraciju o suverenoj autonomiji srpskog naroda, Odluku o položaju srpskoga naroda Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema, ne osporavajući pravo drugim narodima za samoopredjeljenjem, odlučio da živi zajedno s narodima Republike Srbije, Republike Crne Gore i drugim narodima koji žele živjeti u istoj državi Jugoslaviji zasnovanoj na vladavini prava i socijalnoj pravdi, ravnopravnosti, slobodama i pravima čovjeka i građanina, slobodnom tržištu, ravnopravnosti svih oblika vlasništva, demokratskim načelima društvenog i državnog uređenja...“

Ustavni zakon Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema donesen je na drugom zasjedanju Velike narodne skupštine, koje je održano 25. rujna 1991. Predmetni Ustavni zakon u svome članku 1. odredio je da su okupirani dijelovi Istočne Slavonije, Baranje i Zapadnog Srijema sastavni dijelovi Jugoslavije.¹⁴

14 Članak 1. Ustavnog zakona:

„Srpska Oblast Slavonija, Baranja i Zapadni Srem je samostalna federalna jedinica u Jugoslaviji i ravnopravna je sa drugim federalnim jedinicama i njihovim dijelovima koje su donijele odluku da ostaju u Jugoslaviji.“

Ostvarivanje trodiobe vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu pobunjeni Srbi su predvidjeli u Deklaraciji o suverenoj autonomiji srpskoga naroda Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema. Prema njima, ostvarivanje suverenih prava srpskoga naroda u Slavoniji, Baranji i Zapadnom Srijemu iskazuje se u suverenoj autonomiji, koja podrazumijeva vrhovnu zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast u stvarima autonomije. Trodioba vlasti na području Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema propisana je odredbama Ustavnog zakona Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema.

Ustavotvorna i zakonodavna vlast dana je u nadležnost Velikoj narodnoj skupštini, koja je imala sljedeće ovlasti: odlučivanje o promjeni Ustavnog zakona; donošenje zakona, drugih propisa i općih akata; donošenje plana razvoja, prostornog plana, proračuna i završnog računa; utvrđivanje prijedloga odluke o promjeni granica Srpske Oblasti; utvrđivanje teritorijalne organizacije u Srpskoj Oblasti; odlučivanje o ratu i miru; ratifikacija međunarodnih ugovora; raspisivanje oblasnog javnog zajma i odlučivanje o zaduživanju Srpske Oblasti; raspisivanje oblasnog referenduma; biranje i razrješavanje: predsjednika i potpredsjednike Velike narodne skupštine, predsjednika i potpredsjednike i ministre u Vladi, predsjednike i sudce Oblasnog suda i drugih sudova, Oblasnog javnog tužitelja i javne tužitelje, kao i druge dužnosnike određene zakonom; obavljanje kontrole nad radom Vlade i drugih tijela i dužnosnika odgovornih Velikoj narodnoj skupštini, u skladu s Ustavnim zakonom i drugim zakonima; obavljanje i drugih poslova u skladu s Ustavnim zakonom.

Prema odredbama Ustavnog zakona izvršna vlast pripada Vladi Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema, koju bira Velika narodna skupština, a njezin rad reguliran je Zakonom o Vladi Srpske Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema.¹⁵ Temeljem Odluke o izboru predsjednika i potpredsjednika Vlade Srpske Oblasti Slavonija, Baranja i Zapadni Srem¹⁶ za predsjednika je izabran Goran Hadžić, a za potpredsjednike Mladen Hadžić i Dragan Sabljaković.

Prema odredbama članka 31. Ustavnog zakona sudbena vlast pripada sudovima, a prema odredbama Zakona o sudovima¹⁷ na teritoriju Srpske Oblasti primjenjuje se Zakon o sudovima Republike Srbije.¹⁸ Sudovi na teritoriju Oblasti su organizirani kao sudovi opće nadležnosti i privredni sudovi. Sudovi opće nadležnosti su osnovni sudovi, viši sudovi i Oblasni sud Srpske Oblasti, a privredni sudovi su privredni sudovi i viši privredni sudovi. Zakonom o privremenoj teritorijalnoj nadležnosti sudova¹⁹ osnovni sudovi su Osnovni sud u Belom Manastiru za teritorij Baranje i Osnovni sud u Vukovaru s privremenim sjedištem u Dalju za teritorij Slavonije i Zapadnog Srijema. Pored osnovnih sudova postojali su i viši sudovi kao drugostupanjski s identičnim sjedištima i mjesnim nadležnostima. Najviša sudbena

15 Supra notae br. 10, str. 10-12.

16 Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije, br. 43/1991.

17 Supra notae br. 10, str. 14.

18 Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije, br. 46/1991.

19 Supra notae br. 10, str. 15.

instanca bio je Oblasni sud Srpske Oblasti u Vukovaru s privremenim sjedištem u Dalju. Na drugoj strani, na teritoriju Srpske Oblasti primjenjivao se Zakon o javnom tužilaštvu Republike Srbije.²⁰ Prema odredbama Zakona o javnom tužilaštvu donesenog od Srpske Oblasti,²¹ funkciju javnog tužiteljstva na teritoriju Srpske Oblasti obavljali su javna tužilaštva, viša javna tužilaštva i oblasni javni tužitelj, a teritorijalna nadležnost javnih tužilaštava bila je određena analogno nadležnostima sudova.

Odlukom o izboru predsjednika Velike narodne skupštine Srpske Oblasti Slavonija, Baranja i Zapadni Srem za predsjednika je izabran Ilija Končarević. Odlukom o izboru potpredsjednika Velike narodne skupštine Srpske Oblasti Slavonija, Baranja i Zapadni Srem za njegove potpredsjednike izabrani su Đorđe Latas i Časlav Nikšić.

Odredbama Zakona o sprovođenju Ustavnog zakona²² na području Oblasti Slavonije, Baranje i Zapadnog Srema stavljen je izvan snage Ustav Republike Hrvatske, svi zakonski i podzakonski akti, a kao pravna pravila na ovome području uvedeni su zakonski propisi Republike Srbije. Pored toga, suspendiran je rad svih državnih tijela Republike Hrvatske na ovome području, a na njihov rad nastavili su privremeni organi.

4. SRPSKA AUTONOMNA OBLAST KRAJINA

Pobunjeni Srbi na području Srpske Autonomne Oblasti Krajina poduzeli su niz protuustavnih radnja i donijeli velik broj podzakonskih akata radi stvaranja normativnih pretpostavki za odcjepljenje dijelova teritorija Socijalističke Republike Hrvatske. Kronološkim redom doneseni su sljedeći podzakonski akti:

- Odluka o osnivanju i konstituiranju Zajednice općina sjeverne Dalmacije i Like, Skupštine općine Knin od 27. lipnja 1990.;²³
- Odluka o osnivanju i konstituiranju Zajednice općina sjeverne Dalmacije i Like, Skupštine općine Donji Lapac od 28. lipnja 1990.;
- Dogovor o pristupanju Zajednici općina sjeverne Dalmacije i Like, Skupštine općine Gračac od 29. lipnja 1990.;
- Odluka o osnivanju i konstituiranju Zajednice općina sjeverne Dalmacije i Like, Skupštine općine Obrovac od 12. srpnja 1990.;
- Odluka o pristupanju općine Vojnić Zajednici općina sjeverne Dalmacije i Like, Skupštine općine Vojnić od 24. srpnja 1990.;
- Odluka o pristupanju općine Dvor Zajednici općina sjeverne Dalmacije i Like, Skupštine općine Dvor od 17. srpnja 1990.

20 Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije, br. 43/1991.

21 Supra notae br. 10, str. 15-16.

22 Supra notae br. 10, str. 5-6.

23 Službeni vjesnik općina Drniš, Knin i Šibenik, br. 12/1990.

Navedene odluke suprotne su odredbama Ustava Socijalističke Republike Hrvatske i s gledišta načina stupanja na snagu i u pogledu njihovog sadržaja. Naime, prema odredbi točke 1. Amandmana XLIII. na Ustav SR Hrvatske,²⁴ općine međusobno surađuju na načelima dobrovoljnosti i solidarnosti, udružuju sredstva i osnivaju zajedničke organe, organizacije i službe za obavljanje poslova od zajedničkog interesa i za zadovoljavanje zajedničkih potreba i mogu se udruživati u zajednice općina Naime, ova odredba stupila je na snagu 21. lipnja 1989., a nešto više od godinu dana (25. srpnja 1990.) stupio je na snagu Amandman LXIX. na Ustav SR Hrvatske.²⁵ Amandmanom LXIX. u točki 1. Amandmana XLIII. zamjenjuju se riječi „u zajednici općina“ riječima „u skladu sa zakonom“. Navedenom zamjenom zadržana je mogućnost udruživanja općina, ali samo u skladu sa zakonom koji će urediti odnose u ovoj oblasti, a koji u vrijeme donošenja spornih odluka pobunjenih Srba nije bio donesen. Prema tomu, Odluka Skupštine općine Knin o osnivanju zajednice općina nije u skladu s Ustavom, jer ni jedna skupština općine nema, niti je imala, ustavno ovlaštenje da osnuje zajednicu općina, da utvrđuje teritorij zajednice općina, odnosno da propisuje koje općine čine takvu zajednicu općina. Dakle, samo se Ustavom i zakonom mogao utvrđivati politički i teritorijalni ustroj SRH.

Krajem 1990. i početkom 1991. pobunjeni Srbi donijeli su u većem broju općina i mjesnih zajednica sljedeće odluke koje su bile u cijelosti protivne tadašnjim pozitivno-pravnim propisima, a odnosile su se na upravno-teritorijalnu dezintegraciju Republike Hrvatske:

- Skupština općine Kostajnica 19. prosinca 1990. donijela je Odluku o pristupanju Skupštine općine Kostajnica Zajednici općina sjeverne Dalmacije i Like - Srpskoj Autonomnoj Oblasti Krajine i Odluku o raspisivanju referenduma;
- Skupština općine Knin 20. prosinca 1990. donijela je Statutarnu odluku o promjeni Statuta općine Knin;
- Skupština općine Benkovac 20. prosinca 1990. donijela je Odluku Skupštine općine Benkovac o usvajanju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine i Odluku o provođenju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine;
- Skupština općine Vojnić 20. prosinca 1990. donijela je Odluku Skupštine općine Vojnić o usvajanju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine i Odluku o provođenju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine;
- Skupština općine Obrovac 20. prosinca 1990. donijela je Odluku Skupštine općine Obrovac o usvajanju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine i Odluku o sprovođenju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine;
- Skupština općine Gračac 20. prosinca 1990. donijela je Odluku Skupštine općine Gračac o usvajanju Statuta Zajednice općina sjeverne Dalmacije i Like, Odluku o usvajanju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine i Odluku o sprovođenju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine;

24 Narodne novine, br. 28/1989.

25 Narodne novine, br. 31/1990.

- Skupština općine Dvor 21. prosinca 1990. donijela je Odluku Skupštine općine Dvor o usvajanju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine, Odluku o usvajanju Odluke Privremenog predsjedništva Zajednice općina sjeverne Dalmacije i Like o sprovođenju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajine od 12. prosinca 1990.;
- Skupština općine Vrginmost 15. siječnja 1991. donijela je Odluku Skupštine općine Vrginmost o raspisivanju referenduma o pristupanju općine Vrginmost Srpskoj Autonomnoj Oblasti Krajine;
- Skupština općine Pakrac 22. veljače 1991. donijela je Odluku Skupštine općine Pakrac o pristupanju općine Pakrac SAO Krajina;
- Zbor građana mjesta Vrzići 28. studenoga 1990. donio je Odluku o raspisivanju referenduma radi odlučivanja o izdvajanju mjesta Vrzići iz Mjesne zajednice Vratnik - općina Senj i pripajanju Mjesnoj zajednici Brlog - općina Otočac;
- Zborovi građana sljedećih mjesnih zajednica donijeli su Odluku o raspisivanju referenduma o izdvajanju iz općine Otočac i pripajanju općini Titova Korenica: Mjesne zajednice Zalužnica 10. studenoga 1990., Mjesne zajednice Vrhovine 16. studenoga 1990., Zbora građana Mjesne zajednice Doljani 26. studenoga 1990., Mjesne zajednice Srpsko Polje 27. studenoga 1990., Mjesne zajednice Podum 28. studenoga 1990., Mjesne zajednice Donji Babin Potok 29. studenoga 1990., Mjesne zajednice Gornji Babin Potok 29. studenoga 1990., Mjesne zajednice Gornje Vrhovine 29. studenoga 1990., Mjesne zajednice Turjanski 29. studenoga 1990., Mjesne zajednice Škare 30. studenoga 1990., Mjesne zajednice Drenov Klanac i Brloška Dubrava 1. prosinca 1990., Mjesne zajednice Ponori 1. prosinca 1990., Mjesne zajednice Rudopolje 1. prosinca 1990., Mjesne zajednice Brlog 1. prosinca 1990., Mjesne zajednice Glavace od 1. prosinca 1990. i Mjesne zajednice Dabar 1. prosinca 1990.

Pobunjeni Srbi svojim odlukama u navedenim općinama usvojili su Statut Srpske Autonomne Oblasti Krajine i Odluku o provođenju Statuta Srpske Autonomne Oblasti Krajina, kao i Odluku o pristupanju Zajednici općina sjeverne Dalmacije i Like - Srpskoj Autonomnoj Oblasti Krajine. Pri osnivanju Srpske Autonomne Oblasti Krajina pozivali su se na Zajednicu općina sjeverne Dalmacije i Like. Međutim, odluke općinskih skupština o osnivanju navedene Zajednice poništene su Odlukom Ustavnog suda Socijalističke Republike Hrvatske broj U/I-214/1990. od 28. kolovoza 1990. Naime, navedene odluke nisu u skladu s temeljnim odredbama Ustava Republike Hrvatske, također i s odredbama Ustava Socijalističke Republike Hrvatske iz 1974. Ustav iz 1974., za primjene svoga važenja i u vremenu kada su donesene navedene odluke, nije sadržavao osnovu za osnivanje autonomnih oblasti u okviru SR Hrvatske. Na drugoj strani, takve ustavne osnove ne sadrži ni važeći Ustav Republike Hrvatske u njegovim temeljnim odredbama. Odnosno u članku 1. utvrđeno je da je Republika Hrvatska jedinstvena i nedjeljiva demokratska i socijalna država, a u članku 2. stavku 1. da je suverenitet Republike Hrvatske neotuđiv, nedjeljiv i neprenosiv. Stoga, navedene odluke o usvajanju neustavnih akata Srpske Autonomne Oblasti Krajine (Statut Srpske Autonomne Oblasti Krajine

i Odluka o njegovu provođenju), kao i odluke o pristupanju u njezin sastav, u suprotnosti su s Ustavom iz 1974. i s važećim Ustavom Republike Hrvatske. Isto tako, neustavne su Odluka Skupštine općine Kostajnica o raspisivanju referenduma, kao temelj za pristupanje općine Kostajnica u Srpsku Autonomnu Oblast Krajine i Statutarna odluka Skupštine općine Knin o promjeni Statuta općine Knin kojom se općina Knin uključuje u sastav spomenute Srpske Autonomne Oblasti Krajine. Dakle, prema navedenim ustavnim tekstovima, na području Republike Hrvatske nije bilo moguće osnivati autonomne teritorijalne cjeline, bez obzira na razloge kojima su to opravdavali pobunjeni Srbi, a osnivanje Srpske Autonomne Oblasti Krajine predstavljalo je njihov protuustavan čin. Na drugoj strani, odluke zbora građana mjesta Vrzić i zborova građana navedenih mjesnih zajednica nisu zakonite jer, prema odredbama članka 10. stavak 2. Zakona o područjima općina u Socijalističkoj Republici Hrvatskoj, odluku o raspisivanju referenduma, radi odlučivanja o izdvajanju pojedinog mjesta iz sastava određene općine, donosi općinska skupština te općine, a ne zbor građana kao što je to ovdje slučaj.

5. SRPSKA OBLAST ZAPADNA SLAVONIJA

Identično svojim sunarodnjacima na području Srpske Oblasti Slavonija, Baranja i Zapadni Srem i Srpske Autonomne Oblasti Krajina, pobunjeni Srbi na području Srpske Oblasti Zapadna Slavonija također su poduzeli niz protuustavnih radnja i donijeli velik broj akata radi stvaranja normativnih pretpostavki za odcepljenje dijelova teritorija Socijalističke Republike Hrvatske.

Kronološkim redom Narodna skupština Srpske Oblasti Zapadne Slavonije donijela je sljedeće akte:

- Odluku o proglašenju Statuta Srpske Oblasti Zapadne Slavonije,
- Statut Srpske Oblasti Zapadne Slavonije,
- Odluku o sprovođenju Statuta Srpske Oblasti Zapadne Slavonije,²⁶
- Odluku o organizaciji i načinu rada oblasnog veća Srpske Oblasti Zapadne Slavonije,²⁷
- Odluku o organizaciji oblasnih organa uprave,²⁸
- Odluku o osnivanju, organizaciji i načinu rada Izvršnog saveta Opštine Okučani,²⁹
- Odluku o postavljanju Izvršnog saveta Opštine Okučani,³⁰
- Odluku o osnivanju, organizaciji i načinu rada Izvršnog saveta Opštine Grubišno Polje,³¹

26 Službeni glasnik Republike Srpske Krajine, br. 14/1992.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

29 Ibidem.

30 Ibidem.

31 Ibidem.

- Odluku o postavljanju Izvršnog saveta Opštine Grubišno Polje,³²
 - Odluku o osnivanju, organizaciji i načinu rada Izvršnog saveta Opštine Podravska Slatina,³³
 - Odluku o postavljanju Izvršnog saveta Opštine Podravska Slatina,³⁴
 - Odluku o osnivanju, organizaciji i načinu rada Izvršnog saveta Opštine Daruvar,³⁵
 - Odluku o postavljanju Izvršnog saveta Opštine Daruvar,³⁶
 - Odluku o osnivanju, organizaciji i načinu rada Izvršnog saveta Opštine Pakrac,³⁷
 - Odluku o postavljanju Izvršnog saveta Opštine Pakrac,³⁸
 - Odluku o pripremanju regionalnog prostornog plana Srpske Oblasti Zapadne Slavonije,³⁹
 - Odluku o ovlaštenim licima koja zastupaju interese srpskog naroda Srpske Oblasti Zapadne Slavonije u odnosima s UNPROFOR-om, u ovlastima gde se rešava i odlučuje o statusnim pitanjima Srpske Oblasti Zapadne Slavonije.⁴⁰
- Normativna rješenja pobunjenih Srba na području Srpske Oblasti Zapadne Slavonije sadržajno su ista kao i kod njihovih sunarodnjaka na području drugih dviju oblasti. Zbog toga u ovom poglavlju neće biti detaljnijeg prikaza njihovoga sadržaja.

6. REPUBLIKA SRPSKA KRAJINA

Vrhunac normativne aktivnosti okupacijskih vlasti predstavlja Ustav Republike Srpske Krajine, kojega su istovremeno, tj. 19. veljače 1991. usvojile Skupština Srpske Autonomne Oblasti Krajina, Velika narodna skupština Srpske Oblasti Slavonija, Baranja i Zapadni Srem i Skupština Srpske Autonomne Oblasti Zapadna Slavonija. Navedene skupštine donijele su Odluku o proglašenju Ustava Republike Srpske Krajine, a objavljena je u Službenom glasniku Republike Srpske Krajine, br. 1. od 2. siječnja 1992.

U preambuli Ustava SRK stoji: „Polazeći od prava srpskoga naroda na samoopredjeljenje i u skladu sa slobodno izraženom voljom srpskog naroda Srpske Autonomne Oblasti Krajina potvrđene i referendumom, kao i vjekovne borbe srpskog naroda za slobodu njegove slobodarske demokratske i državotvorne tradicije, riješen da stvori demokratsku državu srpskog naroda na svom povijesnom

32 Ibidem.

33 Ibidem.

34 Ibidem.

35 Ibidem.

36 Ibidem.

37 Ibidem.

38 Ibidem.

39 Ibidem.

40 Ibidem.

i etničkom prostoru u kojoj se ostalim građanima osigurava ostvarivanje nacionalnih prava, državu zasnovanu na suverenosti koja pripada srpskom narodu i ostalim građanima u njoj, na vladavini prava i na ravnopravnim uvjetima za napredak pojedinaca i društva, srpski narod Republike Srpske Krajine preko svojih poslanika u Ustavotvornoj skupštini, donosi Ustav Republike Srpske Krajine.“

Ustav RSK definira Republiku Srpsku Krajinu kao nacionalnu državu srpskoga naroda i svih građana koji u njoj žive. Prema njegovim odredbama, suverenost pripada srpskom narodu Republike Srpske Krajine i svim građanima koji u njoj žive, a ostvaruju je referendumom, narodnom inicijativom i putem svojih slobodno izabраниh predstavnika.

Teritorij je RSK jedinstven i neotuđiv, a o promjeni granica odlučuju građani referendumom. Međutim, Skupština RSK može odlučiti da se druge srpske teritorije pripoje Republici Srpskoj Krajini, ako se prethodno građani tih teritorija izjasne o pripajanju.

7. PRAVNI KARAKTER NORMATIVNIH AKATA RSK

Normativne aktivnosti pobunjenih Srba, koje su bile osnova procesu osnivanja i ustrojavanja srpskih autonomnih oblasti i Republike Srpske Krajine na području Republike Hrvatske, bile su nelegitimne. Proces je započeo tijekom egzistiranja Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, odnosno Socijalističke Republike Hrvatske, prema čijim tadašnjim propisima, saveznom i republičkom ustavu za to nisu postojale normativne pretpostavke. Naravno, taj se proces nije mogao ozakoniti ni prema, tzv. Božićnom Ustavu Republike Hrvatske iz 1990. Prema odredbama Ustava SFRJ, teritorij republika ne može se mijenjati bez njihovog pristanka, a republičke granice mogu se mijenjati samo na temelju sporazuma.⁴¹ Nadalje, SFRJ je prema odredbama članka 1. i 2. Ustava SFRJ definirana kao savezna država, dobrovoljno ujedinjenih naroda, socijalističkih republika i socijalističkih

41 Članak 5. Ustava SFRJ:

„Teritorij Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije jedinstven je i čine ga teritoriji socijalističkih republika.

Teritorij republike ne može se mijenjati bez pristanka republike, a teritorij autonomne pokrajine – ni bez pristanka autonomne pokrajine.

Granica Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije ne može se mijenjati bez suglasnosti svih republika i autonomnih pokrajina.

Granica između republika može se mijenjati samo na osnovi njihova sporazuma, ako se radi o granici autonomne pokrajine, i na osnovi njezine suglasnosti.“

Članak 4. ustava SRH:

„Teritorij Socijalističke Republike Hrvatske čine područja općina utvrđena zakonom.

Teritorij Socijalističke Republike Hrvatske sastavni je dio teritorija Socijalističke Republike Jugoslavije.

Granice Socijalističke Republike Hrvatske mogu se mijenjati samo na osnovi odluke Sabora Socijalističke Republike Hrvatske i u skladu s izraženom voljom stanovnika na koje se odnosi promjena.“

autonomnih pokrajina. Dakle, nije bio predviđen nikakav drugi vid autonomije na području SFRJ, pa ni srpskih autonomnih oblasti i same RSK. Treba istaknuti da su savezni Ustav i Ustav SRH u svojim osnovnim načelima predviđali pravo na samoodređenje, koje uključuje i pravo na odcjepljenje.⁴² Međutim, članak 1. stavak 2. Ustava SRH definira Socijalističku Republiku Hrvatsku kao nacionalnu državu hrvatskoga naroda, državu srpskoga naroda u Hrvatskoj i državu narodnosti koje u njoj žive. Dakle, tadašnja savezna i republička legislativa predviđala je mogućnost odcjepljenja republika, a nikako separatističkih skupina kao što su to bili pobunjeni Srbi na okupiranim područjima Republike Hrvatske. Ovo ustavno pravo priznala je i međunarodna zajednica, koja je to iskazala na Konferenciji o miru u Jugoslaviji (Arbitražna komisija), Mišljenje br. 3. od 11. siječnja 1992. (o međunarodnim granicama novih država).⁴³ Zbog visokih pravnih standarda, poštivanja ljudskih

42 Osnovno načelo br. 1. Ustava SFRJ: „Narodi Jugoslavije, polazeći od prava svakog naroda na samoodređenje, uključujući i pravo na odcjepljenje...” Osnovno načelo br. 1. Ustava SRH: „Hrvatski narod, zajedno sa srpskim narodom i narodnostima u Hrvatskoj, u skladu sa svojim povijesnim, slobodarskim težnjama, izvojevao je u zajedničkoj borbi, s drugim narodima i narodnostima Jugoslavije u narodnooslobodilačkoj borbi i socijalističkoj revoluciji nacionalnu slobodu, vlast radničke klase i radnog naroda, te uspostavio svoju državu - Socijalističku Republiku Hrvatsku i na temelju prava na samoodređenje, uključujući i pravo na odcjepljenje i udruživanje s drugim narodima.....“

43 „Komisija je u svojem Mišljenju br. 1 od 29. studenoga 1991., a objavljenom 7. prosinca 1991., ustanovila da se „Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija nalazi u procesu raspada”. Stoga, uzimajući u obzir činjenicu da su, među ostalima i Republika Hrvatska i Bosna i Hercegovina, zatražile međunarodno priznanje kao neovisne države, Komisija je svjesna da pitanje koje joj se postavlja mora naći odgovor u kontekstu fluidnog stanja koje se neprestano mijenja, i smatra da se on mora zasnivati na načelima i pravilima međunarodnoga javnog prava.

Stoga je Komisija mišljenja da, čim proces u SFRJ dovede do stvaranja jedne ili više neovisnih država, problemi granica, a napose onih između republika na koje se odnosi postavljeno pitanje, morat će se rješavati u skladu sa sljedećim kriterijima:

Prvo – Vanjske će se granice morati u svim slučajevima poštovati, u skladu s načelom iz Povelje Ujedinjenih nacija, Deklaracije o načelima međunarodnoga prava o prijateljskim odnosima i suradnji između država u skladu s Poveljom Ujedinjenih nacija (Rezolucija 2625 (XXV) Opće skupštine Ujedinjenih nacija) i Helsinškoga završnog akta, a kojim se inspirira i članak 11. Bečke konvencije od 23. kolovoza 1978., o sukcesiji država glede ugovora.

Drugo – Demokracije između Hrvatske i Srbije ili između ove druge i Bosne i Hercegovine, ili možda između ostalih susjednih neovisnih država, mogu se mijenjati jedino slobodnim i zajedničkim sporazumom.

Treće – U nedostatku tako postignutoga sporazuma, prijašnja razgraničenja dobivaju svojstvo granica zaštićenih međunarodnim pravom. To je zaključak kojemu vodi načelo poštovanja teritorijalnoga *statusa quo*, a napose načela *uti possidetis juris*, koje je, iako je najprije bilo prizvano u rješavanju problema dekolonizacije u Americi i u Africi, danas postalo načelom opće naravi, kao što je to izrekao Međunarodni sud (parnica o *Graničnom sporu*, Burkina Faso – Republika Mali, presuda od 22. prosinca 1986.): „Ipak to načelo nije posebno pravilo koje bi pripadalo samo nekom specifičnom sustavu međunarodnoga prava. Ono je opće načelo, logički povezano s fenomenom stjecanja neovisnosti ma gdje do njega došlo. Njegov očiti cilj jest da se izbjegne opasnost da se neovisnost i stabilnost novih država ugroze bratoubilačkim ratovima...”.

To je načelo to lakše primjenjivo između republika s obzirom na to da drugi i četvrti stavak

prava i sloboda, prava etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina, a u skladu s Deklaracijom o Jugoslaviji i Smjernicama o priznanju novih država u Istočnoj Europi i Sovjetskom Savezu, Republika Hrvatska je priznata kao suverena država.

Koncept o statusu Republike Srpske Krajine, kao i njoj prethodećih srpskih autonomnih oblasti, kontinuirano se mijenjao. Naime, postojale su sljedeće opcije: prvo, pripajanje samoproglašanih srpskih autonomnih oblasti Republici Srbiji; drugo, proglašenje samoproglašanih srpskih oblasti federalnim jedinicama krunje SFRJ, koju su tada tvorile samo Srbija i Crna Gora;⁴⁴ treće, uspostava integralnog koncepta stvaranja zajedničke države srpskog naroda i četvrto, stvaranje nove federacije svih srpskih država.⁴⁵

članka 5. Ustava SFRJ predviđaju da se teritoriji i granice između republika ne mogu mijenjati bez njihova pristanka.

Četvrto – Nikakva promjena postojećih granica i crta razgraničenja postignuta silom ne može proizvesti pravne učinke, u skladu s dobro utvrđenim načelom međunarodnoga prava posebno obznanjenim u Deklaraciji o načelima međunarodnoga prava o prijateljskim odnosima i suradnji između država u skladu s Poveljom Ujedinjenih nacija (Rezolucija 2625 Opće skupštine) i s Helsinškim završnim aktom koji je bio prizvan od Konferencije u Haagu 7. rujna 1991., kao i u nacrtu Konvencije Konferencije o miru u Jugoslaviji datiranom 4. studenoga 1991.“

Cfr. Degan, V. Đ.: *Hrvatska država u međunarodnoj zajednici*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2002., str. 338-339.

- 44 Između 19. kolovoza i 2. rujna 1990. hrvatski Srbi održali su referendum o pitanju srpske „suverenosti i autonomije“ u Hrvatskoj. Glasovanje je održano u većinskim srpskim područjima Hrvatske i bilo je ograničeno samo na srpske glasače. Hrvatima koji su živjeli u tim područjima bilo je onemogućeno sudjelovanje na referendumu. Rezultat glasovanja bio je velikom većinom u prilog srpskoj autonomiji „Srpsko nacionalno veće“, kojim je predsjedavao Milan Babić, proglasilo je „autonomiju srpskog naroda na etničkim i povijesnim teritorijima na kojima on živi, a koje su unutar sadašnjih granica Republike Hrvatske kao federalne jedinice Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije“ 30. rujna 1990.
- 45 Skupština Republike Srpske Krajine i Skupština Republike Srpske usvojile su 31. listopada 1992. u Prijedoru zajedničku Deklaraciju (Službeni glasnik RSK, br. 17/1992.), kojom su započele prve pripreme za ujedinjenje navedenih paradržavnih tvorevina. U tekstu Deklaracije od trinaest točaka, dvije skupštine su se obvezale sljedeće: pravni sustavi u Republici Srpskoj Krajini i Republici Srpskoj bit će identični; građani Republike Srpske i Republike Srpske Krajine imaju srpsko državljanstvo, državni simboli su isti u skladu s povijesnim kontinuitetom srpskoga naroda i postojećim Ustavnim i zakonskim rješenjima, grb je tradicionalni grb Nemanjića s krunom, zastava srpska: crveno-plavo-bijela trobojnica i himna „bože pravde“; napad na jednu od republika smatra se istovremeno i napadom na drugu Republiku, zbog čega stupaju u obrambeni savez čiji je zadatak da obostrano štiti ostvarenu slobodu i integritet objiju republika; nadležni organi i institucije trebaju osigurati jedinstven sustav obrazovanja, što uključuje jedinstven pravopis, jezik i ćirilčno pismo; skupštine objavljuju spremnost za sve vidove povezivanja republika u oblasti inozemnih poslova, informiranja, komunikacija, transporta, kulture, socijalne i zdravstvene zaštite, ekonomskih aktivnosti, trgovine i vanjske trgovine, energije, ekologije i dr.; Republike će urediti zajedničke odnose iz sferi carinske, kreditno-monetarne, fiskalne i politike platnog sustava; skupštine republika obvezale su se na donošenje odluka o izboru za zajedničku Ustavotvornu skupštinu obave što prije, najkasnije devedeset dana nakon završetka rata; svi vidovi suradnje iz ove deklaracije ponudit će se i drugim srpskim državama; pokrenut će se inicijativa za sazivanje svih srpskih skupština (Republike Srpske Krajine, Republike Srpske, Republike Srbije i Republike Crne Gore); skupštine republika opredijelile su se za državno

Sve ideje, tzv. srpskih državotvoraca vidljive su iz sadržaja akata koje su donosile samoproglašene vlasti na okupiranim dijelovima državnog teritorija Republike Hrvatske.

Glavna obilježja paradržavne tvorevine Republike Srpske Krajine bila su sljedeća: protuustavno stvorene na okupiranim područjima Republike Hrvatske; nedostatak demokratskog legitimiteta; nepostojanje pravnog kontinuiteta ni s jednom državom; etničko čišćenje okupiranih područja Republike Hrvatske od nesrpskog puka, odnosno stvaranje etnički čiste srpske države u kojoj je svaki pripadnik srpske nacionalnosti na području Republike Hrvatske upisan u evidenciju državljana SFRJ ujedno i njezin državljanin; izravno financiranje samoproglašene vlasti na okupiranom državnom teritoriju Republike Hrvatske od Republike Srbije; kontinuirana materijalna, vojna, kadrovska i potpora u ljudstvu u obliku raznih „dobrovoljačkih“ postrojbi iz Srbije i Crne Gore; nikada nijedna država nije *de facto* i *de iure* priznala njezino postojanje, odnosno nisu joj priznate kvalitete suverene države u smislu međunarodnog prava, tj. međunarodnopravni subjektivitet.

8. KONVALIDACIJA NORMATIVNIH AKATA RSK

Konvalidacija⁴⁶ je naknadno osnaženje nevaljalog pravnog posla ako razlog nevaljalosti leži u nedostatku neke od polaznih premisa samoga pravnog posla. Rimsko pravo nije dopuštalo konvalidaciju (*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*). Navedeno načelo je usvojeno u svim modernim pravnim sustavima, gdje postoje brojne iznimke. Suvremeno pravo razlikuje ništetne pravne poslove, koji se u načelu ne mogu konvalidirati i pobojne pravne poslove, kod kojih je moguća konvalidacija uz ispunjenje određenih pretpostavki.

Konvalidacija akata Republike Srpske Krajine u Republici Hrvatskoj propisana je odredbama Zakona o konvalidaciji,⁴⁷ koji je na svojoj sjednici od 26. rujna 1997. donio Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske. Pored navedenoga zakonskog teksta, ovu materiju reguliraju i tri podzakonska akta, i to: Uredba za provođenje

ujedinjenje, koje se odgaga do isteka plana OUN o zaštiti Republike Srpske Krajine (Vensov plan) i provest će se na osnovi rezultata plebiscita. Pripreme za ujedinjavanje RSK s „drugim srpskim državama“, započete krajem 1992., počinju se formalnopravno ostvarivati tijekom 1995. Skupština RSK, na trećoj sjednici prvog redovitog zasjedanja, održanoj u Borovu Selu 20. svibnja 1995., donijela je Odluku o pristupanju realizaciji ujedinjenja Republike Srpske Krajine i Republike Srpske (Glasnik Republike Srpske Krajine, br. 3/1995.). Navedena je Odluka donesena na temelju rezultata referenduma provedenog u lipnju 1993. o ujedinjenju Republike Srpske Krajine s Republikom Srpskom i drugim srpskim državama, a u skladu s projektom o ostvarivanju Srpske federacije kojega je Skupština Republike Srpske Krajine prihvatila na sjednici održanoj 10. studenoga 1994., a Skupština Republike Srpske prihvatila na sjednici 15./16. travnja 1995. U citiranoj Odluci, između ostaloga, navodi se da „proces ujedinjenja neće voditi suprotno interesima drugih Srpskih država, SRJ prije svega, odnosno proces će se usuglašavati sa svim Srpskim državama“.

46 Lat. *convalidatio*; engl. *convalescence*; njem. *Konvalidation, Konvaleszenz*; franc. *convalidation*.

47 Narodne novine, br. 104/1997.

Zakona o konvalidaciji akata izdanih u predmetima upravne naravi,⁴⁸ Uredba za provođenje Zakona o konvalidaciji u predmetima sudbene vlasti⁴⁹ i Uredba za provođenje Zakona o konvalidaciji za pravno područje rada, zapošljavanja, mirovinskog i invalidskog osiguranja, doplatka za djecu, socijalne skrbi zaštititi vojnih i civilnih invalida rata.⁵⁰

Prema odredbama Zakona o konvalidaciji, konvalidiraju se svi pojedinačni akti i odluke donesene ili izdane od raznih tijela ili pravnih osoba koje imaju javne ovlasti, donesene ili izdane u predmetima sudbene i upravne naravi na područjima Republike Hrvatske koja su bila ili koja su sada pod zaštitom ili upravom Ujedinjenih naroda. Međutim, konvalidacija je moguća samo ako je u skladu s odredbama Ustava Republike Hrvatske, Ustavnim zakonom o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj i drugim zakonima Republike Hrvatske. Konvalidacija se ne provodi *ex offio*, već isključivo na zahtjev zainteresiranih stranaka ili osoba koje imaju pravni interes. Naime, oni mogu tražiti od suda ili ovlaštenog upravnog tijela Republike Hrvatske ili pravne osobe koja ima javne ovlasti da utvrdi da su pojedinačni akti i odluka sukladni ili protivni Ustavu Republike Hrvatske, Ustavnom zakonu o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj ili zakonima Republike Hrvatske.

Sukladno odredbama Uredbe za provođenje Zakona o konvalidaciji akata izdanih u predmetima upravne naravi, pojedinačni akti i odluke donesene ili izdane u predmetima upravne naravi na područjima Republike Hrvatske, koja su bila pod zaštitom ili upravom Ujedinjenih naroda, a koji ispunjavaju uvjete propisane Zakonom o konvalidaciji, zamjenjuju se aktima nadležnih tijela Republike Hrvatske. Nadležnim tijelima za zamjenu akata su: nadležna ministarstva, županijski uredi i pravne osobe koje imaju javne ovlasti, kao stvarno i mjesno nadležna prvostupanjska tijela. Postupak zamjene akata nadležna upravna tijela provode *ex offio*, na zahtjev stranke ili na zahtjev osobe koja ima pravni interes. Međutim, kada stranka ili druga osoba koja ima pravni interes zatraži da se utvrdi da je akt konvalidiran, upravno tijelo će bez odlaganja o tomu obavijestiti svaku drugu osobu za koju ocijeni da može imati pravni interes u ovoj upravnoj stvari, te Državno odvjetništvo Republike Hrvatske i Državno pravobraniteljstvo Republike Hrvatske, s pozivom da u roku od osam dana istaknu eventualne prigovore zbog kojih se ne bi mogla utvrditi valjanost konvalidacije akta u skladu s odredbama Zakona o konvalidaciji i odredbama Uredbe za provođenje Zakona o konvalidaciji akata izdanih u predmetima upravne naravi. U onim slučajevima kada osoba koja ima pravni interes zatraži od upravnog tijela da za akt koji je predmet konvalidacije utvrdi da je protivan Ustavu Republike Hrvatske, Ustavnom zakonu o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj ili zakonima Republike Hrvatske, upravno tijelo obvezatno je provesti postupak utvrđenja je li akt sukladan

48 Narodne novine, br. 51/1998.

49 Ibidem.

50 Ibidem.

ili protivan Ustavu, Ustavnom zakonu ili zakonima Republike Hrvatske. Nakon toga, u roku od osam dana mora obavijestiti stranku, Državno odvjetništvo Republike Hrvatske i Državno pravobraniteljstvo Republike Hrvatske.

Uredbom za provođenje Zakona o konvalidaciji u predmetima sudbene naravi propisan je postupak utvrđivanja sukladnosti odluka donesenih u predmetima sudbene naravi na područjima Republike Hrvatske koja su bila pod zaštitom ili upravom Ujedinjenih naroda i postupak za utvrđivanje da su odluke u predmetima sudbene naravi protivne Ustavu Republike Hrvatske, Ustavnom zakonu o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj ili zakonima Republike Hrvatske. O primjeni Zakona o konvalidaciji odlučuje sud stvarne i mjesne nadležnosti prema odredbama Zakona o područjima i sjedištima sudova⁵¹ na prijedlog zainteresirane stranke, osobe koja ima pravni interes, državnog odvjetnika ili državnog pravobranitelja. Nakon što sud primi prijedlog, dostavlja ga drugoj zainteresiranoj stranci, osobi koja ima pravni interes, državnom odvjetniku i državnom pravobranitelju, koji mogu u roku od trideset dana podnijeti prigovor. Ako u navedenom roku ne bude podnesen prigovor na prijedlog kojim se traži utvrđivanje da je konvalidirana odluka u predmetima sudbene naravi sukladna ili da je protivna Ustavu, Ustavnom zakonu ili zakonu Republike Hrvatske, sud će donijeti rješenje kojim će usvojiti prijedlog. Međutim, ako ovlaštena osoba podnese prigovor, sud će donijeti odluku o tomu je li konvalidirana odluka u predmetima sudbene naravi sukladna ili protivna Ustavu, Ustavnom zakonu ili zakonu Republike Hrvatske, a protiv odluke nadležnog suda dopuštena je žalba.

Uredbom za provođenje Zakona o konvalidaciji za upravno područje rada, zapošljavanja, mirovinskog i invalidskog osiguranja, doplatka za djecu, socijalne skrbi i zaštite vojnih i civilnih invalida rata propisan je postupak ostvarivanja prava iz radnog odnosa, nezaposlenosti, mirovinskog i invalidskog osiguranja, doplatka za djecu, socijalne skrbi i zaštite vojnih i civilnih invalida rata, na temelju pojedinačnih akata i odluka, konvalidiranih temeljem odredaba Zakona o konvalidaciji, donesenih ili izdanih od raznih tijela ili pravnih osoba koje imaju javne ovlasti, na područjima Republike Hrvatske koja su bila pod zaštitom ili upravom Ujedinjenih naroda. Zainteresirana stranka ili osoba koja ima pravni interes može podnijeti zahtjev nadležnom tijelu da donese novi akt kojim se zamjenjuje konvalidirani akt te utvrdi da su pojedinačni akt i odluka kojima je ostvarila neko od prava iz citirane Uredbe, sukladni ili protivni Ustavu Republike Hrvatske, Ustavnom zakonu o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj ili zakonima Republike Hrvatske.

Dakle, konvalidacija akata Republike Srpske Krajine moguća je ako nisu u suprotnosti s odredbama Ustava Republike Hrvatske, Ustavnim zakonom o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj i drugim zakonima Republike Hrvatske. Drugim riječima, to

⁵¹ Narodne novine, br. 3/1994., 104/1997.

znači da, *argumento a contrario*, svi akti Republike Srpske Krajine imaju onakav pravni značaj kakav su imali prije donošenja propisa o konvalidaciji i poslije toga. To su bili i ostali pravno nepostojeći akti i prema pozitivno-pravnim propisima Republike Hrvatske i prema odredbama međunarodnoga prava. Naime, njihov pravni (stvarni) učinak svodi se samo na privremeno onemogućavanje nadležnih pravosudnih i upravnih tijela da redovito obavljaju svoje dužnosti na privremeno okupiranim područjima Republike Hrvatske.⁵²

9. ZAKLJUČAK

Analizom svih normativnih rješenja vrlo se lako može zaključiti da je većina zakonskih rješenja kompilirana iz tadašnjih pozitivnih legislativa Republike Srbije i Savezne Republike Jugoslavije. Aktivnost krajinskih vlasti na izradbi njihovih zakonskih i podzakonskih akata ne možemo kvalificirati normativnom aktivnošću. Temeljni razlog nalazi se u činjenici da su mnogobrojni akti doneseni suprotno odredbama članaka 366. i 367. Ustava SRH, odnosno odredbama članaka 293., 296. i 298. Ustava SFRJ. Pored toga, glavnina zakonodavnog korpusa Republike Srpske Krajine donesena je u razdoblju od početka 1992. do polovice 1995., dakle kada je Republika Hrvatska bila priznati međunarodno-pravni subjekt. Naime, zakonodavni postupak u Republici Hrvatskoj (postupak donošenja zakona) reguliran je Ustavom RH i Poslovníkom Hrvatskoga sabora. Glede navedenog, aktivnost pobunjenih Srba na izradbi njihovih zakonskih i podzakonskih akata jedino se može definirati kao kvazinormativna aktivnost, jer nema ustavno uporište u nijednom od navedena tri ustava. Unatoč navedenoj činjenici, vlasti Republike Hrvatske poštivale su visoke demokratske i pravne standarde u pogledu normativne aktivnosti RSK. Zbog toga su donijele Zakon o konvalidaciji, koji je uz još tri podzakonska teksta regulirao konvalidaciju propisa RSK. Naime, konvalidacija normativnih akata RSK nije bila moguća jer su bili suprotni odredbama Ustava Republike Hrvatske i Ustavnim zakonom o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj i drugim zakonima Republike Hrvatske. Drugim riječima, to znači da, *argumento a contrario*, svi akti RSK imaju onakav pravni značaj kakav su imali prije donošenja propisa o konvalidaciji i poslije toga. To su bili i ostali pravno nepostojeći akti prema pozitivno-pravnim propisima Republike Hrvatske i prema odredbama međunarodnog prava. Naime, njihov pravni/stvarni učinak svodio se samo na privremeno onemogućavanje nadležnosti hrvatskih tijela vlasti da redovito obavljaju svoje dužnosti na privremeno okupiranim područjima Republike Hrvatske.

52 Cfr. Babac, B.: *Upravno pravo – Odabrana poglavlja iz teorije i praksa*, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku, Osijek, 2004., str. 172-181, 432-435; Babić, M.: *Kako ishod upravnog prijepora o konvalidaciji može biti prethodnim pitanjem za odlučivanje prijepora parbenoa*, Pravni vjesnik, br. 3-4, Osijek, 2003., str. 123-150.

Summary

THE HISTORIC OVERVIEW AND LEGAL CHARACTER OF NORMATIVE ACTS OF THE REPUBLIC OF SRPSKA KRAJINA

By analyzing all normative decisions of the Republic of Srpska Krajina, it is easy to conclude that most legal decisions were compiled on the basis of positive legislation of the Republic of Serbia and the Federal Republic of Yugoslavia in force at the time. Activities of the Krajina authorities aimed at making legal and sub-legal acts, cannot really be qualified as normative activities, because many of such acts were adopted contrary to the provisions of Articles 366 and 367 of the Constitution of the Socialist Republic of Croatia and contrary to the provisions of Articles 293, 296 and 298 of the Constitution of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia. In addition, most of the legislative corpus of the Republic of Srpska Krajina was passed between the beginning of 1992 and mid 1995, i.e. in the period when the Republic of Croatia was a recognized subject of international law. The legislative procedure in the Republic of Croatia (the procedure of passing laws) is regulated by the Constitution of the Republic of Croatia and the Standing Orders of the Croatian Parliament. Considering the afore said, the activity of the rebel Serbs, pertaining to the making of their legal and sub-legal acts, may only be defined as a quasi-normative activity, since it had no constitutional hold in the above three constitutions. Despite this fact, authorities of the Republic of Croatia respected high democratic and legal standards with regard to normative activities of the Republic of Srpska Krajina. For that reason, Croatian authorities passed the Law on Convalidation which, along with other three sub-legal texts, regulated the convalidation of the regulations of the Republic of Srpska Krajina. Namely, the convalidation of the monetary acts of the Republic of Srpska Krajina was not possible because the latter were contrary to the provisions of the Constitution of the Republic of Croatia and the Constitutional Law on Human Rights and Freedoms and Rights of Ethnic or National Communities or Minorities in the Republic of Croatia and other laws of the Republic of Croatia. In other words, it means that, *argumento a contrario*, all the acts of the Republic of Srpska Krajina have the same legal significance they had prior to the passing of the convalidation regulations and after that they were and still are legally non-existing acts, in terms of both positive legal regulations of the Republic of Croatia and the provisions of international law. Their legal/actual effect accounts for a temporary hindering of the competence of the Croatian authorities to regularly conduct their duties on the temporarily occupied territories of the Republic of Croatia.

Key words: *Federal Republic of Yugoslavia, Socialist Republic of Croatia, Republic of Srpska Krajina, convalidation, normative activities, normative act.*

Zusammenfassung

HISTORISCHE DARSTELLUNG UND RECHTSCHARAKTER VON NORMATIVAKTEN DER REPUBLIK SERBISCHE KRAJINA

Die offensichtliche Tatsache ist, dass die Begründung von serbischen autonomen Gebieten sowie auch von der so genannten Republik Serbische Krajina (Abkürzung: RSK) gemäß positiven Gesetzgebungen der Sozialistischen Republik Kroatien und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien (Abkürzung: SFRJ) eine illegitime Tat eines Teils von aufständischen Serben *ipso iure* und *ipso facto* darstellt. Die Tat wird auch von den Verordnungen des Völkerrechts identisch qualifiziert. Deshalb ist die Republik Serbische Krajina nie zum internationalrechtlichen Subjekt geworden. Gleichermaßen waren auch die normativen Aktivitäten von aufständischen Serben, welche die Grundlage des Prozesses von Gründung und Organisation der serbischen autonomen Gebieten und der Republik Serbische Krajina auf dem Gebiet der Republik Kroatien darstellen, *sub colore iuris* bzw. illegitim.*

Schlüsselwörter: *die Sozialistische Föderative Republik Jugoslawien, die Sozialistische Republik Kroatien, die Republik Serbische Krajina, Konvalidation, normative Aktivität, Normativakte.*

* Die Republik Serbische Krajina, wie schon in der Zusammenfassung erwähnt wurde, ist nie zum anerkannten internationalrechtlichen Subjekt geworden. Ungeachtet dieser Tatsache wird das Attribut *s.g.* nicht benutzt. Nach mehreren Konsultationen mit Experten für neuere kroatische Geschichte wurde mir, nämlich, vorgeschlagen, das Attribut *s.g.* vor dem Substantiv *Republik Serbische Krajina* nicht zu benutzen, was auch bei anderen Autoren sichtbar ist, welche in ihren Titeln den Namen dieser parastaatlichen Bildung benutzen. Demzufolge wird das Attribut *s.g.* bei den parastaatlichen Gewaltorganen des genannten Parastaats nicht benutzt.

Riassunto

RASSEGNA STORICA E CARATTERE GIURIDICO DEGLI ATTI NORMATIVI DELLA REPUBBLICA SERBA DI CRAINA

E' cosa risaputa che il sorgere di province (*oblasti*) autonome serbe, come appunto la c.d. Repubblica Serba di Craina, in base alla legislazione positiva della Repubblica Socialista di Croazia e della Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia, *ipso iure* e *ipso facto* rappresenta un atto illegittimo di parte dei serbi insorti. La qualificazione di tale atto è identica anche sotto il profilo delle disposizioni del diritto internazionale. Per questo motivo la Repubblica Serba di Craina non è mai divenuta un soggetto giuridico internazionale. Altresì, le attività normative dei serbi insorti, che erano la base del processo di creazione e di organizzazione delle province (*oblasti*) autonome serbe e la Repubblica Serba di Craina sul territorio della Repubblica di Croazia erano *sub colore iuris* ossia illegittime.*

Parole chiave: *Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia, Repubblica Socialista di Croazia, Repubblica di Croazia, Repubblica Serba di Craina, convalida, attività normativa, atti normativi.*

* Come indicato nel riassunto, la Repubblica Serba di Craina non fu mai un soggetto giuridico riconosciuto sul piano internazionale; cionondimeno, nel titolo, nei sub titoli e nell'intero testo non verrà fatto uso dell'attributo c.d. Ovvero, a seguito di numerose consultazioni con gli esperti della storia croata recente, m'è stato suggerito di non fare uso dell'attributo c.d. davanti a Repubblica Serba di Craina; un tanto è evidente anche presso gli altri autori i quali nel loro titolo usano la denominazione della menzionata entità parastatale. L'attributo c.d. non verrà usato davanti agli organi parastatali del menzionato parastato.

SLOBODA POSLOVNOG NASTANA TRGOVAČKIH DRUŠTAVA - ŠTO DONOSI PRIJEDLOG ČETRNAESTE DIREKTIVE U PRAVU EUROPSKE UNIJE?

Dr. sc. Hana Horak, izvanredna profesorica
Dr. sc. Kosjenka Dumančić, viša asistentica
Zvonimir Šafranko, mag. iur.
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.72:339.923
339.923::061.1(4)
Ur.: 16. srpnja 2012.
Pr.: 16. studenoga 2012
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autori u članku analiziraju slobodu poslovnog nastana u Europskoj uniji s aspekta ostvarivanja prava na prekogranično premještanje sjedišta trgovačkih društava. Analizirajući izvore prava Europske unije i praksu Europskog suda, autori u članku prikazuju problematiku koja se javlja posebice primjenom različitih teorija sjedišta društva u državama članicama Europske unije. U članku se daje pregled prakse Europskog suda u ovom području s posebnim naglaskom na najnoviji predmet VALE. Pregledom pravnih izvora u hrvatskom zakonodavstvu zaključuje se o usklađenosti hrvatskoga prava, u području slobode poslovnog nastana te mogućim problemima u poslovnoj praksi. Autori daju pregled rješenja nekih pitanja prekograničnog premještanja sjedišta društva danih u prijedlogu Četrnaeste direktive u pravu društava Europske unije.

Ključne riječi: *sloboda poslovnog nastana, teorija stvarnog sjedišta, teorija inkorporacije, prekogranično premještanje sjedišta društva, prijedlog Četrnaeste direktive.*

SLOBODA POSLOVNOG NASTANA TRGOVAČKIH DRUŠTAVA - ŠTO DONOSI PRIJEDLOG ČETRNAESTE DIREKTIVE U PRAVU EUROPSKE UNIJE?

Dr. sc. Hana Horak, izvanredna profesorica
Dr. sc. Kosjenka Dumančić, viša asistentica
Zvonimir Šafranko, mag. iur.
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.72:339.923
339.923::061.1(4)
Ur.: 16. srpnja 2012.
Pr.: 16. studenoga 2012
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autori u članku analiziraju slobodu poslovnog nastana u Europskoj uniji s aspekta ostvarivanja prava na prekogranično premještanje sjedišta trgovačkih društava. Analizirajući izvore prava Europske unije i praksu Europskog suda, autori u članku prikazuju problematiku koja se javlja posebice primjenom različitih teorija sjedišta društva u državama članicama Europske unije. U članku se daje pregled prakse Europskog suda u ovom području s posebnim naglaskom na najnoviji predmet VALE. Pregledom pravnih izvora u hrvatskom zakonodavstvu zaključuje se o usklađenosti hrvatskoga prava, u području slobode poslovnog nastana te mogućim problemima u poslovnoj praksi. Autori daju pregled rješenja nekih pitanja prekograničnog premještanja sjedišta društva danih u prijedlogu Četrnaeste direktive u pravu društava Europske unije.

Ključne riječi: *sloboda poslovnog nastana, teorija stvarnog sjedišta, teorija inkorporacije, prekogranično premještanje sjedišta društva, prijedlog Četrnaeste direktive.*

1. UVOD

Ostvarivanje slobode poslovnog nastana¹ preduvjet je za slobodno kretanje pravnih i fizičkih osoba na teritoriju Europske unije. S obzirom na primjenu različitih teorija² o poslovnom nastanu u pravnim sustavima država članica pitanje slobode poslovnog nastana u okviru prava trgovačkih društava do sada nije harmonizirano na supranacionalnom nivou. Kako bi se ujednačila pravila o poslovnom nastanu na nivou Europske unije te reguliralo prekogranično premještanje društava i pomirilo različite teorije o sjedištu trgovačkih društava jedinstvenom regulacijom, kao moguće rješenje razmatra se donošenje, tzv. Četrnaeste direktive.³

Iako je ograničavanje ove slobode zabranjeno temeljem odredbi Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU),⁴ države članice koristeći se pravom

- 1 Sloboda poslovnog nastana jedna je od četiri temeljne gospodarske slobode na tržištu Europske unije. Jamči se odredbom čl. 49. UFEU-a, te se pod tim pojmom podrazumijeva stvarno obavljanje gospodarske aktivnosti, stalno i trajno putem stalnog poslovnog nastana u drugoj državi članici tijekom neodređenog razdoblja. Više o slobodi poslovnog nastana vidi u: Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H., Martinović, A.: *Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji*, Inženjerski biro, Zagreb, 2011.; Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava*, Školska knjiga, Zagreb, 2011.; Rodin, S., Čapeta, T.: *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2011.; Babić, D.: *Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj, 2006.; Babić, D., Petrović, S.: *Priznanje stranih trgovačkih društava u Europskoj uniji nakon presude Suda Europskih zajednica u predmetu Centros*, 52, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2002.; Barnard, C.: *The Substantive Law of the EU: The four freedoms*, Oxford University Press, 2007.; Chalmers, D., Hadjiemmanuil, C., Monti, G., Tomkins, A.: *European Union Law: Text and materials*, Cambridge University Press, 2006.; Craig, P., De Burca, G.: *EU Law, text, cases and materials*, 4th ed., Oxford University Press, 2008.; Cabral, P., Cunha, P.: *Presumed innocent: Companies and the exercise of the right of establishment under Community law*, 25 *European Law Review*, 2000.
- 2 Temeljne teorije vezane za poslovni nastan zapravo su teorije sjedišta. Razlikujemo teoriju stvarnog sjedišta (*real seat theory*) i teoriju osnivanja (*incorporation theory*). O teorijama sjedišta vidi više u nastavku teksta.
- 3 Europska komisija objavila je u prosincu 2007. studiju o Direktivi o prekograničnom premještanju registriranog sjedišta društava (tzv. Četrnaesta direktiva) COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT: *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, Brussels, 12.12.2007. SEC(2007) 1707. Dokument sadržava argumente za i protiv moguće aktivnosti Komisije uključujući i evaluaciju posljedica za nepoduzimanje regulatornih aktivnosti u ovom području. Nakon toga se u okviru aktivnosti Europske Komisije nije razmatralo donošenje direktive. U 2011. godini donesena su dva dokumenta u kojima se razmatra problematika slobode poslovnog nastana, mogućnosti za prekogranično premještanje sjedišta društva i za daljnju razradu i donošenje prijedloga Četrnaeste direktive. Ti dokumenti su: *European parliament: Draft report with recommendations to the Commission on a 14th Company Law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI))* od 27.9.2011. i *European Parliament: Opinion of the Committee on Employment and Social Affairs for the Committee on Legal Affairs on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI))* od 27.9.2011.
- 4 *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, OJ C 306 od 17. prosinca 2007., za konsolidiranu verziju vidi *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 115 od 9. svibnja 2008. godine.

na reguliranje i definiranje sjedišta društva na različite načine ograničavaju slobodu poslovnog nastana. Ograničavanje slobode poslovnog nastana češće je u situacijama kada slobodu poslovnog nastana ograničava država članica odredišta (imigracija društva), međutim odlazak društva u drugu državu članicu može ograničiti i matična država članica (emigracija društva).⁵

Pravna osnova za usklađivanje prava trgovačkih društava⁶ država članica na nivou Europske unije sadržana je u odredbama primarnog zakonodavstva.⁷ Kako bi se omogućila i ostvarila sloboda poslovnog nastana europskim institucijama dana je ovlast usvajanja mjera radi usklađivanja propisa država članica donesenih u interesu članova trgovačkih društava i trećih osoba.⁸

Usklađivanje nacionalnih prava društava utemeljeno je u primarnom zakonodavstvu i provodi se instrumentima sekundarnog zakonodavstva posebice uredbama i direktivama.⁹

Kao što brojni autori u literaturi razmatraju¹⁰ razvidno je da sloboda poslovnog nastana zajamčena UFEU-om omogućuje trgovačkim društvima da se poslovno nastane u državi članici Europske unije pritom im osiguravajući izbor mjerodavnog prava. Trgovačko društvo može odlučiti obavljati djelatnost i imati stvarno sjedište bilo gdje na području Europske unije pri čemu ima mogućnost izbora između 27 različitih pravnih sustava,¹¹ pri tome birajući ono pravo društava koje najbolje odgovara njegovim potrebama, odnosno europsko pravo kao 28 pravni sustav.

- 5 Europski sud odlučivao je u predmetima C-81/87 Daily Mail i General Trust [1988] ECR 5483, C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459, C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, C-196/04 Cadbury Schweppes [2006] ECR I-07995, C-210/06 Cartesio [2008] ECR I-9641. U skupinu predmeta Europskog suda u kojima se rješava pitanje imigracije društva ulaze predmeti Centros, Überseering, Inspire Art i Sevic Systems. U skupinu predmeta u kojima se rješava pitanje emigracije ulaze predmeti Daily Mail i General Trust, Cartesio. Više vidi u: Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit., str. 106.
- 6 Poblize o usklađivanju prava trgovačkih društava vidi u: Horak, H., Dumančić, K.: Usklađivanje u području prava društava Republike Hrvatske s pravnom stečevinom EU, Pravo i porezi, br. 5, 2011., str. 86-93.
- 7 Odredba čl. 50 st. 2. g. UFEU (prije čl. 44. UEZ).
- 8 Također vidi u čl. 114. UFEU (prije 95 UEZ). Poblize i Ferrarini, G., Enriques, L., Gatti, M.: EC Reforms of Corporate Governance and Capital Markets Law: Do they Tackle Insiders Opportunism?, 30. lipnja 2006., <<http://ssrn.com/abstract=886345>>, 20. travanj 2009.
- 9 Vidi poblize o uredbama i direktivama iz područja prava društava u Europskoj uniji, te cjelovite prijevode tekstova na hrvatski jezik u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit.
- 10 Više vidi u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit.; Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava..., op. cit., str. 227.; Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office within the European union, Central European University, ožujak 2010.
- 11 Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit.; Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava..., op. cit.; Bratton, W. W., McCahery, J. A., Vermeulen, E. P.: How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative Analysis, Law working paper 91/2008, <<http://ssrn.com/abstract=1086667>>, 10. svibnja 2012.; Armour, J., Ringe W. G.: European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, Law Working Paper 175/2011, <<http://ssrn.com/abstract=1691688>>, 10. svibnja 2012.; Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office..., op. cit.

Sloboda poslovnog nastana temelj je za međusobno priznavanje društava na području Unije kako to proizlazi iz prakse Europskog suda.¹² Društvu osnovanom prema pravu neke države članice, druge države članice trebaju priznati pravnu osobnost i omogućiti mu da posluje bez propisivanja dodatnih uvjeta.¹³ U tom smislu razvidno je postojanje različitih ograničenja slobode poslovnog nastana koja određuju i matične države članice i države članice odredišta. Na osnovano društvo u matičnoj državi članici primjenjuje se pravo te države članice te su u tom smislu upitni razlozi za prijenos njegovog sjedišta u drugu državu članicu. Razlozi za ograničavanje slobode poslovnog nastana kod prekograničnog prijenosa sjedišta društva razmatrani su u praksi Europskog suda koji je odlučivao o opravdanjima nacionalnih ograničenja.¹⁴

Različiti su motivi koji uzrokuju potrebu za prekograničnim prijenosom sjedišta društva. Kao najčešći navode se razlozi za uplatom manjeg iznosa temeljnog kapitala, povećanje učinkovitosti i smanjivanje troškova upravljanja poslovanjem (niži administrativni i pravni troškovi), fleksibilnija pravila o spajanjima i pripajanjima, odnosno podjeli društava, manje stroga pravila prava društava i veća sloboda prilikom definiranja temeljenih akata društva, doseg zahtjeva za objavom podataka, veći izbor strukturiranja organa društva (monistički i dualistički sustav korporativnog upravljanja), pravila o sudjelovanju radnika te veća transparentnost prava društava.¹⁵ također se ne smiju se zanemariti motivi koji se odnose na zaštitu investitora, kao i kvalitetu i učinkovitost sudovanja, te odredbe o stečaju društava i efikasnost ovršnih postupaka.¹⁶ Od ekonomskih razloga navode se niži troškovi poslovanja, manja fiskalna davanja, povoljniji investicijski uvjeti, bolji pristup financiranju i drugi.¹⁷ Trgovačka društva koja i imaju potrebu biti financirana¹⁸ žele

12 Presude u predmetima C-81/87 Daily Mail i General Trust [1998] ECR 5483, C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459, C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, C-196/04 Cadbury Schweppes [2006] ECR I-07995, C-210/06 Cartesio [2008] ECR I-9641.

13 The Advisory Group on Corporate Governance and Company Law, Minutes for the 6th meeting of 8 March 2007, str. 4.; vidi i u Babić, D.: Sloboda kretanja ... op. cit., str. 228.; Vossestein, G. J.: Transfer of the registered office The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive, Utrecht Law Review, Vol. 4, Issue 1 (March) 2008, str. 61, <<http://www.utrechtlawreview.org/>>.

14 Europski sud tako je odlučivao o slobodi poslovnog nastana, a gdje se prijenos sjedišta tražio radi prvenstveno poreznih razloga, primjerice presude u predmetima Daily Mail, Cadbury Schweppes i druge.

15 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, Brussels, 12.12.2007, str. 12.

16 Ibidem, str. 17.

17 Rammeloo, S.: The 14th Company Law Directive on the cross-border transfer of the registered office of the limited liability companies: now or never?, 14 Maastricht journal of European and comparative law, 362, 2008. Ukoliko društvo planira uvrštenje na tržište kapitala, te u tom smislu želi pribaviti sredstva za društvo, promjena prava društava može utjecati na privlačenje investitora. Prednost prijenosa sjedišta utječe na društva i fizičke osobe u državi članici odredišta koji žele poslovati s društvom.

18 Prema podatcima iz Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007)1707, str.13., u EU ima više od 10 milijuna registriranih društava kapitala koja bi se

privući investitore i zajmodavce pri čemu investitori i banke imaju veće povjerenje prema društvima koja su osnovana u državama koje imaju povoljnu regulativu koja uključuje efikasno stečajno pravo kao i efikasan sustav preustroja društva u slučaju stečaja.¹⁹

Društva mogu prenijeti stvarno sjedište u drugu državu članicu pod uvjetom da osiguraju ispunjavanje svih nužnih zahtjeva i formalnosti određenih od njihove matične države članice pri čemu svaka država članica može odrediti drukčije zahtjeve pod uvjetom da su oni proporcionalni i nediskriminirajući. Prekogranični prijenos registriranog sjedišta društva iz matične u državu članicu odredišta, te s time povezana promjena sudskog registra dovodi do promjene poveznice prava koje se primjenjuje, odnosno do promjene „nacionalnosti“ društva.²⁰

Temeljno pitanje koje proizlazi iz analize primjene slobode poslovnog nastana i njezinih ograničenja jest pitanje dopuštene promjene „nacionalnosti“ društva uz zadržavanje pravne osobnosti s obzirom na to da se samo zadržavanjem pravne osobnosti može osigurati pravna sigurnost svim zainteresiranim osobama kao što su radnici, vjerovnici, članovi društva i drugi imatelji interesa. Međutim, takvo postupanje nije definirano, te se u tom smislu ono planira riješiti donošenjem prijedloga Četrnaeste direktive.²¹

2. SLOBODA POSLOVNOG NASTANA

Poslovni nastan označava pravo pravnih ili fizičkih osoba koje su državljanima neke od država članica Europske unije na osnivanje pravne osobe, odnosno trgovačkog društva na području države članice koja nije njegova matična država te uključuje pokretanje i obavljanje samostalne djelatnosti.²² Definiranje slobode poslovnog nastana proizlazi iz UFEU-a te je dio slobode pružanja usluga.²³

mogla koristiti mogućnošću prijenosa registriranog sjedišta. Temeljem podataka Europskog foruma trgovačkih registara (European Commerce Registers Forum, ECRF) u državama članicama Europske unije postoji oko 9,4 milijuna neuvrštenih društava i oko 700.000 uvrštenih društava. Ovi brojevi smatraju se još većima s obzirom na to da u Forum nije uključeno 8 država članica), <<http://www.ecrforum.org/>>.

- 19 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 13.
- 20 Vidi Izvješće Europske Komisije, DG za Unutarnje tržište i usluge: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law, Bruxelles, 5.4.2011., str. 14., te presuda u predmetu *Cartesio*.
- 21 Studija o Direktivi o prekograničnom premještanju registriranog sjedišta društava (tzv. Četrnaesta direktiva) Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707.
- 22 Čl. 49. UFEU (prije: čl. 43. UEZ), st. 2. i čl. 54. UFEU (prije čl. 48. UEZ).
- 23 U predmetima razmatranima pred Europskim sudom razgraničena je sloboda poslovnog nastana od slobode pružanja usluga (presuda u predmetu C-55/94 *Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165) kao temelj razlikovanja uzima se trajanje aktivnosti pri čemu se sloboda pružanja usluga razmatra kao privremena aktivnosti u drugoj državi članici, te se procjenjuje osim trajanja aktivnosti i njezina redovitost, periodičnost ili kontinuitet. U novijem razdoblju praksa Europskog suda prilikom određivanja situacija radi li se o slobodi poslovnog nastana ili o slobodi pružanja

UFEU je široko odredio primjenu slobode poslovnog nastana te se ističe kako se sloboda poslovnog nastana jamči i pravnim i fizičkim osobama. Europski sud u svojoj praksi odredio je da svatko može koristiti pogodnosti odredbi čl. 49. do 55. UFEU-a te se pozivati na primjenu odredbi o slobodi poslovnog nastana. Međutim, u odnosu na primjenu slobode poslovnog nastana prilikom prijenosa sjedišta iz jedne u drugu državu članicu javlja se problem određivanja ograničenja država članica u situacijama kada društva žele otići iz neke države članice, odnosno ući u nju.

Odredbom čl. 49. st. 1. UFEU-a (prije čl. 43. UEZ) zabranjuje se ograničavanje slobode poslovnog nastana državljanima jedne države članice na području druge države članice. Ta se zabrana odnosi i na ograničavanje osnivanja zastupništava, društava kćeri ili podružnica državljana države članice koji su pravo poslovnog nastana ostvarili na području druge države članice. Sloboda poslovnog nastana uključuje pravo pokretanja i obavljanja samostalne djelatnosti te osnivanje i upravljanje trgovačkim društvima²⁴ sukladno pretpostavkama koje pravo države u kojoj se taj poslovni nastan ostvaruje predviđa za svoje državljane.²⁵

Prepreke slobodi poslovnog nastana najčešće proizlaze iz primjene različitih teorija sjedišta koje primjenjuju države članice. U nadležnosti je svake države članice da samostalno odredi uvjete potrebne za osnivanje društva. Koristeći se ovim načelom daje se sloboda osnivačima trgovačkog društva da izborom mjesta osnivanja odrede i koju će teoriju sjedišta primjenjivati budući da im ovaj izbor ujedno omogućuje i izbor prava koje će se na to društvo primjenjivati, te ujedno i izbor najboljih ekonomskih uvjeta poslovanja.²⁶

usluga kreće se u dva smjera. Kriteriji periodičnosti i ponavljanja ustanovljeni presudom *Gebhard* zamijenjeni su u korist kriterija ekonomske prirode aktivnosti, a tek podredno na namjeri pružatelja usluga da uđe trajno na tržište rada u državi primateljici. Sud je uspostavio presumpciju da se svaka aktivnost koja se s ekonomskog motrišta smatra uslugom *a priori* treba tretirati kao usluga. U hrvatskom pravu Zakonom o uslugama, NN br. 80/11, uređuje se pravo na poslovni nastan i slobodu pružanja usluga na teritoriju Republike Hrvatske (ne definira slobodu poslovnog nastana). U čl. 4. st. 1. definiraju se usluge kao svaka samostalna gospodarska djelatnost koja se uobičajeno obavlja za naknadu, ako nije obuhvaćena pravnim propisima vezanim uz slobodu kretanja roba, kapitala i osoba. Bitno razlikovanje slobode poslovnog nastana od slobode pružanja usluga odredbom čl. 612. st. 3. Zakona o trgovačkim društvima, NN br. 111/93, 34/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, pročišćeni tekst: 152/11 (dalje: ZTD), uvodi se razlikovanje slobode pružanja usluga od poslovnog nastana te se definira kako se obavljanjem djelatnosti ne smatra primjerice povremeno ili jednokratno obavljanje djelatnosti, odnosno obavljanje pojedinog posla (pojam slobode pružanja usluga u skladu s pravnom stečevinom EU-a). Je li riječ o trajnom obavljanju djelatnosti ocjenjuje se prema okolnostima konkretnog slučaja.

24 Trgovačka društva temeljem čl. 49. st. 2. u vezi s čl. 54. UFEU-a su društva osnovana temeljem građanskog ili trgovačkog prava, uključujući i zadruge, te druge pravne osobe regulirane javnim ili privatnim pravom osim onih koji su neprofitne. Vidi i u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava...*, op. cit., str. 104.

25 Čl. 49. st. 2. UFEU.

26 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 11.

2.1. Sloboda izbora prava prilikom osnivanja društva

Na području jedinstvenog tržišta države članice primjenjuju različite teorije sjedišta. Postoji mogućnost primjene teorije osnivanja (inkorporacije), primjene teorije stvarnog sjedišta ili mogućnost primjene obje teorije. Prema teoriji osnivanja na trgovačko društvo primjenjuje se pravo države temeljem kojeg je društvo osnovano, odnosno upisano u sudski registar bez obzira gdje društvo posluje.²⁷ Teorija osnivanja ne zahtijeva postojanje veze između mjesta gdje je društvo osnovano i središnjeg mjesta upravljanja društvom stoga države članice koje primjenjuju ovu teoriju dopuštaju osnivanje i registraciju u svojim sudskim registrima društvima bez obzira na to gdje se nalazi uprava društva.²⁸ Na ovaj način država članica osnivanja zadržava nadzor nad transakcijama društva bez obzira na to gdje su one provedene. Protivnici ove teorije²⁹ ističu kako ona omogućuje društvima osnivanje u državama gdje je to lakše i gdje postoji pogodnije pravo društava.

Prema teoriji stvarnog sjedišta na društvo se primjenjuje pravo države u kojem društvo ima stvarno, činjenično sjedište poslovnih aktivnosti – mjesto iz kojeg se obavljaju poslovne aktivnosti bez obzira gdje je registrirano.³⁰ U pravilu teorija stvarnog sjedišta ne omogućuje slobodu izbora mjerodavnog prava društva. Cilj je upravo i spriječiti izbjegavanje primjene domaćeg prava registriranjem društva u inozemstvu.³¹ U državama koje primjenjuju teoriju stvarnog sjedišta zahtijeva se da se i središnje mjesto upravljanja i stvarno sjedište budu u državi gdje je društvo osnovano.³² Kada društvo prenosi svoje središnje mjesto upravljanja u inozemstvo

- 27 Babić, D.: *Sloboda kretanja trgovačkih društava...*, op. cit., str. 229. Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio*, Jean Monnet working paper 07/09, str. 5.: Teorija osnivanja prihvaćena je u Nizozemskoj, Danskoj, Irskoj, Velikoj Britaniji, Malti, Švedskoj, Češkoj, Slovačkoj, Finskoj, Mađarskoj i Cipru. Počela se primjenjivati u 18. stoljeću u državama *common law* pravne tradicije, prvenstveno u Ujedinjenom Kraljevstvu, potaknuta potrebama engleskih društava koja su se bavila prekomorskom trgovinom. Primjenom ove teorije društva su bila subjektima engleskog prava bez obzira na vođenje poslova i obavljanje djelatnosti u inozemstvu. Tako su i druga društva osnovana u Ujedinjenom Kraljevstvu bila smatrana engleskim društvima. U nekim državama članicama primjenjuje se kombinacija obje teorije, primjerice u Italiji.
- 28 Andenas, M., Wooldridge, F.: *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2009
- 29 Panayi, C. H. J. I.: *Corporate mobility in the European Union and exit taxes*, *Bulletin for International Taxation*, 2009.; Vargova, P.: *The cross border transfer...*, op. cit., str. 9.
- 30 Babić, D.: *Sloboda kretanja ...*, op. cit., str. 230. Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer of seat ...*, op. cit., str. 6.: „Teorija stvarnog sjedišta primjenjuje se u Belgiji, Njemačkoj, Španjolskoj, Francuskoj, Luksemburgu, Portugalu, Litvi, Poljskoj, Estoniji, Norveškoj, Austriji, Sloveniji i Latviji.“
- 31 Ibidem. Vidi i Babić, D., Petrović, S.: *Priznanje stranih trgovačkih društava u Europskoj uniji nakon presude Suda Europskih zajednica u predmetu Centros*, 52. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2002.; Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava*, op. cit., str. 102. do 140.
- 32 Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer of seat ...*, op. cit., str. 5. „Ova teorija nastala je u Njemačkoj i Francuskoj u 19. stoljeću kao rezultat modernih trendova, te odražava nacionalni princip temeljem kojeg države imaju pravo kontrole nad svojim teritorijem što uključuje nadzor aktivnosti pravnih i fizičkih osoba na njihovom teritoriju.“

ono prestaje biti subjektom prava države članice gdje je osnovano i gdje je imalo svoje stvarno sjedište, te mora biti likvidirano u matičnoj državi članici i ponovno osnovano u državi članici odredišta što se smatra ograničenjem mogućnosti da društvo premjesti svoje sjedište preko granice.³³ Europski sud teoriju stvarnog sjedišta nije proglasio nespojivom s UFEU-om, međutim ističe se kako primjena teorije stvarnog sjedišta ne može biti razlog i sredstvo ograničavanja slobode poslovnog nastana.³⁴

Kao temeljno pravilo³⁵ može se uzeti da države članice koje primjenjuju teoriju osnivanja dopuštaju društvima prijenos njegovog središnjeg mjesta upravljanja u drugu državu članicu bez potrebe za prestankom društva i promjene prava koje se na to društvo primjenjuje (s obzirom na to da je pravo koje se primjenjuje na društvo u ovom slučaju ono koje se primjenjuje u državi u kojoj je društvo osnovano). Međutim, prekogranični prijenos registriranog sjedišta, budući da rezultira promjenom prava društva koje se na to društvo primjenjuje, može se ostvariti jedino ukoliko društvo prestane postojati u matičnoj državi i njegovim ponovnim osnivanjem u državi članici odredišta.³⁶

2.2. Izvori prava Europske unije u području slobode poslovnog nastana

Sloboda poslovnog nastana jamči se odredbama čl. 49. do 54. UFEU-a,³⁷ te odredbom čl. 225. UFEU-a kojom je omogućeno Europskom parlamentu pokretanje inicijative pri Europskoj komisiji za rješavanje određenih pitanja radi primjene akata Unije.

Osim u primarnom zakonodavstvu sloboda poslovnog nastana omogućena je i brojnim izvorima sekundarnog zakonodavstva.³⁸

Ostvarivanje slobode poslovnog nastana, kao jednog od prioriteta Europske unije u području prava društava te jedan od preduvjeta za mobilnost trgovačkih

33 Ibidem, str. 7.

34 Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava..., op. cit., str. 234 i 235

35 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 9.

36 Ibidem. Tako i Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat..., op. cit., str. 7.

37 Temeljem odredbe čl. 50. st. 2. t. g. europske institucije usvojile su veći broj direktiva u pravu društava koje su stvorile pravni okvir europskog prava društava te osigurale njegovu implementaciju u nacionalna prava država članica. Vidi u Armour, J., Ringe, W. G.: European Company Law, op. cit., str. 5.

38 Commission communication of 21 May 2003 "Modernising Company law and Enhancing Corporate Governance in The European Union-A plan to Move Forward" (COM(2003)0284); Commission Communication of 3 March 2010 "Europe 2020-A strategy for smart, sustainable and inclusive growth" (COM(2010)0608); Commission communication of 13 April 2011 "Single Market Act-Twelve levers to boost growth and strengthen confidence – Working together to create new growth" (COM(2011)0206); Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE), OJ L 294, 10.11.2001, str. 1; Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European Company with regard to the involvement of employees, OJ L294, 10.11.2001, str. 22; Council Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross border mergers of limited liability companies, OJ L 310, 25.11.2005, str. 1.

društava na europskom tržištu istaknuto je u više dokumenata Europske komisije. U dokumentu pod nazivom „Modernizacija prava društava i poboljšavanje korporativnog upravljanja u Europskoj uniji – Plan pomaka naprijed“ (dalje: Akcijski plan)³⁹ iz 2003. godine koji je inicirala Visoka grupa stručnjaka za pravo trgovačkih društava⁴⁰ ističe se kako će inicijative za olakšavanje slobode poslovnog nastana za trgovačka društva ujednačavanjem minimalnih zahtjeva za osnivanje društava u drugim državama članicama dovesti do lakšeg osnivanja društava u državama članicama koje imaju sličan regulatorni okvir⁴¹ te isticanjem potrebe za usvajanjem zajedničkih mehanizama u području europskog prava društava kako bi se između ostalog olakšala sloboda poslovnog nastana i prekogranično preoblikovanje društava što nastaje kao posljedica učestalog prekograničnog djelovanja velikog broja društava u Europskoj uniji.⁴² Europska komisija tada je istaknula kako će u kratkom roku dati prijedlog za donošenje Četrnaeste direktive u pravu društava koja bi se odnosila na prekogranični prijenos sjedišta društva, a imajući na umu da nedostatak zakonodavstva koje bi se primjenjivalo na prekogranični prijenos sjedišta otežava njegov prijenos, odnosno čini ga iznimno kompleksnim. Budući da zakonima država članica uglavnom nije predviđena ova mogućnost, a ukoliko jest, s obzirom na istovremenu primjenu različitih nacionalnih prava, učestalo dolazi do sukoba zakona zbog primjene različitih poveznica u različitim državama članicama. Zbog toga je Europska komisija istaknula potrebu za poduzimanjem zakonodavne inicijative u ovom području, kako bi se sloboda poslovnog nastana implementirala na način kako je to predviđeno Ugovorom,⁴³ u više priopćenja: „Europa 2020 – strategija za pametan, održiv i uključiv rast,⁴⁴ „Prema aktu o jedinstvenom tržištu – za visoko kompetitivnu socijalno tržišnu ekonomiju – 50 prijedloga za poboljšanje našeg rada, poslovanja i međusobne razmjene⁴⁵ i „Aktu o jedinstvenom tržištu – dvanaest poluga za poticanje rasta i jačanje povjerenja – zajedničkim radom za stvaranje novog rasta.“⁴⁶

Društva mogu koristiti pogodnosti prijenesa registriranog sjedišta temeljem odredbi Uredbe Vijeća br. 2157/2001 o statutu europskoga društva (dalje: Uredba SE),⁴⁷ Uredbe Vijeća br. 1435/2003 o Statutu europske zadruge (dalje: Uredba

39 Communication of 21 May 2003 *Modernising Company Law ...* COM(2003) 284.

40 O Akcijskom planu vidi više u: Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava, op. cit., str. 30-39.

41 Communication of 21 May 2003 *Modernising Company Law ...* COM(2003) 284 final, str. 6.

42 Ibidem, str. 7.

43 Ibidem, str. 20.

44 Commission Communication of 3 March 2010 *Europe 2020-A strategy for smart, sustainable and inclusive growth* (COM(2010)0608).

45 Commission Communication of 27 October 2010 *Towards a Single Market Act – For a highly competitive social market economy – 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another* (COM(2010)0608).

46 Commission communication of 13 April 2011 *Single Market Act-Twelve levers to boost growth and strengthen confidence – Working together to create new growth* (COM(2011)0206).

47 Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE), OJ L 294, 10.11.2001.

SCE),⁴⁸ Uredbe Vijeća br. 2137/85 o europskom gospodarsko interesnom udruženju (dalje: Uredba EGIU) i Direktive 2005/56/EZ o prekograničnim pripajanjima i spajanjima društava kapitala (dalje: Direktiva 2005/56/EZ),⁴⁹ primjenom Direktive 2001/86/EZ kojom se dopunjuje Statut europskog društva u pogledu sudjelovanja radnika⁵⁰ te Direktive 2002/14/EZ kojom se uspostavlja opći okvir za obavješćivanje i savjetovanje radnika.⁵¹

Navedenim Uredbama Vijeća reguliraju se oblici supranacionalnih društava. Analogno tumačenju Europskog suda u presudi u predmetu *Daily Mail*⁵² u kojoj se navodi kako su za razliku od fizičkih osoba trgovačka društva „tvorevine“ nacionalnog prava možemo zaključiti da su supranacionalna društva „tvorevine“ europskog prava koja posluju na području čitave Europske unije, unutar jurisdikcija svake od država članica Europske unije, ali temeljem pravnog režima ustrojenog na supranacionalnoj razini.⁵³

Primjena odredbi ovih uredbi i direktive na prekogranični prijenos sjedišta društva proizlazi iz tumačenja Europskog suda u presudi u predmetu *Cartesio*⁵⁴ gdje se navodi kako se pravila o prijenosu sjedišta, regulirana Uredbom SE, Uredbom o EEIG i Uredbom o SCE, mogu *mutatis mutandis* primjenjivati i na prekogranični prijenos stvarnog sjedišta društva osnovanog temeljem prava države članice, a posebice imajući na umu da su te uredbe usvojene temeljem čl. 308. UEZ-a (sada čl. 352. UFEU-a), te se njima određuju pravila za promjenu registriranog i stvarnog sjedišta, koja se oba moraju nalaziti u istoj državi članici, u drugu državu članicu, a taj prijenos sadržava i promjenu nacionalnog prava koje se primjenjuje na to društvo.

Pripajanja i spajanja društava za posljedicu imaju i prijenos sjedišta društava. Odredbom čl. 13. Direktive 2005/56/EZ predviđena je obveza država članica da propišu uvjete za provedbu prekograničnog spajanja i pripajanja u registru u kojem su pripojena ili spojena društva bila upisana. Primjena odredbi Direktive 2005/56/EZ predstavlja za sada jedinu mogućnost prijenosa sjedišta društva bez njegove likvidacije čime se omogućuje kontinuitet postojećim društvima koja se pripajaju

48 Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE), OJ L 207, 18.8.2003.

49 Council Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross border mergers of limited liability companies, OJ L 310, 25.11.2005.

50 Directive 2001/86/EC of 8. October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees, OJ L 294, 10.11.2001.

51 Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation, OJ L 80, 23.3.2002, str. 29–34.

52 Vidi para. 19 presude u predmetu *Daily Mail*. U originalnom tekstu presude navodi se kako su trgovačka društva „creatures of national law“, te se ovdje koristi termin „tvorevine.“ Prema Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko..., op. cit., str. 130.

53 Vidi Izvješće Europske komisije, DG za Unutarnje tržište i usluge: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law, Bruxelles, 5.4.2011., str. 29.

54 Tako u para. 115 i 116 presude u predmetu *Cartesio*.

ili spajaju. Kao temeljni nedostatak ističe se skup postupak koji nije primjeren za mala i srednje velika trgovačka društva. Prijedlog Četrnaeste direktive trebao bi ići za tim da se smanje administrativni zahtjevi i pojeftini procedura prijenosa sjedišta, te se olakša prijenos sjedišta malim i srednjim trgovačkim društvima (te „mikro“ društvima) čime će se omogućiti njihovo poslovanje na cjelokupnom tržištu.⁵⁵

3. PRAKSA EUROPSKOG SUDA U PODRUČJU SLOBODE POSLOVNOG NASTANA

Europski sud usvojio je pristup tumačenju slobode poslovnog nastana presudama u predmetima: Daily Mail i General Trust, Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC Systems, Cadbury Schweppes te Cartesio.

Analizirajući praksu Europskog suda valja imati na umu da Europski sud nije specijalizirani sud, te odlučuje u cilju zaštite temeljnih gospodarskih sloboda zajamčenih UFEU-om dok nacionalni trgovački sudovi, koji su specijalizirani sudovi, donose odluke radi zaštite nacionalnih prava i interesa uzimajući u obzir pravnu i poreznu usklađenost te druge važne čimbenike za nacionalno zakonodavstvo.⁵⁶ U prilog tomu primjerice, Europski sud ne uzima u obzir prethodnu ekonomsku aktivnost društava u matičnoj državi članici⁵⁷ te ne prihvaća kao opravdanja razloge zaštite vjerovnika prilikom određivanja visine iznosa temeljnog kapitala društva.⁵⁸

55 U prilog ovome ide i njemačko zakonodavstvo kojim je omogućeno osnivanje, tzv. „Mini“ GmbH (Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) UG) za čije je osnivanje potreban minimalan temeljni kapital od 1 EUR, ali se dobit ne može rasporediti dok visina temeljnoga kapitala ne dosegne iznos potreban za osnivanje običnog GmbH (25.000 EUR). Više vidi u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava...*, op. cit., str. 107. U tom smislu stvara se pozitivno okruženje za privlačenje društava u „povoljniji“ pravni režim.

56 O odnosu između Europskog suda i nacionalnih sudova vidi u Horak, H., Dumančić, K.: *Problemi implementacije Direktive o uslugama u pravo RH – odustajanje od socijalnog modela na nacionalnom nivou?*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, 2011., gdje se navodi kako „djelovanje država članica u vrijeme globalne ekonomske krize nisu uvijek podrška procesima integracije tržišta EU, te socijalna dimenzija EU ne može biti u potpunosti osigurana samo od strane Europskog suda. Iako Europski sud široko interpretira gospodarske slobode na način da se njima štite temeljna osobna i socijalna prava očigledno je da najnovija sudska praksa potvrđuje kako to ne može biti tako. Obzirom da liberalizacija tržišta znači liberalizaciju nacionalnih pravila potvrđuje se zaključak da se time otvaraju posebna pitanja i za sudionike na tržištu. Očigledno je da je jedan od odgovora u nekim državama članicama primarno zaštita nacionalnih tržišta.“

57 Pitanje nastavka ekonomske aktivnosti društva u drugoj državi članici počeo će se analizirati tek u mišljenju nezavisnog odvjetnika u predmetu Cartesio, te u najnovijem predmetu VALE.

58 U odnosu na temeljni iznos minimalnog temeljnog kapitala društva kao razloga za opravdanje ograničenja slobode poslovnog nastana Europski sud istaknuo je kako on ne pruža dovoljno učinkovitu zaštitu vjerovnika (u presudi u predmetu Centros i Inspire Art Europski sud uopće ne razmatra ovo pitanje, te se može zaključiti kako se pravila o minimalnom temeljnom kapitalu ne smatraju dovoljno važnima da bi mogla biti prepreka slobodi poslovnog nastana kao i pitanja o odgovornosti uprave i obavještanju koja su bila predmetom rasprave u predmetu Inspire Art. Vidi u Babić, D.: *Sloboda kretanja...*, op. cit., str. 247.

Ovakvo tumačenje Europskog suda zapravo ide u prilog shvaćanjima kako odredbe o uplati minimalnog temeljnog kapitala nisu odlučne za borbu protiv zlouporabe te ne predstavljaju razlog zaštite javnog interesa.⁵⁹

Europski sud priklanja se u svojim presudama teoriji osnivanja. Prihvaćen je stav da država članica odredišta mora priznati pravnu osobnost društva koje je valjano osnovano po pravu matične države članice. U odnosu na situaciju kada društvo prenosi svoje stvarno sjedište iz države članice u kojoj je osnovano u inozemstvo, Europski sud nije jasno zabranio ili ograničio pravo država članica na određivanje ograničenja za prijenos stvarnog sjedišta osnovanog temeljem njihovog prava u drugu državu članicu.⁶⁰ Zbog toga matična država članica može zahtijevati od društva ispunjenje određenih uvjeta kada iz nje prenosi svoje stvarno sjedište (primjerice dozvola koju je izdalo od nadležno državno tijelo).⁶¹ Ili suprotno, država članica može dopustiti da društvo bude osnovano čak i ako ono nije uključeno u stvarno obavljanje ekonomske aktivnosti na njezinom teritoriju ili na njemu ima stvarno sjedište.⁶²

U presudi u predmetu *Daily Mail i General Trust*⁶³ po prvi puta se ističe primjena odredbi UFEU-a (tada UEZ) o poslovnom nastanu na situaciju prekograničnog prijenosa sjedišta društva. Sud ističe kako primjena UEZ-a obvezuje da se razlike u nacionalnim propisima moraju, s obzirom na to da države članice svojim nacionalnim propisima različito reguliraju osnivanje i ustroj društava, riješiti donošenjem posebnih propisa ili međunarodnim sporazumima jer nisu riješeni odredbama UEZ-a koje se odnose na poslovni nastan.⁶⁴ Upravo ovaj navod Europskog suda otvara vrata, i kako se ističe svim kasnijim presudama, mogućnosti uređenja pitanja prekograničnog premještanja sjedišta društva putem uredbe ili direktive.

U odnosu na zlouporabu slobode poslovnog nastana Sud ističe kako nije zlouporaba osnivanje društva u drugoj državi članici čiji su propisi manje restriktivni od države članice iz koje dolazi osnivač te naknadno osnivanje podružnice tog

59 Smatra se da minimalni temeljni kapital nije dovoljna zaštita za vjerovnike, već se naglasak stavlja na objavljivanje podataka o poslovanju društva kao bolji način zaštite vjerovnika. Vidi u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit., str. 111, Babić, D., Petrović, S.: Priznanje stranih trgovačkih društava u Europskoj uniji nakon presude Suda Europskih zajednica u predmetu *Centros*, 52, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2002., str. 369.

60 Vidi para. 20 presude u predmetu *Daily Mail*, para. 110 presude u predmetu *Cartesio*

61 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 10.

62 Vidi Izvješće Europske komisije, DG za unutarnje tržište i usluge: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law, Bruxelles, 5.4.2011., str. 13. te presudu u predmetu *Centros*.

63 Više vidi u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit., str. 124-127; Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava..., op. cit.; Armour, J., Ringe, W. G.: European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, ECGI Working paper series in Law, working paper No. 175/2011, str. 7-8, <<http://ssrn.com/abstract=1691688>>, 3. svibnja 2012.

64 Vidi para 23. Presude u predmetu *Daily Mail*.

društva u drugoj državi članici.⁶⁵ Činjenica da društvo nije aktivno u jednoj državi članici nije dovoljna da bi se dokazalo postojanje zlouporabe ili prijevarnog ponašanja društva ili njegovih osnivača.⁶⁶ Obveza je država članica priznati društva koja su zakonito osnovana u drugoj državi članici. Široko tumačeći presudu Centros može se zaključiti da osnivači mogu odlučiti osnovati društvo u državama koje im nude pravni okvir koji utječe na smanjenje troškova bez obzira na to gdje se nalazi imovina društva, radnici ili investitori.⁶⁷

Presudama Europskog suda zajamčena je mogućnost osnivačima društava da prilikom osnivanja odaberu pravo koje će se primjenjivati na njihovo društvo. Državama članicama omogućava se određivanje dopuštenih ograničenja prilikom ostvarivanja slobode poslovnog nastana ako su ona utemeljena na razlozima javne politike te se primjenjuju nediskriminirajuće, ako su opravdana važnim razlozima javnog interesa, osiguravaju postizanje cilja te su proporcionalna.⁶⁸

Osobito je značajno navođenje Suda kako je u slučaju procjene ponašanja poreznog obveznika potrebno uzeti u obzir cilj koji se nastoji postići omogućavanjem slobode poslovnog nastana.⁶⁹ Europski sud ističe kako opravdanje za restriktivne nacionalne mjere kojima se ograničava sloboda poslovnog nastana, mogu biti razlozi sprječavanja zlouporabe (u konkretnom slučaju: izbjegavanje plaćanja poreza na dobit koji bi uobičajeno trebalo podmiriti za poslovanje na nacionalnom teritoriju) ako je riječ o potpuno fiktivnim aranžmanima koji ne odražavaju ekonomsku stvarnost radi izbjegavanja poreza koji bi inače bio plativ na dobit ostvarenu obavljanjem djelatnosti na nacionalnom teritoriju.⁷⁰ Fiktivni aranžmani procjenjuju se temeljem obavljanja stvarne gospodarske djelatnosti matičnoj državi članici uz stvarno postojanje ovisnog inozemnog društva u smislu prostora, osoblja i opreme.⁷¹

Europski sud u presudi u predmetu Cartesio navodi kako treba razlikovati predmete u kojima se sjedište društva osnovanog temeljem prava jedne države članice prenosi u drugu državu članicu bez promjene primjenjivog prava od predmeta kada dolazi do promjene nacionalnog prava koje se primjenjuje.⁷² U prvom slučaju država osnivanja može odrediti da zbog prijenosa sjedišta dođe do obveznog prestanka društva, dok u drugom slučaju, ako se društvo želi u drugoj državi reinkorporirati, društvo mijenja "nacionalnost", tj. premješta registarsko sjedište i prestaje postojati kao društvo prema pravu države osnivanja te se i dalje može pozivati na slobodu poslovnog nastana. Ako u tom slučaju država članica

65 Para 27. Centros.

66 Para 29. Centros.

67 Bratton, W. W. i dr.: How does corporate mobility..., op. cit., str. 22.

68 Ova opravdanja definirana su u presudi Europskog suda u predmetu C-55/94 Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano [1995] ECR I-4165.

69 Para 52. Cadbury Schweppes.

70 Para 57. Cadbury Schweppes, vidi u: Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit., str. 137.

71 Para 67. Cadbury Schweppes.

72 Para 111. Cartesio.

osnivanja traži, prije nego što se društvo osnuje u drugoj državi članici, provođenje postupka prestanka društva ili likvidacije to se smatra ograničenjem slobode poslovnog nastana.⁷³ Stav Europskog suda kojim se omogućava matičnoj državi članici određivanje zabrane prijenosa sjedišta u situaciji kada se mijenja poveznica za nacionalno društvo, može se objasniti zahtjevima za zaštitom prava dioničara, vjerovnika, radnika i svih ostalih zainteresiranih osoba budući da će promjena poveznice uzrokovati promjenu pravnih pravila koja se odnose na sve odnose ranije ustanovljene s društvom.

3.1. Predmet C-378/10 VALE

Predmet VALE⁷⁴ podnesen je na odlučivanje Europskom sudu 28.7.2010. godine te presuda nije donesena. Temeljno je pitanje omogućava li nedostatak odredbi europskog prava koje se odnose na reinkorporaciju i imigraciju društva određivanje nedopuštenih ograničenja za slobodu poslovnog nastana društava.⁷⁵

Talijansko društvo VALE Constructioni bilo je upisano u talijanski sudski registar 2000. godine, te je na vlastiti zahtjev 2006. godine izbrisano iz sudskog registra navodeći razlog da želi premjestiti središnje mjesto upravljanja i stvarno sjedište iz Italije u Mađarsku. VALE, temeljem talijanskog prava, nije trebalo likvidirati jer će ono nastaviti poslovati u Mađarskoj. Devet mjeseci nakon brisanja iz sudskog registra u Italiji usvojen je društveni ugovor za osnivanje društva VALE Epítési te stavljen zahtjev za upis mađarskoga društva u sudski registar u Budimpešti u kojem se kao prednik mađarskoga društva navodilo talijansko društvo (izbrisano iz sudskog registra u Rimu 11 mjeseci ranije). Zahtjev je odbijen uz obrazloženje da se jedino mađarsko društvo može navesti kao prednik.

Iz dosadašnje prakse Europskog suda proizlazi da u situaciji u kojoj matična država članica primjenjuje teoriju inkorporacije ili teoriju registriranog sjedišta dopuštajući društvima da premjeste svoje registrirano sjedište u inozemstvo, a država članica odredišta primjenjuje istu teoriju, država članica odredišta ne može negirati stranom društvu pravo da premjesti registrirano sjedište u državu odredišta.⁷⁶

S druge strane postoje mišljenja da država članica odredišta može u svakom slučaju zabraniti stranom društvu, čak i ako država članica odredišta primjenjuje teoriju registriranog sjedišta, pravo da imigrira (npr. pravo da prenese registrirano sjedište u državu članicu odredišta). Na isti način na koji je država članica slobodna odrediti uvjete kojima društvo nastaje, slobodna je odrediti uvjete kojima strano

73 Para 112. i 113. *Cartesio*. Vidi i u: Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava...*, op. cit., str. 132

74 Predmet C-378/10 VALE podnesen je Europskom sudu 28.7.2010. i presuda nije donesena. Reference for a preliminary ruling from the Magyar Koztarsasag Legfelsobb Birosga (Hungary) – VALE Epítési Kft.

75 Armour, J., Ringe W. G.: *European Company Law ...*, op. cit., str. 14.

76 Vidi u presudi u predmetu *Cartesio*.

društvo postaje domaće društvo ili ga u tomu spriječiti.⁷⁷ Postavlja se pitanje mora li država članica primjenjivati svoje pravo koje se odnosi na preoblikovanje domaćih društava i na preoblikovanja koja imaju prekogranični karakter?⁷⁸ Moguća pretpostavka jest da bi odgovor bio negativan s obzirom na to da analogijom dosadašnje prakse Suda kada je država slobodna regulirati uvjete osnivanja društava tada je slobodna regulirati i uvjete koja se odnose na njihovo preoblikovanje.

Činjenična situacija može se tumačiti i tako da se radi o osnivanju novog društva, a ne o prijenosu registriranog sjedišta. VALE je izgubio svoj odnos s Italijom jer je brisan iz registra. Ako se prihvati ovakva analiza treba uzeti u obzir da je VALE Construzioni kao razlog za brisanje iz talijanskog registra naveo prijenos sjedišta i djelatnosti u Mađarsku, te zato nije bilo potrebno provoditi postupak likvidacije u Italiji.

Za razliku od predmeta *Cartesio* i *Daily Mail* u predmetu VALE ne radi se samo o prijenosu sjedišta bez promjene poveznice. U predmetima *Daily Mail* i *Cartesio* radilo se o prijenosu stvarnog sjedišta (središnjeg mjesta upravljanja) bez promjene prava koje se primjenjuje na društvo, dok je VALE društvo osnovano temeljem prava jedne države članice (Italije) i želi prenijeti sjedište u drugu državu članicu i promijeniti pravo koje se na njega primjenjuje (mađarsko).

Mišljenje nezavisnog odvjetnika Jääskinen doneseno je 15. 12. 2011. Analizirajući mađarsko pravo nezavisni odvjetnik ističe kako ono ne predviđa mogućnost prekograničnog prijenosa sjedišta društva osnovanog u inozemstvu.⁷⁹ Prema njegovom mišljenju predmet je potrebno sagledati na dva načina. S jedne strane društvo VALE Construzioni ne postoji u smislu talijanskoga prava, te prijenos koji je prihvatilo talijansko pravo neće se moći ostvariti budući da društvo ne postoji. Uz to postavlja se pitanje kome pripada imovina društva posebice imajući na umu prijavu u Mađarskoj, te tko je odgovoran za obveze društva prema trećima budući da društvo nije likvidirano. S druge strane VALE Eptési još ne postoji kao pravna osoba u mađarskom pravu jer je upis društva u Mađarskoj odbijen. Međutim, pravni status društva u nastajanju zahtijeva mogućnost da društvo djeluje kao stranka u nacionalnom pravnom sustavu.⁸⁰

U predmetu VALE radi se o pitanju postojanja ekonomskog entiteta temeljem talijanskog prava, odnosa između društva prednika i društva sljednika, imovini društva i cilja djelovanja društva u Mađarskoj u obliku usklađenom s mađarskim pravom. Kada bi društvo moralo izgubiti svoju pravnu osobnost temeljem talijanskog prava, a njegov pravni sljednik ne bi je mogao dobiti temeljem mađarskog prava, VALE Eptési mora imati mogućnost pozvati se na slobodu poslovnog nastana u Mađarskoj u smislu nastavljanja njegove ekonomske aktivnosti kako je ona navedena u temeljnom aktu društva koje prestaje i onoga koje nastaje.⁸¹

77 Tako i Malherbe, J.: *Transfer of company seat in the EU after Cartesio*, Documentation from the Annual Conference on Company Law, ERA, 2011.

78 Armour, J., Ringe W. G.: *European Company Law...*, op. cit., str. 15.

79 Predmet VALE, para 30. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

80 Predmet VALE, para 44. i 45. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

81 Predmet VALE, para 48. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

Sloboda poslovnog nastana omogućava odabir društvima najpovoljnijih ekonomskih uvjeta i primjenjivog prava društava, te za posljedicu ima da društva žele premjestiti sjedište u onu državu članicu gdje će imati koristi od boljeg pristupa financiranju i smanjenju troškova. Prekogranično preoblikovanje društva povezano je s primjenom prava društava i također predstavlja poseban način ostvarivanja slobode poslovnog nastana usporediv s postupkom prekograničnog spajanja,⁸² te se s obzirom na to odredbe Ugovora o poslovnom nastanu primjenjuju i na prekogranična preoblikovanja društva.⁸³ Nezavisni odvjetnik u svom mišljenju ističe kako je temeljno dati odgovor na pitanje može li društvo u osnivanju kao svog prethodnika navesti društvo iz druge države članice, te ističe stav kako je na ovo potrebno odgovoriti pozitivno. Posebice jer društvo može dokazati da je pravno sljedništvo dopustilo zakonodavstvo matične države članice, štoviše prijenos imovine između društva prednika i društva u nastajanju može se odvijati zahvaljujući pravnom sljedništvu.⁸⁴

Zaključno nezavisni odvjetnik ističe kako činjenica da društvo traži registraciju pravnog prethodnika u registar države članice domaćina ne predstavlja sama po sebi razlog za odbijanje njegovog zahtjeva za registraciju društva.⁸⁵

Presuda u predmetu VALE dat će odgovor na pitanje primjene odredbi UFEU-a u slučaju prekograničnog preoblikovanja društva te mogućnosti isticanja pravnog prednika i prijenosa imovine i obveza na novo društvo koje se registrira u drugoj državi članici. S obzirom na to da u svom mišljenju nezavisni odvjetnik, pozivajući se na važnost trgovačkih društava za ekonomije država članica, prihvaća mogućnost prijenosa sjedišta i nedopuštanje ograničavanja ove slobode za vjerovati je da će i Europski sud prikloniti se ovom stavu i istaknuti kako ograničavanje prijenosa sjedišta prilikom prekograničnog preoblikovanja društva nije u skladu s pravom Unije. Temeljni argument mogao bi biti više ekonomski nego pravni: zahtjev za osiguravanjem nastavka društva upravo radi sigurnosti trećih osoba, ali prvenstveno radi održavanja ekonomske aktivnosti.

4. OSTVARENJE SLOBODE POSLOVNOG NASTANA U HRVATSKOM PRAVU DRUŠTAVA

Budući da RH 15. srpnja 2013. godine postaje punopravnom članicom EU-a nameće se pitanje u kojoj je mjeri hrvatsko pravo društava usklađeno s odredbama o slobodi poslovnog nastana te postoje li još uvijek ograničenja ostvarivanju te slobode. Navedenu problematiku treba razmatrati s dva aspekta: u smislu omogućavanja ostvarivanja poslovnog nastana inozemnim društvima na teritoriju RH, te u smislu omogućavanja ostvarivanja poslovnog nastana hrvatskim društvima u drugim

82 Predmet VALE, para 68. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

83 Predmet VALE, para 69. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

84 Predmet VALE, para 77. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

85 Predmet VALE, para 80. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

državama članicama.⁸⁶ Glede mogućnosti migracije društva iz država članica u RH i *vice versa* bitnu komponentu predstavlja „nacionalnost“ društva, budući da ZTD postavlja različite kriterije za trajno obavljanje djelatnosti na području RH kada je riječ o domaćim i inozemnim društvima. Naime, domaćim je trgovačkim društvima ostavljena mogućnost trajnog obavljanja djelatnosti na cijelom području RH izvan mjesta u kojemu se nalazi njihovo sjedište bilo neposredno ili putem podružnica. Osim toga domaća društva imaju mogućnost prijenosa sjedišta s jednog na drugo mjesto u RH.⁸⁷ Kada je riječ inozemnim društvima, ona će u pravilu poslovni nastan na području RH moći ostvariti jedino osnivanjem podružnice.⁸⁸

4.1. Domaća i inozemna društva

Problematici utvrđivanja „nacionalnosti“ konkretnog društva valja pristupiti od kolizijskih pravila kako bi se uopće utvrdilo koje je pravo mjerodavno za ocjenu radi li se o domaćem ili inozemnom društvu. Sukladno tomu, polaznu točku predstavlja odredba čl. 17. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRSZ)⁸⁹ prema kojoj se pripadnost pravne osobe određuje prema pravu države prema kojoj je ona osnovana. No ako pravna osoba ima stvarno sjedište u drugoj državi, a ne u onoj u kojoj je osnovana i po pravu te države ima njezinu pripadnost, smatrat će se pravnom osobom te države.⁹⁰ Uzimajući u obzir citiranu odredbu, za ocjenu o tome radi li se u konkretnom slučaju o inozemnom ili domaćem društvu, hrvatsko će pravo biti mjerodavno u slučajevima ako je riječ o društvu koje je osnovano prema hrvatskom pravu uz uvjet da ima stvarno sjedište u RH ili u nekoj drugoj državi koja je usvojila teoriju inkorporacije.⁹¹

ZTD ne sadrži izričite odredbe o tomu koje se trgovačko društvo ima smatrati domaćim. S druge strane pojam inozemnog društva eksplicite je određen odredbom čl. 611. st. 1. ZTD-a. Inozemno društvo je društvo koje je valjano osnovano po pravu

86 U ovom kontekstu razmatramo samo hrvatsko pozitivno pravo i moguće izlazne restrikcije, bez ulaženja u problematiku eventualnih ulaznih ograničenja određištih država članica.

87 Čl. 38. st. 1. ZTD-a.

88 Čl. 612. st. 2. ZTD-a.

89 Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Sl. l. br. 43/82, 72/82, NN br. 53/91; dalje: ZRSZ.

90 Iz citirane odredbe proizlazi da hrvatska usvaja teoriju inkorporacije, uvažavajući pri tomu i nacionalna prava koja su usvojila teoriju stvarnog sjedišta.

91 *Vice versa*, kada je riječ o društvu: (1) koje je osnovano prema stranom pravu i (2) koje je osnovano prema hrvatskom pravu, a stvarno mu se sjedište nalazi na teritoriju države koja usvaja teoriju stvarnog sjedišta; za određenje „nacionalnosti društva“ u pravilu neće biti mjerodavno hrvatsko pravo. Ipak i u ovim slučajevima, za određenje „nacionalnosti društva“ moglo bi na posljeticu biti mjerodavno hrvatsko pravo, ako bi primjerice kolizijska pravila države na čije pravo upućuje odredba čl. 17. ZRSZ-a, uzvratno upućivala na hrvatsko pravo kao mjerodavno. V. čl. 6. ZRSZ-a. Više o institutu *renvoi* u Sajko, K.: *Međunarodno privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 184.-204.

države u kojoj ono ima registrirano sjedište izvan RH.⁹² Navedena norma ukazuje na to da će za ocjenu radi li se u konkretnom slučaju o domaćem ili inozemnom društvu, odlučni element predstavljati mjesto u kojemu se nalazi registrirano sjedište društva, pa će se u tom smislu domaćim trgovačkim društvom smatrati ono koje ima registrirano sjedište u RH,⁹³ a inozemnim ono koje ima registrirano sjedište izvan RH.⁹⁴

Budući da mjesto registriranog sjedišta društva prema hrvatskom pravu društava određuje „nacionalnost“ društva, postavlja se pitanje utjecaja prijenosa registriranog sjedišta iz jedne u drugu državu. Kada je riječ o nacionalnim oblicima društava, prijenos registriranog sjedišta iz jedne države u drugu nužno će rezultirati likvidacijom društva u matičnoj državi i osnivanjem novog društva u državi članici odredišta, pri čemu dolazi do diskontinuiteta u subjektivitetu društva.⁹⁵

4.2. Ostvarivanje poslovnog nastana inozemnih društava u RH

ZTD izjednačuje inozemna trgovačka društva glede poslovanja na području Republike Hrvatske s domaćim društvima, ako su ispunjeni uvjeti određenim zakonom.⁹⁶ Modaliteti ostvarenja prava na obavljanje gospodarskih djelatnosti na području Republike Hrvatske inozemnih društava izlažu se u tekstu koji slijedi.

Određena društva čije je sjedište izvan RH, ali na području jedne od država članica EU, mogu trajno obavljati gospodarsku djelatnost na području RH i to neposredno – bez potrebe da u RH osnuju podružnicu. Riječ je o društvima koja se osnivaju radi obavljanja djelatnosti koje su uređene posebnim propisima.⁹⁷

92 „Smisao citirane odredbe treba tražiti u tome da se uzima u obzir mjesto gdje je društvo, u vrijeme je ocjene je li inozemno, ima registrirano sjedište ako ga pravo zemlje u kojoj ima takvo sjedište smatra valjano osnovanim.“ Tako u Barbić, J.: *Pravo društava – Knjiga prva: Opći dio, Organizator, Zagreb, 2006.*, str. 562.

93 Za osnivanje društva prema pravilima ZTD-a nužan je upis društva u sudski registar, a prijava za upis između ostaloga mora sadržavati i naznaku sjedišta društva (vidi čl. 70. za j.t.d., čl. 134. za k.d., čl. 189. za d.d., čl. 396. za d.o.o., čl. 587 za GIU). Temeljem odredbe čl. 37. st. 1. ZTD-a, prilikom određivanja sjedišta autonomija osnivača je između ostaloga ograničena okolnošću da se za sjedište društva mora odrediti mjesto u Republici Hrvatskoj. Navedeno ukazuje na zaključak da ukoliko se društvo osniva prema odredbama ZTD-a ono će nužno imati i sjedište na teritoriju Republike Hrvatske.

94 U tom smislu i Gorenc, V. (ur.) i dr.: *Komentar zakona o trgovačkim društvima, RRIF – plus, Zagreb, 2004.*, str. 44. Izloženi se kriterij podjele na domaća i inozemna društva, međutim, ne primjenjuje na osiguravajuća društva i leasing društva, vidi čl. 5. st. 3. Zakona o osiguranju, NN br. 151/05, 87/08, 82/09 i čl. 2. toč. 5. Zakona o leasingu NN br. 135/06.

95 Novoosnovano društvo u državi odredišta neće se moći identificirati s društvom iz matične države niti će se moći smatrati pravnim sljednikom toga društva, ono će biti inkorporirano prema pravu države odredišta i prema tome će se pravu ocjenjivati „nacionalnost“ toga društva.

96 Čl. 612. st. 1. ZTD-a.

97 To su primjerice društva za osiguranje (čl. 83. st. 1. Zakona o osiguranju) i leasing društva (čl. 31. st. 1. Zakona o leasingu).

Ako neposredno obavljanje djelatnosti inozemnih društava na području RH predstavlja iznimku, opće pravilo predstavlja obavljanje djelatnosti putem podružnice.⁹⁸ Inozemna trgovačka društva i inozemni trgovci pojedinci ne mogu trajno obavljati djelatnosti na području RH dok tamo ne osnuju podružnicu.⁹⁹ Navedeno se pravilo ne odnosi samo na nacionalne oblike inozemnih društava, već i na supranacionalne oblike društva sa sjedištem u inozemstvu.¹⁰⁰ Dakle, u pravilu će svako društvo čije se registrirano sjedište nalazi izvan RH biti dužno osnovati podružnicu u RH želi li obavljati trajnu djelatnost u RH. Takvim rješenjem hrvatsko pravo zapravo štiti vjerovnike i radnike inozemnog društva u tuzemstvu.¹⁰¹

Jednu od posljedica prekograničnih pripajanja i spajanja, kada ulogu „društva preuzimatelja“ ima društvo valjano osnovano po pravu RH, predstavlja i prijenos gospodarskih aktivnosti u RH. Iako u navedenim slučajevima pripojena društva prestaju postojati kao posebni pravni subjekti u matičnim državama, njihov se ekonomski život u kontinuitetu nastavlja u sklopu društva preuzimatelja na području RH.¹⁰²

Već smo napomenuli da prijenos registriranog sjedišta nacionalnih tipova društava na područje RH nije moguće bez da se društvo u matičnoj državi likvidira, a u RH osnuje potpuno novi subjekt.¹⁰³ Novoosnovano društvo u RH u tom se slučaju ne može identificirati s društvom koje je likvidirano u matičnoj državi, niti se s pravnog aspekta može smatrati njegovim sljednikom.¹⁰⁴

Inozemna su društva, pod određenim pretpostavkama u mogućnosti osnovati novo društvo u RH¹⁰⁵ pod uvjetima uređenim ZTD-om. Pod uvjetom reciprociteta,

98 Prema podacima dobivenim iz sudskog registra Trgovačkog suda u Zagrebu na dan 6. srpnja 2012. godine u RH je upisano oko dvjestotinjak podružnica inozemnih društava i trgovaca pojedinaca (1 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Osijeku, 6 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Rijeci, 126 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Splitu, 5 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Varaždinu, 14 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Zadru i 67 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Zagrebu).

99 Čl. 612. st. 2. ZTD-a.

100 Ni ZTD, ni zakoni o uvođenju supranacionalnih društava, a niti uredbe koje uređuju SE, EGIU i SCE, ne oslobađaju ta društva od dužnosti osnivanja podružnice. Prema odredbi čl. 10. Uredbe EGIU, svaka podružnica udruženja smještena u državi članici različitoj od one u kojoj se nalazi sjedište udruženja treba biti upisana u registar u toj državi članici.

101 Podružnice inozemnih trgovačkih društava u RH uređene su odredbama čl. 613. – čl. 618. ZTD-a.

102 Odredbama čl. 549.a do čl. 549.k ZTD-a, u potpunosti je u hrvatsko pravo provedena Direktiva 2005/56/EZ.

103 Zapreke za takav prijenos registriranog sjedišta su mnoge. Primjerice određene države članice predviđaju komanditno društvo na dionice koje nije poznato u hrvatskom pravu društava. Nadalje, određena inozemna društva osoba nisu pravne osobe. Pored toga od države do države se razlikuju i pretpostavke za osnivanje i djelovanje općeprihvaćenih oblika društava.

104 Do prijenosa prava i obveza s društva u matičnoj državi na novoosnovano društvo u RH moglo bi doći jedino po ugovornoj osnovi, a nikako temeljem statusnih odredaba kao što je slučaj s prekogranični pripajanjima i spajanjima.

105 Osnivanjem društva kćeri u državi članici odredišta ostvaruje se sekundarni poslovni nastan u toj državi. Tako u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava...*, op. cit., str. 104.

inozemno društvo koje osniva ili sudjeluje u osnivanju društava u RH, u njima stječe prava i preuzima obveze pod istim uvjetima i ima jednaki položaj kao i domaće društvo.¹⁰⁶

S obzirom na relativno mali broj registriranih podružnica inozemnih društava u RH (dvjestotinjak), trebalo bi zaključiti kako osnivanje društva u RH u ovom trenutku predstavlja najznačajniji modus trajnog obavljanja gospodarske djelatnosti na području RH.

4.3. Ostvarivanje poslovnog nastana hrvatskih društava u državama članicama EU

Modaliteti trajnog obavljanja djelatnosti hrvatskih društava u državama članicama EU-a uvelike će ovisiti o propisima država odredišta (ulazni propisi). Ipak, i u ovom slučaju, značajnu ulogu predstavljaju hrvatski propisi kojima se postavljaju kriteriji za „izlazak“ hrvatskih društva.

Vezano za neposredno obavljanje djelatnosti u državama članicama EU u cijelosti će biti relevantni propisi države odredišta. Jednako tako i mogućnost osnivanja novih društava u državama članicama EU-a hrvatskih osnivača te podružnica hrvatskih društava u državama članicama EU-a propisuje se pravom države odredišta. Hrvatsko pravo društava pri tomu ne propisuje „izlazne“ restrikcije.¹⁰⁷ Dodatni uvjeti za izlaz hrvatskih društava iz RH propisani su kod prijena registriranog sjedišta budući u tom slučaju može doći do povrede prava zaposlenika, vjerovnika i članova društva u većoj mjeri.

Iako dikcija odredbe čl. 38. st. 2. ZTD-a,¹⁰⁸ govori u prilog tezi da hrvatsko pravo društava omogućuje hrvatskim društvima prijenos registriranog sjedišta u inozemstvo, nedostatak propisa kojima bi se detaljno razradio prijenos sjedišta u inozemstvo bez potrebe za prestankom društva u RH čini emigraciju hrvatskih društava neprovedivom.¹⁰⁹

Prijenos registriranog sjedišta društva iz RH u državu članicu EU-a, prema sadašnjem stanju stvari bit će moguć kada RH postane punopravnom članicom EU-a i to samo vezano uz supranacionalne tipove društava.¹¹⁰

¹⁰⁶ Čl. 619. st. 1. i čl. 620. st. 1. i st. 2. ZTD-a.

¹⁰⁷ Okolnost da se za osnivanje društava u RH od strane inozemnih ulagača te osnivanje podružnica inozemnih društava u RH (kada nije riječ o osnivačima čije se sjedište nalazi u državi članici EU i WTO-a) u pravilu traži reciprocitet, govori u korist tome da hrvatsko pravo društava u jednu ruku i podupire hrvatska društva u trajnom obavljanju djelatnosti u inozemstvu.

¹⁰⁸ Prema čl. 38. st. 2. ZTD-a, za prijenos sjedišta društva u inozemstvo potrebna je prethodna suglasnost Ministarstva financija.

¹⁰⁹ U dosadašnjoj praksi Trgovačkog suda u Zagrebu još nije bilo zahtjeva za prijenos registriranog sjedišta društva u inozemstvo.

¹¹⁰ Vidi čl. 20.n Zakona o porezu na dobit.

5. MOGUĆA RJEŠENJA TEMELJEM PRIJEDLOGA ČETRNAESTE DIREKTIVE

Nekoliko pitanja vezanih uz poslovni nastan nametalo se kao poticaj za donošenje direktive o poslovnom nastanu, tzv. Četrnaeste direktive u pravu društava. S obzirom na presude Europskog suda u kojima se postavlja pitanje promjene prava koje se primjenjuje na društvo u slučaju prijenosa sjedišta¹¹¹ ističe se kako sekundarno zakonodavstvo Europske unije Uredbom SE, Uredbom SCE i Direktivom o prekograničnim spajanjima i pripajanjima omogućuju prijenos registriranog sjedišta društva.¹¹²

Europska komisija odredila je zahtjeve za rješavanjem pitanja prekograničnog prijenosa registriranog sjedišta društva u svojim dokumentima usvojenim između 1997. i 2002. godine kada je započelo javno savjetovanje o potrebi omogućavanja prijenosa sjedišta društva iz jedne u drugu državu članicu bez prethodne likvidacije društva i njegovog ponovnog osnivanja. Ove tendencije iskazane su i u Akcijskom planu¹¹³ iz 2003. godine. Nastavno na ove dokumente, potreba za donošenjem rješenja pitanja prekograničnog prijenosa sjedišta društva istaknuta je i kao dio Lisabonske strategije¹¹⁴ iz 2005. godine, te u Rezoluciji Parlamenta iz 2006. godine¹¹⁵ kao i u nizu presuda Europskog suda.

U odnosu na različite teorije sjedišta pitanje koje će trebati riješiti Četrnaestom direktivom je hoće li prijenos registriranog sjedišta zahtijevati istovremeni prijenos stvarnog sjedišta.¹¹⁶ Razmatraju se dva različita pristupa. Rješenje koje će biti usvojeno u Četrnaestoj direktivi može uključivati mogućnost da se društvima dopusti samo prijenos njihovog registriranog sjedišta u drugu državu članicu (širi pristup) ili omogućavanje prijenosa registriranog sjedišta istovremeno s prijenosom stvarnog sjedišta društva (ograničeni pristup).¹¹⁷

Prihvaćanje, tzv. ograničenog pristupa osigurava usporedno postojanje teorije stvarnog sjedišta i teorije osnivanja. Mogućnost prijenosa registriranog sjedišta bez istovremenog prijenosa središnjeg mjesta upravljanja, prihvaćanjem ovog pristupa, bilo bi jedino moguće ako će društvo prenijeti sjedište u državu članicu koja primjenjuje teoriju osnivanja.¹¹⁸ Država članica koja primjenjuje teoriju stvarnog sjedišta imat će pravo zahtijevati od društva koje želi prenijeti svoje

111 Ovim se pitanjem Sud bavi u presudama u predmetu Cadbury Schweppes, Cartesio i u najnovijem predmetu VALE.

112 Tako u presudi Cartesio i VALE, vidi i u: Vargova, P.: *The cross border transfer...*, op. cit.; Cliento, M.: *Cross border corporate restructurings and protection of employees – hints of economic democracy in EU company law*, rujn 2010., str. 14.

113 Commission communication *Modernising company law ...* COM (2003)284.

114 Commission Lisbon Agenda SEC (2005) 981.

115 Resolution on the Commission legislative and work programme for 2006 (P6_TA(2005)0524); Resolution on recent developments and prospects in relation to company law (2006/2051(INI)).

116 Vargova, P.: *The cross border transfer ...*, op. cit., str. 42.

117 Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer...*, op. cit., str. 56.

118 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 42.

registrirano sjedište na njezin teritorij da prenese i svoje stvarno sjedište. Društva će moći premjestiti svoje registrirano samo kada ga prenose u državu članicu koja primjenjuje teoriju osnivanja, ali će morati premjestiti i registrirano sjedište i središnje mjesto upravljanja kada ga prenose u državu članicu koja primjenjuje teoriju stvarnog sjedišta.¹¹⁹

S druge strane prihvaćanje tzv. šireg pristupa bilo bi utemeljeno na jednostavnom i uniformiranom principu koji društvima omogućava prijenos registriranog sjedišta u drugu državu članicu bez obveze za istovremenim premještanjem središnjeg mjesta upravljanja u tu državu članicu što bi im omogućilo da slobodno izaberu mjesto svoje registracije i promjenu prava koje se primjenjuje na društvo temeljem svojih potreba i rješenja u nacionalnom pravnom sustavu.¹²⁰ Dopušta se prekogranični prijenos registriranog sjedišta tako da društvo prenosi registrirano sjedište iz jedne države u drugu uz promjenu prava koje se primjenjuje na društvo.¹²¹

U Nacrtu izvješća Europskog parlamenta o Četrnaestoj direktivi u pravu društava o prekograničnom prijenosu sjedišta društva¹²² daju se preporuke o sadržaju Prijedloga buduće direktive. U odnosu na sadržaj Direktive preporuka je da se ona odnosi na društva kapitala u smislu odredbe čl. 2. Direktive 2005/56/EC¹²³ te da njezin doseg bude ograničen na prekogranični prijenos registriranog sjedišta društva popraćen s prijenosom stvarnog sjedišta u istu državu članicu odredišta¹²⁴ budući da je to jedini način prijenosa koji uključuje promjenu prava koje se primjenjuje na društvo. Direktivom se mora omogućiti društvima ostvarivanje slobode poslovnog nastana migracijom u državu članicu odredišta bez gubitka pravne osobnosti, ali preoblikovanjem u društvo na koje se primjenjuje pravo države članice odredišta bez potrebe prethodne likvidacije društva. Ovime se osigurava princip kontinuiteta društva i pravne osobnosti za prekogranični prijenos unutar Europske unije. Niz preporuka vezan je uz zahtjeve koji se odnose na transparentnost i davanje informacija koje prethode donošenju odluke o prijenosu sjedišta. One se prvenstveno odnose na plan prijenosa sjedišta, njegov sadržaj i oblik posebice vezano uz obavještanje radnika, a vezano uz odredbe Direktive 2002/14/EC i odredbe o objavi plana temeljem Direktive 2009/101/EC.¹²⁵ O planu prijenosa sjedišta društva

119 Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer...*, op. cit., str. 57.

120 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 43.

121 Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer...*, op. cit., str. 63.

122 Draft Report with recommendations to the Commission on a 14th Company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI) od 27.9.2011.

123 Odredba čl. 2. Direktive 2005/56/EC definira društva na koja se primjenjuje kao društva kapitala.

124 Draft Report ... (2011/2046(INI), od 27.9.2011., str. 6. Iz ove preporuke razvidno je prihvaćanje, tzv. ograničenog pristupa prilikom prijenosa sjedišta.

125 Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent, OJ L 258, 1.10.2009, str. 11.

odluku donosi skupština društva¹²⁶ čime se udovoljava zahtjevu za detaljnim postupkom donošenja odluka utemeljenom na tri nivoa: planu prekograničnog prijenosa sjedišta, izvješću administrativnog tijela i odobrenja glavne skupštine društva.

Odredbе direktive moraju biti usklađene s poveznicama u nacionalnom pravu država članica. Primjenom principa supsidijarnosti država članica odredišta mora biti u mogućnosti odrediti specifične uvjete kako bi osigurala da je promjena sjedišta u skladu s njezinim nacionalnim pravom, posebice da su stvarno i registrirano sjedište na njezinom teritoriju.¹²⁷ Administrativno tijelo matične države članice mora potvrditi zakonitost postupka prijenosa sjedišta te udovoljiti zahtjevu društva za istovremenim prijenosom registriranog i stvarnog sjedišta.¹²⁸

Posebna važnost daje se objavi podataka kako bi svi zainteresirani bili obaviješteni o prijenosu sjedišta kao i pravima radnika. Vezano uz ovo predviđa se osnivanje europskog registra društava koji bi osigurao razmjenu informacija i usku suradnju između različitih registara država članica. Potrebno je ustrojiti nadzor nad zakonitošću postupka prijenosa sjedišta, te se predlaže povezati postupak registracije u državi članici odredišta i brisanja iz registra matične države članice kako bi se osigurala primjena prava države članice.¹²⁹

Razmatrajući najnoviji predmet o kojem odlučuje Europski sud VALE, ukazuje se i pitanje pravnog sljedništva društava. Direktivom je potrebno osigurati načelo pravnog sljedništva pravnih osoba kada dolazi do prijenosa sjedišta unutar Europske unije. Ovo je osobito značajno za očuvanje prava vjerovnika i zaposlenika kojima se omogućavanjem produžetka ekonomske aktivnosti društva zapravo osigurava naplata njihovih potraživanja i nastavak poslovanja te stečena i zajamčena prava radnika.

126 Draft Report ... (2011/2046(INI) od 27.9.2011., str. 7.

127 Kling, D.: *Fostering corporate mobility in Europe*, ..., op. cit.

128 Draft Report ..., (2011/2046(INI) od 27.9.2011., str. 8.

129 Kling, D.: *Fostering corporate mobility in Europe*, ..., op. cit.

Summary

THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT - WHAT DOES THE PROPOSAL OF THE FOURTEENTH COMPANY LAW DIRECTIVE BRING INTO THE EUROPEAN UNION LAW?

The freedom of establishment in the European Union has been analyzed with special emphasis on the right to cross-border transfer of the company seat. The authors explain various seat theories by means of European law sources, in particular, the judgments of the European Court of Justice. The present paper gives an overview of the European Court of Justice's case law with special emphasis on the recent case VALE, in which the judgment, that is still pending, will affect the future development of the freedom concerned. Reviewing the legal sources in the Croatian legislation the authors draw conclusions on harmonization of Croatian law and the EU law, the implementation of the freedom of establishment as well as about potential problems that will occur in Croatian practice. Finally, the authors provide an overview of possible solutions as the basis for the proposal of the Fourteenth Company Law Directive aimed at solving the questions of possible implementation for the cross-border transfer of the companies' seat.

Key words: freedom of establishment, European Union, companies' seat, Fourteenth Directive in company law.

Zusammenfassung

DIE FREIHEIT DER GRÜNDUNG VON HANDELSGESELLSCHAFTEN – WAS BRINGT DER VORSCHLAG DER VIERZEHNEN RICHTLINIE IM EU-RECHT?

In der Arbeit wird die Freiheit der Gesellschaftsgründung in der Europäischen Union aus der Perspektive der Ausübung des Rechts auf grenzüberschreitende Verlegung des Handelsgesellschaftssitzes analysiert. Durch Analyse von EU-Rechtsquellen und EU-Rechtsprechung wird in der Arbeit die bei der Anwendung verschiedener Theorien über die Gesellschaftssitze in den EU-Mitgliedsstaaten auftretende Problematik dargestellt. In der Arbeit wird die Übersicht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in diesem Bereich dargestellt, mit besonderer Betonung auf den neuesten Rechtsgegenstand VALE. Aus der Übersicht der Rechtsquellen in der kroatischen Gesetzgebung lässt sich über die kroatische Rechtsangleichung im Bereich der Gesellschaftsgründung und der möglichen Probleme in der Geschäftspraxis schließen. Die Übersicht der im Vierzehnten

Richtlinienvorschlag in der EU-Gesellschaftsrecht angebotenen Lösungen für manche Fragen der grenzüberschreitenden Verlegung des Gesellschaftssitzes wird von Autoren gegeben.

Schlüsselwörter: *Freiheit der Gesellschaftsgründung, Theorie des tatsächlichen Sitzes, Inkorporationstheorie, grenzüberschreitende Gesellschaftsverlegung, der Vorschlag der Vierzehnten Richtlinie.*

Riassunto

LIBERTÀ D'INSEDIAMENTO DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI: QUAL È LA PORTATA DELLA PROPOSTA DELLA QUATTORDICESIMA DIRETTIVA NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA?

Gli autori dell'articolo analizzano la libertà d'insediamento nell'Unione europea sotto il profilo della realizzazione del diritto al trasferimento transfrontaliero della sede di società commerciali. Esaminando le fonti giuridiche e la giurisprudenza dell'Unione europea, gli autori nel contributo segnalano il problema che emerge particolarmente nel caso di differenti interpretazioni con riguardo al concetto di sede tra i singoli Stati membri dell'Unione. Nel lavoro si passa in rassegna la giurisprudenza della Corte europea con riguardo a quest'ambito con particolare attenzione per il recentissimo caso VALE. Attraverso la disamina delle fonti giuridiche nell'ordinamento interno si riflette circa la rispondenza delle soluzioni prospettate nel diritto croato a quelle europee e dei possibili problemi che possono sorgere nella pratica professionale. Gli autori illustrano le possibili soluzioni relativamente ad alcune questioni circa il trasferimento transfrontaliero della sede della società prospettate dalla proposta della quattordicesima direttiva nel contesto del diritto societario dell'Unione europea.

Parole chiave: *libertà d'insediamento, teoria della sede effettiva, teoria dell'incorporazione, trasferimento transfrontaliero della sede della società, proposta della quattordicesima direttiva.*

VENDITA DI TRADIZIONE ROMANISTICA E VENDITA INTERNAZIONALE: MODELLI A CONFRONTO

Dr. sc. Tommaso dalla Massara, izvanredni profesor
Sveučilište u Veroni
Italija

UDK: 347.711::347.451(37)
Ur.:14. svibnja 2012.
Pr.: 16. srpnja 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

PRODAJA PREMA RIMSKOJ TRADICIJI I MEĐUNARODNA PRODAJA – USPOREDBA MODELA

Rad se fokusira na analizi raznih modela prodaje u slučaju da se pojavi materijalni nedostatak prodane robe: uspoređuju se model jamstva prema romanističkoj tradiciji te model obveze sukladnosti robe ugovoru iz Bečke konvencije (CISG). Pristupilo se analizi koristeći sinkroničnu i dijakroničnu komparaciju.

Ključne riječi: ugovor, prodaja, europsko pravo.

1. PREMESSA SU METODO E OBIETTIVI DEL DISCORSO

In questo mio intervento intendo mettere a confronto diversi modelli della vendita: da un lato, quello di tradizione romanistica e, dall'altro lato, quello della vendita disegnata dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale.

Si tratta, all'evidenza, di sistemi concettuali assai differenti per origine, storia e concezione. E tuttavia il confronto merita di essere proposto, perché sullo scenario del diritto privato europeo i due modelli paiono davvero occupare una posizione preminente, con capacità di polarizzazione rispetto alla molteplicità delle soluzioni volta per volta assunte sul piano nazionale e sovranazionale: sarebbe sufficiente osservare come segmenti concettuali – più o meno estesi – tratti dall'uno o dall'altro sistema sono accolti e spesso combinati nei principali ordinamenti (pensiamo a quello tedesco, a quello francese, ma anche a quello italiano, come si vedrà), nonché pure nei progetti in discussione per un diritto contrattuale europeo (*Draft Common Frame of Reference*, ma ancor più, negli ultimi tempi, la proposta di Regolamento sulla vendita, *CESG*).

Questa essendo la prospettiva di ragionamento, non mi soffermerò su aspetti di dettaglio dell'*emptio venditio*¹, sembrandomi invece più proficuo condurre un discorso che si mantenga a livello di strutture giuridiche generali, del presente e del passato; un confronto che sia dunque in grado di evidenziare al meglio le principali linee di continuità e di discontinuità².

Pare a me che un ragionamento sui modelli giuridici possa assumere un interesse che va oltre quello della documentazione storica (pur senza dubbio già in sé rilevante), per favorire un dialogo più diretto e fruttuoso tra studiosi del diritto privato di oggi e di ieri.

Ma merita precisare cosa debba intendersi, a mio giudizio, quando si parla di modelli giuridici.

Orbene, direi che l'idea di modello evidenzia la propria utilità in quanto sia evocativa del disegno generale assunto da un consolidamento di regole che mostrano una coerenza interna, le quali presidiano un fenomeno giuridico più o meno ampio; senza dubbio, l'identificazione di un modello è agevolata dal confronto tra ciò che muta, nel trascorrere del tempo, in raffronto a ciò che invece permane invariato.

In altri termini, è dunque nel gioco dei contrasti tra continuità e discontinuità – cui già si è fatto cenno – che possono cogliersi al meglio i tratti caratterizzanti, proprio in quanto tendenzialmente stabili nella distensione cronologica, di un modello³.

Nel confronto di cui ho detto sulle diverse discipline della vendita, prenderò a riferimento – sul versante della tradizione romanistica – il regime delineato nel nostro

1 Cfr., per una prima messa a fuoco, A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Nov. dig.*, XX, Torino, 1975, 594 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 303 ss.; S. ROMANO, voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XIX, Torino, 1998, 722 ss. I cenni sull'*emptio venditio* potrebbero poi estendersi alla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi, giacché – com'è noto – accanto e in combinazione (ma in un rapporto più o meno stretto del quale si discute in seno alla dottrina romanistica: basti vedere, su posizioni differenti, V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 141 ss., e G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 39 ss.) con il contratto obbligatorio di *emptio venditio*, i Romani conoscevano forme negoziali capaci di trasmettere il *dominium*. Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 558 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 429 ss.; 580 ss.

2 Parlando di continuità/discontinuità, non si può sottacere il rischio di irrigidimento che in tal modo si corre, posto che è «nozione paradossale, quella di discontinuità: infatti è contemporaneamente oggetto e strumento di ricerca»; essa presuppone lo stesso «movimento regolatore» all'interno del quale lo si colloca: così M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it. di G. Bugliolo, Milano, 2009, in specie 13 ss.

3 Uno sforzo di più precisa determinazione della metodologia qui richiamata ho cercato di compiere – seppure con sguardo rivolto a tutt'altro ambito, ossia quello del diritto di proprietà – in T. DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2010, 724 ss.

codice civile: esso peraltro, con riguardo ai profili che verranno in considerazione, presenta significative linee di conformità rispetto ai principali ordinamenti europei.

Com'è ovvio, la comparazione non potrebbe coinvolgere la disciplina della vendita a tutto campo: il mio spettro di osservazione sarà invece ristretto a quel terreno, assai nevralgico, rappresentato dai rimedi esperibili dal compratore per l'ipotesi in cui si manifesti un difetto materiale del bene compravenduto.

In una nozione qual è quella, appunto, di difetto (o anomalia) materiale – in quanto tale ignota al codice del 1942, ma entrata ormai nell'uso di dottrina e giurisprudenza⁴ – è da considerarsi ricompresa qualsivoglia difformità manifestata dall'oggetto del contratto. Si va dalla difformità derivante dal processo di fabbricazione, costruzione, elaborazione, conservazione del prodotto, che eventualmente arrivi a integrare una mancanza di qualità ritenute essenziali o per le quali vi sia stata un'esplicita promessa del venditore, fino alla radicale diversità del bene rispetto al genere merceologico di riferimento.

Dunque appare chiaro che, in forza del richiamo al difetto materiale del bene, risultano evocate – a un livello generale, nonché prima di ogni distinzione/qualificazione – tutte le figure che a tenore del nostro codice spaziano dal vizio occulto *ex art.* 1490, alla mancanza di qualità essenziali o promesse di cui all'*art.* 1497, fino alla creazione tutta giurisprudenziale dell'*aliud pro alio*, il cui regime – come noto – è costruito sulla base delle norme in tema di risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive (*artt.* 1453 e seguenti).

Si tratta di articolazioni – sulle quali la nostra dottrina si affatica da lungo tempo⁵ – a propria volta riconducibili all'unica nozione di 'difetto di conformità', che è da ritenersi comprensiva di tutte queste, allorché si guardi nello specchio della disciplina derivante dalla direttiva 44/1999, in tema di vendita di beni mobili di consumo, ossia precisamente agli *artt.* 129 e seguenti c. cons., che di quella direttiva sono l'odierna attuazione⁶.

Come ho detto, il terreno sul quale muoverà il mio discorso è rappresentato dai rimedi esperibili a fronte del difetto materiale del bene compravenduto. Rimarrà quindi esclusa la considerazione del difetto di legittimazione a disporre del bene da

4 Si veda, a titolo di esempio, A. LUMINOSO, *La compravendita*⁷, Torino, 2011, 278, ove parla di «anomalie materiali».

5 Come meglio si vedrà, solo la figura della mancanza di qualità essenziali o promesse (*art.* 1497 c.c.) fu introdotta con il codice del 1942, mentre le altre due figure erano già note nel vigore del codice del 1865: si veda *infra*, § 4.

6 Almeno nell'opinione da ritenersi preferibile: per la comprensività della categoria del 'difetto di conformità', all'indomani della direttiva, A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2001, 114 ss.; A. ZACCARIA - G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, Padova, 2002, 38 ss. A valle dell'attuazione – allora negli *artt.* 1519-bis - 1519-nonies c.c. – P.M. VECCHI, *Art. 1519-ter. Commento al comma 1*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* coordinato da L. Garofalo, Padova, 2003, 143 ss.; S. PATTI, *Sul superamento della distinzione tra vizi e 'aliud pro alio' nella direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 623 ss.; P. SCHLESINGER *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, 561; E. GABRIELLI, *'Aliud pro alio' e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 657 ss.

parte del venditore: difetto ‘giuridico’ – per l’appunto – e non già ‘materiale’. In altri termini, non sarà toccato il tema della responsabilità per evizione⁷.

Ma si cominci ora a vedere più nel dettaglio i vari problemi che si aprono.

2. LA TRADIZIONE ROMANISTICA E IL MODELLO DELLA GARANZIA EDILIZIA: ARTT. 1490 E SEGUENTI C.C.

Quando si tocca il tema dei rimedi esperibili dal compratore per l’ipotesi in cui si manifesti un difetto materiale del bene compravenduto, il modello fondamentale di tutela che caratterizza la tradizione romanistica è – come noto – quello rappresentato dalla garanzia edilizia. E altrettanto risaputo è che tale garanzia prende il nome dagli edili curuli, ossia dai magistrati che in Roma erano chiamati a sovrintendere alle vendite di schiavi e animali nei mercati⁸.

7 Di essa mi ero occupato in T. DALLA MASSARA, *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in *Studi in onore del prof. A. Metro*, II, Milano, 2010, 99 s.

8 Vastissima la letteratura in tema di garanzie edilizie nel diritto romano: senza pretese di esaustività, F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945; G. IMPALLOMENI, *L’editto degli edili curuli*, Padova, 1955, in specie 194 ss.; AA.VV., *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, ed. by D. Daube, Oxford, 1959, ove in particolare A.M. HONORÉ, *The history of the aedilician actions from Roman to Roman-Dutch Law*, 132 ss.; D. MEDICUS, *‘Id quod interest’*. *Studien zum römisches Recht des Schadenersatzes*, Köln - Graz, 1962; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², II, rist. Napoli, 1990, in specie 353 ss.; H. HONSELL, *‘Quod interest’ im ‘bonae fidei iudicium’*. *Studien zum römisches Schadenersatzrecht*, München, 1969, in specie 83 ss.; G. THIELMANN, *‘Actio redhibitoria’ und zufälliger Untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der Pönalität der ädilizischen Klagen)*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971, 506 ss.; L. MANNA, *‘Actio redhibitoria’ e responsabilità per i vizi della cosa nell’editto ‘de mancipiis vendundis’*, Milano, 1994; M. KASER, *Das römisches Zivilprozessrecht*², München, 1996, 174 ss.; É. JAKAB, *‘Praedicere’ und ‘cavere’ beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997; W. ERNST, *Neues zur Sachmängelgewährleistung aufgrund des Ädilenedikts*, in *ZSS*, CXVI, 1999, 208 ss.; L. GAROFALO, *Studi sull’azione redibitoria*, Padova, 2000; B. KUPISCH, *Römische Sachmängelhaftung: ein Beispiel für die ökonomische Analyse des Rechts?*, in *TR*, LXX, 2002, 21 ss.; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra ‘actiones aediliciae’ e ‘actio empti’*, Milano, 2004; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore*, Napoli, 2007, in specie 39 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell’obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell’età imperiale*, Milano, 2007; R. ORTU, *‘Aiunt aediles ...’*. *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell’editto ‘de mancipiis emundis vendundis’*, Torino, 2008; L. VACCA, a più riprese sull’argomento, ma da ultimo in *Garanzia e responsabilità nella vendita. Tradizione romanistica e problemi dommatici attuali*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011 (indicazioni sui precedenti contributi dell’Autrice sono alla nt. 24 di quest’ultimo scritto); si veda poi EAD., *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, Padova, 2010. Il tema della compravendita è stato oggetto di estesa analisi, in più direzioni e sotto diversi aspetti, nei numerosi contributi che compongono AA.VV., *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I - II, Padova, 2008.

In quel contesto è dunque l'origine di un modello che costituisce un'eredità assai significativa, la quale accomuna ancor oggi i principali ordinamenti europei⁹.

Per guardare più da vicino alla disciplina del codice italiano – che, come detto, prenderò a paradigma di riferimento – occorre procedere a una rilettura dell'art. 1490 c.c.: il vizio ('occulto', oppure detto 'redibitorio') consiste in quel difetto materiale che rende la cosa «inidonea all'uso a cui è destinata» oppure ne diminuisca «in modo apprezzabile il valore»; una volta acclarata la sussistenza del vizio, risulta dischiusa la strada per l'esperibilità dei rimedi rappresentati dalle 'cosiddette'¹⁰ azioni redibitoria ed estimatoria.

In particolare, l'art. 1492 c.c. stabilisce che «nei casi indicati dall'articolo 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo».

È opportuno sottolineare che l'opposta orientazione dei due rimedi – con l'uno, in effetti, si mira alla caducazione del contratto, mentre l'altro è ispirato alla conservazione di quest'ultimo, pur a fronte del riconoscimento del minor valore del bene in conseguenza del vizio – non è da mettersi in relazione con un differente livello di 'gravità' del difetto materiale del bene; il presupposto da accertarsi è il medesimo, giacché si tratta sempre e comunque del vizio di cui all'art. 1490 c.c., mentre la scelta nel senso della caducazione ovvero della conservazione è rimessa al compratore.

La disciplina della garanzia edilizia contempla termini brevi: l'art. 1495 c.c. li fissa in otto giorni di decadenza dalla scoperta del vizio, nonché in un anno di prescrizione dalla consegna del bene.

Com'è noto, poi, ai sensi dell'art. 1494 c.c. è proponibile la domanda di risarcimento del danno che sia stato patito in conseguenza del vizio: il compratore può agire nei confronti del venditore, se questi «non prova di avere ignorato senza sua colpa i vizi della cosa».

Con la domanda di risarcimento si è a cospetto – fatta salva l'evidenziata particolarità in ordine al profilo della prova della colpa – di una responsabilità che viene a configurarsi in capo al venditore; intendo dire che si tratta di una vera e

9 Angolate più marcatamente in prospettiva europea le ricerche di R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 305 ss.; Id., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 717. In questa stessa prospettiva si collocano i saggi raccolti in AA.VV., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, I - II, a cura di L. Vacca, 1991. Oltre a L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, cit., si veda poi Id., *Le azioni edilizie e la direttiva 1999/44/CE*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica europea. Saggi*, Padova, 2005, 21 ss. Assai ampia la panoramica di F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*³, 2009, 554 ss., con riferimenti di dottrina e giurisprudenza ricavati dalle differenti tradizioni giuridiche nazionali. In ottica storico-comparatistica anche la raccolta curata da É. JAKAB - W. ERNST, *Kaufen nach Römischen Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Berlin - Heidelberg, 2008.

10 Circa le ragioni per cui preciso trattarsi di 'cosiddette' azioni, si veda *infra*, § 3.

propria responsabilità, dunque, e non già di una garanzia in senso tecnico.

Va detto che nel senso della responsabilità è un'opinione non incontrastata, però di gran lunga prevalente. Tale conclusione è per lo più ritenuta ricavabile dal collegamento tra gli articoli 1479, comma 2, c.c. e 1474, comma 1, c.c.: precisamente, si rileva che la colpa imputabile al venditore debba ravvisarsi nell'aver questi conosciuto i vizi del bene o nell'averli negligenzemente ignorati al momento del contratto¹¹.

L'opinione prevalente, poi, è che la domanda *ex art.* 1494 c.c. debba sottostare ai medesimi termini brevi che sono previsti dall'art. 1495 c.c. per i rimedi edilizi, piuttosto che al termine ordinario decennale¹².

Redibitoria, estimatoria e azione di risarcimento del danno integrano, nell'insieme considerati, un micro-sistema rimediale che trova la sua base negli artt. 1490 - 1495 c.c.

Come si è appena visto, l'azione risarcitoria mostra talune peculiarità rispetto al modello fondamentale della garanzia edilizia, purtuttavia non è discutibile che essa si innesti nelle strutture fondamentali di quest'ultima.

Al di sotto delle poche disposizioni sin qui citate che trovano il loro cardine nell'art. 1490 c.c. si possono cogliere le linee di stratificazione di una bimillennaria tradizione di sapere giuridico; linee talora offuscate, le quali non sempre appaiono di immediata perspicuità a chi ne fa quotidiana applicazione nella prassi.

Per avere un'esemplificazione di tali difficoltà di lettura, è sufficiente vedere come talora anche la Suprema Corte incorra in inappropriati 'travasi' di contenuto dall'una all'altra categoria concettuale.

Così, capita per esempio di leggere in una recente decisione che per il tramite del rimedio estimatorio si potrebbero ottenere effetti equiparabili a quelli che dovrebbero discendere dall'accoglimento di una domanda diretta al risarcimento del danno¹³: nella specie, una valutazione asseritamente condotta 'secondo equità' condurrebbe ad attribuire al compratore, ben oltre il limite del 'minor valore' del bene venduto, l'utilità corrispondente a quella che sarebbe derivata dall'esatta esecuzione del contratto. Dunque nel caso all'attenzione della Corte il risarcimento del danno contrattuale è fatto 'transitare' all'interno di un'azione estimatoria.

Appare opportuno ora focalizzare meglio l'attenzione su alcuni profili dogmatici del modello della garanzia edilizia.

11 Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 235 s.

12 Cass. 3 giugno 2008, n. 14665: «l'azione di risarcimento del danno per vizi della cosa venduta, ai sensi dell'art. 1494 cod. civ. [...] è azione [...] soggetta alla decadenza ed alla prescrizione, di cui all'art. 1495 cod. civ.»; in precedenza, Cass. 3 agosto 2001, n. 10728. La dottrina è del medesimo orientamento: tra molti, si veda C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VII, I², Torino, 1993, 981 s.

13 Faccio riferimento a Cass. 21 maggio 2008, n. 12852: in chiave critica il commento alla sentenza di A. MASTRORILLI, in *Danno e resp.*, 2009, 163 ss.

3. LA CONFIGURAZIONE DOGMATICA DELLA GARANZIA EDILIZIA

Se le strutture essenziali della garanzia edilizia derivano dalle fonti romane – come si è detto, e come meglio si vedrà nel seguito¹⁴ –, non v'è dubbio però che esse furono sottoposte a un'intensa rielaborazione da parte della Pandettistica tedesca, alle cui solide basi – a propria volta – la cultura giusprivatistica europea sviluppatasi nell'arco di tempo che conduce fino all'oggi ha ancorato i suoi successivi svolgimenti.

Per utilizzare le categorie linguistiche del Brinz, si può dire che il modello della garanzia edilizia si fonda sulla configurazione di una *Haftung*, che non presuppone una corrispondente *Schuld*¹⁵. E ciò è da intendersi nel senso che è posta in capo al venditore una responsabilità, la quale è però slegata dalla previsione che tale responsabilità intervenga in conseguenza dell'inottemperanza a un dovere di condotta posto a carico del venditore stesso; in altre parole, guardando al disegno del modello di cui si tratta, si nota l'assenza dell'elemento rappresentato dal comportamento dovuto – quale, nell'opinione tradizionale, si denomina 'prestazione' – idoneo a estinguere l'obbligazione¹⁶. Manca, a monte, l'*ob-ligatio* stessa, ossia il *vinculum iuris* che astringe a un determinato comportamento, inattuato il quale scattano gli effetti della responsabilità¹⁷.

14 Si veda *infra*, § 6.

15 Cfr. A. BRINZ, *Der Begriff 'obligatio'*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, I, 1874, 11 s.; ID., *Lehrbuch der Pandekten*, II.1², Erlangen, 1879, 1 ss.; si veda inoltre O. GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsverhältnisse*, Breslau, 1910. L'impostazione pandettistica fu recepita anche in Italia – cfr. S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane (Prolusione letta il 14 aprile 1902)*, Bologna, 1903, 14 s.; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, I.2, Padova, 1941, 39 ss. – e da più punti di vista ridiscussa: si veda, tra molti, E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e la sua genesi*, Milano, 1955, il quale tornò poi a considerare l'intero tema in ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, 28 ss. Per un inquadramento dei profili della categoria concettuale 'garanzia', in tempi recenti, L. PIAZZA, voce *Garanzia*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.; G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 579 ss.; da ultimo, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 282 ss.

16 Vengono in discussione, trattando di ciò, gli elementi fondamentali che danno vita alla teoria dell'obbligazione. Assai utili approfondimenti, a tal riguardo, in AA.VV., *'Obligatio-obbligazione'. Un confronto interdisciplinare. Atti del convegno di Roma. 23-24 settembre 2010*, a cura di L. Caporossi Colognesi - M.F. Cursi, Napoli, 2011, ove sono i contributi di R. CARDILLI, G. FALCONE, T. REPGEN, M. MAGGIOLO, A. NICOLUSSI.

17 Occorre tenere a mente I. 3,13 pr.: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, su cui G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003; senza che dalla celeberrima definizione giustiniana possa ricavarsi argomento per la sicura riferibilità di una struttura siffatta al diritto romano classico e preclassico: cfr. R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il 'iudicatum facere oportere' nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *IAH*, I, 2009, 119 ss. Si veda, da un punto di osservazione più ampio, M. TALAMANCA, voce *Obbligazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*,

Invero, l'utilità perseguita dal creditore non si collega strumentalmente a un comportamento del soggetto obbligato.

Si può dire quindi che viene a costituirsi una responsabilità (come si è rilevato, sussiste una *Haftung*), ma soltanto *in exitu*. Così, non v'è dubbio che proprio l'assenza del profilo obbligatorio caratterizzi l'architettura concettuale della garanzia.

Alla luce di questa ricostruzione dogmatica, non potrebbe dunque ritenersi decisiva l'espressione piuttosto ambigua utilizzata dal nostro Legislatore, il quale con l'art. 1476, n. 3, c.c. («le obbligazioni principali del venditore sono: [...] quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi») sembrerebbe intendere la garanzia quale oggetto di un'autonoma obbligazione¹⁸.

Se obbligazione non v'è – ma è chiaro che a questo punto è decisivo riconsiderare a fondo cosa si intenda per obbligazione¹⁹ –, il tratto distintivo di questo modello della garanzia tende a essere individuato nel fatto generatore della responsabilità, da mettersi in relazione con eventi antecedenti alla conclusione del contratto, ossia anteriori al perfezionarsi del consenso, il quale – trattandosi di compravendita – è anche produttivo degli effetti traslativi²⁰.

XXIX, Milano, 1979, 1 ss.; S. TAFARO, *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, 2000; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 1 ss., il quale ripercorre l'intero tema della rielaborazione pandettistica dell'idea romana di *obligatio*; Id., *Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 9 ss.

18 E nient'affatto decisiva ritiene quell'espressione, per esempio, G.C. TERRANOVA, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 82. L'artificio rappresentato dalla strana figura rappresentata dall'«obbligazione di garanzia» risale – com'è noto e come meglio si dirà *infra*, § 6 – a Pothier: si vedano in argomento le riflessioni di L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., 187 ss.; cfr. inoltre M.G. CUBEDDU, *Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, 167. Piuttosto 'fuori dal coro' la posizione – rimasta tale anche nel tempo – di M. GIORGIANNI, voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, in specie 863, il quale non ha indugi nel predicare la ricomposizione della frattura tra garanzia e responsabilità: frattura che, secondo l'Autore, sarebbe collegabile soltanto a ragioni storiche oggi del tutto superabili.

19 Al concetto stesso di obbligazione, nonché in specie al rapporto – di necessità o meno – tra obbligazione e prestazione sono dedicate, di recente, le riflessioni di C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 55 ss.

20 Molto nitidamente delineati i profili della garanzia nella celebre ricostruzione di G. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Studi in onore di A. De Gregorio*, Città di Castello, 1955, 140 ss.; Id., *Gli acquisti 'a non domino'*, Milano, 1975, 21 ss. Si veda inoltre F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959. In particolare nella prospettiva dei rapporti tra garanzia e principio del consenso traslativo, E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983; F. MACARIO, voce *Vendita*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, 15 ss.; V. MANNINO, *Le tutele per le anomalie del bene venduto tra antico e postmoderno*, ne *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Milano, 2005, 177 ss. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità*, cit., in specie 282 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 221. Sul medesimo principio,

Riconduce invece la garanzia a una prospettiva obbligatoria l'impostazione di chi vede nel fatto generatore della responsabilità l'inattuazione o l'inesatta attuazione dell'effetto traslativo: alludo, per un verso, all'impostazione di Rubino²¹, il quale immagina l'esistenza di un'obbligazione di far acquistare al compratore il diritto su un bene che sia esente da vizi; nonché, per altro verso, penso alla teorica di Bianca²², il quale ancor più marcatamente vede nella violazione dell'impegno traslativo l'inadempimento di un'obbligazione.

Tuttavia, almeno nell'opinione dominante, la costituzione di una garanzia in favore del compratore evidenzia dunque, in definitiva, una scelta di dislocazione del rischio.

Non è richiesto l'elemento della colpa del venditore²³; e neppure ci si attende un comportamento dovuto da parte del medesimo venditore.

Se nella costruzione dogmatica della garanzia non residua spazio per un'obbligazione in relazione al modo di essere della cosa²⁴, e quindi più precisamente rispetto all'assenza di difetti materiali della cosa stessa, ben si comprende allora che corrispondentemente neppure è configurabile un'azione la quale sia utilizzabile dal compratore allo scopo di ottenere da parte del venditore il cosiddetto 'esatto adempimento'.

Come si è osservato poc'anzi, l'art. 1492 c.c. consegna al compratore, sulla base del verificarsi dei presupposti dell'art. 1490 c.c., i rimedi edilizi, rappresentati dalla redibitoria e dall'estimatoria: e si deve precisare, chiudendo il cerchio rispetto a quanto appena detto, che di vere e proprie 'azioni' in realtà non si tratta, se solo si tenga conto del fatto che a esse non corrispondono diritti (nella specie, non si delinea alcun *ius in personam*). E ciò perché, in effetti, diritti corrispondenti al contenuto dell'azione non scaturiscono affatto dal contratto di vendita.

Occorre pertanto concludere che non si riscontra, nel modello dogmatico della garanzia edilizia, il tradizionale (se non quasi sacralizzato, ponendo mente all'irrigidimento pandettistico) rapporto di simmetria tra *obligatio* e *actio*.

Invece, il vincolo di responsabilità – lo si è visto – manifesta i suoi effetti in relazione all'oggettivo verificarsi di un'inesatta attuazione dello scambio: schema

peraltro, si veda *infra*, § 7.

21 Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII², Milano, 1962, 630 ss.

22 C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 892 ss.

23 Come ribadisce, per esempio, Cass. 18 maggio 2009, n. 11423, ove si precisa che la colpa è invece richiesta in ogni altra ipotesi di risoluzione, nonché anche per la domanda di risarcimento *ex art.* 1494 c.c.

24 Con particolare chiarezza, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, 62; L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156 ss.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1275 s.; si veda inoltre, in specie dal punto di vista delle differenze tra garanzia e responsabilità sotto il profilo soggettivo, G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza, Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 4 ss. Di recente, su questi problemi, F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 543 ss.

quasi ossificato, quello della garanzia edilizia, che tuttavia parte della dottrina conduce a maggior flessibilità a cospetto della figura della vendita di cose generiche, per taluni aspetti assimilata a una vendita obbligatoria²⁵.

4. LA MANCANZA DI QUALITÀ DI CUI ALL'ART. 1497 C.C. E L'ALIUD PRO ALIO'

Con il vigore del codice italiano del 1942 fu introdotta, accanto alla coppia di rimedi rappresentati dalla redibitoria e dall'estimatoria (la cui disciplina è racchiusa, come si è detto, negli artt. 1490-1495 c.c.), la particolare figura della mancanza nella cosa venduta delle qualità promesse o essenziali per l'uso cui è destinata, di cui all'art. 1497 c.c.

È a questa che intendo ora volgere l'attenzione.

Sul presupposto del difetto di cui si è detto, l'art. 1497 c.c. consente al compratore «di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi»; la medesima disposizione poi specifica però che «il diritto di ottenere la risoluzione è soggetto alla decadenza e alla prescrizione stabilite dall'art. 1495 c.c.», dunque con rinvio ai medesimi termini fissati per l'esperibilità dei rimedi edilizi.

Si può dire che la figura della mancanza di qualità essenziali o promesse fu ideata dal nostro Legislatore per collocarsi 'a mezza via' tra quella disciplinata negli artt. 1490 e seguenti c.c., in tema di vizi, e quella – cui già si è fatto cenno – dell'*aliud pro alio*; più precisamente, essa fu concepita come massimo punto di avanzamento della tutela del compratore, in funzione – almeno negli auspici – di 'assorbimento' della figura dell'*aliud pro alio*; si sarebbe inteso così impedire che riemergessero figure giurisprudenziali le quali lasciassero spazio per un riallineamento dei termini dell'azione rispetto alla prescrizione ordinaria decennale²⁶. È però risaputo che, in realtà, l'*aliud pro alio* non cessò di esistere in conseguenza dell'entrata in vigore del nuovo codice: e infatti la giurisprudenza tutt'oggi pacificamente ne tratta come di una figura indiscussa del diritto vivente.

Ma, ciò detto soltanto in funzione di *actio finium regundorum*, di *aliud pro alio* si tornerà a parlare tra breve.

Invece occorre precisare che la mancanza di qualità essenziali o promesse si presenta – almeno secondo l'opinione più convincente – come una figura riconducibile alla responsabilità classicamente intesa, dunque ancorata al presupposto

25 Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 231. Da ultimo sull'azione di esatto adempimento, proprio nella prospettiva di una riduzione della distanza tra vendita di cosa generica e di cosa specifica, R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento, nel sistema codicistico di tutela dell'acquirente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 53 ss.

26 Su ciò, cfr. L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, cit., 176 s., nt. 253.

tradizionale della colpa²⁷. L'art. 1497 c.c. in effetti prevede che il compratore abbia il diritto di ottenere la risoluzione del contratto «secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento».

Il rinvio al sistema generale previsto per la risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive nonché – un passo a monte – ai principi della responsabilità per inadempimento, si abbina però a un secondo comma della medesima disposizione nel quale è stabilito che il diritto di ottenere tale risoluzione è soggetto ai termini di prescrizione e di decadenza di cui all'art. 1495 c.c., ossia ai termini brevi testé visti, applicabili alla redibitoria e all'estimatoria.

In forza di questa particolare giunzione di differenti discipline, l'art. 1497 c.c. finisce per apparire quasi come un irrocervo all'interno del tessuto normativo dedicato al difetto materiale del ben venduto. E il suo regime – piuttosto artificiosamente costruito – rimane in precario equilibrio tra quello della risoluzione e quello della redibitoria.

Proprio questo allineamento dei termini dell'azione di cui all'art. 1497 c.c. rispetto a quelli fissati nell'art. 1495 c.c. è da ritenersi la ragione fondamentale dello scarso successo applicativo della norma, nonché, in collegamento con ciò, del riemergere della figura giurisprudenziale dell'*aliud pro alio* che proprio la nuova previsione del codice del 1942 – come si è appena detto – avrebbe dovuto far dimenticare.

Sono opportune ora alcune ulteriori considerazioni sulla peculiarità dell'art. 1497 c.c.

Si è poc'anzi visto che quella prevista dall'art. 1497 c.c. è a tutti gli effetti un'azione di risoluzione, presupponente la colpa del venditore, e non una redibitoria, fondata sulla garanzia; quand'anche poi si intendano smussare le ragioni di differenziazione tra i due strumenti – enfatizzando la considerazione che essi offrono al compratore il medesimo risultato pratico, ossia di fatto quelli della risoluzione, nonché soggiacciono ai medesimi termini dell'art. 1495 c.c. –, non v'è dubbio però che l'introduzione dell'azione *ex art.* 1497 c.c. rappresenta, più che un'innocua duplicazione, un fattore di significativa complicazione della geografia dei rimedi nella disciplina della vendita.

Differente è la natura dell'azione e, in effetti, il distacco dell'azione *ex art.* 1497 c.c. rispetto alla redibitoria si avverte proprio nel momento in cui si passa da un piano di considerazione – potremmo dire – 'statico-sostanziale' a uno 'dinamico-processuale'.

Cercherò subito di dire meglio cosa intendo.

²⁷ Si tratta di opinione non certo incontrastata: per esempio, Cass. 21 gennaio 2000, n. 639, e Cass. 24 maggio 2005, n. 10922, richiedono il requisito della colpa, mentre Cass. 18 settembre 2000, n. 12301, consente la domanda diretta alla riduzione del prezzo (il che presuppone, evidentemente, una 'comunanza' con il regime della garanzia edilizia). Si veda sul punto L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità*, cit., 219 ss.; da ultimo, A. PLAIA, *Risoluzione per mancanza di qualità e colpa del venditore*, in *Contratti*, 2010, 627, il quale argomenta nel senso del carattere oggettivo del rimedio di cui all'art. 1497 c.c., giacché tale rimedio parteciperebbe della natura di garanzia e non di responsabilità.

In una prima prospettiva, si può osservare che l'ipotesi dei vizi (art. 1490 c.c.) e quella della mancanza di qualità essenziali o promesse (art. 1497 c.c.) appaiono adiacenti: vengono in discussione difetti materiali del bene venduto previsti nel regime speciale della vendita in relazione ai quali, al di fuori del caso in cui una certa qualità sia espressamente 'promessa', appare difficile distinguere il livello di gravità assunto da un vizio redibitorio, a confronto della mancanza di una qualità essenziale rispetto all'uso cui la cosa è destinata²⁸. In questa stessa prospettiva, invece, si ravvisa una certa cesura nel momento in cui si passa dalle figure di cui agli artt. 1490 e 1497 c.c. all'ipotesi dell'inadempimento *tout court* ai sensi dell'art. 1453 c.c.: quando si guarda all'*aliud pro alio*, si attinge al livello più generale dei contratti a prestazioni corrispettive e più netta è la sensazione che si tratti di un difetto materiale di particolare gravità, nitidamente identificabile e pertanto distinguibile rispetto alle altre due figure.

Qualora invece si adotti la diversa prospettiva che guarda alla dinamica del processo, ci si avvede che, stante la partecipazione della risoluzione di cui all'art. 1497 c.c. alla natura dell'azione *ex art. 1453 c.c.*, la linea di discrimine davvero decisiva finisce per coincidere con quella che separa l'ipotesi dei vizi da quella di mancanza di qualità essenziali. E ciò è tanto vero che, allorché sia promossa in giudizio un'azione nella quale sia fatta valere la redibitoria, dunque invocando la garanzia per i vizi di cui all'art. 1490 c.c., l'eventuale successiva torsione dell'azione in una risoluzione ai sensi dell'art. 1497 c.c. integrerebbe un caso di non consentita *mutatio libelli*²⁹ (e lo stesso dovrebbe dirsi, per la medesima ragione, in ipotesi di mutamento della domanda in risoluzione *ex art. 1453 c.c.*).

Quindi lo iato, dal punto di vista processuale, si avverte tra le azioni che scaturiscono dalla presenza del vizio, per un verso, e dalla mancanza di qualità (o, direttamente, *aliud pro alio*), per altro verso: passando dall'una all'altra si incorrerebbe in *mutatio libelli*, non in mera *emendatio libelli*.

A questo punto non rimane molto da aggiungere sull'*aliud pro alio*.

Come si è detto, s'intende in tal modo evocare il caso di massima gravità della difformità materiale manifestatasi nel bene venduto. Quel bene arriva a rivelarsi «funzionalmente incapace di assolvere la destinazione economico-sociale della *res vendita* (o quell'altra funzione che le parti abbiano negozialmente assunta come essenziale) e quindi di soddisfare quei concreti bisogni che indussero l'acquirente

28 Al punto tale che taluni Autori reputano indistinguibili vizio, per un verso, e mancanza di qualità, per altro verso, per lo meno se si tratta di qualità essenziali, mentre le qualità promesse evidenzerebbero una loro autonomia ontologica: cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 891; più radicale, nel senso dell'uniformazione delle figure di cui agli artt. 1490 c.c. e 1497 c.c., G. MIRABELLI, *I singoli contratti. Artt. 1470-1765 c.c.*³, in *Commentario del codice civile Utet*, IV, 3, Torino, 1991, 90 ss.

29 Cfr. Cass. 24 maggio 2005, n. 10922: «nella specie la sentenza, facendo riferimento alle qualità pattuite dalle parti in relazione all'uso al quale l'impianto doveva essere destinato, ha accolto una domanda diversa da quella proposta, giacché la convenuta in via riconvenzionale aveva chiesto la risoluzione del contratto con riferimento ai vizi lamentati».

ad effettuare l'acquisto»³⁰.

Così, in presenza di un difetto materiale di tale entità, è da ritenersi integrato un inadempimento direttamente sanzionabile sul piano del regime generale del contratto a prestazioni corrispettive. Decisivo è che all'*aliud pro alio datum* la giurisprudenza colleghi – e ciò faceva già nel vigore del codice del 1865 – l'applicabilità del termine lungo di prescrizione, anziché dei termini assai più stringenti collegati alla redibitoria e all'estimatoria.

Ma appare adesso opportuno volgere l'attenzione al modello di protezione delineato nella Convenzione di Vienna, per vedere come esso si collochi rispetto alle strutture giuridiche fin qui passate in rassegna.

5. IL MODELLO DELLA CONVENZIONE DI VIENNA: LA 'CONFORMITÀ' AL CONTRATTO

Di fronte all'ipotesi di difetto materiale del bene venduto, Convenzione di Vienna (d'ora in poi, per brevità, anche CISG) introduce, con gli artt. da 35 a 46, un sistema rimediabile radicalmente innovativo. Com'è noto, quelle disposizioni trovano il loro fondamento concettuale nell'idea del 'difetto di conformità' del bene rispetto al contratto³¹.

Il referente immediato rispetto alla CISG, sul punto, è da ravvisarsi nella Luvi (Legge uniforme sulla vendita internazionale di beni corporali, approvata al L'Aja nel 1964).

Il cuore della Convenzione – in relazione al discorso che qui si sta svolgendo, dunque nella prospettiva dei rimedi esperibili per l'ipotesi di difetto materiale nel bene venduto – è rappresentato dall'art. 46³². Si osservi che al comma 3 di tale

30 Tra molte, ho citato Cass. 23 marzo 1999, n. 2712. In dottrina, E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987; per ulteriori e più aggiornati riferimenti, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 279 ss.

31 Su cui cfr. M. BIN, *La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 755 ss.; U. BABUSIAUX, *Défaut de conformité. Détermination du défaut de conformité selon la réglementation en vigueur dans le pays du vendeur*, in *Recueil Dalloz Jurisprudence*, 2002, 317 ss.; F. FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, II, Artt. 14-24, *Formazione del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 2006, 245, nt. 32.

32 Si veda l'art. 46 CISG: «(1) the buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement. (2) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter. (3) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter». Invece l'art. 28 CISG recita: «if, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a

disposizione si stabilisce che nel caso di non conformità dei beni al contratto il compratore può sempre chiedere al venditore l'eliminazione del difetto mediante la riparazione «a meno che ciò sia irragionevole avuto riguardo a tutte le circostanze». È poi doveroso aggiungere che la portata della norma appare attenuata dall'art. 28 – su cui certamente altri relatori di questo Convegno si soffermeranno –, ove si afferma che il giudice non è tenuto a ordinare l'esecuzione specifica quando ciò non sia consentito dalla sua legge nazionale in relazione a contratti di vendita simili, ma non regolati dalla CISG.

Pur mantenendo l'opportuna cautela nei confronti di un approccio troppo dogmatizzante nei confronti della CISG (è l'impianto stesso della Convenzione che sembra rifuggire da ciò: è noto, per esempio, che essa evita di disciplinare l'aspetto del passaggio della proprietà), non appare dubitabile che nella struttura dell'art. 46 si veda il profilo di un'obbligazione di conformità oppure, secondo una diversa declinazione, di un'obbligazione di consegna di bene conforme.

Nel primo caso l'obbligazione avrebbe per oggetto la conformità del bene in sé al contratto, con riferimento dunque al modo di essere della cosa; nel secondo caso, l'obbligazione di consegna sarebbe da intendersi precisata, a tenore della disciplina europea, in modo tale da includere quella particolare esattezza della prestazione che si traduce nella conformità al contratto e alle previsioni legali.

Comunque, a quell'obbligazione corrisponde un'azione con cui è dato al compratore di ottenere l'esatta esecuzione della prestazione, ossia appunto la consegna di un bene esente da difetti materiali. La cornice appare, in ogni caso, quella di un'azione che scaturisce dalla responsabilità per inadempimento di una – pur peculiarmente conformata – obbligazione.

Com'è evidente, il modello proposto nella CISG si mostra in grado di sovvertire il disegno sin qui tracciato del sistema tradizionale di tutele del compratore per l'ipotesi di difetto materiale del bene venduto.

La scelta di fondo della CISG è quella dell'inclusione entro il contenuto dell'obbligazione di consegna dell'attività necessaria alla conformazione del bene rispetto al contratto: non di obbligazione accessoria si tratta, quindi, ma della medesima obbligazione primaria; ed è un'obbligazione da eseguirsi senza che rilevi la scelta – non compiuta dalla CISG, come si è detto – in ordine al momento traslativo.

In altri termini, l'idoneità del bene viene assorbita all'interno del contenuto

judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention». Sul sistema rimediabile della CISG, si veda R. PELEGGI, *Un esempio di applicazione del 'favor contractus' quale principio ispiratore del sistema rimediabile della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 877 ss.; G. SAGLIASCHI, *La ragionevolezza nel sistema rimediabile della Convenzione di Vienna nella vendita internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 135 ss.; M. TORSSELLO, *Remedies for breach of contract under the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *9 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2005, 253 ss.; F. RAGNO, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, Padova, 2008, 297.

della prestazione di consegna, così producendosi un distacco concettuale tra il tema dell' idoneità del bene e il momento traslativo; momento traslativo rispetto al quale, nella struttura dell' art. 1376 c.c. (sempre per prendere a riferimento il nostro codice), l' idoneità del bene appare concepito come un attributo.

Il modello introdotto dalla Convenzione di Vienna ebbe un impatto molto forte, in Europa, rispetto ai sistemi di tradizione romanistica: *in primis* a livello di idee, concetti, linguaggio.

Quella scelta nel senso di privilegiare la conformità al contratto contribuì in effetti a disegnare, sul terreno della vendita, una nuova dogmatica europea.

Per la verità, la forza del modello introdotto con la CISG mostrò i suoi effetti più rilevanti in un ambito affatto diverso rispetto a quello nel quale trova applicazione la CISG stessa – ossia il campo dei rapporti tra professionisti e imprenditori (B2B) –, bensì in quello dei rapporti tra professionisti e consumatori (B2C): mi sto riferendo, come ben si sarà inteso, alla direttiva 44 del 1999, la quale proprio muovendo dalla CISG pose ad architrave della disciplina della vendita di beni mobili di consumo il modello della conformità al contratto.

Senza ripercorrere le vicende legate al recepimento italiano della direttiva 44, basti ricordare che oggi occorre guardare agli artt. 129-130 del codice del consumo (corrispondenti ai precedenti artt. 1519 *ter* e *quater* del codice civile).

Sono a tutti noti gli intensi sforzi nei quali si è prodotta la nostra dottrina nel tentativo di ricostruire i profili della particolare responsabilità che la normativa di derivazione europea pone in capo al venditore, identificando per lo più il sorgere di un' autonoma obbligazione di conformità del bene al contratto³³, oppure – secondo percorsi che in larga misura replicano quelli giù segnati dai commentatori della CISG – un' obbligazione di consegnare un bene conforme³⁴.

Si tratterebbe comunque, almeno aderendo a quest' impostazione, di configurare una responsabilità in senso tradizionale – precisamente, un' ordinaria responsabilità per inadempimento –, con abbandono dunque della tradizionale struttura della garanzia di stampo romanistico.

Va detto che giunge a diversa conclusione quella diversa dottrina che rifiuta in radice l' idea secondo cui verrebbe in gioco un' obbligazione, sia essa di conformità o di consegna di un bene conforme: si rileva la difficoltà di concepire un' obbligazione in relazione al modo di essere attuale della cosa, nonché la mancanza di una previsione, entro l' art. 130 c. cons., di una causa di esonero da responsabilità per impossibilità derivante da causa non imputabile al venditore. Ma direi che conta prima di tutto, per questa dottrina, una diversa opzione di fondo compiuta in

33 In una letteratura vastissima, basti vedere P. SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, 562; A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 4 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 880 ss.; ID., *Proprietà e consegna nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 140 ss.; C.M. BIANCA, *La responsabilità del venditore per i difetti di conformità a contratto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 436 ss.

34 In questo senso, per esempio, R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l' equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2001, 51 ss.

ordine alle idee di garanzia e responsabilità che scaturiscono dall'insegnamento di Mengoni³⁵. Sta di fatto che la conclusione sarebbe in tal caso nel senso di una riconduzione del sistema rimediale consumeristico al modello della garanzia pura, dunque con permanenza nell'alveo della tradizione romanistica.

Ebbene, anche al di là del dibattito teorico sviluppatosi intorno al tema della conformità al contratto, non è comunque in discussione che, tanto nella CISG quanto nella normativa consumeristica, al compratore sia in prima battuta aperta la strada che conduce alla corretta esecuzione del contratto (nonché – ma ciò in via subordinata – alla sua risoluzione, oltre che – secondo una lettura che tenga conto dei principi generali in tema di responsabilità – al risarcimento del danno). Appare chiaro che la sostituzione ovvero la riparazione del bene venduto, previste dall'art. 46 CISG e dall'art. 129 cod. cons., si caratterizzano rispetto ai rimedi sin qui considerati – *in primis* quelli *ex art.* 1490 c.c. ed *ex art.* 1497 c.c. – in ragione della spiccata orientazione verso la corretta attuazione del programma negoziale.

L'esigenza fondamentale che si tiene in considerazione è quella di ricollocare per quanto possibile il compratore nella situazione in cui si sarebbe trovato se il venditore avesse fedelmente cooperato alla realizzazione della funzione contrattuale.

Dunque l'impostazione della CISG appare da questo punto di vista – e, si ripete, perfino al di là della discussione in punto di ricostruzione dogmatica, tra i fautori dell'obbligazione e quelli della garanzia – quasi rivoluzionaria.

Eppure, da un altro punto di vista, non si potrebbe smentire l'opinione di chi ritenga che l'azione diretta all'esatto adempimento risponda a un'esigenza del tutto fedele rispetto a quella che emergeva già nella vendita delle origini: e in questo senso è sufficiente tenere in considerazione la natura intimamente sinallagmatica riconosciuta fin da Labeone al contratto di compravendita³⁶. In effetti, solo la

35 Insegnamento che fa leva essenzialmente sulla ben nota critica del 'mostriciattolo pothieriano' della *obligation de faire avoir la chose utilement*: G. MENGONI, *Profili di una revisione*, cit., 140 ss. Sulla linea di difesa del modello mengoniano della garanzia, A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 525 ss.; C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 957. In parte differenti invece le conclusioni cui perviene S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 1029 ss., per il quale è possibile «superare il monito mengoniano sull'impossibilità logica di un'obbligazione relativa al modo di essere della cosa compravenduta [...] grazie alla possibilità di incidere sullo stato del bene dovuta all'inserimento del venditore nella catena distributiva o alla sua qualità di venditore produttore». Per una rilettura di R.-J. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, vol. VIII, L. IX, T. I, artt. V, XLVIII - XLIX, di cui costituisce occasione in specie la discussione della tesi di Nicolussi, cfr. L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., 187 ss.

36 Sembra sufficiente il richiamo alla celeberrima *definitio* di contratto – modellata proprio sulla vendita – che compare in D. 50,16,19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunĒllagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum*

consegna di un bene che abbia proprio le caratteristiche che quel bene avrebbe dovuto avere per contratto rappresenta la piena realizzazione dello scambio. Così, la tutela dell'interesse positivo o – se si preferisce l'interesse alla *specific performance*, l'*Erfüllungsinteresse* – sarebbe da vedersi in diretta connessione con la protezione dell'accordo (sullo scambio).

Orbene, le ragioni per cui nei sistemi di tradizione romanistica si sia inaridito il modello rimediabile orientato nel senso ora descritto possono comprendersi solo guardando alle imprevedibili traiettorie della storia.

Un pur breve sforzo di comparazione diacronica mostra come, in realtà, la tutela dell'interesse positivo fosse contemplata nel regime dell'*emptio venditio* del diritto romano classico.

6. ALLE ORIGINI DELLA TRADIZIONE ROMANISTICA: LA TUTELA DELL' 'EMPTIO VENDITIO'

Al di là della tradizione romanistica, appare ora opportuno avvicinare almeno un po' lo sguardo al regime della compravendita romana in epoca classica. E ciò intendo fare non certo per trattare in questa sede alcuno dei vischiosi problemi (non solo dogmatici, ma in prima battuta esegetici) in tema di *emptio venditio*, bensì – come ho cercato di dire in premessa – per concentrarmi sulle strutture giuridiche essenziali di un passato, proprio del passato nel quale le categorie cui facciamo riferimento furono elaborate, al fine di poter condurre un confronto con il presente.

Proporrò dunque un'osservazione 'dall'alto' sul sistema rimediabile richiamabile dall'*emptor*.

Anzitutto occorre dire che si aprivano due scenari, rappresentati, per un verso, dalla tutela onoraria facente capo all'editto degli edili curuli, nonché, per altro verso, dalla tutela civile riconosciuta nell'editto pretorio.

Era così delineato un sistema composito – di concorrenza, concorso elettivo oppure di sussidiarietà, a seconda delle differenti opinioni – tra rimedi edilizi, i quali erano circoscritti alle vendite di schiavi e animali da sella e da soma nei mercati, e rimedi civili, potenzialmente applicabili a tutte le vendite di qualsivoglia tipo di bene: senza prendere qui posizione sull'esatta configurazione del rapporto tra i piani rimediali, è comunque da ritenere che il sistema risultasse nel suo complesso duttilmente integrabile, certamente con ampie fasce di sovrapposizione tra strumenti edilizi e civili, nonché comunque caratterizzato da una forte capacità di adattamento ai profili del caso di specie³⁷.

rem significare sine verbis factam. Cfr. H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, in specie 10 ss.; ma sia anche consentito il rinvio a T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore del synallagma in Labeone e in Aristone*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 825 ss.

37 Sul difficile problema del coordinamento tra le tutele scaturenti dall'editto edilizio e quelle civili, di recente soprattutto N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae'*

Merita di essere evidenziata – pur forse a rischio di qualche semplificazione o irrigidimento – la differente connotazione delle tutele edilizie, rispetto alle tutele assicurate dal *ius civile*.

Il fondamento per l'esperibilità dei rimedi edilizi è rappresentato dalla violazione di disposizioni normative, proprio quelle contenute nell'editto degli edili, che ponevano in capo a determinati destinatari/venditori specifici di informazione a vantaggio degli acquirenti. Quindi la sanzione si collega all'inottemperanza di una regola di condotta la quale si colloca all'esterno del regolamento contrattuale.

Nel modello di tutela edilizio, giovava al compratore l'irrelevanza della colpa in capo al venditore; il riscontro di vizi occulti nel bene reso oggetto del contratto era in sé sufficiente per dischiudere la percorribilità delle tutele previste per il compratore³⁸; inoltre, i termini per attivare tali rimedi erano particolarmente stringenti, consistendo, per il caso della *redhibitoria*, in sei mesi utili dalla conclusione del contratto. Nel caso di esperimento dell'*aestimatoria* o *quanti*

'*actio empti*', Milano, 2004, 1 ss., ove è rappresentato il quadro completo delle teorie avanzate al riguardo; inoltre, EAD., *Garanzia per i vizi della cosa e responsabilità contrattuale*, in *Kaufen*, cit., 61 ss.; EAD., *Qualità promesse e qualità essenziali della 'res vendita': il diverso limite tra la responsabilità per 'reticentia' e quella per 'dicta promissave' nel 'diritto edilizio' o nel 'ius civile'*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, III, 2010, *Incontri di studio*: l'Autrice in particolare valorizza i profili di differenziazione delle tutele edilizie, giungendo alla conclusione nel senso della sussidiarietà dell'*actio empti*, almeno all'interno dell'ambito della giurisdizione degli edili curuli. Per una discussione di questa tesi, proficua la lettura di A. BURDESE, *Recensione* a N. Donadio, *La tutela del compratore*, cit., in *Iura*, LVI, 2006-2007, 247 ss., il quale propende invece per la tesi del concorso elettivo.

38 L'affrancamento della tutela edilizia rispetto ai presupposti della colpa e del dolo è da collegarsi, nel pensiero dei giuristi romani, alla *ratio* stessa delle disposizioni edilizie, nelle quali era posto a carico dei mercanti di *mancipia* e di *iumenta* uno specifico dovere di informazione: si veda D. 21.1.1.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); Cic. *off.* 3.17.71. Al di là del profilo rappresentato dall'assenza di colpa, la possibilità di riconoscere nel sistema romano-classico un modello della garanzia – inteso come responsabilità senza debito: si veda *supra*, § 3 – è legato principalmente alla lettura di un passo di Ulpiano, D. 21.2.31 Ulp. 42 *ad Sab.*, nel quale il giurista severiano dubitava dell'utilità della *stipulatio* su determinate qualità della cosa, giacché o la cosa le avrebbe possedute, e in tal caso la promessa sarebbe stata impossibile, oppure non le avrebbe possedute, sicché in tal caso l'impegno sarebbe stato vano. Di qui dunque la conclusione secondo cui sarebbe da ascrivere all'autorità di Ulpiano, in primo luogo, l'impossibilità di configurare come possibile contenuto di un'obbligazione il garantire che la cosa oggetto del trasferimento sia immune da vizi, nonché, in secondo luogo, la distinzione romana fra azione per l'inadempimento contrattuale e azioni edilizie per i vizi occulti: così L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., 193. Alla testimonianza ulpiana faceva riferimento già G. MENGONI, *Profili di una revisione*, cit., 10. In realtà occorre dire che gioca in questo senso un certo irrigidimento dogmatizzante estraneo allo spirito dei giuristi romani: una lettura veritiera del pensiero del giurista mi sembra quella proposta da C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1976, 127 ss., il quale incentra l'attenzione sul valore del verbo *praestare* impiegato nel passo. In precedenza, si veda anche G. PUGLIESE, '*Actio*' e *diritto subiettivo*, Milano, 1939, 294 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni*, Torino, 1966, 5 ss.; P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette). Il contenuto dell'obbligatio*, I, 1, Milano, 1969, 4 ss. La lettura di Carlo Augusto Cannata è stata poi approfondita e sviluppata da L. VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita*, cit., 193 ss.

minoris, promuovibile entro l'anno, si otteneva, sempre in presenza di vizi nel bene venduto, il risultato della conservazione del contratto, dunque con conseguente permanenza del bene nelle mani del compratore, mentre nel caso della *redhibitoria* si realizzava certamente l'effetto risolutorio, però il regime delle restituzioni era condizionato alla permanenza del bene nelle mani del compratore.

Diversamente, le azioni civili avevano il loro presupposto concettuale nella violazione del regolamento contrattuale.

Nel modello di tutela civile era richiesta la colpa del venditore, giacché quel che rilevava era l'inadempimento; la mancata esecuzione della prestazione del venditore apriva al compratore la via del giudizio di buona fede; per la particolare struttura della formula (con *intentio* nel *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona e condemnatio* nell'*eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvido*), tale giudizio si connotava per un'ampia elasticità, sui contorni della quale la dottrina si è approfonditamente soffermata; infine, i termini dell'*actio empti* non sono quelli brevi – di sei mesi e un anno – appena visti per *redhibitoria* ed *aestimatoria*.

Viene in evidenza, dunque, un gioco di contrapposizioni/giustapposizioni: i caratteri della garanzia per i vizi si confrontano con quelli di una responsabilità contrattuale per inadempimento di un contratto di buona fede; alla rilevanza dei vizi nel bene fa da contrappunto quella dell'inadempimento della prestazione; infine, i termini marcatamente brevi della garanzia fanno sì che si collocano in antitesi rispetto a quelli lunghi dell'azione contrattuale.

A ben vedere, se un'unitaria chiave di lettura voglia trovarsi negli strumenti messi a disposizione dall'editto degli edili curuli, questa sembra identificabile nella centralità del bene oggetto del contratto, nonché nelle sue precipue caratteristiche: proprio in quest'ottica legata alla 'cosa' ritengo possa comprendersi, nella sua essenza, il modello cui si riconducono *aestimatoria* e *redhibitoria*.

Viene offerta al compratore una garanzia che in tempi rapidi consenta, limitatamente alle vendite di schiavi e animali nei mercati, la conservazione del contratto oppure la restituzione del bene, però condizionatamente alla disponibilità di quel bene (oppure alla sua distruzione in conseguenza del vizio).

Come si è appena detto, è questo un sistema di tutele per sua essenza connesso alla cosa oggetto del contratto. Invece tendenzialmente ci si disinteressa della cornice contrattuale di riferimento, tanto che la violazione meritevole di sanzione è da intendersi in rapporto a un regolamento esterno al contratto; e così pure non viene in rilievo il livello di imputabilità soggettiva del venditore.

Sempre in quest'ottica, resta del tutto estranea alla tutela edilizia qualsiasi considerazione in ordine alla proporzionalità tra le prestazioni delle parti (ricordiamo peraltro che l'origine della *redhibitoria* è da cercarsi nelle vendite all'asta, nelle quali dunque la struttura della vendita non era certo quella dello scambio)³⁹.

³⁹ Cfr., su ciò, N. DONADIO, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell'emptio venditio*. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti, in AA.Vv., *La compravendita e l'interdipendenza*, cit., 455 ss.

Si potrebbe parlare – per utilizzare un linguaggio figurato – di un modello rimediale ‘statico’.

Il senso unitario dei rimedi civili può scorgersi nella centralità riservata all’accordo contrattuale medesimo e dunque, in collegamento con ciò, nella preminente esigenza di realizzazione del programma che le parti si sono impegnate a realizzare.

In questa prospettiva si comprende lo spirito e, al contempo, il concreto funzionamento del giudizio di buona fede: è offerta al compratore una tutela di fronte all’inadempimento – colposo – del venditore che, per qualsivoglia tipo di beni, abbia impedito la realizzazione del programma negoziale; ecco che, in termini significativamente allungati rispetto alle tutele edilizie, è riconosciuto al compratore di invocare la sanzione conseguente alla violazione contrattuale del venditore.

Il concreto meccanismo del giudizio di buona fede, per la particolare duttilità del sistema *intentio ex fide bona/condemnatio*, induce il venditore a sottrarsi alla condanna pecuniaria eseguendo in modo corretto, prima che la condanna stessa intervenga, la prestazione alla quale era tenuto secondo contratto. Alla radice, rileva quindi la violazione dell’impegno alla realizzazione di un obiettivo contrattuale: e a quell’obiettivo si guarda finanche nel corso dello svolgersi del processo, sino al momento delle preclusioni, coincidenti con la *litis contestatio*.

Diversamente che nel sistema edilizio, il giudizio nel quale sia promossa l’*actio empti* evidenzia un sostanziale disinteresse per il bene oggetto della compravendita e per le sue sorti; invece si rivela centrale la considerazione della mancata esecuzione delle prestazioni, dal cui compiuto scambio sarebbe dovuto derivare anche il realizzarsi della complessiva funzione contrattuale.

Mi pare che per l’insieme dei caratteri evidenziati si possa parlare, in relazione agli strumenti di tutela civile, di un modello ‘dinamico’.

La schematizzazione che ho proposto – tra modello ‘statico’ e modello ‘dinamico’ – evidenzia un’integrazione tra discipline diversamente caratterizzate. Ma, come già si è visto, una siffatta ricchezza sembra essersi in larga parte perduta nella tradizione romanistica.

**7. L’INARIDIRSI DEL MODELLO DI TUTELA DELL’
‘ACTIO EMPTI’, L’AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO
CONSENSUALISTICO E LA DEFINITIVA ‘SPEZZATURA’
NELLA VICENDA STORICA DELLE TUTELE
A VANTAGGIO DEL COMPRATORE**

Si è osservato che il modello della garanzia edilizia, qual è giunto fino a noi, non è in grado di assicurare al compratore il diritto a ottenere l’esatta esecuzione della prestazione, ossia il diritto a ricevere la consegna di un bene che sia esente da difetti materiali.

Eppure, dopo aver rivolto un pur rapido sguardo al diritto romano classico, è agevole ora constatare come la tutela degli interessi del compratore non si esaurisse

affatto nella garanzia edilizia. Anzi, i peculiari presupposti in presenza dei quali redibitoria ed estimatoria erano concesse (basti rammentare che la competenza degli edili curuli era limitata alla vendita di schiavi e animali nei mercati) circoscrivevano significativamente l'ambito di applicazione di quello strumentario.

Non si può dimenticare che l'altro modello rimediabile – anzi, per vero, il modello rimediabile 'generale' della vendita –, essendo improntato al criterio normativo della buona fede, avrebbe sospinto verso l'esatta esecuzione della prestazione da parte del venditore, così conducendo alla consegna di un bene esente da difetti: si sarebbe in tal modo assecondato il completamento del programma contrattuale.

Per rimanere al linguaggio poc'anzi utilizzato, accanto alla tutela 'statica', il compratore avrebbe potuto disporre di una tutela 'dinamica', orientata ad assicurare l'interesse contrattuale.

Differenti erano quindi, per obiettivi e modalità, i rimedi disponibili all'*emptor*, eppure complessivamente complementari.

Se si tiene conto di ciò, l'eredità romanistica giunta a noi nelle forme della garanzia edilizia appare quindi parziale, incompleta.

Le ragioni per le quali ciò sia accaduto sono molteplici; né le si potrà descrivere compiutamente in questa sede.

In estrema sintesi, però, si può dire che decisiva fu l'obliterazione della distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*, in conseguenza della quale si verificò un sostanziale appiattimento dei differenti rimedi all'interno di un regime unitario; con l'estensione dei mezzi edilizi a tutte le compravendite, al di fuori della giurisdizione che era stata propria degli edili curuli, venne a perdersi la consapevolezza dell'originaria duplicità dei sistemi di tutela e così *aestimatoria* e *redhibitoria* presero ad affermarsi come rimedi esaustivi all'interno di un regime – a questo punto – indifferenziato⁴⁰.

Meriterebbe poi un discorso tutto a sé la storia legata all'introduzione, nel corso dell'età intermedia, principalmente per influsso del diritto canonico, dell'azione diretta alla risoluzione del contratto quale rimedio generale, di cui la matrice deve ravvisarsi in una sorta di 'contro-regola' fondata sul rilievo della volontà (implicita) delle parti, opponibile al generale precetto del *pacta sunt servanda*⁴¹. E comunque

40 Che la generalizzazione dell'*edictum aedilium curulium* a tutte le compravendite, di beni mobili e immobili, sia frutto di una scelta giustiniana non sembra potersi revocare in dubbio. Altro tema è invece quello del possibile, più risalente, fenomeno di assorbimento della disciplina edilizia entro lo spettro dell'azione generale di vendita: fenomeno che avrebbe preso avvio già da Labeone, stando all'opinione di C. BALDUS, 'Una *actio experiri debet?*' Zur *Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht*, in *OIR*, V, 1999, 48, nt. 108, poi ripresa e ampliata da E. PARLAMENTO, *Labeone e l'estensione della 'redhibitio all'actio empti'*, in *Riv. dir. rom.*, III, 2003. Ma, per una critica di questa proposta ricostruttiva, cfr. N. DONADIO, *Garanzia per i vizi*, cit., 70.

41 Cfr. G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 c.civ.)*, Paris, 1924; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, III, *System des Kaufs nach gemeinem recht*, 2, rist. Aalen, 1965, 198 ss.; G.G. AULETTA, *La risoluzione del contratto*, Milano, 1942, in specie 37 ss. Si veda inoltre U. PETRONIO, voce *Risoluzione del contratto (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1293

occorre rilevare che, se per un verso venne a realizzarsi una sovrapposizione tra la *redihibitoria* e la risoluzione, accomunate dall'esito finale cui conducono il contratto, per altro verso la risoluzione viene a inserirsi nella cornice della responsabilità per inadempimento, di cui venne ad assorbire, tra i presupposti, quello della colpa.

Il processo storico che condusse all'oblio del modello di tutela rappresentato dell'antica *actio empti* conobbe un momento decisivo, infine, con l'affermarsi del principio del consenso traslativo sullo scenario del diritto continentale: com'è noto, ciò accadde con il venire alla luce del *code Napoléon*; il prevalere del principio per cui con il consenso passa la proprietà (art. 1583 del *code*, ripreso dall'art. 1376 del nostro codice vigente) produsse una definitiva 'spezzatura' nella storia delle tutele in tema di difetto materiale del bene venduto⁴².

A ben vedere, se la vendita romana dava luogo a effetti puramente obbligatori (come poi continuò a essere nella tradizione germanica, nella quale si distingue tra *titulus e modus acquirendi*⁴³), l'adozione del dogma del consenso traslativo, in ragione del quale viene meno in radice l'obbligazione di *dare o facere* in capo al venditore, giacché il trasferimento della proprietà avviene *uno actu* con il consenso, elimina le premesse medesime perché possa rivolgersi nei confronti del compratore un'azione finalizzata a imporre un certo comportamento in relazione alla cosa venduta.

In altri termini, il principio consensualistico, assorbendo l'obbligazione del venditore, non lascia lo spazio logico per una tutela che, intervenendo sul modo di essere della cosa, sia in grado di assicurare la *specific performance*, ovvero sia un *Erfüllungszwang*: perfezionatosi l'accordo, il bene passa in proprietà dell'acquirente nelle condizioni in cui si trova, sicché il difetto materiale del bene rileva non più che come una condizione di fatto della cosa, preesistente al momento della conclusione del contratto.

Il risultato traslativo non prevede il medio di un'obbligazione, scaturendo *recta via* dal perfezionarsi del consenso sul passaggio di proprietà.

ss.; A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1307 ss. Ripercorre il tema, risalendo all'impiego dell'azione di vendita in funzione di risoluzione, di recente, G. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni e 'risoluzione' della 'emptio venditio': alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, ne *La compravendita e l'interdipendenza*, cit., II, 5 ss.

42 Entro una letteratura vastissima, cfr. G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 18 ss.; G. STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 3 ss.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Dir. priv.*, 1995, 5 ss.; G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Dir. priv.*, 1995, 83 ss.; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e impresa*, 1998, 572 ss.; P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico: radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999; A. LUMINOSO, *Armonizzazione del diritto europeo e disarmonie del diritto interno: il caso dei contratti di alienazione e dei contratti d'opera*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 469 ss.

43 Cfr. F. FERRARI, *Principio consensualistico e 'Abstraktionprinzip': un'indagine comparativa*, in *Contr. e impresa*, 1992, 889 ss.

La pretesa all'eliminazione del vizio imporrebbe l'esercizio di un'attività che rimane estranea al contenuto dell'impegno dal venditore assunto *ex contractu*: pertanto, un'eventuale richiesta di riparazione o di sostituzione sarebbe inammissibile sulla base del contratto⁴⁴

8. I TENTATIVI DI RICOSTRUIRE L'AZIONE DI ADEMPIMENTO 'ESATTO' NELLA CORNICE DEL CONTRATTO TRASLATIVO

La rappresentazione dei profili dogmatici del contratto di vendita sulla quale ci si è appena soffermati spiega le difficoltà nelle quali dottrina e giurisprudenza si sono trovate a fronte dell'esigenza di consegnare al compratore un'azione che sia in grado di assicurare l'esatto adempimento contrattuale, ossia la consegna di un bene esente da difetti materiali; in effetti, salvo che sia pattuita la garanzia di buon funzionamento ai sensi dell'art. 1512 c.c., la mancanza del medio dell'obbligazione – come appena detto – non lascia spazio per un'azione tesa alla sostituzione o riparazione del bene consegnato⁴⁵.

Oltre alle difficoltà dogmatiche legate alla costruzione del vizio redibitorio, nel tessuto del codice italiano vigente, oltretutto, si scorgono ulteriori ostacoli rispetto all'attivazione di una pretesa all'esatto adempimento: uno di questi è stato talora visto nell'art. 1258 c.c., il quale al suo secondo comma prevede che, essendo dovuta una cosa determinata, qualora essa abbia subito un deterioramento o quando residui alcunché dal perimento totale della cosa, il debitore si liberi dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile; e per questo si è percorsa in dottrina la strada del risarcimento del danno, vedendo in questa l'unica possibile via per l'introduzione di un'azione che avesse per scopo la manutenzione del contratto⁴⁶.

Precisamente, la proposta è stata quella di introdurre una domanda per il risarcimento, fondato sulla presenza del vizio (e quindi, in sostanza, una domanda ai sensi dell'art. 1494 c.c.), orientata però a ottenere un risarcimento in forma specifica, secondo la regola dell'art. 2058 c.c.

Attraverso questo percorso sarebbe in sostanza spostata sul piano della responsabilità una costruzione in grado di condurre il compratore a ottenere la piena

44 Come rilevano, tra molti, G. MENGONI, *Gli acquisti 'a non domino'*, cit., 22; A. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita. Dal codice civile alla direttiva 1999/44*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 838 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità*, cit., 882 ss.

45 Diversa, come già accennato, l'opinione di M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1958, 53 s., il quale è incline a riconoscere applicabilità generale a tale azione.

46 Sono questi gli argomenti evidenziati da C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 1010; cfr. inoltre P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita. Art. 1470-1547²*, in *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1981, 278. In giurisprudenza, per esempio, Trib. Cagliari 14 dicembre 1978, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 304.

tutela dell'interesse alla completa ed esatta esecuzione del programma contrattuale: e la dottrina si è a lungo interrogata sulle potenzialità dell'art. 2058 c.c. in questo senso⁴⁷.

Difficilmente superabili appaiono però le obiezioni che possono muoversi avverso una siffatta ricostruzione dell'azione di esatto adempimento.

In primo luogo, si potrebbe osservare che manca il nesso di causalità tra il danno rappresentato dal sussistere del vizio e il comportamento del venditore, dal momento che – come si è detto – il vizio è relativo alla cosa nello stato in cui si trova al momento della conclusione del contratto; nella costruzione della garanzia edilizia, il bene passa per effetto del consenso e il venditore non dà causa in alcun modo, con il proprio comportamento, al difetto materiale.

In secondo luogo, di una vera e propria remissione in pristino non si potrebbe parlare, dal momento che il difetto preesisteva al contratto: dunque non si mirerebbe a ricondurre la cosa a uno *status quo ante*, bensì – correttamente – il problema è quello di attribuire a tale cosa una condizione 'nuova', ossia quella che essa avrebbe dovuto avere, ma che in realtà non aveva.

Si tratta di difficoltà tutte riconducibili, nel fondo, al tema del raccordo tra l'adempimento dell'obbligazione e il risarcimento in forma specifica⁴⁸.

La strada maestra, allora, per la costruzione di un'azione di esatto adempimento anche nel nostro sistema sembra essere quella che guarda alla disciplina della CISG.

In precedenza ho sottolineato la forza della CISG: e ciò è da intendersi non solo come riconoscimento del vasto ricorso alla sua applicazione, ma anche nel senso che la Convenzione è assurta a modello normativo di riferimento.

In effetti si potrebbe dire che essa mostra una forza 'esemplare': alle sue strutture e alle sue soluzioni studiosi e pratici d'Europa hanno guardato, nell'arco

47 In specie a favore del percorso segnato dall'art. 2058 c.c., C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 1008 ss.; B. GRASSO, *Garanzia per i vizi della cosa venduta, azione di esatto adempimento e risarcimento del danno*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 213 ss.; L. CAO, *Vendita della cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 304 ss. Sul punto, tuttavia, il dibattito è amplissimo: M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 53 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 825 ss.; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, cit., 278 s.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 35; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità*, cit., 172; A. PLAIA, *Sull'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento in presenza di vizi del bene venduto o promesso in vendita*, in *Contr. e impresa*, 1998, 123 ss.; Id., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padova, 2000, in specie 86 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*³, III, Milano, 2001, 261 ss.; C. CASTRONOVO, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 114; E. BARCELLONA, *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità garanzia ed esatto adempimento*, in *Contr. e impresa*, 2009, 202 ss.

48 Tema approfondito da C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, 492; S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 518 ss.; G. AMADIO, *La 'conformità al contratto' tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2001, 7.

di più di trent'anni, con l'attenzione di chi guarda alla traccia di un possibile, praticabile diritto continentale 'uniforme'.

Inoltre, se non si può propriamente dire che le norme della CISG siano *stricto sensu* 'diritto privato europeo' – giacché esse non sono state oggetto di recepimento da parte di direttive o regolamenti –, però difficilmente si potrebbe essere smentiti se si affermasse che quelle regole costituiscono già, di fatto, terreno comune degli Stati d'Europa (e non solo); la CISG, con le sue regole e il loro valore riconosciutamente 'di riferimento'⁴⁹, contribuisce a integrare la nozione, pur in sé controvertibile, di *acquis communautaire*.

Si comprende allora anche il senso della proposta dottrinale – penso anzitutto a quella del Luminoso⁵⁰ – di procedere con un'operazione di interpretazione estensiva, tale per cui la disciplina dei rimedi della CISG – contenuta essenzialmente negli artt. da 35 a 46, come si è visto –, con la sua potenzialità 'manutentiva' del contratto, meriterebbe di essere applicata a tutte le vendite, non solo quelle internazionali, ma anche quelle interne.

Nella proposta ricostruttiva dell'Autore, l'opzione in favore della necessità di un'estensione analogica del regime della CISG a tutte le vendite di impresa troverebbe poi supporto in ulteriori dati normativi presenti nel nostro ordinamento: in breve, l'abrogata l. 426 del 1971 sul commercio per corrispondenza e a domicilio; l'art. 1512 c.c.; la direttiva 1999/44, recepita dal d.lgs. n. 24/2002. Inoltre, il ragionamento analogico si salderebbe con l'idea secondo cui dal contratto di compravendita sorgerebbe un obbligo fondato sulla buona fede, in capo al venditore, di assicurare in prima battuta la manutenzione del contratto – mediante sostituzione o riparazione – e dunque l'interesse alla *specific performance*.

La proposta merita ancora alcune considerazioni.

Tenendo conto che il modello rimediabile della CISG è il medesimo fatto proprio dalla direttiva n. 44 del 1999, in tema di beni mobili di consumo, appare piuttosto disarmonico lo scenario che viene così a profilarsi, nel quale le vendite B2B e quelle B2C rispondono all'identica logica – essenzialmente, la prevalenza assicurata alla tutela rappresentata dalla *specific performance*, rispetto ai rimedi caducatori –, mentre l'unico segmento di disciplina della vendita impostato sul modello della garanzia edilizia di tradizione romanistica – che non apre alla possibilità di una tutela manutentiva – è quello delle vendite domestiche B2B.

Osservata in questa prospettiva sistematica, dunque, la proposta nel senso di un'interpretazione estensiva del regime della CISG a tutte le vendite di impresa

49 Si vedano, sul punto, le riflessioni di M.J. BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 599 ss.; cfr., inoltre, A. JANSSEN, *I termini delle direttiva 1999/44/CE ed il loro recepimento nel diritto tedesco con particolare riguardo alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2004, 877 ss.; F. RAGNO, *Convenzione di Vienna e diritto europeo*, cit., 233 ss.

50 Così A. LUMINOSO, in AA.VV., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, XXXI, Padova, 2003, 112 ss.; si veda anche ID., *La compravendita*, cit., 308 ss.

risponderebbe all'esigenza di riempire un vuoto di tutela: quel vuoto che sussiste tra il campo di applicazione della Convenzione di Vienna e quello della vendita di beni mobili di consumo.

Note sono le considerazioni che – collocabili su un piano socio-economico piuttosto che giuridico – si prestano a corroborare esiti di tal genere: principalmente, deve essere tenuto in conto il fenomeno di progressiva accentuazione dei caratteri di serialità della vendita, legati al diffondersi della grande distribuzione, nonché – in connessione con ciò – di sempre più ampio sviluppo di un sistema di servizi di assistenza post-vendita⁵¹.

La giurisprudenza, dal canto suo, stenta ad assecondare proposte ricostruttive che postulano una così profonda destrutturazione del modello della garanzia edilizia.

Senza dire del lavoro – certamente assai significativo – compiuto sulla clausola di buona fede, affinché sempre più intensa sia la penetrazione dei suoi effetti entro il regime del contratto di compravendita, è da segnalare che l'attenzione alla prospettiva manutentiva si è collegata negli ultimi anni soprattutto alla condotta del venditore, il quale abbia riconosciuto il vizio del bene e abbia manifestato la volontà di ripararlo o di sostituire il bene.

Il tema che viene all'attenzione è quello del cosiddetto 'impegno operoso' del venditore.

Quando vi sia questa manifestazione di volontà da parte del venditore, oltre all'effetto di interruzione della prescrizione, si produce il sorgere di un'obbligazione autonoma – con contenuto di *dare* o *facere* – la quale necessita di un coordinamento con i rimedi della garanzia.

Com'è noto, la questione che si pone è in primo luogo legata all'identificazione della natura di quell'impegno, giacché se si ritenesse un impegno di contenuto novativo, allora ci si dovrebbe chiedere quale sia l'*obligatio novanda*. Ma, posto che a monte si colloca una garanzia (come prima si è detto, *Haftung* senza *Schuld*), un'obbligazione – a ben vedere – non vi sarebbe. Ed evidente è la ricaduta di questi problemi sul piano dei termini, giacché se l'impegno avesse natura novativa, allora dovrebbero decorrere *ex novo* i termini originari *ex art. 2945 c.c.*

Lo scenario è fitto di tante questioni che neppure la recente Cass. 14 gennaio 2011, n. 747 – con cui si stabilisce che non c'è novazione e, al contempo, si è svincolati dai termini brevi di cui all'art. 1495 c.c.⁵² – sembra in grado di dissipare.

51 Per una sintesi sui tratti caratterizzanti che va assumendo, anche nel contesto socio-economico, la vendita del nostro tempo, utile la lettura di A. LUMINOSO, *La compravendita: dal codice civile ai nuovi assetti normativi*, in *Contr. e impresa*, 2003, 1109 ss. Cfr., di recente, R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene*, cit., in specie 64 ss.

52 «In tema di compravendita, l'impegno del debitore di eliminare i vizi che rendano il bene inidoneo all'uso cui è destinato (ovvero che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore economico) di per sé non dà vita ad una nuova obbligazione estintiva-sostitutiva dell'originaria obbligazione di garanzia, ma consente al compratore di non soggiacere ai termini di decadenza ed alle condizioni di cui all'art. 1495 cod. civ.; ne consegue che, ove il compratore, anziché chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, agisca per l'esatto adempimento dell'obbligo

Il quadro – pur assai sintetico – che si è proposto in tema di esatto adempimento non potrebbe ritenersi completo se non si ricordasse che, in un sistema improntato sul modello della garanzia edilizia di tradizione romanistica, rimane però sempre aperta la possibilità di proporre la domanda fondata sull'*aliud pro alio*⁵³, però ovviamente non già nella direzione che l'art. 1453 c.c. orienta alla risoluzione del contratto, bensì in quella che – tutto all'opposto – consente l'adempimento della controprestazione⁵⁴.

Il problema, di fronte alla consegna di un bene così radicalmente differente rispetto a quello promesso in contratto da rappresentare un vero e proprio *aliud*, è semmai quello di immaginare che sia possibile un'attività di riparazione o manutenzione, rispetto a quel bene, che sia davvero in grado di renderlo di piena e completa utilità per il compratore. Comunque sia, non è in discussione che la spinta verso l'esecuzione in forma specifica del contratto trovi risposta all'interno della costruzione giurisprudenziale dell'*aliud pro alio*.

Occorre osservare che, in questa prospettiva, gli ostacoli dogmatici collegati al modello della garanzia edilizia vengono superati in radice, accedendo direttamente alle regole che governano i contratti a prestazioni corrispettive, andando oltre il piano tipologico della compravendita. È proprio facendo leva sull'art. 1453 c.c. che al compratore risulta consentito di avanzare la pretesa diretta all'esatta esecuzione della prestazione, ossia alla consegna di un bene che sia esente da difetti materiali.

Va detto poi che, nell'assecondare una spinta generale verso l'esatto adempimento nel contratto di vendita, un rilievo ha sempre assunto la presenza nel codice dell'art. 1668 c.c., in tema di appalto (al quale fa rinvio anche l'art. 2226, comma 3, c.c., sul contratto d'opera).

di riparazione o sostituzione della *res*, assunto spontaneamente dal debitore sulla base del riconoscimento dell'esistenza dei vizi, ugualmente non si determina un effetto novativo dell'obbligazione originaria e la prescrizione – venuta meno la regola 'eccezionale' dell'art. 1495 cod. civ. – decorre secondo l'ordinario termine decennale di cui all'art. 2946 cod. civ.»: la si veda in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 798 ss., con commento di A. CERULO, *L'impegno del venditore di eliminare i vizi del bene compravenduto: vecchie e nuove incertezze in tema di prescrizione dell'azione del compratore*. Per un'analisi della precedente decisione a Sezioni Unite sulla medesima questione, E. CAMILLERI, *Garanzia per vizi ed impegno del venditore alla riparazione del bene: note critiche a margine di Cass. sez. unite n. 13294/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 469 ss.

53 Del quale si è già detto, *supra*, § 4.

54 Nel senso dell'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento per l'ipotesi di *aliud pro alio*, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 893; P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, cit., 312; in giurisprudenza, per esempio, Cass., 7 marzo 2007, n. 5202: «si ha [...] consegna di *aliud pro alio* che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ex art. 1453 cod. civ., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 cod. civ., qualora il bene venduto sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della *res* venduta e, quindi, a fornire l'utilità richiesta»; inoltre, Cass. 9 febbraio 1985, n. 106. In senso contrario, C.M. BIANCA, *La responsabilità. Diritto civile*, V, Milano, 1984, 239.

Il riconoscimento al committente del diritto all'eliminazione di difformità e vizi dell'opera a spese dell'appaltatore risponde alla medesima logica di un'azione manutentiva del contratto. In qualche occasione, la forza espansiva dell'art. 1668 c.c. ha giustificato la decisione dei giudici di dare applicazione analogica all'art. 1668 c.c. anche al caso della vendita⁵⁵.

Infine, non v'è dubbio che quella verso la tutela contrattuale in forma specifica sia una tendenza di portata generale nel panorama delle fonti del diritto europeo: basti pensare agli artt. III.3:301-3:303 DCFR, ma anche all'art. 9.102 PECL, oppure agli artt. 111 e 112 del Codice europeo dei contratti, oltre – naturalmente – ai già citati artt. 45 ss. della CISG.

9. LA PROSPETTIVA DI UN RITORNO ALLA PIENA TUTELA DELLO SCAMBIO

Ferma restando la precisazione – già evidenziata – che le tutele edilizie costituiscono nel diritto romano classico soltanto un possibile apparato rimediale, che si colloca accanto all'azione generale di compera⁵⁶, vero è che il modello della garanzia appare come l'orma più profonda e significativa che la tradizione romanistica abbia lasciato sul terreno degli strumenti a difesa del compratore.

Ebbene, nello scenario del diritto europeo è dunque assai rilevante l'introduzione di un modello rimediale che offra al compratore, a fronte della consegna di un bene che presenti un difetto materiale, di sostituire ovvero riparare il bene, in tal modo assicurando l'esatta e completa esecuzione del programma contrattuale⁵⁷. La CISG ha senza dubbio contribuito a restituire alla compravendita – sotto il profilo delle tutele – la natura di contratto di scambio.

Con l'opzione in favore della manutenzione del contratto, è stata ridelineata l'architettura dei rimedi in favore del compratore. E si tratta di un'innovazione non soltanto *de iure condito*, da vedersi in relazione al campo di applicazione della CISG.

55 Si veda, per esempio, Trib. Napoli 16 gennaio 1984, in *Dir. e giur.*, 1985, 784. Sul punto, in dottrina, L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità*, cit., 172; C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 1011; G. SCARANO, *Garanzia per i vizi nei contratti di vendita e di appalto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 236 ss. Di recente, approfondisce le potenzialità 'sistematiche' dell'art. 1668 c.c. L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, in specie 187 ss.

56 Si veda *supra*, § 6.

57 Sulla linea di tendenza, a livello di diritto privato europeo, nel senso della *specific performance*, S. LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 93 ss.; G. VETTORI, *Il diritto all'adempimento nel diritto privato europeo*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 170 ss. Ma l'attenzione per le esigenze di completa e sicura realizzazione del contratto, visto come reale strumento di unificazione del mercato, si manifesta con chiarezza anche in M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea, José Manuel Barroso 9 maggio 2010*, in www.europa.eu.

De iure condendo, dalla CISG è derivata una spinta vigorosa che ha dato luogo, per esempio, ai contenuti della direttiva 44/99; oggi, alle linee di struttura della CISG si ricollega anche la proposta di Regolamento sulla vendita (*CESG*). Infine, quella spinta si è rivelata decisiva soprattutto incoraggiando sul piano interpretativo, come si è visto poc'anzi, i molti tentativi dottrinali che si sono cimentati nella ricostruzione di un'azione con cui sia consentito al compratore di ottenere la *specific performance*.

Eppure occorre riconoscere che, guardando all'esperienza italiana, il quadro generale dei rimedi – si è detto in precedenza dei mezzi edilizi, dell'art. 1497 c.c., nonché dell'*aliud pro alio* – appare ancora caratterizzato da ampie incertezze; e si è poi fatto cenno, accanto a questi segmenti di tutela che affondano le loro radici nella tradizione romanistica, alle norme derivanti dalla direttiva 99/44 (oggi versate nel codice del consumo).

Sembra che, attorno al modello rimediale della CISG, vi sia spazio per la ricostruzione di un regime della vendita finalmente armonizzato su talune linee guida, una delle quali dovrebbe essere rappresentata dalla preferenza per la tutela manutentiva del contratto.

La riscoperta della storia antica della compravendita, con i suoi percorsi non rettilinei – a volte spezzati, talora addirittura indecifrabili – consente di leggere con piena consapevolezza le forti polarità che sono alla base del sistema di tutele riconosciuto a quel contratto.

Summary

SALE UNDER THE ROMAN TRADITION VERSUS INTERNATIONAL SALE: A COMPARISON OF MODELS

This paper examines different models of remedies in the event of material defects of sold goods. In particular, it focuses on the model of warranty that is characteristic of the Roman tradition, as well as on the model of 'duty to perform', introduced by the CISG (i.e. Vienna Convention). The latter models are analyzed by means of a synchronic and diachronic comparison.

Key words: contract, sale, european law.

Zusammenfassung

VERKAUF GEMÄß RÖMISCHER TRADITION UND INTERNATIONALER VERKAUF – VERGLEICHUNG DER MODELLE

Die Arbeit konzentriert sich auf die Analyse verschiedener Verkaufsmodelle im Falle, dass materieller Mangel des verkauften Warens auftritt. Das Gewährleistungmodell gemäß romanistischer Tradition und das Modell der Verpflichtung von Warenübereinstimmung mit dem Vertrag des Wiener Übereinkommens (CISG) werden miteinander verglichen. An die Analyse wird durch synchronische und diachronische Vergleichung herangegangen.

Schlüsselwörter: Vertrag, Verkauf, Europäisches Recht.

Riassunto

VENDITA DI TRADIZIONE ROMANISTICA E VENDITA INTERNAZIONALE: MODELLI A CONFRONTO

Lo studio si concentra sui modelli della vendita per l'ipotesi in cui si verifichi un difetto materiale del bene venduto: si mette a confronto, per un verso, il modello della garanzia di tradizione romanistica, e, per altro verso, il modello dell'obbligazione di conformità introdotto dalla CISG (Convenzione di Vienna). Lo studio si sviluppa in una comparazione sincronica e diacronica.

Parole chiave: contratto, vendita, diritto europeo.

IZBOR MJERODAVNOG PRAVA U OBITELJSKIM, STATUSNIM I NASLJEDNIM STVARIMA

Dr. sc. Mirela Župan, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta
J. J. Strossmyera u Osijeku

UDK: 341.987::061.1EU
Ur.: 10. lipnja 2012.
Pr.: 22. studenog 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autorica obrađuje problematiku stranačke autonomije u područjima međunarodnog privatnog prava u kojima se ova poveznica tek recentno afirmira: u obiteljskom, statusnom i nasljednom pravu. Uvodno se čitatelja uvodi u temeljnu problematiku izbora mjerodavnog prava, da bi se fokus premjestio na konkretna problemska pitanja autonomije volje u bračno imovinskom režimu, razvodu braka, uzdržavanju, određivanju osobnog imena te nekim pitanjima nasljeđivanja s međunarodnim elementnom. Nekoliko je parametara bitno determinirajućih za trend jačanja ove poveznice u osobnom statutu u širem smislu. Materijalna je realnost da je globalizacija dovela do internacionalizacije obitelji koje se kreću preko granica te trebaju adekvatan prekogranični pravni sustav i pravnu zaštitu. Nadovezuje se parametar pravne realnosti da su materijalnopравни poreci sadržajno različiti. Institucionalna je realnost da EU ima nadležnost (za prekogranične stvari) i da djeluje kako bi pravnim aktima odgovorila na suvremenu materijalnu realnost te kako bi kompenzirala postojeću pravnu realnost. Noviji zakonski tekstovi i pravne stečevine EU-a tako i nacionalnih zakona, nomotehničkim pozicioniranjem poveznice stranačke autonomije u funkciji primarnoga kolizijskopavnog vezivanja dodatno je afirmiraju. Autorica utvrđuje da ovi instrumenti ograničavaju stranačku autonomiju dvojako: izbor je moguć između nekoliko poveznica koje su pravnom odnosu ionako u bliskoj vezi, te se uvode međunarodno prisilni propisi. U svim segmentima istraživanja autorica polemizira, što doktrinarno što hipotetskim primjerima, o nizu prednosti i nedostataka ove poveznice. U drugom dijelu rada dotiče se značajnih implikacija prakse Suda EU-a i ESLJP-a koje protezanjem načela „uzajamnog priznanja“ iz sfere stranih odluka u sferu stranog prava otvaraju prostor opasnom trendu: autonomija volje generira stvaranje europskog tržišta “obiteljskopavnih proizvoda“!

Ključne riječi: izbor mjerodavnog prava, stranačka autonomija, obiteljsko – statusno - nasljedno međunarodno privatno pravo.

1. UVODNE NAPOMENE – STRANAČKA AUTONOMIJA IZVAN DISKURSA UGOVORNOG I DELIKTNOG STATUTA

Rana kapitalna djela o stranačkoj autonomiji temeljila su se na njezinoj primjeni u ugovornom statutu; potom su uz ugovore detaljno obrađivala i deliktни statut, dok ju je na poziciji temeljnog principa ugovornog i deliktноg statuta u suvremenim okolnostima potvrdilo sekundarno pravo Europske unije.¹ Stranačka autonomija ipak se postupno implementirala i u druga pravna područja međunarodnog privatnog prava, a to su obiteljski odnosi, određena statusna pitanja te nasljedni odnosi.²

Uvriježeno je da su norme obiteljskog prava imperativne i odnose se na prava kojima stranke ne mogu slobodno disponirati. Posljedično vrijedi i paradigma da slobodi i pravu stranaka da izaberu mjerodavno pravo za svoj odnos nema mjesta u međunarodnom obiteljskom pravu, jer se autonomija volje u međunarodnom privatnom pravu može opravdati samo ako se može osloniti na autonomiju volje u materijalnom pravu. Drugim riječima, ondje gdje materijalno pravo dozvoljava stranačku dispoziciju pravima i obvezama, otvara se prostor za izbor mjerodavnog prava. U pogledu onih pitanja u kojima postoji interes države, ili pak trećih osoba, mogućnosti su disponiranja opravdano ograničene.³ Takva nisu sva prava i obveze iz obiteljskoga prava, pa sukladno tomu niti autonomija u međunarodnoprivatnopravnom smislu ne smije biti potpuno isključena.⁴ Kako će se ovdje pokazati, autonomija se razvija u određenim segmentima međunarodnog obiteljskog prava koje i u materijalnopravnim poredcima odlikuje trend fleksibilizacije. Proces u kojemu nacionalni poređci mijenjaju svoj stav u regulaciji obiteljskih predmeta uvriježeno

- 1 C. Symeonides, *Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective*, u: K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (ur.), *Convergence and divergence in Private international law - Liber Amicorum Kurt Siehr, Eleven & Schulthess*, 2010., str. 513.-550. T. Ballarino, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, *Revue de droit international*, 2009., str. 48.
- 2 G. Biagioni, *Tecniche internazionalprivatiche fondata sulla vollonta delle parti nel diritto dell'Unione Europea*, *Cuadernos de derecho transnacional*, sv. 2, 2010., str. 15.-34., na str. 31.; G. Carella, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999., str. 143. i dalje (obiteljski odnosi); str. 173.-189. (nasljedni odnosi); K. Sajko, *Međunarodno privatno pravo*. Zagreb, 2009., str. 145.; A. E. von Overbeck, *L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international prive*, u: *Nouveaux itinéraires en droit*, *Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993., str. 619.; P. Gannagé, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international prive de la famille*, *Revue critique de droit international privé*, sv. 81, 1992., str. 425.
- 3 Th. De Boer, *Party autonomy and its limitations in the Rome II Regulation*, *Yearbook of Private International Law*, sv. 9, 2007., str. 19.-29., na str. 20.
- 4 L. Palsson, *Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws*, u: *Recueil des cours*, sv. 199., 1986., str. 314.-413., na str. 399. Gannage, *La penetration de l'autonomie de la volonté*, op. cit., str. 425.-454.; P. Lagarde, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004., str. 236.; M.-C. Foblets, *Conflicts of law in cross-cultural family disputes in Europe today: Who will reorient conflicts of law?*, u *Comparative and International Law Journal of South Africa*, sv. 30, 1997., str. 34.

se u pojedinim državama događao u zasebno vrijeme, kroz različite institute, sve uvjetovano različitim društvenim čimbenicima.⁵ Značaj pravne tradicije te kulturnih i društvenih vrijednosti u obiteljskom je pravu često spominjana prepreka ujednačavanju. Tu je i nepobitna činjenica da je obiteljsko pravo neodvojivo od socijalne politike, politike tržišta rada itd. Ipak, zajedničke vrijednosti pravnih poredaka već su dugo prisutne, te su danas dodatno naglašene postizanjem relativno visokog standarda zaštite ljudskih prava na razini nacionalnih pravnih poredaka. Danas sva društva u europskim i svjetskim razmjerima, dijele zajedničke trendove te promijenjenu prirodu obitelji koja je sve rjeđe nacionalna, a sve češće se kreće preko granica. Sve te obitelji trebaju odgovarajuću pravnu zaštitu i pravnu sigurnost. To znači da su zakonodavci svih država zapravo suočeni sa sličnim problemima i da stoga dijele stav da je fleksibilizacija prava poželjna, da je otvorenost raznim komparativnim rješenjima i u domeni obiteljskog prava prihvatljiva te da su u konačnici pripadajući instituti podobni za transfer.⁶ Naime, intenzitet suvremenih migracija umanjuje značaj nacionalnog suvereniteta u domeni obiteljskoga prava. Migracije istovremeno potiču stvaranje i miješanje različitih obiteljskopravnih modela priznatih u pojedinim državama pa su posljedično i strogi mehanički modeli mjerodavnog prava izgubili stvarnu mogućnost regulirati društvenu situaciju za koju su stvoreni. Sve se veća težina daje opravdanim očekivanjima pojedinaca, pa se sukladno tomu sve više prihvaća i načelo stranačke autonomije.⁷ Sve se više argumentira da su pravne norme u funkciji kulturnog identiteta pojedinca, te da je favoriziranje stranačke autonomije modus realizacije toga.⁸

Iako je domeni obiteljskog i statusnog prava autonomija bila gotovo potpuno strana, stvara se dojam da će njezina implementacija i ustoličenje kod određenih pravnih pitanja prekograničnog obiteljskog prava svojom dinamikom nadmašiti onu u drugim pravnim područjima. Tomu je tako osobito jer se zakonodavnim aktivnostima EU-a vrlo intenzivno utire njezino mjesto upravo u području međunarodnog obiteljskog prava. Lisabonski ugovor novi je zamah zakonodavnim aktivnostima EU-a u međunarodnom privatnom obiteljskom pravu,⁹ a zakonodavni

5 Zanimljivo je da unatoč krutom socijalističkom uređenju Zakon o porodičnim i obiteljskim odnosima iz 1978. dozvoljava bračnim drugovima da dogovore način raspolaganja svojim osobnim dohotkom. P. Šarčević, I. Kunda, *Property Rights in the Family*, u: *Family law in Croatia*, Wolters Kluwer, 2011. str. 180.

6 Problematika europskog međunarodnog obiteljskoga prava detaljno je obrađena u M. Župan, V. Puljko, *Shaping European International Family Law*, *Slovenian Law Review*, sv. 7. , 2010., str. 23.-62.

7 To se može potkrijepiti nacionalnim zakonodavstvima o predbračnim sporazumima, mogućnosti sklapanja sporazuma o uzdržavanju, dok disponiranje stranačkom voljom potiče i sve učestalije mirenje kao alternativu sudskom rješenju spora. D. Martiny, *Objectives and Values of (Private) International Law in Family Law*, u: J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen (ur.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007., str. 99.

8 D. Henrich, *Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität*, u: H.-P. Mansel i drugi (ur.), *Festschrift für Erik Jayme*, sv. 1, München, 2004., str. 321.

9 N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, T.M.C. Asser Press, 2011., str. 75.-93.; M. Župan, *Pravosudna suradnja u prekograničnim obiteljskim predmetima*, u: M.

akti ili zakonodavni prijedlozi široko praktikiraju stranačku autonomiju i ukazuju da će *lex europaea ferenda*¹⁰ biti u njezinu znaku.

Osvrnemo li se na vrijeme koje prethodi zakonodavnim aktivnostima EU-a, autonomija volje prodirala je u nacionalne kodifikacije međunarodnog privatnog prava prvenstveno kroz univerzalne pravne instrumente.¹¹ Naime, Haška konferencija uvodi autonomiju volje normirajući međunarodno obilježen bračnoimovinski režim,¹² međunarodno uzdržavanje¹³ te međunarodno obilježene oporuke ili sporazume o nasljeđivanju.¹⁴ Ipak, autonomija volje razvija se u širem spektru osobnog/obiteljskog/nasljednog prava u nacionalnim režimima međunarodnog privatnog prava i mimo ujednačene regulative. Tomu je tako primjerice kod pitanja osobnoga imena, koje u vrlo ograničenim unifikacijskim naporima Međunarodne komisije za građanska stanja, stranačku autonomiju uopće ne prakticira.¹⁵ Slično je u pogledu razvoda braka, prethodno inicijativama EU-a.¹⁶

Stranačku autonomiju u širem spektru obiteljskoga, statusnog i nasljednog prava podržava i doktrina.¹⁷ Posebnost u ovim pravnim područjima je izražen i jak javni interes, pa se razvija specifičan vid kolizijskopravne autonomije volje – ograničeni izbor mjerodavnog prava. On daje strankama mogućnost izbora između nekoliko pravnih poredaka s kojima su one u svakom slučaju blisko povezane.¹⁸ Nadalje je tipično da u ovim pravnim područjima formalne pretpostavke valjanosti bivaju puno strože nego u sferi ugovornog prava.¹⁹

Ovim se radom autonomija volje u obiteljskom međunarodnom privatnom pravu obrađuje horizontalno kroz izabrane kategorije (bračnoimovinski režim, uzdržavanje, određivanje osobnog i obiteljskog imena, razvod braka), koje će vertikalno obuhvatiti problemsko pitanje, nacionalna zakonodavstva, ujednačeni režim te pravnu stečevinu (postojeće akte te zakonodavne prijedloge), kao i pripadajuću sudsku praksu Suda EU-a. U manjoj se mjeri obrađuju i specifična statusna i nasljednopravna problematika.

Župan (ur.), *Pravni aspekti prekogranične suradnje i EU integracija: Mađarska – Hrvatska*, Osijek-Pećs, 2011., str. 591.-618., na str. 600.

10 Terminologija prof. Kreuzera u: K. Kreuzer, *Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechtes?*, u: B. Jud, W. H. Rechberger, G. Reichelt (ur.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, Jan Sramek Verlag, 2008., str. 1.-62.

11 K. Siehr, *The Impact of International Conventions on National Codifications of Private International Law*, u: A. Borrás i drugi (ur.), *E Pluribus Unum, Liber Amicorum G. A. L. Droz*, Hague/Boston/London, 1996., str. 405-413., na str. 408.

12 Vidi poglavlje 2. Autonomija volje u bračno imovinskom režimu.

13 Vidi poglavlje 3. Stranačka autonomija u stvarima uzdržavanja.

14 Vidi poglavlje 5. Stranačka autonomija za određene statusne i nasljedne predmete.

15 Ibid.

16 Vidi poglavlje 4. Stranačka autonomija i međunarodni razvod braka.

17 Vidi U. Magnus, P. Mankowski, E. Pataut, *Brussels IIbis Regulation*, Sellier, 2012. str. 155; M. Pertegás, *Beyond Nationality and Habitual Residence: Other Connecting Factors in European Private International Law in Family Matters*, u: J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen (ur.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007., str. 319.-340., na str. 336.

18 J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 2006., str. 299.

19 Ibid., str. 300.

2. AUTONOMIJA VOLJE U BRAČNO IMOVINSKOM REŽIMU

Problematiku prava mjerodavnog za bračnoimovinski režim odlikuje izrazita složenost. Razlog tomu leži prvenstveno u divergentnosti nacionalnih materijalnopravnih rješenja.²⁰ Ugovorni imovinski sustav široko je prisutan u današnjim materijalnim zakonima, a različita nacionalna rješenja dopuštaju izmjene zakonskog imovinskog sustava: a) ako sporazum bračnih drugova ispunjava pretpostavke u pogledu forme sporazuma i u pogledu same biti sporazuma te b) ako postoji osigurana javnost/registracija. Nacionalna rješenja uvelike se razlikuju i u pogledu pravila postupka izmjene i u pogledu uvjeta te sadržaja samog ugovora.²¹ „Doktrina nepromjenjivosti“ kao utjelovljenje ideje da autonomiji volje ima mjesta samo prije sklapanja braka, zbog koje je praktično blokirana naknadna promjenu bračnoimovinskih sustava, iščezava iz nacionalnog materijalnog prava i otvara novu perspektivu uređivanju međunarodno obilježene bračne stečevine.²² Jer kada problematici bračne stečevine pridružimo međunarodno obilježje, pravni problem postaje još složeniji. Problem može nastati (u međunarodno obilježenoj situaciji) u pogledu diobe bračne stečevine za vrijeme trajanja braka (npr. zbog problema odgovornosti za dugove prema trećima ili pojedinačnih investicija), kod razvoda braka te kod smrti bračnog druga.²³ Slijede dva hipotetska primjera²⁴ koja plastično prikazuju problem te otvaraju brojna pitanja.

20 Vidi povezane rasprave u: W. Pinters, *Matrimonial Property in Europe*, u: K. Boele Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ur.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, 2011., str. 19.-45.; A. V. M. Struycken, *Régimes matrimoniaux - blanc d'essai de la codification internationale du droit international privé*, u: A. Borrás i drugi (ur.), *E Pluribus Unum*, Liber Amicorum G. A. L. Droz, Hague/Boston/London, 1996., str. 445.-460., str. 446., bilj. 1.; F. F. Scoles, *Choice of Law in Family Property Transactions*, *Recueil des cours*, sv. 209, 1988-II, str. 13.-93., na str. 17. i dalje; A. Agell, *The Division of Property upon Divorce from a European Perspective*, u: M.-Th. Meulders-Klein, J. Pousson-Petit (ur.), *Liber Amicorum Meulders-Klein: droit comparé des personnes et de la famille*, Brussels, 1998., str. 1.-20., na str. 7.; M. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2006., str. 755.; K. Boele-Woelki, *The Future of Family Property in Europe*, 2011.; B. Rešetar, M. Župan, *Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, međunarodni i europski kontekst*, Osijek, 2011.; B. T. Kaul, *Conflict of Laws in Respect of Matrimonial Property Regimes with Special Reference to Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes concluded on 14th March 1978*, u: V. C. Govindaraj, C. Jayaraj (ur.), *Non Resident Indians and Private International Law*, New Delhi, 2008., str. 338., na str. 353.-354.

21 A. Čulo, A. Radina, *Valjanost bračnog ugovora*, u: B. Rešetar, M. Župan (ur.), *Imovinskopravni aspekti razvoda braka*, Osijek, 2011., str. 139.-161.

22 E. Jayme, *Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies*, *Yearbook of Private International Law*, sv. 11, 2009., str. 2.

23 A. Verbeke, *Perspectives of an International Marital Contract*, *Maastrich Journal*, sv. 8, 2001., str. 190.

24 Odabrani primjeri izloženi su zbog njihove plastičnosti, a da oni nisu tek znanstveni konstrukt potvrđuje činjenica je trenutno predmet vrlo sličan drugom primjeru pred njemačkim sudovima, te je podijelio stajališta doktrine. Vidi E. Jayme, *Party Autonomy*, op. cit., str. 5.-6. Općenito o problematici transfera iz sustava podijeljene u sustav zajedničke imovine i obrnuto vidi: E. F. Scoles, *Choice of Law in Family Property Transactions*, *Recueil des cours*, sv. 209, 1988.-II, str. 13.-93., na str. 36.-54.

Primjer 1. Nizozemac Hans i Talijanka Maria vjenčali su se i živjeli godinu dana u državi A, a potom nastavili živjeti u državi B. Odluče se razvesti te a) zahtjev upute sudu države B koji će imovinska pitanja rješavati sukladno pravu na koje uputi kolizijsko pravo foruma. Ako država B predviđa da je za bračnoimovinsko pitanje mjerodavno pravo zajedničkog državljanstva, koje supružnici nemaju, trebat će podredno primijeniti pravo prvoga zajedničkog bračnog prebivališta, a to je pravo države A. Ako su supružnici za vrijeme posjeta rodbini u jednoj od njihovih domovinskih država sklopili pred bilježnikom bračni ugovor, sudac države B treba provjeriti je li takav ugovor valjan sukladno pravu države A koja je *lex causae*. Ukoliko bi Maria naknadno (uz pomoć vještog pravnog savjetnika) zaključila da je za nju prihvatljiviji zakonski režim *lex casuae* od režima za koji se sporazumjela bračnim ugovorom, Maria (opet uz pomoć domišljatog odvjetnika) može uložiti prigovor povrede javnog poretka jer je model u kojemu ona ne sudjeluje u zaradi svoga supruga, a za koju je doprinosila baveći se djecom i obavljajući kućanske poslove, povreda njezinih ljudskih prava i ravnopravnosti spolova. U tom bi se slučaju moglo dogoditi da je bračni ugovor za kojega su supružnici opravdano vjerovali da predstavlja pravni okvir njihovih međusobnih imovinskih odnosa, ali i dugova prema trećim osobama, valjan po jednom pravu, ali nije valjan po drugom pravu.²⁵

*Primjer 2.*²⁶ Francuz i Mađarica sklope bračni ugovor te nakon toga zaključe brak u Milanu. Ugovor sadrži i klauzulu o mjerodavnom pravu po kojoj je mjerodavno francusko pravo. Sporazum sadrži odredbu da je sva imovina odvojena. Sele se u London gdje suprug uspješno izgradi menadžersku karijeru, a supruga pokreće obrt kojega ubrzo uslijed slabog poslovanja zatvara, ali ostaje u dugu prema banci. Paralelno se raspada i njihov brak te suprug pokreće brakorazvodnu parnicu u Londonu. Supruga tvrdi da je bračni ugovor ništav jer je sukladno engleskom pravu protivan javnom poretku. Banka ulaže tužbu protiv bračnih drugova i želi naplatu svoga duga. Ukoliko bi bračni ugovor bio ništav, po engleskom kolizijskom pravu primjenjuje se *lex fori* i supruga može uživati u dijelu njegove zarade. Valjanost njihovog bračnog ugovora ovisi dakle o mjerodavnom pravu. Dvije su dileme: odnosi među bračnim drugovima u pogledu bračne imovine te odnosi bračnih drugova po pitanju dugova prema trećim osobama. Različita kolizijska pravila u gore navedenim državama mogla bi dovesti da ugovor koji je valjan po jednom, nije valjan po drugom pravu. Značaj ovoga problema potvrđuje podatak da je tek u vrlo recentnoj odluci engleskog Vrhovnog suda u predmetu *Radmacher v Granatino*²⁷ po prvi puta priznat učinak bračnog ugovora sklopljenoga u inozemstvu.

25 Vidi u doktrini: D., Martiny, *The Effects of Marital Property Agreements in Respect of Third Parties*, u: A.-L. Verbeke et al. (ur.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Antwerp: Intersentia, 2012., str. 903.-928.

26 *Practical Problems Resulting from the Non-Harmonization of Choice of Law Rules in Divorce Matters*, JAI/A3/2001/04, Final Report, T.M.C. Asser Institut, The Hague, 2002., str. 55.

27 *Radmacher v Granatino* (2010) UKCS 42, (2010) 2 FLR 1900. Vidi W. Healing, *Civil Law Principles from European Jurisdictions: Do We Still Drive on the Left?*, *International Family Law*, 2011., str. 128-130.

Učestali međunarodno obilježeni bračnoimovinski sporovi potaknuli su unifikaciju prava te je Haška konferencija godine 1978. usvojila Konvenciju o mjerodavnom pravu za bračnoimovinski režim (dalje: Haška konvencija iz 1978.).²⁸ Uslijed malog broja ugovornica utjecaj je ove Konvencije slab te u domeni mjerodavnog prava za bračnoimovinski režim u pogledu pravnih izvora i dalje prednjače nacionalni zakoni.²⁹ U suvremenoj praksi već su dugo zanemareni dvostrani ugovori, međutim u pitanju bračne stečevine godine 2009. dovršen je Nacrt sporazuma između Njemačke i Francuske.³⁰ Ovaj raritet bilateralne unifikacije prava vjerojatno će i ostati jedinstven uslijed recentnih aspiracija EU zakonodavstva, o čemu se govori niže.

Usredotočimo li se na problematiku stranačke autonomije, upravo je Haška konvencija iz 1978. u tom smislu prednjačila u domeni šireg obiteljskog prava. Odredba čl. 3. određuje primarno mjerodavnim pravom za bračnoimovinsko režim pravo koje prije sklapanja braka izaberu bračni drugovi, a oni mogu izabrati između: a) prava države čiji je u vrijeme izbora državljanin jedan od bračnih drugova; b) prava države uobičajenog boravišta bilo kojeg od bračnih drugova u vrijeme izbora; c) prava prve države u kojoj jedan od bračnih drugova stekne uobičajeno boravište nakon sklapanja braka. Izabrano pravo primjenjuje se na cjelokupnu imovinu. Ipak, bračni drugovi mogu neovisno o tomu jesu li načinili izbor prava sukladno prethodnom stavku, za sve ili neke nekretnine, izabrati za mjerodavno pravo države u kojoj su one smještene. Oni mogu odrediti i da će za sve nekretnine koje će naknadno biti stečene biti mjerodavno pravo države njihova smještaja.³¹

Stranačka autonomija široko je zastupljena i u nacionalnim kodifikacijama.³² Komparativna analiza pokazuje da režimi međunarodnog privatnog prava gotovo svih država članica EU-a barem na neki način priznaju i prihvaćaju autonomiju volje u pogledu bračnoimovinskog režima.³³ Otvorenost autonomiji volje stranaka u području, tzv. sekundarnog bračnoimovinskog režima sugerira da bi autonomija

28 Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, stupila je na snagu 1.9.1992. i današnje su joj ugovornice Francuska, Luksemburg i Nizozemska, dostupno na: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=87. Za detalje vidi: A. E. von Overbeck, Explanatory Report on the 1978 Hague Matrimonial Property Regimes Convention, The Hague, 1978.

29 R. Wagner, Konturen eines Gemeinschaftsinstruments zum internationalen Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs der Europäischen Kommission, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht, 2009., str. 279. i dalje.

30 Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la République Française instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts, nacrt dovršen 2009.

31 B. T. Kaul, op. cit., str. 345.

32 Study in Comparative Law in the Rules Governing Conflicts of Jurisdiction and Laws on Matrimonial Property Regimes and the Implementation for Property Issues of the Separation of Unmarried Couples in the Member States, 30 April 2003, ASSER-UCL Consortium, dostupno na http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm, str. 128.

33 Vrlo restriktivno pristupaju Malta, Poljska, Slovačka i Litva, a potpuno isključuje autonomiju samo Grčka. Loc. cit.

bila prihvatljivo rješenje i za međunarodno obilježene situacije. Međutim, na pitanje korespondira li pravo bračnih drugova na izbor ugovornog imovinskog režima koje poznaje nacionalno materijalno pravo s njihovim pravom na izbor mjerodavnog prava, odgovori su vrlo šaroliki. Polariziraju se dvije skupine nacionalnih pristupa: države koje su prihvatile restriktivan pristup time što izbor mjerodavnog prava vežu samo za točno određena prava (prava koja su u očima zakonodavca odraz najbliže veze), naprama državama koje imaju liberalan stav te stranačku autonomiju poznaju kao apsolutno pravo izbora.³⁴ Postoje i drugi pristupi, primjerice u nas prihvaćena izvedena autonomija volje.³⁵

Proizlazi da su nacionalni materijalni režimi fleksibilni i poznaju autonomiju volje u uređivanju imovinskih odnosa bračnih drugova, da postoje pravnoteorijska opravdanja prihvatljivosti i poželjnosti uvođenja autonomije volje u primarni statut bračnoimovinskog režima ujednačene regulative. Brojni argumenti materijalne realnosti potvrđuju prihvatljivost *acquisa* za bračnoimovinski režim³⁶ te je od prvih

34 Austrijski Zakon o međunarodnom privatnom pravu (čl. 19.) primjer je propisa koji dopušta neograničeni izbor mjerodavnog prava s tim da je moguće i cijepanje statuta u odnosu na nekretnine (F. Schwind, *Internationales Privatrecht*, Wien, 1990., str. 123. i dalje); ograničeno pravo izbora mjerodavnog prava poznaje čl. 43 st. 1. belgijskoga Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 30. st. 1. talijanskoga Zakona o međunarodnom privatnom pravu daje mogućnost izbora između prava države čiji je državljanin barem jedan od supružnika te prava države u kojoj barem jedan od njih ima boravište; čl. 15. njemačkoga Uvodnog zakona u Opći građanski zakonik (EGBGB) daje mogućnost izbora između prava državljanstva barem jednog od supružnika, prava uobičajenog boravišta barem jednog od supružnika te *lex rei sitae* za nekretnine; sukladno čl. 52. švicarskoga Zakona o međunarodnom privatnom pravu izabrati se može između prava zajedničkog prebivališta u vrijeme zaključenja braka, budućeg zajedničkog prebivališta nakon zaključenja braka te prava državljanstva jednog od supružnika (G. Carella, op. cit., str. 143.-168.; M. Nedemleinsky, M. Neumayr, *Internationales Familienrecht*, Wien, 2007., str. 69.-70.).

35 Različite varijante izvedene autonomije volje poznaju, primjerice prava Engleske, Francuske, Portugala i Švedske. U biti ona znači da je za ugovorni imovinskobračni režim mjerodavno pravo koje su stranke izabrale samo ako tako predviđa pravo na koje kolizijske norme *lex fori* upućuju u pitanju ugovornog bračnoimovinskog režima, pri čemu se u pravilu dozvoljenost i granice takvog ugovornog bračnog režima određuju sukladno pravu na koje upućuje kolizijska norma za zakonske imovinske odnose bračnih drugova. Temeljem čl. 37. st. 2. Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, NN 53/91 i 88/01, (dalje: ZRSZ) primarna poveznica je autonomija volje, ali će izabrano pravo biti mjerodavno samo ako je ono dozvoljeno po pravu države na koju upućuje objektivna poveznica iz čl. 36. ZRSZ-a. Vidi B. Bordaš, *Porodičnopravni odnosi u međunarodnom privatnom pravu*, Novi Sad, 2001., str. 143.-144.

36 Različita prava država članica prepreka su korištenju tržišne slobode kretanja. Internacionalizacija života i obitelji dovodi do internacionalizacije bračne imovine. Činjenica da međunarodni parovi žive i kreću se po raznim državama dovodi do toga da su bračni drugovi uključeni u prekogranične transakcije. Različita pravila glede upravljanja bračnom imovinom, kao i odgovornosti za dugove tada mogu tvoriti prepreku tržišnim transakcijama na zajedničkom europskom tržištu. Pitanje imovinskih prava bračnih/izvanbračnih drugova pojavljuje se i u slučaju smrti jednog bračnog druga kao prethodno pitanje utvrđivanja ostavine bračnog/izvanbračnog druga. D. Martiny, *Is Unification of Family Law Feasible or Desirable*, u: A. Hartkamp i drugi (ur.), *Towards a European Civil Code*, 1998., str. 165.; R. Farrugia, *The Future EU Regulation Concerning Matrimonial Property Regimes*, u:

inicijativa Komisije³⁷ otvoren prostor za promišljanja o poželjnosti i ograničenjima autonomije u okviru ove kategorije vezivanja.³⁸ Prihvatljivost stranačke autonomije proizlazi iz činjenice da je autonomija ta koja osigurava stabilnost odnosa; to je jedini način da se uvažava opravdana očekivanja parova u međunarodno obilježenim životnim zajednicama; daje se sigurnost i predvidljivost, pravni okvir se individualizira prema okolnostima slučaja koji postiže nužnu fleksibilizaciju; uz pretpostavku da parovi imaju neka znanja o tomu na koji se način režimi bračne imovine razlikuju. Omogućavanje autonomije u izboru mjerodavnog prava daje priliku migrantima za prilagođavanje primjenjivog pravnog režima realnosti njihova obiteljskog života.³⁹

Navedeni argumenti otvorili su prostor zakonodavnim aktivnostima Europske unije te su istovremeno puštena dva zakonodavna prijedloga koja reguliraju imovinski režim: jedan bračnih drugova te drugi registriranih partnera.⁴⁰ Zanimljivo je da autonomiju kao primarnu poveznicu za bračnoimovinsko režim uvodi samo prijedlog Uredbe bračnoimovinskog režima bračnih drugova.⁴¹ U odredbi čl. 16. izbor se mjerodavnog prava kreće između prava trenutnog ili budućeg uobičajena boravišta bračnih drugova, prava države uobičajena boravišta jednoga od njih u vrijeme izbora prava; prava državljanstva jednoga od bračnih drugova u vrijeme izbora prava.

B. Campuzano Díaz, M. Czepelak, A. R. Benot (ur.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011., str. 63.-82., na str. 68.

37 Green Paper on Conflict of Laws in Matters Concerning Matrimonial Property Regimes, Including the Question of Jurisdiction and Mutual Recognition, Brussels, 17.07.2006., Com(2006) 400 Final.

38 K. Siehr, *Connecting Factors. Party Autonomy and Renvoi*, u: A. Malatesta, S. Bariatti, F. Pocar (ur.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, CEDAM, 2008., str. 251.-269., na str. 256; P. Courbe, *L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé*, u: J.-P. Ancel (ur.), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008., str. 703.-716., na str. 707.; B. T. Kaul, *op. cit.*, str. 356.

39 J. Y. Carlier, S. Saroléa, *Migrations and Family Law*, u: J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen (ur.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007., str. 439.-460., na str. 459.

40 Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrsi odluka u predmetima bračnoimovinskih režima, Brussels, 16.3.2011 COM(2011) 126 final, 2011/0059 (CNS) te Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrsi odluka o imovinskim posljedicama registriranih partnerstva, Brussels, 16.3.2011, COM(2011) 127 final, 2011/0060 (CNS). Vidi M. Župan, *Registered Partnership in Cross-border Situations – where (in)visibility to law lies?* u: Bodiřoga – Vukobrat, N., et.al. (ur.): *Unsichtbare Minderheiten / Invisible Minorities*. Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2012. str. 95-117.

41 Komisija argumentira da bi izbor mjerodavnog prava u pitanju registriranih partnerstva uzrokovao nesigurnost budući su modaliteti usvojeni u materijalnim pravima država članica jako različiti te im ne priznaju učinke svi pravni poređci. *Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee and the Committee of the Regions – Bringing Legal Clarity to Property Rights for International Couples*, Brussels, 16.3.2011, COM(2011) 125 final, str. 8.

Doktrina iznosi argumente protiv ograničavanja kolizijskopravne autonomije volje u ovom području: po materijalnom pravu bračnim ugovorom mogu iskrojiti bilo koji režim, dok korespondirajuće međunarodnoprivatnopravne regulative nema. Ukoliko odredba zadržava izbor na pravima s kojima pravni odnos ima stvarnu, objektivnu vezu, parovi zapravo nemaju mogućnost pravog izbora. Primjerice, bračni par engleskoga državljanstva koji nema djece živi u Nizozemskoj. Oni mogu birati između nizozemskoga prava koje predviđa zajedničku imovinu te između engleskoga prava koji predviđa sustav odvojene imovine. Treću opciju, koja bi možda odgovarala njihovim potrebama, poput njemačkoga sustava po kojemu za vrijeme braka svatko upravlja svojom imovinom, ali se kod razvoda imovina objedinjuje i odvaja,⁴² stranke nemaju na raspolaganju. Protuargumenti leže u nedostacima neograničene autonomije volje: a) od autonomije koja bi bila šireg opsega trebalo bi na adekvatan način zaštititi interese trećih; b) izbor religioznog prava neke treće države nečlanice, a koja ne poznaje jednakost bračnih drugova, povreda je javnog poretka – upravo zato neki autori predlažu da se izbor mjerodavnog prava proširi, ali samo na prava država članica EU-a;⁴³ c) neadekvatna zaštita slabije ekonomske strane u tom odnosu – žene i s time povezani tzv. *law shopping*.⁴⁴ Rezimirajmo: ograničenim izborom autonomija se stavlja u kalup, ali razlog tomu opravdan je s aspekta zaštite temeljnih ljudskih prava koja u javnom poretku država podrazumijeva primjerice jednakost muškarca i žene.⁴⁵

Ograničeni izbor mjerodavnog prava, kao način izrade novog *acquisa*, poduprta je i većina država članica, te je rješenje u čl. 3. Haške konvencije iz 1978. poslužilo kao inspiracija.⁴⁶ Prihvatimo li da je ograničeni izbor jedina alternativa, možemo promišljati i o prikladnosti i rasponu poveznica na raspolaganju. U pravilu je riječ o već viđenim poveznicama pa rasprava nije toliko aktualna, izuzev po pitanju izbora prava *budućeg planiranog uobičajenog boravišta*: ženik s uobičajenim boravištem u Münchenu i nevjesta s uobičajenim boravištem u Bratislavi planiraju živjeti u Grazu i predbračnim ugovorom određuju mjerodavnim austrijsko pravo. Prednost je tomu što je u ovakvoj situaciji to doista pravo najbliže veze, a nedostatak leži u mogućoj manipulaciji ovom poveznicom zbog čega se valjanost takvog izbora mora uvjetovati time da oni doista tamo i uspostave svoje uobičajeno boravište. Ipak se

42 K. Kroll, *Unification of Conflict of Laws in Europe – Matrimonial Property Regimes*, u: K. Boele-Woelki, T. Sverdrup (ur.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Antwerp, 2008., str. 392.

43 G.-R. De Groot, *Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, sv. 9, 2001., str. 618.-627., na str. 624.

44 D. Martiny, *Objectives and Values of (Private) International Law in Family Law*, op. cit., str. 93.

45 J. Y. Carlier, S. Saroléa, op. cit., str. 459.

46 K. Boele Woelki, *Property Relations of International Couples in Europe: the interaction between unifying and harmonizing instruments*, u: H. Kronke, K. Thorn (ur.), *Grenzen überinden: Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2011., str. 63ff; I. Viarengo, *The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes*, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011., str. 210.; *Study in Comparative Law*, op. cit., str. 164.

moгу javiti određeni praktični problemi u pogledu dokaza – kako uvjeriti javnog bilježnika ili drugo nadležno tijelo da postoji potreba i interes da se brak koji se sklapa u Francuskoj u pogledu imovinskih učinaka treba prosuđivati po stranom pravnom režimu? Nadalje, pravo države u kojoj će netko od budućih supružnika imati svoje uobičajeno boravište rijetko se izabire iz straha da će izbor biti nevaljan te javni bilježnik ne može potvrditi realnost takvog izbora.⁴⁷

Daljnje je pitanje treba li strankama dozvoliti izbor više od jednog mjerodavnog prava? Komparativno pravo ukazuje da načelno postoji jedinstvo, ali iznimke su predviđene u čl. 3. st. 2. Haške konvencije iz 1978., čl. 19. austrijskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu te čl. 15. st. 2. toč. 2. i 3. njemačkog Uvodnog zakona u Opći građanski zakonik (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB*)⁴⁸ koje dozvoljavaju cijepanje statuta u pitanju nekretnina. Dakle, za nekretnine smještene u drugim državama stranke mogu ugovoriti primjenu prava države u kojoj je nekretnina smještena (*lex rei sitae*). Budući da je znatan broj europskih obitelji vlasnikom imovine smještene izvan države u kojoj žive i čiji su državljani, ovakvo rješenje može se pozdraviti zbog praktičnih razloga – sprječava se sukob koji može nastati zbog primjene prisilnih propisa *lex situs* te se olakšavaju transakcije vezane uz prava na nekretninama.⁴⁹ Cijepanje statuta ima i nepovoljne učinke te negira očite prednosti jedinstvenog statuta: načelo predvidljivosti i pravne sigurnosti govori u prilog jedinstva mjerodavnog prava koje usvajaju mnogi pravni sustavi. U konačnici je Prijedlogom Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrsi odluka u predmetima bračnoimovinskih režima predviđena jedinstvena shema bračnoimovinskog režima. Argumentira se da bi primjena *lex situs* u pogledu nekretnina dovela do cijepanja statuta i teškoća u diobi bračne stečevine. Neovisno o tomu primjenjuje li se subjektivna ili objektivna poveznica, ona rješava cjelokupnu bračnu stečevinu ma gdje ona bila smještena.⁵⁰

Preostaje nekoliko neizostavnih pitanja: treba li strankama dopustiti mijenjanje svoga izbora? Ako da, treba li to dopustiti u bilo kojem trenutku *pro futuro* ili samo do određenog trenutka? Treba li promjena u izboru mjerodavnog prava imati retroaktivni učinak? Argumentira se da, ako bračni drugovi mogu mijenjati bračnoimovinski režim, onda mogu mijenjati i izbor mjerodavnog prava. Iako se u vrijeme izrade prethodno navedenog Prijedloga Uredbe brojio niz protivnika promjeni izbora prava,⁵¹ na delikatno je pitanje Prijedlog Uredbe ponudio hrabro rješenje: bračni drugovi u bilo koje vrijeme mogu promijeniti svoj izbor, ali tada smanjen je krug potencijalnih prava (čl. 16.a je izbačen) te je izbor vremenski fiksiran uz vrijeme novoga izbora. U pravilu će izmjena mjerodavnog prava vrijediti

47 M. Revillard, Premier bilan de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, u: A. Borrás i drugi (ur.), *E Pluribus Unum*, Liber Amicorum G. A. L. Droz, Hague/Boston/London, 1996., str. 369.-389., na str. 373.

48 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), In der Fassung der Bekanntmachung vom 21.09.1994 (BGBl. I S. 2494, ber. 1997 I S. 1061).

49 K. Kroll, op. cit., str. 384.

50 Čl. 15. i str. 7.-8. Prijedloga Uredbe.

51 Study in Comparative Law, op. cit., str. 163.

pro futuro, osim ako bračni drugovi ne odrede retroaktivnu primjenu novoizabranog prava. U tomu slučaju novi izbor ne utječe na prava trećih ili valjanost pravnih poslova poduzetih po prethodno izabranom pravu.

Posljednje važno pitanje odnosi se na pravo mjerodavno za materijalnu i formalnu valjanost sporazuma o izboru mjerodavnog prava. U pogledu materijalne valjanosti izbora (dozvoljenost sporazuma i ograničenja) prevladava stajalište da ta pitanja uređuje *lex causae*, kako propisuje i Haška konvencija iz 1978. U pogledu sposobnosti za sklapanje bračnog ugovora u nacionalnim pravima primjenjuje se personalni statut, iako je u čl. 10. Haške konvencije iz 1978. bilo predviđeno da zahtjeve koji se odnose na pristanak bračnih drugova na izbor mjerodavnog prava treba prosuđivati po izabranom pravu.

U pogledu formalne valjanosti komparativno pravo bilježi različita rješenja. Haška konvencija iz 1978. propisala je u čl. 11. da izbor mjerodavnog prava mora biti učinjen izričito ili konkludentno proizlaziti iz odredbi bračnog ugovora. Glede oblika bračnog ugovora ista Konvencija odredbom čl. 12. određuje da će on formalno biti valjan ako je valjan po pravu mjerodavnom za imovinsko bračni režim (*lex causae*) ili po pravu države u kojoj je sklopljen (*lex loci actus*). U svakom slučaju bračni ugovor mora biti u pisanom obliku, datiran i s potpisima oba bračna druga. Prethodno citirani Prijedlog Uredbe prati trendove stroge formalnosti u izboru mjerodavnog prava, a propisivanje stroge forme usmjereno je zaštititi slabije strane, pretežito žena.⁵² Izbor mjerodavnog prava bit će materijalnopravno valjan ako je učinjen na način kako u pogledu bračnog ugovora propisuje ili pravo države čije je pravo izabrano ili pravo države u kojoj je izbor prava načinjen. Neovisno o prethodnoj odredbi, izbor može biti isključivo u dokumentu koji je datiran i kojega su potpisale obje stranke. Štoviše, ukoliko pravo države članice u kojoj bračni drugovi imaju zajedničko uobičajeno boravište propisuje dodatne formalne pretpostavke za bračni ugovor, te se pretpostavke moraju ispuniti.⁵³ Za formalnu valjanost bračnog ugovora primjenjuju se ista prava koja vrijede za njegovu materijalnu valjanost (čl. 20.). Po prvi puta u obiteljskopravnoj regulativi javljaju se i međunarodno prisilni propisi, te je sukladno čl. 22. Prijedloga Uredbe prednost pred odredbama Uredbe dana međunarodno prisilnim pravilima države članice. Tom odredbom definira se da su to odredbe ključne za zaštitu javnog interesa, političkog, društvenog ili gospodarskog ustroja. Država foruma nadalje svoj pravni poredak može zaštititi klauzulom javnog poretka, ukoliko bi primjena stranog prava bila očigledno nespojiva s javnim poretkom države suda.

Inicijative unifikaciji postoje i u pitanju materijalnog prava. Komisija za europsko obiteljsko pravo (Commission on European Family Law – CEFL) dovršava skup pravila o imovinskim odnosima bračnih drugova koji će biti

52 Čl. 19.-20. i str. 9. Prijedloga Uredbe. Vidi i R. Farrugia, op. cit., str. 74.

53 Vidi čl. 19. Prijedloga Uredbe. Možemo navesti primjer strogoga njemačkog zakonodavstva koje traži javnobilježničku ovjeru bračnog ugovora, ako je sklopljen u inozemstvu mora biti u formi lokalnog prava ili alternativno prava kojeg bračni drugovi dogovore. K. Kroll, op. cit., str. 385.

predstavljen javnosti godine 2013.⁵⁴ Ovako ambiciozan poduhvat moguć je unatoč kulturnim i povijesno-pravnim razlikama jer se među državama Europe povećava krug zajedničkih vrijednosti. Istovremeno se nameće vrlo praktični razlog pravne sigurnosti u suvremenim migracijskim tijekovima. Predlaže se uvođenje „europskog sustava bračne stečevine“ kojega bi sve države članice EU-a priznale uz svoje nacionalne režime.⁵⁵ Postoje naznake da bi ovaj skup bračnoimovinskih pravila bio podoban za prekogranične predmete, što bi značilo da stranke mogu izabrati ovaj skup pravila i njima regulirati svoje odnose.⁵⁶

3. STRANAČKA AUTONOMIJA U STVARIMA UZDRŽAVANJA

U nacionalnoj i ujednačenoj regulativi prekograničnih obveza uzdržavanja stranačka je autonomija sve do nedavno bila tek neznatno zastupljena.⁵⁷ Unatoč tomu, zanimljivo je da su od sredine prošloga desetljeća paralelno bila u izradi dva instrumenta ujednačavanja kolizijskog prava – Haška konvencija i Uredba EZ-a, te su u pogledu stranačke autonomije već od prvih nacрта oba predviđala ograničenu stranačku autonomiju kao primarno mjerodavno pravo.

Vrlo slično bračnoimovinskoj problematici, i kod obveza uzdržavanja, problematika stranačke autonomije može se podijeliti na dva područja. Prvo se odnosi na pitanje sporazuma o uzdržavanju sklopljenih među strankama sukladno nacionalnim pravnim poredcima (materijalnopravna autonomija) a drugo je pitanje stranačke autonomije u međunarodnoprivотноj perspektivi – mogu li stranke izabrati pravo mjerodavno za reguliranje svojih obveza uzdržavanja (kolizijskoppravna autonomija)? Ova se dva problema mogu i blisko susretati, ako je u sporazumu o uzdržavanju sadržana i klauzula o izboru mjerodavnog prava.⁵⁸

U pogledu obveza uzdržavanja znakovit je trend materijalnopravnih sustava koji sve više utječu na subjekte obiteljskopravnih odnosa da sami razmisle o svojim potrebama i uredе sporazumno svoje obiteljske odnose. U tom kontekstu

54 Izrada načela temelji se na sveobuhvatnom nacionalnom upitniku objavljenom u: K. Boele-Woelki, C. Braat, I. Curry-Sumner (ur.), *European Family Law in Action – VI. Property Relations Between Spouses*, Intersentia, 2009. Vidi <http://ceflonline.net/principles/>.

55 O tomu se odavno piše u doktrini: A. Agell, *Towards Uniforming Spouses' Property Rights, especially in International Marriages?*, u: Council of Europe (ur.), *Proceedings of the 3rd European Conference on Family Law, Strasbourg, 1995.*, str. 63.-80.; A. Verbeke, op. cit., str. 199.

56 K. Boele Woelki, *Unifying and Harmonizing Substantive Law*, *Recueil des cours*, sv. 340, 2010., str. 420. D. Martiny, *Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?*, op. cit., str. 444.

57 F. Rigaux, M. Fallon, M., *Droit international privé*, 3. izd., Larcier, Bruxelles, 2005., str. 192., bilj. 12.

58 W. Duncan, *Maintenance obligations. Note on the desirability of revising the Hague Conventions on Maintenance Obligations and including in a new instrument rules on judicial and administrative co-operation*, Preliminary Document No 2 of January 1999 for the attention of the Special Commission of April 1999, Permanent Bureau of the Conference, The Hague, dostupno na: <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd2.pdf>, 1999., bilj. 37.

materijalnopравни sustavi dopuštaju strankama sklapanje sporazuma o uzdržavanju kojima oni uređuju međusobne obveze. U nas postoji praksa da suci takve sporazume jednostavno priznaju i osnaže u vidu presude, bez propitivanja jesu li ga stranke mogle zaključiti ili koje je pravo mjerodavno za taj sporazum, odnosno za utvrđenu obvezu uzdržavanja.⁵⁹ Problematika se u kontekstu međunarodno obilježenih predmeta javila kroz dvojbenu polje primjene Konvencije o pravu mjerodavnom za obveze uzdržavanja (dalje: Haška konvencija iz 1973.).⁶⁰ Odnosi li se ona samo na obvezu uzdržavanja *ex lege* ili i na onu *ex negotii*? Budući da u okviru Haške konferencije o tomu nije postignut kompromis, uz Hašku konvenciju iz 1973. veže se tek intenciozna šutnja.⁶¹ Naime, izričajem Konvencije nije određeno odnosi li se ona na sporazumno utvrđene obveze uzdržavanja, već je prepušteno sucu odlučiti hoće li primijeniti odredbe Haške konvencije ili nacionalna kolizijska pravila.⁶² U ovom se kontekstu jasno ističe jedno daljnje pitanje: ako sudac ocijeni da sporazum o uzdržavanju izlazi iz polja primjene Haške konvencije iz 1973., koje će kolizijsko pravilo nacionalnog prava primijeniti – ono koje regulira ugovorne odnose ili ono koje uređuje obvezu uzdržavanja? Literatura, poglavito ona starija,⁶³ ali i sudska praksa⁶⁴ jasno zagovaraju stajalište da su sporazumi o uzdržavanju ugovorne prirode. Doktrina danas nudi prihvatljiviji kriterij kvalifikacije: ako se sporazum o uzdržavanju temelji na pravnom odnosu koji obvezuje dužnika na plaćanje uzdržavanja ili se ta obveza sporazumom samo specificira, valja je podvesti pod kolizijsko pravilo za obveze uzdržavanja.⁶⁵ Naprotiv, ako je sporazum o uzdržavanju

59 Potvrdu tomu nalazimo i u sudskoj praksi naših sudova. Hrvatski sud je uvažio postojanje sporazuma o uzdržavanju zaključenom između roditelja djeteta u SAD-u, te je presudom dosudio uzdržavanje djetetu u dolarskom iznosu utvrđenom u sporazumu. Niti jedno moguće pitanje međunarodno privatnopravnog karaktera sud nije postavio. M. Župan, Ostvarivanje uzdržavanja djece u međunarodnom privatnom pravu EU, (Doktorska disertacija), Rijeka, 2009., str. 155.

60 Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations; Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations. Actes et documents de la Douzième session (1972), Tome IV, Obligations alimentaires. Recueil des Conventions de la Haye 1951-1980, La Haye, str. 218ff.

61 M. Verwilghen, Explanatory Report on the 1973 Hague Maintenance Conventions, Acts and Documents of the Twelfth Session (1972), sv. IV.- Maintenance obligations, 1975., bilj. 120.

62 M. Verwilghen, op. cit., str. 433.; F. Herzfelder, Les obligations alimentaires en droit international privé. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973, Paris, 1985., bilj. 104.; K. Sajko, Najnoviji rad Haške Konferencije za međunarodno privatno pravo na ujednačavanju mjerodavnog prava za obveze uzdržavanja, Prinosi za poredbeno proučavanje prava međunarodno privatno pravo, br. 6, Zagreb, 1973., str. 85.-92., na str. 86.

63 P. Foyer, M. Simon-Depitre, L'obligation alimentaire, u: Institut de recherches juridiques comparative (ur.), L'obligation alimentaire en droit international privé, sv. II., Paris, 1987., str. 281.; A. J. C. Caravaca, S. Gonzales Ruiz, Derecho de familia internacional, Granada, 2005., str. 248., bilj. 24.1.

64 Presuda austrijskog Vrhovnog suda OGH, 18.3.1989., Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1991., str. 126.

65 E. Jayme, Wandel des Unterhaltsbegriffs und Staatsverträge im Internationalen Privatrecht, u: W. Stoffel, P. Volken (ur.), Conflits et harmonisation – Kollision und Vereinheitlichung

proizašao iz delikta ili darovanja, valja koristiti kolizijsko pravilo za ugovorne odnose, odnosno deliktne odnose.⁶⁶ Sva daljnja pitanja, primjerice dopuštenosti sklapanja sporazuma o uzdržavanju ili potrebe ovjera određenog javnog tijela kao formalne pretpostavke valjanosti sporazuma, valja prosuđivati po pravu na koje uputi odgovarajuće kolizijsko pravilo.⁶⁷

Drugo se pitanje, sada kolizijskopravne autonomije, također javilo u vezi s Haškom konvencijom iz 1973. Iako odredbe ove Haške konvencije u svojem izričaju ne dozvoljavaju strankama izbor mjerodavnog prava, odmak od slova Konvencije davno je načinila švicarska sudska praksa. Naime, u predmetu *W.P.P. vs. W*⁶⁸ malodobno izvanbračno dijete zastupao je austrijski ured za mladež, koji je pred švicarskim sudom u Zürichu pokrenuo postupak protiv pretpostavljenoga djetetova oca. Otac je priznao očinstvo djeteta, te je sporazumno utvrđen iznos za uzdržavanje majke i djeteta. Iako se dijete u to vrijeme nalazilo u Austriji, a i Švicarska i Austrija su bile ugovornice Haške konvencije iz 1956., podvrgavanje sporazuma švicarskom pravu ocijenjeno je dopuštenim. Recentniji je predmet nizozemskog suda uzdrmao zasade Haške konvencije iz 1973. vezane uz primjenu stranačke autonomije.⁶⁹ Supružnici iranskog državljanstva (suprug je imao i nizozemsko državljanstvo) živjeli su u Nizozemskoj od 1984. Godine 1992. pokrenuli su pred nizozemskim sudom postupak razvoda braka, gdje je za isti primijenjeno iransko pravo kao pravo

– Conflicts and Harmonization: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, Fribourg, 1990., str. 542.; D. Martiny, Maintenance Obligations in the Conflict of Laws. Recueil des Cours 1994./247. III. (131-289) str. 221.; Ch. von Bar, Internationales Privatrecht, sv. II, Munich, 1991. bilj. 296.; P. De Cesari, Alimenti, u: M. Sesta, Codice della famiglia. Le fonti del diritto italiano, sv. II., Giuffrè, Milano, 2007., str. 3880.; A. J. C. Caravaca, S. Gonzales Ruiz, op. cit., str. 248., bilj. 24.2.

- 66 Takvu primjenu davno je potvrdila sudska praksa: SAT Cataluna, Civil, 14. octubre 1977. navedeno prema A. J. C. Caravaca, S. Gonzales Ruiz, op. cit., str. 249., bilj. 24.3. U tom smislu tumače se i odredbe Briselske konvencije o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, iz 1968. godine (OJ L 299/31, 31.12.1972., OJ C 27/1, 26.1.1998. – pročišćeni tekst), koja se primjenjivala među državama članicama prije stupanja na snagu Uredbe Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (OJ L 12/1, 16.1.2001., pročišćeni tekst od 14.03.2012. dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CO NSLEG:2001R0044:20120314:EN:PDF>). Vidi P. Schlosser Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and enforcement in civil and commercial matters and to the protocole on its interpretation by the European Court of Justice, OJ C59/71, 1979., str. 111, bilj. 96.
- 67 D. Heinrich, Internationales Familienrecht, Frankfurt a. M., 2000., str. 175.
- 68 Obergericht Zurich, 15.04.1975., BIZR 75 (1975) No 13, 23, Annuaire suisse de droit international, 1977., str. 326-333.
- 69 Hoge Raad, 21.02.1997., NIP, 1997. No. 70. Kometar u M. Sumampouw, Article 8 Hague Maintenance Convention 1973 Set Aside in Favour of Party Autonomy: One Step too Far Supreme Court (*Hoge Road*), 21 February 1997., NILR sv. 45, 1998., str. 115.-128.; A. E. von Overbeck, Obligations "alimentaires" entre époux après divorce: autonomie ou rattachement objectif?, u: Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000., str. 839.-854.

njihovog zajedničkog državljanstva. Tijekom postupka stranke su se pred sućem sporazumjele da se na pitanje uzdržavanja supruge primijeni nizozemsko pravo. Ipak, na tu je presudu suprug izjavio žalbu tvrdeći da je sukladno čl. 8. Haške konvencije iz 1973. na pitanje uzdržavanja trebalo biti primijenjeno isto pravo kao i za razvod braka. Vrhovni je sud izrekao da sukladno tradiciji i tumačenju Konvencije njihova sporazumno izražena volja o izboru nizozemskog prava nije suprotna toj Konvenciji, poglavito stoga jer je izbor učinjen u korist prava njihovog zajedničkog uobičajenog boravišta, a koje je ujedno i *lex fori*. Kako sudska praksa drugih država ugovornica ove Haške konvencije nije svjedočila ovakvim primjerima,⁷⁰ u doktrini je presuda nizozemskog suda polučila kritike.⁷¹ Istovremeno, ova je presuda jasnije otvorila neka pitanja vezana uz tumačenje međunarodnih ugovora te brojna pitanja iz domene stranačke autonomije na koje presudom nije ponuđen odgovor.⁷² Ova presuda Hoge Raada smatra se i najizravnijim povodom snažnom uključivanju stranačke autonomije u nove instrumente o uzdržavanju. Tradicionalno su norme vezane uz obiteljsko pravo bile imperativnog karaktera, pa mogućnost stranaka na disponiranje svojim pravima i obvezama nije bilo prihvaćeno čak niti u međunarodno obilježenim situacijama. U tom kontekstu, stranačka autonomija tradicionalno nije bila vezana uz obiteljskopravne odnose te se sve donedavno niti uzdržavanje ne spominje u vezi s mogućnošću izbora mjerodavnog prava.⁷³ Iako se ovdje upleću i interesi države (uzdržavanje kao dio socijalne politike), ali i trećih osoba, danas je sve više protivnika potpune uskrate stranačke autonomije.⁷⁴ Štoviše, kako akademska zajednica bilježi sve više pobornika ograničene stranačke autonomije općenito za područje obiteljskog međunarodnog privatnog prava, tako je i glede pitanja uzdržavanja.⁷⁵ Upravo se korištenjem autonomije volje u vrijeme pojačane mobilnosti stranke mogu pouzdati da njihova prava i obveze neće biti podložna

70 Striktnu primjenu odredbi Konvencije na slično je činjenično stanje načinio njemački sud. OLG Karlsruhe, 24.8.1989., *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht*, 1990., str. 313.-314.

71 Sumampouw, op. cit., str. 115.-128.; K. Boele-Woelki, *Artikel 8 Haager Onderhoudsovereenkomst steht einer Rechtswahl wird entgegen*, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998., str. 492.

72 Dvojbena je: a) pravilna primjena čl. 31. i 32. Bečke konvencije o tumačenju međunarodnih ugovora; b) u kojemu smjeru je ograničena stranačka autonomija – postoji li uvjet koneksiteta izabranog prava? Mogu li stranke izbjeći primjenu prisilnih propisa *lex causae*? Koje je pravo mjerodavno za formalnu valjanost sporazuma o izboru prava? Mora li izbor biti izričit ili može biti i prešutan? *Prel. doc. no. 2, 1999. par. 34-36.*

73 A. E. von Overbeck, *L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé*, u: *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Brussels, 1993., str. 619. i dalje.

74 J. Y. Carlier, S. Saroléa, op. cit., str. 459.; L. Palsson, op. cit., str. 399.-402.; A. Bucher, *La famille en droit international privé*, *Recueil de cours*, sv. 283, 2000., str. 76.

75 R. Wagner, *Ein neues unterhaltsrechtliches Übereinkommen aus Den Haag*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht*, 2005., str. 417-418; Looschelders, Boos, S., *Das grenzüberschreitende Unterhaltsrecht in der internationalen und europäischen Entwicklung*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht*, 2006., str. 376. i dalje.

različitim pravnim režimima svaki put kada dođe do promjene okolnosti na kojima se temelje objektivne poveznice.⁷⁶ Ograničenje se stranačke autonomije uobičajeno odnosi na izbor onih prava koja su s predmetom ili strankama u objektivno bliskoj vezi, pa se faktor ograničenja ovdje treba smatrati izrazom načela najbliže veze.⁷⁷

Ograničena stranačka autonomija značajna je novina i u novousvojenom sustavu međunarodnog uzdržavanja.⁷⁸ Zastupljena je u Protokolu o pravu mjerodavnom za obveze uzdržavanja iz 2007. (dalje: Haški protokol iz 2007.) donesenom uz Konvenciju o međunarodnoj naplati potpore za djecu i drugih oblika obveza uzdržavanja (dalje: Haška konvencija iz 2007.),⁷⁹ uz napomenu da je sukladno čl. 15. Uredbe Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrši odluka i suradnji u predmetima u vezi s obvezama uzdržavanja Protokol integiran u sustav *acquisa*.⁸⁰ Stranačka autonomija je u Haškom protokolu iz 2007. postavljena u dva smjera, sa zasebnim pretpostavkama i formom. U prvom slučaju, čl. 7. Haškog protokola iz 2007. predviđa da stranke u postupku koji je započeo ili će započeti u određenoj državi izaberu polazno pravo. Učinak se ovog izbora veže samo uz taj postupak, pa ako on ne bi u konačnici bio pokrenut ili bude obustavljen, izbor gubi pravni učinak. Čak i ako bi se pred tim forumom naknadno pokrenuo postupak za izmjenu odluke o uzdržavanju, izbor prava sukladno čl. 7. u vezi s nekim prijašnjim postupkom ne obvezuje i mjerodavno se pravo određuje temeljem objektivnih poveznica. Namjera je ovog pravila da stranke, poznavajući forum, steknu informacije glede materijalnog režima i njegove povoljnosti za njihov zahtjev, pa uvažavajući elemente ekonomičnosti i jednostavnosti izaberu za mjerodavno polazno pravo.⁸¹

76 M. Hellner, *The Maintenance Regulation: A Critical Assessment of the Commission's Proposal*, u: K. Boele- Woelki, T. Swedrup (ur.) *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp, 2008., str. 354.

77 M. Župan, *Poveznica državljanstva i fleksibilizacija međunarodnog privatnog prava*, u: G. Knežević, V. Pavić, (ur.), *Državljanstvo i međunarodno privatno pravo/Haške konvencije*, Beograd, 2007., str. 136.

78 E. Jayme, C. F. Nordmeier, *Neue Wege im Internationalen Unterhaltsrecht: Parteiautonomie und Privatisierung des ordre public, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010., str. 377.; J. Hirsch, *Das neue Haager Unterhaltsübereinkommen und das Haager Protokoll über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht*, u: D. Coester-Waltjen, V. Lipp, E. Schumann, B. Veit, (ur.), *Europäisches Unterhaltsrecht*, Universitätsverlag Göttingen, 2010., str. 34.

79 Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations; Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (<http://www.hcch.net>).

80 OJ L 7/1, 10.1.2009.

81 M. Andrae, *Haager Protokoll von 23. November 2007 über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht*, u: T. Rauscher (ur.), *Europäisches Zivilprozeß- und Kollisionsrecht: Kommentar: Brußel IIa-VO, EG-UnterhaltsVO*, sv. 2., Sellier, München, 2010.-2011., str. 924.; U. P. Gruber, *Das Haager Protokoll zum internationalen Unterhaltsrecht*, u: B. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible, H. Sippel, U. Wanitzek (ur.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Sellier, München, 2010., str. 177.-195., str. 189.

Ukoliko one ne znaju koje će tijelo voditi postupak, ta se intencija gubi, pa je stoga izbor *pro futuro* bez učinka.⁸²

Drugi oblik ograničene stranačke autonomije za obvezu uzdržavanja predviđen odredbom čl. 8. Haškog protokola iz 2007. bitno nalikuje na pravi *lex autonomiae* nekada svojstven tek ugovornom statutu. Zaštita slabije strane uvjetovala je ograničavanje primjene ove odredbe te isključivanje primjene na malodobnu djecu.⁸³ Ipak, čl. 8. može biti primijenjen kada dijete starije od 18 godina potražuje uzdržavanje, dok naprotiv izbor foruma sukladno čl. 7. može biti učinjen i kada su u pitanju djeca ili poslovno nesposobne osobe. U čl. 8. riječ je o „pravom“ izboru mjerodavnog prava, koji u ovom slučaju nije vezan uz određeni postupak koji je u tijeku ili će biti pokrenut. Učinci toga izbora traju sve do trenutka u kojemu bi se stranke suglasile drugačije. Izborom mjerodavnog prava postiže se pravna sigurnost jer stranke unaprijed znaju koje je pravo mjerodavno, neovisno o tomu pred kojim se forumom vodi postupak. Neke od teškoća koje nastaju primjenom objektivnih poveznica promjenjiva karaktera, primjerice *conflict mobile*, na ovaj su način anulirane.⁸⁴

Ograničenost je *lex autonomiae* u odredbi čl. 8. Haškog protokola iz 2007. višestruka. Odredba čl. 8. st. 1. sužava izbor na nekoliko prava,⁸⁵ pa se ovo pravilo može smatrati izrazom načela koneksiteta, jer ponuđene opcije služe da bi se izbjegao izbor prava koje ni na koji način nije vezano uz predmet.⁸⁶ Prve dvije stavke raspona prava na koje se ograničeni izbor odnosi nisu bile dvojbene: kod prava državljanstva jedne od stranaka teškoću je predstavljalo pitanje dvojnoga ili višestrukog državljanstva. Haški protokol iz 2007. ne definira koje će to pravo biti te se tumači da to može biti pravo bilo kojega od državljanstava koja osoba ima.⁸⁷ Ovo će rješenje zavisti o opredjeljenju nacionalnih zakonodavaca za efektivno državljanstvo ili isključivost u pogledu domaćih državljana.⁸⁸ Druga je opcija izbora

82 A. Bonomi, Preliminary Draft Protocol on the Law Applicable to Maintenance obligations - Explanatory Report, Doc. préI. No 33, 2007., str. 16., bilj. 62., 63., 64., 65. i 67.; J. Hirsch, op. cit., str. 35.; M. Andrae, op. cit., str. 929.

83 Vidi čl. 8. st. 3. Haške konvencije iz 1973.; M. Andrae, op. cit., str. 931.; G. Rühl, Giesela Ruhl, Choice of Law by the Parties in European Private International Law. MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW, J. Basedow, K. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier, (ur.), Oxford University Press, 2012. Dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1989512

84 A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 17., bilj. 70.

85 Čl. 8. st. 1. "Vjerovnik i dužnik uzdržavanja u bilo koje vrijeme mogu odrediti jedno od sljedećih prava mjerodavnim za obvezu uzdržavanja – a) pravo bilo koje države čiji je državljanin jedna od stranaka u vrijeme izbora; b) pravo države uobičajena boravišta bilo koje stranke u vrijeme izbora; c) pravo koje odrede mjerodavnim ili pravo koje se zapravo primjenjuje na njihov imovinski režim; d) pravo koje odrede mjerodavnim ili pravo koje se zapravo primjenjuje na njihov razvod ili rastavu." (op. prijevod autorice).

86 M. Andrae, op. cit., str. 933.

87 A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 31., bilj. 131.

88 S. De Vido, Relevance of Double Nationality to Conflict of Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2012., Vol. 4, No. 1, str. 226.

prava države uobičajena boravišta bilo koje stranke u vrijeme izbora. Naprotiv, daljnji pravni sustavi dani na izbor bili su kod izrade Haškog protokola iz 2007. predmetom brojnih rasprava, te se i danas raspravlja o njihovim posljedicama. Čl. 8. dozvoljava strankama izbor istog mjerodavnog prava za razvod/bračnoimovinska pitanja te za uzdržavanje, no ne i vezivanje izbora prava za uzdržavanje uz pravo mjerodavno za razvod/bračnu imovinu jer bi to značilo da je izbor prava mjerodavnog za uzdržavanje učinjen slijepo. Opcije u čl. 8. st. 1. toč. c) i d) govore o izboru prava po kojem se prosuđuje imovinski režim između supružnika te razvod i rastava, te potom pravo koje se *doista primjenjuje* na ta pitanja. O prednostima i nedostacima otvoreno piše i Bonomi u Izvješću o nacrtu Protokola o pravu mjerodavnom za obveze uzdržavanja.⁸⁹ Nedostaci su ovog rješenja u tomu što se nepotrebno stvara vrlo složen sustav i široka mogućnost izbora prava. Opcije predviđene pod toč. c) i d) ovise o nacionalnim kolizijskim pravilima mjerodavnima za odnosna pitanja pa se time narušava jedinstvenost unificiranoga instrumenta. Ukoliko stranke iskoriste ovu opciju i vežu izbor prava mjerodavnog za uzdržavanje uz pravo izabrano za imovinski režim ili pak razvod, stranke su zapravo valjanost izbora u odnosu na uzdržavanje učinile ovisnim o valjanosti izbora u odnosu na ova druga pitanja. Drugim riječima, kako pravo mjerodavno za imovinu, odnosno sam razvod nije regulirano Haškim protokolom iz 2007., ono ovisi o odredbama međunarodnog privatnog prava države foruma. A ukoliko kolizijskim pravilima foruma nije predviđena mogućnost izbora mjerodavnog prava takva nevaljanost toga izbora povlači za sobom i nevaljanost izbora mjerodavnog prava za uzdržavanje. Problem poglavito nastaje kod vezanja za izbor prava mjerodavnog za pitanje razvoda budući da za to pitanje mali broj država dopušta autonomiju volje, pa će izbor valjan u nekoj državi češće biti nevaljan po pravilima nekog drugog foruma. Ova tvrdnja gubi na značaju nakon stupanja na snagu Uredbe Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi unaprijedene suradnje u području prava mjerodavnog za razvod i rastavu braka (dalje: Uredba br. 1259/2010 o razvodu braka),⁹⁰ jer se barem u odnosu na države članice koje sudjeluju u unaprijedenoj suradnji primjenjuju unificirana pravila te je na tako stvoren koherentan sustav.

Glede vezanja prava mjerodavnog za uzdržavanje uz pravo izabrano za bračnoimovinski režim, treba se osvrnuti na prethodno poglavlje. Znakovito je da Haška konvencija iz 1978. dozvoljava izbor prava u rasponu nepoznatom Haškom protokolu iz 2007. (npr. pravo prebivališta, pravo smještaja nekretnine (čl. 3. st. 4. i čl. 6. st. 4. Konvencije), a odredba čl. 8. st. 1. toč. c) zapravo je proširila predviđeni raspon prava koje stranke mogu izabrati prema Haškom protokolu iz 2007. Ukoliko izbor u odnosu na imovinski režim nije valjan po pravilima foruma smatra se ništavim, a ta se ništavost dalje proteže i na izbor u odnosu na uzdržavanje.

Nadalje, Haški protokol iz 2007. omogućava izbor prava koje se doista i primjenjuje na bračnoimovinsko pitanja. Ovdje se misli na situaciju u kojoj je nadležni sud foruma već utvrdio pravo mjerodavno za imovinski režim, kada

⁸⁹ A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 31.-32.

⁹⁰ OJ L 343/10, 29.12.2010.

bračni drugovi mogu autonomiju usmjeriti k izboru istoga prava i za prosuđivanje pitanja uzdržavanja. Nadalje, ukoliko je sukladno svojim kolizijskim pravilima sud primijenio pravila foruma za pitanje imovine tada stranački izbor toga prava i dalje ostaje u okvirima čl. 8. te to nije izbor učinjen u okviru čl. 7. koji bi bio valjan samo u tom postupku. Štoviše, ukoliko se o imovini pravomoćno odlučilo u jednom postupku, a zasebno se kasnije vodi postupak za uzdržavanje, stranke mogu iskoristiti ovu opciju i izabrati pravo koje je doista bilo primijenjeno na imovinska pitanja – dakle, opcija nije otvorena samo dok traje postupak o imovinskim pitanjima. Na ovaj se način širi raspon prava koje je moguće izabrati, a ujedno je jedan pravni poredak mjerodavan za sva pitanja. Analogno pravilo Haški protokol iz 2007. predviđa i u pogledu određivanja primjene prava izabranog za razvod te prava koje se doista i primjenjuje na razvod. Ovdje se *mutatis mutandis* primjenjuje sve prethodno rečeno u odnosu na vezivanje izbora za bračnoimovinski režim.

Prednosti su ovakvog rješenja Haškog protokola iz 2007. u tomu da je jedno pravo mjerodavno za sva pitanja koja raspravljaju se u postupku, na sva pitanja tada odgovor tražimo u istom pravnom poretku koje je sustavan skup pravnih pravila. To je važno jer su statusna pitanja razvoda, bračne imovine i uzdržavanja u većini nacionalnih sustava povezana – određivanje imovinskih posljedica braka u nekim sustavima uvjet je da se dopusti razvod, poglavito sporazumni razvod braka. Štoviše, u nekim je sustavima razgraničenje uzdržavanja od imovinskih pitanja nejasno ili nemoguće, pa je ovo rješenje bonus.⁹¹

Ograničenost izbora mjerodavnog prava u okviru Haškog protokola iz 2007. dalje je evidentna kroz izričaj odredbi čl. 8. st. 4. i čl. 8. st. 5. Izabrano pravo ne utječe na sve aspekte obveze uzdržavanja: za pitanje dopuštenosti odricanja od prava na uzdržavanje unatoč izboru prava mora se primijeniti pravo uobičajenog boravišta vjerovnika uzdržavanja u vrijeme sklapanja sporazuma o izboru. Nadalje, st. 5. čl. 8. uvodi materijalnopravnu kontrolu kojom tijelu primjene daje mogućnost odstupanja od izabranog prava u potpunosti utvrdi li da primjena izabranog prava uzrokuje očito nepoštene ili nerazumne posljedice za bilo koju od strana.⁹² Temeljna je intencija zakonodavca u ova dva pravila zaštititi neuke ili neinformirane stranke od sporazuma o izboru prava koji im šteti. Razlika je utoliko što prethodni st. 4. štiti tek vjerovnika, i to podižući pravilo brojnih nacionalnih zakonodavaca o nemogućnosti odricanje od prava na uzdržavanje na razinu međunarodnog prisilnog propisa. U st. 5. zaštita se proteže, kako na vjerovnika, tako i dužnika. U već spomenutom Izvješću Bonomi ovo pravilo označava klauzulom izuzeća koja vodi računa o materijalnoj pravičnosti, istovremeno određujući da tijelo primjene zamjenjuje izabrano pravo objektivnom poveznicom.⁹³ Doktrina je jasno definirala klauzulu izuzeća kao pravilo kojim se odstupa od primjene kolizijskom uputom određenog prava ukoliko je neko drugo pravo predmetnom odnosu bliže vezano, i to temeljem objektivnih čimbenika. Ti konstitutivni elementi ovdje nisu ispunjeni.

91 U. P. Gruber, op. cit., str. 191.

92 M. Andrae, op. cit., str. 938; U. P. Gruber, op. cit., str. 192.

93 A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 18., bilj. 76.

U ovom se slučaju puno jasnije izražava funkcionalna najbliža veza, to je ona koja vodi računa o materijalnopравnim učincima mjerodavnog prava, dakle mimo Savignyjeve „sljepoće“ u odnosu na konkretan rezultat. Stoga bi pravilno bilo reći da je ova odredba izraz materijalnopравne, a ne kolizijskopравne pravičnosti. Nadalje u Izvješću, Bonomi jasno pravilo čl. 8. st. 5. deklarira izrazom koneksiteta navodeći kao primjer slučaj izbora prava koje je vrlo udaljeno povezano s predmetom,⁹⁴ što čini se iz odredbe nikako ne proizlazi. O koneksitetu vodi računa ograničenje u čl. 8. st. 1. kojim je onemogućen izbor udaljenog nepovezanog prava, dok je ova posljednja odredba protekcionističko kolizijsko pravilo s materijalnopравnom orijentacijom.

Haški protokol 2007. kod oba oblika *lex autonomiae* propisuje i dodatne pretpostavke glede oblika sporazuma o izboru mjerodavnog prava: mora biti sastavljen i potpisan od obje strane, u pisanom obliku ili pohranjen na mediju koji će naknadno biti dostupan za korištenje i omogućiti kasnije pozivanje na taj sporazum (čl. 7. st. 2. i čl. 8. st. 2.). Ovo su minimalni formalni zahtjevi koje su države ugovornice slobodne dopuniti strožim zahtjevima. Primjerice ukoliko žele biti sigurne da će suglasnost u pogledu sporazuma kod obje stranke biti dana slobodno, države ugovornice mogu propisati dodatnu pretpostavku da je prethodno sklapanju sporazuma obvezno zatražiti pravni savjet.⁹⁵ Govorimo o „društvenoj kontroli“ sporazuma o uzdržavanju.

Haški protokol iz 2007. u gore navedenim primjerima uvodi ograničenja glede dopustivosti izbora mjerodavnog prava, ali ne odgovara na pitanje po kojem se pravu procjenjuje postojanje i valjanost sporazuma o izboru mjerodavnog prava. Iako, dakle, spomenuti Protokol to izravno ne određuje, ova pitanja treba prosuđivati sukladno pravu koje su stranke izabrale. Podvrgavanje valjanosti *optio legis* pravu koje bi se primjenjivalo ukoliko bi sporazum između stranaka bio valjan uvriježeno je u međunarodnim instrumentima, poglavito za pitanja postojanja i valjanosti pristanka stranaka.⁹⁶ Stoga bi po izabranom pravu trebalo procijeniti, primjerice učinak mana volje.

94 Loc. cit.

95 A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 16., bilj. 66.; str. 18., bilj. 75.; M. Andrae, op. cit., str. 936; F. Ferrand, The Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, u: B. Campuzano Diaz, M. Czepelak, A. R. Benot (ur.), Latest Developments in EU Private International Law, Intersentia, 2011., str. 83.-11., na str. 100.

96 Tako je primjerice u čl. 10. Haške konvencije o mjerodavnom pravu za bračnoimovinski režim iz 1978., čl. 10. st. 1. Haške konvencije o pravu mjerodavnom za ugovore o međunarodnoj prodaji robe iz 1986., čl. 5. st. 2. Haške konvencije o pravu mjerodavnom za nasljeđivanje iz 1989., čl. 3. st. 5. te čl. 10. st. 1. Uredbe (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta u Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose (Rim I) OJ L 177/6, 4.7.2008., te jedna od alternativnih poveznica u čl. 19. Prijedloga Uredbe o bračnoimovniškom režimu. Vidi A. Bonomy, op. cit., str. 35., bilj. 151.

Protekcioniistička obiteljska politika brojnih država manifestirala se čestim isticanjem bojazni da će primjenom stranačke autonomije interesi slabije strane biti ugroženi.⁹⁷ Upravo je stoga inovativno rješenje uvođenjem dva vida stranačke autonomije od kojih je jedan u određenoj mjeri povezan s pokretanjem postupka u odnosnoj državi, na izbor čijega se prava stranke tada mogu odlučiti. Znakovito je upravo povezivanje stranačke autonomije s izborom *lex fori*, a sprega između prava foruma i stranačke autonomije može se protumačiti kao naglašavanje činjenice da je za međunarodno obilježeni obiteljski predmet presudan izbor odgovarajućeg sudišta, brzo rješenje spora i točna primjena prava.⁹⁸ Ipak, učestalo nametanje ove poveznice može se protumačiti i kao prikupljanje bodova kod onih europskih država koje od *lex fori* pristupa teško odustaju. Drugi vid stranačke autonomije obuhvaća izbor mjerodavnog prava prije nastanka spora, opciju koja podsjeća na scenarij ugovornih odnosa. Iako ni ovo nije manifestacija potpune autonomije, ovako radikalno pravilo u domeni međunarodnog obiteljskog prava naglašava značaj pravne sigurnosti i predvidljivosti mjerodavnog prava,⁹⁹ ali ujedno odražava i sve liberalniji stav nacionalnih zakonodavaca prema dispozitivnim odredbama u području sporazuma o uzdržavanju.¹⁰⁰

4. STRANAČKA AUTONOMIJA I MEĐUNARODNI RAZVOD BRAKA

U sferi međunarodnoga razvoda braka komparativno pravo polarizirano je: prvu skupinu država čine one koje na razvod primjenjuju kolizijskopravnu metodu, a u drugoj su one koje uvijek primjenjuju polazno pravo. Uslijed ovih dijametralno suprotstavljenih stajališta nije usvojen niti jedan instrument unificiranoga prava u području razvoda.¹⁰¹ O internacionalizaciji razvoda i poželjnosti ujednačavanja prava u okvirima EU-a iznose se impozantne brojke¹⁰² i brojni argumenti.¹⁰³ Dokumenti institucija EU-a ponavljaju da su u brojnim međunarodnim razvodima

97 To je značajno izraženo u odgovorima francuskog i austrijskog Ministarstva pravosuđa na Zelenu knjigu o obvezama uzdržavanja (Green Paper on Maintenance Obligations COM(2004) 254 final - Answers to the Green paper, dostupno na http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm), ali i dokumentima Haške konferencije, primjerice vidi Proposal by the Working Group on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Prel. Doc. No. 14 March 2005., par. 36.-40.

98 M. Pertegás, op. cit., str. 338.

99 M. Župan, Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, Rijeka, 2006., str. 256.

100 M. Pertegás, op. cit., str. 339.

101 N. A. Baarsma, European choice of law on divorce (Rome III): Where did it go wrong?, NIPR, sv. 27, 2009., str. 9.-14., na str. 11.

102 Od oko 1 milijun razvoda u 27 država članica EU-a njih oko 140 000 (13 %) bilo je međunarodno obilježeno. Navedeno prema: D. Hodson, Rome III: Subsidiarity, Proportionality and the House of Lords, International Family Law, March 2007., str. 32.-34.

103 N. A. Baarsma, European choice of law on divorce (Rome III), op. cit., str. 10.

otegotna cjelokupna složenost nacionalnih režima te različitosti među njihovim rješenjima, što čini neželjenu pravnu prepreku tržišnim slobodama.¹⁰⁴ Opisana situacija onemogućava strankama predvidjeti koje će se pravo primijeniti u slučaju razvoda braka i time uzrokuje pravnu nesigurnost; sve to pogoduje snalažljivijem bračnom drugu u pokretanju postupka u onoj državi čija mu nacionalna pravila više odgovaraju (tzv. *forum shopping*) što se ostvaruje tako da se preduhitri namjera drugog bračnog druga za pokretanjem toga postupka (tzv. *rush to the courts*). Prakticirajući autonomiju volje, bračni drugovi mogu od samog trenutka sklapanja braka raspolagati svojim bračnim pravima i obvezama, čime svoj odnos stavljaju u sigurni milje: oni će unaprijed biti svjesni posljedica mogućeg završetka braka te se na ovaj način potiče mirni razvod.

Zakonodavni akt EU-a u sferi razvoda braka najavio je poveznicu autonomije volje već prvom Zelenom knjigom o mjerodavnom pravu i nadležnosti u predmetima razvoda.¹⁰⁵ U kolizijskopравnim aktima slijedi čl. 20.a čuvenog Prijedloga Uredbe Rim III iz 2006.¹⁰⁶ koji je kao primarno mjerodavno pravo za razvod braka odredio stranačku autonomiju.¹⁰⁷ Zbog burne reakcije država članica EU-a izazvanih brojnim razlozima, u ljeto 2008. Prijedlog Uredbe Rim III biva odbačen.¹⁰⁸ Početkom 2009. bilo je jasno da 10 država članica želi harmonizaciju pravila u vidu unaprijeđene suradnje, te je krajem 2010. godine usvojena Uredba br. 1259/2010 o razvodu braka.

Europska komisija od samih početaka prihvaća i promiče poveznicu autonomije volje stranaka u kontekstu međunarodnoga razvoda braka. Premda je upravo zbog toga bila pod udarom doktrine koja je zamjerila na pokušaju „obmane“ o općeprihvaćenosti autonomije volje u nacionalnim sustavima država članica, i to pozivajući se na belgijski Zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2004.

104 Explanatory Memorandum to the Commission's Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, 17 July 2006 COM (2006) 399 final, 2006/0135 (CNS), str. 3.; Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, Brussels, 24.3.2010. COM(2010) 105 final 2010/0067 (CNS), str. 3.

105 Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, Brussels, 14.3.2005., COM(2005) 82 final.

106 Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, 17 July 2006 COM (2006) 399 final, 2006/0135 (CNS).

107 Izbor prava je ograničen na: a) pravo države posljednjeg zajedničkog uobičajena boravišta supružnika sve dok barem jedan od njih boravi u toj državi; b) pravo države državljanstva bilo kojeg od supružnika; c) pravo države u kojoj su supružnici u posljednjih 5 godina imali boravište – ova je alternativa odbačena; d) pravo države članice u kojoj je postupak pokrenut. Explanatory Memorandum, op. cit., str. 10.

108 Vidi K. Boele-Woelki, To be or not to be: Enhanced cooperation in international divorce law within the European Union, *Victoria University of Wellington Law Review*, sv. 39, 2008., str. 779.-792., na str. 783.

koji u to područje uvodi autonomiju volje.¹⁰⁹ Doista, tek manjina nacionalnih zakonodavnih rješenja predviđa ograničenu autonomiju za pitanja razvoda braka.¹¹⁰ Nadalje, Prijedlogom Uredbe Rim III iz 2006. zanemaruju se skandinavske države i sustavi *common law* koji na obiteljske predmete primjenjuju isključivo *lex fori*, pa u tom smislu doktrina zagovara traženje kompromisa u modelu spajanja izbora mjerodavnog prava s izborom *lex fori*.¹¹¹ Konačni tekst Uredbe br. 1259/2010. o razvodu braka čini radikalnan odmak od nacionalnih propisa stavljajući autonomiju volje već na samom početku akta.¹¹² Odredba čl. 5. ove Uredbe određuje da bračni drugovi mogu sporazumno izabrati pravo koje će biti mjerodavno za njihov razvod, pod pretpostavkom da je to pravo u skladu s temeljnim načelima Povelje temeljnih prava EU-a i s načelom javnog poretka.¹¹³ Bračni drugovi mogu izabrati jedno od sljedećih prava: a) pravo države zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih drugova u vrijeme sklapanja sporazuma, b) pravo države posljednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih drugova, ako u vrijeme sklapanja sporazuma jedan od njih i dalje tamo živi, c) pravo državljanstva jednog od bračnih drugova u vrijeme sklapanja sporazuma, i d) polazno pravo (*lex fori*). Navedeni sporazum o izboru mjerodavnog prava može se naknadno mijenjati, ali najkasnije do pokretanja postupka pred sudom. Ova odredba nalazi svoje opravdanje u činjenici da se životne okolnosti mogu promijeniti, pa je izbor nekoga prava mogao s vremenom izgubiti ikakvu vezu s tim brakom i bračnim drugovima, zbog čega bračni drugovi mogu optirati za neko drugo pravo od ponuđenih u st. 1., a s kojim u određenom kasnijem trenutku promjene izbora imaju vezu.¹¹⁴ Ukoliko pravo države foruma predviđa

109 F. Pocar, Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio, u: S. Barriati, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007., str. 267.-278., str. 275.

110 U nizozemskom pravu bračnim se drugovima daje mogućnost izbora između prava njihova zajednička državljanstva ili nizozemskoga prava. Nema uvjeta koneksiteta, a dozvoljen je i prešutni izbor prava. Belgijsko pravo (čl. 55. st. 2. Zakona o međunaronom privatnom pravu) određuje da stranke mogu izabrati pravo svojega zajedničkog državljanstva u vrijeme podnošenja tužbe za razvod braka ili belgijsko pravo (*lex fori*). Po španjolskom pravu bračni drugovi stranoga državljanstva mogu izabrati primjenu španjolskog prava ukoliko je jedan od njih španjolski državljanin ili ima uobičajeno boravište u Španjolskoj gdje podnosi i tužbu za razvod braka. Ovdje je dakle izbor usmjeren prema *lex fori*. Njemačko pravo (čl. 14. st. 2. i 3. EGBGB-a) određuje da je autonomija moguća samo u slučajevima u kojima bračni drugovi nemaju zajedničko državljanstvo i niti jedan od njih nije državljanin države njihova zajednička uobičajena boravišta ili su supružnici različita prebivališta. Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, COM(2005)82 final} /* SEC/2005/0331 final. N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, op. cit., str. 131.

111 M. Jäntherä-Jareborg, *Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Divorce Cases in Europe*, u: J. Basedow, H. Baum, Y. Nishitani (ur.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, 2008. str. 317.-343., str. 342.

112 P. Gruber, *Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung*, IPRax-Vol. 5/2012., str. 381.

113 Toč. 16. preambule Uredbe br. 1259/2010. o razvodu.

114 M. Beyer, *Handlungsfelder der deutschen EU-Ratspräsidentschaft im Familienrecht – Die europäischen Verordnungsvorschläge zum internationalen Scheidungs- und Unterhaltsrecht*, Forum Familienrecht, 2007., str. 20.-27., na str. 23.

mogućnost da bračni drugovi tijekom samoga postupka odrede za mjerodavno pravo foruma, takvo upućivanje mora se sukladno pravilima toga prava zabilježiti u sudskom spisu.

Uredba br. 1259/2010 o razvodu determinira i vrlo važno pitanje materijalne valjanosti sporazuma o izboru prava. Postojanje i valjanost sporazuma ocjenjuje se po pravu koje bi prema Uredbi bilo mjerodavno, ako bi izbor bio valjan. Ipak, ukoliko iz okolnosti slučaja proizlazi da bi bilo nerazumno ocjenjivati valjanost pristanka bračnog druga po pravu koje je izabrano (ako bi izbor bio valjan), bračni drug može se pozvati na pravo države u kojoj se u vrijeme pokretanja postupka nalazi njegovo uobičajeno boravište da bi dokazao da nije dao svoj pristanak.¹¹⁵

Uredba br. 1259/2010 o razvodu braka strogim odredbama o formalnoj valjanosti izbora mjerodavnog prava smjera povećati ozbiljnost i svijest o posljedicama izbora prava te osigurati zaštitu slabijeg bračnog druga.¹¹⁶ Stoga je predviđeno da sporazum o izboru mjerodavnog prava mora biti u pisanom obliku, datiran te sadržati potpise oba bračna druga. Svaka komunikacija elektroničkim sredstvima, koja osigurava trajan zapis sporazuma, smatra se ekvivalentom pisanom zapisu. Ali ako bi pravo države članice u kojoj bračni drugovi imaju uobičajeno boravište u vrijeme sklapanja sporazuma o izboru prava propisivalo dodatne formalne zahtjeve za ovu vrstu sporazuma, ti zahtjevi također moraju ispunjeni. Takva dodatna pravila o formi sporazuma postoje u nekim državama članicama u situaciji u kojoj se sporazum o izboru mjerodavnog prava uključuje u bračni ugovor.¹¹⁷ Ako su uobičajena boravišta bračnih drugova u različitim državama članicama te prava tih država članica predviđaju različite formalne zahtjeve, sporazum će formalno biti valjan ukoliko zadovoljava zahtjevima bilo kojega od tih prava. Ovdje alternativno kolizijsko pravilo stoji u funkciji favoriziranja valjanosti pravnog posla.

Autonomija volje koju EU želi svojim aktima osnažiti svrhovita je samo ako bračni drugovi u potpunosti shvaćaju njezin smisao te je svim građanima EU-a nadohvat ruke barem temeljna informacija o materijalnom i procesnom pravu država članica, čime supružnici postaju svjesni pravnih i društvenih implikacija izbora.¹¹⁸ Ova problematika zaokuplja institucije EU-a,¹¹⁹ a Komisija je stoga još u prijedlogu ove Uredbe njezinim temeljnim načelom proglasila informirani pristanak na izbor prava.¹²⁰ Štoviše, doktrina je predlagala da se predvidi obvezno informiranje bračnih

115 Čl. 6. Uredbe br. 1259/2010 o razvodu.

116 B. Campuzano Diaz, *Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legan Separation via Enhanced Cooperation*, u: B. Campuzano Díaz, M. Czepelak, A. R. Benot (ur.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011., str. 23.-44., na str. 43.; N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, op. cit., str. 133.

117 Toč. 19. Preambule Uredbe br. 1259/2010. o razvodu.

118 Javno dostupne informacije osiguravaju se provedbom Odluke Vijeća 2001/470/EC od 28. ožujka 2001. o uspostavi Europske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim predmetima. Vidi više, Toč. 14.-17. preambule Uredbe br. 1259/2010 o razvodu.

119 Explanatory Statement to the Report of the European Parliament of 19 September 2008, A6-0361/2008., str. 19.

120 Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, Brussels, 24.3.2010. COM(2010) 105 final 2010/0067 (CNS); str. 11.

drugova o praktičnim implikacijama njihova sporazuma o izboru mjerodavnog prava, ali takvu odredbu Uredba br. 1259/2010. o razvodu braka ne sadržava.¹²¹

5. STRANAČKA AUTONOMIJA ZA ODREĐENE STATUSNE I NASLJEDNE PREDMETE

5.1. O stranačkoj autonomiji kod statuta osobnog imena

Nacionalna pravila o osobnom imenu vrlo su različita, pa je tako i područje pravnog uređenja osobnog imena „bojno polje“ na kojemu se sukobljavaju kulture i pravne tradicije.¹²² „Šepavi“ osobni statusi po pitanju osobnog imena danas su vrlo česti u Europi,¹²³ što potencira pravnu nesigurnost.¹²⁴ Međunarodna komisija za građanska stanja (Commission Internationale de l'Etat Civil – CIEC) odavno je detektirala ujednačavanje kolizijskih normi kao jedinu alternativu, ali CIEC-ova Münchenska konvencija br. 19 o pravu mjerodavnom za imena i prezimena¹²⁵ sa samo četiri ugovornice nije ostvarila značajan utjecaj. Ostaje pronaći adekvatna rješenja nacionalnih kodifikacija međunarodnoga privatnoga prava, a doktrina argumentira da je uvođenjem ograničene stranačke autonomije moguće postići pravu mjeru između potrebe zaštite identiteta vlastitih državljana, istovremeno uvažavajući njihova opravdana očekivanja i njihova temeljna ljudska prava.¹²⁶

Uvodno je rečeno da je preduvjet kolizijskopravne autonomije volje postojanje materijalnopravne autonomije volje za odnosno pitanje. Pokušamo li i u ovoj kategoriji osobnoga imena načiniti poveznicu s materijalnim pravom, evidentno je ovo područje prava podobno za stranačko disponiranje te nacionalni zakoni u domeni osobnog imena fizičkim osobama daju ograničene mogućnosti izbora. Odraž te autonomije, nažalost je vrlo oskudan na domenu kolizijskoga prava.

121 C. Kohler, *Einheitliche Kollisionsnormen für Ehesachen in der Europaäische Union: Vorschläge und Vorbehalte, Familie Partnerschaft und Recht*, 2008., str. 193.-196., str. 195.

122 M. Lehman, *What's in a name? Grunkin-Paul and beyond*, *Yearbook of Private International Law*, sv. 10, 2008., str. 138.; M. Župan, K. Andrić, *Otvorena pitanja identiteta u međunarodnom privatnom pravu – osobno ime (u pripremi za objavu)*.

123 E. Sommer, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern*, München, 2009., str. 44. i dalje.

124 Navodi se primjer Španjolca koji je kod sklapanja braka u Njemačkoj izabrao prezime supruge Njemice, države njihova prebivališta. On je na vozačkoj dozvoli nosio njemačko prezime Müller, a na putovnici svoje španjolsko prezime. Zbog dvojnog identiteta osumnjičen je za terorizam te su nastali brojni problemi s policijom i upravom. Literatura upozorava da u Njemačkoj ne postoji propis koji bi obvezivao neko državno tijelo da bračne drugove upozna s potencijalnim opasnostima i posljedicama promjene mjerodavnog prava statuta osobnog imena. J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4. izd., Tübingen, 2006., str. 326.-327.

125 *Convention CIEC no. 19. Convention sur la loi applicable aux noms et prénoms*, Munich, 1980., dostupno na <http://www.ciecl.org/ListeConventions.htm>.

126 G. Rossillo, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009., str. 125.

Takvu odredbu nalazimo u njemačkom Uvodnom zakonu u Opći građanski zakonik (rješenje iz 1994. dopunjeno je 2009.),¹²⁷ švicarskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu (1987.)¹²⁸ te belgijskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu (2004.).¹²⁹ Ove su odredbe poslužile pri izradi budućega rješenja hrvatskoga zakona o međunarodnom privatnom pravu, uz značajnu prevagu njemačkoga modela.¹³⁰ Naime, njemačka je sudska praksa još sedamdesetih godina 20. st. otvorila vrata stranačkoj autonomiji u statusnim pitanjima.¹³¹ Doktrina „*umweltbezogenheit*“ koja u prvi plan stavlja ravnotežu pojedinca i njegove društvene sredine poslužila je kao ideja za reformsku promjenu njemačkog EGBGB-a koji godine 1986. uvodi odredbu čl. 10. o izboru mjerodavnog prava kod osobnog imena.¹³² Radi se o pravoj poveznici stranačke autonomije kod izbora prava mjerodavnog za osobno ime bračnih drugova i djeteta.¹³³ Kada su u pitanju bračni drugovi, prilikom ili nakon sklapanja braka, oni mogu u skladu s čl. 10. st. 2. EGBGB-a izabrati pravo mjerodavno za određivanje osobnoga imena. Izbor se provodi zajedničkom izjavom pred domaćim ili stranim matičarom. Nema dodatnih pretpostavki, jedino što se traži je da sve izjave dane nakon sklapanja braka moraju biti javno ovjerene.¹³⁴ Izbor je ograničen na pravo države čije državljanstvo nosi jedan od supružnika (anulira se odredba o isključivosti domaćeg državljanstva kod dvojnih ili višestrukih državljana) ili njemačko pravo ako je uobičajeno boravište jednog od njih u Njemačkoj. *Ratio* autonomije ovdje leži u prilagodbi različitih pravnih sustava. Ako se radi o braku stranaca, neovisno o tome jesu li oboje istoga stranog ili dva strana državljanstva, postoji mogućnost

127 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), In der Fassung der Bekanntmachung vom 21.09.1994 (BGBl. I S. 2494, ber. 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.07.2011 (BGBl. I S. 1600) m.W.v. 04.08.2011.

128 Švicarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987., Schweizerisches Bundesblatt 1988 I 5-60. (njemački službeni tekst); Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987., u Feuille Fédérale, 1988, I (francuski službeni tekst); Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) del 18 Dicembre 1987., u Foglio federale, 1988, I, 5. Swiss Federal Statute on Private International Law of December 18, 1987. (talijanski službeni tekst). Engleski prijevod (C. Cornu, S. Hankins, S. Symeonides) objavljen je u American Journal of Comparative Law, sv. 37, 1989., str. 198. i dalje.

129 Belgijski Zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2004., Le code de droit international privé belge, objavljen je u: J.-Y. Carlier, Le Code belge de droit international privé, Revue critique de droit international privé, sv. 94, 2005., str. 39. i dalje.

130 K. Sajko, H. Sikirić, V. Bouček, D. Babić, N. Tepeš, Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu, u: Izvori hrvatskog i europskog međunarodnog privatnog prava, Informator, Zagreb, 2001., str. 282.; M. Župan, Normiranje mjerodavnog prava za osobno ime - novina hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, u: T. Deskoski (ur.), "Recent trends in European Private International Law – Challenges for the national legislations of the South East European countries". Skopje, 2012. str. 179-193.

131 BGH 12.5.1971., NJW 1971, 1516, 1518.

132 M. Scherer, Le nom en droit international privé: Étude de droit comparé français et allemand, Paris, 2004., str. 162.-163., 165. i dalje.

133 A. Lindermann, Widersprüche in Art. 10 EGBGB, Frankfurt a. M., 1998., str. 50.

134 J. Kropholler, op. cit., str. 328.

izbora njemačkog prava ako je uobičajeno boravište jednog od njih u Njemačkoj.¹³⁵ Njemačko pravo poznaje autonomiju i u pogledu osobnog imena djeteta, gdje čl. 10. st. 3. EGBGB-a daje alternative izbora iste kao i kod sklapanja braka.

Izbor mjerodavnog prava za osobno ime uz određene nedostatke ima i niz očitih prednosti.¹³⁶ Na taj se način izlazi u susret željama osoba o čijem se imenu radi te se izbjegava „patronatski“ odnos uprave i državnih matrica. Nadalje, osobe koje imaju uobičajeno boravište izvan države svoga državljanstva na ovaj se način mogu prilagoditi društvenoj okolini; kada su članovi jedne obitelji različitih državljanstava oni dobivaju priliku uskladiti vlastita imena. Izbor u sferi osobnog imena nosi i potencijalne opasnosti jer činjenica da se kolizijskopravnom autonomijom može utjecati na izbor svoga imena postaje opasna ukoliko matična država (državljanstva te osobe) ne priznaje taj pravni izbor.

Nerijetko su u nacionalnim zakonima o međunarodnom privatnom pravu odredbe o mjerodavnom pravu za osobno ime izostajale pri normiranju. Iznimaka je tomu donedavno bilo malo,¹³⁷ ali i u ovom pogledu događaju se revolucionarne promjene. S jedne strane, noviji zakoni normiraju ovo područje, a s druge je sudska praksa Suda EU-a i Europskog suda za ljudska prava svojim odlukama po pitanju osobnog imena otvorila niz pitanja s predznakom autonomije volje: od prava na osobni i kulturni identitet¹³⁸ sve do konstitucionalizacije autonomije volje.¹³⁹

5.2. O stranačkoj autonomiji u nasljednom statutu

Sadržajna različitost materijalnih nasljednopравnih poredaka koči unifikaciju.¹⁴⁰ Ipak, otvorenost materijalnog poretka autonomiji volje odavno nudi nasljednom statutu potencijal za poveznicu stranačke autonomije volje. Taj prostor za stranačku autonomiju prepoznaje Haška konferencija još 1989. kod izrade Konvencije o pravu mjerodavnom za nasljeđivanje (dalje Haška konvencija iz 1989.).¹⁴¹ Posljedično

135 M. Nowak, *Der Name der natürlichen Person*, Frankfurt a. M., 2006., str. 119. i dalje.

136 Za argumentaciju *pro* i *contra* izbora prava u pitanju osobnog imena vidi: V. Stoll, *Die Rechtswahl im Namens-, Ehe- und Erbrecht*, München, 1991., str. 27. i dalje; Nowak, op. cit., str. 20.-23.; J. Kropholler, op. cit., str. 326.; A. K. Schnyder, *Parteiautonomie in Internationales Namensrecht*, u: J. Basedow i drugi (ur.), *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000., str. 667. i dalje; G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, Verlag C.H. Beck, 2004., str. 596. Umjesto svih vidi M. Scherer, op. cit.

137 Čl. 10. njemačkog EGBGB-a, čl. 37. švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, čl. 36.-39. belgijskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

138 E. Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international prive postmoderne*, *Recueil des cours* sv. 251, 1995., str. 9.-268., na str. 167.; R. Trips-Hebert, *Internationales Privatrecht und Globalisierung*, Berlin, 2003., str. 80.-83.

139 Više o problematici osobnog imena u: M. Župan, K. Andrić, *Otvorena pitanja identiteta u međunarodnom privatnom pravu – osobno ime (u pripremi za objavu)*.

140 S. van Erp, *New Developments in Succession Law*, *Electronic Journal of Comparative Law*, sv. 11, 2007., str. 1.-20., na str. 2.

141 A. R. Benot, *Approach to the Proposal for a regulation of the European Union on succession*,

i neki nacionalni zakoni o međunarodnom privatnom pravu uvode stranačku autonomiju,¹⁴² dok je i Europska unije zauzela fleksibilni stav u izradi pravne stečevine.¹⁴³ Autonomija je u Haškoj konvenciji iz 1989. vrlo ograničena jer se dozvoljava odstupanje od primarnoga vezivanja uz pravo uobičajenog boravišta ostavitelja, i to tako da se izbere pravo državljanstva ostavitelja. Ovom mogućnošću daje se ostavitelju prilika za unošenje veće doze pravne sigurnosti i izvjesnosti u nasljeđivanje, za zaštitu specifičnosti koje pravo državljanstva ostavitelja može sadržavati i njegovanje kulturne i druge veze ostavitelja s domovinom.¹⁴⁴ Navedena Haška konvencija iz 1989. ne uvodi nikakva ograničenja stranačke autonomije kojima bi se uvažile odredbe, primjerice o obveznom nužnom dijelu, koje poznaju neki pravni poredci.¹⁴⁵ Kako je u materijalnom nasljednom pravu jedno od temeljnih problema nalaženje ravnoteže između autonomije volje (ostavitelja) i zaštite članova njegove obitelji,¹⁴⁶ doktrina propitkuje kako zaštititi interese trećih, poglavito ukoliko tu autonomiju protegnemo na kolizijskopravnu autonomiju.¹⁴⁷ Recentno usvojena Uredba Vijeća (EZ) br. 650/2012 od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrsi odluka i javnih isprava u nasljednopravnim stvarima te o uvođenju Europskog uvjerenja o nasljeđivanju¹⁴⁸ stoga sadrži vrlo ograničeni izbor prava, propisuje stroge pretpostavke za formalnu i materijalnu valjanost izbora te dodatno regulira i valjanost i pretpostavke za sporazume o nasljeđivanju.¹⁴⁹

u: B. Campuzano Díaz, M. Czepelak, A. R. Benot, A. R. (ur.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011., str. 23.-44., str. 145.

142 Posljedično, autonomija ulazi u nacionalna prava: nasljedni statut poznaje stranačku autonomiju u belgijskom, finskom, talijanskom, nizozemskom i njemačkom pravu. A. Bonomi, *Choice of law aspects of the Future EC Succession Regulation*, u: K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (ur.), *Convergence and divergence in Private international law - Liber Amicorum Kurt Siehr, Eleven & Schulthess*, 2010., str. 157.-173., na str. 167.

143 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, Brussels, 14.10.2009, COM(2009)154 final.

144 A. Bonomi, *Choice of law aspects*, op. cit., str. 166.

145 Ibid, str. 167.

146 A. Bonomi, *Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members*, *Netherlands International Law Review*, sv. 28, 2010., str. 605.-610., na str. 605. Vidi povezane rasprave u K. Boele Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ur.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, 2011.

147 U. Haas, *Die Europäische Zuständigkeitsordnung in Erbsachen*, u: B. Jud (ur.) *Kollisionsrecht in der Europäischen Union: neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes*, Wien, 2008., str. 127.-150., na str. 148.

148 OJ L 201/107, 27.7.2012.

149 Detaljno vidi u: A. Bonomi, *Testamentary freedom*, op. cit., str. 607.-609.

6. KONSTITUCIONALIZACIJA AUTONOMIJE VOLJE U PRAKSI SUDA EU-A I EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Iako smo vidjeli da autonomija utire svoje mjesto i položaj tradicionalnim metodama kolizijskoga prava, praksa dvaju europskih sudova, Suda EU-a i Europskog suda za ljudska prava, ukazuje na mogućnost da se ona nekim drugim kanalima puno strukturiranije ustoliči. Tradicionalne zasade europskog obiteljskog međunarodnog privatnog prava značajno je nagrizao konstitucionalizirani sustav uzajamnog priznanja i primjena načela zemlje podrijetla (*country of origin*).¹⁵⁰ U tradicionalnom sustavu međunarodnog privatnog prava načelo uzajamnog priznanja funkcionira u aspektu priznanja i ovrhe, dok se strano pravo ne priznaje već primjenjuje.¹⁵¹ Upravo su stoga neke dramatične odluke Suda EU-a otvorile pitanje: nije li priznanje nova međunarodno privatnopravna metoda?¹⁵²

Temeljna ljudska prava i slobode zajamčene pravom EU-a tumače se na način da je zabranjeno odbiti priznanje u tuzemstvu pravnog statusa stečenog u inozemstvu. Ovim načelom pojedinci dobivaju moć izabrati mjerodavni pravni režim, za što neki tvrde da je usklađeno s načelom priznanja osobnog identiteta.¹⁵³ Ovo se pravilo konstitucionalizira. Stranačka autonomija postupno postaje opće načelo i to se događa na konstitucionalnoj razini (doktrina tumači da se cijeli koncept prava podvrgava supremaciji prava EU-a, ali se slično naziva i aktivnost Europskog suda za ljudska prava).¹⁵⁴ Činjenica je da se taj pokret ne ograničava samo na međunarodno privatno pravo, već ima liberalizirajući učinak na cjelokupno obiteljsko pravo. Kaže se da pojedinci dobivaju mogućnost za odabir neprimjene (*opt-out*) nacionalnog obiteljskog režima. Time se način postiže i učinak natjecanja između pravnih sustava pa se zaključuje da stranačka autonomija generira „europsko tržište obiteljskopравnih proizvoda“ („family law products“).¹⁵⁵ Sudska praksa na

150 R. Baratta, *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, sv. 27, 2006., str. 9.-11; M. Fallon, J. Meeusen, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, *Yearbook of Private International Law*, sv. 4, 2002, str. 45.-46.; R. Michaels, *EU Law as Private International Law? Re-conceptualizing the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory*, *Journal of Private International Law*, 2006., str. 195.

151 R. Michaels, *The New European Choice-of-Law Revolution*, *Tulane Law Review*, sv. 82, 2008., str. 1629.

152 H. J. Sonnenberger, *Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?*, u: J. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible, H. Sippel, U. Wanitze (ur.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, München, 2010., str. 371.-394., na str. 373.

153 H. Muir Watt, *European Federalism and the "New Unilateralism"*, *Tulane Law Review*, sv. 82, 2008., str. 1985.-1986.

154 W. Sadurski, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, *Human Rights Law Review*, sv. 9, 2009., str. 397.

155 T. M. Yetano, *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, *Journal of Private International Law*, sv. 6, 2010., str. 155.-193., str. 156.

kojoj se ove doktrine temelje nigdje ne navodi stranačku volju, ali se pod krinkom načela priznanja – načela države porijekla skriva ta moć pojedinaca u određivanju pravnog sustava koji im najviše odgovara.

Prva odluka Suda EU-a koja bi se mogla promatrati u kontekstu načela autonomije volje donesena je u predmetu C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd protiv Stephena Grogana i drugih*.¹⁵⁶ Budući da irski Ustav zabranjuje pobačaj, tumačilo se i da je ženama zabranjeno otići u druge države članice EU-a obaviti pobačaj, jednako kao što je zabranjeno i reklamiranje mjesta na kojima se pobačaj može obaviti. Grogan je bio student koji je dijelio letke s informacijama o klinikama u Velikoj Britaniji koje su obavljale pobačaje. Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. (SPUC), ga je tužilo smatrajući da je time kršio Ustav. U kontekstu četiri tržišne slobode, pred Sudom EU-a postavlja pitanje: Je li pobačaj usluga? Sud EU-a tumačio je da je pobačaj medicinska usluga (određena profesionalna aktivnost koja se obavlja uz naknadu i privremenog je karaktera) te je stoga klinika za pobačaje pružala usluge koje su zaštićene europskim pravom koje jamči slobodu pružanja usluga. Sloboda pružanja sukladno praksi Suda EU-a korespondira sa slobodom primanja usluga, što znači da je pojedinci mogu konzumirati neovisno o stavu njihova nacionalnog režima.¹⁵⁷

U problematici osobnog imena nekoliko je zanimljivih predmeta koji se mogu promatrati i iz aspekta autonomije volje u međunarodno obilježenom kontekstu. U predmetu C-148/02, *Carlos Garcia Avello protiv Države Belgije*.¹⁵⁸ Radilo se o španjolsko-belgijskim supružnicima s boravištem u Belgiji. Njihovi sinovi su dvojni državljani, a roditelji su im željeli dati imena sukladno španjolskom pravu. Belgijske vlasti odbile su im upisati imena po španjolskom modelu (dvojne državljanke koji imaju jedno belgijsko i jedno strano državljanstvo tretiraju isključivo svojima). Sud EU-a oslonio se na načelo zabrane diskriminacije te osnažio izbor roditelja. Recentniji je primjer u predmetu C-353/06, *Stefan Grunkin i Dorothee Regina Paul protiv Standesamta Niebüll* još više iznenadio stručnu javnost.¹⁵⁹ Činjenično stanje bilo je sljedeće: Leonhard Matthial rođen je u Danskoj, oba su mu roditelja njemačkog državljanstva, otac gospodin Grunkin, a majka gospođa Paul. U Danskoj je za prezime djeteta bilo upisano Paul, ali su roditelji naknadno zatražili izmjenu u Grunkin-Paul. Njemački matični ured kasnije je odbio zahtjev roditelja za priznanjem njegova imena stečenog u Danskoj. Njemački EGBGB određuje da je za ovo pitanje mjerodavno pravo državljanstva djeteta, a sukladno njemačkom pravu kombinacija prezimena oba roditelja nije moguća. U ovom se predmetu radi o

¹⁵⁶ [1991] ECR I-04685.

¹⁵⁷ To bi se moglo protegnuti na sve medicinske usluge vezane na potpomognutu oplodnju, što je učinjeno u engleskom predmetu *Blood*. To otvara vrata, tzv. reproduktivnom turizmu, iako ovdje klauzula javnog poretka zadržava svoju funkciju i unutar prava slobode pružanja usluga na tržištu EU-a. Više vidi J. Zeller, *Reproduktivni turizam u Europi*, u: M. Župan (ur.), *Pravni aspekti prekogranične suradnje i EU integracija: Mađarska – Hrvatska, Osijek-Pecs, 2011.*, str. 579.-591.

¹⁵⁸ [2003] ECR I-11613.

¹⁵⁹ [2008] ECR I-07639.

tipičnom problemu statuta osobnog imena, gdje dvoje državljana jedne države svome djetetu, koje nosi njihovo zajedničko državljanstvo, žele upisati ime koje sukladno njihovom domovinskom pravu nije moguće. Pitanje je: Nije li upravo međunarodna obilježnost predmeta okolnost koja daje priliku da oni u tome uspiju? Sud EU-a u ovom je predmetu odlučio da država članica EU-a ne smije odbiti priznati ime svoga državljanina (koji ima samo njezino državljanstvo) koje je valjano stečeno i upisano u državi članici rođenja i boravišta te osobe, neovisno o tomu radi li se o priznanju imena danog kod rođenja ili naknadno promijenjenog imena. Sud EU-a pri tome ne traži niti minimalnu vezu s poretkom podrijetla imena, već ističe da je relevantno pravo države članice u kojoj se status prvo „kristalizirao“. U pozadini ove odluke osiguravanje je tržišne slobode kretanja.

Da nisu samo odluke Suda EU-a šokantne, potvrđuje predmet *Wagner i J.M.W.L. protiv Luxembourg* iz 2007.¹⁶⁰ Tiče se državljanke Luxembourg koja odlazi u Peru posvojiti dijete. U Luxembourg joj vlasti ne priznaju posvojenje jer je sukladno međunarodnom privatnom pravu mjerodavno njezino domovinsko pravo, a prema luksemburškom pravu samohrani roditelj ne može posvojiti. ESLJP odlučuje da odbijanje priznanja odnosa koji je u Peru realnost predstavlja povredu temeljnog prava na obiteljski život i načela nediskriminacije. ESLJP drži da je pravni status stvoren u inozemstvu postao realnost koju treba priznati. Sud se pritom ne osvrće na činjenicu da je taj pravni status nastao jer je pojedinac za njega optirao, u poretku koji je intenciozno izabrao.

Načelo priznanja statusa stečenog u državi porijekla generira reforme nacionalnih zakona – od potpomognute oplodnje do istospolnih zajednica. Ovakvo koncipirano načelo autonomije volje briše granicu nacionalnog – prekograničnog – supstantivnog – kolizijskog propisa i vraća nas na odbačenu „teoriju stečenih prava“. Funkcija je svakog pravnog sustava zaštita opravdanih očekivanja stranaka. U međunarodnom privatnom pravu zaštita opravdanih očekivanja odražava se upravo zaštitom prava valjana stečenih u drugom pravnom poretku s kojim je osoba u određenoj vezi. *Ratio* ovdje leži u tome da se osoba pouzdala u sadržaj prava koje je vrijedilo u društvenoj sredini u kojoj je određeni pravni odnos nastao. Zaštita opravdanih očekivanja usmjerena je pravnoj sigurnosti, jer osoba u svakom trenutku zna koja su joj prava i obveze. Ali ovo vrijedi samo u onim situacijama kada objektivni kriteriji ukazuju da su stranke mogle opravdano očekivati primjenu određenog prava.¹⁶¹ Opravdano očekivanje svoj legitimitet nalazi u subjektivnoj dobroj vjeri koja se temelji na objektivnoj činjenici koja osobu navodi na ovo očekivanje. Osoba postupa u dobroj vjeri kada prihvaća i poštuje propise pravnog poretka u kojemu određeni pravni akt ili situacija nastaje i biva regulirana, a s kojim postoji razumna veza. Dok za jedne sve ovo otvara prostor tvrdnji da su metode međunarodnog privatnog i postupovnog prava postale instrumenti promicanja

160 ESLJP predmet 76240/01, *Wagner i J.M.W.L. protiv Luxembourg*, 28.6.2007.

161 A. Bucher, *L'attente légitime des parties*, u: I. Meier, K. Siehr (ur.), *Rechtskollisionene. Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag*, Zürich, 1995., str. 95.

ljudskih prava,¹⁶² drugi naglašavaju da su argumentacija ljudskih prava i promicanja samoodređenja pojedinca tek krinke za rješenje koje promiče integraciju pravnih poredaka unutar EU-a!¹⁶³ Nova serija rasprava na ovu temu okosnicom nalazi „pravni pluralizam“, kao realnost koja je izostala iz prethodnih rasprava.¹⁶⁴

7. ZAKLJUČAK

Teorijske rasprave o opravdanosti stranačke autonomije volje u međunarodno obilježenim odnosima ne jenjavaju.¹⁶⁵ Razlika je samo u tomu da je od vremena kada se ona argumentirala „teorijom subjektivnog prava“¹⁶⁶ danas percipirana u diskursu temeljnih ljudskih prava pojedinca, zabrane diskriminacije, zaštite kulturnog identiteta..., sve u globaliziranom svijetu koji postaje “bojno polje“ sukoba različitih pravnih tradicija i pravnih poredaka.

Argumentaciju *pro* i *contra* ove poveznice možemo analizirati tek ako ukažemo na nekoliko parametara bitno determinirajućih za trend njezinog jačanja i izvan diskursa ugovornog i deliktneog statuta. Materijalna je realnost da je svjetska globalizacija dovela do internacionalizacije obitelji. Obitelji se kreću preko granica i trebaju adekvatan prekogranični pravni sustav i pravnu zaštitu. Nadovezuje se parametar pravne realnosti da su materijalnopravni poređci sadržajno različiti. Institucionalna je realnost da EU ima nadležnost i da djeluje kako bi pravnim aktima odgovorila na suvremenu materijalnu realnost te kako bi kompenzirala postojeću pravnu realnost. Autonomija volje u međunarodnom privatnom pravu nalazi svoj prostor i mimo ove tri realnosti, kako je prikazano u posljednjem poglavlju ovog rada koji se dotiče značajnih implikacija praksi Suda EU-a i ESLJP-a koje protezanjem načela „uzajamnog priznanja“ iz sfere *stranih odluka* u sferu *stranog prava* otvaraju prostor opasnom trendu: autonomija volje generira stvaranje europskog tržišta “obiteljskopravnih proizvoda“! Ovim zaključkom u nastavku se fokusiramo na klasična pitanja stranačke autonomije u međunarodnom privatnom pravu.

Rasprostranjenost stranačke autonomije u obiteljskom, statusnom i nasljednom pravu širokog je opsega. Noviji zakonski tekstovi pravne stečevine EU-a i nacionalnih zakona, nomotehničkim pozicioniranjem poveznice stranačke autonomije u funkciji primarnoga kolizijskopravnog vezivanja dodatno je afirmiraju.

162 V. van den Eeckhout, Promoting Human Rights within the European Union: The Role of European Private International Law, *European Law Journal*, sv. 14, 2008., str. 105.-106.

163 E. Jayme, Party autonomy, op. cit., str. 3.

164 J. M. Smits, A Radical View of Legal Pluralism, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/1, str. 6-12.

165 Vidi poseban broj *Nederland Internationaal Privaatrecht (NIPR): International Family Law and Party Autonomy*, NIPR 2012/4, prosinac 2012.

166 F. A. Mann, The Proper Law of a Contract, *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 3 1950., str. 60. i dalje: „subjective theory of the proper law: that legal system which, by their express or implied intention, the parties intended to apply“.

Sudska praksa pokazala je izrazitu osjetljivost u svojim argumentacijama – podupirući autonomiju volje praksa fleksibilizira materijalne poretke tako i sustave međunarodnog privatnog prava.

Stranačka autonomija danas je percipirana kao prirodno pravo pojedinca koje u suvremenom multijurisdiksijskom svijetu u sustavu kolizijskih pravila egzistira s određenim ograničenjima. Ova paradigma jednako vrijedi za ugovore i delikte, kao i obiteljskopravnu, statusnu i nasljednopravnu problematiku.¹⁶⁷ Temeljna ograničenja stranačke autonomije kod ugovornog statuta rano su se kristalizirala. Kod osobnih, obiteljskih i statusnih predmeta je tomu nešto drugačije. Naime, u doktrini se propitkuju ograničenja stranačke autonomije, ali proizlazi da je vrlo teška uporaba instituta javnog poretka, te da se međunarodno prisilni propisi ne javljaju u sferi obiteljskoga prava.¹⁶⁸ Ovdje provedena analiza potvrdila je da novi instrumenti pravne stečevine ograničavaju stranačku autonomiju dvojako: propisuju se materijalnopravno ograničenje, koje se veže uz pravni poredak koji bi s odnosom trebao imati najbližu vezu, te se uvode međunarodno prisilni propisi.

Sveprisutna rasprava o granici materijalnopravne i kolizijskopravne autonomije u ugovornom statutu,¹⁶⁹ jednako se može protegnuti i na ovdje razmatrana pitanja. Tomu je tako poglavito u području onih pitanja za koja materijalnopravni poredci prakticiraju ugovorni režim, poput bračnih ugovora ili ugovora o uzdržavanju. Ukoliko bi dakle stranke sklopile bračni ugovor sukladno materijalnom pravu, u međunarodno obilježenom predmetu dozvoljenost bi se takvog materijalnopravnog upućivanja trebala ocjenjivati sukladno pravu koje je mjerodavno za bračnoimovinski režim ili statut uzdržavanja, dakle odnosni *lex causae*.

Usmjerimo li ovaj zaključak na stranačku autonomiju kao poveznicu statusnih, obiteljskih i nasljednih predmeta, zajednički im je nazivnik u činjenici da se uvijek radi o ograničenom izboru. Ograničenje se javlja u vidu mogućnosti izbora između determiniranog broja poveznica koje ukazuju na činjenicu da je pravni odnos i objektivno povezan s određenim pravom, što korespondira temeljnom *ratu* najbliže veze u međunarodnom privatnom pravu. „Ograničena stranačka autonomija“ može se stoga pojmiti kao posebna vrsta spoja subjektivne i objektivne poveznice: stranke doista subjektivnim činom izbora utječu na mjerodavno pravo, ali je mogućnost izbora svedena na one pravne poretke s kojima je odnos ionako u vezi! Stoga se ovdje poštuje temeljeno načelo kolizijskopravnog upućivanja na pravo s kojim je odnos objektivno u najbližoj vezi. Najbliža veza se ostvaruje subjektivnim činom koji individualizira „najbližu vezu“ i ostvaruje ju za svaki pojedini pravni odnos zasebno. Ako za otvorenu, okvirnu poveznicu najbliže veze možemo reći da je sudac u ulozi zakonodavca,¹⁷⁰ tada za ograničenu stranačku autonomiju možemo reći da su stranke u ulozi zakonodavca! Daljnja zajednička karakteristika stranačke autonomije

167 J. Basedow, *Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, sv. 75, 2011., str. 32.-59., na str. 56.

168 T. M. Yetano, *op. cit.*, str. 166.

169 J. Kropholler, *op. cit.*, str. 293.

170 M. Župan, *Pravo najbliže veze*, *op. cit.*, str. 256.

u osobnom, obiteljskom i nasljednom pravu jesu stroge formalne pretpostavke koje imaju funkciju zaštite slabije ugovorne strane, povećanja pravne sigurnosti te osiguranja informiranoga pristanka na izbor prava.

Ključno je da se stranačka autonomija, kao i cjelokupan sustav kolizijsko-pravnog upućivanja ovdje promatranih akata EU-a našao u funkciji pomirbe i kompromisa između onih pravnih poredaka koji za obiteljske i nasljedne predmete preferiraju primjenu prava države foruma, nasuprot onih koji primjenjuju kolizijskopravnu metodu. Naime, ne samo da je široko prakticirana varijanta izbora *lex fori* za mjerodavno pravo, već se i u sprezi s pravilima o međunarodnoj nadležnosti načelno postiže taj učinak te u konačnici govorimo o „funkcionalnom jedinstvu“ unutar pravne stečevine!¹⁷¹ U konačnici valja priznati da je uslijed različitosti kolizijskopравnih rješenja europskih nacionalnih sustava uvođenje autonomije volje jedini mogući kompromis dostupan europskom zakonodavcu. Stoga Jayme otvoreno govori da su argumentacija ljudskih prava i promicanja samoodređenja pojedinca tek krinke za rješenje koje promiče integraciju pravnih poredaka unutar EU-a!¹⁷²

Očit je niz prednosti, ali i nekoliko opasnih nedostataka ove poveznice. Temeljna prednost stranačke autonomije u odnosu na druge poveznice je pravna sigurnost koju dispozicijom stvaraju u svom pravnom odnosu same stranke. Autonomija daje nužnu fleksibilnost i pravednost u pojedinom predmetu.¹⁷³ Stranačka autonomija sve se više gleda i iz perspektive ekonomske oportuniteti u rješavanju međunarodno obilježenih predmeta, koja nije zanemariva.¹⁷⁴ Nasuprot tomu, temeljna opasnost stranačke autonomije leži u mogućnosti da matična država takav izbor ne prizna, uslijed čega nastaju „šepavi“ statusnopravni odnosi i neželjena pravna nesigurnost.

Iz svega proizlazi kako će buduća kapitalna djela ove domene neminovno morati osigurati prostor za nove kategorije pravnih odnosa u kojima autonomija postaje vodeće načelo.¹⁷⁵ Upravo ova poveznica ima potencijal anulirati dio teškoća proizašlih uslijed fragmentiranog europskog međunarodnog privatnog obiteljskog prava.

171 Naime, temeljno je pravilo međunarodne nadležnosti vezano uz kriterij uobičajenog boravišta, dok je i temeljno objektivno kolizijskopravno upućivanje poveznicom uobičajenog boravišta, iz čega proizlazi da sud zapravo primjenjuje svoje pravo. M. Župan, *Dijete u međunarodnom privatnom pravu*, u: B. Rešetar (ur.), *Dijete i pravo*, Osijek, 2009., str. 223.-271., na str. 231, M., Župan, *Određivanje međunarodne nadležnosti u obiteljskopравnim stvarima*, u J. Garašić, (ur.), *Zbornik radova sa međunarodne znanstvene konferencije o europskom građanskom procesnom pravu - aktualna pitanja održane u Zagrebu 27. - 28. rujna 2012.* (u pripremi za tisak).

172 E. Jayme, *Party autonomy*, op. cit., str. 3.

173 G. Rühl, *Party Autonomy in Private International Law of Contracts*, u: E. Gottschalk, R. Michaels, G. Rühl, J. von Hein (ur.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge/New York, str. 153.-183., na str. 153.

174 M. J. Whincop, M. Keyes, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Aldershot, 2001., str. 38.-42.

175 N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, op. cit., str. 131.

Summary

PARTY AUTONOMY IN FAMILY, STATUS AND INHERITANCE MATTERS

This paper deals with the issue of party autonomy in certain areas of private international law, i.e., family law, personal status issue and right of inheritance, in which this correlation has only recently been affirmed. The reader is first introduced to the fundamental problems of the choice of applicable law, shifting the focus later on the specific problem of party autonomy in the area of marital property regime, divorce, child support, determining an individual's name as well as on certain issues of inheritance with an international element. There are several important parameters that lead to the trend of strengthening of the given correlation in the respective fields. The objective reality is manifested in the fact that globalization has led to the internationalization of families moving across borders, and these families are entitled to an effective cross-border legal system and legal protection. Likewise, the parameter of legal reality reflects in significant differences of substantive laws. Finally, there is an institutional reality at the EU level, since the EU has jurisdiction (over cross-border matters) to undertake actions and provide legal tools in order to respond to the contemporary objective reality and to compensate for the insufficiency of the existing legal reality. In technical drafting terms recent pieces of legislation, deriving both from national and EU sources, give party autonomy a primary correlative function thus further affirming its status. By examining these legislative acts it can be concluded that in all of them party autonomy has a twofold restriction: the choice is possible only between several connecting factors that are already closely related to a specific legal relationship, while international mandatory rules are being introduced. The author elaborates both in terms of scholarship and by means of hypothetical examples a set of advantages and disadvantages of party autonomy in the respective legal fields, while drawing on significant practical implications of the rulings of the Court of Justice of the EU and the ECHR which by extending the principle of "mutual recognition" from the sphere of foreign decisions in the sphere of foreign law, make way for a dangerous trend of party autonomy generating in creating a European market of "family law products"!

Key words: *choice of law, party autonomy, family - status - inheritance private international law.*

Zusammenfassung

DIE WAHL DES MAßGEBENDEN RECHTS IN FAMILIEN-, STATUS- UND ERBSACHEN

Die Autorin bearbeitet die Problematik der Parteiautonomie in Bereichen des internationalen Privatrechts, in denen dieser Anknüpfungspunkt vor kurzem im Familien-, Status- und Erbrecht affirmiert wurde. In der Einführung wird der Leser mit Grundproblematik der Wahl des maßgebenden Rechts bekannt gemacht, wonach die Betonung auf konkrete Problemfragen der Willensfreiheit im matrimonialen Vermögensregime, bei der Ehescheidung, beim Unterhalt und bei der Bestimmung des persönlichen Namens und bei machen Erbfragen mit internationalem Element gelegt wird. Einige Parameter sind determinierend für die Stärkung dieses Anknüpfungspunktes im Personalstatut im weiteren Sinne. Es besteht die objektive Realität, dass die Globalisierung zur Internationalisierung der Familien geführt hat, welche sich über die Grenzen bewegen und deshalb das adäquate grenzüberschreitende Rechtssystem und den Rechtsschutz brauchen. Daran schließt sich die rechtliche Realität, dass die materiell-rechtliche Ordnungen dem Inhalt nach unterschiedlich sind. In der institutionellen Realität ist die EU zuständig (für grenzüberschreitende Sachen) und mit ihren Rechtsakten antwortet sie auf die moderne objektive Realität und kompensiert die vorhandene rechtliche Realität. Sie wird auch von neueren Gesetzestexten und *acquis communautaire* sowie auch von Nationalgesetzen durch Positionierung des Gesetztechnik beim Anknüpfungspunkt der Parteiautonomie in Funktion der primären kollisionsrechtlichen Verbindung zusätzlich affirmiert. Die Autorin stellt fest, dass diese Instrumente die Parteiautonomie zweifach begrenzen. Einerseits kann man zwischen einiger dem Rechtsverhältnis sowieso nahen Anknüpfungspunkten auswählen und andererseits werden international gezwungene Verordnungen eingeführt. Indem sie doktrinäre und hypothetische Beispiele angibt, polemisiert die Autorin in allen Forschungssegmenten über eine Reihe von Vor- und Nachteilen dieses Anknüpfungspunktes. Im zweiten Teil der Arbeit geht sie an die bedeutenden Implikationen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichts für grundlegende Menschenwerte heran, welche durch die Erstreckung des Grundsatzes „der gegenseitigen Anerkennung“ aus der Sphäre der ausländischen Entscheidungen in die Sphäre des ausländischen Rechts den Raum einem gefährlichen Trend eröffnen, und zwar, dem Trend, dass die Willensfreiheit die Entstehung des europäischen Marktes von „familienrechtlichen Produkten“ generiert!

Schlüsselwörter: *Auswahl des maßgebenden Rechts, Parteiautonomie, Familien- Status- und Erbrecht im internationalen Privatrecht.*

Riassunto

SCELTA DEL DIRITTO APPLICABILE NELLE QUESTIONI FAMILIARI, DI STATUS E SUCCESSORIE

L'autrice considera il problema dell'autonomia di parte in quegli ambiti del diritto internazionale privato dove tale collegamento s'è affermato soltanto in tempi recenti: nel diritto di famiglia, nelle questioni di status e nel diritto successorio. Da prima s'introduce il lettore alla questione fondamentale della scelta del diritto applicabile per poi spostare l'attenzione su questioni concrete circa l'autonomia privata quali il regime patrimoniale dei coniugi, il divorzio, il mantenimento, la determinazione del nome ed alcune questioni di carattere successorio, che hanno elementi internazionali. Vi sono alcuni parametri decisivi che stanno rafforzando tale collegamento nelle questioni di status in senso lato. E' di tutta evidenza che la globalizzazione ha condotto all'internazionalizzazione delle famiglie che si muovono fuori dai confini di un singolo stato e necessitano di un adeguato status giuridico transfrontaliero. Si ricollega il parametro della realtà giuridica che porta a concludere che gli ordinamenti giuridici sono diversi nei contenuti di diritto sostanziale. Sta di fatto che l'UE ha la competenza (per le questioni transfrontaliere) ed opera affinché con gli atti giuridici sia in grado di fare fronte alla realtà materiale contemporanea e di compensare l'attuale realtà giuridica. I testi normativi e l'acquis più recenti dell'UE, ma anche della legislazione nazionale, attraverso la scelta nomotecnica di posizionare l'autonomia privata quale collegamento prioritario di collisione in fondo non fanno che affermare un tanto. L'autrice accerta che tali strumenti limitano l'autonomia privata in due sensi: la scelta è possibile tra alcuni collegamenti che sono comunque vicini nel rapporto giuridico e s'introducono disposizioni cogenti internazionali. In tutti i segmenti della ricerca, l'autrice polemizza, adducendo, quanto esempi di dottrina, tanto ipotetici, sui vantaggi e le lacune di tale collegamento. Nella seconda parte del contributo tratta delle più rilevanti implicazioni della giurisprudenza della Corte dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, le quali, rinviando al principio "del riconoscimento reciproco" dalla sfera delle decisioni straniere nella sfera del diritto straniero, aprono il varco ad un trend pericoloso: l'autonomia privata genera un mercato europeo "di prodotti giusfamiliari"!

Parole chiave: *scelta del diritto applicabile, autonomia privata, diritto internazionale privato della famiglia, delle questioni di status e delle successioni.*

DISKRIMINACIJA OSOBA S INVALIDITETOM I NJIHOVA UKLJUČENOST U DRUŠTVO S NAGLASKOM NA PRAVO PRISTUPA SUDU

Dr. sc. Sanja Grbić, viša asistentica
Mr. sc. Dejan Bodul, asistent
Dr. sc. Vanja Smokvina, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 316.647.82-056.26
342.726-056.26
Ur.: 18. rujna 2012.
Pr.: 6. studenog 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

S jedne strane pravna regulacija osoba s invaliditetom jedan je od (naj)o-sjetljivijih elemenata pravne regulacije, dok je s druge strane njihov pravni status u društvu pouzdan indikator postignutog stupnja njegove demokratizacije. U svjetlu tendencija pravnog razvoja zaštite, u okvirima moderne pluralitetne socijalne politike, imajući u vidu osobu s invaliditetom kao pojedinca, sa svim općim i specifičnim potrebama, pravna teorija je više puta istaknula da zakonodavna rješenja moraju svakoj osobi s invaliditetom omogućiti pravo na jednake mogućnosti, a prije svega pravo na različitost. Usprkos rečenom diskriminacija na temelju invalidnosti nastavljala se i poslije usvajanja niza i tuzemnih i međunarodnih, antidiskriminatorskih pravnih akata (arg. Izvješće, Ured pravobraniteljice za osobe s invaliditetom za 2009., Zagreb, ožujak 2010., s. 90.). Stoga je, radi normativnog i faktičnog poboljšanja, neophodno analitičko sagledavanje postojećeg stanja, kako bi se spriječila diskriminacija osoba s invaliditetom i unaprijedila njihova pravna zaštita u jednom djelu, odnosno u pogledu prava na pristup sudu. U nedostatku sudske prakse, ali i mogućih problema, u području diskriminacije osoba s invaliditetom i njihovog prava na pristup sudu u Republici Hrvatskoj autori također nude i pregled poredbeno pravne judikature i zakonodavstva.

Ključne riječi: *diskriminacija, socijalna prava, invaliditet, pravo na pristup sudu.*

1. UMJESTO UVODA

Iako pojam jednakosti¹ leži u osnovi zaštite ljudskih prava, tjelesna konstitucija nerijetko je oblikovala našu budućnost, ali i objašnjavala našu prošlost.² Povijesno-pravni pristup problematici osoba s invaliditetom je dug i trnovit. Obilježavali su ga različiti pristupi, od potpune obezvrijeđenosti i obespravljenosti kao ljudskih bića do određenog stupnja društvenog uvažavanja.³ Ipak, pitanje pažljivog uređenja pravnog statusa osoba s invaliditetom ozbiljnije je razmatrano tek sa značajnijim razvitkom koncepta ljudskih prava. U takvom razvoju država, odnosno njen pravni sustav, postaje jamac zaštite ljudskih prava, što upućuje na činjenicu da će (ne)funkcioniranje pravne države u svakom pojedinačnom slučaju odrediti do koje mjere će zajamčena prava osoba s invaliditetom biti poštivana.⁴ Stoga, gledajući iz sadašnje perspektive, možda bi korektnije bilo istaknuti da nisu navedeni elementi bili ključni *per se*, već način na koji smo mi, kao društvo iste promatrali, nerijetko diskriminirali.⁵ S druge strane, bitno je naglasiti da osobe s invaliditetom nisu homogena grupa te da postoje velike razlike s obzirom na dob, sposobnosti, socijalne i obiteljske okolnosti te u nizu drugih činitelja, no autori zbog činjenice da je u radu naglasak stavljen na pravo na pristup sudu, osobe s invaliditetom ipak

- 1 Sociolog Peter Saunders razlikuje tri tipa jednakosti. 1. Formalna ili pravna jednakost tiče se svih članova društva koji su podčinjeni istim zakonima ili pravilima, a pojedince se prosuđuje s obzirom na ono što čine (krše li zakon ili neki propis), a ne prema onome tko su. Taj tip jednakosti Saunders smatra integralnim dijelom zapadnih kapitalističkih društava, iako se prema njemu on ne primjenjuje rigorozno kako bi trebao. Taj tip jednakosti je antipod diskriminaciji. 2. Jednakost mogućnosti znači da ljudi imaju jednake izgleda da postanu nejednaki, jer pojedinci koji se natječu za uspjeh i oni s više zasluga postižu više i tako postaju nejednaki. 3. Jednakost ishoda opisuje kao utrku u kojoj svi sudionici prolaze cilj u isto vrijeme, bez obzira na to koliko su brzo i jako trčali. Saunders prihvaća načela iz prva dva tipa jednakosti i odbacuje treći. Detaljnije HARALAMBOS, Michael, HOLBORN, Martin, *Sociologija, Golden marketing*, Zagreb, 2002., s. 30.-32.
- 2 BRADDOCK, David L.; PARISH, Susan L., *An Institutional History of Disability*, (Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman i Michael Bury, eds.), Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2001., s. 11. *et seq.*
- 3 Tako ŽUNIĆ, Zdenko, *Profesionalnom rehabilitacijom u 21. stoljeće*, Državni zavod za zaštitu obitelji, materinstva i mladeži, Ministarstvo rada i socijalne skrbi, Zagreb, 2001., s. 19.
- 4 V. ANĐELIĆ, Neven, *Kratka povijest ljudskih prava*, Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije (ACIPS) i Helsinški komitet za ljudska prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2008., s. 5. *et seq.*
- 5 Detaljnije o diskriminaciji DOBROTIĆ, Ivana, *O antidiskriminacijskom zakonodavstvu*, Revija za socijalnu politiku, vol. 15, 2008., br. 3, s. 503.; BARIĆ PUNDA, Vesna, *Načelo nediskriminacije: jedno od temeljnih načela zaštite ljudskih prava i sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 42, 2005., no. 1, s. 27. *et seq.*; HORVAT, Ana, *Novi standardi hrvatskoga i europskoga antidiskriminacijskog zakonodavstva*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 58, 2008., no. 60, s. 1453. i REŽIĆ, Sovjetka, *Zaštita ljudskih prava - zabrana diskriminacije, kako to izgleda u sudskoj praksi*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 42, 2005., no. 1, s. 121-126.

razmatraju kao jednu grupu ne praveći razlike.⁶

Antipod diskriminaciji je, prema Potočnjaku jednakost, ravnopravnost, tj. načelo jednakosti (engl. *equality*) koje u širem smislu znači da se osobe u sličnim situacijama ne tretiraju različito, osim ako je takvo postupanje objektivno opravdano.⁷ No, s druge strane, Končar smatra da zabrana diskriminacije (nediskriminacija) ne znači samo jednakost na individualnoj razini (svi su pred zakonom jednaki), već poštivajući stvarne razlike u položaju određenih skupina (primjerice pojedinačnih kategorija radnika) uključuje načelo jednakih mogućnosti, koje uči da su potrebni neki poticajni razlozi u dobro određenim skupinama osoba, koje su unatoč proglašenom načelu jednakosti *de facto* neravnopravni.⁸ Potočnjak razlikuje formalnu jednakost, kod koje je težište na jednakom postupanju (jednakim pravima i obvezama) u istim ili bitnome istovrsnim (analognim) slučajevima, i stvarnu (materijalnu) jednakost, kod koje se u obzir uzima i društveno uvjetovani nejednak položaj s kojeg neki pojedinci ili društvene skupine polaze u natjecanju za ograničene resurse.⁹ Diskriminacija može biti pozitivna (iako Potočnjak i Grgurev koriste pojam posebna (pozitivna) mjera ili opravdano pogodovanje)¹⁰ jer prema njima je diskriminacija sama po sebi nezakonito postupanje pa ne može biti pozitivna, a sintagma „pozitivna diskriminacija“ jest (*contradictio in terminis*), te se tada neka osoba ili skupina stavlja u povoljniji položaj od neke druge osobe ili skupine osoba, a kod negativne diskriminacije osoba ili skupina osoba stavlja se u nepovoljniji položaj od neke druge osobe ili skupine.¹¹ Razlikujemo i izravnu (direktna) diskriminaciju, koja predstavlja nejednako postupanje sukladno određenim zabranjenim temeljima (najčešće spol, rasa, državljanstvo, ali i invalidnost), a bit je da se pojedinac ne tretira sukladno svojim vrijednostima već biva tretiran nepovoljno jer je pripadnik neke grupe. Neizravna (indirektna) diskriminacija rezultira primjenom odredbe, kriterija ili prakse koje su po sebi naizgled neutralne, ali koje nepovoljno utječu na članove neke skupine (određenu rasnu skupinu, pripadnike nekog naroda ili jednostavno osobe s invaliditetom).¹²

6 V. primjerice o kategoriji starijih osoba s invaliditetom LEUTAR, Zdravka, ŠTAMBUK, Ana, RUSAC, Silvija, Socijalna politika i kvaliteta života starijih osoba s tjelesnim invaliditetom, Revija za socijalnu politiku, vol. 14, 2007., br. 3-4, s. 327-346.; odnosno o odnosu osoba s invaliditetom i siromaštva: LEUTAR, Zdravka, Osobe s invaliditetom i siromaštvo, Revija za socijalnu politiku, vol. 13, 2006., br. 3-4, s. 293-308.

7 STEINER Josephine, WOODS, Lorna, EU Law, Oxford University Press, Oxford, 2009., s. 156.

8 KONČAR, Polonca, Komentar članka 6. u: Zakon o delovnih razmerjih, SENČUR PEČEK, Darja, BELOPAVLOVIČ, Nataša, KALČIČ, Miran (ur.), GV Založba, Ljubljana, 2008., s. 44-45.

9 POTOČNJAK, Željko, Zabrana diskriminacije, uznemiravanja i spolnog uznemiravanja u radnim odnosima, s. 47.-100., s. 50., u: Potočnjak Željko (ur.), Radni odnosi u Republici Hrvatskoj, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, Zagreb, 2007.

10 Izraz pozitivna diskriminacija preuzet je iz engleske terminologije (engl. *positive discrimination*), ali u engleskom jeziku diskriminacija nije isključivo negativan pojam. O tomu GRGUREV, Ivana, Zabrana diskriminacije u radnom pravu, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta, Zagreb, 2006., s. 25.

11 POTOČNJAK, *op. cit.*, s. 50.

12 DEAKIN, Simon, MORRIS, Gillian S., Labour Law, Hart Pub., Portland, 2009., s. 528.

2. PRAVNI ASPEKTI ZAŠTITE OSOBE S INVALIDITETOM I NJIHOVOG PRAVA NA PRISTUP SUDU

Posebni zakonski tekstovi kojima se štite određene ugrožene kategorije osoba ili svi pojedinci u pojedinim sferama društvenog života, često se sreću u nacionalnom i međunarodnom pravu, primjerice u odnosu na osobe s invaliditetom.¹³ Danas 10% svjetske populacije ima neki oblik invalidnosti.¹⁴ U pogledu Republike Hrvatske (dalje: RH) važno je istaknuti da prema podacima za 2012. broj osoba s invaliditetom iznosi 518.081, što je 12,1% ukupnog stanovništva RH, od čega 60,2 % čine muškarci, a 39,8% žene.¹⁵

Borba protiv svih oblika diskriminacije i promicanju ravnopravnosti zahtjeva primjenu većeg broja instrumenata na različitim razinama. U pogledu invalidnosti nužno je isto definirati kao stanje kada kod osobe nastanu trajne promjene u zdravstvenom stanju koje se ne mogu otkloniti liječenjem, ni mjerama medicinske rehabilitacije, te koje uzrokuju gubitak ili smanjenje radne sposobnosti,¹⁶ ali dodaju autori, i općenite sposobnosti u svakodnevnim životnim situacijama. U širem europskom kontekstu možda je najbolja definicija koju je dao nezavisni odvjetnik Geelhoed u predmetu pred Europskim sudom u Luksemburgu u kojemu je rekao da su osobe s invaliditetom one osobe koje imaju ozbiljnih funkcionalnih ograničenja uslijed fizičkih, psiholoških ili mentalnih utjecaja, a što je dužeg trajanja ili trajne prirode.¹⁷ Bitno je istaknuti da je u svjetlu europskog prava teško utvrditi granicu između bolesti i invalidnosti, odnosno kada bolesna osoba stekne status invalidnosti.¹⁸

U pogledu socijalnih prava, samo određena socijalna prava uživaju izravno pružanje naknada ili usluga države ili drugih tijela koje je ovlastila država, a jedno je svakako i pravo na socijalnu sigurnost u slučaju invalidnosti.¹⁹

-
- 13 Za pojam invaliditeta v. ZOVKO, Gojko, *Invalidi i društvo*, Revija za socijalnu politiku, vol. 6, 1999., br. 2, s. 105.
 - 14 STEIN, Michael Ashley, *Disability Human Rights*, California Law Review, vol. 95, 2007., no. 1, s. 75. Za više statističkih podataka o osobama s invaliditetom: United Nations Enable. Dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18> (10.9.2012.).
 - 15 BENJAK, Tomislav, PETRESKI, Natalie, RADOŠEVIĆ, Manuela, *Izvyješće o osobama s invaliditetom u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Zagreb, 2012., s. 5. Dostupno na mrežnim stranicama: http://www.hzjz.hr/epidemiologija/kron_mas/invalidi11.pdf (10.9.2012.).
 - 16 JELČIĆ, Vera, *Socijalno pravo*, Knjiga prva, *Socijalno osiguranje*, Informator, Zagreb, 1988., s. 120.
 - 17 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Geelhoeda u predmetu C-13/05, *Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, ECR [2006] I-6467.
 - 18 WATSON, Philippa, *EU Social and Employment law, Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009., s. 495.-497.
 - 19 OSIATYNSKI, Wiktor, *Introduction*, s. 11.-19., s. 11., u: *Re-thinking Socio-Economic Rights in an Insecure World*, (UDOMBANA, Nsongurua, BEŠIREVIĆ, Violeta, ur.), CEU Center for Human Rights, Budapest, 2006.

U samoj srži svih akata i međunarodnih i domaćih, nalazi se temeljno pravo osoba s invaliditetom: živjeti unutar zajednice i sudjelovati u istoj. To uključuje i primjeren pristup sudu. Ipak problematika koncepcije prava na pristup sudu dosta je široko shvaćena, utoliko da „u jednom demokratskom društvu pravo na pravično vođenje sudskog postupka, u značenju koje mu daje Europska konvencija, zauzima toliko važno mjesto da restriktivno tumačenje članka 6. stavka 1. ne odgovara cilju i svrsi te odredbe.”²⁰

2.1. Univerzalna razina zaštite osoba s invaliditetom i njihovog prava na pristup sudu

Radi opsega rada, orijentirat ćemo se isključivo na problematiku pristupa sudu u svjetlu Konvencije o pravima osoba s invaliditetom,²¹ što ne znači da navedena problematika nije regulirana drugim međunarodnim aktima.²²

2.1.1. Konvencija o pravima osoba s invaliditetom

Ratifikacijom Konvencije ovaj međunarodni pravni akt postao je dio našeg unutarnjeg pravnog poretka.²³ Predstavlja važan dokument o ljudskim pravima budući da obvezuje države stranke da promiču, štite i osiguraju puno i ravnopravno

20 *Delcourt protiv Belgije*, presuda Europskog suda za ljudska prava, 17. siječnja 1970., br. 2689/65.

21 Konvencije o pravima osoba s invaliditetom s fakultativnim protokolom, NN-MU, br. 6/07., 3/08. i 5/08. - dalje u tekstu: Konvencija.

22 *Suvremena međunarodna regulativa ljudskih sloboda i prava* započinje Poveljom Ujedinjenih naroda 1945. (NN-MU, br. 15/93., 7/94.) koja kao jedan od globalnih ciljeva te organizacije proglašava neophodnost suradnje između država radi rješavanja „poticanje poštovanja prava čovjeka ...“ (čl. 1., st. 3.). Poveljom su, dakle, ljudska prava poprimila internacionalni karakter koji će potvrditi tri godine nakon toga Opća deklaracija o ljudskim pravima (1948.) koja utvrđuje i proglašava cijeli korpus najvažnijih sloboda i prava. Tako Opća deklaracija o ljudskim pravima (NN-MU, br. 12/09.), iako izričito ne koristi termin „pravo na pristup sudu“, u nekolicini članaka naznačuje predmetno pravo. Čl. 7. naznačuje da su svi pred zakonom jednaki i svi imaju pravo na jednaku pravnu zaštitu, bez ikakve diskriminacije. Čl. 8. govori da svatko ima pravo na djelotvorno pravno sredstvo dok članak 10. naznačuje da je svatko jednako ovlašten na pravično i javno saslušanje od strane neovisnog i nepristranog suda. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (NN-MU, br. 12/93., 7/95. i 11/95.) naznačuje da svi moraju biti jednaki pred sudom i sudovima pravde. St. 3. t. 7. istog članka naznačuje da svatko ima besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava u sudu. Nadalje, čl. 16. određuje da svatko ima pravo da ga se svugdje pred zakonom priznaje kao osobu. Isto tako, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (NN-MU, br. 12/93.), iako ne sadrži specifičnu odredbu o pravu na pristupu sudu, naznačuje da je efektivno sudsko i upravno pravno sredstvo nezamjenjivo (engl. *indispensable*). Tako U.N. Econ. & Soc. Council, General Comment 9: The Domestic Application of the Covenant, par. 9-10, U.N. Doc. E/C/1998/24 (Dec. 3, 1998).

23 U svjetlu skorog ulaska RH u Europsku uniju, važno je naglasiti da je Europska unija potpisnica navedene konvencije od 2007.: EU signs new UN treaty on disability rights, Press Release IP/07/446.

uživanje svih ljudskih prava za sve osobe s invaliditetom. To čini na način da spaja građanska i politička s ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima u istom aktu.

Predmetna se Konvencija u pravnom poretku, prema Ustavu RH nalazi ispod Ustava, a iznad zakona i drugih propisa.²⁴ To je bitno jer zaobilaženje uloge države i prava čini iluzornim bilo koju raspravu o zaštiti ljudskih prava i njihovim garancijama na unutarnjem i međunarodnom planu.

Za problematiku ovog rada zanimljivo je da se Konvencija bavi i pravom osoba s invaliditetom na pristup sudu. Kako navodi čl. 13., st. 1. Konvencije države potpisnice obvezne su osigurati osobama s invaliditetom *učinkovit pristup sudu*²⁵ pod jednakim uvjetima s ostalim osobama, uključujući pružanje preinaka u postupku primjerenih uzrastu osoba, da bi olakšale njihove uloge kao izravnih ili neizravnih sudionika, uključujući ih kao svjedoka u pravnim postupcima, ili u istražne postupke i druge preliminarnu fazu postupka. Stavak 2. istog članka određuje, kako bi se osigurao učinkovit pristup sudu za osobe s invaliditetom, obvezu država da promiče usavršavanje i obuku osoba koje rade na polju dijeljenja pravde, uključujući policiju i zatvorsko osoblje. Vidimo da se ukazuje na jedan dosta praktičan problem odnosno problem onemogućenosti fizičke pristupačnosti sudovima i drugim državnim tijelima. On je i dalje, u velikoj mjeri, prisutan, posebno zbog pogrešnog shvaćanja pojma pristupačnosti, odnosno razumne prilagodbe. Ona bi trebala predstavljati potrebnu i prikladnu preinaku i podešavanja, koja ne predstavlja nerazmjerno ili neprimjereno opterećenje, da bi se takvo što u pojedinačnom slučaju, tamo gdje je to potrebno kako bi se osobama s invaliditetom osiguralo uživanje ili korištenje svih ljudskih prava i temeljnih sloboda na ravnopravnoj osnovi s drugima“ (čl. 2., st. 1., t. 4. Konvencije).²⁶ Ipak zbog neprilagođenosti prostora i neprimjerenog stava društva, osobama s invaliditetom znatno je otežano ostvarivanje njihovih prava. Do nedavno, prilazne rampe javnim ustanovama bile su prava rijetkost. U posljednjih nekoliko godina pristupilo se prilagođavanju prostora osobama s invaliditetom. Pristupi najvećem broju zgrada tijela državnih i lokalnih vlasti dobili su rampe za osobe s invaliditetom. Stoga kada govorimo o slobodi kretanja osoba s invaliditetom, primjećuje se da ne postoji svijest o zakonskim obvezama i neophodnosti prilagođavanja prostora svim građanima jednako.²⁷ Ovo dovodi

24 Ustav Republike Hrvatske, (dalje: Ustav RH), NN, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10. i 85/10., čl. 140.

25 Autori napominju da se u službenom prijevodu teksta Konvencije o pravima osoba s invaliditetom koristi sintagma „pristup pravosuđu“ i „pristup pravdi“, no riječ je zapravo o pojmu „pravo na pristup sudu“ jer je navedeni izraz pravno precizniji, posebno ako se uzme u obzir sudska praksa i pravna tumačenja Europskoga suda za ljudska prava.

26 Cilj izgradnje prilagođene osobama s invaliditetom mora biti pristupačnost svih javnih građevina i ustanova, bez obzira na to jesu li to nove građevine, nadogradnje, pregrađivanja ili renoviranje, osobama s invaliditetom. Također treba uzeti u obzir da javne građevine i ustanove ne bi trebale biti pristupačne samo korisnicima invalidskih kolica, već i osobama s drugim vrstama invaliditeta.

27 U Republici Hrvatskoj (dalje: RH) su koraci za izbjegavanje i otklanjanje fizičkih prepreka u građevinama poduzeti tek nedavno. Primjerice, čl. 87. st. 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06.,

do apsurdnih situacija, jer primjerice osobe koje se kreću invalidskim kolicima, iako teško mogu ući u zgradu, zgradama se ne mogu kretati te i dalje ne mogu ostvariti svoje pravo na učinkovit pristup sudu. U skladu s prethodno navedenim Konvencija dakle definira obveze država u osiguravanju pristupačnosti fizičkog okruženja i pristupačnosti sudova. Tako i temeljem čl. 9., st. 1. naznačuje obvezu svih država članica da osobama s invaliditetom omogući nezavisno življenje i potpuno sudjelovanje u svim područjima života, da poduzimaju odgovarajuće mjere kako bi im osigurale pristup, koje uključuju identifikaciju i uklanjanje prepreka pristupačnosti, koje se odnose, između ostalog i na: (a) građevine, putove, prijevoz i druge zatvorene i otvorene prostore, uključujući škole, stambene objekte, zdravstvene ustanove i radna mjesta.” Ako određeno tijelo vlasti ili vlasnik objekta koji po svojoj prirodi predstavlja javno mjesto, a koji je obavezan postupati prema ovoj obvezi, a ne poduzme odgovarajuće mjere kako bi omogućio pristup svim osobama (uključujući i osobe s invaliditetom), dolazi do različitog postupanja prema osobama s invaliditetom odnosno i do diskriminacije istih, a potencijalno i do povrede prava na pristup sudu. Stoga smatramo bitnim ukazati na ovaj problem kako bi se ukazalo na prava i obveze navedene u Konvenciji i kako bi se sudovima pomoglo u njihovu pravilnom vršenju pravde.

2.2. Regionalni okvir

Osim univerzalnog, postoje i regionalni dokumenti koji proklamiraju zaštitu i ostvarenje ljudskih prava i sloboda kroz načelo zabrane diskriminacije u pravu na pristup sudu. Osobitu pozornost ćemo posvetiti europskom regionalnom okviru, prvenstveno Europskoj Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda²⁸ budući da se radi o odredbama koje dopuštaju neposrednu primjenu prava sadržanih u njoj od strane sudova u Republici Hrvatskoj, i to bez potrebe donošenja provedbenih akata (čl. 140. Ustava RH).

141/06., 146/08., 38/09. i 153/09.) propisuje mogućnost izvođenja radova na zajedničkim dijelovima zgrade u korist suvlasnika smanjene pokretljivosti. Radi se o noveliranom članku Zakona, koji je izmijenjen 2006., kako bi se, u tom dijelu, omogućila provedba odredbi Pravilnika o osiguranju pristupačnosti građevina osobama s invaliditetom i smanjene pokretljivosti (NN, br. 151/05.). On određuje da je za ugradnju dizala ili rampe na zajedničkim dijelovima zgrade, radi omogućavanja pristupačnosti i kretanja osobama smanjene pokretljivosti, suvlasniku smanjene pokretljivosti nije potrebna suglasnost ostalih suvlasnika. Radove suvlasnik može izvesti na vlastiti trošak, a na teret zajedničke pričuve samo uz suglasnost većine suvlasnika, tako da se time ne ugrozi mogućnost da se iz pričuve podmiri potrebe redovitoga održavanja, te da te poboljšanja ne idu suviše na štetu nadglasanih suvlasnika. Također Zakon o prostornom uređenju i gradnji (NN, br. 76/07., 38/09., 55/11., 90/11. 50/12. i 55/12.) čl. 7, čl. 16., st. 2., čl. 17, čl. 53, regulira položaj osoba smanjenje pokretljivosti, odnosno područje koje je prije regulirao Zakon o gradnji (NN, br. 175/03. i 100/04.), čl. 13. i 14.

28 NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10. - dalje u tekstu: Europska konvencija.

2.2.1. Europski okvir

Prema procjenama 80 do 120 milijuna Europljana osobe su s invaliditetom, što je 10 do 15% ukupne populacije država članica Vijeća Europe.²⁹ Politika u odnosu na osobe s invaliditetom dugo je bila usmjerena samo na institucionaliziranje takvih osoba, medicinsku rehabilitaciju i socijalnu pomoć. Takva politika počivala je na pretpostavci da su osobe s invaliditetom skoro pravni objekti socijalne pomoći, a ne pravni subjekti sposobni za i ovlašteni na normalan život u zajednici. Međutim, tijekom proteklog desetljeća došlo je do promjena u takvim stajalištima. Više nije prihvatljivo smatrati osobe s invaliditetom praktički objektima kojima je potrebna pomoć. Oni su građani s jednakim pravima kao i svi drugi i imaju pravo na aktivno sudjelovanje u društvu. Danas postaje bitno ostvariti i primijeniti u praksi navedeno stajalište jer su osobe s invaliditetom i dalje diskriminirane ne samo u Europi nego i šire. Primjerice, djeci s invaliditetom uskraćeno je pravo na školovanje, budući da škole nisu prilagođene u skladu s njihovim potrebama, mogućnost zapošljavanja osoba s invaliditetom također je ograničena zbog njima nedostupnih radnih mjesta i diskriminacije u zapošljavanju, sustavi skrbištva koji postoje u velikom broju zemalja Europe onemogućavaju takvim osobama donošenje najvažnijih odluka i kontrole nad vlastitim životom.³⁰

Kako bi se navedene nepravde ispravile međunarodni instrumenti zaštite ljudskih prava štite sve, bez obzira na invalidnost. Tako su Ujedinjeni narodi (dalje: UN) usvojili, tzv. Standardna pravila o izjednačavanju prilika za osobe s invaliditetom, kojima je svrha bila osigurati da osobe s invaliditetom mogu ostvarivati svoja prava i slobode bez diskriminacije.³¹ Najveći pomak u ostvarivanju prava osoba s invaliditetom učinjen je donošenjem Konvencije. Međutim, problemi osoba s invaliditetom su se u okviru Vijeća Europe pokušavali riješiti još od 1959. postavljanjem određenih standarda i provođenjem odgovarajućih mjera. Tako je 1992. učinjen veliki pomak u zaštiti prava osoba s invaliditetom jer su tada usvojena pravila koja su postavila glavna načela zaštite, omogućila njihovo aktivno sudjelovanje u životu zajednice i njihovu nezavisnost. Također, detaljnije su pokrivena i područja koja uređuju brigu o osobama s invaliditetom, njihovo obrazovanje, zapošljavanje i pristup osoba s invaliditetom.

Nadalje, jedna od glavnih smjernica europske socijalne politike unaprjeđenje je djelotvornog pristupa socijalnoj, ekonomskoj i pravnoj zaštiti osoba kojima je takva zaštita uistinu i potrebna, a imaju problema u njezinom ostvarivanju. Revidirana

29 Commissioner for Human Rights, Human Rights and Disability: Equal rights for all, CommDH/IssuePaper (2008) 2, Strasbourg. Dostupno na mrežnim stranicama: http://www.wcd.coe.int/view_doc.jsp?id=1355349. (1.3.2012.).

30 BARTLETT, Peter, LEWIS, Oliver, THOROLD, Oliver, Mental disability and the European Convention on Human Rights, Leiden, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2007., s. 1-5.

31 United Nations Standard Rules on the Equality of Opportunity for Persons with Disabilities (United Nations General Assembly Resolution 48/46 of 20.12.1993.).

Europska socijalna povelja (dalje: Socijalna povelja)³² u članku 15. osigurava osobama s invaliditetom pravo na nezavisnost, socijalnu integraciju i pravo na sudjelovanje u životu zajednice. Članci 16. i 17. Socijalne povelje ističu kako je obitelj "temeljna jedinica društva" te kao takva ovlaštena na socijalnu, pravnu i ekonomsku zaštitu potrebnu za njezin potpun razvoj. Iako navedeni članci izričito ne navode osobe s invaliditetom oni su obuhvaćeni tim odredbama i one se na njih primjenjuju. Preporuka br. R(92)6 o jedinstvenoj politici za osobe s invaliditetom Odbora ministara država članica Vijeća Europe³³ ide i korak dalje i inzistira na učinkovitom pravu na pristup socijalnoj, pravnoj i ekonomskoj zaštiti osoba s invaliditetom. Tako ona navodi da žrtve diskriminacije imaju pravo na pristup sudu kao i na pravne troškove. Također, takva prava mogu se osigurati i uz pomoć nacionalnih ustanova za zaštitu ljudskih prava, pučkog pravobranitelja ili drugih tijela u državama. Ta tijela moraju omogućavati pristup osobama s invaliditetom u skladu s njihovim potrebama, kako bi ona mogla ulagati prigovore ili djelovati kao posrednici i/ili pravni savjetnici žrtvama diskriminacije u sudskim postupcima.³⁴

Ovdje je važno istaknuti i tzv. Akcijski plan Vijeća Europe za razdoblje od 2006. do 2015.³⁵ koji je donesen radi promicanja prava osoba s invaliditetom, kao i njihovog potpunog uključivanja u život zajednice. Taj je plan u potpunosti podudaran s odredbama Konvencije te sadrži posebne mjere koje olakšavaju njezinu ratifikaciju i provedbu u državama članicama

U nešto užem europskom kontekstu, ali iznimno važnom za RH, u pogledu izvora prava EU-a nužno je istaknuti Povelju o temeljnim pravima EU-a, koja je stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora po pravnoj snazi izjednačena s osnivačkim ugovorima i predstavlja izvor primarnog prava EU-a, a koja u čl. 26. kao jedno od temeljnih prava u EU ističe pravo na uključenost osoba s invaliditetom u društvo.³⁶ U Ugovoru o funkcioniranju EU (dalje: UFEU)³⁷ u čl. 10. i 21. utvrđeno

32 Europska socijalna povelja i Dodatni protokol, NN - MU, br. 15/02., 8/03. O Europskoj socijalnoj povelji detaljnije UČUR, Marinko, Socijalno pravo, Informator, Zagreb, 2000., s. 55-60.

33 Preporuka br. R(92)6 Odbora ministara državama članicama o jedinstvenoj politici prema osobama s invaliditetom od 9.4.1992. Dostupno na mrežnim stranicama: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Command=com.instranet.CmdBlobGet&nstranetImage=574141&SecMode=1&DocId=602414&Usage=2> (25.08.2012.).

34 MAUDINET, Marc, Acces to Social rights for People with disabilities i Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003., s. 34-38.

35 Preporuka REC (2006)5 Odbora ministara državama članicama vezana uz Akcijski plan Vijeća Europe za promicanje prava i potpunog sudjelovanja u društvu osoba s invaliditetom: poboljšanje kvalitete života osoba s invaliditetom u Europi 2006.-2015.

36 Povelja o temeljnim pravima EU, OJ C 364, od 18.12.2000., OJ C 83, od 30.3.2010., čl. 26.: *Unija prepoznaje i poštuje pravo osoba s invaliditetom da ostvare blagodatni mjera osmišljenih da osiguraju njihovu neovisnost, društvenu i radno-pravnu integraciju, te sudjelovanje u životu zajednice.*

37 Ovdje je nužno istaknuti da u primarnom pravu Europske zajednice (danas Unije) sve do Ugovora iz Amsterdama iz 1997. nije bilo spomena osoba s invaliditetom, te je navedenim ugovorom tadašnjim čl. 13. UEZ-a ovlaštena Europska komisija na usvajanje mjera kojima bi se borilo protiv diskriminacije temeljene, među ostalim i na invalidnosti. Važno je istaknuti

je da će se Unija u definiranju i implementaciji svojih politika i aktivnosti boriti protiv svih oblika diskriminacije te je diskriminacija temeljem invalidnosti svrstana uz temeljne oblike diskriminacije koji su zabranjeni poput one temeljene na spolu, rasi i nacionalnoj pripadnosti, vjeroispovijedi i uvjerenju, godinama i seksualnoj orijentaciji.³⁸ Unatoč postojanju određenih zakonodavnih akata koji se bore protiv diskriminacije, među ostalim i osoba s invaliditetom u EU, potrebno je spomenuti Direktivu Vijeća Europske zajednice (danas Europske Unije) br. 2000/78/EZ o uspostavi okvira za jednakost u zapošljavanju³⁹ koja utvrđuje glavne smjernice za jednako postupanje u zapošljavanju i koja zabranjuje diskriminaciju zbog invaliditeta i obvezuje poslodavce da naprave razumne prilagodbe radnih mjesta za radnike s invaliditetom i omoguće pristup radnim mjestima nezaposlenim osobama s invaliditetom. Važno je istaknuti da Forum osoba s invaliditetom zahtjeva od institucija EU-a donošenje drugih akata koji bi još kvalitetnije podigli razinu života osoba s invaliditetom, no za sada ne s pretjeranim uspjehom, jer previše toga ostaje samo na papiru.⁴⁰ Naime, pristup institucija EU-a osobama s invaliditetom kretao se u tri etape. U prvoj iz 70-ih i 80-ih godina prošlog stoljeća Zajednica je podupirala nacionalne politike spram osoba s invaliditetom u obliku programa usmjerenih na širenje informacija i znanja o osobama s invaliditetom. u drugoj fazi od sredine 80-ih do sredine 90-ih godina prošlog stoljeća poticalo se stvaranje nevladinih organizacija koje su predstavljale interese i zalagale se za integraciju osoba s invaliditetom u tržište rada. Treća faza koja traje od Ugovora iz Amsterdama do danas, nastoji formulirati koherentnu politiku integracije osoba s invaliditetom u tržište rada i društveni život.⁴¹

Sve je to dovelo do znatnog poboljšanja položaja i prava osoba s invaliditetom i u okviru Ujedinjenih naroda i u Europi. Pojam invalidnosti više se ne vezuje samo za pomoć i ovisnost veće se sve više temelji na autonomiji i integraciji. Međutim, još uvijek je potrebno puno raditi na osviještenosti ljudi u pružanju neophodne pomoći osobama s invaliditetom kako bi im se omogućio normalan život u zajednici. Veliki napredak ostvaren je i u praksi Europskog suda za ljudska prava sa sjedištem u Strasbourgu (dalje: Europski sud za ljudska prava). Stoga će dalje u ovome radu

da je u Deklaraciji br. 22. koja prati Ugovor iz Amsterdama utvrđena obveza institucija Zajednice (danas Unije) da pri provođenju mjera iz tadašnjeg čl. 100a (kasnije čl. 95 UEZ-a, sada čl. 115. UFEU-a) kojima se uspostavlja ili uređuje unutarnje tržište, moraju uzeti u obzir potrebe osoba s invaliditetom. Treaty of Amsterdam, OJ C 340, 10.11.1997.

- 38 Ugovor o funkcioniranju EU, OJ C 83, od 30.3.2010., čl. 10. Borba protiv diskriminacije temeljene na invalidnosti sadržana je i u čl. 19. UFEU-a.
- 39 Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27.11.2000. o uspostavi okvira za jednako postupanje na području zapošljavanja i odabira zvanja, OJ L 303, od 2.12.2000.
- 40 Detaljnije Citizens' initiative: the European Parliament urges the Commission to answer 1 364 984 signatures on the rights of persons with disabilities. Dostupno na mrežnim stranicama: http://www.1million4disability.eu/news_detail.asp?pk_id_news=31&langue=EN (10.9.2012.). Naime, u proceduru je poslan prijedlog Direktive Vijeća od 2.7.2008. o implementaciji načela jednakog postupanja među osobama nevezano za njihovu vjeru i uvjerenje, invalidnost, godine ili seksualnu orijentaciju, COM (2008) 426 final.
- 41 WATSON, Philippa, *op. cit.*, s. 104.-114.

više riječi biti o zaštiti koju pruža Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda s posebnim osvrtom na pravo na pristup sudu.

2.2.1.1. Definicija invaliditeta

Pitanja i problemi vezani uz definiranje i utvrđivanje invaliditeta kroz medicinska shvaćanja nisu predmet ovog rada.⁴² Kada se govori o zaštiti prava osoba s invaliditetom, često se koristi šira definicija koja obuhvaća osobe oboljele od bolesti kao što su zaraza HIV-om ili one koje boluju od AIDS-a, kao i dugotrajne bolesti vezane uz stariju dob ljudi. Postoji i uža definicija koja se koristi u čl. 1., st. 2. Konvencije.⁴³ U ovom radu koristi se šira definicija jer su njome obuhvaćene sve osobe kojima je potrebna posebna pozornost ili briga zbog njihovoga psihičkog ili fizičkog oboljenja, te kako bi se njome obuhvatile različite povrede prava osoba s invaliditetom koje su se zbog toga pozivale na povredu odredbi Europske konvencije. Položaj takvih osoba kao i njihove potrebe znatno se razlikuju ovisno o stupnju njihovog oboljenja, a sve to utječe i na njihovu radnu sposobnost kao i njihov život uopće. Europski sud za ljudska prava jednako tretira osobe koje se mogu podvesti pod širu definiciju kao i one koje potpadaju pod užu.⁴⁴

Europska konvencija ne sadrži odredbe kojima bi se štitila prava osoba s invaliditetom. Međutim, to ne sprječava te osobe u podnošenju zahtjeva Europskom sudu za ljudska prava istim putem kao što to čine i sve druge osobe koje se smatraju žrtvama povreda prava iz Europske konvencije, iako se ovdje radi o posebnim povredama karakterističnim za njihovo oboljenje. Tako će u središtu ovog dijela rada biti pravo na pristup sudu prema Europskoj konvenciji. Međutim, da bi se zahtjev takvih osoba uopće mogao ispitivati nužno je reći i o odnosu Europske konvencije i osoba s invaliditetom kao i o sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava u tom području.

42 Detaljnije na mrežnim stranicama: <http://www.who.int/classifications/icf/en> (14.2.2012.). Isto v. BENJAK, Tomislav, JANIČAR, Zvezdana, JEŽIĆ, Anica, SUDEC, Gordana, MAMEK JAGIĆ, Ivančica, OSTOJIĆ, Jasmina, Probna primjena Međunarodne klasifikacije funkcioniranja, onesposobljenosti i zdravlja u postupku vještačenja invaliditeta u Hrvatskoj, Revija za socijalnu politiku, vol. 19, 2012., br. 2., s. 175.-198.; BENJAK, Tomislav, Stvaranje jedinstvenih kriterija utvrđivanja invaliditeta te dileme oko načina njegova mjerenja, Revija za socijalnu politiku, vol. 18, 2011., br. 2., s. 221.-225.

43 Konvencija, čl. 1., st. 2.:

Osobe s invaliditetom su one osobe koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprečavati njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima.

44 MJÖLL ARNARDÓTTIR, Oddný; QUINN, Gerard, *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2009., s. 144.

2.2.1.2. *Europska konvencija i prava osoba s invaliditetom*

Općepoznato je da Europska konvencija štiti i jamči prava koja možemo podvesti pod građanska i politička prava. Nasuprot njima izvan zaštite ostaju socijalna i kulturna prava. Tradicionalno prava osoba s invaliditetom potpadaju pod socijalna prava. Stoga danas unaprjeđenje i poboljšanje prava i položaja osoba s invaliditetom i na međunarodnom i na nacionalnom planu poprima oblik političkog pritiska na nadležna tijela koji se sastoji u donošenju posebnih pozitivnih mjera (u obliku ustavnih odredbi, odgovarajućeg zakonodavstva o invaliditetu i dr.). Takve mjere usmjerene su na poboljšanje uvjeta kao i kvalitete života osoba s invaliditetom, ali s druge strane pretpostavlja se da takve osobe trebaju imati jednaka građanska i politička prava koja se jamče svima. To se ostvaruje financijskom potporom iz državnih fondova, osnivanjem posebnih ustanova za osobe s invaliditetom kroz zdravstveno osiguranje, dnevnu skrb, rehabilitaciju, obrazovanje, zapošljavanje itd. Sve je to povezano uz određene troškove. Zbog toga se ta prava tradicionalno ne podvode pod građanska i politička prava već prava koja su do određenog stupnja ovisna o dostupnim izvorima. Njihova se zaštita jako razlikuje od države do države i usko je povezana s ekonomskom moći svake države. Klasična prava, građanska i politička se za razliku od navedenih manje vezuju uz troškove, iako i njihovo izvršenje u stvarnosti uključuje određene troškove.⁴⁵

Iskustvo također pokazuje da sudovi ne presuđuju olako kada se radi o zahtjevima koji proizlaze iz povreda ustavnih odredbi kao i povreda zakona iz područja socijalnog prava. Klasičan odgovor na takve zahtjeve sastoji se u tomu da većina država daje zakonodavcu i nadležnim tijelima određeni stupanj slobodne procjene ovisno o svim okolnostima predmeta. Tom slobodnom procjenom oni odlučuju o načinu i do koje mjere se pred njih postavljeni zahtjevi moraju ostvariti kako ne bi došlo do povrede navedenih prava.

Međutim, razlikovanje građanskih i političkih prava s jedne strane te socijalnih s druge nije uvijek tako jednostavno. Prvo, danas se sve veći naglasak stavlja na definiranje prava osoba s invaliditetom u okviru klasičnih građanskih i političkih prava. Tradicionalno je nepovoljan položaj osoba s invaliditetom tretiran kao rezultat njihovih posebnih potreba, fizičkih ili psihičkih, umjesto da se na takav položaj gledalo kao na rezultat diskriminacije ili nedovoljnog poštivanja ljudskih prava.⁴⁶ Drugim riječima, ovdje postoji jedan odmak od socijalne politike kada se pristupa pojmu jednakih prava. Hoće li tako promijenjen pristup dovesti do poboljšanja položaja osoba s invaliditetom ostaje za vidjeti, ali Europski sud za ljudska prava na tom je području učinio velike pomake.⁴⁷

Europska konvencija štiti određena ljudska prava pojedincima općenito pod jurisdikcijom država ugovornica. Kao što je navedeno ona izričito ne navodi

45 *Ibid.*, s. 141-142.

46 WADDINGTON, Lisa, *Evolving Disability Policies. From Social-Welfare to Human Rights: An International Trend from European Perspective*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 19, 2001., no. 2., s. 141-142.

47 *Loc. cit.*

zaštitu posebnih prava osoba s invaliditetom. Međutim, ona je uvijek smatrana, tzv. prilagodljivim instrumentom u smislu prilagodbe novonastalim potrebama te se zato u sudskoj praksi naziva još i "živim instrumentom". Do prilagodbe i proširenja Europske konvencije dolazi interpretacijom njezinih odredbi bivše Europske komisije za ljudska prava⁴⁸ i Europskog suda za ljudska prava uslijed promijenjenih uvjeta života i vrijednosti u demokratskim društvima. Iako se u Europskoj konvenciji izričito ne spominje invalidnost (osim iznimno u čl. 5., st. 1., e),⁴⁹ zahtjevi koje su podnositelji s invaliditetom godinama podnosili bivšoj Europskoj komisiji i Europskom sudu, stvorili su značajnu sudsku praksu i načela u ovom području.⁵⁰

Za razliku od drugih međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, u Europskoj konvenciji ne postoji opća dužnost nediskriminacije. Umjesto toga čl. 14.⁵¹ dodatna je zaštita za druga materijalna prava, i on sam za sebe ne djeluje neovisno. Međutim, tijela Europske konvencije navela su da, čak ako se utvrdi da država nije povrijedila svoje obveze u poštivanju nekog od materijalnih prava o kojem je riječ u nekom predmetu, može se ipak utvrditi da je to isto pravo povrijedila u vezi s čl. 14.⁵² To je usko vezano uz pitanje može li doći do povrede Europske konvencije odnosno čl. 14. u vezi s nekim drugim zaštićenim pravom ako se države ugovornice bez objektivnog i razumnog opravdanja ponašaju drugačije prema osobama s invaliditetom te ih tako ometaju i u ostvarivanju prava zajamčenih Europskom konvencijom. Tako je Europski sud za ljudska prava u predmetu *Thlimmenos protiv Grčke*⁵³ utvrdio da diskriminacija postoji i onda kada „države ugovornice bez objektivnog i razumnog opravdanja ne tretiraju različito ljude koji se nalaze u bitno različitim situacijama“. Ta je odluka značajna jer se s iste osnove može primijeniti i na osobe s invaliditetom. Nadalje, u predmetu *DH protiv Češke*⁵⁴ Europski sud za ljudska prava nije izravno spominjao razumnu prilagodbu,

48 Europska komisija za ljudska prava je bilo tijelo ustrojeno Europskom konvencijom koje je do stupanja na snagu Protokola br. 11 odlučivalo o dopuštenosti zahtjeva. Nakon postupovnih izmjena koje je uveo navedeni protokol Europska komisija je ukinuta i njezine ovlasti su prešle na jedinstveni Europski sud za ljudska prava 1998. godine.

49 Europska konvencija, čl. 5., st. 1. e):

Svatko ima pravo na slobodu i na osobnu sigurnost. Nitko se ne smije lišiti slobode, osim u sljedećim slučajevima i u postupku propisanom zakonom:...

e) ako se radi o zakonitom lišenju slobode osoba radi sprječavanja širenja zaraznih bolesti, o pritvaranju umobolnika, alkoholičara, ovisnika o drogi ili skitnica.

50 LOUCAIDES, Loukis, *The European Convention on Human Rights and the rights of persons with disabilities*, u: *Human Rights, Disability – Children, Towards international instruments for disability rights: The special case of disabled children*, Proceedings of the Conference, Council of Europe Publishing, 2004., s. 38.

51 Europska konvencija, čl. 14.:

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

52 GOMIEN, Donna, *Europska konvencija o ljudskim pravima*, Zadar, Naklada, 2007., s. 233.

53 *Thlimmenos protiv Grčke*, presuda, 6. travnja 2000., br. 34369/97.

54 *DH protiv Češke*, presuda, 6. travnja 2000., br. 34369/97.

ali je u predmetu u kojem se radilo o diskriminaciji djece romskog podrijetla u odnosu na njihovo pravo na obrazovanje utvrdio da pod čl. 14. potpada i neizravna diskriminacija. Time je otvoren put usvajanju pojma razumne prilagodbe u okviru Europske konvencije. Nakon toga veliki pomak u ostvarivanju zaštite prava osoba s invaliditetom učinjen je donošenjem presude *Glor protiv Švicarske*.⁵⁵ Europski sud za ljudska prava je „smatrao da postoji konsenzus na europskoj i svjetskoj razini o potrebi da se osobe s invaliditetom zaštite od diskriminirajućeg postupanja”. Članak 14. izričito ne navodi diskriminaciju na temelju fizičke ili psihičke invalidnosti te ju do navedene presude Europski sud za ljudska prava nije svojom sudskom praksom podveo pod „druge okolnosti“ iz čl. 14. Ovdje je po prvi puta, Europski sud za ljudska prava utvrdio diskriminaciju u odnosu na osobe s invaliditetom, pozvao se na Konvenciju i koristio pojam razumne prilagodbe iz čl. 1., st. 2. navedene Konvencije.⁵⁶ U tom predmetu Europski sud za ljudska prava utvrdio je povredu čl. 14. u vezi sa čl. 8. zbog toga što je Švicarska proglasila podnositelja nesposobnim za obavljanje vojne službe te mu zbog toga nametnula obvezu plaćanja poreza. Švicarska je utvrdila da g. Glor ne može odslužiti vojsku zbog činjenice da boluje od dijabetesa koji zahtijeva odgovarajuću medicinsku pomoć koja mu se ne može omogućiti u vojsci. Međutim, nisu smatrali da je ta njegova bolest dovoljno ozbiljna kako bi ga izuzeli od plaćanja poreza kroz određeni broj godina.⁵⁷ Također, nije mu omogućeno da vojni rok zamijeni civilnim odsluženjem jer prema švicarskom pravu nije ispunjavao za to određene uvjete. Gospodin Glor je pred Europskim sudom za ljudska prava iznio da je došlo do povrede čl. 14. zajedno sa čl. 8. jer je bio diskriminiran na temelju invalidnosti zbog koje nije mogao odslužiti vojsku, a nije ni mogao biti izuzet od plaćanja poreza. Tada je Europski sud za ljudska prava prvi puta utvrdio povredu čl. 14. zbog diskriminacije na temelju invalidnosti.

Članak 14. omogućava utvrđivanje povreda razumne prilagodbe, ali nije jedini članak prema kojemu može doći do takve povrede Europske konvencije. Povreda prava na razumnu prilagodbu osoba s invaliditetom pojavila se i u odnosu na čl. 3., 6. i 8. Europske konvencije. Međutim, odluke Europskog suda za ljudska prava povodom tih zahtjeva osoba s invaliditetom bile su različite.⁵⁸

Pravo na sprječavanje povreda od nečovječnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja je apsolutno pravo iz čl. 3. Europske konvencije i od njega kao takvog nema odstupanja niti mu se mogu nametati ikakva ograničenja. Europski sud za ljudska prava ovdje je zbog toga postavio visoki prag pri odlučivanju je li do takvog postupanja došlo. Patnja žrtve mora doseći određeni minimum kako bi se mogla pozivati na čl. 3. Kako bi se mogao ustanoviti taj minimum, Europski sud za ljudska

55 *Glor protiv Švicarske*, presuda, 30. travnja 2009., br. 13444/04.

56 Konvencija, čl. 1., st. 2.:

Razumna prilagodba znači potrebnu i prikladnu preinaku i podešavanja, koja ne predstavljaju nerazmjerno ili neprimjereno opterećenje, da bi se takvo što u pojedinačnom slučaju, tamo gdje je to potrebno kako bi se osobama s invaliditetom osiguralo uživanje ili korištenje svih ljudskih prava i temeljnih sloboda na ravnopravnoj osnovi s drugima.

57 G. Glor je morao plaćati iznos od 477 EUR poreza po godini (najmanje osam godina).

58 MJÖLL ARNARDÓTTIR, Oddný; QUINN, Gerard, *op. cit.*, s. 95.

prava uzima u obzir sve okolnosti predmeta, uključujući i zdravlje, godine i spol žrtve. Na sve to posebice pazi ako se radi o postupanju prema zatvorenicima kod kojih je potrebna povećana pažnja država zbog potreba osoba s invaliditetom koja se poziva na povredu čl. 3.

U predmetu *Price protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵⁹ koji je najznačajniji predmet u kojemu se razmatrala povreda čl. 3. u odnosu na osobe s invaliditetom, Europski sud za ljudska prava presudio je da je došlo do ponižavajućeg postupanja u odnosu na podnositeljicu budući da Ujedinjeno Kraljevstvo nije ispunilo svoju obvezu da se prilagodi posebnim potrebama gđe Price zbog njezinog invaliditeta. Uslijed bolesti udovi su joj bili skraćeni i imala je niz povezanih drugih zdravstvenih poteškoća uključujući i probleme s bubrežima. Budući da je ona odbila odgovoriti na postavljena pitanja u postupku pred Okružnim sudom kažnjena je zatvorskom kaznom u trajanju od tri dana. Odbijeno joj je pravo da se u zatvoru koristi svojim električnim punjačem za invalidska kolica. Prvu noć je morala provesti u ćeliji koja je za nju bila prehladna te se u njoj nalazio krevet koji ona nije mogla koristiti. Pri korištenju toaleta pomagalo joj je muško osoblje (pustili su joj da sjedi na toaletu tri sata) te je nakon odsluženja izrečene kazne morala na katetetrizaciju zbog nedostatka tekućine i zadržavanja mokraće do koje je došlo zbog teškoća u korištenju toaletom. Europski sud za ljudska prava utvrdio je da je ovdje došlo do povrede čl. 3. Europske konvencije jer se radilo o osobi s invaliditetom zatvorenoj u ćeliji u kojoj joj je bilo hladno do te mjere da je bila izložena ozeblinama. Nadalje, ona nije mogla spavati u krevetu jer joj je bio nedostupan, niti se koristiti toaletom. Time je Europski sud donio odluku kojom je utvrđeno da države moraju prilagoditi uvjete u zatvoru kako bi oni bili prilagođeni osobama s invaliditetom jer u suprotnom dolazi do povrede čl. 3. Države moraju u obzir uzeti različite okolnosti u kojima se nalaze osobe s invaliditetom i takvim osobama omogućiti odgovarajući tretman. To pokazuje potrebu poštivanja razumne prilagodbe pri sprječavanju povreda apsolutnog prava iz čl. 3., zabrane mučenja i ponižavajućeg i nečovječnog postupanja. Međutim, opseg ovog prava vrlo je uzak i omogućava osobama s invaliditetom zaštitu smo u okviru njegovog točno određenog sadržaja.

Članak 8. Europske konvencije puno je širi u svom sadržaju od čl. 3. On jamči pravo na privatni i obiteljski život kao i zaštitu doma i dopisivanja. Europski sud za ljudska prava ovdje je široko tumačio pojam privatnog života. Tako je u predmetu *Botta protiv Italije*⁶⁰ utvrdio da privatni život obuhvaća i fizički i psihički integritet osobe i njezin razvoj bez vanjskih utjecaja na osobnost svake osobe u odnosu s drugim ljudima. Zbog takve definicije privatnog života osobe s invaliditetom podnosile su zahtjeve Europskom sudu za ljudska prava u kojima su tvrdili da su države ugovornice povrijedile njihova prava iz čl. 8. zbog propuštanja uklanjanja prepreka ili time što im nisu omogućile odgovarajuću pomoć ili sredstva. U navedenom predmetu *Botta protiv Italije* podnositelj zahtjeva, korisnik invalidskih kolica, nije mogao dobiti pristup plaži i moru na privatnom kupalištu zbog propusta

59 *Price protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 10. srpnja 2001., br. 33394/96.

60 *Botta protiv Italije*, odluka, 24. veljače 1998., br. 2143/93.

kupališta da osigura uređaje za osobe s invaliditetom (toaletne i rampe) kako propisuje talijanski zakon. Podnositelj zahtjeva tvrdio je da je takav propust talijanske države, tj. privatnog kupališta povrijedio njegovo pravo na privatni život i razvoj njegove osobnosti prema čl. 8. i predstavlja diskriminaciju suprotnu čl. 14. Europski sud za ljudska prava je ispitao jesu li prava koja je istaknuo podnositelj zahtjeva unutar opsega pojma „poštovanja privatnog života“. Istaknuo je da u skladu sa čl. 8. države moraju poduzeti odgovarajuće mjere kako bi poštivale privatni život, ali takva obveza postoji samo ako se može utvrditi „uvjerljiva i izravna veza“ između mjera koje je država morala poduzeti i podnositeljevog privatnog/obiteljskog života. Europski sud za ljudska prava smatrao je da se istaknuto pravo, naime pravo na pristup plaži i moru na mjestu udaljenom od njegovog uobičajenog prebivališta tijekom njegova godišnjeg odmora, odnosi na „međuljudske odnose tako širokog i neodređenog opsega da ne može postojati uvjerljiva izravna veza između mjera koje je država morala poduzeti kako bi ispravila propuste privatnog kupališta i privatnog života podnositelja zahtjeva“. Zaključeno je da čl. 8. nije mjerodavan i stoga nije razmatrao čl. 14.

Slično prethodno navedenom predmetu, u predmetu *Zehnalova i Zehnal protiv Češke*⁶¹ podnositelji zahtjeva, koji su bili u invalidskim kolicima tvrdili su da je došlo do povrede poštivanja njihovih privatnih života bez diskriminacije, jer mnoge javne zgrade nisu bile opremljene pristupnim uređajima za osobe s invaliditetom (iako je to bilo propisano češkim zakonima). Europski sud za ljudska prava je smatrao da se članak 8. ne može primijeniti jer nije bilo dovoljno dokaza o svakodnevnoj potrebi odlaska podnositelja u takve zgrade i zbog toga se nije mogla ustanoviti izravna i uvjerljiva veza, zbog koje bi Češka morala učiniti zgrade dostupnima i podnositeljima.⁶²

Dakle, možemo reći da Europski sud za ljudska prava nije sve do 2009. i predmeta *Glor protiv Švicarske* išao u prilog osobama s invaliditetom i tek nakon usvajanja Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i njezine primjene unutar Vijeća Europe bio je spreman promijeniti svoju praksu vezanu uz razumnu prilagodbu koja je usko vezana uz ostvarivanje prava na pristup sudu osoba s invaliditetom.

2.2.1.3. Pravo na pristup sudu osoba s invaliditetom prema čl. 6. Europske konvencije

Članak 6., st. 1. Europske konvencije⁶³ govori o pravu na pošteno suđenje koje je jedno od najznačajnijih prava za ostvarenje demokracije i vladavine prava. U

61 *Zehnalova i Zehnal protiv Češke*, odluka, 14. svibnja 2005., Reports of Judgments and Decisions 2002-V.

62 MJÖLL ARNARDÓTTIR, Oddný; QUINN, Gerard, *op. cit.*, s. 96-100.

63 Europska konvencija, čl. 6., st. 1.:

Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj.

njemu se izričito ne navodi pravo na pristup sudu, ali ono je jedno od najvažnijih prešutnih načela iz čl. 6. koja je stvorio i detaljno razradio Europski sud za ljudska prava u svojoj sudskoj praksi. Tako pravo na pristup sudu mora postojati i mora biti osigurano zakonom, tj. mora biti stvarno i djelotvorno jer bi drugačije njegovo tumačenje bilo u suprotnosti s načelom zakonitosti. Zbog njegove tako velike važnosti Europski je sud za ljudska prava detaljno razradio sadržaj prava na pristup sudu.

Pravo na pristup sudu znači da svatko, zbog povrede svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo, ima pravo na pristup sudu, tj. pravo na podnošenje tužbe sudu. Tako prema praksi Europskog suda za ljudska prava⁶⁴ pravo na pokretanje postupka pred sudom predstavlja samo jedan dio prava na pristup sudu. Nadalje, Europski sud za ljudska prava odredio je i da pravo na pristup sudu obuhvaća i pravo na donošenje pravomoćne odluke u sporu⁶⁵ kao i ovrhu presude.⁶⁶

Pristup sudu je odbijen u nekim predmetima zbog karakteristika stranke u postupku. Europski sud za ljudska prava je utvrdio da ograničenja kao što su pravo pristupa sudu maloljetnicima, mentalno oboljelim osobama, pristup strankama koje ometaju postupak i dr. predstavljaju zakonom opravdani cilj. Međutim, države ne mogu uskratiti to pravo samo zato što smatraju da za to postoje opravdani razlozi. Takve razloge uvijek detaljno ispituje Europski sud za ljudska prava.⁶⁷ Tako je kroz njegovu praksu utvrđeno i da pravo na pristup sudu uključuje prvo djelatnu sposobnost koja omogućuje podnošenje predmeta sudu i postojanje pravnih sredstava i mehanizama koje stoje na raspolaganju osobama s invaliditetom. To podrazumijeva pravo na sudjelovanje u postupku putem zastupnika, pravo na izbor i imenovanje odvjetnika i pravo na podnošenje žalbi. Također, svaki navedeni dio prava na pristup sudu ne može se ostvariti bez razumne prilagodbe koja omogućava pristup sudu osobama s invaliditetom. Stoga je u odnosu na čl. 6. bilo nekoliko interesantnih predmeta u kojima je središnje pitanje bilo pravo podnositelja na razumnu prilagodbu i pristup sudu. Na žalost praksa Europskog suda za ljudska prava ovdje je ostala vrlo ograničena.

U predmetu *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁶⁸ podnositeljica koja je bolovala od reumatoznog artritisa i bila u invalidskim kolicima, se žalila na povredu

64 *V. Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 21. veljače 1975., Serija A, br. 18., *Sporrong i Lönnroth protiv Švedske*, presuda, 23. prosinca 1982., Serija A, br. 52, *Keegan protiv Irske*, presuda, 26. svibnja 1994., Serija A, br. 290., *Deweer protiv Belgije*, presuda, 27. veljače 1980., Serija A, br. 35.

65 *Kutić protiv Hrvatske*, presuda, 1. ožujka 2002., Reports of Judgments and Decisions 2002-II, *Multiplex protiv Hrvatske*, presuda, 10. srpnja 2003., br. 58112/00, *Marini protiv Albanije*, presuda, 18. prosinca 2007., br. 3738/02.

66 V., primjerice *Immobiliare Saffi protiv Italije*, presuda, 28. srpnja 1999., Reports of Judgments and Decisions 1999.-V.

67 NUALA, Mole, HARBY, Catharina, *The Right to a Fair Trial, A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks, no. 3., Council of Europe, Strasbourg, 2006., s. 19.

68 *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka, 28. veljače 1996., br. 25290/94.

prava na pristup sudu. Tvrdila je da je zbog spora vezanog uz kupoprodaju stana morala prisustvovati suđenju u prostorijama suda koji je njoj bio nedostupan. Daleki put koji je morala prijeći, kako bi došla do suda započinjala je u 4:30 ujutro što joj je uzrokovalo velike bolove zbog kojih je kasnije morala ležati danima u krevetu. Sama zgrada suda također je bila nepristupačna, te su je po steubištu izvan zgrade kao i unutar zgrade morali nositi sudski službenici. Nadalje, zgrada nije bila opremljena niti toaletima za invalide zbog čega je također imala velikih problema budući da je nekada znala čekati ročište i po šest sati. U zahtjevu koji je podnijela Europskom sudu za ljudska prava tvrdila je da je predmet trebao biti prebačen na sud u mjestu u kojem je ona živjela i koji je bio prilagođen potrebama osoba s invaliditetom. Istaknula je da je došlo do povrede čl. 6. Europske konvencije jer Ujedinjeno Kraljevstvo to nije učinilo. Međutim, Europski sud za ljudska prava proglasio je predmet nedopuštenim jer podnositeljica nije poduzela odgovarajuće mjere i tražila premještaj predmeta na drugi sud prije nego što je on dodijeljen sudu u Londonu.⁶⁹ Iz navedene odluke se vidi kako Europski sud za ljudska prava nije bio voljan izmijeniti svoju praksu u odnosu na čl. 6. i osobe s invaliditetom pa se može reći da je to vrlo nezadovoljavajuća odluka. Od osoba s invaliditetom može se tražiti da obavijeste sud o svojim problemima, ali to ne bi trebalo osloboditi države dužnosti razumne prilagodbe, kao što je to bilo u predmetu *Malone*, ako im je poznato da se radi o osobi s invaliditetom i značajnim posljedicama po zdravlje takve osobe.⁷⁰

U predmetu *Farcas protiv Rumunjske*⁷¹ podnositelj je bolovao od mišićne distrofije što je značajno ugrožavalo njegovu mogućnost kretanja. Kada je otpušten s radnoga mjesta nakon dvadeset godina zato što nije mogao doći do novog ureda, tužio je poslodavce zbog činjenice da nisu izvršili razumnu prilagodbu njegovog radnog mjesta što je dovelo do otkaza njegova ugovora o radu. Međutim, i sam sud kao i sudnice i uredi unutar njega nisu bili opremljeni u skladu s potrebama osoba s invaliditetom. Tada se on žalio i na povredu prava pristupa sudu i drugim javnim zgradama u kojima su bili smješteni uredi i vladine agencije putem kojih je ostvarivao beneficije za osobe s invaliditetom. Također, žalio se i na nedostupnost javnog prijevoza osobama s invaliditetom. Europski sud za ljudska prava ovdje je odlučio da podnositeljevo pravo na pristup sudu iz čl. 6. nije povrijeđeno jer su mu na raspolaganju stajala druga sredstva koja osiguravaju taj pristup. Primjerice tužbu je mogao predati putem pošte. Također, presudio je i da nije bilo izravne i uvjerljive veze između privatnog života podnositelja i mjera koje je on tražio od države pa nije došlo niti do povrede čl. 8.

Dakle, možemo reći da je pravo na pristup sudu u smislu razumne prilagodbe iz čl. 1., st. 2. Konvencije moguće ostvariti primjenom odredbi Europske konvencije

69 MJÖLL ARNARDÓTTIR, Oddný; QUINN, Gerard, *op. cit.*, s. 100.

70 CLEMENTS, Luke J., READ, Janet, *Disabled People and european Human Rights: A Rewiew of the Implications of the 1998 Human Rights Act for Disabled Children and Adults in the UK*, Bristol, Policy Press, 2003., s. 45.

71 *Farcas protiv Rumunjske*, odluka, 30. rujna 2010., br. 32596/04.

kao i zaštitom Europskog suda za ljudska prava i to ponajviše pozivajući se na odredbe čl. 14. koje govore o nediskriminaciji i to uvezi sa čl. 8. i čl. 6. Također, Europski sud za ljudska prava, uvidjevši veliku važnost i potrebu zaštite osoba s invaliditetom, ovo je pravo podveo i pod pravo na pristup sudu iz čl. 6. Međutim, još uvijek nema dovoljno sudske prakse Europskog suda za ljudska prava prema kojoj bismo mogli reći da je takva zaštita doista i ostvarena čl. 6. Europske konvencije.

2.2.2. Američki okvir

U travnju 1948. donesena je Američka deklaracija o pravima i dužnostima čovjeka (Američka deklaracija), kao prvi međunarodni instrument zaštite ljudskih prava, gotovo pola godine prije daleko poznatije Opće deklaracije o ljudskim pravima UN-a. Ona omogućava da svaki građanin države članice uživa temeljna civilna prava, uključujući pravo na pristup sudu.⁷² Također važan pravni dokument, Američka konvencija o ljudskim pravima (Američka konvencija) jamči univerzalno pravo na pristup sudu (čl. 8., st. 1.).⁷³ Navedeni dokumenti zabranjuju sve oblike diskriminacije protiv osoba s invalidnošću, jamčeći učinkovit pristup pravdi.⁷⁴

Osim pravnih dokumenata zanimljiva je i američka judikatura. Naime, 2004. Vrhovni sud SAD-a, tek je manjom većinom, prihvatio odluku koja se tiče primjene Zakona o osobama s invaliditetom (*Americans With Disabilities Act (ADA)*) i prava na pristup sudu.⁷⁵ Spor se odnosio na stvarnu nemogućnost pristupa sudu u državi Tennessee. Postupak su pokrenule dvije osobe, oboljele od paraplegije, koji invalidska kolica koriste kao sredstvo kretanja.

Prvi tužitelj je tvrdio da se trebao pojaviti na suđenju na drugom katu općinskog suda u kojem nije bilo dizala. Na prvom ročištu tužitelj se morao penjati, doslovno puzeći, da bi se pojavio na ročištu. Na drugom ročištu tužitelj se odbio penjati po stubama, ali isto tako je odbio i da ga sudski službenici odnesu u sudnicu.

72 American Declaration of the Rights and Duties of Man, O.A.S. Official Rec., OEA/Ser. L.N./II.23, doc 21 rev. 6 (1948), *reprinted in* Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser. L. V/II.82, doc. 6 rev. 1, art. XVII (1992).

73 *Hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature, and the determination of her or his rights and obligations of a civil, labour, fiscal, or any other nature.* American Convention on Human Rights, Pact of San Jose, Costa Rica, art. 8(1), Nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, OAS/Ser. IV/1.4 rev. 7 (entered into force July 18, 1978). Kao što je vidljivo članak je uvelike sličan članku 6. Europske konvencije.

74 Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Persons with Disabilities, AG/RES. 1608 (XXIX-O/99), art. II(1)(a) (June 7, 1999.).

75 Promatran iz perspektive europskoga kontinentalnog prava, Vrhovni sud SAD-a predstavlja spoj prvostupanjskog, žalbenog i ustavnog suda. Tako definirana široka nadležnost, nezamisliva u bilo kojoj drugoj državi s pisanim ustavnim tekstom, rezultat je i škrтости ustavnih odredbi, i tradicije proistekle iz potonjeg djelovanja suda. Detaljnije EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. i SEGAL Jeffrey A, *Ideological drift among Supreme Court Justices: Who, When and How important?* *Northwestern University Law Review*, vol. 101, 2007., no. 1, s. 1484. *et seq.*

Mogućnost da se suđenje preseli u najbližu sudnicu, koja ima pristup za invalide, također je odbio. Drugi tužitelj s invaliditetom je novinar izvjestitelj koji tvrdi da nije mogao imati pristup nizu suđenja, s kojih se morao javljati zbog opisa svojeg posla, što je u konačnici rezultiralo i otkazom ugovora o radu.⁷⁶

Kako se pitanje odnosilo na ustavno pravo na pristup sudu,⁷⁷ Vrhovni sud je naznačio da „*uobičajeno razmatranje troškova i prikladnosti ne može opravdati nemogućnost države da pruži pojedincima učinkovito pravo na pristup sudu.*“⁷⁸ Stoga je smatrao opravdanim razmotriti je li tužiteljevo pravo na pristup sudu povrijeđeno te ima li zbog toga pravo na odštetu. Iako se u konačnici postavilo pitanje ima li Kongres mogućnost u skladu s glavom 5. 14-og amandmana provesti odredbu ADA protiv država, posljedice takve odluke su mogle biti dalekosežne. Jedini spor među sucima Vrhovnog suda uključivao je pitanje snage dokaza o diskriminaciji, odnosno nemogućnosti osoba s invaliditetom na pristup sudu. Većina sudaca je smatrala da znatan broj dokaza ukazuje na opseg neustavnog ponašanja, odnosno diskriminacije prema osobama s invaliditetom u odnosima prema javnim tijelima. Manjina je smatrala da nije predstavljen nikakav dokaz da je ustavno pravo na pristup sudu onemogućeno osobama s invaliditetom. Oni su također izrazili bojazan, da bi eventualna odluka o povredi prava na pristup sudu otvorila prostor za niz novih tužbi. U konačnici Vrhovni sud je ustvrdio da sporna glava II., ADA odgovarajuće regulira pravo na pristup sudu te da države nisu obvezne angažirati nikakva značajnija sredstva da bi sudski servis postao dostupan osobama s invaliditetom. Naime, istaknuto je da Zakon nalaže samo razumnu preinaku, pa iako će novije zgrade imati arhitektonske prilaze u skladu s najnovijim standardima, starije zgrade se trebaju modificirati manje skupim mjerama na način da se sporovi u kojima su stranke invalidi premjeste na odgovarajuća mjesta i pritom angažiraju osobe koje će im pomoći. Smatrano je da su ovakve preinake, radi potreba osoba s invaliditetom, u skladu s obvezom i potrebom omogućavanja smislene mogućnosti na saslušanje i pristup sudu. Referirajući se na konkretni predmet, Vrhovni sud je ukazao na opravdanost tužiteljevih zahtjeva kojima je cilj ispravljanje navedenih problema, priznajući pritom i pravo na odštetu.

Iako je manjina sudaca napala odluku većine zbog nemogućnosti identificiranja stalnosti ustavnih povreda od strane države, naznačujući da je samo u dva slučaja utvrđena povreda ustavnog prava invalida na pristup sudu, istaknuli su da je tužitelj bio mogao prisustvovati početnom saslušanju i da se nije pojavio na drugom

76 Osnovna nadležnost Vrhovnog suda proistječe iz njegovog ovlaštenja, zasnovanog neposredno na ustavnoj odredbi, da odlučuje o žalbama na presude drugih sudova. Gotovo svi sporovi vođeni pred ovim sudom pokreću se žalbom na presudu nižih sudova i imaju u vidu njegovu apelacijsku nadležnost. Detaljnije MAYERS, Lewis, *The American Legal System*, Harper & Row, New York, 1964., s. 6-7.

77 Prijevod SMERDEL, Branko, *Ustav Sjedinjenih Američkih Država*, Panliber, Osijek, 1994., s. 26.

78 *Ordinary considerations of cost and convenience alone cannot justify a state's failure to provide individuals with a meaningful right of access to the courts* (Tennessee v. Lane, 541 U.S. 509 (2004.)).

saslušanju i to tek nakon što je odbio pomoć sudskih službenika za pomoć pri ulasku u sudnicu. On je također odbio da se suđenje premjesti u najbliži grad gdje je sudnica prilagođena invalidima. U skladu s navedenim, zastupali su stajalište da pravo na pristup sudu nije povrijeđeno.

U svjetlu predmeta *Tennessee protiv Lane*, savezna država Pensilvanija radikalno je izmijenila pristupačnost javnih prostora *in favorem* osoba s invaliditetom. Naime, iako odluka naznačuje problem pristupačnosti isključivo sudovima, u želji da se izbjegnu predmetni sporovi i smanje potencijalni parnični troškovi, pristup svim tijelima javne vlasti je poboljšan.⁷⁹

2.2.3. Afrički i arapski okvir

Radi stvaranja kompleksnije slike o međunarodnim izvorima ljudskih prava na drugim kontinentima, a koji se tiču navedene problematike, nužno je izdvojiti još dva izvora.

Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda (tzv. Afrička povelja) (*The African (Banjul) Charter on Human and Peoples Rights (African Charter)*),⁸⁰ u čl. 52. naznačuje obvezu svih država članica da omoguće pojedincima pravo na pristup sudu, u razumnom roku i od nezavisnog suda.⁸¹

Arapska konvencija o ljudskim pravima (*The 2004 Revised Arab Charter on Human Rights (revised Arab Charter)*) također podržava pravo na pristup sudu jamčeći pritom svim pravo na pristrani sud.⁸²

2.3. Nacionalni postupovni okvir za prava osoba s invaliditetom na pristup sudu

Zabrana diskriminacije je Ustavom RH zajamčeno ljudsko pravo.⁸³ Kako je Ustav najviši akt u državi, nijedan pravni propis (zakon ili neki podzakonski akt)

79 Detaljnije GRANQUIST, Luther A., *Unlawful Discrimination or a Necessity for a Fair Trial?: Exclusion of a Law Clerk with a Disability from the Courtroom During Jury Trial of a Personal Injury Case*, *William Mitchell Law Review*, vol. 30, 2003., no. 2, s. 455. *et seq.* BURK, Erika *The Influence of U.S. Anti-Discrimination Laws Abroad - With Special Reference to Germany*, DISSERTATION der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-Rechts-und Sozialwissenschaften (HSG) zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Wirtschaftswissenschaften vorgelegt von Dissertation Nr. 2799. (dostupno kod autora).

80 Organization of African Unity, *African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter")*, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982.). Dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3630.html> (18.1.2012.).

81 UDOMBANA, Nsongurua J., *Toward the African Court on Human and Peoples' Rights: Better Late Than Never*, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 3, 2000., no. 1, s. 45. *et seq.*

82 RISHMAWI, Mervat, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?* *Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005., no. 2, s. 361. *et seq.*

83 Ustav RH, čl. 14.-20. zabranjuje diskriminaciju. Mnoge druge odredbe Ustava RH, neposredno ili posredno odnose se i na zabranu diskriminacije.

ne može sadržavati odredbe kojim se na bilo koji način afirmira diskriminacija. Tomu svakako doprinose navedeni međunarodni i komparativni standardi koji predstavljaju pouzdanu osnovu za definiranje učinkovitih pravnih mehanizama zaštite od diskriminacije.⁸⁴ Promicanjem prava na pravično suđenje u nacionalnom pravnom sustavu, izražava se potrebe da odgovarajućim procesnim jamstvima država osigura primjerenu zaštitu osoba s invaliditetom. Ipak, uvažavajući činjenicu da je moć prava nerijetko ograničena društvenom stvarnošću, želja je prvenstveno objasniti odredbe nekih pozitivnih procesnih propisa kako bi se omogućilo učinkovitije zagovaranje i promicanje zaštite osoba s invaliditetom, odnosno ukazati na neke prednosti i nedostatke navedenih procesnih zakona.

2.3.1. Zakon o kaznenom postupku

Tijekom posljednjih nekoliko godina došlo je do značajnih promjena u propisima kaznenog postupovnog prava u Republici Hrvatskoj,⁸⁵ ali se do pozitivnih promjena dolazi izuzetno teško.⁸⁶

Položaj osobe s invaliditetom poboljšan je izmjenom postupovnog zakona 2008. ako je u pitanju kazneni postupak.⁸⁷ Ipak, osobi s invaliditetom nije osigurano pravo da se suđenje održi na pristupačnom mjestu, pa se u praksi potencijalno može onemogućiti pristup sudu. Naime, jednak pristup i jednaka prava pred sudovima za osobe s invaliditetom podrazumijevaju održavanje postupka u fizički dostupnom

84 Republika Hrvatska je potpisala i ratificirala gotovo sve međunarodne izvore koji su relevantni za pravno reguliranje statusa osoba s invaliditetom u društvu. Detaljnije MRKONJIĆ, Senka (ur.), *Prava osoba s invaliditetom, IV. izmijenjeno i dopunjeno izd., Udruga osoba s invaliditetom Split, 2009.*, s. 98. *et seq.*

85 V. Zakon o kaznenom postupku, NN, br. 152/08., 76/09., 80/11. i 121/11. – dalje u tekstu: ZKP. Detaljnije PAVIŠIĆ, Berislav, *Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, 2008.*, br. 2, s. 489-602. Zaštita koju Kazneni zakon (NN, br. 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07., 152/08. i 57/11. – dalje u tekstu: KZ, čl. 106. i 174.) pruža je prilično raznovrsna i pokriva osnovne i najvažnije oblike u kojima se diskriminacija javlja, ali za sada su slučajevi diskriminacije u judikaturi i dalje rijetki. Detaljnije *id., et al.*, *Komentar Kaznenog zakona, Narodne novine, Zagreb, 2007.*, s. 340-341. i 468-469.

86 Smatramo bitnim spomenuti da su u Zakonu o suzbijanju diskriminacije (NN, br. 85/08.), predviđena prekršajna i građanska odgovornost. Kaznena odgovornost i kaznene sankcije ostale su izvan Zakona o suzbijanju diskriminacije, u Kaznenom zakonu, koji je stoga nužno čitati zajedno sa Zakonom o suzbijanju diskriminacije. Tako MRČELA, Marin, *Kaznenopravna gledišta suzbijanja obespravljivana, u: CRNIĆ, Ivica, et al., Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa, radni materijali: Trening za trenere, Projekt Izgradnja kapaciteta i podizanje svijesti sudaca i državnih odvjetnika o antidiskriminacijskom zakonodavstvu, Zagreb, HPC, 2009.*, s. 120.

87 V. komentar uz čl. 6. PAVIŠIĆ, Berislav, *Komentar Zakona o kaznenom postupku, Dušević i Kršovnik, Rijeka, 2011.*, s. 74-77. Smatramo bitno spomenuti Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (NN, br. 11/97., 27/98., 128/99. i 79/02.) koji propisuje temeljna načela, način organiziranja i provođenja zaštite te pretpostavke za primjenu mjera i postupanje prema osobama s duševnim smetnjama. Također regulira postupak prisilnog smještaja prema neubrojivim osobama i osuđenicima.

prostoru,⁸⁸ pa nedorečenost odredbe čl. 6. Zakona o kaznenom postupku - ZKP⁸⁹ ostavlja mogućnost praktičnog problema pristupačnosti koji se može javiti u svim stadijima postupka. Stoga osobe s invaliditetom, zbog otežanog kretanja, mogu potencijalno biti žrtve diskriminacije u kaznenim sudskim postupcima.

2.3.2. *Zakon o parničnom postupku*

Samo obraćanje sudu predstavlja stres za građanina. Tražeći svoje pravo građanin se mora najprije baviti ostvarivanjem prava da pristupi sudu. Takvom tijelu državne vlasti, u skladu sa Zakonom o parničnom postupku (dalje: ZPP)⁹⁰ povjereno je, između ostalog, da u građanskopravnim stvarima pruža pravnu zaštitu povrijeđenim ili ugroženim subjektivnim građanskim pravima (čl. 2. i 3. ZPP-a), osim ako to nije posebnim zakonom drugačije određeno (načelo zakonitosti) (čl. 1. ZPP-a). Ako se takvo pravo ne može ostvariti, bilo faktično ili pravno, onda ne možemo govoriti o zakonitosti, jednakosti i pravičnosti koju jamči ZPP. Naime, zakonodavac se pri donošenju i noveliranju ZPP-a rukovodio temeljnim načelima određene grane prava. Iz takve perspektive čest i veliki broj izmjena ZPP-a svakako zaslužuje pohvale jer, među ostalim, ukazuje i na tendenciju stalnog poboljšavanja i položaja stranaka, sudionika i trećih u parnici, ali i praćenje međunarodnih tendencija u zaštiti osoba s invaliditetom.⁹¹ Tomu je dokaz i članak 115. ZPP-a koji jamči osobama s invaliditetom pravo da se suđenje održi na pristupačnom mjestu, što u potpunosti zadovoljava obveze predviđene međunarodnim normama, prvenstveno čl. 13. Konvencije.⁹²

88 Za primjere diskriminacije iz prakse okolnih zemalja ČAREVIĆ MITANOVSKI, Lepojka, KOČIĆ MITAČEK, Violeta, SAVIĆ, Marko, Žene sa invaliditetom u Srbiji, Prva analiza stanja i pravne regulative o položaju žena sa invaliditetom u Republici Srbiji, Beograd, 2009., s. 15-84.

89 Čl. 6., st. 1 ZKP-a navodi *U postupku uređenom ovim Zakonom, zabranjena je diskriminacija sukladno ... invaliditetu...*

90 Zakon o parničnom postupku (NN, br. 53/91., 91/92., 58/93., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 02/07., 84/08., 123/08., 57/11. i 148/11. – pročišćeni tekst, dalje u tekstu: ZPP).

91 UZELAC, Alan, Postupak pred sudom, u: Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije, (ŠIMONOVIĆ, Tena, ur.), Ured za ljudska prava Vlade RH, Zagreb, 2009., s. 93-106. Detaljnije o položaju stranke, zastupnika i trećih u parničnom postupku DIKA, Mihajlo, Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV. Knjiga, Narodne novine, Zagreb, 2008., s. 1-10.

92 Članak 115. ZPP-a *Ročište se, u pravilu, održava u sudskoj zgradi. Sud može odlučiti da se ročište održi izvan sudske zgrade kad ustanovi da je to nužno ili da će se na taj način uštedjeti u vremenu ili u troškovima postupka. Protiv takva rješenja nije dopuštena žalba. Smatramo bitnim naznačiti da ne postoji obveza suda da ročište održi izvan sudske zgrade, niti je predviđeno pravo osobe s tjelesnim invaliditetom da traži održavanje ročišta izvan zgrade suda, već sud može, a ne mora, prihvatiti ovakav prijedlog.*

2.3.3. Zakon o općem upravnom postupku

Načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa iz čl. 6. Zakona o općem upravnom postupku (dalje: ZUP)⁹³ štiti stranku u postupku i ogleda se u omogućavanju da stranka što lakše zaštiti i ostvari svoja prava.⁹⁴ Način na koji će upravno tijelo u upravnom postupku omogućiti strankama da što lakše zaštite svoja prava je u konačnici, temeljem „novog ZUP-a“, činjenično pitanje. Ono ima posebni izraz u vođenju upravnog postupka i u odlučivanju, pri tomu naglašavajući potrebu učinkovitog ostvarivanja prava i interesa subjekata koji sudjeluju u postupku (načelo učinkovitosti, čl. 10. ZUP-a). Naime, tijela koja postupaju po ZUP-u dužna su pri vođenju postupka omogućiti strankama da što lakše zaštite i ostvare svoja prava.⁹⁵ Stoga i načelo izjašnjavanja stranke (s invaliditetom) iz čl. 30. ZUP-a, koje se ogleda u dužnosti upravnih tijela da prije donošenja rješenja stranci omoguće usmeno izjašnjenje o svim činjenicama i okolnostima koje su važne za donošenje rješenja, postaje činjenično pitanje.⁹⁶ Drugim riječima, za učinkovito ostvarivanja načela učinkovitosti i načela izjašnjavanja stranke (s invaliditetom) u praksi, bilo bi potrebno riješiti pitanje materijalno-tehničke opremljenosti tijela.⁹⁷ U stvarnosti nedostatak sredstava predstavlja kršenje prava na pristupačnost tijelu jer istovremeno onemogućava subjektu ostvarenje i drugih prava u postupku. Stoga smatramo da problem fizičke pristupačnosti i dalje ostaje prisutan i u normi upravnog postupka i u praksi upravnog sudovanja.⁹⁸

3. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Diskriminacija osoba s invaliditetom predstavlja poseban slučaj diskriminacije na osnovi osobnih svojstava. S obzirom na činjenicu da zakoni koji reguliraju predmetnu materiju, kao i osnovni postupovni zakoni i dalje ne sadrže adekvatne odredbe kada su u pitanju prava osoba s invaliditetom. Zakon o suzbijanju diskriminacije predstavlja jedini instrument za ostvarivanje ljudskih prava osoba s invaliditetom. Za sada, zakonodavac nije smatrao potrebnim da se područje zaštite osoba s invaliditetom regulira zasebno, budući da su prava potencijalno diskriminirane grupacije tretirana zajedno s pravima svih građana u Zakonu o

93 Zakon o općem upravnom postupku (NN, br. 47/09.) - dalje u tekstu: ZUP.

94 Detaljnije o načelima upravnog postupka ĐERĐA, Dario, Opći upravni postupak u RH, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., s. 42-58.

95 BORKOVIĆ, Ivo, Upravno pravo, Informator, Zagreb, 1997., s. 368.

96 Postoji izuzetak od načela saslušanja stranke, odnosno odstupanje od tog načela moguće je jedino u slučaju kada Zakon dopušta takvu mogućnost (čl. 48., 49. i 50. ZUP).

97 TURČIĆ, Zlatan, DUPELJ, Željko, Komentar Zakona o općem upravnom postupku, Organizator, Zagreb, 2000., s. 41.

98 Svakako bi spomenuli i novi Zakon o upravnim sporovima, NN, br. 20/10. koji putem načela usmene rasprave (čl. 7.) određuje da u upravnom sporu sud odlučuje na temelju usmene, neposredne i javne rasprave, čime se aktualizira pitanje pristupačnosti sudu. Stari Zakon o upravnim sporovima (NN, br. 53/91., 9/92. i 77/92.) takvu odredbu nije sadržavao.

suzbijanju diskriminacije. Ipak, nada ostaje da i nakon usvajanja niza propisa kojima se sprječava svaki oblik diskriminacije, čije je donošenje pozdravljano, nije spriječena mogućnost da se i u budućnosti donose poseban zakon koji bi se odnosio na određenu kategoriju pojedinaca – invalida.

Zbog brojnih problema u svezi s invalidnim osobama, koji su nastali osobito nakon Domovinskog rata, diskriminacija u RH po mišljenju autora predstavlja pojavu koja će se pokušati ukloniti Nacionalnom strategijom izjednačavanja mogućnosti za osobe s invaliditetom od 2007. do 2015.⁹⁹ Stoga iako su pozitivnim propisima jasno definirane obveze prilagođavanja okruženja i pojam diskriminacije u vezi s pružanjem usluga i korištenjem objekata i površina, te predviđena obveza da se osigura pristupačnost objektima i površinama u javnoj upotrebi osobama sa svim vrstama invaliditeta, indikativna metoda utvrđivanja činjenica ukazuju da se, načelno, jako malo čini po tom pitanju. Naime, ne postoji svijest o zakonskim obvezama i neophodnosti prilagođavanja prostora svim građanima jednako, iako su jasno definirane obveze prilagođavanja okruženja i pojam diskriminacije u vezi s pružanjem usluga i korištenje objekata i površina. U konačnici smatramo da zakonodavac nije vodio računa, da ako propusti uređivanje jednog područja socijalnog života osobe s invaliditetom, izravno onemogućava osobe s invaliditetom da uživaju druga prava.

Zaključno, razvoj međunarodne regulative u području zaštite osoba s invaliditetom i njihovog prava na pristup sudu bilježi napredak i donosi usavršavanje mehanizama za nadzor njihovog poštivanja u tuzemnom zakonodavstvu. Ipak u mnogim područjima života, prava osoba s invaliditetom tek su deklarativno spominjana kroz široku formulaciju „*zabrana diskriminacije*“.¹⁰⁰

⁹⁹ Nacionalna strategija izjednačavanja mogućnosti za osobe s invaliditetom 2007. do 2015., NN, br. 63/07.

¹⁰⁰ Zanimljivo je da carinski, porezni i drugi zakoni koji reguliraju socijalnu problematiku, koriste različite nazive (primjerice, invalid rada, ratni vojni invalid, trajna ili privremena promjena u zdravstvenom stanju, tjelesno i mentalno oštećenje itd.) što može stvoriti nejasnoće i neujednačenost u tumačenju, odnosno, proizvoljnost u primjeni. To je svakako posljedica nepostojanja dosljedne politike države prema ovoj populaciji, pa zakonska materija iznosi na vidjelo presjek trenutnog stanja u ovoj oblasti. To, također, ukazuje da je značajan razlog diskriminacije ležao i leži u činjenici da brojni posebni zakoni koji su doneseni prije Zakona o zabrani diskriminacije sadrže u sebi djelomične, pojedinačne i nepovezane pravne norme uslijed čega zabrana diskriminacije u Hrvatskoj nije bila uspješna.

Summary

DISCRIMINATION OF PERSONS WITH DISABILITY AND THEIR INCLUSION IN THE SOCIETY WITH THE EMPHASIS ON THEIR RIGHT OF ACCESS TO THE COURT

While it is true that the legal regulation of persons with disability is one of the most delicate elements of legal regulation, their legal status in the society is a reliable indicator of the achieved level of democracy. In light of the trend of legal development of protection, in the framework of a modern plural social policy, the legal theory has repeatedly underlined that the legislative solutions must enable the right to equal opportunities, but first of all the right to difference, considering the person with disability as an individual person, with all general and specific needs. Nevertheless, the discrimination on the ground of disability is still present despite the enactment of numerous, national and international, anti-discriminative legal acts (arg. Report, Office of the Ombudsman for People with Disabilities for 2009, Zagreb, March 2010, pp. 90). Therefore, with the view of normative and factual improvement, an analytic analysis of the current state of play is needed, in order to prevent discrimination of people with disability and to improve their legal protection in terms of their right of access to the court. Considering the consistent lack of case law in the field of discrimination of persons with disability and their right of access to court within the Republic of Croatia, the authors analyse both case law and legislation in terms of comparative law.

Key words: discrimination, social rights, disability, right of access to court.

Zusammenfassung

DISKRIMINIERUNG VON PERSONEN MIT BEHINDERUNG UND IHRE EINGESCHLOSSENHEIT IN DIE GESELLSCHAFT MIT BETONUNG AUF DAS RECHT AUF GERICHTSZUGANG

Einerseits ist die Rechtsregulierung von Personen mit Behinderung eines der (meist) empfindlichen Elemente der rechtlichen Regulierung, während, andererseits ihr Rechtsstatus in der Gesellschaft ein zuverlässiges Indiz für den erreichten Grad der Gesellschaftsdemokratisierung darstellt. Im Lichte der Tendenzen von rechtlicher Entwicklung des Schutzes und im Rahmen der modernen pluralistischen Sozialpolitik hat die Rechtstheorie, indem sie die Person mit Behinderung als Individuum mit allen allgemeinen und besonderen Bedürfnissen in Betracht zieht, mehrmals betont, dass die Gesetzesbeschlüsse jeder Person mit Behinderung das Recht auf gleiche Möglichkeiten, und vor allem das Recht auf Andersartigkeit, gewährleisten müssen. Ungeachtet dessen hat sich die Diskriminierung aufgrund der Behinderung

auch nach den Annahme von vielen sowohl nationalen als auch internationalen antidiskriminatorischen Rechstakten (Arg. Bericht, das Büro der Rechstanwältin für Personen mit Behinderung für das Jahr 2009, Zagreb, März, 2010,S.90) fortgesetzt. Deshalb ist es notwendig, wegen normativer und tatsächlicher Verbesserung, die vorhandene Situation analytisch zu betrachten, mit dem Ziel, die Diskriminierung von Personen mit Behinderung vorzubeugen und ihr Rechtsschutz im Sinne des Rechts auf Gerichtszugang, zu verbessern. Wegen Mangel an Rechtsprechungen aber auch an potentiellen Problemen im Bereich der Diskriminierung von Personen mit Behinderung und ihres Rechts auf Gerichtszugang bieten Autoren auch die Übersicht der rechtsvergleichenden Judikative und Gesetzgebung an.

Schlüsselwörter: *Diskriminierung, Sozialrechte, Behinderung, das Recht auf Gerichtszugang.*

Riassunto

LA DISCRIMINAZIONE DELLE PERSONE DISABILI E LA LORO APPARTENENZA ALLA SOCIETÀ CON PARTICOLARE ATTENZIONE PER IL DIRITTO DI ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

Per un verso la disciplina giuridica dello stato delle persone disabili rappresenta uno degli elementi più delicati nella regolamentazione del diritto; dall'altro, il loro stato giuridico all'interno della società costituisce un affidabile indicatore del livello di democratizzazione raggiunto. Alla luce delle tendenze di uno sviluppo giuridico della protezione nel contesto di una moderna politica sociale pluritetica, tenendo conto della persona disabile quale individuo con tutte le sue esigenze comuni e specifiche, la teoria giuridica ha più volte rilevato che le soluzioni legislative debbono consentire a tutte le persone disabili di disporre dei medesimi diritti; in primo luogo, del diritto alla diversità. Nonostante ciò, la discriminazione in base alla disabilità permane anche in seguito all'emanazione di tutta una serie di atti giuridici antidiscriminatori sia interni, sia internazionali (Relazione, Autorità garante per i diritti delle persone disabili per l'anno 2009, Zagabria, marzo 2010, p. 90). Quindi, per un miglioramento normativo e reale, è necessaria un'analisi dello stato dei fatti con l'intento di impedire la discriminazione delle persone disabili e di rinnovare i loro diritti in un segmento, ossia nel diritto di accesso alla giustizia. In assenza di giurisprudenza, ma anche di potenziali questioni da risolvere, nell'ambito della discriminazione delle persone disabili e del loro diritto di accesso alla giustizia in Croazia gli autori offrono una rassegna comparata della legislazione e della prassi giurisprudenziale.

Parole chiave: *discriminazione, diritti sociali, disabilità, diritto di accesso alla giustizia.*

EUROPSKO UGOVORNO PRAVO NA PUTU OD *SOFT* PREMA *HARD LAW* OSVRT NA OPCIONALNO ZAJEDNIČKO EUROPSKO PRAVO PRODAJE (CESL)

za Martu

Dr. sc. Emilia Mišćenić, viša asistentica,
znanstvena suradnica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 339.162.4::061.1EU
347.44::061.1EU
Ur.: 10. listopada 2012.
Pr.: 30. listopada 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

*Usklađivanje propisa ugovornog prava država članica EU-a predstavlja jedno od najučinkovitijih sredstava za postizanje i jačanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta. No nedostaci u pristupu europskog zakonodavca harmonizaciji ugovornog prava država članica rezultirali su brojnim problemima koji dovode do udaljavanja od tog cilja. Stoga se na razini EU-a pokušava razviti novi i prihvatljiviji pristup harmonizaciji, a sve je popraćeno brojnim priopćenjima Komisije, rezolucijama Europskog parlamenta te projektima konsolidiranja i harmonizacije ali i pokušajima kodifikacije ugovornog prava. Spomenuta djelovanja obuhvaćaju razvoj od prve rezolucije Europskog parlamenta iz 1989., preko Landovih načela, revizije važećeg *acquis-a* u pravu zaštite potrošača, CFR-a, Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača pa sve do Komisijinog Prijedloga Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje. Budući da bi usvajanje Uredbe nedvojbeno značajno utjecalo na razvoj europskog ugovornog prava, autorica proučavanjem ključnih odredaba predloženog opcionalnog instrumenta nastoji utvrditi njegove glavne prednosti i nedostake.*

Ključne riječi: europsko privatno pravo, europsko ugovorno pravo, usklađivanje, unutarnje tržište, zajedničko europsko pravo prodaje, CESL, CISG, Direktiva 2011/83/EU.

1. UVODNO O EUROPSKOM PRIVATNOM PRAVU (CILJEVI, RAZVOJ, ISHODI)

Jedan od glavnih ciljeva Europske unije (dalje u tekstu: EU) od njezinih početaka pa sve do danas bio je i ostao stvaranje zajedničkog, odnosno unutarnjeg tržišta.¹ Polazilo se od toga da europsko zajedničko tržište počiva prije svega na jačanju unutarnje trgovine, pa je stoga i Europski sud pravde (dalje u tekstu: ESP) (sada: Sud pravde EU-a)² u presudi *Gaston-Schul*³ zajedničko tržište definirao kao cilj, čijim postignućem mora doći do otklanjanja prepreka u unutarnjoj trgovini Zajednice i do stapanja nacionalnih tržišta u jedinstveno tržište. Značaj ove sudske prakse za europsko privatno, posebice ugovorno pravo očituje se upravo u tomu što je ESP istaknuo da prednosti ovakvog tržišta imaju posebnu važnost i za one koji se profesionalno bave trgovačkom djelatnosti i za privatne osobe kada ulaze u prekogranične gospodarske transakcije. Također, u istoj je presudi ESP definirao „zajedničko“ tržište kao tržište na kojem vladaju uvjeti, koji odgovaraju što je više moguće uvjetima stvarnog „unutarnjeg“ tržišta.⁴ U skladu s čl. 26. st. 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje u tekstu: UFEU)⁵ unutarnje tržište obuhvaća prostor bez unutarnjih granica, u kojem je zajamčen slobodan promet robe, osoba,

- 1 Nakon završetka Drugog svjetskog rata europske integracije odvijale su se funkcionalno slijedeći prije svega cilj ekonomske integracije država članica EU-a, koji postupno prerasta u političku integraciju. U *ex* čl. 2. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (dalje u tekstu: UEZ) (pročišćeni tekst), Official Journal (dalje u tekstu: OJ) C 325 od 24. prosinca 2002. države članice su preuzele zadatak „promicati širom Zajednice skladan, uravnotežen i održivi razvoj gospodarskih djelatnosti“.
- 2 Ugovor iz Lisabona o izmjenama Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o osnivanju Europske zajednice, OJ C 306 od 17. prosinca 2007. promijenio je dotadašnje nazive i strukturu suda, uveo promjene u postupku imenovanja sudaca i nezavisnih odvjetnika, u nadležnosti itd. U hrvatskoj pravnoj doktrini ne postoji konsenzus o tom da li treba izraz „pravda“ kao sastavni dio eng. naziva pojma prevesti kao dio službenog naziva ove institucije EU-a ili ne.
- 3 Predmet ESP, 15/81, *Gaston-Schul/Inspecteur der invoerrechten en accijnzen* [1982] ECR 1409, para. 33.
- 4 Iako je Ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice (dalje u tekstu: UEEZ) iz 1957. godine sadržavao samo pojam „zajedničkog tržišta“ (čl. 3. st. 1. sl. h)), Jedinstvenim europskim aktom, OJ 1987 L 169/14 propisan je cilj ostvarenja „unutarnjeg tržišta“ do 31. prosinca 1992., čija uspostava traje još i danas (*ex* *ex* čl. 7a UEEZ, *ex* čl. 14 UEZ, čl. 26 UFEU). Vidi Pelkmans, J./Goyens, M./Burghof, H.-P./Leibfried, S., *The European Single Market – How Far From Completion?*, *Intereconomics*, br. 2., 46/2011, str. 64. U pravnoj doktrini razvio se je niz teorija o razgraničenju ova dva pojma. Prema vladajućoj teoriji oba su pojma jednakog značenja. Drugi smatraju da je zajedničko tržište specifično u odnosu unutarnje, odnosno obrnuto da je unutarnje tržište specifično u odnosu na zajedničko. ESP nije posvetio mnogo pažnje razgraničenju ova dva pojma, već je u predmetu C-350/92, *Spain v. Council* [1995] ECR I-1985 istaknuo, da je razlika između njih beznačajna za razgraničenje pravnih osnova zakonodavnih akata EU-a. Iz kasnije sudske prakse i izmjena UEZ-a proizlazi da pojam unutarnjeg tržišta predstavlja produbljenje pojma zajedničkog tržišta. Vidi Hailbronner, K./Jochum, G., *Europarecht: Binnenmarkt und Grundfreiheiten*, Kohlhammer, Stuttgart, 2006., str. 3, para. 10.
- 5 Pročišćeni tekst Ugovora o funkcioniranju Europske unije, OJ C 83/47 od 30. ožujka 2010.

usluga i kapitala u skladu s odredbama Ugovora. Uspostava unutarnjeg tržišta temelji se na četiri nosiva stupa: zabrani diskriminacije, stvaranju carinske unije i temeljnim gospodarskim slobodama, sustavu poštenog tržišnog natjecanja i privatnopravnim okvirima.⁶ I dok pravni temelji za zakonodavnu djelatnost spomenuta prva tri nosiva stupa izričito izvire iz odredbi Ugovora kao primarnog prava EU-a, okvire privatnog prava postavile su prvenstveno države članice. Glavni je zadatak tih odredbi uklanjanje svih izravnih i neizravnih prepreka cilju uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta. Pritom je uloga privatnoga prava izrazito značajna za postizanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta, posebice zbog privatne autonomije i slobode ugovaranja, pravnog uređenja odnosa sudionika na tržištu, uređenja njihovih međusobnih prava i obveza kod sklapanja pravnih poslova i ispunjenja obveza iz istih, kao i općenito zaštite imovinskih i neimovinskih prava fizičkih i pravnih osoba.⁷ No, mnogobrojne razlike odredaba privatnog prava država članica predstavljaju ozbiljnu prepreku cilju uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta EU-a. Njihovom se otklanjanju pristupa s jedne strane putem, tzv. *negativne harmonizacije (integracije)* utvrđene primarnim, sekundarnim pravom EU-a kao i sudskom praksom ESP-a, koja se temelji na zabrani povreda temeljnih gospodarskih sloboda odredbama nacionalnih propisa država članica.⁸ S druge strane europski

6 Körber, T., *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004., str. 10.

7 Josipović, T., *Die Rolle der offenen Koordinierungsmethode bei der Harmonisierung des Privatrechtes in der Europäischen Union*, u: Bodiroga Vukobrat, N./ Sander, G. G./ Barić, S., *Die offene Methode der Koordinierung in der Europäischen Union*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2010., str. 215.

8 Prema Rodin, S./Čapeta, T. (ur.), *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, 2010., str. 84., negativna integracija se odnosi na ukidanje trgovinskih prepreka između država članica putem neprimjene nacionalnih pravnih pravila koja stvaraju te prepreke. Povreda temeljnih gospodarskih sloboda odredbama nacionalnih propisa država članica zabranjena je samim primarnim pravom i bez propisivanja posebnih zabrana u sekundarnom pravu EU-a. Iznimke od toga predstavljaju odredbe čl. 36., čl. 51.-52., čl. 62. u svezi s 51.-54. UFEU-a. Prema utvrđenoj praksi ESP-a zabranjene su mjere s učinkom istovrsnim/sličnim količinskim ograničenjima, odnosno „sva trgovinska pravila koja usvajaju države članice, a koja mogu otežati, izravno ili posredno, stvarno ili potencijalno, trgovinu unutar Unije“. Vidi predmet ESP-a, 8/74, *Dassonville* [1974] ECR 837. Osim temeljem ovdje izričito navedenih UFEU odredaba, nacionalne odredbe koje ograničavaju pristup tržištu države članice mogu biti opravdane samo iz prisilnih i neekonomskih razloga općeg interesa. ESP je utvrdio da se prepreke moraju prihvatiti u mjeri nepohodnoj za zadovoljenje prisilnih propisa koji se odnose posebice na učinkovitost fiskalnog nadzora, zaštitu javnog zdravlja, pravičnost u trgovinskim transakcijama i zaštitu potrošača. Vidi predmet ESP-a, C-120/78, *Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649. Iako je koncept zabrane mjera istovrsnog učinka početno bio namijenjen javnopravnim odredbama država članica, odredbe privatnog prava država članica također mogu predstavljati nedopušteno ograničenje temeljnih gospodarskih sloboda, što je osim u teoriji potvrđeno i brojnom praksom ESP-a. Vidi Vogel, A., *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*, De Gruyter Recht, Berlin, 2006., str. 50., bilj. 236. Tako i Lando, O., *Optional or mandatory Europeanisation of contract law*, ERPL, br. 8, 2000., str. 61.: „The Union of today is an economic community. Its purpose is the free flow of goods, persons, services and capital. (...) All of these move by way of contracts. It should, therefore, be made easier to conclude and perform contracts and to calculate contract risks. (...) Foreign laws are often difficult for the businessmen and their local lawyers to

zakonodavac rješavanju problema pristupa vrlo rano i putem, tzv. *pozitivne harmonizacije (integracije)*, odnosno usklađivanjem pravnih propisa država članica uglavnom izvorima sekundarnog prava EU-a. Ovaj potonji pristup Komisija uvodi usvajanjem Bijele knjige o ostvarenju unutarnjeg tržišta 1985. godine koristeći naziv „Nova strategija“.⁹ Dotada su mogućnosti usvajanja mjera za harmonizaciju, odnosno usklađivanje¹⁰ propisa država članica bile ograničene na odredbu o popunjavanju pravnih praznina iz *ex ex* čl. 235. UEEZ-a (*ex* čl. 308. UEZ, čl. 352. UFEU)¹¹ i na odredbu *ex ex* čl. 100. UEEZ-a (*ex* čl. 94. UEZ, čl. 115. UFEU), koja je propisivala ovlast za usvajanje direktiva za usklađivanje zakonskih i upravnih propisa država članica koji izravno utječu na uspostavu ili funkcioniranje zajedničkog tržišta.¹² Budući da se je mjere prema *ex ex* čl. 235. UEEZ-a i direktive prema *ex ex* čl. 100. UEEZ-a moglo usvajati samo jednoglasnom odlukom, u Bijeloj knjizi se je radi ubrzanja procesa harmonizacije propisa predlagalo odustajanje od zahtjeva jednoglasnosti iz *ex ex* čl. 100. UEEZ-a. Kao posljedica toga prijedloga Jedinstvenim europskim aktom iz 1986. g. uvodi se novi *ex ex* čl. 100a. UEEZ-a (*ex* čl. 95. UEZ, čl. 114. UFEU) s ovlaštenjem usvajanja mjera usklađivanja radi uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta kvalificiranom većinom. Usklađivanjem prava država članica želi se otkloniti trgovinske prepreke prekograničnom slobodnom prometu robe, osoba, usluga i kapitala u EU, a u skladu s praksom ESP-a uspostava unutarnjeg tržišta alternativno zahtijeva i otklanjanje značajnih povreda tržišnog natjecanja. Iako time u primarno europsko pravo nije uvedena odredba koja bi sadržavala „izričitu“ opću ovlast europskom zakonodavcu za harmonizaciju privatnog prava država članica, uvođenje *ex ex* čl. 100a. UEEZ-a predstavljalo je

understand. They may keep him away from foreign markets in Europe. (...) The existing variety of contract laws in Europe may be regarded as a non-tariff barrier to trade.“

9 COM(85) 310 final, OJ C 36 od 17. veljače 1986.

10 Pojmovi „usklađivanje prava“ (eng. *approximation of laws*, njem. *Rechtsangleichung*, fran. *le rapprochement des législations*) i „harmonizacija“ (eng. *harmonisation*, njem. *Harmonisierung*, fr. *harmonisation*) se u UFEU koriste kao istoznačnice. U pravnoj doktrini nailazi se i na stajališta prema kojima pojam „usklađivanje prava“ označava postignuti rezultat procesa harmonizacije, tj. međusobno približavanje različitih pravnih sustava, dok pojam „harmonizacija prava“ označava zakonodavne procese čiji je cilj ukloniti različitosti nacionalnih sustava.

11 Različito od *ex ex* čl. 235. UEEZ-a odnosno *ex* čl. 308. UEZ-a koji su propisivali potrebu ostvarenja cilja „u okviru zajedničkog tržišta“ i propisivali konzultativni (savjetodavni) zakonodavni postupak, važeći čl. 352. UFEU-a glasi: „Ukoliko se ukaže potreba za djelovanjem Unije kako bi se u okviru politika utvrđenih Ugovorima postigao jedan od ciljeva utvrđenih Ugovorima, a da za to Ugovorima nisu predviđene potrebne ovlasti, Vijeće će jednoglasnom odlukom na prijedlog Komisije i nakon suglasnosti Europskog parlamenta usvojiti odgovarajuće mjere.“

12 Ugovor iz Lisabona prenumerirao je *ex* čl. 94. UEZ-a u čl. 115. UFEU-a i hijerarhijski ga postavio iza *ex* čl. 95. UEZ koji je prenumeriran u čl. 114. UFEU-a. Kao posljedica izmjene pojma „Zajednica“ u „Unija“ ondje propisan pojam „zajedničko tržište“ mijenja se u „unutarnje tržište“, dok je konzultativni (savjetodavni) zakonodavni postupak zamijenjen je posebnim zakonodavnim postupkom.

ključnu prekretnicu za razvoj europskog privatnog prava.¹³ Budući da odredbe privatnog prava država članica također mogu predstavljati trgovinske prepreke i nedopuštena ograničenja temeljnih gospodarskih sloboda, ovlast za usklađivanje u nekim područjima privatnog prava izvedena je posredno s ciljem usvajanja mjera potrebnih radi urednog funkcioniranja unutarnjeg tržišta. Zakonodavna djelatnost Unije usmjerila se tijekom godina na usklađivanje propisa država članica uglavnom u tržišno orijentiranim područjima privatnog prava kao što su obvezno pravo, posebice pravo zaštite potrošača, pravo osiguranja, pravo intelektualnog vlasništva, osobito patentno, autorsko i srodna prava, zatim trgovačko pravo i pravo društava, osobito pravo tržišnog natjecanja, uz poneke odredbe u području stvarnog prava, obiteljskog i nasljednog prava, radnog prava i međunarodnog privatnog prava.¹⁴ Kao glavni instrument harmonizacije u tim je područjima europski zakonodavac usvajao mnogobrojne direktive¹⁵, a manje druge mjere iz *ex čl. 249. UEZ-a* (sada: čl. 288. UFEU), primjerice uredbe. One su uglavnom bile utemeljene na *ex čl. 95. UEZ-a* (sada: čl. 114. UFEU), a neke i na *ex čl. 94. UEZ-a* (sada: čl. 115. UFEU) kao odredbama koje sadrže opću ovlast i *ex čl. 308. UEZ-a* (sada: čl. 352. UFEU)¹⁶ kao odredbi koja sadrži supsidijarnu ovlast za usklađivanje prava s ciljem uspostave i funkcioniranja unutarnjeg, odnosno zajedničkog tržišta. No, osim temeljem spomenutih odredaba, usklađivanje privatnopravnih propisa država članica provodilo se i temeljem posebnih pravnih osnova kod pojedinih Ugovorom uređenih sektorskih politika Unije, primjerice kod socijalne politike temeljem *ex čl. 137. UEZ-a* (sada: čl. 153. UFEU), politike zaštite okoliša temeljem *ex čl. 175. UEZ-a*

13 Granice usklađivanju prava postavljaju tri načela kojima se uređuje nadležnost Unije, načelo ograničenih dodijeljenih ovlasti iz čl. 5. st. 1. UEU-a (*ex čl. 5. st. 1. UEZ*), načelo supsidijarnosti iz čl. 5. st. 3. UEU-a (*ex čl. 5. st. 2. UEZ*) i načelo proporcionalnosti iz čl. 5. st. 4. UEU-a (*ex čl. 5. st. 3. UEZ*). Daljnje granice usklađivanju postavljaju zabrane koje postoje kod sektorskih politika Unije, a kojima se nadležnost Unije ograničava npr. u čl. 149. st. 2. UFEU-a (*ex čl. 129. st. 2. UEZ*) glede poticajnih mjera za promicanje suradnje i djelovanja država članica na području zapošljavanja, zatim u čl. 153. st. 2. sl. a) UFEU-a (*ex čl. 137. st. 2. sl. a) UEZ*) glede određenih mjera u socijalnoj politici i u čl. 165. st. 4. UFEU-a (*ex čl. 149. st. 4. UEZ*) glede poticajnih mjera u području općeg obrazovanja, stručnog usavršavanja, mladeži i športa. I konačno postoje područja privatnog prava u kojima je nadležnost Unije isključena, npr. glede pravila vlasničkopravnih sustava država članica u koja se ne zadiru Ugovorom (čl. 345. UFEU, *ex čl. 295. UEZ*). Vidi von Danwitz, T., B.II. d) Rechtsangleichungskompetenzen, u: Dausers, M., *EU-Wirtschaftsrecht*, 2011., Verlag C.H. Beck, München, 2011., str. 44.

14 Vidi Working Paper of Directorate General for Research of European Parliament, *The Private Law Systems in the EU*, Legal Affaires Series, JURI 103 EN, Luxembourg. 1999., iii.

15 Prema čl. 288. st. 3. UFEU-a direktiva je sekundarni izvor prava EU-a obvezujući za svaku državu članicu kojoj je upućena u pogledu rezultata koji se mora postići, ali prepušta državnim vlastima odabir oblika i metoda. O usklađivanju putem direktiva vidi Rösler, H., *Europeanisation of Private Law Through Directives – Determining Factors and Modalities of Implementation*, EJLR, 2009., str. 305 et seq.

16 Vidi recital 28. preambule Uredbe Vijeća (EZ) 2157/2001 od 8. listopada 2001. o Statutu Europskog društva (SE), OJ L 294, 10.11.2001., str. 1.-21. i prvi recital preambule Uredbe Vijeća (EEZ) 2137/85 od 25. srpnja 1985. o Europskom gospodarskom interesnom udruženju (EGIU) OJ L 199, 31.7.1985., str. 1.-9.

(sada: čl. 192. UFEU) ili politike zaštite potrošača temeljem *ex* čl. 153. UEZ-a (sada: čl. 169. UFEU).¹⁷ Pritom europski zakonodavac nije postupao prema nekoj unaprijed oblikovanoj strategiji, već se je harmonizacija provodila nesustavno, te ovisno o potrebi za pravnim uređenjem određene problematične materije. Spomenutim mjerama harmonizacije pristupilo se je usklađivanju odabranih i za unutarnje tržište najvažnijih privatnopravnih instituta najčešće zajedničkih svim državama članicama, ali i uređivanju i propisivanju nekih potpuno novih. Osobito direktive za zaštitu potrošača sadržavaju zajedničke karakteristike koje predstavljaju obilježja novoga europskog ugovornog prava, kao što su obveza informiranja, široki krug bitnih sastojaka ugovora, odredbe o obliku ugovora i teretu dokazivanja, pravo na odustanak od ugovora, kolizijske odredbe i odredbe o (polu)prisilnoj naravi odredaba direktiva. No različito, te pojmovno i sadržajno neusklađeno uređenje ovih obilježja u direktivama loše je utjecalo na nacionalno privatno pravo koje ih preuzima.¹⁸ Radi lakše integracije europskih „stranih tijela“ u privatno pravo država članica, direktive su kao najučestaliji instrument usklađivanja dugo vremena propisivale minimalni standard koji se je morao preuzeti u nacionalno pravo. Pritom je nacionalnim zakonodavcima bilo dopušteno zadržavanje važećih ili usvajanje novih nacionalnih mjera s višim stupnjem zaštite od propisanih privatnopravnih direktivama. Ovaj je pristup unatoč minimalnom stupnju usklađenosti radi mogućnosti odstupanja zakonodavaca država članica pri preuzimanju direktiva u nacionalno pravo, doveo do prevelikih razlika u uređenju spomenutih instituta. Kao rezultat je nastalo fragmentirano i na različitim razinama važeće europsko privatno

17 Treba napomenuti kako je u pravu zaštite potrošača nakon uvođenja *ex* čl. 129a., odnosno *ex* čl. 153. UEZ-a kao posebne pravne osnove, čl. 95. UEZ-a i dalje ostao glavnom pravnom osnovom za usvajanje potrošačkih direktiva, zbog toga što je *ex* čl. 153. st. 3. sl. a) UEZ-a (sada: čl. 169. st. 2. sl. a) UFEU) propisivao usvajanje mjera temeljem *ex* čl. 95. UEZ-a (sada: čl. 114. UFEU). Ostale posebne pravne osnove bile su npr. *ex* čl. 12. st. 2., *ex* čl. 13. st. 1. i *ex* čl. 141. st. 3. UEZ-a (sada: čl. 18., 19., 157. UFEU), koje propisuju opću zabranu diskriminacije i posebne antidiskriminacijske mjere, posebne osnove za usklađivanje kod temeljnih gospodarskih sloboda iz *ex* čl. 40., 44., 47., 52. i 55. UEZ-a (sada: čl. 46., 50., 53., 59. i 62. UFEU), te mjere na području pravosudne suradnje u građanskim predmetima s prekograničnim učincima iz *ex* čl. 61. i 65. UEZ-a (sada: čl. 67. i 81. UFEU) itd.

18 Primjerice brojne potrošačke direktive slično, ali opet različito definiraju pojmove „potrošač“, „trgovac“, „pravo na odustanak“ itd. Osim toga neke uopće ne sadrže definiciju pojma „potrošač“, već koriste druge pojmove poput „glavni ugovarač“ u Direktivi 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima (OJ 1990 L 158) ili „osoba“ u Direktivi 84/450/EEZ o ujednačavanju prava država članica u pogledu zavaravanja u reklamiranju (OJ 1984 L 250) i sl. Također, umjesto pojma „trader“ se ovisno o predmetnome području koriste nazivi „seller“, „supplier“, „vendor“, „retailer“ itd. Spomenute razlike se kao posljedica preuzimanja direktiva u nacionalno pravo primjenom načela minimalne harmonizacije još više produbljuju. Tako je primjerice rok od 10 kalendarskih dana za raskid ugovora koji je bio predviđen Direktivom 94/47/EZ o zaštiti stjecatelja u pogledu određenih vidova ugovora koji se odnose na stjecanje prava uporabe nekretnina na temelju timesharea (OJ 1994 L 280) u Austriji iznosio 14 dana, u Belgiji 15 dana, na Cipru 10 dana osim u slučaju državnog praznika kada je iznosio 15 dana, u Češkoj 15 dana, u Njemačkoj 14 dana, u Italiji i Portugalu 10 radnih dana itd. Vidi EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm.

pravo, koje pravna doktrina shvaća različito i definira u užem i u širem smislu. Prema definiciji u užem smislu europsko privatno pravo obuhvaća privatnopravna pravila sadržana u Ugovorima i temeljem njih usvojeno europsko privatno pravo, odnosno privatnopravno zakonodavstvo EU-a. Dotle shvaćeno u širem smislu europsko privatno pravo pored privatnopravnih pravila sadržanih u primarnom, sekundarnom i tercijarnom pravu EU-a, obuhvaća i nacionalno pravo država članica koje se na njima temelji i koje preuzima spomenute izvore, potom međunarodno unificirano privatno pravo, neobvezujuća pravna načela znanstvenih skupina (npr. Landova načela i sl.) kao i sudsku praksu Suda pravde EU-a.¹⁹

2. RAZVOJ I POTREBA KONSOLIDIRANJA EUROPSKOG UGOVORNOG PRAVA

2.1. Usklađivanje ugovornog prava država članica EU-a

U okviru europskog privatnog prava najviše se pozornosti posvetilo usklađivanju ugovornog prava država članica EU-a, kao najučinkovitije grane prava za postizanje i jačanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta. Iako europska i nacionalna literatura ne poznaju jedinstvenu definiciju europskog ugovornog prava, ono se u širem smislu može definirati kao ukupnost pravnih propisa EU-a i na njima utemeljenih pravnih propisa država članica EU-a o ugovornom pravu.²⁰ Harmonizacijom ugovornog prava država članica europski je zakonodavac želio ostvariti cilj povećanja broja prekograničnih transakcija, odnosno pravnih poslova, a time i cilj boljeg funkcioniranja unutarnjeg tržišta. Budući da se u europskom privatnom pravu nacionalne odredbe kojima se uređuju načela i instituti ugovornog prava promatraju prije svega u svjetlu tržišne ekonomije, njihovim usklađivanjem nastupa pomak u shvaćanju istih. Tradicionalno razumijevanje formalne privatne autonomije u nacionalnim pravnim porecima²¹ država članica razlikuje se od onoga u privatnome pravu Unije, koje na privatnu autonomiju gleda funkcionalno kao sredstvo za postizanje idealnog unutarnjeg tržišta.²² Privatna autonomija i sloboda ugovaranja kao njezin izričaj čine stoga temelj europskog ugovornog prava, što u svojoj praksi priznaje i Sud pravde EU-a.²³ Ovakvo tržišno orijentirano

19 Vogel, A., Verbrauchervertragsrecht..., op. cit., str. 5.

20 Ibid., str. 8.

21 Načelo privatne autonomije, odnosno dispozitivnosti u obveznom pravu izražava se kao sloboda ugovaranja, odnosno u čl. 2. Zakona o obveznim odnosima (NN br. 35/05., 41/08., 125/11.), kao sloboda uređivanja obveznih odnosa. Tako Vedriš, M./Klarić, P., Građansko pravo, 7. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 8.

22 Više kod Čikara, E., Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien, Berlin i dr., LIT Verlag, 2010., str. 39.

23 Sud pravde EU-a smatra da pravni poredak Unije priznaje sva pravna načela zajednička svim pravnim porecima država članica pod pretpostavkom da su ona u skladu s ciljevima EU-a. Kako neke države članice polaze od različitog shvaćanja pojedinih načela (npr. „pacta sunt servanda“ u kontinentalnom pravu ili common lawu) nije potpuno jasno, koje shvaćanje

shvaćanje klasičnih građanskopravnih načela nedvojbeno utječe na ugovorno pravo država članica koje uslijed usklađivanja nacionalnog prava s *acquisom* integrira europske direktive. One kao proizvod „*top-down*“ europskog zakonodavstva u svojim preambulama prvenstveno slijede ekonomski cilj uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta, te u mnogočemu odstupaju ili se suprotstavljaju odredbama nacionalnog prava, sadržavajući često nepravničke definicije i pojmove.²⁴ Mnoge ih države članice stoga preuzimaju u posebne zakone kao *lex specialise*, nastojeći time sačuvati cjelovitost i konzistentnost svojih građanskih zakonika. Manji broj zakonodavaca odlučio se na integraciju europskih direktiva u građanske zakonike ili zakone o obveznim odnosima, čime su željeli postići jedinstvo privatnog prava.²⁵ No, taj je cilj izrazito teško postići primjenom bilo koje od metoda preuzimanja privatnopravnih direktiva EU-a u nacionalno građansko pravo. Iz dosadašnjih iskustava država članica, vidljivo je, da preuzimanje mnogih privatnopravnih direktiva nije imalo za posljedicu prilagodbu odredaba direktiva okvirima nacionalnog prava, već upravo suprotno, prilagodbu nacionalnih odredaba odredbama direktiva. Čak štoviše, ovisno o usklađivanoj materiji i propisanom intenzitetu usklađivanja

sud smatra zajedničkim. Vidi predmet ESP-a, C-162/96, *Racke GmbH & Co./Hauptzollamt Mainz* [1998] ECR I-3655. Pojedini autori smatraju da europsko privatno pravo počiva na novim načelima, koji ne nalaze pandan u nacionalnim pravnim poredcima. Tako se spominje načelo solidarnosti koje ugovorne strane obvezuje na međusobno uvažavanje pri ispunjavanju obveza i pravičnost. Ovo se načelo dalje dijeli na tri podnačela: jednakost ugovornih strana, ravnoteža u sadržaju ugovora i ugovorna solidarnost u užem smislu. Nadalje priznaje se i načelo legitimnih očekivanja u europskom ugovornom pravu. Ova načela stoje nasuprot pukom formalnom shvaćanju slobode ugovaranja. Vidi Rösler, H., *Die Anwendung von Prinzipien des europäischen Verbraucherprivatrechts in der jüngeren EuGH-Rechtsprechung*, *Zeus*, 2006., str. 341; Heiderhoff, B., *Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht*, *Zeus*, 2003., str. 769-788; Lurger, B., *Vertragliche Solidarität, Nomos, Baden-Baden*, 1998., str. 128-139.

- 24 Brojni primjeri kod Šarčević, S./Mišćenić, E., *Uporaba europskoga ili nacionalnoga nazivlja pri preuzimanju direktiva EU-a u hrvatsko zakonodavstvo*, u: Bratanić, M. (ur.), *Hrvatski jezik na putu u EU*, Hrvatska sveučilišna naklada, 2011.
- 25 Npr. u Austriji su Direktiva 85/577/EEZ o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija (OJ 1985 L 372), Direktiva 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima (OJ 1990 L 158/59) i Direktiva 93/13/EEZ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima (OJ 1993 L 95/29) preuzete u austrijskom Zakonu o zaštiti potrošača (Konsumentenschutzgesetz, BGBl. 140/1979, posljednje izmjene BGBl. I 77/2011). Direktiva 94/47/EZ o zaštiti stjecatelja u pogledu određenih vidova ugovora koji se odnose na stjecanje prava uporabe nekretnina na temelju *timesharea* (OJ 1994 L 280) bila je preuzeta posebnim zakonom, *Teilzeitnutzungsgesetz* (BGBl. I Nr. 32/1997), kojeg ukida novi *Teilzeitnutzungsgesetz* 2011 (BGBl. I 8/2011), koji preuzima novu Direktivu 2008/122/EZ o zaštiti potrošača s obzirom na određene aspekte ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine (timeshare), o dugoročnim proizvodima o odmoru, ponovnoj prodaji i razmjenu (OJ 2009 L 033/10). Direktiva 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama (OJ 1999 L 171) preuzeta je u austrijski Opći građanski zakonik (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, JGS Nr. 946/1811, posljednje izmjene BGBl. I Nr. 58/2010). Sve spomenute direktive u Njemačkoj su preuzete i objedinjene u njemačkom Građanskom zakoniku (*Bürgerliches Gesetzbuch* RGBl., str. 195, kako objavljen u BGBl. I 2002/42, posljednje izmjene BGBl. I S. 1600).

(minimalna ili maksimalna harmonizacija), nacionalni je zakonodavac često prisiljen na puko „prepisivanje“ teksta direktive, želi li izbjeći negativne posljedice manjkavog preuzimanja direktiva.²⁶ Jedan od nedostataka europeizacije ugovornog prava predstavlja i nemogućnost utjecaja nacionalnog zakonodavca na jednom usklađenu pravnu materiju, odnosno nemogućnost naknadnog mijenjanja usklađenog nacionalnog zakonodavstva na način koji je suprotan ciljevima iz direktiva EU-a (tzv. blokirajući učinak direktive). Imajući u vidu prije svega cilj ostvarenja unutarnjeg tržišta, europski je zakonodavac usklađivanjem i približavanjem privatnopravnih odredaba država članica želio posebice postići istovrsno materijalno pravo koje bi adresatima ulijevalo potrebnu sigurnost za prekogranično sklapanje pravnih poslova. Ipak, opisani nedostaci harmonizacije ugovornog prava država članica u znatnoj su mjeri omeli proces ostvarenja idealnog unutarnjeg tržišta,²⁷ te su ga čak ugrozili narušavanjem ravnoteže privatnopravnih poredaka država članica EU-a. Stablnost građanskog prava, posebice ugovornog prava država članica biva potresena učestalim izmjenama koje su posljedica integriranja fragmenata europskog zakonodavstva u nacionalno pravo, a koji često ne sadrže ni cjelovita niti kvalitetna rješenja.²⁸ Kao što se nepravilnom uporabom antibiotika može oslabjeti imunološki sustav ljudskog tijela, tako se neprilagođenim usklađivanjem može oslabjeti privatno, odnosno ugovorno pravo država članica. To se je osobito pokazalo u praksi sudova nekih država članica koji su jednostavno ignorirali posebne zakone usvojene radi usklađivanja s privatnopravnim direktivama EU-a.²⁹ Udaljavanje od cilja uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta proklamiranog u aktima usklađivanja, pravno utemeljenima uglavnom na *ex čl. 95. UEZ-a* (sada: čl. 114.

26 O posljedicama manjkavog preuzimanja direktiva EU-a u nacionalno pravo država članica vidi Senden, L., *Implementing EU Law: Requirements, Pitfalls and Challenges for National Authorities*, u: Tomljenović, V./Čulinović–Herc, E./Butorac Malnar, V. (ur.), *Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području: Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova*, Pravni fakultet, Rijeka, 2009., str. 13.

27 O glavnim preprekama za sklapanje prekograničnih transakcija u B2C i B2B odnosima diljem EU-a, vidjeti Eurobarometer, *European contract law in consumer transactions*, i *European contract law in business-to-business transactions Analytical Report*, 2011.

28 Tako Smits govori kao su „these fragments of European law (are) out of tune (...)“, te spominje kako je Teubner ustanovio izraz „legal irritants“ prema kojem „the rule of European origin is not so much assimilated into the national legal order, but instead disorders national legal system“. Vidi Smits, J. M., *Contract Law in the European Union: Convergence or Not?*, TICOM, br. 1., 2008., str. 18.

29 Vidi Welser, R. (ur.), *Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa*, Manz, Wien, 2008. Glede sudske prakse u zemljama jugoistočne Europe vidi *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference, Cavtat 2010.*, vol. I-III, Beograd, 2010. Treba napomenuti da se posljedice manjkavog usklađivanja odražavaju upravo na sudovima i drugim adresatima usklađivanih propisa. Tako je preuzimanje Direktive 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu (OJ L 133/66) u hrvatski Zakon o potrošačkom kreditiranju (NN br. 75/09., 112/12.) (ZPK), rezultiralo problematičnom situacijom, gdje su tijekom prijelaznog razdoblja od 1. siječnja 2010. do 1. siječnja 2011. istu materiju uređivala dva usporedna sustava odredbi iz Glave IX. Zakona o zaštiti potrošača (NN br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09., 133/09., 78/12.) i ZPK. O tome više kod Čikara, E., *Gegenwart...*, op. cit., str. 400.

UFEU), u suprotnosti je s načelom supsidijarnosti, koje uz načelo proporcionalnosti uređuje korištenje nadležnostima Unije (čl. 5. st. 1. UEU (*ex* čl. 5. st. 1. UEZ). Ono Uniji postavlja granice kod usklađivanja prava radi ostvarenja unutarnjeg tržišta, kao područja podijeljene nadležnosti između država članica i Unije (čl. 4. st. 2. sl. a) UFEU). Prema definiciji načela supsidijarnosti iz čl. 5. st. 3. UEU-a, „u područjima koja ne spadaju u njenu isključivu nadležnost, Unija smije djelovati samo onda i ako ciljevi predloženog djelovanja ne mogu biti zadovoljavajuće ostvareni od strane država članica, bilo na središnjoj, bilo na regionalnoj ili lokalnoj razini, ali mogu, zbog razmjera ili učinaka predloženog djelovanja, biti bolje ostvareni na razini Unije“. Nadalje, načelo proporcionalnosti iz čl. 5. st. 4. UEU-a propisuje, kako „sadržaj i oblik djelovanja Unije ne smije prelaziti ono što je nužno da bi se ostvarili ciljevi Ugovora“. Upravo zbog spoznaje da pri usklađivanju ugovornog prava država članica EU-a, hoda na rubu svoje nadležnosti, europski zakonodavac u svojim novijim mjerama usklađivanja sve jače opravdava ispunjenje načela supsidijarnosti.³⁰ Pritom s istim ciljem pokušava pronaći novi i ispravan pristup harmonizaciji ugovornog prava država članica, kako bi uklonio uočene probleme i nedostatke koji potkopavaju nadležnost Unije u ovom području. Tako dolazi do promjena u intenzitetu harmonizacije, prelaskom s minimalne na tzv. maksimalnu harmonizaciju, prema kojem države članice ne smiju zadržati ili propisati odredbe u svojem nacionalnom pravu koje odstupaju od odredaba usklađenih direktivama.³¹ No, uslijed mnogobrojnih kritika usmjerenih ka njezinoj nefleksibilnosti i umanjnju sposobnosti prilagodbe direktiva nacionalnim pravnim porecima, što bi dovelo do sniženja kvalitete reguliranja kao i stupnja zaštite, postupno ju se ublažava ciljanjem na samo određena pitanja koja se usklađuju (tzv. „targeted full harmonization“), a

30 Očiti primjer je nova Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, kojima se mijenja Direktiva Vijeća 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i opoziva Direktiva Vijeća 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, OJ L 304 /64, 22. studenog 2011. (dalje u tekstu: Direktiva 2011/83/EU), koja u recitalu 65. preambule izričito ističe: „Since the objective of this Directive, namely, through the achievement of a high level of consumer protection, to contribute to the proper functioning of the internal market, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore be better achieved at Union level, the Union may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty on European Union. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Directive does not go beyond what is necessary in order to achieve that objective.“ Ugovorom iz Lisabona člankom 12. UEU-a uvedeni mehanizam konkretizira Protokol br. 2 o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, OJ C 83/206, 30.3.2010., s time što nacionalnim parlamentima omogućava da putem, tzv. postupka narančastog ili žutog kartona u roku od osam tjedana od primitka nacрта zakonodavnog akta Unije podnesu obrazloženo mišljenje zašto smatraju da nacrt nije u skladu s načelom supsidijarnosti.

31 O različitim modelima harmonizacije više kod Josipović, T., Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva, u: Civil Law Forum for South East Europe, op. cit., p. 293. Vidi i Howells, G./Reich, N., The current limits of European harmonisation in consumer contract law, ERA Forum, 2011/12, str. 39.

polako i napušta.³² Jednako tako mijenja se i regulatorni pristup, te se pored dosada uglavnom primjenjivane rigidne zakonodavne metode Zajednice („Community method“), i u području usklađivanja ugovornog prava pokušava uvesti nove vidove približavanja putem kooperacije i koordinacije mjera različitih država članica.³³ Povrh toga, radi potrebe prilagodbe novome stupnju razvoja europskih integracija izmjene doživljava i sama metoda Zajednice. Tako, tzv. „top-down“ zakonodavni pristup postupno sve više ustupa mjesto, tzv. „bottom-up“ pristupu, kod kojeg se rezultati rada nezakonodavnih tijela, pravnih skupina, teoretičara i praktičara sve više uzimaju u obzir pri usvajanju zakonodavnih akata.³⁴ Na taj se način želi steći znanje i iskustvo, što iz učenja na vlastitim pogreškama, što temeljem znanja sakupljenog u postupcima javnih konzultacija, koje će se primijeniti u zakonodavnim postupcima usvajanja određenih pravnih akata, a koje bi trebalo rezultirati boljom regulativom na području privatnog, posebice ugovornog prava.

2.2. Pregled djelovanja u području europskog ugovornog prava

Opisani razvoj i problematiku na području europskog ugovornog prava već dugi niz godina prate brojna priopćenja i projekti Komisije, koji se u pravnoj literaturi predstavljaju i kao pokušaj konsolidiranja i harmonizacije s jedne strane, ali i kao projekti kodifikacije ugovornog prava s druge.³⁵ Prve političke inicijative krenule su već 1989. godine i 1994. godine kada je Europski parlament usvojio

32 Prvi primjeri promjene u strategiji Komisije predstavljale su Direktiva 2002/65/EZ o oglašavanju na daljinu financijskih usluga za potrošače (OJ 2002 L 271/16), Direktiva 2005/29/EZ u vezi s nepoštenim poslovnim djelovanjima poduzetnika prema potrošaču na unutarnjem tržištu (OJ 2005 L 149/22), potom Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu (OJ L 133/66) itd. Ovdje treba napomenuti postojeći problem razgraničenja pojma maksimalne i potpune harmonizacije koji se nerijetko koriste kao istoznačnice, čak i u samim aktima EU-a. Potpuna harmonizacija je ona kod koje su s obzirom na njezin opseg i sadržaj direktivom obuhvaćeni svi aspekti nekog pravnog instituta ili pravnog područja. U čl. 4. Prijedloga Direktive o pravima potrošača, KOM(2008) 614 fin, 2 pod naslovom „potpuna harmonizacija“ bilo je propisano kako države članice ne smiju zadržati ili propisati u svojem nacionalnom pravu, odredbe koje odstupaju od onih propisanih ovom Direktivom, uključujući manje ili više stroge odredbe radi osiguravanja različitog stupnja zaštite potrošača. Suprotno naslovu ovdje se nije radilo o potpunoj harmonizaciji u smislu navedene definicije. Tako je čl. 4. Direktive 2011/83/EU izmijenjen na način da nosi naslov „Stupanj harmonizacije“, a u nastavku na navedenu definiciju dodaje „unless otherwise provided in this Directive“ (osim ako Direktivom nije propisano što drugo).

33 O potrebi uvođenja novih regulatornih tehnika vidi Cafaggi, F./Muir Watt, H., *Making European Private Law*, Elgar, Cheltenham i dr., 2008. O mogućnosti uvođenja otvorene metode koordinacije pored tradicionalne metode Zajednice stvaranjem, tzv. hibridnog modela koji kombinira koordinaciju i harmonizaciju vidi Čikara, E., *Offene Methode der Koordinierung im Verbraucherschutzbereich?* u: Bodiroga-Vukobrat, N./Gerald, G. S./Barić, S. (ur.), *Die Offene Methode...* op. cit., str. 301 et seq.

34 O razlikama između dva pristupa kod Vukadinović, R. D., *Načela Evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, Kragujevac, 2001., str. 7.

35 Zoran pregled razvoja kod Reich, N., *Harmonisation of European contract law: with special emphasis on consumer law*, *China-EU Law J*, br. 1, 2011., str. 80 et seq.

Rezolucije u kojima je stvaranje Europskog građanskog zakonika istaknuo kao najučinkovitiju metodu usklađivanja prava s ciljem uspostave i funkcioniranja jedinstvenog unutarnjeg tržišta.³⁶ Istovremeno se odvijaju znanstveni projekti čitavog niza privatnih akademskih skupina,³⁷ od kojih je rad nekih potican i u spomenutim rezolucijama, te poduprt od Komisije, npr. projekt izrade Načela europskog ugovornog prava „Komisije za europsko ugovorno pravo“ (tzv. Landove komisije),³⁸ koju u kasnijem radu nasljeđuje „Studijska grupa o europskom građanskom zakoniku“. Poduzimanje ozbiljnijih koraka u smjeru konsolidiranja europskog ugovornog prava počinje nakon 15. i 16. listopada 1999. godine, kada Predsjedništvo Europskog vijeća u Tampereu o stvaranju zajedničkog područja slobode, sigurnosti i pravde u EU, između ostalog, donosi zaključak o nužnosti izradbe opće studije o potrebi harmonizacije propisa na području ugovornog prava

- 36 Rezolucijom A2-157/89 o usklađivanju privatnog prava država članica od 26. lipnja 1989., OJ C 158/400 Europski parlament je pozvao da se započne s pripremnim radnjama oko nacrtu Kodeksa privatnog prava Zajednice i da države članice koje prihvataju načelo unificiranja osnuju odbor znanstvenika koji će predložiti prioritete i organizirati aktivnosti potrebne za harmonizaciju privatnog prava u tim državama. Rezolucijom o harmonizaciji pojedinih područja privatnog prava u državama članicama od 25. srpnja 1994., OJ C 205/518 Europski parlament požuruje Komisiju da započne s radom glede moguće izrade nacrtu Kodeksa i osnivanja odbora znanstvenika. O kodifikaciji europskog ugovornog prava kod Lurger, B., *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Springer, Wien, str. 2.
- 37 Tako je „Akademija europskih znanstvenika privatnog prava“ (tzv. Pavia grupa) osnovana 1992. godine sa sjedištem u Padovi (Italija), pod vodstvom prof. Gandolfija G. izradila Europski zakonik o ugovorima (Gandolfijev zakonik) radi znanstvenog doprinosa ujednačavanju, tumačenju i primjeni europskog privatnog prava (Avant-Projet). Treba spomenuti i rad akademskih skupina na drugim područjima privatnog prava kao što je rad „Europske skupine za odštetno pravo“ (tzv. Tilburg Group) koju je osnovao 1992. godine nizozemski sveučilišni prof. Spier, J., a koju organizatorno podupire European Center of Tort and Insurance Law (ECTIL) iz Beča, kojeg je 1999. g. osnovao austrijski sveučilišni prof. Koziol, H. Ova je skupina izradila Načela europskog odštetnog prava. Godine 2001. osnovana je i Komisija za europsko obiteljsko pravo koja je izradila Načela europskog obiteljskog prava radi poticanja intenzivnijeg usklađivanja obiteljskog prava radi ostvarivanja stvarne slobode kretanja osoba i stvaranja učinkovitog, jedinstvenog pravnog prostora. Vidi Winkler, S., *The Role of Soft Law in the Europeanisation of Contract Law*, u: Bodiroga-Vukobrat, N./Gerald, G. S./Barić, S. (ur.), *Die Offene Methode...* op. cit., str. 332 et seq.
- 38 Načela Komisije koju je osnovao prof. Lando, O. iz Kopenhaga nastajala su u više stadija. Prvi dio je izrađen u razdoblju od 1982. do 1995. godine i obuhvaća 59 članaka. Drugi je nastao u razdoblju od 1992. do 1999. godine i obuhvaća 73 članka. Treći dio je nastao u razdoblju od 1997. do 2002. godine i obuhvaća 69 članaka. „Studijska grupa o europskom građanskom zakoniku“ kao njezina nasljednica ima za cilj izradu Načela europskog prava u području obveznog prava i ključnih područja stvarnog prava. Vidi Petrić, S., *Uvod u Načela europskog ugovornog prava*, *Zbornik PFR*, 29 (2008), 1, str. 335. Prof. Zimmerman s pravom naglašava kako PECL „do not provide the blueprint for a codification of (general) contract law“, stoga što se oblikovalo „opća pravila“, potom Dio III. nije povezan s Dijelovima I. i II. - nedostatak vremenskih odmaka njihove izrade, također pet od osam poglavlja izlaze izvan okvira ugovornog prava, sadržavajući elemente obveznog prava općenito i najvažnije zanemaruju važeći *acquis*. Više kod Zimmerman, R., *The Present State of European Private Law*, *Mededelingen, Nieuwe Reeks*, Deel 73 br. 1, 2009., str. 8 et seq.

država članica.³⁹ Nakon toga 2001. godine slijedi Priopćenje Komisije o europskom ugovornom pravu u kojem se predlažu četiri opcije za rješavanje problema usklađivanja ugovornog prava.⁴⁰ Dok je prva opcija predviđala nedjelovanje, odnosno prepuštanje zakonitostima tržišta, druga je propisivala izradbu jedinstvenih neobvezujućih načela kao „*opt-in*“ instrumenta. Treća opcija zahtijevala je poboljšanje kvalitete važećeg europskog zakonodavstva, posebice u području zaštite potrošača, a četvrta usvajanje opsežnog i obvezujućeg zakonodavstva Unije.⁴¹ Godine 2003. u Priopćenju Komisije „Koherentnije europsko ugovorno pravo-akcijski plan“ predlaže se izradba tzv. Zajedničkog referentnog okvira (Common Frame of Reference (dalje u tekstu: CFR)) kao „*opt-in*“ instrumenta, koji bi sadržavao zajedničke odredbe i terminologiju europskog ugovornog prava i uređivao posebne ugovore iz prava potrošača.⁴² Takav bi instrument ugovornim stranama i sudovima pružio slobodu izbora hoće li ga primijeniti ili ostati izvan njega. Dodatno, akcijski je plan sadržavao još dva prijedloga, o izradbi EU standardnih uvjeta ugovora i o izradi nacrtu opcionalnog kodeksa. Ovaj je akcijski plan poslužio i kao temelj za rad „Europske istraživačke skupine važećeg privatnog prava EZ-a“ (tzv. *Acquis* grupe). Ona je u svojim Načelima sustavno objedinila i predstavila već usklađeno i ujednačeno ugovorno pravo na razini Unije radi ustanovljavanja zajedničkih pojmova europskog građanskog prava. U sljedećem Priopćenju Komisije „Europsko ugovorno pravo i revizija pravne stečevine-daljnje djelovanje“ iz 2004.,⁴³ izrada CFR-a i dalje ostaje odlučujuća za stvaranje jedinstvenog sustava privatnog prava, te ga se poima kao tzv. „handbook“ ili „toolbox“ za provedbu izmjena i usvajanje novih pravnih akata u okviru revizije važećeg *acquisa*. No, u ovom Priopćenju kao i nakon njega usvojenom „Prvom radnom izvješću o europskom ugovornom pravu“ od 23. rujna 2005.,⁴⁴ dolazi do postupnog razdvajanja postupka preispitivanja i konsolidiranja EU ugovornog prava potrošača od sveobuhvatnijeg projekta kodifikacije europskog privatnog prava. Tako je istovremeno uz potporu Komisije započeo rad na nacrtu CFR-a s jedne strane, te provođenje postupka preispitivanja i revizije važećeg *acquisa* u pravu zaštite potrošača s druge. Temeljem

39 Europska komisija, Glavno tajništvo, OJ (1999) 800, Bruxelles, 16. listopada 1999, Europsko vijeće – Tampere, 15. i 16. listopada 1999., zaključci Predsjedništva, toč. 39: „As regards substantive law, an overall study is requested on the need to approximate Member States’ legislation in civil matters in order to eliminate obstacles to the good functioning of civil proceedings.“

40 Priopćenje Europske komisije o europskom ugovornom pravu, COM(2001) 398, OJ EC 2001 C 255/1.

41 Većina sudionika javnih konzultacija poduprla je drugu i treću opciju. Vidi Van Gerven, W., *Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level*, u: Cafaggi, F., *The institutional framework of European private law*, Oxford University Press, Oxford i dr., 2006., str. 36.

42 Priopćenje Komisije od 15. ožujka 2003., Koherentnije europsko ugovorno pravo-akcijski plan, COM(2003) 68 fin., OJ EU 2003 C 63/1.

43 Priopćenje Komisije „Europsko ugovorno pravo i revizija pravne stečevine-daljnje djelovanje“, COM (2004) 651 fin. od 11. listopada 2004.

44 COM(2005) 456 final.

ugovora s Komisijom iz 2005. godine u okviru Joint Network on European Private Law (CoPECL network), spomenuta „Studijska grupa o europskom građanskom zakoniku“ i „Acquis grupa“ zajednički rade na ambicioznom projektu stvaranja CFR-a, koji će se sastojati od načela, definicija i model-pravila europskog privatnog prava, uključujući pravo potrošača. Pritom na sadržaj CFR-a osim načela „Acquis grupe“, odnosno Načela važećeg ugovornog prava EZ-a, utječu i pod utjecajem „Studijske grupe o europskom građanskom zakoniku“ izmijenjena Landova načela, ali i UNIDROIT načela međunarodnih trgovinskih ugovora. Tekst CFR-a koji je Komisiji predstavljen krajem 2007. godine, dostupan je od 2008. u obliku nacrtu privremenog izdanja, da bi konačno izdanje od tri dijela, odnosno deset knjiga bilo objavljeno 2009. godine.⁴⁵ Usporedno se je u više stadija odvijao postupak revizije važećeg *acquisa* na području europskog prava zaštite potrošača. Od strane Komisije odabrana međunarodna skupina pravnih stručnjaka izradila je u okviru znanstvenoga projekta „EC Consumer Law Compendium“ poredbenu analizu preuzimanja i primjene osam potrošačkih direktiva u dvadesetpet pravnih poredaka država članica.⁴⁶ Prvi stadij dijagnoze zaključen je usvajanjem Zelene knjige Komisije o reviziji pravne stečevine na području zaštite potrošača EZ-a od 8. veljače 2007. godine.⁴⁷ Radi pojednostavljenja i usavršavanja važeće pravne regulative zaštite potrošača Komisija u Zelenoj knjizi predlaže tri opcije revizije: vertikalni pristup,

45 von Bar, Ch. i dr. (ur.), *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009. O utjecaju CFR-a na praksu ESP-a vidi Trstenjak, V., *Der gemeinsame Referenzrahmen und der Europäische Gerichtshof*, u: Schmidt-Kessel, M., *Der gemeinsame Referenzrahmen*, Sellier, München, 2009., str. 235 et seq. U suradnji s Komisijom 2009. godine objavljena su kao Nacrt zajedničkog referentnog okvira za ugovore o osiguranju i Načela europskog ugovornog prava osiguranja (opći dio), koja su rezultat rada međunarodne skupine znanstvenika pod nazivom *Restatement of European Insurance Contract Law (Redefiniranje europskog ugovornog prava osiguranja)*, osnovane 1999. g. u Innsbrucku na inicijativu Reicherta-Facilides F.

46 Hans Schulte-Nölke, H./Twigg-Flesner, Ch./Ebers, M., *EC Consumer Law Compendium-Comparative Analysis*, Sveučilište u Bielefeldu, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf, obuhvaća Direktivu Vijeća 85/577/EEZ od 20.12.1985. o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, OJ 1985 L 372 (dalje u tekstu: Direktiva 85/577/EEZ), Direktivu Vijeća 90/314/EEZ od 13.6.1990. o turističkim paket aranžmanima, OJ 1990 L 158, Direktivu Vijeća 93/13/EEZ od 5.4.1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima, OJ 1993 L 95 (dalje u tekstu: Direktiva 93/13/EEZ), Direktivu 94/47/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26.10.1994. o zaštiti stjecatelja u pogledu određenih vidova ugovora koji se odnose na stjecanje prava uporabe nekretnina na temelju *timesharea*, OJ 1994 L 280, Direktivu 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20.5.1997. o zaštiti potrošača s obzirom na ugovore na daljinu, OJ 1997 L 144 (dalje u tekstu: Direktiva 97/7/EZ), Direktivu 98/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16.2.1998. o zaštiti potrošača kod isticanja cijena proizvoda koji se nude potrošačima, OJ 1998 L 80, Direktivu 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25.5.1999. o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama, OJ 1999 L 171 (dalje u tekstu: Direktiva 1999/44/EZ) i Direktivu 98/27/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19.5.1998. godine o sudskim nalogima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača (OJ 1998 L 166).

47 COM(2006) 744 final od 8. veljače 2007.

kombinirani pristup i zadržavanje postojećeg stanja.⁴⁸ Nakon tromjesečnog razdoblja javnih konzultacija većina se sudionika priklonila kombiniranom pristupu, prema kojem je bilo potrebno usvojiti novi pravni akt, odnosno horizontalni okvirni instrument, čijim bi poljem primjene bio obuhvaćen sadržaj Direktiva 85/577/EEZ, Direktiva 93/13/EEZ, Direktiva 97/7/EZ i Direktiva 1999/44/EZ, a spomenute direktive ukinute. Svjetlo dana ugledao je 8. listopada 2008. u obliku Prijedloga Komisije o usvajanju Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o pravima potrošača,⁴⁹ primjenjivog na „business-to-consumer“ (B2C) ugovorne odnose i utemeljenog na potpunoj ciljanoj harmonizaciji. Iako je Prijedlog sadržavao mnoga dobra rješenja poput jedinstvenog uređenja zajedničkih definicija, obveza pružanja informacija, prava na odustanak kod ugovora koji se sklapaju na daljinu i izvan poslovnih prostorija trgovca i sl., sadržavao je i mnoge kontroverzne odredbe poput one o potpunoj harmonizaciji, koja primjerice nije odgovarajuće primjenjiva na pravna sredstva kod ugovora o prodaji i na nepoštene ugovorne odredbe.⁵⁰ Također nije riješio problem različitog uređenja i definiranja istih pojmova u preostalim potrošačkim direktivama, što je posebice važna okolnost za nacionalne zakonodavce koji su ključne definicije „potrošača“, „trgovca“ i sl. preuzimali uglavnom općim odredbama posebnih zakona o zaštiti potrošača koje se primjenjuju na sve vrste potrošačkih ugovora. I konačno, Prijedlog nije zadovoljavao ispunjavao pretpostavke spomenutih načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Naime, uvođenje potpune ciljane harmonizacije Komisija je opravdala činjenicom da je načelo minimalne harmonizacije dovelo do rascjepkanog zakonodavnog okvira diljem Europe, što je uzrokovalo značajne troškove trgovcima koji žele prekogranično trgovati i rezultiralo niskim stupnjem povjerenja potrošača koji žele prekogranično kupovati. Pritom je ignorirala činjenicu da je upravo ona 1985. godine u gore spomenutoj Bijeloj knjizi predstavila politiku minimalne harmonizacije kao osnovni element, tzv. „Nove strategije“ radi ostvarenja europskog unutarnjeg tržišta, te minimalnim klauzulama u prijedlozima pravnih akata omogućavala njihovo različito i odstupajuće preuzimanje u državama članicama. Također, stoga što nije predviđao usklađivanje svih relevantnih propisa, Prijedlog je

48 Više kod Čikara, E., *Novosti u razvoju europskog prava zaštite potrošača: Osvrt na Zelenu knjigu o reviziji pravne stečevine na području zaštite potrošača Europske zajednice*, HPR, 1/2008., str. 60.

49 COM(2008) 614 final. Vidi Čikara, E., *Pregled Predloga Komisije o Direktivi Evropskog Parlamenta i Saveta o pravima potrošača*, u: *Civil Law Forum for South East Europe*, op. cit., str. 551.

50 Treba napomenuti kako su ponuđena rješenja i dalje sadržavala mnoge nedostatke. Primjerice, definicija ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija trgovca je s jedne strane preširoka, a s druge preuska jer ne obuhvaća određene situacije, npr., tzv. izlete na kavu koje je organizirao trgovac. Definicija „potrošača“ nije uzela u obzir važeće definicije u mnogim državama članicama koje pored fizičkih obuhvaćaju i pravne osobe, nije riješila „dual use“ problematiku itd. Nadalje, Prijedlog je sadržavao brojne generalne klauzule, npr. „significant inconvenience“, „reasonable period of time“, „short period of time“ koje je potrebno razjasniti radi povećanja pravne sigurnosti. Ostalo je neriješeno pitanje kvalitete i kvantitete informacija koje se moraju pružiti potrošaču (tzv. *information overload*).

ostavio prostora daljnjim odstupanjima. Uslijedile su i kritike naspram odabranog oblika direktive kao mjere usklađivanja, koja bi zbog predloženog intenziteta harmonizacije poprimila karakteristike uredbe, te pri preuzimanju u nacionalno pravo mogla dovesti do sniženja stupnja zaštite potrošača u određenim aspektima. Stoga je budućnost ovog vrlo kritiziranog Prijedloga dugo vremena bila neizvjesna, a rasprava o njemu se je nastavila i objavljivanjem nove Zelene knjige Europske komisije o opcijama za napredak prema Europskom ugovornom pravu za potrošače i trgovce u srpnju 2010. godine.⁵¹ Cilj ove Zelene knjige koja nudi čak sedam različitih opcija za napredak Europskog ugovornog prava bio je daljnje jačanje unutarnjeg tržišta EU-a. U tu svrhu Komisija je okupila grupu stručnjaka koja je trebala proučiti izvodljivost, tzv. instrumenta o Europskom ugovornom pravu i pomoći Komisiji u izboru određenih dijelova nacrtu CFR-a koji se izravno ili neizravno odnose na ugovorno pravo i u izmjenama, reviziji i nadopuni odabranih odredbi.⁵² Prema Zelenoj knjizi instrument bi mogao biti neobvezujući ili obvezujući, ovisno o ponuđenoj opciji.⁵³ Tako je opcija 1. predviđala samo objavljivanje rezultata rada grupe stručnjaka kao praktičnog i korisnicima namijenjenog teksta, kojeg bi osim europskog mogli koristiti i nacionalni zakonodavci kao izvor inspiracije pri izradbi pravnih akata, ali i ugovorne strane pri izradbi standardiziranih uvjeta poslovanja. Opcija 2. propisivala je usvajanje službenog „toolboxa“ za EU zakonodavca, odnosno mogućnost da Komisija usvoji neki akt, bilo u obliku priopćenja ili odluke o europskom ugovornom pravu koji bi ona koristila kao instrument pri izradbi prijedloga novih zakonodavnih akata ili kod revizije važećih mjera. Opcija 3. temeljila se je na pripajanju instrumenta Europskog ugovornog prava kao pravitka Preporuci Komisije upućenoj državama članicama, koja bi ih poticala na inkorporiranje instrumenta u njihovo nacionalno pravo, kao što su američka UCC ili UNIDROIT načela. Opcija 4. predviđala je usvajanje Uredbe o

51 COM(2010) od 1. srpnja 2010.

52 Odluka Komisije od 26. travnja 2010. o osnivanju grupe stručnjaka o Zajedničkom referentnom okviru u području Europskog ugovornog prava, OJ L 105/109. Odluka se posebice poziva na Višegodišnji program 2010.-2014. u području slobode, sigurnosti i pravde, Rezolucija Europskog parlamenta od 25. studenog 2009. o Priopćenju Komisije Europskom parlamentu i Vijeću: područje slobode, sigurnosti i pravde za državljane – Stockholmski program za 2010.-2014., OJ C 285E, 21.10.2010., str. 12 i na Europu 2020. strategiju za pametan, održiv i uključiv razvoj, COM/2010/2020 final, koji potiču stvaranje opcionalnog europskog ugovornog prava. Sastav grupe stručnjaka vidjeti na http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert-group_en.pdf (22.11.2011.). O svemu više kod Fuchs, A., *European contract law: the way forward*, ERA Forum 2011./12, str. 2 et seq. Vidi i prijedloge za poboljšanje CFR-a od kojih su neki uvaženi u opcionalnom instrumentu Europskog ugovornog prava kod Hesselink, M. W., *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, Tulane Law Review, Vol. 83., 2009., str. 319 et seq.

53 Vrlo detaljno o svakoj opciji kod Basedow, J./ Christandl, G./ Doralt, W./Fornasier, M./Illmer, M./Kleinschmidt, J./Martens, S. A. E./Rösler, H./Schmidt, J. P./Zimmermann, R., *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, Max Planck Private Law Research Paper br. 11/2, http://www.upo.es/investiga/export/sites/investiga/dicodex/documentos/documentosparamateriales/comments_greenpaper_110128.pdf (2.1.2012).

uspostavi opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava kao drugog režima u svakoj državi članici. Opcija 5. preporučala je usvajanje Direktive o Europskom ugovornom pravu, koja bi harmonizirala nacionalno ugovorno pravo na temelju minimalnih zajedničkih standarda i koja bi nadopunjavala potrošački *acquis* te obuhvaćala odredbe buduće Direktive o pravima potrošača. Ipak, Komisija se je u Zelenoj knjizi najviše zalagala za Opciju 6. o usvajanju Uredbe o Europskom ugovornom pravu i Opciju 7. o usvajanju Uredbe o Europskom građanskom zakoniku, pritom priznajući da obje opcije zadiru u osjetljivo pitanje načela supsidijarnosti i proporcionalnosti. Komisija je također uvidjela ograničenost načela maksimalne harmonizacije napominjući kako će razlike ugovornih prava država članica biti zbilja i nakon usvajanja predložene Direktive o pravima potrošača. Stoga je predložila stvaranje model pravila europskog ugovornog prava kojima želi nadvladati fragmentarnost ugovornog prava država članica te polučiti uspjeh kakav je postigla primjerice Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine (dalje u tekstu: CISG).⁵⁴ Istovremeno tijekom trajanja javnih konzultacija o Zelenoj knjizi,⁵⁵ dolazi do pomaka u pregovorima između Vijeća i Europskog parlamenta o Prijedlogu Direktive o pravima potrošača čiji Odbor za unutarnje tržište i zaštitu potrošača 1. veljače 2011. preporuča Europskom parlamentu da pri prvom čitanju u redovnom zakonodavnom postupku zauzme stajalište o čitavom nizu potrebnih izmjena. Direktivu 2011/83/EU o pravima potrošača, kojom se mijenja Direktiva 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ i opoziva Direktiva 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ 23. lipnja 2011. godine izglasao ju je Europski parlament, a 10. listopada 2011. potvrdilo ju je Vijeće u znatno izmijenjenoj verziji od početnog Prijedloga.⁵⁶ Time Opcija 5. spomenute Zelene knjige postaje načelno bespredmetna. No, zbog vrlo ograničenog dometa nove Direktive 2011/83/EU i slabog učinka koje će njezino preuzimanje imati na konsolidiranje potrošačkog ugovornog prava država članica, a imajući u vidu cilj jačanja unutarnjeg tržišta, potreba za usvajanjem instrumenta o Europskom ugovornom pravu ne jenjava. Stoga je grupa imenovanih stručnjaka krajem travnja 2011. godine predala tekst od 189 odredaba o ugovornom pravu relevantnih za ugovorne odnose na unutarnjem tržištu EU-a u Priritku Studije

54 Objava stupanja na snagu Konvencije Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, NN MU br. 15/98. Odnos CISG-a i budućeg opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava Komisija je već spominjala i u Akcijskom planu, COM(2003) 68 fin., toč. 96: „The optional instrument could be comprehensive, i.e. covering also cross-border contracts of sale between businesses, and thereby include the area covered by the CISG. It could also exclude this area and leave it to the application of the CISG.“

55 Javne konzultacije o Zelenoj knjizi trajale su od 1. srpnja 2010. do 31. siječnja 2011. i rezultirale bogatim doprinosom od čak 320 doprinosa i osvrtu brojnih znanstvenika i praktičara, vidjeti na http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm (24.11.2011.).

56 O tome više Pošćić, A., *A New Consumer Rights Directive - Reinforcing or Restating Consumer Rights?*, u: Bodiřođa Vukobrat, N./Sander, G. G./Barić, S., *Invisible minorities*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2012. (u postupku objavljivanja). Vidi European Parliament, Legislative Observatory, <http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=en&procnum=COD/2008/0196> (24.11.2011.).

izvodljivosti o Europskom ugovornom pravu.⁵⁷ Tekst koji je zamišljen kao „tool-box“ u pripremi budućih inicijativa o europskom ugovornom pravu, uzima u obzir izdvojene dijelove CFR-a o ugovornom pravu,⁵⁸ odredbe CISG-a, odredbe UNIDROIT načela, kao i znanstveno-istraživački rad, naime Landova načela i načela *Principes Contractuels Communs* Asocijacije Henri Capitant i *Société de Legislation Comparée*. Na plenarnoj sjednici od 8. lipnja 2011., Europski je parlament većinom svojih glasova podržao izradbu i usvajanje opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava.

3. PRIJEDLOG UREDBE O ZAJEDNIČKOM EUROPSKOM PRAVU PRODAJE

3.1. Uvod

U okviru strategije Europa 2020., Komisija potiče jačanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta radi poticanja ekonomskog oporavka, što uključuje između ostalog i rad na oblikovanju harmoniziranih rješenja za potrošačke ugovore i model pravila europskog ugovornog prava. Također, Europska digitalna agenda⁵⁹ podupire opcionalni instrument Europskog ugovornog prava radi nadilaženja fragmentarnosti ugovornog prava i poticanja povjerenja potrošača u *e-commerce*. Različitost odredaba ugovornog prava u 27 pravnih poredaka država članica EU-a poima se kao jedan od uzroka pravne nesigurnosti malog i srednjeg poduzetništva (*small and medium-sized enterprises*, dalje u tekstu: SME) i nedostatka povjerenja potrošača. Opcionalni instrument Europskog ugovornog prava koji bi postojao kao jedinstveni i ujednačeni režim, a kojeg bi potrošači i trgovci mogli odabrati kao alternativu njihovom nacionalnom ugovornom pravu pri prekograničnom sklapanju ugovora, trebao bi prema stavu Komisije znatno uštedjeti, tzv. transakcijske troškove

57 Vidi Studiju izvodljivosti za budući instrument Europskog ugovornog prava od 3. svibnja 2011., http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf (24.11.2011.), koja je uslijedila nedugo nakon što je Odbor za pravne poslove Europskog parlamenta odobrio inicijativu Wallis, D. koja je svojim Izvještajem od 12. travnja 2011. dala potporu opcionalnom instrumentu Europskog ugovornog prava. U javnim konzultacijama o Studiji izvodljivosti koje su trajale do 1. srpnja 2011., Komisija je zaprimila 106 očitovanja. Vidi i Schulze, R., *Europäisches Vertragsrecht – die Zeit ist reif für die Gesetzgebung*, *EuZW* br. 15, 2011. str. 569.

58 Iako je CFR u početku poiman, kao tzv. „toolbox“ za provedbu izmjena i usvajanje novih pravnih akata u okviru revizije važećeg *acquisa*, Komisija ga uopće nije uzela u obzir u tekstu Direktive 2011/83/EU, a tek ograničeno u Prijedlogu opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava. O tome više kod Hesselink, M. W., *The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?*, *SSRN eJournal European Private Law*, 2009.

59 Priopćenje Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom i socijalnom odboru i Odboru regija, *Europska digitalna agenda*, COM (2010) 245 final, 26.8.2010, str. 13.

prilagođavanja ugovornih odredaba i trgovačke prakse ili prevođenja i dr.⁶⁰ Stoga, 11. listopada 2011. Komisija predlaže opcionalno zajedničko europsko pravo prodaje (dalje u tekstu: CESL),⁶¹ koje bi u skladu s Opcijom 4. iz Zelene knjige iz 2010. godine trebalo biti usvojeno u obliku uredbe, a koje bi trebalo ukloniti spomenute prepreke.⁶² S jedne strane ono bi se primjenjivalo na B2C ugovorne odnose, gdje Komisija ograničenja usklađivanja na razini EU-a pripisuje i političkom protivljenju potpunoj harmonizaciji. S druge strane primjenjivalo bi se na „business-to-business“ (B2B) ugovorne odnose, na koje se primjenjuje ograničeni broj materijalno-pravnih propisa EU-a, npr. Direktiva 2011/7/EU o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim transakcijama.⁶³ Što se tiče Uredbom 593/2008 o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (dalje u tekstu: Uredba Rim I)⁶⁴ ujednačenih kolizijskih odredaba, Komisija naglašava kako određenje mjerodavnog prava ne rješava problem postojanja razlika materijalnog ugovornog prava.⁶⁵ Ako strane nisu ugovorile

60 Spomenute poteškoće prikazane su u hipotetičkim slučajevima Publikacije rezultata Studije izvodljivosti, str. 3.-5. na: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf (25.11.2011.). Različite definicije transakcijskih troškova vidi kod Smits, J. M., Introduction to special issue: Harmonisation of contract law: an economic and behavioural perspective, *Eur J Law Econ*, 5.11.2011., str. 4. Načelno se misli na različite vrste troškova, od onih koji nastaju saznavanjem sadržaja stranog prava (materijalnog i postupovnog), preko troškova koji nastupaju zbog različitosti odredaba država članica (*inconsistency costs*), do troškova koji nastupaju uslijed ostvarivanja zaštite svojih prava.

61 Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom europskom pravu prodaje, COM(2011) 635 final, Brussels.

62 Već u Akcijskom planu COM(2003) 68 fin., toč. 92. Komisija se je zalagala za usvajanje opcionalnog instrumenta ili u obliku uredbe ili preporuke: „As to its form one could think of EU wide contract law rules in the form of a regulation or a recommendation, which would exist in parallel with, rather than instead of national contract laws.“ Također u Priopćenju „Preuzimanje Lisabonskog programa Zajednice: Strategija za pojednostavljuvanje regulatornog okruženja“ COM(2005) 0535 fin., Komisija izražava svoju namjeru prijelaza od direktiva spram uredbi. Zalaganje za harmonizaciju putem uredbi vidi kod Twigg-Flesner, C., Good-Bye Harmonisation by Directives, Hello Cross-Border only Regulation? – A way forward for EU Consumer Contract Law, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/309_en.pdf, str. 13. Isto kod Monti, M., A New Strategy for the Single Market – At the Service of Europe’s Economy and Society, Brussels, 2010., http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf (31.12.2011.): „There is thus a growing case for choosing regulations rather than directives as the preferred legal technique for regulating the single market. Regulation brings the advantages of clarity, predictability and effectiveness. It establishes a level playing field for citizens and business and carries a greater potential for private enforcement.“

63 Direktiva 2011/7/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 2011. o sprečavanju zakašnjenja u plaćanju u trgovačkim transakcijama, OJ L 48/1, 23.2.2011.

64 Uredba (EZ) 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze (Rim I), OJ L 2008/177, str. 6.

65 Za pravila o izboru mjerodavnog prava kod obveza koje nastaju u pregovorima koji prethode sklapanju ugovora (*culpa in contrahendo*) nije primjenjiva Uredba Rim I (čl. 1 st. 2 sl. i), već Uredba (EZ) 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. srpnja 2007. o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze (Rim II), OJ L 2007/199, str. 40 (čl. 12. st. 1.). Vidi Kunda, I., Uredba Rim II: Ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze u Europskoj uniji, *Zbornik PFR*, vol. 28, 2/2007, str. 1274.

mjerodavno pravo (čl. 3. Uredbe Rim I), ono će biti određeno prema objektivnoj poveznici iz čl. 4. Uredbe Rim I. U skladu sa zahtjevima čl. 6. st. 1. Uredbe Rim I koji propisuje posebnu poveznicu za potrošačke ugovore, ako strane nisu odabrale mjerodavno pravo, uvijek kada trgovac svoju djelatnost obavlja u ili usmjerava prema državi članici redovnog boravišta potrošača, mora se uskladiti s ugovornim pravom te države. Ako su ugovorne strane odabrale drugo mjerodavno pravo, a kogentne odredbe o zaštiti potrošača države članice uobičajena boravišta potrošača pružaju viši stupanj zaštite, potonje se moraju poštivati (čl. 6. st. 2. Uredbe Rim I).⁶⁶ U naporima trgovca da sazna pruža li pravo potrošačeva uobičajena boravišta viši stupanj zaštite i usklađivanju sa spomenutim zahtjevima uviđa se značajan transakcijski trošak. U prekograničnim transakcijama trgovaca, postoje i neki drugi troškovi, npr. troškovi pregovaranja o primjeni mjerodavnog prava, troškovi u svezi sa saznavanjem njegova sadržaja i primjene i dr. U nadilaženju spomenutih nedostataka primjenom CISG-a kao instrumenta međunarodne unifikacije glede B2B odnosa, Komisija vidi nedostatak u činjenici što CISG nisu ratificirale sve države članice EU-a, zatim što se ne primjenjuje sveobuhvatno na sva pitanja vezana uz ugovor (npr. nepoštene ugovorne odredbe i dr.), jer otvara mogućnost različitog tumačenja od strane nacionalnih sudova, ali i u rijetkoj primjeni CISG-a u ugovornim odnosima trgovaca.⁶⁷ Prema čl. 1. st. 1. CISG-a ova se Konvencija primjenjuje na ugovore o prodaji robe, sklopljene između strana koja imaju svoja sjedišta na teritorijima različitih država: a) kada su te države ugovornice ili b) kada pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primjenu prava jedne države ugovornice. Nadalje, CISG se primjenjuje samo kada su države ratificirale CISG u vrijeme sklapanja ugovora, te kada je u dotičnoj državi Konvencija stupila na snagu (čl. 1. st. 1. sl. a) CISG).⁶⁸ CESL bi kao instrument trebao postojati kao drugi nacionalni režim unutar ugovornog prava države članice i za razliku od CISG-a koji je automatski primjenjiv ako njegovu primjenu ugovorne strane nisu isključile (*opt-*

66 O prednostima i nedostacima spomenutog uređenja detaljno kod Čikara, E., *Gegenwart...*, op. cit., str. 471 et seq. Vidi Meškić, Z., *Kolizione norme za zaštitu potrošača u direktivama Evropske zajednice i Uredbi Rim I - novi izazov za ZRSZ*, Zbornik PFR, vol. 30, 2/2009, str. 1019. et seq.

67 Priopćenje Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom i socijalnom odboru i Odboru regija, *Zajedničko europsko pravo prodaje radi olakšanja prekograničnih transakcija na unutarnjem tržištu*, COM(2011) 636 final, Brussels, 11. listopada 2011., str. 5. O ulozi CISG-a u praksi vidi Schwenzer, I./ Hachem, P., *The CISG - Successes and Pitfalls*, *American Journal of Comparative Law*, 57/2009., str. 462.

68 A prema čl. 100. st. 1. CISG-a, ova se Konvencija primjenjuje na sklapanje ugovora samo kada je prijedlog za sklapanje ugovora učinjen na dan ili poslije dana stupanja na snagu ove Konvencije u odnosu na države ugovornice o kojima je riječ u čl. 1. st. 1. sl. a) ili državu ugovornicu o kojoj je riječ u čl. 1. sl. 1. sl. b). Prema čl. 100. st. 2. ova se Konvencija primjenjuje samo na ugovore sklopljene na dan ili nakon dana stupanja na snagu Konvencije u odnosu prema državama ugovornicama o kojima je riječ u čl. 1. st. 1. sl. a) ili državu ugovornicu o kojoj je riječ u čl. 1. st. 1. sl. b).

out), njegovu bi primjenu ugovorne strane mogle odabrati (*opt-in*).⁶⁹ Mogućnost ugovaranja njegove primjene za ugovore koji se sklapaju prekogranično, ugovornim stranama pružalo bi nacionalno materijalno pravo, a ne međunarodno privatno pravo.⁷⁰ U ugovorima koji se sklapaju prekogranično, međunarodno privatno pravo, točnije kolizijske odredbe ukazale bi tako na mjerodavno pravo države članice unutar kojega bi ugovorne strane mogle odabrati između važećeg nacionalnog ugovornog prava i novog drugog režima identičnog u svim državama članicama, naime CESL-a. Također bi čl. 6. st. 2. Uredbe Rim I u B2C ugovorima bio neutraliziran CESL-om koji bi sadržavao potpuno harmonizirane kogentne odredbe o zaštiti potrošača važeće u svim državama članicama, zbog čega stupanj zaštite potrošača u državi njegova uobičajena boravišta ne bi mogao biti viši. Time se je otklonio u literaturi raspravljani problem koji bi nastao zbog mogućnosti odabira CESL-a kao mjerodavnog prava prema čl. 3. Uredbe Rim I, a koji bi za posljedicu imao primjenu svih njezinih odredaba, pa i čl. 6. st. 2. glede primjene kogentnih normi nacionalnih prava potrošača.⁷¹ Iako bi se spornim moglo tumačiti recital 13. Uredbe Rim I, prema kojem Uredba ne sprječava strane da u ugovor upućivanjem inkorporiraju neki nedržavni sustav pravila ili međunarodnu konvenciju, odnosno njegov odnos

69 Treba razlikovati poimanje opcionalnog instrumenta Europskog ugovornog prava kao 28. pravnog režima koji bi postojao pored nacionalnih ugovornih prava od Prijedloga Uredbe o ustanovljavanju drugog režima ugovornog prava unutar nacionalnog prava države članice. Prvo bi poimanje rezultiralo izborom mjerodavnog prava u smislu čl. 3. Uredbe Rim I, dok do drugog dolazi već samim ugovaranjem nacionalnog prava države članice kao mjerodavnog. Vidi recital 9. preambule Prijedloga Uredbe: „(...) It harmonises the contract laws of the Member States not by requiring amendments to the pre-existing national contract law, but by creating within each Member State’s national law a second contract law regime for contracts within its scope. This second regime should be identical throughout the Union and exist alongside the pre-existing rules of national contract law. The Common European Sales Law should apply on a voluntary basis, upon an express agreement of the parties, to a cross-border contract.“ Vidi Hesselink, M. W., *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation*, Centre for the Study of European Contract Law, WPS br. 2011-15, str. 2.

70 Vidi recital 10. preambule Prijedloga Uredbe: „The agreement to use the Common European Sales Law should be a choice exercised within the scope of the respective national law which is applicable pursuant to Regulation (EC) No 593/2008 or, in relation to pre-contractual information duties, pursuant to Regulation (EC) No 864/2007 (...), or any other relevant conflict of law rule. The agreement to use the Common European Sales Law should therefore *not amount to, and not be confused with, a choice of the applicable law* within the meaning of the conflict-of-law rules and should be without prejudice to them.(...)“.

71 Iako čl. 3. Uredbe Rim I ne spominje akte prava Unije kao mjerodavno pravo koje stranke mogu izabrati, čl. 3. st. 2. Prijedloga Uredbe Rim I (COM(2005) 650 fin. od 15. prosinca 2005. predviđao je mogućnost odabira prava različitog od prava države kao mjerodavnog („(...) choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognized internationally or in the Community“). U debati o usvajanju instrumenta Europskog ugovornog prava, razmišljalo se o vraćanju spomenute odredbe u Uredbu Rim I. Isto tako je čl. 22(b) Prijedloga Uredbe Rim I propisivao da Uredba Rim I neće utjecati na primjenu ili usvajanje mjera Zajednice koje uređuju ugovorne obveze i koje se voljom strana primjenjuju u kolizijskopравnim situacijama. O tome Diedrich, F., *Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I-Verordnung*, RIW, 2009., str. 378.

s CESL-om, recital 14. propisuje ako Zajednica odgovarajućim pravnim aktom usvoji pravila materijalnog ugovornog prava, uključujući standardne odredbe, tim se aktima stranama može omogućiti da ih izaberu kao mjerodavno pravo.⁷² Nadalje, glede B2B ugovora, recital 25. Prijedloga Uredbe propisuje da ako bi se na ugovor trebao primijeniti CISG, izbor CESL-a implicira sporazum ugovornih strana o isključenju primjene CISG-a. Time se rješava problem koji bi nastupio kod B2B ugovora, da se i CESL i CISG, koji se temelji na „opt-out“ principu, primjenjuju na isti ugovorni odnos, pritom uređujući određena pitanja različito. No, u skladu s načelom autonomije ugovornih strana i dispozitivnim karakterom CISG-a, prema čl. 6. CISG-a ugovorne strane mogu isključiti njenu primjenu ili, pod rezervom odredaba čl. 12. CISG-a, odstupiti bilo od koje od njezinih odredaba ili izmijeniti njihov učinak. Kako opseg ovog „opt-out“ ovisi upravo o odredbama CISG-a kao prava mjerodavnog za ugovor, u literaturi se s pravom smatra da spomenuti recital Prijedloga Uredbe djeluje *ultra vires*.⁷³ Problemi bi također mogli nastati u slučaju izbora različitih mjerodavnih prava za različite dijelove ugovora (*dépeçage*), koje Prijedlog Uredbe dopušta kod B2B ugovora, a koji bi mogli dovesti do preklapanja u uređenju nekih pitanja, odnosno pravnih praznina glede drugih.

Prijedlog Uredbe, pravno utemeljen na čl. 114. UFEU-a, prema mišljenju Komisije donosi set potpuno harmoniziranih pravila ugovornog prava usklađen s načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti, a ima za cilj poboljšanje uvjeta za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta.⁷⁴ Tako u skladu s čl. 1. st. 2. Prijedloga Uredbe, ona trgovcima omogućava snižavanje transakcijskih troškova i visoki stupanj pravne sigurnosti oslanjanjem na zajednički set pravila i korištenjem istih ugovornih odredaba u svim prekograničnim transakcijama. Istovremeno, u skladu s čl. 114. st. 3. UFEU-a jamči i visoki stupanj zaštite potrošača što jača njihovo povjerenje u unutarnje tržište i ohrabruje ih na prekograničnu kupnju (čl. 1. st. 3. Prijedloga Uredbe).

3.2. Struktura

Prijedlog po svojoj strukturi obuhvaća tri glavna dijela: Uredbu, Pravitak I. s pravilima ugovornog prava o zajedničkom europskom pravu prodaje (CESL) i Pravitak II. s obavijesti o standardnim informacijama. Uredba koja prema Prijedlogu sadrži 16 članaka, u svojem čl. 1. uređuje cilj i sadržaj, a u čl. 2. sadrži listu definicija od kojih su neki pojmovi usklađeni s važećim *acquisom* (npr.

72 Babić, D./Jessel Holst, Ch., *Međunarodno privatno pravo*, zbirka unutarnjih, europskih i međunarodnih propisa, Narodne novine, 2011., str. 190.

73 Hesselink, M. W., *How to...*, op. cit., str. 4.

74 Recital 36. preambule Uredbe. U recitalu 37. Uredbe naglašava se njezina usklađenost s Poveljom temeljnih prava Europske unije, OJ C 83/389 od 30. ožujka 2010., posebice čl. 16. (gospodarska sloboda), čl. 38. (zaštita potrošača) i čl. 47. (pravo na učinkovito pravno pravično sredstvo i nepristran sud).

*trader, consumer, goods, distance contract, off-premises contract*⁷⁵ itd.)⁷⁶ dok se neki definiraju po prvi puta (npr. *related service*). Članak 3. uređuje opcionalnu narav odredaba o ugovornom pravu, propisujući da se strane mogu sporazumjeti o tomu da CESL uređuje njihove ugovore o prodaji robe, dobavljanju digitalnog sadržaja i pružanju povezanih usluga koji se sklapaju prekogranično. Uredba pritom ne određuje trenutak u kojem strane mogu odabrati primjenu CESL-a, što znači da odabir može nastupiti u bilo kojem trenutku, prije ili nakon sklapanja ugovora uključujući i trenutak nastanka spora.⁷⁷ Potom slijede odredbe koje uređuju polje primjene *ratione teritorii* (čl. 4.), *ratione materiae* (čl. 5.-6.) i *ratione personae* (čl. 7.). Članak 8. Uredbe propisuje način „opt-in“ u CESL sporazumom stranaka, a čl. 10. utvrđuje sankcije za povredu ondje i u čl. 9. propisanih pravila. Postojanje sporazuma stranaka i njegova valjanost uvjetovani su ispunjenjem zahtjeva iz čl. 8. st. 2. i 3. i čl. 9. Uredbe i relevantnih odredaba CESL-a. Tako će u B2C odnosima sporazum o korištenju CESL-a biti valjan, jedino ako je potrošačev pristanak dan izričitom izjavom odvojenom od izjave kojom pristaje na sklapanje ugovora, a trgovac će potrošaču priskrbiti potvrdu sporazuma na trajnom mediju. Stoga u B2C odnosima nije moguće ugovoriti korištenje CESL-a pukim uglavljivanjem u odredbi ugovora koji se sklapa ili u odredbi trgovčevih standardnih uvjeta, npr. općih uvjeta poslovanja. Nadalje, u B2C odnosima nije moguć odabir primjene dijela CESL-a, već samo u cijelosti, čime se sprječava, tzv. *cherry picking*. No, ovi se posebni zahtjevi ne odnose na B2B ugovorne odnose, u kojima su postojanje takvog sporazuma i njegova valjanost uvjetovani odredbama samog CESL-a. Iz odredaba proizlazi da sporazum o korištenju CESL-a u B2B odnosima može biti i prešutan i djelomičan.⁷⁸ Članak 9. dalje utvrđuje posebne obveze informiranja kod B2C

75 No, definicijama su upućene mnoge kritike. Tako npr. Council of the Notariats of the European Union smatraju da definicija ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija trgovca treba biti nadopunjena sljedećom odredbom: „Contracts which, in accordance with the provisions of Member States, are established by a public office-holder, like a civil law notary, who has a statutory obligation to be independent and impartial and who must ensure, by providing comprehensive legal information, that the consumer only concludes the contract on the basis of careful legal consideration and with knowledge of its legal scope shall not be considered as off-premise contracts.“ Ova bi se definicija trebala *mutatis mutandis* primjenjivati i na ugovore koji se sklapaju na daljinu. Vidi Notaries of Europe, http://www.netvoice.be/cnue-2009/pdf/pdf_en_20111212053051-80.pdf (28.12.2011.).

76 Ipak treba napomenuti kako definicije svih pojmova nisu usklađene s važećim *acquisom*. Tako se npr. u čl. 2. sl. w) Uredbe pojam „creditor“ definira kao osoba koja ima pravo da joj dužnik izvrši (ne)novčanu obvezu. Ovaj se pojam „vjerovnika“ suštinski razlikuje od pojma „creditor“ iz čl. 3. b) Direktive 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23.4.2008. o ugovorima o potrošačkom kreditu kojom se opoziva Direktiva Vijeća 87/102/EEZ, OJ L 133/66 od 22.5.2008., a gdje se radi o fizičkoj ili pravnoj osobi, koja u okviru izvršavanja svoje poslovne ili profesionalne djelatnosti odobrava kredit ili obećava odobriti kredit.

77 Kod B2C ugovora predlaže se uvođenje ograničenja glede odabira CESL-a nakon što je nastupio spor ako bi odabir bio na štetu potrošača, budući da bi trgovac tako mogao odabrati primjenu za sebe povoljnijih odredaba. Vidi Hesselink, M. W., *How to...*, op. cit., str. 9.

78 Poglavlje 3. CESL-a o sklapanju ugovora, u čl. 30. propisuje pretpostavke za sklapanje ugovora, prema čijem se st. 3. volja strana da sporazumom ostvare pravne učinke određuje iz

ugovora, kao dodatak predugovornim informacijama iz CESL-a. Naime, trgovac mora potrošaču skrenuti pozornost na namjeravanu primjenu CESL-a prije sklapanja ugovora, time što će mu na jasan način pružiti informacije iz Privitka II. Privitak II. sadrži standardne informacije o CESL-u koje trgovac mora pružiti potrošaču prije nego što su se sporazumjeli o njegovu korištenju.⁷⁹ Ukoliko se te informacije daju elektroničkim putem, moraju sadržavati „*hyperlink*“ ili u svim ostalim okolnostima sadržavati upućivanje na web-stranicu putem kojom se može nenaplatno pristupiti tekstu CESL-a.⁸⁰ Posljedice valjanog izbora CESL-a objašnjene su u čl. 11., prema kojem izborom CESL postaje jedino mjerodavno pravo za pitanja koja regulira i posljedično glede njih isključuje primjenu nacionalnog prava. Retroaktivno CESL će se primjenjivati i na pitanja sukladnosti sa i na pravne lijekove zbog povrede predugovorne obveze informiranja. Članak 12. pojašnjava odnos naspram Direktive 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu.⁸¹ U čl. 13. omogućava se državama članicama usvajanje zakonodavstva koje bi CESL pod određenim pretpostavkama učinilo dostupnim i za primjenu u tuzemnim odnosima. Članak 14. zahtijeva od

njihovih izjava i ponašanja. Nadalje, prema čl. 58. st. 1. iz Poglavlja 6. CESL-a o tumačenju ugovora, ugovor mora biti tumačen u skladu sa zajedničkom namjerom strana čak i ako odstupa od uobičajenog značenja izraza koji se koriste u njemu. Prema čl. 58. st. 2. CESL-a ako jedna strana koristi izraz s namjerom da mu da posebno značenje, čega je druga strana bila ili se može očekivati da je svjesna, izraz se tumači na taj način. U nedostatku ovih ugovor se tumači kako bi to učinila razumna osoba (čl. 58. st. 3.). Nadalje, *a contrario* odredbama čl. 8. Uredbe proizlazi da je u B2B odnosima moguće uglaviti korištenje CESL-a u odredbama trgovčevih standardnih uvjeta kao i odabrati primjenu dijela CESL-a.

79 Standardne informacije iz Privitka II odnose se na ključna pitanja, npr. prava prije potpisivanja ugovora, prava nakon potpisivanja ugovora, nepoštene ugovorne odredbe i sl. Pritom sadrži i neobične formulacije u vidu upozorenja: „This list of rights is only a summary and therefore not exhaustive, nor does it contain all details. (...) In case of dispute you may wish to ask for legal advice.“ To je suprotno od Komisije proklamiranim visokim stupnjem zaštite potrošača koji jamči CESL.

80 Prema čl. 9. st. 2. reč. 2. Uredbe, ako je ugovor o korištenju CESL-a sklopljen telefonski ili drugim sredstvom koje ne omogućava pribavljanje potrošaču obrasca s informacijama ili ako trgovac nije pružio informacije, potrošač neće biti vezan ugovorom dok ne dobije potvrdu iz čl. 8. st. 2. popraćenu obrascem informacija i dok izričito naknadno ne pristane na korištenje CESL-a. Time se otklanjaju kritike upućene opcionalnom instrumentu Europskog ugovornog prava glede ograničenja privatne autonomije i slobode ugovaranja kod potrošača, prema kojima potrošač koji ugovor sklapa online ili offline ne bi razumio da pritiskom, na tzv. *blue button*, odnosno pristankom na standardne uvjete trgovca, kojima odabire primjenu instrumenta gubi zaštitu koju inače uživa prema pravu države uobičajena boravišta. Kao što je spomenuto u B2C odnosima takav način odabira korištenja CELS-a nije moguć. O tome Whittaker, S., *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, ERCL, ožujak 2011., str. 15., toč. 34. et seq. Izraz *blue button* koristi se za označavanje načina na koji bi klijent prihvatio primjenu opcionalnog instrumenta prilikom online kupnje, tako što bi „kliknuo“, odnosno odabrao ikonu s europskom plavom zastavom i dvanaest zvjezdica i natpisom „Prodaja prema EU pravu“. Vidi Schulte-Nölke, H., *EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the ‘Blue Button’*, ERCL, br. 3, 2007., str. 332.

81 Direktiva 2006/123/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uslugama na unutarnjem tržištu, OJ 376/36.

država članica da obavještavaju o pravomoćnim presudama nacionalnih sudova o tumačenju CESL-a ili odredaba Uredbe, koje bi potom ušle u bazu podataka. Uredba u čl. 15. sadrži, tzv. *review* klauzulu koja bi nakon pet godina primjene omogućila provjeru i učinke primjene, ali i izmjene CESL-a uzimajući u obzir potrebu proširenja polja primjene *ratione materiae* u području B2B ugovora i s obzirom na razvoj tržišta i tehnološki razvoj u svezi s digitalnim sadržajima te budući razvoj *acquisa*. Stupanje na snagu i početak primjene Uredbe uređeni su čl. 16.

3.3. Polje primjene

3.3.1. Polje primjene *ratione personae*

Prema čl. 7. Uredbe CESL može se koristiti⁸² samo ako je prodavatelj robe ili dobavljač digitalnog sadržaja trgovac, pri čemu se u B2B ugovornim odnosima može koristiti samo ako je barem jedna od strana SME. U ograničenju polja primjene *ratione personae* na B2B ugovorne odnose od kojih je barem jedan SME i na B2C ugovorne odnose, Komisija vidi usklađenost s načelom proporcionalnosti. Pritom je definicija SME-a iz čl. 7. st. 2. usklađena sa zahtjevima Preporuke Komisije 2003/361 od 6. svibnja 2003. o definiciji mikro, malog i srednjeg poduzetništva,⁸³ prema kojoj je SME trgovac koji zapošljava manje od 250 osoba i ima godišnje prihode koji ne prelaze 50 milijuna eura ili godišnji obračun koji ne prelazi 43 milijuna eura ili za SME koje ima uobičajeno boravište u državi članici čija valuta nije euro ili u trećoj državi, koji ne prelaze odgovarajući iznos u valuti te države. No, člankom 13. Uredbe predviđa se mogućnost državam članicama da usvoje zakonodavstvo koje CESL čini dostupnim i za ugovore gdje su obje strane trgovci, ali nijedna nije SME. U svakome slučaju u recitalu 21. preambule Uredbe potiče se trgovce da u B2B odnosima crpe inspiraciju iz odredaba CESL-a pri sastavljanju ugovornih odredaba.

3.3.2. Polje primjene *ratione materiae*

Iako je polje primjene *ratione materiae* izričito uređeno čl. 5.-6. Uredbe, ono se može iščitati već u čl. 1. koji propisujući cilj i sadržaj Uredbe govori o CESL

82 Uredba u čitavom tekstu koristi izraz „koristiti“ (eng. *use*, njem. *verwenden*) CESL, što *Hesselink* s pravom kritizira. Tako čl. 4. st. 1. Uredbe glasi: „Zajedničko europsko pravo prodaje može se koristiti za ugovore koji se sklapaju prekogranično.“ Budući da su korisnici CESL-a ugovorne strane, možda se željelo naglasiti „user friendly“ narav instrumenta. Za razliku od njemačke i engleske jezične verzije, francuska koristi izraz „primijeniti“ (fran. *appliquer*). No, taj bi izraz prije ukazivao na primjenu propisa od strane sudova i drugih primjenjivača, negoli ugovornih strana. Ispravno primjećuje *Hesselink* da bi se čitavim tekstom Prijedloga Uredbe trebao protezati izraz koji ukazuje na mogućnost strana da ugovore primjenu CESL-a odnosno da se sporazume o njoj, kao što je to uređeno u čl. 3. Uredbe: „The parties may agree (...)“. Vidi *Hesselink*, M. W., *How to...*, op. cit., str. 7.

83 OJ L 124/36 od 20. svibnja 2003.

pravilima koja se mogu koristiti u prekograničnim transakcijama prodaje robe, dobavljanja digitalnog sadržaja i povezanih usluga. Prema čl. 5. Uredbe, CESL se može koristiti za a) ugovore o prodaji; b) ugovore o dobavljanju digitalnog sadržaja koji je ili nije dostupan na materijalnom mediju, kojeg korisnik može spremati, preraditi ili mu pristupiti ili iznova upotrijebiti, neovisno o tomu je li digitalni sadržaj dobavljen naplatno ili ne;⁸⁴ c) ugovore o povezanim uslugama, neovisno o tomu je li za povezanu uslugu ugovorena posebna cijena.⁸⁵ Pritom čl. 2. sl. k) Uredbe definira ugovor o prodaji kao svaki ugovor kod kojeg trgovac (prodavatelj) prenosi ili preuzima obvezu prenijeti vlasništvo robe drugoj osobi (kupcu) i kupac plaća ili preuzima obvezu platiti cijenu, uključujući ugovor o dobavljanju robe koja se mora izraditi ili proizvesti i isključuje ugovore o prodaji u ovršnom postupku ili koji na drugi način uključuju vršenje javne vlasti (prisilna javna prodaja).⁸⁶ U čl. 2. sl. l) Uredbe razlikuje se potrošački ugovor o prodaji, pozivajući se na definiciju ugovora o prodaji u kojem kao strane sudjeluju trgovac kao prodavatelj i potrošač kao kupac. Također valja napomenuti kako definicija pojma „roba“ iz čl. 2. sl. h) Uredbe (u kombinaciji s čl. 2. sl. k)) načelno sadržajno odgovara definiciji tog pojma iz čl. 2. st. 3. Direktive 2011/83/EU. Roba je svaka materijalna pokretna stvar osim struje i prirodnog plina, te vode i drugih vrsta plina, osim kada su namijenjeni za prodaju u ograničenoj ili određenoj količini.⁸⁷ Iako obuhvaćanje ugovora o dobavljanju

84 Prema recitalu 18. preambule Uredbe dostupnost CESL-a se ne uvjetuje s naplatnosti usluge radi postojeće prakse dobavljanja digitalnog sadržaja ne za određenu cijenu, već kombiniranjem s odvojenim, ali plaćenim uslugama ili robom ili nenaplatno u zamjenu za nenaplatan pristup osobnim podacima gdje se očekuje da će potrošač kasnije kupiti dodatni ili bolji digitalni sadržaj. Npr. besplatno preuzimanje određenog softwera („*free download*“) koji se može koristiti ili samo određeno vrijeme („*free trial*“) ili se kvalitetnija verzija istog može preuzeti samo naplatno.

85 Neki autori dvoje o potrebi uređivanja ugovora o prodaji, budući da smatraju da su isti već dovoljno uređeni europskim pravom, odnosno Direktivom 1999/44/EZ te međunarodnim unificiranim pravom, odnosno CISG-om. Tako Loos smatra da naglasak treba staviti na ugovore o uslugama te na uređenje nekih specijalnih ugovora franšizing i ugovore o distribuciji, Vidi Loos, M., *Scope and application of the Optional Instrument*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper br. 14., 2011., str. 7.

86 CISG koja ne definira pojam ugovora o prodaji u čl. 3. st. 1. utvrđuje kako se njima smatraju i oni ugovori o isporuci robe koja se tek treba izraditi ili proizvesti, osim ako je naručitelj bio obavezan isporučiti bitan dio sastojaka potrebnih za tu izradu ili proizvodnju. Nadalje u čl. 3. st. 2. određuje kako se CISG ne primjenjuje na ugovore u kojima se pretežiti dio obveza isporučitelja sastoji u obavljanju nekog rada ili pružanju nekih usluga (npr. ugovor o radu, ugovor o djelu, ugovor o prijevozu i sl.). Ipak stranke iz država ugovornica mogu ugovoriti primjenu CISG-a za ugovor koji ne potpada pod njenu primjenu, u kojem slučaju se primjenjuju ograničenja koja u tom pogledu postoje u *legis fori* (prisilni propisi).

87 Ograničenje na pokretnine recital 16. preambule Uredbe temelji na obrazloženju da se radi o ekonomski najvažnijim vrstama ugovora koje bi mogle potaknuti rast prekogranične trgovine, posebice u *e-commerce*. Iako ne daje izričitu definiciju robe, CISG se također odnosi na sve prodaje robe kao tjelesnih stvari (ne prava) izuzev robe kupljene za osobnu ili obiteljsku upotrebu ili za potrebe domaćinstva, osim ako prodavatelj u bilo koje vrijeme prije ili u trenutku sklapanja ugovora nije znao niti je mogao znati da se roba kupuje za takvu upotrebu; b) na javnoj dražbi; c) u slučaju zapljene ili nekog drugog postupka sudskih vlasti;

digitalnog sadržaja poljem primjene predstavlja značajan iskorak, on biva uvelike ograničen definicijom digitalnog sadržaja u čl. 2. sl. j). Prema njoj digitalni sadržaj označava podatke koji se proizvode ili dobavljaju u digitalnom obliku, prema ili bez specifikacija kupca, uključujući video, audio, slikovni ili pisani digitalni sadržaj, digitalne igre, software i digitalni sadržaj koji omogućuje personalizaciju postojećeg hardwarea ili softwarea. No, pritom su isključene: i) financijske usluge, uključujući online bankovne usluge; ii) pravni ili financijski savjeti koji se pružaju u elektroničkom obliku; iii) elektroničke zdravstvene usluge; iv) elektroničke komunikacijske usluge i mreže i povezane infrastrukture i usluge; v) kockanje; vi) stvaranje novog i izmjene postojećeg digitalnog sadržaja od potrošača ili druga interakcija s kreacijama drugih korisnika. Novinu zasigurno predstavlja definicija povezanih usluga u čl. 2. sl. m) Uredbe koja se odnosi na svaku uslugu povezanu s robom ili digitalnim sadržajem, kao što su montaža, održavanje, popravak ili druge radnje, koja pruža prodavatelj robe ili dobavljač digitalnog sadržaja u okviru odnosnih ugovora ili odvojenog ugovora o povezanoj usluzi koji je sklopljen u isto vrijeme kada i ugovor o prodaji ili ugovor o dobavljanju digitalnog sadržaja. Isključene su usluge transporta, obrazovanja (*training services*), usluge potpore u telekomunikacijama i financijske usluge. CESL se tako ne bi trebao primjenjivati na ugovore o povezanim uslugama koje pruža treća osoba, stoga što ona nije strana u ugovoru kojim su se one obvezale primjenjivati CESL. Na te bi se ugovore i dalje primjenjivalo odnosno nacionalno pravo određeno Uredbom Rim I odnosno Uredbom Rim II. No to bi prema mišljenju autorice u praksi moglo predstavljati značajan nedostatak u stupnju zaštite, budući da posebice u B2C ugovorima potrošači suugovornike iz glavnog ugovora te sporednog s njime povezanog ugovora, nerijetko zbog njihove međusobne faktične ili pravne povezanosti poimaju kao jednu ugovornu stranu. Osim putem samih definicija iz čl. 2. Uredbe polje primjene *ratione materiae* suženo je isključenjem mješovitih ugovora i ugovora povezanih s potrošačkim kreditom u čl. 6. On u st. 1. ograničava isključenje na mješovite ugovore koji uključuju bilo koji drugi element izvan ugovora pokrivenih člankom 5., a u st. 2. isključuje ugovore kod kojih trgovac odobrava ili obećava odobriti potrošački kredit u obliku odgode plaćanja, zajma ili neke druge slične financijske pomoći.⁸⁸ CESL se može primijeniti na B2C ugovore kod kojih se roba, digitalni sadržaj ili povezane usluge iste vrste kontinuirano dobavljaju i potrošač ih plaća obročno za vrijeme njihova dobavljanja.⁸⁹

d) vrijednosnih papira i novca; e) brodova, glisera na zračni jastuk i zrakoplova; f) električne energije (čl. 2.).

88 Detaljnije kod Mišćenić, E., *Povezani ugovori o kreditu*, Zbornik PFR, vol. 32, 1/2011, str. 155.

89 Kod spomenutih ugovora nedostaje element kreditiranja, budući da jedna strana pruža uslugu, odnosno isporučuje robu u određenim vremenskim razmacima u kojima je potrošač plaća.

3.3.3. Polje primjene ratiōne teritorii

Uredba bi se prostorno trebala primjenjivati u cijelosti i neposredno u svim državama članicama EU-a, kao i u Europskom gospodarskom prostoru, koje pored 27 država članica EU-a obuhvaća i tri EFTA države, naime Island, Lihtenštajn i Norvešku. Ona primjenu CESL-a ograničava na ugovore koji se sklapaju prekogranično, što se određuje u trenutku sporazuma o korištenju CESL-a (čl. 4. Uredbe). Tako bi u B2B ugovorima spomenuti uvjet bio ispunjen ako bi strane imale uobičajeno boravište u različitim zemljama od kojih je barem jedna država članica. U B2C ugovorima uvjet prekogranične naravi bio bi ispunjen ako se adresa potrošača, adresa za dostavu ili adresa za slanje računa nalazi u državi različitoj od one u kojoj trgovac ima svoje uobičajeno boravište i ako je najmanje jedna od tih država članica.⁹⁰ U svrhu Uredbe uobičajeno boravište trgovačkih društava, udruga i pravnih osoba je mjesto njihove središnje, odnosno glavne uprave, dok je uobičajeno boravište trgovca koji je fizička osoba njegovo glavno poslovno sjedište, odnosno glavno mjesto poslovanja (čl. 4. st. 4. Uredbe). Definicija uobičajenog boravišta odgovara onoj iz čl. 19. Uredbe Rim I. Ako bi ugovor bio sklopljen u okviru radnji koje poduzima podružnica, agencija ili neki drugi nastan trgovca, mjesto gdje je smješten/a uzet će se kao mjesto uobičajena boravišta trgovca.⁹¹ Iz same definicije ugovora, koji se sklapaju prekogranično, proizlazi da se primjena CESL-a neće ograničiti samo na odnose ugovornih strana iz država članica EU-a, već bi trebao biti na raspolaganju za ugovore u kojima je jedna od strana rezident izvan Unije, kada do njegove primjene dođe kolizijskim odredbama međunarodnog privatnog prava. Budući da bi trgovci koji posluju tuzemno i prekogranično, možda željeli koristiti ujednačena ugovorna pravila za sve svoje transakcije, u čl. 13. Uredbe predviđa se mogućnost državama članicama da usvoje zakonodavstvo koje CESL čini dostupnim i za ugovore bez međunarodnog obilježja kao i za B2B ugovore, od kojih niti jedan nije SME.⁹² No ova bi opcija mogla imati negativu posljedicu u smislu da bi

90 Za razliku od Prijedloga Uredbe, CISG svoju primjenu veže samo uz sjedište ugovornih strana na područjima različitih država, a ne uz građanski ili trgovački značaj strana ili ugovora (čl. 1. st. 3.). Prema čl. 10. CISG-a ako jedna strana ima više sjedišta, uzima se u obzir ono koje ima najužu vezu s ugovorom i njegovim izvršenjem, uzimajući u obzir okolnosti koje su bile poznate stranama ili koje su strane imale na umu u vrijeme prije ili u trenutku sklapanja ugovora, a ako jedna strana nema sjedište, uzima se u obzir njezino uobičajeno boravište.

91 Tako se osobito kod online transakcija javlja problem lokaliziranja mjesta poslovanja trgovca u online okruženju, kao i potrošačeva uobičajena boravišta. Odgovor nudi Konvencija UN-a o uporabi elektroničkih komunikacija u međunarodnim Ugovorima iz 2005. godine, a koje Republika Hrvatska nije potpisnica, prema čijem čl. 6. st. 1. „(...) party's place of business is presumed to be the location indicated by that party (...)“ dok u slučaju fizičkih osoba „(...) to be made to the person's habitual residence“ (čl. 6. st. 3.). Nadalje prema čl. 6. st. 4. i 5. ni lokacija tehničke opreme koju koristi ugovorna strana, kao ni okolnost da je domena ili e-mail adresa vezana uz određenu zemlju nije odlučujuća.

92 Odnosno ugovore gdje su uobičajena boravišta trgovaca ili kod B2C ugovora, uobičajeno boravište trgovca, adresa naznačena od potrošača, adresa za dostavu i slanje računa, nalaze u državi članici; i/ili ugovore gdje su obje strane trgovci, ali nijedna nije SME u smislu čl. 7. st. 2.

trgovci odabirom CESL-a mogli zaobići primjenu kogentnih odredaba njihovog 1. nacionalnog režima. Naime, prema čl. 3. st. 3. Uredbe Rim I ako su strane odabrale pravo mjerodavno za ugovor, a svi su drugi elementi relevantni za ugovor vezani uz drugu državu, a ne državu čije je pravo odabrano, moraju se primijeniti kogentne odredbe zaista pogođene države, odnosno „odredbe od kojih se ne može odstupiti sporazumom“. Tomu nasuprot primjenom CESL-a na tuzemne ugovorne odnose zaobišla bi se primjena kogentnih odredaba domaćeg prava. No, treba napomenuti kako će ograničavanje primjene CESL-a na ugovore koji se sklapaju prekogranično trgovcima također predstavljati znančajne transakcijske troškove radi sklapanja ugovora prema dva režima, naime prema CESL-u kao opcionalnom i prema vlastitom nacionalnom režimu. Ti bi se transakcijski troškovi osim u saznavanju sadržaja i praćenju promjena u oba režima, sastojali i u prilagođavanju standardnih uvjeta poslovanja. Neki autori smatraju da bi se takvim uređenjem kršilo i načelo slobode ugovaranja i načelo zabrane diskriminacije.⁹³ No, iako se odredbe nalaze u sukobu s argumentacijom Komisije glede ušteda na transakcijskim troškovima proširenje primjene CESL-a pored ugovora koji se sklapaju prekogranično i na ugovore koji se sklapaju tuzemno, naišlo bi na jak otpor država članica te se ne bi moglo opravdati u okvirima granica koje postavljaju načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti.⁹⁴

4. OPCIONALNI INSTRUMENT ZAJEDNIČKOG EUROPSKOG PRAVA PRODAJE (CESL)

4.1. Općenito

Prema recitalu 26. Uredbe, CESL bi trebao uređivati pitanja od praktične važnosti tijekom trajanja ugovora koji su pokriveni njegovim poljem primjene *ratione personae* i *materiae*, posebice onih koji se sklapaju online.⁹⁵ Stoga, kao što

93 Vidi Kabacińska, N., *Issues on the Harmonization of European Contract Law and the Polish Presidency Proposal Concerning an Optional Instrument*, University Of Warsaw, 2011., str. 12. Isto glede B2B ugovornih odnosa smatra i Komisija u Zelenoj knjizi iz 2010. godine, COM(2010)348 fin., str. 12.

94 Kada se ne bi radilo o režimu koji bi bio paralelan nacionalnom ugovornom pravu *Twigg-Flesner* smatra da bi se ispunilo zatjeve spomenutih načela s obzirom na B2C ugovore koji se sklapaju prekogranično, budući da su države članice sposobne usvajati legislativu o zaštiti potrošača na domaćoj razini, ali ne mogu to činiti glede pravnih poslova koji se zaključuju u drugoj državi članici odnosno glede prekograničnih transakcija. Dalje potkrijepljuje načelo proporcionalnosti praksom ESP-a koji u predmetu C-344/04 *European Low Fares Airline Association v Department for Transport* [2006] ECR I-403, para. 80. kaže da EU zakonodavac ima “broad discretion in areas which involve political, economic and social choices on its part”, u smislu da samo “measure (which) is manifestly inappropriate having regard to the objective which the competent institution is seeking to pursue”. Vidi *Twigg-Flesner, C.*, op. cit., str. 13.

95 Tako Komisija u Zelenoj knjizi iz 2010. godine, COM(2010)348 fin., str. 12 primjećuje da ugovori koji se sklapaju u online okruženju „constitute a significant proportion of cross-border transactions in the internal market and have the highest potential for growth“.

se vidi iz niže predstavljene strukture CESL-a, izuzev prava i obveza ugovornih strana te lijekova zbog neispunjenja ugovornih obveza, on bi trebao uređivati obvezu pružanja predugovornih informacija, zaključenje ugovora uključujući zahtjeve glede oblika ugovora, pravo na odustanak i njegove posljedice, poništaj ugovora zbog zablude, prijevare, prijetnje ili nepoštene zlouporabe kao i učinke, odnosno posljedice poništaja, tumačenje, sadržaj i učinke ugovora, ocjenu i posljedice nepoštenosti ugovornih odredaba, povrat primljenoga nakon poništaja i raskida ugovora te zastaru. Sva ostala pitanja ugovorne i izvanugovorne prirode ostaju i dalje uređena važećim odredbama nacionalnog prava do čije se primjene dolazi odredbama Uredaba Rim I i Rim II ili ostalim primjenjivim odredbama međunarodnog privatnog prava. Njihovu ulogu u tom pogledu *Twigg-Flesner* naziva „gap-filler“.⁹⁶ Prema recitalu 27. Uredbe to su pitanja koja se odnose na pravnu osobnost, ništetnost ugovora zbog nedostatka poslovne sposobnosti, nezakonitost ili protivnost moralu društva, jezik ugovora, zabranu diskriminacije, zastupanje, pluralističke obveze s više dužnika i vjerovnika, promjene na strani subjekata uključujući cesiju, prijeboj i sjedinjenje, stvarno pravo uključujući prijenos vlasništva, pravo intelektualnog vlasništva i izvanugovorno odštetno pravo. CESL-om također nije pokriveno pitanje mogu li se konkurirajući tužbeni zahtjevi iz ugovorne i izvanugovorne odgovornosti postavljati zajedno. Iako se u obrazloženju Prijedloga Uredbe navodi kako CESL ne uređuje neka „manje bitna“ pitanja, zanimljivo je napomenuti kako je već i sama Zelena knjiga iz srpnja 2010. priznala da europski opcionalni instrument ugovornog prava neće postići svoju ekonomsku svrhu ako se ne bude mogao primijeniti na sva pitanja koja bi moglo uređivati određeno mjerodavno nacionalno pravo. U tom smislu ne samo da je problematična okolnost što se CESL-om ne uređuju neka od izuzetih područja građanskog prava, a koja su izuzetno bitna za sklapanje ugovora (npr. prijenos vlasništva),⁹⁷ već i što CESL ne pokriva sva bitna pitanja ugovornog prava. Posebice se to odnosi na nedostatak odredaba o poslovnoj sposobnosti,⁹⁸ o zastupanju, nezakonitosti ili protivnosti moralu društva, jeziku ugovora i sl. Ako se ugovorne strane sporazume o primjeni CESL-a na ugovor koji se sklapa prekogranično, a jedna od strana ima 15 godina, prema pravu koje države će se odrediti je li ona poslovno sposobna? Iako u većini država članica maloljetnici mogu sklapati ugovore uz suglasnost svojih roditelja (ali ne u svima), postoje druge iznimke koje se razlikuju u državama članicama.⁹⁹ To stvara nesigurnost za trgovce pri sklapanju ugovora, jer

96 Twigg-Flesner, C., op. cit., str. 15.

97 Iako čl. 345. UFEU-a (ex čl. 295. UEZ) propisuje kako se Ugovorima neće utjecati na pravila država članica kojima uređuju vlasničkopravni sustav, ESP je u svojoj praksi mnogo puta ocjenjivao predstavljaju li spomenute odredbe povredu temeljnih gospodarskih sloboda. Tako gledano, određeni bi ključni aspekti mogli biti predmetom uređenja opcionalnog instrumenta. Vidi ESP, predmet C-302/97 *Konle v. Austria* [1999] ECR I-3099; predmet C-222/97 *Trummer and Mayer* [1999] ECR I-1661; predmet C-224/97 *Ciola* [1999] ECR I-2517.

98 Tako i DCFR nije sadržavao odredbe o poslovnoj sposobnosti, jer „it is more a matter of the law of persons than of contract proper“. Vidi von Bar, Ch. i dr. (ur.), op. cit., str. 451.

99 O različitim uređenjima u državama članicama vidi Loos, M., op. cit., str. 14. Tako prema čl. 18. st. 2. Zakona o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08., 125/11. (dalje u tekstu:

su maloljetnici prema pravu jedne države članice (ograničeno) poslovno sposobni za sklapanje ugovora, dok u drugoj nisu. Problem nastaje posebice u online okruženju gdje je vrlo teško provjeriti dob ugovorne strane, pa trgovci u takvim slučajevima ne bi mogli biti sigurni je li sklopljeni ugovor valjan, ništetan ili pobojan. Budući da bi se takva pitanja ako bi nastupila, rješavala prema mjerodavnom nacionalnom pravu, dok bi ostala bila podvrgnuta CESL-u, takvi bi slučajevi podvrgavanja ugovora čak dvama režimima za ugovorne strane bili kompleksniji od pukog neodabira CESL-a. Osim toga sporno je i uređuje li CESL, kao drugi režim, neka pitanja možda suprotno i nespojivo s odredbama nacionalnog prava neke od država članica (npr. common lawa), čime bi mogao odstupati od obveza i prava koje ugovorne strane uobičajeno očekuju pri sklapanju ugovora prema nacionalnom pravu.¹⁰⁰ Ovo je osobito važno uzme li se u obzir mogućnost primjene CESL-a prema čl. 13. Uredbe i na ugovore bez međunarodnog obilježja.

4.2. Struktura Privitka I. Uredbe s pravilima zajedničkog europskog prava prodaje (CESL)

Odredbe zajedničkog europskog prava prodaje (186 članaka) propisane su u Privitku I. Prijedloga Uredbe i vrlo su slične odredbama iz privitka Studije izvodljivosti. CESL sadrži osam dijelova i dva privitka, od kojih jedan propisuje model-upute o odustanku koje trgovac mora pružiti potrošaču prije sklapanja ugovora na daljinu ili izvan poslovnih prostorija, dok drugi sadrži model-obrazac za odustanak.¹⁰¹ Uvodne odredbe (Dio I., Poglavlje I., Odjeljak I.) utvrđuju opća

ZOO) poslovnu sposobnost fizička osoba stječe punoljetnošću, no prema st. 3. osoba koja nije punoljetna može stvarati samo pravne učinke određene zakonom, a prema st. 4. umjesto osobe koja nema poslovnu sposobnost očitovat će svoju volju njezin zakonski zastupnik ili skrbnik. Osobe s ograničenom poslovnom sposobnošću mogu sklapati, tzv. šepave pravne poslove, koji su valjani tek kad ih odobri zakonski zastupnik. Prema čl. 276. st. 1. ZOO-a za sklapanje pravovaljanog ugovora potrebno je da ugovaratelj ima poslovnu sposobnost koja se zahtijeva za sklapanje toga ugovora. Ograničeno poslovno sposobna osoba može bez odobrenja svoga zakonskog zastupnika sklapati samo one ugovore čije joj je sklapanje dopušteno zakonom, odnosno sve ugovore čije sklapanje odlukom suda o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti nije zabranjeno (čl. 276. st. 2.). Prema čl. 276. st. 3. ZOO-a ostali su ugovori tih osoba, ako su sklopljeni bez odobrenja zakonskog zastupnika, pobojni, ali mogu biti osnaženi njegovim naknadnim odobrenjem.

100 Više primjera, od kojih su neki postali bespredmetni donošenjem teksta Prijedloga Uredbe vidjeti kod Cartwright, J., *Choice is good. Really?*, ERCL 2/2011, str. 339. Tako *Howells* ukazuje na razdvajanje pravila koja se odnose na B2B i na B2C ugovorne odnose u pravu Velike Britanije, te ističe kako bi ovakav opcionalni instrument mogao negativno utjecati na spomenuti pristup. Vidi *Howells, G., European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related But Distinct Regimes*, ERCL 2/2011., str. 180. Suprotno tomu, autorica smatra, kako iz strukture jasno vidljivo razdvajanje odredaba koje se odnose na B2B i na B2C ugovorne odnose, ne bi imalo negativne posljedice na spomenuti pristup.

101 Detaljnije kod Powlakić, M., *Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o Zajedničkom evropskom pravu prodaje KOM(2011) 635 final od 11.10.2011.*, *Nova pravna revija*, br. 2, vol. 3, 2011, str. 56.

načela ugovornog prava koja moraju poštivati obje strane, točnije načelo dobre vjere i pravičnog poslovanja (čl. 2.),¹⁰² načelo slobode ugovaranja (čl. 1.) i dužnost suradnje (čl. 3.).¹⁰³ Pritom se u čl. 1. st. 2. CESL-a, načelom slobode ugovaranja jamči stranama, osim u slučaju prisilnih propisa, npr. kod prava zaštite potrošača, mogućnost odstupanja od odredaba CESL-a (dispozitivni karakter). Dio II. odnosi se na sklapanje ugovora, te je podijeljen na više poglavlja, a ona dalje na više odjeljaka. Tako Poglavlje 2. uređuje predugovorne informacije u Odjeljcima 1.-5., koji se odnose na predugovorne informacije u B2C odnosima,¹⁰⁴ u B2B odnosima,¹⁰⁵ kod ugovora koji se sklapaju elektroničkim putem,¹⁰⁶ na točnost pruženih informacija (čl. 28.) te na pravni lijek zbog povrede obveze informiranja (čl. 29.). Odredbe CESL-a koje se odnose na sklapanje ugovora nalaze se propisane u Poglavlju 3.¹⁰⁷ Poglavlje 4. sadrži detaljne odredbe o pravu na odustanak kod B2C ugovora koji se sklapaju na daljinu i izvan poslovnih prostorija (čl. 40.).¹⁰⁸ Konačno, Dio II. u Poglavlju 5. sadrži odredbe o mogućnosti zahtjevanja poništaja ugovora zbog mana volje.¹⁰⁹ Dio

102 Iako se u hrvatskome pravu kao ekvivalent načelu dobre vjere (eng. *good faith*) uzima načelo savjesnosti i poštenja (eng. *principle of conscientiousness and honesty*) kako je definirano u čl. 4. ZOO-a, NN br. 35/05., 41/08., 125/11., sadržajno se ne radi o potpuno identičnim pojmovima. Vidi Šarčević, S./Mišćenić, E., op. cit., str. 124.

103 Nadalje, sadrže i odredbe o primjeni koje se odnose na tumačenje (čl. 4.), pojam prikladnosti ili razumnosti (čl. 5.), neobvezatnost oblika ugovora (čl. 6.), ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo (čl. 7.), raskid ugovora (čl. 8.), mješovite ugovore (čl. 9.), obavijest (čl. 10.), računanje vremena (čl. 11.) te odredbu o jednostranim izjavama ili radnjama (čl. 12.).

104 Odjeljak 1. uređuje obvezu pružanja informacija prilikom zaključenja ugovora na daljinu i izvan poslovnih prostorija (čl. 13.), informacije o cijeni i dodatnim troškovima (čl. 14.), informacije o identitetu i adresi trgovca (čl. 15.), informacije o ugovornim odredbama (čl. 16.), informacije o pravu na odustanak kod ugovora koji se sklapaju na daljinu ili izvan poslovnih prostorija (čl. 17.), dodatne informacije i drugi uvjeti kod ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija (čl. 18.), dodatne informacije i drugi uvjeti kod ugovora koji se sklapaju na daljinu (čl. 19.), obveza pružanja informacija kod sklapanja drugih ugovora (čl. 20.), teret dokaza (čl. 21.), prisilna narav (čl. 22.).

105 Odjeljak 2. uređuje obvezu obavješćavanja o robi i povezanim uslugama (čl. 23.). Treba napomenuti kako je obveza obavješćavanja (*duty of disclosure*) mnogo širi pojam od obveze informiranja (*duty to inform*) i kako se odnosi na obvezu trgovca da obavijesti o svim okolnostima koje su bitne za sklapanje ugovora. Hrvatsko pozitivno pravo spomenuta dva pojma nerijetko koristi kao istoznačnice.

106 Odjeljak 3. uređuje dodatne dužnosti pružanja informacija (čl. 24.), dodatne uvjete (čl. 25.), teret dokaza (čl. 26.) i prisilnu narav (čl. 27.) kod ugovora koji se sklapaju na daljinu sredstvima elektroničke komunikacije.

107 Poglavlje 3. sadrži odredbe o pretpostavkama za sklapanje ugovora (čl. 30.), ponudi (čl. 31.), povlačenju (čl. 32.), odbijanju (čl. 33.) i prihvatu ponude (čl. 34.), vremenu sklapanja ugovora (čl. 35.), roku za prihvata (čl. 36.) i zakašnjelom prihvatu ponude (čl. 37.), prihvatu ponude s prijedlogom da se izmijeni (čl. 38.) te prihvatu ponude koji se odnosi na kontradiktorne standardne uvjete ugovora (čl. 39.)

108 Poglavlje 4. sadrži odredbe o vršenju, roku i učincima odustanka (čl. 41.-43.), obvezama trgovca i potrošača u slučaju odustanka (čl. 44.-45.), utjecaju na akcesorne ugovore (čl. 46.) i kogentnoj naravi odredaba poglavlja (čl. 47.)

109 Odnosno zbog zablude (čl. 48.), prijevare (čl. 49.), prijetnje (čl. 50.), nepoštene zlouporabe (zelenaški ugovor) (čl. 51.), o načinu i učincima poništaja (čl. 52.-54.), o isključenju ili ograničenju te izboru lijekova i pravu na naknadu štete (čl. 55.-57.)

III. propisuje odredbe o tumačenju ugovora (Poglavlje 6.),¹¹⁰ o sadržaju i učincima ugovora (Poglavlje 7.)¹¹¹ te nepoštenim ugovornim odredbama (Poglavlje 8.). Pritom se Poglavlje 8. dijeli na tri odjeljka, od kojih Odjeljak 1. sadrži opće odredbe o učincima, odnosno posljedici nepoštenosti ugovornih odredaba (čl. 79.), potom koje su ugovorne odredbe isključene od testa (ne)pravičnosti (čl. 80.) te o kogentnoj naravi odredaba ovoga poglavlja (čl. 81.). Daljnja dva odjeljka sadrže različite odredbe o nepoštenim ugovornim odredbama u B2C ugovorima (Odjeljak 2.)¹¹² i u B2B ugovorima (Odjeljak 3.).¹¹³ Obvezama i pravnim lijekovima kod ugovora o prodaji i ugovora o dobavljanju digitalnog sadržaja bavi se Dio IV., koji se dijeli na čak šest poglavlja (Poglavlje 9.-14). Dok Poglavlje 9. sadrži opće odredbe,¹¹⁴ Poglavlje 10. uređuje obveze prodavatelja,¹¹⁵ Poglavlje 11. pravne lijekove kupca,¹¹⁶

110 Poglavlje 6. sadrži opće pravilo o tumačenju ugovora (čl. 58.), potom nabroja okolnosti relevantne za tumačenje (čl. 59.), tumačenju ugovora kao cjeline (čl. 60.), utjecaju jezičnih verzija na ugovor (čl. 61.), prednosti ugovornih odredaba o kojima se pojedinačno pregovaralo (čl. 62.) i tumačenja prema kojem ugovorne odredbe imaju pravni učinak (čl. 63.), o tumačenju *in favorem* potrošača (čl. 64.) i *contra proferentem* pravilo (čl. 65.).

111 Poglavlje 7. sadrži odredbe: o ugovornim odredbama (čl. 66.), običajima i praksama u trgovačkim ugovorima (čl. 67.), prešutno ugovorenim odredbama (čl. 68.) i onima koje proistječu iz određenih predugovornih izjava (čl. 69.), obvezi upozoravanja na ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo (čl. 70.), dodatnim plaćanjima u B2C ugovorima (čl. 71.), klauzuli integracije (čl. 72.), određenju cijene (čl. 73.), jednostranom određivanju cijene ili drugih ugovornih odredaba (čl. 74.) i od strane treće osobe (čl. 75.), jeziku ugovora (čl. 76.), ugovorima sklopljenima na neodređeno vrijeme (čl. 77.), te ugovaranju u korist trećeg (čl. 78.).

112 Odjeljak 2. sadrži odredbu o: obvezi transparentnosti kod ugovornih odredaba o kojima se nije pojedinačno pregovaralo (čl. 82.), značenju pojma nepoštenosti (čl. 83.), crnu (čl. 84.) i sivu listu nepoštenih ugovornih odredaba (čl. 85.). Više kod Mišćenić, E., *Unfair Contract Terms in General Contract Law*, u: *Civil Law Forum for South East Europe*, 2012. (u postupku objavljivanja).

113 Odjeljak 3. sadrži odredbu o značenju pojma nepoštenosti u B2B ugovorima (čl. 86.).

114 Poglavlje 9. sadrži odredbe o: neispunjenju obveze i bitnoj povredi obveze (čl. 87.), nemogućnosti ispunjenja zbog opravdanih razloga (čl. 88.), promijenjenim okolnostima (čl. 89.), proširenoj primjeni odredaba o plaćanju i o robi ili digitalnom sadržaju koji nisu preuzeti (čl. 90.).

115 Poglavlje 10. dijeli se na više odjeljaka, od kojih Odjeljak 1. sadrži opće odredbe, Odjeljak 2. o predaji i Odjeljak 3. o sukladnosti robe i digitalnog sadržaja. Opće odredbe uređuju glavne obveze prodavatelja (čl. 91.) i povjeravanje izvršenja činidbe trećoj osobi (čl. 92.). Odredbama o predaji uređuje se mjesto (čl. 93.), način (čl. 94.) i vrijeme dostave (čl. 95.), obveze prodavatelja glede prijevoza robe (čl. 96.), obveze i prava u slučaju nepreuzimanja robe ili digitalnog sadržaja (čl. 97.) te učinci prijelaza rizika (čl. 98.). Odjeljak 3. sadrži odredbu o: sukladnosti s ugovorom (čl. 99.), kriterijima sukladnosti (čl. 100.), nepravilnoj montaži kod ugovora o prodaji (čl. 101.), pravima i zahtjevima trećih, odnosno o pravnim nedostacima (čl. 102.), ograničenjima glede sukladnosti digitalnog sadržaja (čl. 103.), kupcu poznatom nedostatku sukladnosti u B2B ugovorima (čl. 104.) te trenutku ustanovljavanja sukladnosti (čl. 105.).

116 Poglavlje 11. u Odjeljku 1. u okviru općih odredaba daje pregled lijekova kupca (čl. 106.), postavlja ograničenja lijekova kod nenaplatno dobavljenog digitalnog sadržaja (čl. 107.) te uređuje kogentnost odredaba (čl. 108.). Odjeljak 2. uređuje pitanje lijeka prodavatelja kod ponudene činidbe koja nije sukladna ugovoru (čl. 109.), a Odjeljak 3. govori o zahtjevu

Poglavlje 12. obveze kupca,¹¹⁷ Poglavlje 13. pravne lijekove prodavatelja¹¹⁸ te Poglavlje 14. prijelaz rizika.¹¹⁹ Dio V. bavi se obvezama i lijekovima strana kod ugovora o povezanim uslugama. Poglavlje 15. također sadrži više Odjeljaka (1.-4.), kojima propisuje primjenu određenih općih pravila o ugovorima o prodaji (čl. 147.), obveze pružatelja usluge,¹²⁰ obveze klijenta te lijekove.¹²¹ Razdvajanje lijekova kod ugovora o prodaji i ugovora o dobavljanju digitalnog sadržaja i kod ugovora o povezanim uslugama neki autori smatraju neuvjerljivim i nimalo *userfriendly*, tim više što se potonje odredbe glede pravnih lijekova pozivaju na odredbe iz Poglavlja 11.¹²² U Dijelu VI., u Poglavlju 16. nalaze se odredbe o šteti i kamatama, koje u Odjeljcima 1.-3. uređuju opća načela o šteti, opće odredbe o zateznim kamatama te zakašnjelo plaćanje trgovaca.¹²³ Dio VII. u Poglavlju 17. sadrži odredbe o povratu

izvršenja obveze prodavatelja (čl. 110.) i potrošačevu izboru između popravka i zamjene (čl. 111.) te vraćanju zamijenjenog predmeta (čl. 112.). Odjeljak 4. uređuje pravo kupca zadržati izvršenje svoje obveze (čl. 113.), a Odjeljak 5. pravo na raskid zbog neispunjenja (čl. 114.), raskid zbog zakašnjenja predaje nakon proteka naknadnog roka za ispunjenje (čl. 115.), raskid ugovora prije isteka roka za ispunjenje obveze (čl. 116.), opsegu prava na raskid (čl. 117.), obavijest o raskidu (čl. 118.) i gubitak prava na raskid (čl. 119.). Odjeljak 6. uređuje pitanje sniženja cijene (čl. 120.), a Odjeljak 7. uvjete za pregled robe (čl. 121.) i slanje obavijesti o nedostatku u B2B ugovorima (čl. 122.).

117 Poglavlje 12. u općim odredbama Odjeljka 1. nabroja glavne obveze kupca (čl. 123.), a Odjeljak 2. bavi se prvom obvezom, uređujući sredstva (čl. 124.), mjesto (čl. 125.) i vrijeme (čl. 126.) plaćanja cijene, plaćanje cijene povjereno trećoj osobi (čl. 127.) te računanje plaćanja u dijelovima (čl. 128.). Odjeljak 3. dalje propisuje odredbe o preuzimanju robe, odnosno dokumenata koji predstavljaju digitalni sadržaj (čl. 129.) i o preranoj isporuci i isporuci krive količine (čl. 130.).

118 Poglavlje 13. daje u općim odredbama Odjeljka 1. pregled lijekova prodavatelja (čl. 131.), u Odjeljku 2. govori se o zahtjevu za izvršenjem obveza kupca (čl. 132.), u Odjeljku 3. o pravu prodavatelja zadržati izvršenje svoje obveze (čl. 133.), u Odjeljku 4. o pravu na raskid zbog neispunjenja (čl. 134.), raskidu zbog zakašnjenja nakon proteka naknadnog roka za ispunjenje (čl. 135.), raskidu ugovora prije isteka roka za ispunjenje obveze (čl. 136.), opsegu prava na raskid (čl. 137.), obavijesti o raskidu (čl. 138.) i gubitku prava na raskid (čl. 139.).

119 Općim odredbama Odjeljka 1. uređeni su učinci prijelaza rizika (čl. 140.), utvrđivanje identifikacije robe ili digitalnog sadržaja (čl. 141.). Odjeljak 2. i Odjeljak 3. razlikuju prijelaz rizika u B2C i B2B ugovorima. Tako čl. 142. uređuje prijelaz rizika u B2C ugovorima o prodaji, dok Odjeljak 3. sadrži odredbe o trenutku prijelaza rizika (čl. 143.), o prijelazu rizika kod stavljanja robe na raspolaganje kupcu (čl. 144.), kod prijevoza robe (čl. 145.) i kod robe prodane u tranzitu (čl. 146.).

120 Odjeljak 2. utvrđuje obvezu postizanja rezultata i obvezu dužne pažnje i vještine (čl. 148.), obvezu sprječavanja štete (čl. 149.), izvršenje činidbe od treće strane (čl. 150.), obvezu pružanja računa (čl. 151.), obvezu upozoravanja na neočekivane i neekonomske troškove (čl. 152.).

121 Odjeljak 3. kao obveze klijenta utvrđuje plaćanje cijene (čl. 153.) i omogućavanje pristupa pružatelju usluge prostorijama klijenta (čl. 154.). Odjeljak 4. propisuje lijekove klijenata (čl. 155.), zahtjev za obavijesti o nedostatku u B2B ugovorima o povezanim uslugama (čl. 156.), lijekove pružatelja usluga (čl. 157.) te pravo klijenta odbiti pružanje povezane usluge (čl. 158.).

122 Loos, M., op. cit., str. 23.

123 Odjeljak 1. uređuje pravo vjerovnika na naknadu štete (čl. 159.), temelj za određenje naknade štete (čl. 160.), predvidljivost gubitka (čl. 161.), gubitak koji se može pripisati vjerovniku (čl.

primljenog u slučaju poništaja ili raskida ugovora.¹²⁴ Konačno, Dio VIII. u Poglavlju 18. propisuje učinke zastare (čl. 178.). Dijeli se na šest odjeljaka, koji pored općih odredaba, propisuju rokove zastare i njihov početak, produljenje i obnavljanje rokova zastare, učinke proteka roka u vidu prekluzije prava te mogućnost ugovornih izmjena odredaba ovog Poglavlja o zastari.¹²⁵

5. PROBLEMI HARMONIZACIJE PUTEM UREDBE O ZAJEDNIČKOM EUROPSKOM PRAVU PRODAJE (CESL)

Iako radi ograničenja prostora autorica ne može ulaziti u detaljnu analizu sadržaja pojedinih odredaba CESL-a, neophodno je ukazati na određene ključne probleme vezane uz pokušaj harmonizacije putem opcionalnog instrumenta zajedničkog europskog prava prodaje (CESL).

5.1. Pravna osnova Prijedloga Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje

Prema recitalu 36. preambule, Uredba pravno utemeljena na čl. 114. UFEU-a,¹²⁶ prema mišljenju Komisije predstavlja set potpuno harmoniziranih pravila ugovornog prava usklađenih s načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti, koji ima za cilj poboljšanje uvjeta za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Odabir čl. 114. UFEU-a kao pravne osnove za usvajanje Uredbe mogao bi se pokazati problematičnim zbog više razloga. Prije svega treba napomenuti kako CESL unatoč tomu što je predložen u uredbi kao pravnom aktu Unije,¹²⁷ predstavlja drugi

162.), smanjenje naknade (čl. 163.), zamjenski posao, odnosno pokrića (čl. 164.), važenje tekuće cijene (čl. 165.). Odjeljak 2. uređuje zatezne kamate (čl. 166.), te zatezne kamate u slučaju kad je dužnik potrošač (čl. 167.), a Odjeljak 3. kamatnu stopu (čl. 168.) i nadoknadu troškova sanacije (čl. 169.), nepoštene ugovorne odredbe koje se odnose na zatezne kamate (čl. 170.) te prisilnu narav odredaba ovog Odjeljka (čl. 171.).

124 O tome što treba biti vraćeno (čl. 172.), o plaćanju novčane vrijednosti u slučaju nemogućnosti vraćanja primljenog (čl. 173.), o plaćanju za korištenje i kamate na primljen novac (čl. 174.), naknadi troškova (čl. 175.), pravičnoj izmjeni (čl. 176.) i kognentnoj prirodni odredaba poglavlja (čl. 177.).

125 Odjeljak 1. sadrži opću odredbu pravima koja su predmet zastare (čl. 178.), Odjeljak 2. o zastarnim rokovima (čl. 179.), te kada zastara počinje teći (čl. 180.), Odjeljak 3. o prekidu zastare u slučaju sudskih i drugih postupaka (čl. 181.), o prekidu u slučaju pregovora (čl. 182.), o prekidu u slučaju poslovne nesposobnosti (čl. 183.), Odjeljak 4. o obnavljanju roka zastare (čl. 184.), Odjeljak 5. o učincima zastare (čl. 185.), Odjeljak 6. o ugovornim izmjenama odredaba ovog poglavlja o zastari (čl. 186.).

126 Prema čl. 114. st. 1. UFEU-a „(...) Europski parlament i Vijeće mogu, djelujući sukladno redovnom zakonodavnom postupku, nakon savjetovanja s Gospodarskim i socijalnim odborom, usvojiti mjere za usklađivanje odredaba utvrđenih zakonima, uredbama ili upravnim propisima država članica kojima je cilj stvaranje i djelovanje unutarnjeg tržišta.“

127 Prema čl. 288. st. 2. UFEU-a uredba ima opću primjenu, te je obvezujuća u cijelosti i neposredno primjenjiva u svim državama članicama. U smislu europskog prava nije jasno kako

režim alternativan nacionalnom režimu, čiju primjenu ugovorne strane mogu i ne moraju odabrati, te u tom smislu ne teži usklađivanju nacionalnih ugovornih prava država članica.¹²⁸ Tako je ESP u predmetu C-436/03 ustanovio da se uredba čije se utvrđenje ništetnosti zahtijeva, a koja ne mijenja različita postojeća nacionalna prava, ne može smatrati mjerom koja ima za cilj usklađivanje prava država članica.¹²⁹ S tim u vezi ESP je u predmetu *Tobacco Advertising* također ustanovio da mjere usklađivanja moraju „stvarno“ (eng. *genuinely*, njem. *tatsächlich*) imati za cilj poboljšanje uvjeta za uspostavu i funkcioniranje unutarnjeg tržišta, tako što će otklanjati prepreke temeljnim gospodarskim slobodama i tržišnome natjecanju.¹³⁰ Stoga u literaturi postoje mnoge dvojbe o tomu mogu li odredbe CESL-a ispuniti, tzv. *Tobacco test*. Da bi se primjenio čl. 114. UFEU-a kao pravna osnova potrebno je dokazati da Prijedlog Uredbe ispunjava cilj ostvarenja unutarnjeg tržišta, odnosno da različite odredbe privatnih prava država predstavljaju prepreku trgovini ili narušavaju tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu.¹³¹ Prepreke trgovini postoje, primjerice, kada je utvrđena povreda slobode kretanja robe (čl. 34. UFEU) ili usluga (čl. 56. UFEU) ili kada je vjerojatno da će nastupiti.¹³² U literaturi se nalaze različita i suprotstavljena mišljenja o tomu mogu li razlike nacionalnih odredaba privatnog prava predstavljati povredu temeljnih gospodarskih sloboda.¹³³ U starijoj

se uredba kao izvor prava EU-a, može neposredno primjeniti kao „nacionalno“ pravo. CISG koja također propisuje drugi nacionalni režim, države mogu ratificirati kao posebni propis koji se primjenjuje direktno i u primjeni ima prednost pred domaćim pravom, kao što je to u hrvatskome pravu, ili ju mogu primjenjivati indirektno u okviru nacionalnog pravnog poretka.

128 Isto tako i Hesselink, M. W./Rutgers, J. W./de Booy, T., *The legal basis for an optional instrument on European contract law*, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, br. 4, 2007., str. 7.

129 Predmet ESP, C-436/03 *European Parliament v. Council of the European Union* [2006] ECR I-3733: “The contested regulation, which leaves unchanged the different national laws already in existence, cannot be regarded as aiming to approximate the laws of the Member States”.

130 Predmet ESP, C-376/98 *Germany v. European Parliament and Council* [2000] ECR I-8419, para. 84.: „If a mere finding of disparities between national rules and of the abstract risk of obstacles to the exercise of fundamental freedoms or of distortions of competition liable to result there from were sufficient to justify the choice of Article 100A [now Article 95 EC], judicial review of compliance with the proper legal basis might be rendered nugatory.“ Ali i slučajevi ESP-a C-377/98 *The Netherlands v. European Parliament and the Council* [2001] ECR I-7079; C-66/04 *UK v. European Parliament and the Council* [2005] ECR I-10553; C-217/04 *UK v. European Parliament and the Council* [2006] ECR I-3771; C-380/03 *Germany v. European Parliament and Council* [2006] ECR I-11573.

131 U tom smislu i Priopćenje Komisije „Daljnje djelovanje“, COM (2004) 651 fin., Pravitak II.: „An optional instrument should only contain those areas of contract law, whether general or specific to certain contracts, which clearly contribute to addressing identified problems, such as barriers to the smooth functioning of the internal market.“

132 Bodiroga-Vukobrat, N./Horak, H./Martinović, A., *Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji*, Inženjerski biro, Zagreb, 2011.

133 Ako bi se primjenili kriteriji iz spojenih predmeta ESP, C-267/91 i C-268/91 *Bernard Keck i Daniel Mithouard* [1993] ECR I-6097, Uredba o CESL-u se zasigurno ne bi mogla utemeljiti na čl. 114. UFEU-a kao pravnoj osnovi.

sudskoj praksi ESP je zauzeo pobijajući stav,¹³⁴ tvrdeći da samo pravila neposredne primjene mogu predstavljati povredu slobode kretanja robe, jer ugovorne strane ne mogu zaobići njihovu primjenu ni substantivnim klauzulama niti izborom mjerodavnog prava. Iako bi se takvom argumentacijom mogli opravdati i prisilni propisi o zaštiti potrošača, što donekle ide u prilog CESL-u primjenjivom na B2C ugovorne odnose, ista ne ide u prilog njegovoj primjeni na B2B odnose. Budući da se nacionalne odredbe ugovornog prava država članica temelje na načelu slobode ugovaranja te ih ugovorne strane mogu izmijeniti i prilagoditi svojim potrebama, odredbe dispozitivne naravi na kojima se temelji CESL (čl. 1. st. 2.), ne bi mogle biti predmetom mjere usklađivanja usvojene temeljem čl. 114. UFEU-a. No, treba napomenuti kako je novija praksa ESP-a dopustila spomenutu mogućnost i za dispozitivne odredbe koje mogu ograničiti slobodno uživanje prava zajamčenih temeljnim gospodarskim slobodama, zato što sloboda ugovaranja vrlo često *de facto* ne postoji.¹³⁵ Od ostalih odredaba koje bi se mogle poslužiti kao pravni temelj za usvajanje Uredbe o CESL-u, čl. 115. UFEU-a (*ex* čl. 94. UEZ) nije uziman u obzir, stoga što se temeljem njega direktive mogu usvojiti samo jednoglasnom odlukom. Nadalje, čl. 81. UFEU-a (*ex* čl. 65. UEZ) koji se odnosi na pravosudnu suradnju u građanskim stvarima s prekograničnim učincima odbačen je zbog toga što se načelno odnosi na harmonizaciju odredaba međunarodnog privatnog prava, zbog ograničenja na prekogranične transakcije, te što Ujedinjeno Kraljevstvo, Irska i Danska mogu odlučiti da se izuzmu od primjene akta usvojenog temeljem čl. 81. UFEU-a.¹³⁶ U literaturi se nailazilo na zalaganje za čl. 352. UFEU-a (*ex* čl. 308. UEZ), odnosno za tzv. klauzulu fleksibilnosti kao pravnu osnovu. Radi se o ovlasti prema kojoj će u slučaju potrebe djelovanja Unije radi postizanja jednog od ciljeva utvrđenih Ugovorima u okviru politika utvrđenih Ugovorima, a za koje Ugovorima nisu predviđene potrebne ovlasti, Vijeće jednoglasnom odlukom na prijedlog Komisije i nakon suglasnosti Europskog parlamenta usvojiti odgovarajuće mjere.¹³⁷

134 Predmet ESP, C-339/89 *Alsthom Atlantique SA v Compagnie de construction mécanique Sulzer SA* [1991] ECR I-107, para. 14.: „Furthermore, the parties to an international contract of sale are generally free to determine the law applicable to their contractual relations and can thus avoid being subject to French law.“

135 Vidi *supra*, str. 2, bilj. 8. Vidi i Hesselink, M. W./Rutgers, J. W./de Booys, T., *op. cit.*, str. 54.

136 Postoje tumačenja da se nakon izmjena uvedenih Ugovorom iz Lisabona odredba može tumačiti i u širem smislu tako da obuhvaća i harmonizaciju materijalnog prava. Vidi Protokol br. 21 o stajalištu Ujedinjenog Kraljevstva i Irske u odnosu na Područje slobode sigurnosti i pravde, OJ 2010 C 83/295 i Protokol br. 22 o stajalištu Danske s Aneksom, OJ 2010 C 83/299. Detaljnije kod Basedow, J./ Christandl, G./ Doralt, W./Fornasier, M./Illmer, M./Kleinschmidt, J./Martens S. A. E./Rösler, H./Schmidt, J. P./Zimmermann R., *op. cit.*, str. 17., toč. 37.

137 ESP postavlja ograničenja naglašavajući tako u spojenim predmetima C-402/05 i C-415/05, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation. v. Council of the European Union* ECR [2008] I-6351. para. 203.: „Article 308 EC being an integral part of an institutional system based on the principle of conferred powers, cannot serve as a basis for widening the scope of Community powers beyond the general framework created by the provisions of the EC Treaty as a whole and, in particular, by those defining the tasks and the activities of the Community.“

Cilj utvrđen Ugovorima, a kojeg slijedi CESL je uspostava ili funkcioniranje unutarnjeg tržišta prema čl. 3. st. 3. UEU i čl. 26. UFEU-a. Iako su nedostaci poput jednoglasnosti i sudjelovanja Europskog parlamenta na razini suglasnosti očiti,¹³⁸ čini se kako je s obzirom na sve navedeno spomenuta odredba najprikladnija pravna osnova za usvajanje CESL-a.¹³⁹ Pravna sigurnost koja se zahtijeva u ugovornim odnosima ne bi smjela biti potkopana mogućnošću utvrđivanja Uredbe o CESL-u ništetnom pred Sudom pravde EU-a.¹⁴⁰

5.2. Odnos Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje (CESL) i međunarodnog privatnog prava

Prema Prijedlogu Uredbe CESL bi trebao biti uređen kao drugi režim ugovornog prava koji će unutar odredaba ugovornog prava država članica važiti uz njih. Nadalje, prema recitalu 14. Uredbe Rim I, ako Unija odgovarajućim pravnim aktom usvoji pravila materijalnog ugovornog prava, uključujući standardne odredbe, tim aktima može stranama omogućiti da ista pravila izaberu kao mjerodavno pravo. Time su otklonjeni problemi koji bi nastali njegovim uređenjem kao 28. odnosno 29. pravnog režima koji bi postojao pored postojećih 27, odnosno pristupanjem RH,¹⁴¹ pored 28 nacionalnih ugovornih prava, a koji bi onda bio rezultat izbora mjerodavnog prava u smislu čl. 3. Uredbe Rim I te imao za posljedicu primjenu svih njezinih odredaba. U skladu s recitalom 10. preambule Prijedloga Uredbe sporazum o korištenju CESL-a treba biti učinjen u okviru relevantnog nacionalnog prava države članice mjerodavnog prema odredbama Uredbe Rim I. Izričito se napominje kako sporazum o korištenju CESL-a ne smije rezultirati i ne smije biti zamijenjen s izborom mjerodavnog prava u smislu kolizijskih odredaba i mora važiti neovisno o njima.¹⁴² No, spomenuto rješenje komplicira mogućnost odabira primjene CESL-a ako je jedna od ugovornih strana rezident treće zemlje izvan Unije. Ako u tom slučaju ugovorne strane nisu u skladu s čl. 3. Uredbe Rim I

138 Hesselink, M. W./Rutgers, J. W./de Booy, T., op. cit., str. 8.

139 Powlakić, M., op. cit., str. 54. Suprotan stav kod Hesselink, M. W., The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, br. 1, 2012., str. 9.

140 Temeljem čl. 293. st. 1. UFEU-a Vijeće ipak može izmijeniti predloženu pravnu osnovu jednoglasnom odlukom.

141 Council of the European Union, Accession Treaty: Treaty concerning the accession of the Republic of Croatia, Brussels, 7. studenog 2011., 14409/11, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st14/st14409.en11.pdf> (7.1.2012.).

142 Tekst Prijedloga Uredbe ne sadrži posebnu odredbu o odabiru CESL-a kao 2. režima već isto uređuje (neobvezujućim) točkama preambule. Suprotan prijedlog kod Fornasier M., 28th versus 2nd Regime – An Optional European Contract Law from a Choice of Law Perspective, Max Planck Private Law Research Paper No. 11/10., str. 26.: „Sljedeći propisi se primjenjuju ukoliko su se strane sporazumjele o njihovoj primjeni na ugovor, neovisno o tome koje bi se pravo primjenjivalo na ugovor prema odredbama međunarodnog privatnog prava. Sporazum o primjeni ne podliježe ograničenjima slobode izbora prava prema međunarodnom privatnom pravu.“

kao mjerodavno pravo važeće za ugovor odabrala neko od prava država članica, a čl. 4. Uredbe Rim I uputi na pravo treće zemlje kao mjerodavno, ugovorne strane ne mogu odabrati primjenu CESL-a. Također se otvara i mogućnost budućeg rješavanja sporova u kojima će CESL, primjerice, u sporovima iz B2C ugovornih odnosa biti suprotstavljen primjeni povoljnijih kogentnih odredaba o zaštiti potrošača treće zemlje u kojoj potrošač ima uobičajeno boravište.¹⁴³ Isto tako sporan može biti odnos CESL-a i važećih međunarodnih konvencija koje ne sadrže *opt-out* mogućnost. Prema čl. 25. st. 1. Uredbe Rim I, Uredba ne dira u primjenu međunarodnih konvencija u kojima su jedna ili više država članica stranke u vrijeme donošenja ove Uredbe, a kojima se utvrđuju kolizijska pravila za ugovorne obveze.¹⁴⁴ U teoriji se smatra da se čl. 25. Uredbe Rim I odnosi i na međunarodne konvencije kojima se unificira materijalno pravo poput CISG-a. U takvim bi slučajevima, neovisno o odabiru CESL-a, stoga što je međunarodno privatno pravo ukazalo na pravo države članice, međunarodno unificirano pravo imalo prednost. No, iako Prijedlog Uredbe izričito rješava odnos s CISG-om, ne rješava ga s drugim međunarodnim konvencijama koje utvrđuju kolizijska pravila.¹⁴⁵ U slučaju njihove primjene, one bi svojim kolizijskim odredbama odlučivale primjenjuje li se na ugovor pravo države članice i tako utjecale na mogućnost odabira CESL-a. Jedna od daljnjih ključnih posljedica ovakvog uređenja je i utjecaj na primjenu kogentnih odredaba, čije se ograničavajuće djelovanje CESL-om želi spriječiti. Tako, budući da CESL sadrži potpuno harmonizirane kogentne odredbe o zaštiti potrošača važeće u svim državama članicama, stupanj zaštite potrošača u državi njegova uobičajena boravišta ne može biti viši, čime se neutraliziralo djelovanje čl. 6. st. 2. Uredbe Rim I. U tom smislu CESL se, primjerice, razlikuje od CISG-a, koji ne može ograničiti primjenu nacionalnih kogentnih odredaba.¹⁴⁶ No, ključno pitanje koje se postavlja, jest, je li isključenje primjene nacionalnih kogentnih pravila odabirom CESL-a opravdano? Kada bi se primjena CESL-a postizala njegovim odabirom kao mjerodavnog prava, tada se ne bi mogla zaobići primjena pravila neposredne primjene prema čl. 9. Uredbe Rim I i čl. 16. Uredbe Rim II (*lois de police*) i pravila o javnom poretku

143 Daljnje brojne primjere problematičnih situacija vidi kod *ibid.*, str. 18 et seq.

144 Prema čl. 25. st. 2. Uredbe Rim I, ova Uredba u odnosima između država članica, ima prednost pred konvencijama koje su sklopljene isključivo između dvije ili više njih ukoliko se te konvencije odnose na područja uređena ovom Uredbom.

145 To se odnosi, npr. na Hašku konvencije o mjerodavnom pravu za međunarodnu prodaju robe od 15. lipnja 1955., 510 UNTS 147.

146 Kao rješenje protiv eventualne mogućnosti zaobilaženja primjene nacionalnih kogentnih odredaba u tuzemnim ugovorima odabirom primjene CESL-a, neki autori predlažu propisivanje odredbe u CESL-u koja bi odgovarala čl. 3. st. 3. Uredbe Rim I, prema kojem ako se svi ostali elementi činjeničnog sadržaja u vrijeme izbora prava nalaze u nekoj drugoj državi, a ne onoj čije je pravo izabrano, izbor prava ne utječe na primjenu propisa prava te druge države čija se primjena ne može isključiti ugovorom. Vidi Basedow, J./Christandl, G./Doralt, W./Fornasier, M./Illmer, M./Kleinschmidt, J./Martens, S. A. E./Rösler, H./Schmidt, J. P./Zimmermann, R., op. cit., str. 55., toč. 127.

prema čl. 21. Uredbe Rim I (*ordre public*).¹⁴⁷ No, uslijed vrlo jasnog razgraničenja načina odabira primjene CESL-a, kao i stoga što CESL ne sadrži spomenutim odredbama odgovarajuća pravila, on zapravo zaobilazi primjenu ovih ključnih odredaba. Tako čl. 9. Uredbe Rim I propisuje primjenu pravila neposredne primjene, neovisno o odabranom mjerodavnom pravu. Prema čl. 9. st. 1. Uredbe Rim I to su pravila čiju primjenu država smatra tako odlučujućom za očuvanje javnog interesa, osobito za političku, socijalnu ili gospodarsku organizaciju države, da se moraju primjenjivati na sve situacije, koje spadaju u njihovo polje primjene, neovisno o pravu mjerodavnom prema odredbama Uredbe Rim I. Prema mišljenju nekih autora ova je definicija preširoko formulirana i ne razgraničava jasno individualne interese ugovornih strana od njima nadređenih interesa. Stoga bi se mogla tumačiti i na način da obuhvaća i neke odredbe nacionalnog ugovornog prava.¹⁴⁸ U kontekstu međunarodnog ugovornog prava pravila neposredne primjene načelno se odnose na pitanja zakonitosti ili moralnosti određenih transakcija, a njihov je učinak utvrđenje sklopljenih ugovora u cijelosti ili djelomično ništetnima. Zbog bojazni da bi propisivanje primjene čl. 9. Uredbe Rim I CESL-om moglo negativno utjecati na njegovu atraktivnost,¹⁴⁹ neki autori predlažu uvođenje daljnjih odredaba u CESL, koje bi mogle imati neutralizirajući učinak na čl. 9. Uredbe Rim I. Tako *Hesselink* po pozoru na čl. II. – 7:301 DCFR-a,¹⁵⁰ predlaže propisivanje slične odredbe koja bi utvrđivala ništetnost ugovora u slučaju i u mjeri u kojoj povrjeđuje načelo priznato kao temeljno u EU, a ništetnost je potrebna da zajamči njegov učinak. U takvim slučajevima, on ne vidi način na koji bi se pravila neposredne primjene prava države suda (čl. 9. st. 2. Uredbe Rim I) ili prava države u kojoj se ugovorne obveze moraju ispuniti (čl. 9. st. 3. Uredbe Rim I) mogla primijeniti na ugovor, kada bi relevantno nacionalno pravo države suda ili države ispunjenja ugovorne obveze bio sam CESL.¹⁵¹ Znanstvenici s Max-Planck-Instituta za komparativno i međunarodno

147 U tom bi slučaju Uredba Rim I, morala biti izmijenjena kako bi omogućila spomenuti izbor. Vidi *supra*, str. 17, bilj. 71.

148 Više o definiciji kod Čikara, E., *Gegenwart...*, op.cit., str. 477, Kunda, I., *Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contracts*, GPR, 2007., str. 210. Mankowski, P., *Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge*, IHR, 2008., str. 147.

149 Vidi Priopćenje Komisije „Daljnje djelovanje“, COM (2004) 651 fin., str. 20.: „Here it should be noted that national mandatory rules, applicable on the basis of Articles 5 and 7 of the Rome Convention, can increase transaction costs and constitute obstacles to cross-border contracts. (...) the introduction in the optional instrument of mandatory provisions in the meaning of in Articles 5 and 7 of the Rome Convention could represent a great advantage: the parties, by choosing the optional instrument as applicable law to their contract, would know from the moment of the conclusion of the contract which mandatory rules are applicable to their contractual relationship. (...) However, in such a situation, it would need to be certain that, where the parties have chosen the optional instrument as applicable law, other national mandatory rules would no longer be applicable.“

150 Čl. II. – 7:301 DCFR: *Contracts infringing fundamental principles*: „A contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle.“

151 *Hesselink, M.W., How to...*, op. cit., str. 5.

privatno pravo kao mogućnost spominju i propisivanje odredbe CESL-a, prema kojoj bi ugovor bio ništetan iz razloga javnog interesa ako krši pravila neposredne primjene na razini europskog prava.¹⁵² Rješenje propisivanja odgovarajuće odredbe u CESL-u predlaže se i za *ordre public*. No, dok je propisivanje kogentnih odredaba u CESL-u o zaštiti potrošača kojima se postiže visok stupanj njihove zaštite objektivno gledano moguć zadatak, sporno je bi li se mogao postići konsenzus o odredbi o javnom poretku, čije se poimanje jako razlikuje od države do države. Tako Max-Planck-Institut predlaže da se državama članicama mora dopustiti, da se u razumnim granicama oslone na domaća „temeljna načela“, ipak u okvirima koja bi nacionalnim sudovima u tumačenju ovog pojma postavio Sud pravde EU-a.¹⁵³ Unatoč negativnom utjecaju na atraktivnost CESL-a, spomenute je nedostatke potrebno otkloniti kako bi se spriječile situacije sukoba CESL-a s pravilima neposredne primjene ili s pravilima koja štite javni poredak država članica.

5.3. Praktična primjena i prihvatljivost Uredbe o zajedničkom europskom pravu prodaje (CESL)

5.3.1. Za trgovce

Ako bi Prijedlog Uredbe o CESL-u bio i usvojen u obliku u kojem je predložen, ključno je pitanje bi li on kao opcionalni instrument, čiju primjenu ugovorne strane mogu ugovoriti, bio zaista i prihvaćen u praksi. Tako prema posljednjim analizama Eurobarometra o primjeni Europskog ugovornog prava u B2C i B2B odnosima 49% ispitanika smatra da razlike ugovornih prava država članica nisu glavna prepreka sklapanju prekograničnih pravnih poslova.¹⁵⁴ Kao glavne prepreke trgovci navode, primjerice, ispunjavanje određenih formalnih preduvjeta poslovanja, dobivanje dozvola, postupke registracije, jezičnu barijeru, pitanja oporezivanja (npr. razlike u PDV-u) te strah od prijevara i neispunjenja obveza, prvenstveno od neplaćanja. Jednu od ključnih prepreka predstavlja bojazan i trgovaca i potrošača da će se u slučaju spora, postupak njegova rješavanja voditi u stranoj zemlji i na stranome jeziku. Na upite o potencijalnome korištenju CESL-a u praksi, 34% ispitanih trgovaca smatra da bi jedinstveni europski instrument ugovornog prava omogućio proširenje sklapanja prekograničnih B2B ugovora na nove 1-2 države, dok sljedećih 35% trgovaca smatra da bi proširenje poslovanja obuhvatilo novih 3-5 država. 30% ispitanika se je izjasnilo da bi „vrlo vjerojatno“, a 40 % da bi „vjerojatno“ koristili opcionalni instrument da se takav usvoji u B2B ugovornim odnosima. No, prema mišljenju autorice ove su prognoze vrlo sporne budući da u praksi 60%

152 Basedow, J./Christandl, G./Doralt, W./Fornasier, M./Illmer, M./Kleinschmidt, J./Martens, S. A. E./Rösler, H./Schmidt, J. P./Zimmermann, R., op. cit., str. 39., toč. 89. Vidi predmet ESP, C-381/98 *Ingmar* [2000] ECR I-9305, para. 25.

153 Ibid.

154 Eurobarometer, *European contract law in consumer transactions, i European contract law in business-to-business transactions Analytical Report*, 2011.

trgovaca ugovara primjenu nacionalnog prava, dok se primjerice svega 9% odlučuje na međunarodne konvencije, UNIDROIT načela i sl. S tim u vezi postavlja se i pitanje atraktivnosti CESL-a pored već brojnih postojećih akata međunarodne harmonizacije i unifikacije posebice u domeni trgovačkih ugovora usvojenih u okviru međunarodnih projekata poput UNIDROIT-a, UNCITRAL-a, ICC-a. Tako bi primjerice u odnosu na CISG, CESL mogao postati interesantan u B2B odnosima, stoga što CISG ne uređuje sva pitanja, već su, primjerice, pitanja općeg ugovornog prava uređena odredbama nacionalnih prava.¹⁵⁵ Tako se prema CISG-u na pitanja poput sposobnosti strana za sklapanje ugovora, mane volje i druga pitanja koja utječu na valjanost ugovora, primjenjuju odredbe mjerodavnog nacionalnog prava. Budući da neka od spomenutih pitanja uređuje CESL, u tom bi smislu mogao postati zanimljiv trgovcima. Treba uočiti da i CISG sadrži neke od nedostataka koji se predbacuju CESL-u, te također trgovcima stvara transakcijske troškove saznavanja sadržaja mjerodavnog prava.¹⁵⁶

Nadalje, potrebno je imati u vidu kako u praksi trgovci u B2B odnosima uglavnom ne nastoje pronaći najbolje pravo mjerodavno za određeni ugovorni odnos, već u slučaju spora nastoje što učinkovitije neutralizirati nastupjeli problem. Također, oni uglavnom istražuju kako su drugi trgovci ili konkurenti na tržištu sastavili svoje uvjete poslovanja. Onda kada odluče ugovoriti primjenu stranog prava na svoj ugovorni odnos, uglavnom odabiru ono najslbližije njihovom nacionalnom pravu, npr. nizozemski će trgovac biti sklon ugovoriti njemačko ili belgijsko pravo.¹⁵⁷ Tako bi, primjerice, iz perspektive engleskoga prava ugovorne strane u B2B odnosima mogle bi zauzeti mišljenje da CESL ide korak predaleko u uređenju određenih pitanja,¹⁵⁸ kao što je to mogućnost suda da prilagodi odredbe ugovora u slučaju promjena okolnosti (čl. 89. CESL) ili kod propisivanja obveza utemeljenih na načelu dobre vjere, glede ispunjenja obveza i lijekova, obveze obavještanja (*duty of disclosure*) i dr. U tom bi smislu CESL lako mogao ostati neiskorišten. Tako

155 Prema čl. 4 ako nije izričito drugačije predviđeno, CISG se ne odnosi na: a) pravovaljanost ugovora, bilo koju od njegovih odredaba ili običaja; (b) učinak što bi ga ugovor mogao imati na vlasništvo prodane robe. Treba napomenuti da se i u onom dijelu koji je uređen CISG-om, primjenjuju trgovački običaji.

156 Tako *Hesselink* smatra da bi EU mogla biti optužena za okretanje leđa međunarodnoj zajednici, stoga što su se prema preambuli CISG-a države ugovornice Konvencije sporazumjele da „considering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States“ i „being of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade“. Vidi *Hesselink, M. W., An optional instrument on EU contract law: can it increase legal certainty and foster cross-border trade, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, br. 6., 2010., str. 17.*

157 Tako *Low, G., Will firms consider a European optional instrument in contract law?, Eur J Law Econ, 2011., str. 14.*

158 *Howells, G., op. cit., str. 177: „Indeed it is ironic that just as Europe looks likely to favour a private law based on the majority civil law traditions, commercial practice seems to be adopting Anglo-Saxon transaction practices.“*

CESL u B2B odnosima polazi od slobode ugovaranja (čl. 1. CESL), uz ograničenje poštivanja primjenjivih prisilnih propisa, u koje se ubraja i obveza djelovanja u skladu s načelom dobre vjere i pravičnog poslovanja iz čl. 2., a koja se primjenjuje i tijekom pregovora.¹⁵⁹ Nadalje, u B2B ugovorima standardni uvjeti o kojima se nije pojedinačno pregovaralo podliježu testu (ne)pravičnosti (čl. 86. CESL),¹⁶⁰ a lijekovi zbog prijevare, prijetnje i nepoštene zlouporabe ne mogu se isključiti ili ograničiti (čl. 56. st. 1. CESL). Ove odredbe koje imaju za cilj zaštitu slabije ugovorne strane i postizanje ravnoteže ugovornih strana i u trgovačkim ugovorima, mogle bi utjecati na odluku trgovaca da ne odaberu primjenu CESL-a te da se i dalje oslanjaju na onaj pravni režim koji najbolje služi njihovim interesima.

Daljnje pitanje koje se u literaturi nerijetko javlja jest, hoće li trgovci, koji imaju razvijen način trgovanja, standardizirane obrasce i ugovore biti spremni mijenjati ih, i time sebi prouzročiti transakcijske troškove.¹⁶¹ No, autorica smatra da odluka o primjeni CESL-a neće počivati na opsegu transakcijskih troškova vezanih uz prilagodbu poslovanja, budući da su oni jednokratni i vjerojatno ne previsoki. Trgovcima će biti u interesu koristi koje bi im CESL mogao donijeti, npr. proširenje poslovanja, te će za donošenje odluke o primjeni CESL-a u konačnici odlučujući biti sadržaj odredaba CESL-a. Ograničeno polje primjene *ratione materiae* Prijedloga Uredbe i u okviru njega ograničene definicije ugovora koje CESL pokriva mogli bi djelovati kontraproduktivno na atraktivnost novog instrumenta koji se u praksi tek

159 Čl. 23. st. 1. CESL-a koji uređuje obvezu obavještanja o robi i povezanim uslugama u B2B odnosima. Tako se praktičari pribojavaju da bi propisivanje obveze poslovanja u skladu s načelom dobre vjere (eng. *good faith and fair dealing*, njem. *Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs*) u B2B ugovorima, za trgovce iz *common law* sustava moglo prouzročiti nesigurnost. Ipak, iako englesko pravo ne poznaje opću obvezu sklapanja ugovora o kupoprodaji u skladu sa spomenutim načelom, za pretpostaviti je da bi se trgovci brzo uskladili s njome.

160 Čl. 86 CESL-a: "1. In a contract between traders, a contract term is unfair for the purposes of this Section only if: (a) it forms part of not individually negotiated terms within the meaning of Article 7; and (b) it is of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing". Nadalje prema čl. 81. CESL-a ugovorne strane ne mogu primjenu odredaba ovog poglavlja isključiti, derogirati ili izmijeniti njihove učinke. Vidi i Mišćenić E., *Unfair Contract Terms in Contract Law of the Republic of Croatia* u: Jessel-Holst, Ch./Josipović, T./Dollani, N. (ur.), *Civil Law Forum for South East Europe-Collection of studies and analyses*, 2012. (u postupku objavljivanja).

161 Veći problem od razlika dispozitivnog ugovornog prava za SME predstavljaju odredbe kogentnog prava država. Orgalime smatra da „differences in the non-mandatory background law is not a major problem (...). This is mainly due to the long established practice of using general contract conditions to limit the effect of such differences (...). Even if there existed a uniform non-mandatory law this practice of using general conditions would continue“. Vidi <http://www.orgalime.org/about/index.htm> (posjećeno dana 2.1.2012.). Isto ističe European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises (UEAPME) tvrdeći: "According to the experiences of our members-national professional associations representing SMEs-, the differences in contract law among the different Member states do not constitute a significant problem for cross-border transactions (...) the situation is different when talking about (...) mandatory rules". Vidi http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.5.4.pdf, str. 11 (2.1.2012.).

mora dokazati. Tako je primjerice definicija povezanih usluga iz čl. 2. sl. m) Uredbe prema mišljenju autorice vrlo ograničena, jer je njome pokriven mali broj usluga vezanih uz samu prodaju robe ili dobavljanje digitalnog sadržaja. Ako primjerice trgovac koji inače pruža i usluge održavanja i popravaka ugovor ne sklopi pod pretpostavkama iz istog članka, on ugovor o pružanju povezanih usluga neće moći podvrgnuti primjeni CESL-a, već će se na njega primijeniti mjerodavno nacionalno pravo. Do istih problema vodi i neuređenje ključnih pitanja ugovornog prava CESL-om, poput spomenutih pitanja poslovne sposobnosti, jezika ugovora, zastupanja i dr. Osim što stvaraju pravnu nesigurnost, za trgovce su ovakve situacije u kojima bi morali poznavati više pravnih režima, kompleksnije i skuplje od poteškoća vezanih uz saznavanje prava zemalja u kojima već posluju ili čije pravo uglavnom primjenjuju, a koje se u cijelosti primjenjuje na ugovorni statut.

5.3.2. Za potrošače

Prema čl. 1. st. 3. Prijedloga Uredba jamči visoki stupanj zaštite potrošača što jača njihovo povjerenje u unutarnje tržište i ohrabruje ih na prekograničnu kupnju.¹⁶² Članak 6. st. 2. Uredbe Rim I, koji bi prema Prijedlogu Uredbe primjenom CESL-a bio neutraliziran, potrošačima jamči primjenu povoljnijih odredaba o zaštiti potrošača njihova uobičajena boravišta. Prema obrazloženju Komisije, CESL sadržava potpuno harmonizirane kogentne odredbe o zaštiti potrošača važeće u svim državama članicama, zbog čega stupanj zaštite potrošača u državi njegova uobičajena boravišta ne može biti viši. No, da bi se spriječile situacije, tzv. socijalnog dumpinga,¹⁶³ u kojima bi se odabirom CESL-a derogiralo primjenu nacionalnih odredaba koje pružaju viši stupanj zaštite potrošača, on mora zajamčiti izuzetno visok stupanj zaštite potrošača.¹⁶⁴ Bojazan je opravdana i u smislu prakse ESP-a, koja je potvrdila da Ugovor ne zahtijeva od europskog zakonodavca usvajanje akata s najvišim stupnjem zaštite koji postoji u nekoj od država članica.¹⁶⁵ S tim u vezi postavlja se i pitanje stupnja zaštite potrošača u nacionalnim poretcima država članica koje će ovisiti i o stupnju zaštite koji u nacionalno pravo uvodi nova Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača. Također je upitno, je li u odnosu na B2C ugovore CESL uopće potreban ima li se u vidu Direktiva 2011/83/EU? U tom smislu treba napomenuti kako je CESL glede onih vrsta potrošačkih ugovora

162 Prema Zelenoj knjizi iz 2010. godine, COM(2010)348 fin., str. 7.: „(...) the optional instrument would need to offer a manifestly high level of consumer protection“. Vidi i čl. 12. i čl. 114. st. 3. UFEU-a.

163 Rutgers, J. W., An Optional Instrument and Social Dumping, ERCL, br. 2., 2006., str. 3.

164 Tako BEUC u dopisu „EU Contract law - MEPs on the wrong track“ smatra da bi opcionalni instrument Europskog ugovornog prava „create more complexity and daily confusion instead of more confidence and legal certainty not only for consumers but also for SMEs“. Vidi BEUC, [argueshttp://eusoco.com/wp-content/uploads/2011/06/beuc_ecl_press_june2011.pdf](http://eusoco.com/wp-content/uploads/2011/06/beuc_ecl_press_june2011.pdf) (5.1.2012.).

165 Vidi predmet ESP, C-233/94, *Germany/European Parliament and Council of the European Union* [1997] ECR I-2405.

pokrivenih poljem primjene *ratione materiae* Direktive 2011/83/EU u potpunosti usuglašen s stupnjem zaštite potrošača koji ona nudi. Budući da Direktiva 2011/83/EU uređenje kupoprodaje i nepoštenih ugovornih odredaba uglavnom ostavlja netaknuto, a glede istih postoje značajna odstupanja u državama članicama, CESL bi u tom smislu mogao koezistirati s Direktivom 2011/83/EU ili ovisno o svojem sadržaju predstavljati čak bolje rješenje. Ipak, u literaturi postoje brojna suprotstavljena mišljenja. Jedni smatraju kako su ona pitanja koja su ostala izvan uređenja Direktive 2011/83/EU u mnogim državama članicama uređena na višem stupnju zaštite od CESL-a. U tom bi slučaju neprimjena CESL-a i jamstvo visokog stupnja zaštite potrošača putem čl. 6. st. 2. Uredbe Rim I bio bolji izbor od CESL-a. Drugi su mišljenja da je stupanj zaštite zajamčen CESL-om izuzetno visok, što se odražava u mnogim odredbama, npr. o pravu potrošača kao kupca na slobodan izbor između lijekova popravka, zamjene, raskida ugovora, sniženja cijene i naknade štete bez ograničenja prekluzivnim rokom u kojem moraju ostvariti svoja prava (čl. 106. st. 1. i 3. CESL), već samo općim zastarnim rokom (čl. 179. i 180.),¹⁶⁶ odredbi o nemogućnosti isključenja ili ograničenja lijekova zbog prijevare, prijetnje i nepoštene zlouporabe, a u B2C odnosima zabrani isključenja ili ograničenja na štetu potrošača lijekova kod mana volje (čl. 56. st. 1. i 2. CESL), potom u poprilično dugoj crnoj i sivoj listi nepoštenih ugovornih odredaba (čl. 84. i 85. CESL) i dr.¹⁶⁷ Iako se autorica slaže s potonjom argumentacijom, prema njezinu mišljenju CESL sadrži i neke sporne odredbe o zaštiti potrošača koje bi mogle imati suprotan učinak od onog kojeg se željelo postići. Tako je problematična, npr. odredba čl. 9. st. 2. reč. 2. Uredbe, prema kojoj, ako je ugovor o korištenju CESL-a sklopljen telefonski ili drugim sredstvom koje ne omogućava pribavljanje potrošaču obrasca s informacijama ili ako trgovac nije pružio informacije, potrošač neće biti vezan ugovorom, dok ne dobije potvrdu trgovca o sporazumu o korištenju CESL-a iz čl. 8. st. 2. popraćenu obrascem informacija i dok izričito naknadno ne pristane na korištenje CESL-a. Dio odredbe koji propisuje da „potrošač neće biti vezan ugovorom“ stvara pravnu nesigurnost. Pod pretpostavkom da CESL zaista pruža viši stupanj zaštite od odredaba nacionalnih prava o zaštiti potrošača, a koje se za to razdoblje primjenjuju na ugovor kao odredbe mjerodavnog prava, potrošač će uživati niži stupanj zaštite.

Daljnji problem vezan uz stupanj zaštite potrošača, a koji bi se u praksi mogao pojaviti u svezi s CESL-om, tiče se stvarne mogućnosti odabira potrošača.

166 Rok zastare je dvije godine od trenutka u kojem je potrošač saznao ili se moglo očekivati da zna za nesukladnost robe (stvari) i deset godina od trenutka roka za predaju stvari. Vidi čl. 179. CESL-a: „1. The short period of prescription is two years. 2. The long period of prescription is ten years or, in the case of a right to damages for personal injuries, thirty years.“ Vidi čl. 180. st. 1. i 2. CESL: „1. The short period of prescription begins to run from the time when the creditor has become, or could be expected to have become, aware of the facts as a result of which the right can be exercised. 2. The long period of prescription begins to run from the time when the debtor has to perform or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right.“

167 Hesselink, M. W., Consumers need more than protection, *European Voice*, 2011., str. 12.

Postoji bojazan da će se sklapanje ugovora u B2C odnosima primjenom CESL-a odvijati po principu „take it, or leave it“, tako što će trgovac učiniti odabir, te robu nuditi i prodavati potrošačima samo uz primjenu CESL-a ili je nuditi i prodavati samo uz primjenu nacionalnog ugovornog prava.¹⁶⁸ Postavlja se pitanje, koliko je ispravno doći do primjene CESL-a ovim putem, zbog čega organizacije za zaštitu potrošača iskazuju svoju zabrinutost.¹⁶⁹ Nadalje, u literaturi se također napominje da potrošačev odabir primjene CESL-a mora biti stvaran, odnosno da njegova odluka mora biti, tzv. *informed decision*, tako što će znati između čega zapravo bira.¹⁷⁰ To bi osim poznavanja odredaba CESL-a podrazumijevalo i potrošačevo poznavanje sadržaja odredaba nacionalnog prava čija se primjena odabirom CESL-a derogira. Ipak, treba napomenuti kako je teško zamislivo da će prosječni potrošač čak i u slučaju odabira CESL-a, proučavati razlike u odnosu na odredbe nacionalnog prava, čiji sadržaj često ionako ne poznaje. Odabir prava mjerodavnog za ugovor nije odlučujući motiv radi kojeg se potrošači odlučuju na sklapanje ili nesklapanje ugovora.

6. ZAKLJUČAK

U okviru europskog privatnog prava najviše se pozornosti posvetilo usklađivanju propisa ugovornog prava država članica EU-a, koji u svjetlu tržišne ekonomije predstavljaju jedno od najučinkovitijih sredstava za postizanje i jačanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta. No ostvarenje spomenutog cilja biva potkopano lošim pristupom harmonizaciji ugovornog prava država članica od strane europskog zakonodavca, koji ju je provodio bez unaprijed utvrđene strategije i sveobuhvatnog plana reagirajući na konkretne, izdvojene probleme i neusuglašavajući svoje djelovanje pri usvajanju svakog sljedećeg akta harmonizacije. Time se nije ugrozilo isključivo cilj ostvarenja idealnog unutarnjeg tržišta, već se u znatnoj mjeri narušila stabilnost ugovornog prava država članica uslijed integriranja fragmenata nerijetko nesavršenog europskog zakonodavstva u nacionalno pravo. Udaljavanje od cilja uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta proklamiranog u *ex* čl. 95. UEZ-a (sada: čl. 114. UFEU) na kojem su se akti usklađivanja uglavnom pravno temeljili, dovelo je u pitanje i ovlast Unije da području podijeljene nadležnosti između država članica

168 Tako The Law Commission and The Scottish Law Commission, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems*, 2011., str. vi.: “Traders are unlikely to allow consumers to choose whether to contract under the CESL or their own national law. (...) Thus consumer choice would usually be limited: either to accept the CESL or not to buy from the trader.”

169 Goyens, M., *Why the optional instrument is the wrong way for consumers*, *European Voice*, 16.6.2011., str. 14.

170 Dvojbeno je podrazumijeva li praksa ESP-a pod pojmom prosječnog potrošača „average consumer“ („a reasonably well informed and reasonably observant and circumspect“) i njegovo poznavanje prava. Vidi predmet *ESP, C-220/98 Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH* [2000] ECR I-117.

i Unije dalje djeluje, a imajući u vidu granice koje joj kod korištenja nadležnostima postavljaju načelo supsidijarnosti i proporcionalnosti. Stoga europski zakonodavac već dulje vrijeme pokušava pronaći novi i adekvatan pristup harmonizaciji ugovornog prava država članica, promjenama u intenzitetu harmonizacije, zakonodavnih metoda i dr. Spomenuta djelovanja, praćena brojnim priopćenjima Komisije, rezolucijama Europskog parlamenta, te projektima predstavljaju se kao pokušaj konsolidiranja i harmonizacije, ali i kao projekti kodifikacije ugovornog prava. Obuhvaćaju razvoj od prve rezolucije Europskog parlamenta iz 1989. godine, preko Landovih načela, revizije važećeg *acquisa* u pravu zaštite potrošača, CFR-a, Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača do usvajanja prijedloga opcionalnog instrumenta europskog ugovornog prava.

Usvajanje CESL-a značajno bi utjecalo na razvoj europskog privatnog, posebice ugovornog prava i promijenilo njegovo dosadašnje poimanje. Njegovo uređenje kao 2. pravnog režima koji važi pored nacionalnog ugovornog prava utjecalo bi na samo podučavanje ugovornog prava u državama članicama. Prema Prijedlogu Uredbe ugovorne strane bi nakon što ih kolizijske odredbe akata međunarodnog privatnog prava uputile na pravo države članice kao mjerodavno u okviru njega mogle odabrati primjenu CESL-a. Ovaj opcionalni instrument bi se prema sadašnjem Prijedlogu Uredbe trebao primjenjivati na B2C i B2B ugovore (kod potonjih je barem jedna od strana SME) o prodaji, dobavljanju digitalnog sadržaja i povezanim uslugama, koji se sklapaju prekogranično. Države članice bi imale na raspolaganju i opciju da usvoje zakonodavstvo, koje CESL čini dostupnim i za ugovore bez međunarodnog obilježja kao i za B2B ugovore, od kojih niti jedan nije SME. No prihvatljivost i atraktivnost CESL-a na kraju će dana ovisiti o kvaliteti njegova sadržaja kao opcionalnog instrumenta europskog ugovornog prava. Unatoč mnogobrojnim prednostima koje bi usvajanje CESL-a moglo donijeti, Prijedlog Uredbe trenutačno posjeduje i znatne nedostatke koji će u zakonodavnom postupku usvajanja akta zasigurno predstavljati kamen spoticanja. Tako mnogi autori dvoje o relevantnosti CESL-a za ugovore o kupoprodaji, budući da je ista bila i je predmetom ključnih akata međunarodne unifikacije kao što je CISG u B2B odnosima ili europske harmonizacije kao što je Direktiva 1999/44/EZ u B2C odnosima. Stoga iako obuhvaćanje ugovora o dobavljanju digitalnog sadržaja poljem primjene predstavlja značajan iskorak, u pravnoj doktrini je iskazano žaljenje što Prijedlog Uredbe ne obuhvaća, primjerice, ugovore o pružanju usluga, ili ugovore o *factoringu* ili neke druge specijalne ugovore. Osim toga, iako je nerealno očekivati da bi instrument europskog opcionalnog prava mogao pokrivati sva pitanja koja bi se u svezi s određenim ugovornim odnosom mogla pojaviti, CESL osim što ne rješava određena važna pitanja u kojima graniči sa stvarnim pravom (npr. prijenos vlasništva), odštetnim pravom i sl., ne rješava ni ne „manje bitna“ pitanja ugovornog prava, npr. pitanje poslovne sposobnosti, jezika ugovora, zastupanje i dr. Budući da se ta pitanja uređuju nacionalnim mjerodavnim pravom na koje ukažu kolizijske odredbe međunarodnog privatnog prava, time se otvara vrata nepotrebnom kompliciranju pravnog odnosa i pravnoj nesigurnosti za

ugovorne strane. Nadalje CESL-u se predbacuje nejasnoća njegovih odredbi, velik broj generalnih klauzula i otvorenih koncepata.¹⁷¹ No, CESL se bori i s drugim važnim boljkama, poput neadekvatnog odabira čl. 114. UFEU-a kao pravne osnove za usvajanje Uredbe, budući da kao drugi režim alternativan nacionalnom ne teži usklađivanju nacionalnih ugovornih prava država članica. Isto tako nedostaci CESL-a koji bi mogli najviše utjecati na smanjenje njegove atraktivnosti, proizlaze iz brojnih neriješenih pitanja međunarodnog privatnog prava. S obzirom na to da bi se Uredba primjenjivala na području država članica EU-a i država EFTA-e, ako bi kolizijske odredbe uputile na pravo treće zemlje kao mjerodavno za ugovor, ugovorne strane ne bi mogle odabrati primjenu CESL-a. Jednako tako sporan može biti odnos CESL-a i važećih međunarodnih konvencija, a koje bi zbog nadređenosti koju im priznaje europsko međunarodno privatno pravo svojim kolizijskim odredbama odlučivale o tomu primjenjuje li se na ugovor pravo države članice i tako utjecale na mogućnost odabira CESL-a. Daljnji neriješen problem predstavlja i mogućnost zaobilaženja primjene pravila neposredne primjene i pravila o javnom poretku država članica. Nadalje treba napomenuti kako bi u slučaju usvajanja CESL-a bilo potrebno više desetaka godina za stjecanje iskustva i razvijanje određene sudske prakse. Unatoč propisanoj obvezi državama članicama da za bazu podataka obavještavaju o pravomoćnim presudama nacionalnih sudova o tumačenju CESL-a ili odredaba Uredbe, u početku bi postojala pravna nesigurnost glede njegova tumačenja i primjene.¹⁷² Konačno, iako CESL predstavlja značajan i hrabar korak za razvoj europskog ugovornog prava, pred njim je dugi put usavršavanja želi li postati „samostalni, uniformni set pravila koji stranama nudi rješenja najvažnijih problema koji se u ugovornom pravu mogu pojaviti u prekograničnim situacijama“.¹⁷³

171 Npr. significant disadvantages, good faith, fair dealing, gross deviation, good commercial practice, dependence. Vidi Maugeri, M., *Is the DCFR ready to be adopted as an Optional Instrument?*, ECRL, br. 2., 2011., str. 2.

172 Također postoji bojazan da bi uslijed velikog broja zahtjeva za donošenje odluke o prethodnom pitanju nacionalnih sudova država članica, Sud pravde EU-a bio preopterećen.

173 Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom europskom pravu prodaje, COM(2011) 635 final, Brussels, Explanatory Memorandum, str. 11.

Summary

**EUROPEAN CONTRACT LAW ON THE WAY FROM *SOFT* TO
HARD LAW
AN OVERVIEW OF THE OPTIONAL COMMON EUROPEAN
SALES LAW (CESL)**

For Marta

The approximation of regulations of EU Member States' contract laws represents one of the most efficient means for the establishment and strengthening of the single internal market. However, the shortcomings in the approach of the European legislator to the harmonisation of the EU Member States' contract law resulted in numerous problems that led to the alienation from the mentioned goal. Therefore, at the EU level efforts are made to develop a new and more acceptable approach to harmonisation, which are accompanied not only by numerous communications of the Commission, resolutions of the European Parliament and projects aimed at consolidation and harmonisation, but also by attempts of contract law codification. The latter activities encompass the development from the first Resolution of the European Parliament of 1989, over Lando principles, the revision of the existing *acquis* in the field of consumer protection law, CFR, Directive 2011/83/EU on consumer rights to the Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL). Since the adoption of the Regulation would undoubtedly significantly influence the development of the European contract law, the author tries to determine its main advantages and disadvantages by analysing key provisions of the proposed optional instrument.

Key words: *European private law, European contract law, approximation, internal market, Common European Sales Law, CESL, CISG, Directive 2011/83/EU.*

Zusammenfassung

EUROPÄISCHES VERTRAGSRECHT AUF DEM WEG VON *SOFT BIS HARD LAW* EIN RÜCKBLICK AUF DAS OPTIONALE GEMEINSAME EUROPÄISCHE VERKAUFSRECHT

Für Marta

Die Angleichung der Vorschriften des Vertragsrechts von EU-Mitgliedsstaaten stellt eines der meist wirkungsvollen Mittel für die Erreichung und Stärkung des einheitlichen inneren Marktes. Aber wegen Mängel im Ansatz des europäischen Gesetzgebers zur Harmonisierung des Vertragsrechts von EU-Mitgliedsstaaten sind zahlreiche Probleme entstanden, welche zur Entfernung von diesem Ziel führten. Deswegen wird in der EU versucht, den neuen und mehr akzeptablen Ansatz zur Harmonisierung zu entwickeln, was von Berichten der Kommission, Entscheidungen des Europäischen Parlaments und Projekten der Konsolidierung und Harmonisierung aber auch von Versuchen der Kodifizierung des Vertragsrechts begleitet wird. Die genannten Aktivitäten umfassen die Entwicklung ab der ersten Entscheidung des Europäischen Parlaments aus dem Jahr 1989, bis zu Lando-Prinzipien, Revision des rechtsgültigen *acquis communautaire* im Verbraucherschutzrecht, CFR, Richtlinie 2011/83/EU über die Verbraucherrechte und bis zum Kommissionsverordnungsvorschlag über das Gemeinsame Europäische Verkaufsrecht. Da die Verordnungsannahme zweifellos die Entwicklung des europäischen Vertragsrechts sehr beeinflussen würde, versucht die Autorin durch Forschung zu den wichtigsten Verordnungen des vorgeschlagenen optionellen Instruments seine Vor- und Nachteile festzustellen.

Schlüsselwörter: *Europäisches Privatrecht, Europäisches Vertragsrecht, Angleichung, Innerer Markt, Gemeinsames Europäisches Verkaufsrecht, CESL, CISG, Richtlinie 2011/83/EU.*

Riassunto

**IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI SULLA VIA DA *SOFT*
A *HARD LAW*: CONSIDERAZIONI SUL DIRITTO COMUNE
OPZIONALE EUROPEO DELLA VENDITA (CESL)**

Per Marta

La corrispondenza delle disposizioni in materia di diritto dei contratti degli Stati membri dell'UE rappresenta uno dei mezzi più efficaci per il raggiungimento ed il consolidamento del mercato unico. Nondimeno, determinati comportamenti del legislatore europeo, dimostratisi lacunosi nel fine di armonizzare il diritto dei contratti degli Stati membri, hanno condotto a numerose difficoltà che hanno poi causato l'allontanamento da tale obiettivo. Per questo motivo sul piano europeo si sta cercando di concepire un approccio all'armonizzazione nuovo e più accettabile, che si compone di numerose comunicazioni della Commissione, risoluzioni del Parlamento europeo, progetti di consolidamento ed armonizzazione, come anche di tentativi di codificazione del diritto dei contratti. Le menzionate iniziative si sviluppano a partire dalla prima risoluzione del Parlamento europeo del 1989, attraverso i principi Lando, la revisione dell'*acquis* nel diritto dei consumatori, il CFR, la Direttiva 2011/83/UE sui diritti del consumatore per arrivare fino alla Proposta di Regolamento di un diritto comune europeo della vendita. Posto che l'eventuale emanazione del Regolamento influirebbe significativamente sullo sviluppo del diritto europeo dei contratti, l'autrice attraverso l'analisi delle più importanti disposizioni contenute nello strumento opzionale proposto tenta di individuarne i pro ed i contro.

Parole chiave: *diritto privato europeo, diritto europeo dei contratti, armonizzazione, mercato unico, diritto comune europeo della vendita, CESL, CISG, Direttiva 2011/83/UE.*

DOPUSTIVOST ORUŽANIH INTERVENCIJA RADI SPAŠAVANJA VLASTITIH DRŽAVLJANA U INOZEMSTVU

Dr. sc. Petra Perišić, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 341.357
341.3
Ur.: 4. srpnja 2012.
Pr.: 15. listopada 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Člankom 2(4) Povelje Ujedinjenih naroda zabranjene su upotreba sile i prijetnja silom usmjerene protiv teritorijalne cjelovitosti i političke nezavisnosti bilo koje države ili na bilo koji način nespojive s ciljevima Ujedinjenih naroda. S obzirom na takvo pravno uređenje, postavlja se pitanje zakonitosti oružanih intervencija poduzetih na području druge suverene države s ciljem spašavanja vlastitih državljana koji se u njoj nađu u opasnosti. U radu se analizira mogu li se takve akcije podvesti pod samoobranu, kao jedinu Poveljom predviđenu iznimku od zabrane jednostrane upotrebe sile, te postoji li osnova za njihovo poduzimanje u običajnom međunarodnom pravu. Analizira se i može li stanje nužde, ne kao pravo, već kao okolnost koja isključuje protupravnost nekog čina, opravdati poduzimanje ovog tipa oružanih intervencija.

Ključne riječi: *oružana intervencija, zabrana upotrebe sile, samoobrana, stanje nužde.*

1. UVOD

Drugu polovicu 20. stoljeća obilježio je nezanemariv broj slučajeva u kojima su države oružano intervenirale na području neke druge države radi spašavanja svojih državljana koji su se u toj drugoj državi našli u nekoj opasnosti. Iako doktrinu „spašavanja državljana“ nije iznjedrilo 20. stoljeće,¹ čitava se problematika aktualizirala donošenjem Povelje Ujedinjenih naroda 1945. godine, kojom je uvedena zabrana upotrebe sile i prijetnje silom,² osim u dvama slučajevima predviđenima

1 O povijesnom razvoju prava na spašavanje državljana u inozemstvu vidi više u: Amerasinghe, C. F.: *The Conundrum of Recourse to Force – To Protect Persons*, *International Organizations Law Review*, sv. 3, br. 1, 2006., str. 7.

2 Članak 2. točka 4. Povelje. Tekst Povelje vidi u: *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 15/1993.

samom Poveljom – u samoobrani i temeljem odobrenja Vijeća sigurnosti. Do toga trenutka, upotreba sile općenito, pa tako ni ona s ciljem spašavanja državljana, nije bila zabranjena³ i države su joj mogle pribjegavati kako bi zaštitile svoje državljane ili njihovu imovinu na području pod suverennošću druge države.

Činjenične okolnosti u kojima se oružano interveniralo radi spašavanja državljana značajno su se razlikovale od slučaja do slučaja. U pravilu se radilo o situacijama u kojima su se strani državljani našli u opasnosti zbog općih nemira i kolapsa javnog poretka u nekoj državi ili o situacijama u kojima su se državljani našli na meti terorista. No, unatoč raznolikosti situacija koje su predstavljale povod za oružanu intervenciju, jedna je zakonitost bila uvijek prisutna – takve su intervencije u pravilu provodile moćne države zapadnog svijeta na području manje razvijenih zemalja. S jedne strane, ova se pojava čini logičnom – one države koje raspolažu vojnom, ali i političkom moći, u većoj su mogućnosti izvršiti intervenciju no one koje takvom moći ne raspolažu. S druge strane, činjenica da se u operacije spašavanja vlastitih državljana upuštaju upravo moćne države budi sumnju u njihovu opravdanost i zakonitost. Ako je država dovoljno jaka da oružanom silom intervenira na području druge suverene države, je li dovoljno jaka i da silom pokuša ostvariti neke druge interese, zloupotrebjavajući argument nužnosti spašavanja svojih državljana?⁴

Pravni temelji koje su isticale države koje su provodile oružane intervencije bili su različiti. Ni doktrina međunarodnog prava nije ponudila jedinstveni odgovor. Mišljenja se kreću između onih prema kojima spašavanje državljana, iako nije navedeno među iznimkama od zabrane upotrebe sile koje Povelja predviđa, nije pokriveno zabranom iz članka 2(4) Povelje, preko onih koji takav čin vide kao protupravan, ali ispričiv i moguće lišen protupravnosti, do onih koji smatraju da takve intervencije nisu dopuštene. Potvrdu bilo kojeg od navedenih mišljenja vrlo teško možemo pronaći u praksi država, prvenstveno zbog toga što je velik broj oružanih akcija takvog tipa uistinu predstavljao nedopuštenu intervenciju pa

3 Iako je sveobuhvatna zabrana upotrebe sile predviđena tek Poveljom, prvi značajniji pokušaji njezina ograničavanja javljaju se početkom 20. stoljeća. Jedan od takvih bilo je donošenje Druge haške konvencije, poznate još i kao Porterova konvencija, koja je sadržavala tzv. Calvo, odnosno Drago doktrinu. Ova je doktrina mogućnost jednostrane upotrebe sile predviđala kao *ultima ratio* u situacijama u kojima država dužnik nije prihvaćala rješavanje spora pred arbitražom ili je odbijala ispuniti obveze koje su za nju proizašle iz arbitražne presude. Novi pokušaj ograničenja upotrebe sile učinjen je Paktom Lige naroda, donesenim 1919. godine po okončanju Prvog svjetskog rata, koji je dopustivost rata uvjetovao prethodnim pokušajem rješavanja spora mirnim putem. Najzad, 1928. godine potpisan je Briand – Kellogov pakt, kojim su se njegove stranke odrekle rata kao sredstva njihove međusobne politike.

4 Sumnje u zloupotrebu argumenta spašavanja državljana vezuju se u velikom broju slučajeva uz razdoblje Hladnog rata i trajnog stanja suprotstavljenosti koje je vladalo između zemalja Zapadnog i Istočnog bloka. Intervencije zapadnih država koje su tada poduzete uz argument spašavanja vlastitih državljana pripisivale su se pokušaju održavanja njihovih interesnih sfera u pojedinim dijelovima svijeta. Vidi: Gazzini, T.: *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 2005., str. 170.

nije moguće utvrditi je li osuda koju su pojedine intervencije doživjele od država međunarodne zajednice osuda tek konkretnog nedopuštenog čina ili ujedno i prakse provođenja oružanih intervencija na području stranih država općenito.

U nastavku će se oružane intervencije radi spašavanja državljana sagledati u kontekstu zabrane upotrebe sile iz članka 2(4) Povelje. Analizirat će se zatim može li samoobrana, kao iznimka od zabrane upotrebe sile, opravdati takve intervencije te može li se temeljem instituta općeg prava – stanja nužde – isključiti protupravnost takvog čina. Analizom prakse država pokušat će se doći i do zaključka o mjestu oružanih akcija radi spašavanja državljana u međunarodnom običajnom pravu.

2. SPAŠAVANJE VLASTITIH DRŽAVLJANA I ČLANAK 2(4) POVELJE

Osnivanje Ujedinjenih naroda te donošenje Povelje kao njihovog osnivačkog akta bilo je potaknuto stravičnim iskustvima iz Drugog svjetskog rata. Po njegovu okončanju, vođe najmoćnijih država svijeta, pobjednica u tom ratu, bili su složni u ideji formiranja univerzalne međunarodne organizacije visokog autoriteta, čija bi temeljna zadaća bila očuvanje međunarodnog mira i sigurnosti. Ostvarenje tog ideala zajamčeno je brojnim odredbama Povelje, no može se smatrati da okosnicu Poveljom zamišljenog sustava predstavlja odredba članka 2(4), koja glasi:

„Članovi se u svojim međunarodnim odnosima suzdržavaju od prijetnje silom ili upotrebe sile koje su uperene protiv teritorijalne cjelovitosti ili političke nezavisnosti bilo koje države, ili su na bilo koji način nespojive s ciljevima Ujedinjenih naroda.“⁵

Je li se tekстом ove odredbe išlo za stavljanjem naglaska na nedopustivost one sile koja je usmjerena „protiv teritorijalne cjelovitosti i političke nezavisnosti“ neke države ili se navedenom formulacijom željelo tek ojačati, a ne ograničiti zabranu upotrebe sile, bilo je od donošenja Povelje pa sve do danas predmetom oprečnih mišljenja.

Iz teksta članka 2(4) neki su autori zaključili da je zabranjena jedino ona sila koja je usmjerena protiv teritorijalne cjelovitosti i političke nezavisnosti druge države.⁶ Svi ostali oblici upotrebe sile, među kojima i ona upotrijebljena radi spašavanja vlastitih državljana u inozemstvu (budući da nije usmjerena na ugrožavanje teritorijalne cjelovitosti i političke nezavisnosti države, već isključivo na spašavanje državljana) bili bi dopušteni. Potvrdu svog stajališta ovi autori pronalaze i u drugom dijelu odredbe članka 2(4), prema kojemu sila ne smije biti „nespojiva s ciljevima Ujedinjenih naroda“. Smatrajući zaštitu ljudskih prava

5 Tekst Povelje vidi: *supra*, bilj. 2.

6 Takvo mišljenje vidi u: Bowett, D.: *The Use of Force in the Protection of Nationals*, str. 114, u: Cassese, A. (ur.): *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.; Stone, J.: *Aggression and World Order: a Critique of United Nations Theories of Aggression*, London, Stevens and Sons, 1958.

općenito, pa tako i prava vlastitih državljana, jednim od bitnih ciljeva promicanih Poveljom,⁷ zaključuju da oružane intervencije poduzete zbog zaštite ljudskih života nisu protivne ciljevima Ujedinjenih naroda.

Zaključak o ispravnosti ekstenzivnog tumačenja članka 2(4) neki autori izvode i iz povijesnog razvoja pravila o ograničenju upotrebe sile. Oni, naime, smatraju da svi dokumenti donijeti radi ograničavanja upotrebe sile govore upravo o onoj sili koja je usmjerena na ugrožavanje teritorijalne cjelovitosti i političke nezavisnosti druge države. Tako je Briand – Kelloggov pakt zabranjivao rat;⁸ Konvencijom iz Montevidea iz 1933. godine zabranjeno je prisvajanje teritorija druge države ili bilo koji drugi oblik stjecanja koristi ostvarene silom;⁹ Rezolucijom Opće skupštine o definiciji agresije zabranjena je agresija.^{10,11} Ovi su dokumenti, bez sumnje, išli za time da uvedu zabranu najtežeg od svih oblika upotrebe sile – silu kojom se prijeti samoj opstojnosti druge suverene države. Ipak, ne čini se opravdanim smatrati da i Povelja nužno sadržava isključivo takvu zabranu. Upravo je revolucionarni značaj Povelje u tome što ona, za razliku od do tada donesenih dokumenata, govori o sili, a ne o ratu ili agresiji, time implicirajući na proširivanje navedene zabrane na sve oblike sile, izuzev iznimaka koje sama predviđa. Da tomu nije tako, vjerojatno se u Povelji ne bi odstupalo od dotadašnje retorike pa bi se i u njoj govorilo o ratu ili agresiji, a ne o sili općenito.

7 Već se u preambuli Povelje navodi: "Ostvarivati međunarodnu suradnju rješavanjem međunarodnih problema ekonomske, socijalne, kulturne ili humanitarne prirode te razvijanjem i poticanjem poštovanja prava čovjeka i temeljnih sloboda za sve bez razlike s obzirom na rasu, spol, jezik ili vjeroispovijed." Ponovo se zaštita ljudskih prava spominje u članku 55 (1) (c) Povelje, koji kao jednu od zadaća Ujedinjenih naroda navodi „opće i stvarno poštovanje prava čovjeka i temeljnih sloboda za sve, bez razlike s obzirom na rasu, spol, jezik ili vjeroispovijed“. Tekst Povelje vidi: *supra*, bilj. 2.

8 U članku 1. Pakta stoji: "Države stranke odriču se rata kao sredstva rješavanja svojih međusobnih sporova." Tekst Pakta vidi na: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/kbpact.htm> (stranica posjećena 01. lipnja 2012.).

9 U članku 11. Konvencija iz Montevidea predviđa obvezu država ugovornica da ne priznaju teritorijalno prisvajanje ni druge posebne koristi koje su ostvarene silom, neovisno o tomu jesu li ostvareni upotrebom oružja, prijetnjom diplomatskim predstavništvima ili nekom drugom prinudnom mjerom. Potvrđuje se, nadalje, nepovredivost teritorija te se utvrđuje da teritorij ne smije čak ni privremeno biti predmetom vojne okupacije, kao ni drugih prinudnih mjera koje posredno ili neposredno nameće druga država ili zbog drugog razloga. Tekst Konvencije vidi na: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/intam03.asp (stranica posjećena 01. lipnja 2012.).

10 Rezolucija u članku 3. poziva države da se suzdrže od svih čina agresije i drugih oblika sile koji su protivni Povelji i Deklaraciji o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i suradnji između država u skladu s Poveljom Ujedinjenih naroda. Sama Definicija agresije, koja predstavlja aneks spomenute rezolucije, u članku 1. označava agresiju kao upotrebu oružane sile jedne države protiv suverenosti, teritorijalne cjelovitosti ili političke nezavisnosti druge države, ili na bilo koji način protivnu Povelji Ujedinjenih naroda. Tekst Rezolucije 3314 (XXIX) vidi na: <http://www.un-documents.net/a29r3314.htm> (stranica posjećena 01. lipnja 2012.).

11 Vidi: Jeffery, A.: *The American Hostages in Tehran: The I.C.J. and the Legality of Rescue Missions*, *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 30, br. 3, 1981., str. 717.

Pobornici širokog tumačenja teksta Povelje polaze od još jedne okolnosti – nefunkcioniranja sustava kolektivne sigurnosti zamišljenog Poveljom. Čitavo uređenje upotrebe sile u Povelji – zabrana jednostrane upotrebe sile i predviđanje samoobrane kao jedinog izuzetka od te zabrane – počiva upravo na usporednom postojanju odredaba kojima se jamči kolektivna sigurnost, a koje Vijeću sigurnosti dodjeljuju široka ovlaštenja u prevenciji i ponovnom uspostavljanju međunarodnog mira i sigurnosti, uključujući i mogućnost davanja ovlaštenja na upotrebu sile. Mehanizmi koje je Povelja predvidjela s ciljem funkcioniranja takvog sustava, prije svega osnivanje Odbora vojnog štaba te sklapanje s državama članicama posebnih sporazuma kojima bi one stavile na raspolaganje kontingente svojih vojnih snaga, nisu nikada zaživjeli.¹² Iako sustav kolektivne sigurnosti ipak na neki način funkcionira, prvenstveno djelovanjem mirovnih misija, sudjelovanje država članica Ujedinjenih naroda u takvim misijama nije obvezno, a samim time nije niti jamstvo njegove učinkovitosti. Sporan je, osim toga, i mandat mirovnih misija pa nije jasno bi li one uopće mogle, izuzev u samoobrani, upotrebljavati silu kako bi preventivno ili represivno odgovorile na ugrožavanje međunarodnog mira i sigurnosti.¹³ Tako je sustav Povelje, smatra se, već u samom svom začetku imao manu, zbog čega su države prisiljene u nekim situacijama pribjegavati samopomoći. Navedeno mišljenje nije bez osnove. Ako je Povelja kao jedinu iznimku od zabrane jednostrane upotrebe sile predvidjela samoobranu (i to dopustivu samo dok Vijeće sigurnosti ne poduzme potrebne mjere), dok će svi ostali slučajevi u kojima je eventualno potrebno upotrijebiti silu biti „pokriveni“ prinudnim akcijama koje odobri Vijeće sigurnosti, onda nefunkcioniranje takvog sustava predstavlja problem vezan ne samo strogo uz sustav kolektivne sigurnosti, već i uz poimanje samoobrane kao jedine iznimke od apsolutne zabrane sile predviđene člankom 2(4). Pristajanje država stranaka Povelje na zabranu iz članka 2(4) u velikoj je mjeri bilo uvjetovano njihovim vjerovanjem u jamstvo zaštite koju je sustav kolektivne sigurnosti trebao pružati. Ipak, treba imati na umu da su za neoživotvorenje sustava kolektivne sigurnosti predviđenog Poveljom „zaslužne“ same države članice Ujedinjenih naroda,¹⁴ pa je vrlo upitno koliko se te iste države mogu pozivati na situaciju koju su same stvorile kao okolnost koja bi opravdavala ograničavanje dometa zabrane upotrebe sile iz članka 2(4).

Mišljenje prema kojemu članak 2(4) ne postavlja apsolutnu zabranu upotrebe sile ipak, čini se, ima svojih nedosljednosti. Spremnost država stranaka Povelje da pristanu biti vezane zabranom upotrebe sile treba promatrati u kontekstu u kojemu je Povelja donesena, dakle u poslijeratnom razdoblju u kojemu je postojao snažan

12 Vidi članke 43. – 47. Povelje. Tekst Povelje vidi: *supra*, bilj. 2.

13 Nesporno je pravo mirovnih misija da upotrijebe silu u samoobrani. No nazire se tendencija da se pravo na upotrebu sile proširi i izvan okvira samoobrane te se tako djelovanje mirovnih misija približi prinudnim mjerama predviđenima glavom VII. Povelje. Tako je, primjerice, Vijeće sigurnosti ovlastilo UNPROFOR (*United Nations Protection Force*) na upotrebu „svih potrebnih sredstava“ (dakle i sile, op. a.), kako bi zaštitio sigurne zone u Bosni i Hercegovini. SC Res. 836 (1993).

14 Vidi: Lapaš, D.: „The War against Terrorism“ – a new *bellum iustum?*, *Adrias*, sv. 14, 2007., str. 117.

impuls među državama iscrpljenima od ratnih stradanja da zauvijek „sačuvaju buduće naraštaje od užasa rata“,¹⁵ predviđajući kao iznimku jedino samoobranu, koja je oduvijek predstavljala inherentno pravo svake države. Analiza pripremnih radova pri donošenju Povelje može također ukazati na namjeru njezinih tvoraca da člankom 2(4) postave apsolutnu zabranu upotrebe sile. Naime, prvotni tekst ovog članka nije sadržavao pojmove „teritorijalna cjelovitost“ i „politička nezavisnost“. To upućuje na činjenicu da naglasak uopće nije bio stavljen na njih te da je njihovo naknadno dodavanje imalo cilj tek osnažiti postojeću zabranu, prvenstveno kako bi se pružilo jamstvo zaštite teritorijalne cjelovitosti i političke nezavisnosti manjim državama koje su strahovale od intervencionističke politike onih snažnijih.¹⁶ Činjenica jest da bi ovo odstupanje konačnog teksta članka 2(4) od pripremnih radova moglo biti protumačeno i drugačije, u smislu da se naknadno dodavanje spornih fraza shvati kao stavljanje naglaska na to da se zabrana upotrebe sile ne odnosi na svaku silu, već isključivo na onu protivnu teritorijalnoj cjelovitosti i političkoj nezavisnosti država.

Argumenti u prilog restriktivnom shvaćanju zabrane upotrebe sile iz članka 2(4) ne nalaze se samo u djelima pravnih autora. Na neki je način i Međunarodni sud zauzeo takav stav, iako nije eksplicitno napomenuo da daje tumačenje dometa članka 2(4). U presudi u predmetu o Krfskom tjesnacu iz 1949. godine, Sud je našao protupravnom silu koju je Ujedinjena Kraljevina upotrijebila u teritorijalnom moru Albanije, držeći da je time povrijeđen suverenitet Albanije.¹⁷ Sud nije prihvatio tvrdnju Ujedinjene Kraljevine prema kojoj ona nije povrijedila svoje obveze iz Povelje budući da „nije prijetila niti teritorijalnoj cjelovitosti niti političkoj nezavisnosti Albanije“. ¹⁸ Iz toga proizlazi da je Sud kao nedopuštenu okarakterizirao i onu silu koja nije bila usmjerena na ugrožavanje teritorijalne cjelovitosti i političke nezavisnosti druge države.

3. SPAŠAVANJE VLASTITIH DRŽAVLJANA – ČIN SAMOBRANE?

Slučajeve iz prakse država u kojima su države oružano intervenirale kako bi zaštitile svoje državljane karakterizira čitav niz pravnih osnova koje su te države isticale kao opravdanje za svoje postupke. U nekim se slučajevima tako kao pravni temelj postupanja isticao pristanak teritorijalne države na stranu intervenciju. Nacrtni članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine kojega je izradila Komisija za međunarodno pravo potvrđuje običajnopravno načelo prema kojemu

15 Preambula Povelje. Tekst Povelje vidi: *supra*, bilj. 2.

16 Vidi: Brownlie, I.: *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963., str. 267.

17 *Corfu Channel Case, Judgment of April 9 1949, ICJ Reports 1949.*, str. 35.

18 *Reply Submitted, under the Order of the Court of 26 March, 1948, by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, str. 257.

pristanak, ukoliko ga je dalo ovlašteno tijelo te ako nije iznuden prisilno, isključuje protupravnost inače nedopuštenog djela.¹⁹ Ono što je konkretne slučajeve činilo spornim jest jesu li ispunjeni uvjeti pod kojima se pristanak smatra valjanim, prije svega je li ga dalo ovlašteno tijelo, a ne je li pristanak kao takav valjana osnova za intervenciju. Kada govorimo stoga o pravu države na oružanu intervenciju na stranom teritoriju, mislimo na intervenciju koja se provodi prisilno, bez suglasnosti teritorijalne države.

Vrlo često se pravo na spašavanje vlastitih državljana podvodilo pod humanitarnu intervenciju. Pod humanitarnom intervencijom smatra se oružana akcija jedne ili više država na teritoriju druge države, radi sprječavanja ili reduciranja kršenja ljudskih prava širokih razmjera.²⁰ Iz navedenoga je vidljivo da postoje neke sličnosti između akcija koje se smatraju humanitarnim intervencijama te onih koje se provode radi spašavanja državljana. Obje se provode na stranom teritoriju i obje imaju cilj spašavanja osoba. No, osim navedenih sličnosti, postoje i bitne razlike između njih. Država koja intervenira inspirirana je jednim motivima u prvom, a drugačijim motivima u drugom slučaju. Za provođenje humanitarne intervencije posve je nebitno državljanstvo osoba koje se spašava, dok je kod „spašavanja državljana“ ono ključna značajka osoba koje se spašava. Usto, stupanj zadiranja u vlast teritorijalne države mnogo je manja kod akcija spašavanja državljana. U pravilu se radi o kratkotrajnim akcijama usmjerenima isključivo na samu akciju spašavanja. Nasuprot tomu, humanitarne intervencije mogu biti mnogo dužeg vremenskog trajanja, mnogo većeg intenziteta i često su usmjerene protiv same vlasti države u kojoj se intervenira, budući da je ta vlast ona koja krši prava svojih građana.

Shvaćajući da se pozivanjem na osnove djelovanja kao što je u međunarodnom pravu sporna humanitarna intervencija ili ističući pravo na spašavanje državljana kao samostalni temelj, države nalaze na vrlo „skliskom terenu“, mnoge od njih su se provodeći akcije spašavanja državljana pozvale na pravo na samoobranu, koje nesporno pripada svakoj državi.

Povelja Ujedinjenih naroda, predviđajući pravo država na samoobranu, tek deklaratorno potvrđuje, kako i sama kaže, jedno „inherentno“ pravo svake države. Ono je, dakle, postojalo i prije donošenja Povelje i čini dio običajnog prava. Ipak, članak 51. Povelje propisao je da je samoobranu dopušteno koristiti u slučaju „oružanog napada na nekog člana Ujedinjenih naroda“,²¹ time otvarajući

19 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, tekst dostupan na: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf (stranica posjećena 07. lipnja 2012.).

20 Reisman, W. M.: Why Regime Change is (Almost Always) a Bad Idea, *American Journal of International Law*, sv. 98, br. 3, 2004., str. 516.

21 Članak 51. Povelje propisuje: „Ništa u ovoj Povelji ne dira u prirodno pravo individualne ili kolektivne samoobrane u slučaju oružanog napada na nekog člana Ujedinjenih naroda sve dok Vijeće sigurnosti ne poduzme mjere potrebne za održavanje međunarodnog mira i sigurnosti. Mjere koje članovi poduzmu u vršenju toga prava samoobrane odmah se dojavljaju Vijeću sigurnosti i nipošto ne diraju u ovlasti i dužnosti Vijeća sigurnosti da na temelju ove Povelje djeluje svakog trenutka na način koji smatra potrebnim za održavanje ili uspostavljanje međunarodnog mira i sigurnosti.“ Tekst Povelje vidi: *supra*, bilj. 2.

nekoliko bitnih pitanja: od koga mora doći napad, države ili i nedržavnog aktera, što je oružani napad te protiv koga ili čega mora biti usmjeren. O točnom značenju pojma „oružanog napada“, kao i o pitanju od koga napad mora doći da bi se smatrao oružanim napadom u kontekstu navedene odredbe, puno se raspravljalo u međunarodnopravnoj znanosti, no ta su pitanja i dalje predmet suprotstavljenih stajališta. Međutim, za našu temu je zanimljivo ovo treće pitanje, može li se ugrožavanje državljana neke države smatrati oružanim napadom na tu državu.

Klasičan i najčešći oblik oružanog napada jest onaj koji je usmjeren na teritorij neke države. I napad na simbole državne suverenosti, kao što su ratni brodovi na otvorenom moru, vojni zrakoplovi ili oružane snage stacionirane na stranom teritoriju, u pravilu se smatrao oružanim napadom na državu. Mogu li se i državljanima neke države smatrati bitnim elementom njezina postojanja, bilo je predmetom oprečnih mišljenja. Zaštitu državljana, kao članova šire državne zajednice, neki smatraju jednako bitnom kao i obranu bilo kojeg dijela teritorija.²² Ipak, valja imati na umu da prijetnja jednom ili nekolicini državljana neke države ne predstavlja ujedno i prijetnju samoj opstojnosti te države, kao što bi to bio slučaj s ugrožavanjem njezina teritorija, pa je upitno koliko se spašavanje državljana može pravdati potrebom samoobrane države.

Kao smjernica u utvrđivanju može li napad na državljanu predstavljati oružani napad u smislu članka 51. može poslužiti ranije spomenuta Definicija agresije koju je donijela Opća skupština Ujedinjenih naroda. Iako prevladava mišljenje da je agresija širi pojam od oružanog napada koji predstavlja povod za samoobranu te da se ne radi o sinonimima, konkretni čini agresije koje Definicija nabroja upućuju na moguće oblike oružanog napada.²³ Među njima se tako spominje, primjerice, „napad oružanih snaga neke države na kopnene, pomorske ili zračne vojne snage ili na mornaricu i civilno zrakoplovstvo druge države“, no ne spominje se i napad na državljanu stranu države.²⁴ Lista nabrojenih čina agresije nije iscrpna pa Definicija ostavlja otvorenom mogućnost da se agresijom smatraju i drugi čini, izvan onih u njoj spomenutih. Ipak, za pretpostaviti je da bi spašavanje državljana, nerijetko prisutno u praksi država, našlo u ovom dokumentu svoje mjesto da su njegovi tvorci smatrali da ugrožavanje stranih državljana predstavlja čin agresije. Ne samo da Definicija nije spomenula ugrožavanje državljana kao mogući oblik agresije, već takvim nije kvalificirala ni napad na strana veleposlanstva ni diplomatsko osoblje.

22 Vidi: Bowett, D. W.: *Self – defense in International Law*, New York, Frederick A. Praeger, 1958., str. 92.

23 O odnosu pojmova agresije i oružanog napada vidi više u: Randelzhofer, A.: Article 2(4), u: Simma, B. (ur.): *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995., str. 668; Constantinou, A.: *The Right of Self – Defence under Customary International Law and Article 51 of the United Nations Charter*, Athènes, Sakkoula, Bruxelles, Bruylant, 2000., str. 59; Alexandrov, S. A.: *Self – Defense against the Use of Force in International Law*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1996., str. 110; Andrassy, J.: *Međunarodno pravo*, Zagreb, Školska knjiga, 1990., str. 534, 551 – 554.

24 Članak 3. točka d. Tekst Definicije agresije vidi: *supra*, bilj. 10.

U svjetlu toga je i sam Međunarodni sud u presudi o diplomatskom i konzularnom osoblju u Teheranu iz 1980. godine zauzeo stajalište da je Iran, čiji su državljani zauzeli američko veleposlanstvo u Teheranu, prekršio odredbe Bečke konvencije o diplomatskim odnosima, Bečke konvencije o konzularnim odnosima, kao i jednog bilateralnog ugovora, no ne i da je počinio oružani napad u smislu članka 51. Povelje.²⁵

Argument samoobrane nije održiv ni zbog toga što se akcije spašavanja državljana ne provode samo u slučajevima kada se ti državljani nađu na meti napada, već i kada su na neki drugi način ugroženi, primjerice u situacijama nemira i napetosti unutar neke države. Opasnost u kojoj se oni u takvim situacijama nalaze ne može se smatrati „oružanim napadom“ na državu, pa tako samoobrana, nužno uvjetovana postojanjem takvog napada, ne može biti isticana kao pravni temelj akcija spašavanja državljana.

4. SPAŠAVANJE DRŽAVLJANA U PRAKSI DRŽAVA

Spašavanje vlastitih državljana isticano je razmjerno često, osobito u drugoj polovici 20. stoljeća, kao opravdanje država za upotrebu sile. Praktički je u svakom od tih slučajeva oružana intervencija doživjela osudu većine ili značajnog broja država međunarodne zajednice, što ne čudi, s obzirom na to da su provedene intervencije, bez obzira na koju su se osnovu države pozivale, predstavljale vidno kršenje načela neintervencije i zabrane upotrebe sile. Zbog toga se ne može govoriti o jednoznačnoj reakciji država i ostaje otvoreno pitanje jesu li one općenito ustajale protiv kršenja teritorijalnog suvereniteta države na čijem se području vršila intervencija ili protiv konkretnih okolnosti intervencije. Možemo, međutim, izdvojiti dva slučaja u kojima su države koje su provodile intervenciju naišle na veće razumijevanje međunarodne zajednice – slučaj spašavanja izraelskih državljana u zračnoj luci Entebbe u Ugandi te slučaj spašavanja američkih državljana zatočenih u zgradi američkoga veleposlanstva u Teheranu. Ono što navedene slučajeve u velikoj mjeri razlikuje od ostalih slučajeva spašavanja državljana jest jasna usmjerenost oružane akcije na spašavanje državljana koji su držani kao taoci. U tomu se oni razlikuju od brojnih drugih slučajeva spašavanja za koje je postojala izražena sumnja da se akcijom spašavanja državljana prikriva ostvarenje nekih drugih ciljeva.

Intervencija Izraela u zračnoj luci Entebbe u Ugandi dogodila se kada je skupina palestinskih terorista otela zrakoplov *Air Francea* ta ga usmjerila najprije u Libiju, a zatim u zračnu luku Entebbe. Prema navodima svjedoka, Palestinci su oslobodili sve neizraelske državljanke te za oslobađanje preostalih Izraelaca zahtijevali oslobađanje nekolicine terorista koji su bili zatočeni u različitim europskim državama. Svjedoci su također tvrdili da su teroristima u zračnoj luci pomoć pružali pripadnici vojske Ugande. Izrael je, ne tražeći odobrenje Ugande, oružano intervenirao u zračnoj

25 United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, ICJ Reports 1980., str. 64 – 65.

luci te proveo uspješnu operaciju spašavanja talaca. U akciji je uništeno desetak zrakoplova Ugande te ubijeno nekoliko talaca, Palestinaca i vojnika Ugande.

Izrael je o izvršenoj intervenciji bez odgađanja obavijestio Glavnog tajnika Ujedinjenih naroda, pozivajući se na pravo na samoobranu u situaciji u kojoj je Uganda navodno surađivala s teroristima. Uganda se, s druge strane, obratila predsjedniku Vijeća sigurnosti i predsjedavajućem Organizacije afričkog jedinstva tvrdeći da je pretrpjela izraelski napad te da bi Izrael trebalo osuditi zbog počinjene agresije. Skupina afričkih država u Vijeću sigurnosti predložila je rezoluciju kojom se osuđivalo Izrael za kršenje suverenosti i teritorijalne cjelovitosti Ugande te se zahtijevala naknada štete za pretrpljene ljudske i materijalne gubitke. Drugačije stajalište zauzele su Sjedinjene Države, koje su se eksplicitno izjasnile u prilog zakonitosti akcije Izraela. Nešto umjereniji stav imala je Ujedinjena Kraljevina koja je, iako podržavajući Izrael, naglasila kako je „veliki problem usuglasiti dužnost države da zaštiti svoje državljane s obvezom poštivanja suverenosti i teritorijalne cjelovitosti država“.²⁶ Dvije su države predložile rezoluciju kojom bi se osudilo otmicu zrakoplova te pozvalo na sprječavanje i kažnjavanje terorističkih čina.²⁷

Stavovi država međunarodne zajednice prema intervenciji Izraela bili su vrlo različiti. Veliki broj država izjasnio se protiv akcije kao protupravne i usmjerene na kršenje suverenosti i teritorijalne cjelovitosti Ugande. Među njima su bili Benin, Gvajana, Gvineja, Indija, Jugoslavija, Kamerun, Katar, Kenija, Kina, Kuba, Libija, Mauricijus, Mauritanija, Pakistan, Panama, Rumunjska, Somalija, Sovjetski Savez i Tanzanija. Neke su države, primjerice Švedska, držale da je akcija nezakonita, ali opravdana. Sjedinjene Države i Ujedinjena Kraljevina su podržale akciju, a to su, nešto opreznije, učinile i neke druge države, primjerice Francuska. U pravilu su afričke države bile te koje su stale uz zaštitu teritorijalnog suvereniteta jedne od država njihovog kontinenta, Ugande. No, postojanje i drugačijih stavova, prema kojima je sporna akcija, iako nezakonita, bila nužna i opravdana, dovelo je do toga da u Vijeću sigurnosti nije bilo jedinstvenog stava pa nije niti donesena rezolucija kojom bi se osudila ili opravdala intervencija Izraela.

Slična intervencija, iako s neuspješnim ishodom, dogodila se kada je skupina iranskih studenata 1979. godine napala američko veleposlanstvo u Teheranu, zatočivši diplomatsko i konzularno osoblje te nekoliko američkih državljana koji su se zatekli u blizini veleposlanstva. Incident je predstavljao vrhunac napetosti koje su u to vrijeme postojale između iranske i američke vlade, velikim dijelom uzrokovane pribojavanjem Irana američke intervencionističke politike i pomaganja bivšeg iranskog režima. Tijekom talačke krize vlasti Irana nisu poduzele ništa kako bi pokušale osloboditi taoce. Nakon dvotjednog zatočeništva, manji broj talaca je

26 O stajalištima država vidi u: Ronzitti, N.: *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1985., str. 38.

27 Vidi: Franck, Th. M.: *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2002., str. 83.

pušten, a ostali su zadržani više od godinu dana, sve do zaključenja sporazuma između Sjedinjenih Država i Irana.²⁸

Sjedinjene Države nastojale su riješiti spor obraćanjem dvama organima Ujedinjenih naroda – Vijeću sigurnosti i Međunarodnom sudu. U Vijeću sigurnosti usvojena je rezolucija kojom se od Irana zahtijevalo neodgodivo puštanje talaca, a dobre usluge pri implementaciji rezolucije trebao je pružati Glavni tajnik Ujedinjenih naroda.²⁹ Propuštanje Irana da postupi sukladno obvezama iz Rezolucije dovelo je do novog zasjedanja Vijeća sigurnosti i usvajanja rezolucije kojom se ponovo zahtijevalo puštanje talaca.³⁰ Ujedno je dogovoreno moguće novo zasjedanje na kojemu bi se odlučilo o sankcijama protiv Irana, u slučaju da odbije ispuniti svoje obveze. Usporedno s djelovanjem Vijeća sigurnosti, Sjedinjene Države tražile su od Međunarodnog suda propisivanje privremenih mjera do donošenja konačne odluke. Odluka Suda o neodgodivom puštanju talaca nije polučila željeni rezultat.³¹

Planirana inicijativa nametanja Iranu ekonomskih sankcija nije bila ostvarena zbog veta Sovjetskog Saveza u Vijeću sigurnosti pa su Sjedinjene Države započele s poduzimanjem jednostranih mjera prema Iranu, apelirajući i na druge države da učine isto. Kako uslijed prijatni Sjedinjenih Država Iranu da će upotrijebiti silu do puštanja talaca nije došlo, one su 1980. godine započele oružanu akciju spašavanja talaca vojnim zrakoplovima. Akcija je, međutim, zbog tehničkih problema prekinuta. Naglašavajući nužnost spašavanja vlastitih državljana, očuvanja američkih interesa te neutraliziranja napetosti koje je na međunarodnom planu generirala talačka kriza, Sjedinjene Države pozivale su se na pravo na samoobranu.³²

Reakcija međunarodne zajednice na izvršenu intervenciju ponovo je bila dvojaka. Države koje su tradicionalno podupirale američku politiku, u prvom redu Ujedinjena Kraljevina, i ovoga su puta podržale intervenciju, dok su s druge strane, države poput Sovjetskog Saveza, Kine i Indije akciju osudile.

Nedugo nakon iskrcavanja američke vojske u Iranu, Međunarodni sud je donio presudu. Sud se u presudi propustio očitovati o zakonitosti akcija spašavanja državljana općenito, ograničavajući se tek na okolnosti konkretnoga slučaja. Postupke iranskih studenata Sud je u cijelosti okvalificirao kao čine države, s obzirom na to da su ključna državna tijela podržavala zauzimanje veleposlanstva i zadržavanje talaca. Međutim, Sud pritom nije smatrao da se radi o odgovornosti Irana za oružani napad u smislu članka 51., već da je riječ o kršenju njegovih ugovornih obveza. Sud je smatrao da Sjedinjene Države imaju „razumljive osjećaje frustracije zbog dugotrajnog zadržavanja talaca od strane Irana“,³³ no nije propustio

28 Vidi: *The Hostage Settlement Agreements*, *International Legal Materials*, sv. 20, br. 1, 1981., str. 223.

29 Vidi: SC Res. 457 (1979).

30 Vidi: SC Res. 461 (1979).

31 Vidi: *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Provisional Measures*, Order of 15 December 1979, *ICJ Reports 1979.*, str. 2.

32 Vidi: Priopćenje za javnost Bijele kuće, citirano u: Ronzitti, op. cit., (bilj. 26), str. 44.

33 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, *ICJ Reports 1980.*, str. 18.

navesti da poduzeta akcija predstavlja nepoštivanje sudskog procesa, budući da je Sud prilikom nalaganja privremenih mjera apelirao na države u sporu da ne poduzimaju akcije koje bi mogle zaoštriti postojeću situaciju.³⁴

Navedeni slučajevi spašavanja državljana doživjeli su, unatoč kritikama koje su došle od jednog broja država i određeno razumijevanje u međunarodnoj zajednici. Činjenica da su u oba slučaja intervencije bile ograničene na spašavanje, odnosno pokušaj spašavanja državljana, kao i da države na čijem se području intervencija izvršila same nisu činile ništa kako bi došlo do oslobađanja talaca, isključila je bojazan da su države koje su intervenciju provodile imale u pozadini toga neke druge motive i ciljeve.

Drugačija je situacija bila, primjerice, kod američkih intervencija u Dominikanskoj Republici ili Panami, za koje se u velikoj mjeri smatralo da prikrivaju američku intervencionističku politiku te pokušaj očuvanja američkih interesnih sfera tijekom Hladnog rata, iako su se Sjedinjene Države pozivale, između ostalog, na argument spašavanja državljana. Kada je u Dominikanskoj Republici na vlast došla Dominikanska revolucionarna stranka, za koju su postojale sumnje da podržava komunistički režim, Sjedinjene su Države izvršile oružanu intervenciju, kojom je vraćena na vlast vojna hunta. Iako su Sjedinjene Države tvrdile da se radilo o akciji spašavanja vlastitih državljana, isključivo humanitarnog karaktera, evakuacija američkih državljana odvijala se tek u prvoj fazi intervencije. Međutim, intervencija je nastavljena i nakon toga, vođena idejom „očuvanja prava i poretka“ te „pomaganja narodu te države da slobodno odabere put političke demokracije, socijalne pravde i ekonomskog napretka“.³⁵ Američki je predsjednik Johnson čak otvoreno rekao kako „Sjedinjene Države neće tolerirati uspostavu još jedne komunističke vlade na zapadnoj hemisferi“.³⁶

Radi svrgavanja s vlasti panamske vlade na čelu s diktatorom Noriegom, američke trupe započele su oružanu intervenciju i u Panami. Sjedinjene Države pozvale su se na spašavanje vlastitih državljana, pravo na samoobranu te na potrebu očuvanja demokracije, borbu protiv krijumčarenja droge koju je podržavao Noriega, kao i na zaštitu integriteta Ugovora o Panamskom kanalu. Čini se da je i u slučaju Paname, kao i kod Dominikanske Republike, argument spašavanja državljana pao u drugi plan pred ciljem Sjedinjenih Država da utječu na promjenu režima u toj zemlji. Iako rezolucija kojom se osuđuje američka intervencija nije bila usvojena u Vijeću sigurnosti zbog veta triju stalnih članica, Sjedinjenih Država, Ujedinjene Kraljevine i Francuske, rezoluciju istog sadržaja izglasala je Opća skupština.³⁷ Neovisno o tomu jesu li podržavale režim generala Noriege, većina je država smatrala da se u konkretnom slučaju radilo o nedopuštenoj intervenciji.

34 Vidi: *supra*, bilj. 31.

35 Izjava predsjednika Johnsona, citirana u: Chesterman, S.: *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001., str. 73.

36 Weisburd, A. M.: *Use of Force: The Practice of States since World War II*, Oxford, New York, Pennsylvania State University Press, 1997., str. 221.

37 GA Res. 44/240.

Kako bi zaštitila svoje državljane, oružanu intervenciju poduzela je i Belgija šezdesetih godine prošlog stoljeća. Kada je 1960. godine došlo do pobune kongoanske vojske, a u državi došlo do nemira i kolapsa pravnog poretka, Belgija je krenula u akciju spašavanja svojih državljana koji su se našli na meti sustavnih pljački i silovanja. Budući da akcija nije bila provedena po odobrenju niti kongoanske vlade niti Ujedinjenih naroda, Kongo je optužio Belgiju za agresiju. Unatoč potpori koju su Ujedinjena Kraljevina i Francuska pružile akciji, u Vijeću sigurnosti usvojena je rezolucija kojom se tražilo od Belgije povlačenje oružanih snaga te kojom je ujedno formirana misija Ujedinjenih naroda (ONUC), namijenjena pružanju pomoći Kongu.³⁸ Opravdavanje akcije nužnošću zaštite državljana bilo je u velikoj mjeri osporavano. Prije svega, belgijska je akcija prouzročila goleme civilne žrtve pa pozivanje na humanitarne razloge te usmjerenost akcije na spašavanje života nisu bili suviše uvjerljivi.³⁹ Osim toga, postojale su indicije da je belgijska akcija kao jedinu svrhu imala potpomaganje pobunjenika u kongoanskoj pokrajini Katanga, zbog stvaranja podloge za lakši pristup bogatim nalazištima bakra.⁴⁰ Do nove intervencije Belgije u Kongu došlo je samo nekoliko godina kasnije, 1964., kada je jedna pobunjenička skupina u pokrajini Stanleyville uzela kao taoce preko tisuću civila, državljana Belgije, Sjedinjenih Država, Francuske, Indije i Pakistana te zahtijevajući ustupke od središnje vlade prijetila njihovom smrću. Nakon neuspjelih pokušaja spašavanja talaca mirnim putem, oružane snage Belgije i Sjedinjenih Država ovoga su puta uz suglasnost kongoanske vlade ušle u Kongo i izvršile uspješnu misiju spašavanja. Nakon dugotrajnih rasprava u Vijeću sigurnosti usvojena je rezolucija kojom se od svih država zahtijevalo da se suzdrže od intervencije u unutarnje stvari Konga.⁴¹ Tekst Rezolucije različito je tumačen. Sjedinjene Države smatrale su da je zabrana intervencije upućena onima koji su podupirali pobunjeničke skupine, dok su Sovjetski Savez i Čehoslovačka tvrdili da je upućena upravo dvjema državama koje su izvršile intervenciju.⁴² Operacija *Stanleyville* opravdavana je kao humanitarna intervencija, koja je uključivala i spašavanje vlastitih državljana. Podijeljenost država u prihvaćanju ovog argumenta, pri čemu su zapadnoeuropske zemlje podržale akciju, istočnoeuropske su bile protiv nje, a afričke države podijeljene, vezivala se prije svega uz sumnju u postojanje neokolonijalističkih težnji i pokušaja ostvarivanja vlastitih interesa država koje su intervenirale.⁴³

Ovi, ali i drugi slučajevi poduzimanja oružanih intervencija radi spašavanja vlastitih državljana ukazuju na vrlo neujednačenu praksu država u očitovanju

38 SC Res. 143 (1960).

39 Porast broja žrtava tijekom akcije u Kongu doveo je do usvajanja daljnjih rezolucija Vijeća sigurnosti, kojima se zahtijevalo povlačenje belgijskih trupa. Vidi: SC Res. 145 (1960); SC Res. 146 (1960).

40 Vidi: Verwey, W. D.: Humanitarian Intervention, u: Cassese, op. cit., (bilj. 6), str. 61.

41 SC Res. 199 (1964).

42 O reakcijama država na intervenciju vidi u: Chesterman, op. cit., (bilj. 35), str. 68.

43 Vidi: Weisberg, H. L.: The Congo Crisis 1964: A Case Study of Humanitarian Intervention, Virginia Journal of International Law, sv. 12, br. 2, 1971. – 1972., str. 261.

na pojedine slučajeve takvih intervencija. U pravilu su Sjedinjene Države, koje su same najčešće i poduzimale akcije spašavanja te njihovi saveznici Ujedinjena Kraljevina i Francuska bili pobornici takvih intervencija. Veliki broj drugih država protivio se njihovu provođenju, iako je to protivljenje u velikoj mjeri bilo rezultat protupravnosti konkretnih akcija, a ne ocjene takvih akcija kao općenito protupravnih. O oružanim intervencijama radi spašavanja državljana kao načelu države se nisu izjašnjavale. No iz postojeće prakse država vidljivo je da ne postoji jasna, jednoobrazna i kontinuirana praksa te potrebna pravna svijest država (*opinio iuris*) temeljem kojih bi se moglo zaključiti o postojanju običajnog prava na provođenje takvih intervencija.

Iz prakse država vidljivo je da najčešće isticani pravni temelj na kojega su se države pri poduzimanju takvih akcija pozivale, samoobrana, ne može poslužiti kao valjana osnova za upotrebu sile, zbog odsustva temeljnog preduvjeta za poduzimanje samoobrane, a to je postojanje oružanog napada. Ranije je rečeno da se napad na nečije državljanke ne bi mogao smatrati „oružanim napadom“ u smislu članka 51. Povelje. Ako bi to i bio slučaj, državljanke se mogu naći u opasnosti i u drugim okolnostima, a ne samo kada su meta oružanog napada. Budući da samoobrana predstavlja jedinu Poveljom dopuštenu iznimku od jednostrane upotrebe sile, preostaje ispitati bi li spašavanje državljana moglo odgovarati opisu stanja nužde, koje bi isključivalo protupravnost inače nedopuštenog čina.

5. DOKTRINA STANJA NUŽDE

Stanje nužde vrlo je stari koncept, koji se još u davnoj prošlosti vezivao uz ideju samoodržanja. U situacijama u kojima je postojala stvarna i neposredna ugroženost ljudskih života ili njihove imovine, smatralo se da se radi njihova očuvanja mogu poduzeti mjere koje su *per se* protupravne, no kojima se u danim okolnostima, budući da predstavljaju jedini način zaštite ugroženih interesa, odriče protupravnost. No, od same pojave ideje djelovanja u nuždi javila se bojazan oko ispravnosti procjenjivanja čijim interesima ili pravima u konkretnim okolnostima treba dati prednost – one države koja tvrdi da djelovanjem u nuždi spašava sam svoj opstanak ili one koja razložno očekuje poštivanje svojih prava. Upravo je bojazan od zloupotrebe stanja nužde činila ovaj koncept vrlo spornim.

Značajan korak u postavljanju parametara za procjenu postojanja stanja nužde učinjen je 70-ih godina 20. stoljeća, kada je posebni izvjestitelj Komisije za međunarodno pravo, Roberto Ago, predstavio studiju kojom je u jednoj mjeri razjašnjeno značenje stanja nužde. Odrednice nužde koje je Ago tada postavio uvrštene su kasnije u Nacrt članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, u kojemu se nužda navodi kao jedna od okolnosti koje isključuju protupravnost.⁴⁴ Nacrt članaka predstavlja kodifikaciju običajnog prava o stanju

⁴⁴ Tekst Nacrta članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine vidi: *supra*, bilj. 19.

nužde, što je potvrdio i Međunarodni sud u predmetu *Gabčíkovo – Nagymaros Project*.⁴⁵ Time je Sud afirmirao značaj instituta stanja nužde u suvremenom međunarodnom pravu i negirao shvaćanja određenih pravnih autora o njegovoj zastarjelosti.⁴⁶

Članak 25. Nacrta članaka kaže da nužda označava „iznimne slučajeve u kojima je jedini način da država sačuva bitne interese od teške i neposredne opasnosti povreda neke druge međunarodne obveze manje važnosti ili hitnosti“.⁴⁷ U takvim se slučajevima država može osloboditi odgovornosti za povredu neke obveze, no samo ako su, kako dalje navodi članak 25., ispunjeni sljedeći uvjeti: država svojim činom ne smije ozbiljno ugroziti bitne interese druge države ili država u odnosu na koje ima tu obvezu, ili interesa međunarodne zajednice kao cjeline; međunarodna obveza u pitanju ne smije isključivati mogućnost pozivanja na stanje nužde; država koja se poziva na stanje nužde ne smije sama doprinijeti nastanku toga stanja.

Bitna je odrednica stanja nužde da se ne radi o pravu, već o činjeničnoj okolnosti koja opravdava postupanje koje bi u odsustvu te okolnosti bilo protupravno.⁴⁸ Dakle, *nepostojanje prava* na postupanje koje se u nekoj prilici smatra nužnim za otklanjanje veće štete temelj je za pozivanje na nuždu kao okolnost koja isključuje protupravnost. Utoliko se djelovanje u nuždi razlikuje od djelovanja u samoobrani, budući da samoobrana jest pravo svake države. Osim toga, poduzimajući samoobranu država reagira na kršenje prava od strane države od koje se brani, dok djelujući u nuždi država može kršiti prava i države koja sama nije prethodno počinila neki međunarodno protupravni čin.

Iako se samoobrana, kako smo naveli, ne bi mogla isticati kao pravni temelj akcija spašavanja državljana, činjenica je da se države ipak u pravilu pozivaju upravo na nju, a ne na stanje nužde. Zašto je tomu tako? Razlog je jednostavan, iako odražava površnost država u pravnoj argumentaciji svojih čina, a možda čak i namjernu zloupotrebu prava na samoobranu. S jedne strane postoji, dakle, inherentno pravo svake države na samoobranu, potvrđeno Poveljom, dok je s druge vrlo oskudno razrađen i sporan koncept stanja nužde.⁴⁹ Ne čudi stoga što su države sklonije pozivati se na samoobranu.

Iako je Komisija za međunarodno pravo u svom Nacrtu članaka donekle razradila stanje nužde, doktrina nužde i dalje je ostala vrlo apstraktna.

45 Case Concerning the Gabčíkovo – Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), ICJ Reports 1997., str. 41.

46 Tako, primjerice, Brownlie stanje nužde smatra „reliktom prošlih stoljeća“. Vidi: Brownlie, op. cit., (bilj. 16), str. 42 *et seq*; Higgins, R.: *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, New York, Toronto, Oxford University Press, 1963., str. 218.

47 Tekst Nacrta članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine vidi: *supra*, bilj. 19.

48 Vidi: International Law Commission, 32nd Report, Commentary, Yearbook of the International Law Commission, sv. 1, 1980., str. 154.

49 Vidi tekst uz bilj. 58 – 60.

Krenimo od nejasnosti „bitnih interesa“ (*essential interests*) koji moraju biti ugroženi da bi država, radi njihova očuvanja, mogla postupiti suprotno nekoj svojoj međunarodnopravnoj obvezi i biti oslobođena odgovornosti za takvo postupanje. Komisija za međunarodno pravo propustila je odrediti što bi sve ulazilo u krug bitnih interesa, iako je naglasila da ih ne bi trebalo ograničiti na one koji utječu na samo postojanje neke države.⁵⁰ Nešto detaljnija bila je studija Roberta Aga, u kojoj su kao primjeri takvih interesa navedeni „politički ili ekonomski opstanak, trajno funkcioniranje temeljnih državnih službi, održanje unutardržavnog mira, opstanak građana odnosno države te očuvanje prirodnog okoliša na njenom teritoriju“.⁵¹ Općenitost „bitnih interesa“ istovremeno predstavlja poteškoću jer ostavlja nejasnim koje se sve interese u nuždi može štiti, a samim time i otvara prostor mogućim zloupotrebama, ali s druge strane i omogućava potrebnu fleksibilnost procjenjivanja od slučaja do slučaja je li neki interes u određenom trenutku bitan za državu.

Značenje „bitnih interesa“ bilo je sporno u još jednom bitnom aspektu – moraju li se takvi interesi odnositi baš na državu koja se poziva na stanje nužde ili je moguće da oni uključuju širi krug interesa, odnosno interese i drugih država, koji mogu, ali i ne moraju utjecati na državu koja poduzima mjere u nuždi. Ovo pitanje postaje aktualno u slučajevima kao što je onaj kada se Belgija pred Međunarodnim sudom pozivala na stanje nužde opravdavajući time intervenciju NATO-a u Jugoslaviji 1999. godine. Iako je izgledno da će država koja djeluje u nuždi u praksi štiti u prvom redu svoje vlastite interese, čini se ispravnim smatrati da bi ona jednako tako mogla poduzimati čine i radi zaštite interesa neke druge države, time štiteći i međunarodnopravni poredak u cjelini. Tomu ide u prilog i činjenica da je izvorni tekst Nacrta članaka iz 1980. godine specificirao da se mora raditi o „bitnom interesu države“, da bi Nacrt članaka iz 2001. godine spominjao samo „bitne interese“, izostavljajući frazu „*of the State*“.⁵²

Nije, nadalje, detaljnije objašnjeno niti značenje „teške i neposredne opasnosti“ u kojoj se država mora naći prije no što poduzme korake za spašavanje nekih bitnih interesa. Komentar Nacrta članaka kaže, ponovo vrlo općenito, da se mora raditi o izuzetno teškoj opasnosti, koja u danom trenutku predstavlja prijetnju nekom državnom interesu.⁵³ Jednako apstraktan i kratak osvrt na tumačenje navedene fraze

50 International Law Commission Report to General Assembly, Yearbook of the International Law Commission, sv. 2, br. 2, 1980., str. 49.

51 Ago, R.: Addendum to the Eight Report on State Responsibility, Yearbook of the International Law Commission, sv. 2, br. 1, 1980., para. 7. Očuvanje prirodnog okoliša kao bitan interes države potvrdio je i Međunarodni sud u predmetu *Gabčikovo – Nagymaros Project*. Vidi: ICJ Reports 1997., (bilj. 45), str. 92.

52 U komentaru članka 25. Nacrta članaka Komisija za međunarodno pravo naznačila je da je riječ o opasnosti za odnosnu državu ili za čitavu međunarodnu zajednicu: „...*necessity consists not in danger to the lives of individuals in the charge of a state official but in a grave danger either to the essential interests of the state or of the international community as a whole*“. Postojanje obveza prema čitavoj međunarodnoj zajednici potvrdio je Međunarodni sud u sporu *Barcelona Traction*. Vidi: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase) (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970., str. 3, 32.

53 Vidi: *supra*, bilj. 48, para. 33.

dao je Međunarodni sud u spomenutom predmetu *Gabčíkovo – Nagymaros Project*, naznačivši da „neposrednost“ događaja daleko premašuje koncept „vjerojatnosti“, a „opasnost“ više odgovara „riziku“ nego samoj „materijalnoj šteti“. ⁵⁴

Stanje nužde označava iznimne situacije u kojima država ni na koji drugi način nije mogla zaštititi ugrožene bitne interese. Počinjenje protupravnog čina mora stoga biti „jedini način“ zaštite tih interesa. Komisija za međunarodno pravo naglasila je da ekonomski učinak mjera koje se poduzimaju nema važnost prilikom procjene dopustivosti djelovanja u nuždi. To znači da bi postojanje bilo kojeg drugog načina, pa čak i onog skupljeg, isključivalo opravdanost pozivanja na stanje nužde. ⁵⁵ Kriterij „jedinog načina“ potvrdio je i Međunarodni sud u predmetu *Gabčíkovo – Nagymaros Project*, utvrdivši da je Mađarska, koja se pozivala na stanje nužde, imala na raspolaganju i druga sredstva, sukladna međunarodnom pravu, za zaštitu svojih interesa. ⁵⁶

Opravdanost djelovanja u nuždi uvjetovana je većom važnošću interesa kojega se spornim djelovanjem nastoji zaštititi od onog interesa kojega se pritom žrtvuje. Odmjeravanje važnosti suprotstavljenih interesa može katkada biti vrlo težak zadatak. Ne postoje neki objektivni pokazatelji za vršenje takve procjene, već je ona prepuštena samim državama. Zato je potrebno da važnost interesa kojega se štiti prepozna ne samo država koja poduzima akciju u nuždi, nego i čitava međunarodna zajednica. ⁵⁷ Upravo je takva objektivna ocjena postojanja „prvenstva“ jednog interesa nad drugim ključna za poimanje akcije poduzete u nuždi kao opravdane i zaista nužne, a ne tek kao sredstva ostvarenja nekih drugih interesa države koja ju poduzima.

Uvrštavanje koncepta stanja nužde u Nacrt članaka Komisije za međunarodno pravo s jedne je strane potvrdilo njegovu aktualnost u suvremenom međunarodnom pravu, no istodobno je otvorilo i neka nova pitanja. Naime, članak 26. Nacrta članaka propisuje da se država ne može pozvati na stanje nužde i biti oslobođena odgovornosti za kršenje neke svoje međunarodnopravne obveze ako je njeno postupanje protivno imperativnoj normi međunarodnog prava. ⁵⁸ Ovakav zaključak Komisije uvelike dovodi u pitanje mogućnost pozivanja na stanje nužde u slučajevima upotrebe sile, uključujući i one poduzete radi spašavanja državljana. U međunarodnopravnoj znanosti i sudskoj praksi danas je gotovo beziznimno prihvaćeno stajalište prema kojemu zabrana upotrebe sile predstavlja *ius cogens* normu. Tako, primjerice, Komentar Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora Komisije za međunarodno pravo navodi da je zabrana upotrebe sile iz Povelje „istaknuti primjer *ius cogens* norme“. ⁵⁹ Kogentni karakter zabrane upotrebe

54 ICJ Reports 1997., (bilj. 45), str. 41 – 45.

55 Vidi: *supra*, bilj. 48.

56 ICJ Reports 1997., (bilj. 45), str. 43.

57 Vidi: *supra*, bilj. 48.

58 Tako, primjerice, nije dopušteno vršenje agresije da bi se suzbila agresija, vršenje genocida da bi se odgovorilo na genocid ili provođenje torture da bi se odgovorilo na torturu.

59 Draft Articles on the Law of the Treaties, Report of the International Law Commission, 18th Session, Yearbook of the International Law Commission, sv. 2, 1966., str. 172, 173, 248 – 249, 261.

sile potvrdio je i Međunarodni sud u predmetu o vojnim i paravojnim aktivnostima u i protiv Nikaragve. Sud se u svojoj presudi pozvao na stajalište Komisije za međunarodno pravo o *ius cogens* prirodi zabrane sile, a isto mišljenje iznijeli su suci Singh i Sette-Camara u svojim odvojenim mišljenjima.⁶⁰

Ipak, kada se govori o zabrani upotrebe sile, misli se isključivo na protupravnu silu. Tako sila upotrijebljena u samoobrani, rekli smo, nije zabranjena. U tom je smislu i Roberto Ago u svojoj ranije spomenutoj studiji naveo da određene djelatnosti pojedinih država na teritoriju drugih država „iako katkad mogu biti prisilne naravi služe samo za postizanje ograničenih ciljeva, koji nemaju veze s ciljevima karakterističnima za istinski čin agresije“. Kao primjer su navedene sljedeće aktivnosti koje uključuju silu, ali se ne smatraju agresijom: upadi na strani teritorij s ciljem zaustavljanja štetnih operacija oružane skupine koja se spremala napasti teritorij države koja je izvršila napad; progon naoružane skupine kriminalaca koja je prešla granicu i koja možda ima bazu na tom stranom teritoriju; zaštita života državljana ili drugih osoba koje su napale ili zadržale neprijateljske snage ili skupine koje nisu pod vlašću ili nadzorom države te uklanjanje ili neutraliziranje izvora problema koji bi se mogli dogoditi ili proširiti preko granice.⁶¹

6. ZAKLJUČAK

Postojanje pravnog temelja za poduzimanje oružanih intervencija radi spašavanja vlastitih državljana, ili odsustvo takvoga pravnog temelja, može se promatrati s dva aspekta: prvo, s aspekta utvrđivanja jesu li takve intervencije protivne Povelji ili u skladu s Poveljom i drugo, neovisno o uređenju upotrebe sile u Povelji, predstavljaju li one dio običajnog prava.

Ako Povelja zabranjuje upotrebu sile, na koji bi se način oružana intervencija mogla dovesti u sklad s navedenom zabranom? S jedne strane, Povelja proklamira poticanje zaštite ljudskih prava pa takvu zaštitu i navodi kao jedan od osnovnih ciljeva Ujedinjenih naroda. Ipak, poimanje oružanih intervencija kao modusa ostvarivanja zaštite ljudskih prava ne čini se opravdanim. Prije svega, ljudska prava mogu se štititi na razne druge načine koji ne uključuju silu. No, ako bi u nekoj situaciji i trebalo dati prednost jednoj od vrijednosti promicanih Poveljom, zabrana upotrebe sile imala bi prevagu. U pravilu postoji konsenzus da zabrana sile predstavlja temelj Povelje i vrhunsku vrijednost promicanu u njoj, što se i u formalnom smislu očituje spominjanjem zabrane upotrebe sile kao prvog, u odnosu na zaštitu ljudskih prava kao trećeg navedenoga cilja Ujedinjenih naroda.

Promatra li se spašavanje državljana kao ostvarivanje prava na samoobranu, vidljivo je da takva teorija ne može biti prihvaćena iz dva razloga: napad na državljane koji se nalaze na stranom teritoriju ne smatra se „oružanim napadom“ iz

60 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986., str. 99.

61 Ago, op. cit., (bilj. 51), str. 39.

članka 51. Povelje, a osim toga, opasnost u kojoj se državljani u pojedinoj situaciji nalaze ne mora nužno biti uvjetovana počinjenjem oružanog napada protiv njih.

Vrlo je čest argument u praksi država da oružane intervencije s ciljem spašavanja državljana predstavljaju dio korpusa običajnog prava. Taj je argument nužno ispitati, budući da, kako je Međunarodni sud u navedenoj presudi o Nikaragvi rekao, „Povelja ne pokriva čitavu materiju upotrebe sile u međunarodnim odnosima“⁶² pa se ona pitanja koja nisu pokrivena Poveljom mogu promatrati s aspekta običajnog prava. Analiza prakse država u poduzimanju misija spašavanja državljana pokazuje odsustvo dvaju ključnih elemenata za postojanje običajnog prava: praksa, s jedne strane, nije opća i jednoobrazna, a provodi ju tek uski krug, u pravilu moćnih država, dok se odsustvo pravne svijesti, kao subjektivnog elementa, očituje u mahom kritičkim reakcijama velikog broja država na oružane akcije spašavanja državljana.

Isključimo li u situacijama ugroženosti državljana na području strane države mogućnost poduzimanja samoobrane, kao jedine Poveljom predviđene iznimke od zabrane jednostrane upotrebe sile, i utvrdimo li nepostojanje običajnog prava o dopustivosti takvih akcija, možemo se razložno zapitati ne stavlja li poštivanje međunarodnog prava države u situaciju u kojoj im se osporava opravdano ostvarenje za njih bitnih interesa. U tom smislu čini se da bi pozivanje na stanje nužde, ne kao na pravo, već kao okolnost koja isključuje protupravnost čina, moglo poslužiti kao valjano opravdanje takvog tipa oružanih akcija. Kao što je i inače slučaj kod stanja nužde, tako i u slučaju oružanih intervencija radi spašavanja državljana, opravdanost akcija koje se u nuždi poduzimaju valja procjenjivati u svakom pojedinom slučaju, kako bi se utvrdilo jesu li ispunjeni zahtjevi za djelovanje u nuždi koje predviđa Nacrt članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, primjerice radi li se u tom slučaju zaista o „jedinom načinu“ postizanja opravdanog cilja, odnosno zaštite „bitnih interesa“. Zadržavajući u jednoj mjeri oprez pri pozivanju na nuždu u kontekstu upotrebe sile, a u svjetlu članka 26. Nacrta članaka, no uvažavajući i argumente koji ovaj institut čak i u ovakvim situacijama čine aktualnim i primjenjivim, držimo da bi njegovo prihvaćanje u opravdanim slučajevima spašavanja državljana oružanim putem bilo bolja opcija od ostavljanja država bez rješenja. Rezultat eventualnog „priznanja“ nepostojanja pravnog temelja poduzimanja takvih akcija u pravilu neće odvratiti države od poduzimanja akcije, već će dovesti do toga da se one neutemeljeno pozivaju na samoobranu, doprinoseći time vrlo opasnom trendu pokušaja ekstenziviranja toga prava.

62 ICJ Reports 1986., (bilj. 60), str. 94.

Summary

THE PERMISSIBILITY OF ARMED INTERVENTIONS FOR THE PROTECTION OF NATIONALS ABROAD

Article 2 (4) of the United Nations Charter prohibits the use and threat of force which are directed against the territorial sovereignty and political independence of any state, or which are in any other way inconsistent with the Purposes of the United Nations. With respect to such legal regulation, the question of the legality of armed interventions undertaken on the territory of another sovereign state in order to rescue nationals who find themselves in danger arises. This paper analyzes whether such actions may be regarded as self-defence, as the only exception to the prohibition of the unilateral use of force provided by the Charter, as well as whether a basis for undertaking such actions exists in customary international law. Furthermore, the author examines whether the state of necessity, not as a right, but rather as a circumstance precluding wrongfulness of a certain act, may justify undertaking of such a type of armed interventions.

Key words: armed intervention, prohibition of the use of force, self-defence, state of necessity.

Zusammenfassung

ZULASSUNG DER BEWAFFNETEN INTERVENTIONEN WEGEN RETTUNG EIGENER STAATSANGEHÖRIGEN IM AUSLAND

Artikel 2(4) der Satzung der Vereinten Nationen verbietet die Gewaltanwendung und –androhung, welche gegen territoriale Integrität und politische Unabhängigkeit jedes Staates gerichtet sind oder auf irgendwelche Art und Weise mit Zielen der Vereinten Nationen unvereinbar sind. Bezüglich solcher Rechtsregelung stellt sich die Frage der Gesetzlichkeit von auf dem Gebiet des anderen souveränen Staates unternommenen bewaffneten Interventionen mit dem Ziel der Rettung von der auf diesem Gebiet in Gefahr geratenen eigenen Staatsangehörigen. Die Arbeit analysiert die Fragen, ob solche Aktionen als die einzige von der Satzung vorgesehene Ausnahme vom Verbot der einseitigen Gewaltanwendung in die Selbstverteidigung eingeordnet werden können, und, ob die Grundlage für solche Aktionen im internationalen Gewohnheitsrecht besteht. Letztendlich wird die Frage analysiert, ob der Notstand, nicht als Recht sondern als ein Umstand, der die Rechtswidrigkeit einer Tat ausschließt, diese Art von bewaffneten Interventionen rechtfertigen kann.

Schlüsselwörter: bewaffnete Intervention, Verbot der Gewaltanwendung, Selbstverteidigung, Notstand.

Riassunto

AMMISSIBILITA' DI INTERVENTI ARMATI PER IL SALVATAGGIO DI PROPRI CITTADINI ALL'ESTERO

Ai sensi dell'art. 2(4) dello Statuto delle Nazioni Unite è vietato l'uso della forza e la minaccia di fare uso della forza che siano rivolti contro l'integrità territoriale o contro l'indipendenza politica di qualsiasi Stato o, comunque, in qualsiasi modo incompatibili con gli scopi delle Nazioni Unite. Stante una siffatta regolamentazione giuridica, si pone l'interrogativo circa la legalità degli interventi armati intrapresi sul territorio di un altro Stato indipendente e sovrano per salvare dei concittadini che ivi si trovassero in stato di pericolo. Nel contributo si pone la questione se tali azioni possano essere ricondotte all'autodifesa, quale unica eccezione prevista dallo Statuto al divieto dell'uso unilaterale della forza e se sussista il fondamento per intraprenderle in base al diritto internazionale consuetudinario. Infine, si esamina se lo stato di necessità, non quale diritto, ma quale circostanza che esclude l'antigiuridicità di un'azione posta in essere, possa giustificare tale genere di interventi armati.

Parole chiave: *intervento armato, divieto di uso della forza, autodifesa, stato di necessità.*

POJAM I PRAVNE POSLJEDICE ZAKAŠNJENJA S PLAĆANJEM U TRGOVAČKIM UGOVORIMA U PRAVU EUROPSKE UNIJE

Ivan Tot, mag. iur., univ. spec. oec., asistent
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.74::061.1EU
Ur.: 4. listopada 2012.
Pr.: 23. listopada 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Predmetom rada su pojam zakašnjenja s plaćanjem izložen u Direktivi 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima te pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem predviđene odredbama direktive. Jedan cilj rada je pojmovnom analizom te gramatičkim, sustavnim i teleološkim tumačenjem utvrditi značenje pojedinih odredbi direktive. Drugi cilj rada je ocijeniti u kojoj se mjeri može ostvariti operativni cilj direktive: pružanje vjerovnicima instrumenata koji će im omogućiti da potpuno i učinkovito ostvare svoja prava u slučajevima zakašnjenja s plaćanjem. Analizom pojma zakašnjenja s plaćanjem izloženog u Direktivi 2011/7/EU, utvrđuje se da direktiva predviđa subjektivni koncept zakašnjenja dužnika s plaćanjem. Raspravlja se o razlikama subjektivnog i objektivnog koncepta zakašnjenja dužnika s plaćanjem te se izvodi zaključak da je objektivni koncept prihvatljiviji i povoljniji za vjerovnike novčanih obveza. U svjetlu teorijskih prijedora o funkciji zateznih kamata, razmatra se funkcija koju zatezne kamate, kao pravna posljedica zakašnjenja s plaćanjem, imaju u kontekstu odredaba direktive. Kako je direktivom uvedena i posebna naknada za troškove prouzrokovane vjerovniku dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem, raspravlja se i o funkciji te posebne naknade. Kao praktično pitanje, utvrđuju se nedostaci uređenja zakašnjenja s plaćanjem predviđenog Direktivom 2011/7/EU, te iznose prijedlozi za učinkovitija rješenja de lege ferenda.

Ključne riječi: zakašnjenje dužnika, zatezne kamate, posebna naknada za troškove prouzrokovane zakašnjenjem, Direktiva 2000/35/EZ, Direktiva 2011/7/EU.

POJAM I PRAVNE POSLJEDICE ZAKAŠNJENJA S PLAĆANJEM U TRGOVAČKIM UGOVORIMA U PRAVU EUROPSKE UNIJE

Ivan Tot, mag. iur., univ. spec. oec., asistent
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.74::061.1EU
Ur.: 4. listopada 2012.
Pr.: 23. listopada 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Predmetom rada su pojam zakašnjenja s plaćanjem izložen u Direktivi 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima te pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem predviđene odredbama direktive. Jedan cilj rada je pojmovnom analizom te gramatičkim, sustavnim i teleološkim tumačenjem utvrditi značenje pojedinih odredbi direktive. Drugi cilj rada je ocijeniti u kojoj se mjeri može ostvariti operativni cilj direktive: pružanje vjerovnicima instrumenata koji će im omogućiti da potpuno i učinkovito ostvare svoja prava u slučajevima zakašnjenja s plaćanjem. Analizom pojma zakašnjenja s plaćanjem izloženog u Direktivi 2011/7/EU, utvrđuje se da direktiva predviđa subjektivni koncept zakašnjenja dužnika s plaćanjem. Raspravlja se o razlikama subjektivnog i objektivnog koncepta zakašnjenja dužnika s plaćanjem te se izvodi zaključak da je objektivni koncept prihvatljiviji i povoljniji za vjerovnike novčanih obveza. U svjetlu teorijskih prijedora o funkciji zateznih kamata, razmatra se funkcija koju zatezne kamate, kao pravna posljedica zakašnjenja s plaćanjem, imaju u kontekstu odredaba direktive. Kako je direktivom uvedena i posebna naknada za troškove prouzrokovane vjerovniku dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem, raspravlja se i o funkciji te posebne naknade. Kao praktično pitanje, utvrđuju se nedostaci uređenja zakašnjenja s plaćanjem predviđenog Direktivom 2011/7/EU, te iznose prijedlozi za učinkovitija rješenja de lege ferenda.

Ključne riječi: zakašnjenje dužnika, zatezne kamate, posebna naknada za troškove prouzrokovane zakašnjenjem, Direktiva 2000/35/EZ, Direktiva 2011/7/EU.

1. UVOD

Praksa dugih razdoblja zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima prepoznata je na razini Europske unije kao problem koji ima negativne učinke ne samo za vjerovnike novčanih obveza, već i za pravilno funkcioniranje zajedničkog europskog unutarnjeg tržišta. S obzirom na to da prvi pravno obvezatni izvor usvojen s ciljem suprotstavljanja ovome problemu u Europskoj uniji, odnosno Direktiva 2000/35/EZ,¹ nije u cijelosti ostvario namjeravane učinke, u veljači 2011. godine usvojena je Direktiva 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima.² Novom direktivom obvezuju se države članice Europske unije propisati u nacionalnom pravu zakonske rokove plaćanja u trgovačkim ugovorima koji se imaju primijeniti u slučaju da ugovorne strane nisu ugovorom odredile rok plaćanja, ali se postavljaju i granice slobodi ugovaranja u pogledu rokova plaćanja. Direktivom se očekuje od država članica da kao pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem predvide pravo vjerovnika na zatezne kamate, na posebnu naknadu za troškove prouzrokovane zakašnjenjem te na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih vjerovniku zakašnjenjem dužnika. Također, nalaže se državama članicama poduzeti odgovarajuće mjere suzbijanja zakašnjenja s plaćanjem, kao što su sprječavanje zlouporabe slobode ugovaranja na štetu vjerovnika, priznanje pravnih učinaka ugovorenog pridržaja prava vlasništva, osiguranje učinkovitih postupaka naplate nespornih tražbina, kao i niz mjera usmjerenih na osiguranje transparentnosti i podizanje svijesti među poduzetnicima o njihovim pravima u slučaju zakašnjenja s plaćanjem te na promicanje dobrih poslovnih praksi s ciljem stvaranja kulture pravovremenog plaćanja.

Predmetom ovog rada su pojam zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima izložen u Direktivi 2011/7/EU te pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem predviđene odredbama direktive. Jedan od ciljeva rada je pojmovnom analizom te gramatičkim, sustavnim i teleološkim tumačenjem utvrditi značenje pojedinih odredbi predviđenih direktivom. Drugi cilj rada je ocijeniti u kojoj se mjeri predviđenim pravnim posljedicama zakašnjenja s plaćanjem može ostvariti operativni cilj direktive, a taj je pružanje vjerovnicima instrumenata koji će im omogućiti da potpuno i učinkovito ostvare svoja prava u slučajevima zakašnjenja s plaćanjem.

1 Direktiva 2000/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. lipnja 2000. godine o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions*), OJ L 200, 8.8.2000. (dalje u tekstu: Direktiva 2000/35/EZ).

2 Direktiva 2011/7/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 2011. godine o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions*), OJ L 48, 23.2.2011. (dalje u tekstu: Direktiva 2011/7/EU). Direktiva 2011/7/EU usvojena je i upućena državama članicama Europske unije 16. veljače 2011. godine, a stupila je na snagu 15. ožujka 2011. godine. Države članice Europske unije obvezne su ju pretvoriti u odredbe nacionalnog prava najkasnije do 16. ožujka 2013. godine.

Predmetom rada nisu odredbe Direktive 2011/7/EU o rokovima plaćanja u trgovačkim ugovorima te o specifičnim mjerama suzbijanja zakašnjenja s plaćanjem predviđenim direktivom. Također, cilj rada nije ocijeniti implementaciju odredaba direktive u nacionalna prava država članica Europske unije, niti njezino transponiranje u odredbe hrvatskoga prava, stoga se hrvatskim i poredbenim propisima ovaj rad bavi uzgredno u manjoj mjeri.

Budući da Direktiva 2011/7/EU predstavlja preinaku ranije Direktive 2000/35/EZ, u radu se identificiraju i opisuju sličnosti i razlike ovih pravnih izvora u pogledu pojma i pravnih posljedica zakašnjenja dužnika s plaćanjem. Gdje je prikladno, poredba se čini i s odgovarajućim rješenjima Bečke konvencije o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe³, prijedloga uredbe Europske unije o Zajedničkom europskom pravu kupoprodaje,⁴ akademskog teksta poznatog pod nazivom Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo,⁵ te Studije izvedivosti budućeg instrumenta europskog ugovornog prava stručne skupine Europske komisije za europsko ugovorno pravo.⁶ Posebno se u radu analiziraju i pojedine presude Europskog suda u kojima su dana tumačenja odredbi ranije Direktive 2000/35/EZ, a za koja se ocjenjuje da su imala izniman utjecaj na sadržaj odredbi nove Direktive 2011/7/EU.

U domaćoj pravnoj literaturi do sada je objavljen jedan rad isključivo posvećen odredbama Direktive 2011/7/EU,⁷ te nekoliko radova koji za predmet imaju analizu novijih hrvatskih propisa uz poredbu domaćih rješenja sa zahtjevima direktive.⁸

3 Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) usvojena je u Beču 11. travnja 1980. godine, a stupila je na snagu 1. siječnja 1988. godine (dalje u tekstu: Bečka konvencija). Tekst Bečke konvencije u prijevodu na hrvatski jezik otisnut je u: Goldštajn, A., *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno*, Zagreb, Narodne novine, 1991., str. 494. – 515.

4 Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o Zajedničkom europskom pravu kupoprodaje (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*), COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD), <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011PC0635:en:NOT>>, 27. rujna 2012. Za ovaj pravni izvor prema engleskom nazivu uobičajila se u literaturi kratica CESL koja se koristi i u daljnjem tekstu rada.

5 *Draft Common Frame of Reference for a European Private Law*; u daljnjem tekstu rabi se uvriježena kratica: DCFR. Cjeloviti tekst DCFR-a objavljen je u: Bar, C. von, Clive, E. i Schulte-Nölke, H. (ur.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference - Outline Edition*, München, Sellier, 2009.

6 *Commission Expert Group on European Contract Law Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*; u daljnjem tekstu rabi se uvriježena kratica: ECL (EG). Cjeloviti tekst studije objavljen je u: Schulze, R. i Stuyck, J. (ur.), *Towards a European Contract Law*, München, Sellier, 2011., str. 217. – 279.

7 Direktivu 2011/7/EU cjelovito u stručnome članku obrađuje: Maurović, L.J., Koliki napredak u sprečavanju zakašnjelog plaćanja u trgovačkim transakcijama donosi nova Smjernica 2011/7/EU?, *Hrvatska pravna revija*, br. 11/2011.

8 Odredbe Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obveza (NN br. 125/11., dalje u tekstu: ZRINO), kojim je Direktiva 2011/7/EU djelomično implementirana u hrvatsko pravo, cjelovito su obrađene uz komparaciju s odredbama direktive u radovima: Giunio, M. A.,

Stoga se ovaj rad više oslanja na pojedine radove stranih autora koji, mada pisani u kontekstu odredaba ranije Direktive 2000/35/EC,⁹ sadrže zaključke koji vrijede i u kontekstu odredaba nove Direktive 2011/7/EU.

Nakon uvoda, u drugome poglavlju rada analizira se pojam zakašnjenja s plaćanjem prema Direktivi 2011/7/EU. Treće poglavlje posvećeno je pravnim posljedicama zakašnjenja s plaćanjem. U zaključku se sažeto daju rezultati provedenog istraživanja.

2. POJAM ZAKAŠNJENJA S PLAĆANJEM

Izraz *late payment* koji rabi Direktiva 2011/7/EU u svojoj inačici na engleskom jeziku mogao bi se doslovno prevesti pojmom „zakašnjelo plaćanje“. Takav prijevod upućivao bi na zaključak da se direktiva primjenjuje samo na situacije kada je dužnik svoju novčanu obvezu ispunio, ali sa zakašnjenjem, odnosno nakon protoka roka ispunjenja novčane obveze ili nakon dana određenog za ispunjenje novčane

Rokovi ispunjenja novčanih obveza u poduzetničkim ugovorima – EU direktive i hrvatski zakon (u: Barbić, J. i Giunio, M. A. (ur.), Zbornik 50. jubilarnog susreta pravnika Opatija 2012., Zagreb, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, 2012., str. 159. – 206.); Giunio, M. A., Rokovi plaćanja kod poduzetničkih ugovora i dužnički zatvor, Hrvatska pravna revija, br. 6/2012. O razlozima donošenja i polju primjene ZRINO-a uz poredbu sa zahtjevima direktive objavljen je rad: Šafranko, Z., Kritički osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo, Pravo u gospodarstvu, vol. 51, sv. 2/2012. Implementacijom u hrvatsko pravo onih odredaba Direktive 2011/7/EU koje uređuju zatezne kamate bavi se rad: Tot, I., Zatezne kamate između slobodnih zanimanja, Pravo u gospodarstvu, vol. 51, sv. 3/2012. Poredbom odredaba ZRINO-a s odredbama Direktive 2011/7/EU koje govore o nepoštenim ugovornim odredbama i praksama bavi se znanstveni rad izložen na znanstvenoj konferenciji „Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba“ održanoj 24. veljače 2012. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci: Petrović, S. i Tepeš, N., Nepoštene ugovorne odredbe u trgovačkim ugovorima (zbornik radova s konferencije je u postupku objavljivanja).

ZRINO je stavljen izvan snage odredbom čl. 92. Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN br. 108/12., dalje u tekstu: ZFPPN) koji je stupio na snagu 1. listopada 2012. Odredbe Zakona o obveznim odnosima (NN br. 35/05., 41/08. i 125/11., dalje u tekstu: ZOO) o zateznoj kamata kojima su u hrvatsko pravo transponirane odgovarajuće odredbe Direktive 2000/35/EZ potrebno je tumačiti u skladu s odgovarajućim odredbama Direktive 2011/7/EU kojom je ranija direktiva preinačena.

- 9 Na sveobuhvatan način odredbe Direktive 2000/35/EZ znanstveno su obradili: Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., *The Late Payment Directive – a step towards an emerging European Private Law?*, *European Review of Private Law*, vol. 11, br. 4/2003, te: Zaccaria, A., (EC) Directive 2000/35 on Combating Late Payments in Commercial Transactions, *The European Legal Forum (E)*, vol. 5, br. 6/2000-2001, <<http://www.simons-law.com/library/pdf/e/92.pdf>>, 23. rujna 2012. Odnosom Direktive 2000/35/EZ prema Bečkoj konvenciji bavi se: Perales Viscasillas, P., *Late Payment Directive 2000/35 and the CISG*, *Pace International Law Review*, vol. 19, br. 1/2007, <<http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol19/iss1/8>>, 23. rujna 2012. Pojedine odredbe Direktive 2000/35/EZ u kontekstu prijedloga za harmonizaciju i unifikaciju ugovornog prava na području Europske unije analizirane su u: Schulze, R. (ur.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, München, Sellier, 2008.

obveze. Međutim, svrha direktive nije suzbiti samo zakašnjenje s ispunjenjem novčane obveze, već i neispunjenje novčane obveze, odnosno slučajeve kada dužnik ni u zakašnjenju nije ispunio svoju novčanu obvezu. To je posebno vidljivo iz odredbi direktive koje nalažu državama članicama da u nacionalnom pravu priznaju da prodavatelj ima pravo pridržati vlasništvo na isporučenoj robi dok cijena za nju nije u cijelosti plaćena te iz odredbi direktive koje se odnose na postupke naplate nespornih tražbina koje će po prirodi stvari vjerovnici pokretati ako im novčane obveze nisu ispunjene.¹⁰ Stoga se i u ovome radu, umjesto doslovnog prijevoda izrazom „zakašnjelo plaćanje“,¹¹ izraz *late payment* prevodi prikladnije u širem smislu kao „zakašnjenje s plaćanjem“ pod čim se u radu razumijeva i samo zakašnjenje i neispunjenje novčanih obveza.

Potrebno je ovdje napomenuti i da se izraz „trgovački ugovori“, koji se koristi u radu kao prijevod pojma *commercial transactions* rabljenog u tekstu direktive na engleskom jeziku, ne smije poistovjetiti s pojmom trgovačkih ugovora u značenju i sadržaju koje taj pojam ima u hrvatskome pravu. Naime, pojmom „trgovačkih ugovora“ prema direktivi obuhvaćeni su ne samo ugovori koje među sobom sklapaju trgovci, već i ugovori koje među sobom sklapaju drugi poduzetnici, kao i ugovori između poduzetnika i osoba javnog prava.¹²

Prema Direktivi 2011/7/EU o zakašnjenju s plaćanjem u trgovačkim ugovorima bit će riječ ako plaćanje „nije izvršeno unutar ugovorenog ili zakonskog roka plaćanja kada su ispunjeni uvjeti propisani člankom 3(1) i člankom 4(1).“¹³ Razlika definicije iz Direktive 2011/7/EU u odnosu na prethodnu Direktivu 2000/35/EZ sastoji se u stilističkoj izmjeni dijela odredbe (naime, ranija direktiva definirala je zakašnjenje s plaćanjem kao „prekoračenje ugovornog ili zakonskog roka plaćanja“)¹⁴, te u dopuni odredbe pozivanjem na uvjete propisane čl. 3. st. 1. i čl. 4. st. 2. Direktive 2011/7/EU.

Ovi uvjeti propisani Direktivom 2011/7/EU su: da je vjerovnik ispunio svoje ugovorne i zakonske obveze te da vjerovnik nije primio dužni iznos na vrijeme, izuzev kada dužnik nije odgovoran za zakašnjenje.¹⁵ U bitnome istovjetne odredbe sadržavala je i Direktiva 2000/35/EZ.¹⁶

10 Odredbe o pridržaju prava vlasništva sadržane su u čl. 9., a o postupcima naplate nespornih tražbina u čl. 10. Direktive 2011/7/EU. Ove odredbe gotovo su istovjetne odredbama koje je ranija Direktiva 2000/35/EZ sadržavala u čl. 4. i 5.

11 Doslovni prijevod izrazom „zakašnjelo plaćanje“ rabe, primjerice: Maurović, L.J., op. cit. u bilj. 7, str. 18; Šafranko, Z., op. cit. u bilj. 8, str. 457.

12 Direktiva 2011/7/EU definira trgovačke ugovore odredbom čl. 2. st. 1. t. 1. kao „ugovore između poduzetnika ili između poduzetnika i osoba javnog prava koji dovode do isporuke robe ili pružanja usluga za naknadu.“ Istovjetna odredba sadržana je i u čl. 2. st. 1. t. 1. ranije Direktive 2000/35/EZ.

13 Odredba čl. 2. st. 1. t. 4. Direktive 2011/7/EU. O odredbama ZRINO-a, koje odgovaraju odredbama direktive, o zakonskim i ugovornim rokovima plaćanja vidi: Giunio, M. A., Rokovi ispunjenja..., cit. u bilj. 8, str. 179 – 180; Šafranko, Z., op. cit. u bilj. 8, str. 475 – 478.

14 Odredba čl. 2. st. 1. t. 2. Direktive 2000/35/EZ.

15 Prema odredbama čl. 3. st. 1. i čl. 4. st. 1. Direktive 2011/7/EU.

16 Odredbe čl. 3. st. 1. t. c) Direktive 2000/35/EZ.

Objekti direktive u svojim preambulama izriječno naglašavaju da zakašnjenje s plaćanjem predstavlja „povredu ugovora“ (*a breach of contract*).¹⁷ Ovaj pojam svojstven je *common lawu*, a u pravu Europske unije se u pravilu izbjegava njegova upotreba, s iznimkom odredaba preambula direktiva o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima.¹⁸

2.1. Učinak zakašnjenja vjerovnika na zakašnjenje dužnika

Prvi uvjet koji mora biti ispunjen da bi se prema Direktivi 2011/7/EU radilo o zakašnjenju s plaćanjem jest da je vjerovnik ispunio svoje ugovorne i zakonske obveze.¹⁹

Izraz „ugovorne i zakonske obveze“ vjerovnika potrebno je tumačiti tako da on znači one dospjele obveze vjerovnika koje su u vezi s ugovorom iz kojega proizlazi dužnikova novčana obveza, odnosno koje su recipročne dužnikovoj novčanoj obvezi, a ne ekstenzivno da se ovaj izraz odnosi na bilo koju vjerovnikovu obvezu prema dužniku.

Iz ove odredbe moglo bi se zaključiti kako direktiva nalaže državama članicama da u nacionalnom pravu uspostave pravo dužnika da ne ispuni svoju novčanu obvezu sve dok vjerovnik ne ispuni svoju nenovčanu obvezu. Riječ je o prigovoru neispunjenja ugovora (*exceptio non adimpleti contractus*) koji proizlazi iz pravila istodobnog ispunjenja u dvostranoobveznim ugovorima i koji u sebi sadrži pravo ugovorne strane da odbije ispuniti svoju obvezu tako dugo dok druga strana koja zahtijeva ispunjenje ne ispuni svoju obvezu (ili ne bude spremna ispuniti svoju obvezu istodobno kad i prva ugovorna strana, u kojem slučaju je riječ o prigovoru neizvjesnog ispunjenja ugovora).²⁰ Dalje bi se moglo tvrditi i da je pravilo istodobnog ispunjenja, koje poznaju kako odredbe nacionalnih prava država članica

17 Ovo se jednako navodi u odredbi točke 12. preambule Direktive 2011/7/EU i u odredbi točke 16. preambule Direktive 2000/35/EZ.

18 Schulze, R., op. cit. u bilj. 9, str. 304.

19 Prema odredbama čl. 3. st. 1. t. a) i čl. 4. st. 1. t. a) Direktive 2011/7/EU. Tako i odredba čl. 3. st. 1. t. c) (i) Direktive 2000/35/EZ.

20 O pravilu istodobnog ispunjenja (odnosno uzajamnog ispunjenja) te prigovoru neispunjenja (i neizvjesnog ispunjenja) ugovora koji iz njega proizlazi vidi više u: Klarić, P. i Vedriš, M., Građansko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2009., str. 469; Gorenc, V. (ur.), Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, RRiF Plus, 2005., str. 533 – 535; Slakoper, Z., Gorenc, V. i Bukovac Puvača, M., Obvezno pravo – Opći dio – Sklapanje, promjene i prestanak ugovora, Zagreb, Novi informator, 2009., str. 542 – 543; Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, Riječka tiskara, 1978., str. 493 – 502. Za sažeti prikaz povijesnog razvoja pravila *exceptio non adimpleti contractus* te zaključak da je ono jedno od općih načela prava i važan dio suvremenog *lex mercatoria*, vidi: O'Neill, P. i Salam, N., Is the Exceptio Non Adimpleti Contractus Part of the New Lex Mercatoria, u: Gaillard, E. (ur.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration, Pariz, International Law Association, 1993., str. 147 – 159, dostupno i na <<http://www.trans-lex.org/116000>>, 28. rujna 2012.

Europske unije²¹ tako i odredbe Bečke konvencije,²² putem ove odredbe direktive postalo jednim od načela cjelokupnog ugovornog prava Europske unije. Tomu bi se mogao suprotstaviti argument da se, zbog toga što direktiva ima usko područje primjene, ne može samo na temelju ove odredbe direktive tvrditi da je pravilo istodobnog ispunjenja načelo ugovornog prava Europske unije.²³

Međutim, rasprave o tomu je li pravilo istodobnog ispunjenja putem odredaba Direktive 2000/35/EZ i Direktive 2011/7/EU postalo načelom ugovornog prava Europske unije ili ne, izlišne su jer odredbe ovih direktiva zapravo ne prihvaćaju pravilo istodobnog ispunjenja. Dok se u pogledu Direktive 2000/35/EZ o ovakvom zaključku može raspravljati jer prema njoj definicija pojma „zakašnjenje s plaćanjem“ nije ovisila o tome je li vjerovnik ispunio svoje obveze,²⁴ iz Direktive 2011/7/EU jasno je vidljivo da ako vjerovnik novčane obveze nije prethodno ispunio svoju nenovčanu obvezu, neće nastati ni zakašnjenje dužnika, makar dužnik također nije ispunio svoju novčanu obvezu u ugovorenom ili zakonskom roku ispunjenja. Vidljivo je da pravilo istodobnog ispunjenja u kontekstu Direktive 2011/7/EU ne vrijedi jer se njome očekuje od država članica da u nacionalnom pravu predvide da se činidba vjerovnika novčane obveze iz dvostranoobveznog ugovora uvijek mora ispuniti prije činidbe dužnika novčane obveze.

Ako vjerovnik nije ispunio svoju dospjelu nenovčanu obvezu, sam se nalazi u zakašnjenju. Prema Direktivi 2011/7/EU učinak zakašnjenja vjerovnika je da dužnik neće ni doći u zakašnjenje, pa makar i ne ispunio svoju novčanu obvezu o dospijeću. Prikladnije bi konceptijski bilo rješenje prema kojemu bi u slučaju zakašnjenja vjerovnika, koje je nastalo prije dospijeća dužnikove novčane obveze, neispunjenjem novčane obveze dužnik ipak dolazio u zakašnjenje, ali bi pravne posljedice zakašnjenja dužnika bile odgođene do trenutka prestanka zakašnjenja vjerovnika.²⁵

21 Pravilo istodobnog ispunjenja u dvostranoobveznim ugovorima koje je dispozitivne naravi sadržano je, primjerice, u odredbama: § 320. njemačkog Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch* u inačici od 2. siječnja 2002., Bundesgesetzblatt I, br. 2/02., s posljednjom izmjenom od 10. svibnja 2012., Bundesgesetzblatt I, br. 21/12., dalje u tekstu: BGB); čl. 1612. francuskog Građanskog zakonika (*Code Civil* u inačici prema pročišćenom tekstu od 2. lipnja 2012., dostupno na <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, 28. rujna 2012., dalje u tekstu: CCF); čl. 101. slovenskog Obligacijskog zakonika (Uradni list Republike Slovenije br. 83/01., 32/04., 28/06., 29/07., 40/07. i 97/07., dalje u tekstu: slovenski OZ). Također, ono je sadržano i u hrvatskom pravu u odredbi čl. 358. ZOO-a.

22 Pravilo istodobnog ispunjenja sadržano je u odredbi čl. 58. st. 1. Bečke konvencije.

23 Ovo posljednje navedeno stajalište u kontekstu odredaba Direktive 2000/35/EZ zastupa i Zoll u: Zoll, F., *The Remedies for Non-Performance in the System of the Acquis Group*, u: Schulze, R., op. cit. u bilj. 9, str. 200 – 201.

24 Tako, primjerice, Perales Viscasillas navodi da Direktivom 2000/35/EZ nije teorijski došlo do poremećaja principa sinalagmatičnosti (na razini konceptualizacije pojma zakašnjenja s plaćanjem), ali da je ovaj poremećaj nužna posljedica odredaba direktive o zakonskim rokovima plaćanja od 30 dana koji u osnovi počinju teći od dana kad je vjerovnik ispunio svoju nenovčanu obvezu: Perales Viscasillas, P., op. cit. u bilj. 9, str. 134 – 135.

25 Mišljenje autora ovog rada je da ovo tumačenje učinaka zakašnjenja vjerovnika na zakašnjenje dužnika vrijedi i u okviru pozitivnog hrvatskoga prava. Naime, s obzirom na to da dužnik

Ratio ove odredbe Direktive 2011/7/EU jest da, iako se zbog proteka roka za ispunjenje novčane obveze nalazi u zakašnjenju, nije opravdano da je dužnik obvezan platiti vjerovniku zatezne kamate za vrijeme za koje se sam vjerovnik nalazi u zakašnjenju s ispunjenjem vlastite obveze prema dužniku. To je ujedno i logika nacionalnih prava država članica koje kao učinak vjerovnikova zakašnjenja predviđaju prestanak tijekom zateznih kamata zbog dužnikova zakašnjenja s ispunjenjem novčane obveze.²⁶

2.2. Značenje izraza „vjerovnik nije primio dužni iznos na vrijeme“

Drugi je uvjet nastanka zakašnjenja dužnika novčane obveze prema Direktivi 2011/7/EU da vjerovnik nije primio dužni iznos na vrijeme.²⁷

Pobliže značenje izraza „vjerovnik nije primio“ dužni iznos dano je u odredbi preambule direktive prema kojoj je dužnik u zakašnjenju s plaćanjem ako vjerovnik nema dužni iznos „na svom raspolaganju na dan dospjelosti.“²⁸ Riječ je o novini jer takvu odredbu preambula ranije Direktive 2000/35/EZ nije sadržavala.

Ova odredba preambule unesena je u Direktivu 2011/7/EU vjerojatno kao izravna posljedica tumačenja koje je dao Europski sud. Naime, Europski sud je, tumačeći značenje izraza „primio dužni iznos“ sadržanog u odgovarajućoj odredbi Direktive 2000/35/EZ povodom predmeta *01051 Telecom*,²⁹ zauzeo shvaćanje da je u slučaju plaćanja putem banke dug namiren tek kad je dužni iznos proknjižen na vjerovnikovom računu, a što jedino jest trenutak u kojemu vjerovnik može faktički

dolazi u zakašnjenje kad ne ispunji obvezu u roku određenom za ispunjenje (prema odredbi čl. 183. st. 1. ZOO-a), ako je taj rok istekao nakon što je nastalo zakašnjenje vjerovnika, ne znači da dužnik nije došao u zakašnjenje – zakašnjenje dužnika je nastalo njegovim neispunjenjem obveze u roku, ali se pravne posljedice zakašnjenja dužnika odgađaju pa tako kamate prestaju teći, odnosno još ne počinju teći (prema odredbi čl. 185. st. 2. ZOO-a). Za suprotno mišljenje prema kojemu ako dužnik u trenutku vjerovnikova zakašnjenja nije sam u dužničkom zakašnjenju, on u dužničko zakašnjenje niti ne dolazi, vidi u: Slakoper, Z. i dr., op. cit. u bilj. 20, str. 359. O zakašnjenju vjerovnika vidi i u: Gorenc, V., op. cit. u bilj. 20, str. 256 – 258; Klarić, P. i Vedriš, M., op. cit. u bilj. 20, str. 476.; Momčinović, H., Zakašnjenje vjerovnika, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, br. 1-2/2008; Vizner, B., op. cit. u bilj. 20, str. 1215 – 1221.

26 To, primjerice, predviđaju odredba § 301. BGB-a i odredba čl. 301. st. 2. slovenskog OZ-a, a u hrvatskom pravu odredba čl. 185. st. 2. ZOO-a. Može se uzeti da je jedan od temeljnih učinaka zakašnjenja vjerovnika u sva tri navedena pravna sustava istovjetan: ako je dužnik novčane obveze u trenutku vjerovnikovog zakašnjenja bio u dužničkom zakašnjenju, dužničko zakašnjenje prestaje te se prekida tijekom zateznih kamata kao pravne posljedice zakašnjenja dužnika.

27 Prema odredbama čl. 3. st. 1. t. b) i čl. 4. st. 1. t. b) Direktive 2011/7/EU. Tako i odredba čl. 3. st. 1. t. c) (ii) Direktive 2000/35/EZ.

28 Prema točki 17. preambule Direktive 2011/7/EU.

29 Presuda Europskog suda od 3. travnja 2008., u predmetu C-306/06, *01051 Telecom GmbH protiv Deutsche Telekom AG*, OJ C 128, 24.5.2008, dostupno i na <<http://curia.europa.eu>>, 10. rujna 2012., dalje u tekstu: presuda *01051 Telecom*.

raspolagati dugovanim iznosom.³⁰

Ovo shvaćanje Europskog suda iznimno je važno za one pravne sustave država članica u kojima postoji odredba prema kojoj je u slučaju plaćanja putem banke dug namiren kada banci stigne novčana doznaka u korist vjerovnika ili nalog dužnikove banke.³¹ Naime, prema tumačenju Europskog suda dug je namiren tek u kasnijem trenutku, kada dužni iznos bude uistinu i proknjižen na vjerovnikovom računu. Stoga će nacionalni sudovi u skladu s doktrinom interpretativnog učinka prava Europske unije morati tumačiti i ove dispozitivne odredbe nacionalnog prava sukladno stajalištu Europskog suda.³²

2.3. Subjektivni koncept zakašnjenja dužnika s plaćanjem

Prema Direktivi 2011/7/EU, da bi nastalo zakašnjenje dužnika s plaćanjem nije dostatno da vjerovnik novčane obveze nije primio dužni iznos na vrijeme, nego se zahtijeva i da „dužnik nije odgovoran za odgodu“.³³

S obzirom na to da prema direktivi zakašnjenje dužnika s plaćanjem ne nastupa čim on ne ispuni svoju novčanu obvezu u ugovorenom ili zakonskom roku plaćanja, već je za nastanak zakašnjenja dužnika potrebna i odgovornost dužnika kao dodatna pretpostavka, riječ je o subjektivnom konceptu zakašnjenja dužnika s plaćanjem.

Posljedica subjektivnog koncepta zakašnjenja koji predviđa direktiva je da dužnik koji nije odgovoran za zakašnjenje s plaćanjem neće biti obavezan ne samo naknaditi štetu zbog zakašnjenja vjerovniku, već ni platiti vjerovniku zatezne kamate.³⁴ Teret dokaza da dužnik nije odgovoran za zakašnjenje morao bi biti na dužniku jer je dužnikova neodgovornost iznimka od obveze ispunjenja novčane

30 §§ 22. i 23. presude 01051 *Telecom*. O ovoj presudi vidi više u: Cornelis, J. W. B., Late Payments: Case: ECJ – 01051 *Telecom*, Berlin, European Review of Contract Law, vol. 5, br. 2/2009; Micklitz, H. W. i Cafaggi, F. (ur.), European Private Law after the Common Frame of Reference, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2010., str. 74 – 75; Tot, I., Zakašnjenje s ispunjenjem novčane obveze plaćanjem putem banke, Hrvatska pravna revija, br. 10/2011, str. 37 – 38.

31 Kao što je to dispozitivna odredba čl. 293. st. 1. slovenskog OZ-a, a u hrvatskom pravu odredba čl. 177. st. 1. ZOO-a.

32 Interpretativni učinak direktive kao sekundarnog izvora prava Europske unije znači da, ako država članica nije prenijela direktivu u odredbe nacionalnog prava ili ako je to učinila nepotpuno, pogrešno ili neučinkovito, nacionalni sud mora interpretirati cjelokupno nacionalno pravo, uključujući i ono koje nije doneseno u specifičnu svrhu transponiranja direktive, u svjetlu teksta i svrhe direktive kako bi ostvario njene ciljeve. O interpretativnom učinku vidi više u: Čapeta, T. i Rodin, S., Osnove prava Europske unije, Zagreb, Narodne novine, 2010., str. 67. – 73.; Čapeta, T., Interpretativni učinak europskog prava u članstvu i prije članstva u EU, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 5/2006.

33 Prema odredbama čl. 3. st. 1. t. b) i čl. 4. st. 1. t. b) Direktive 2011/7/EU. Tako i odredba čl. 3. st. 1. t. c) (ii) Direktive 2000/35/EZ.

34 To izrijekom proizlazi i iz odredbi čl. 3. st. 1. t. b) i čl. 4. st. 1. t. b) Direktive 2011/7/EU prema kojima vjerovnik ima pravo na kamate zbog zakašnjenja s plaćanjem pod uvjetom da nije primio dužni iznos na vrijeme, izuzev kada dužnik nije odgovoran za zakašnjenje.

obveze u roku i jer je jedino takvo tumačenje ove odredbe u skladu s općim duhom direktive usmjerenim na zaštitu vjerovnika od nepravovremenog plaćanja.³⁵

2.3.1. Egzoneracijski razlozi

Krug egzoneracijskih razloga koji bi oslobađali dužnika od odgovornosti za zakašnjenje s plaćanjem morao bi biti osobito uzak. Dužnik se ne bi mogao osloboditi odgovornosti za zakašnjenje pukim pozivanjem na vlastitu nelikvidnost ili dokazivanjem da nije mogao ispuniti svoju novčanu obvezu zbog toga što su njegovi dužnici u zakašnjenju s ispunjenjem svojih obveza prema njemu.³⁶ Zapravo jedini valjani egzoneracijski razlog morala bi biti ona zapreka dužnikovog pravovremenog plaćanja koja je u potpunosti izvan sfere dužnikova utjecaja, kao što je to okolnost više sile.

Mogući primjer više sile koji bi oslobađao dužnika od odgovornosti za zakašnjenje s plaćanjem je opći štrajk poštanskih službi zbog kojega dužnik nije mogao uplatiti dugovani iznos pošti, ako je plaćanje poštom bilo ugovoreno između dužnika i vjerovnika. Međutim, mišljenje autora je da se ni u tom slučaju dužnik ne bi mogao osloboditi odgovornosti za zakašnjenje, ako su dužniku na raspolaganju bili drugi modaliteti ispunjenja, primjerice plaćanje putem banke. U pravnoj literaturi je zastupljeno stajalište prema kojemu bi se dužnik mogao osloboditi odgovornosti za zakašnjenje tek ako bi i poštanske službe i banke bile simultano u općem štrajku.³⁷

Dužnik se ne bi uvijek mogao osloboditi odgovornosti za zakašnjenje niti dokazivanjem da je on unutar ugovorenog ili zakonskog roka plaćanja dao nalog za plaćanje vjerovniku svojoj banci ili pošti, ali da je pružatelj platnih usluga dužni iznos stavio na raspolaganje vjerovniku na dan koji dolazi poslije isteka roka plaćanja koji vrijedi između dužnika i vjerovnika. Naime, u skladu sa stajalištem Europskog suda izraženim u presudi *01051 Telecom*, ako ugovorne strane nisu odredile drugačije,³⁸ novčana obveza je ispunjena tek u trenutku kad je dužni iznos proknjižen na vjerovnikovom računu što je i jedini trenutak u kojemu vjerovnik može faktički raspolagati dužnim iznosom. Pri tomu iz načela dužne pozornosti proizlazi obveza dužnika da uzme u obzir vrijeme koje je uobičajeno potrebno za izvršenje platne usluge plaćanjem putem banke.³⁹ Stoga ako je, primjerice,

35 Cornelis također ističe da iz tumačenja Europskog suda danog u presudi *01051 Telecom* proizlazi kako, u slučaju ispunjenja novčane obveze plaćanjem putem banke, vjerovnik jedino mora dokazati da je dužni iznos proknjižen na njegovom računu nakon dana dospijeca, dok je na dužniku teret dokaza da je učinio sve što je potrebno kako bi s uspjehom izbjegao obvezu plaćanja zateznih kamata vjerovniku (Cornelis, J. W. B., op. cit. u bilj. 30, str. 137.).

36 Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., op. cit. u bilj. 9, str. 530.

37 *Ibid.*, str. 531.

38 Tumačenje Europskog suda o trenutku ispunjenja obveze dano je samo za slučaj da ugovorne strane nisu drugačije odredile ugovorom; vidi više u: Cornelis, J. W. B., op. cit. u bilj. 30, str. 134 – 136.

39 § 30. presude *01051 Telecom*.

dužnik dao nalog za plaćanjem svom pružatelju platnih usluga na posljednji dan ugovorenog ili zakonskog roka ispunjenja novčane obveze, a nije uobičajeno da tijekom istoga dana dužnikov pružatelj platnih usluga zaprimi nalog za plaćanjem, da za iznos platne transakcije odobri račun vjerovnikovog pružatelja platnih usluga i da vjerovnikov pružatelj platnih usluga za taj iznos odobri račun vjerovnika, dužnik se neće moći osloboditi odgovornosti za zakašnjenje s ispunjenjem svoje novčane obveze.

Dvojbena je može li se dužnik osloboditi odgovornosti za zakašnjenje prema vjerovniku u situaciji kada je on unutar ugovorenog ili zakonskog roka ispunjenja novčane obveze dao nalog za plaćanje vjerovniku svojoj banci ili pošti, ali je pružatelj platnih usluga svojom krivnjom platnu transakciju izvršio sa zakašnjenjem, odnosno izvan vremena koje je uobičajeno potrebno za izvršenje takve platne transakcije i koje je dužnik postupajući s pozornošću dobrog gospodarstvenika mogao razumno pretpostaviti. Pojedini autori smatraju da se u tom slučaju dužnik može opravdano pozvati na odredbu Direktive 2011/7/EU prema kojoj se on oslobađa učinaka zakašnjenja zbog toga što nije odgovoran za zakašnjenje.⁴⁰ Drugi autori smatraju da bi i u tom slučaju dužnik trebao biti odgovoran za zakašnjenje iz razloga što po propisima o platnom prometu dužnik ima pravo zahtijevati zatezne kamate zbog zakašnjenja s izvršenjem platne transakcije i razliku do pune naknade štete od svog pružatelja platnih usluga.⁴¹ Neovisno o pravima koje dužnik ima prema svom pružatelju platnih usluga u slučaju krivnje pružatelja platne usluge za zakašnjenje s izvršenjem platne transakcije,⁴² mišljenje je autora ovog rada da je u tom slučaju riječ o okolnostima koje su potpuno izvan sfere dužnikova utjecaja, pa bi se stoga dužnik mogao valjano osloboditi svoje odgovornosti za zakašnjenje s plaćanjem vjerovniku pozivanjem na odredbu Direktive 2011/7/EU.

40 Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 9, str. 392.

41 Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., op. cit. u bilj. 9, str. 531.

42 U kontekstu prava Europske unije, riječ je o pravima koje korisnik platne usluge ima prema pružatelju uslugu u slučaju neizvršenja platne transakcije i u slučaju zakašnjenja s izvršenjem platne transakcije, a koja su uređena odredbama čl. 75. Direktive 2007/64/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. studenoga 2007. godine o platnim uslugama na unutarnjem tržištu kojom se mijenjaju Direktive 97/7/EZ, 2002/65/EZ, 2005/65/EZ te opoziva Direktiva 97/5/EZ (Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC), OJ L 319, 5.12.2007. O odgovornosti dužnika za zakašnjenje s plaćanjem vjerovniku uzrokovanog zakašnjenjem dužnikova pružatelja platnih usluga s izvršenjem platne transakcije, u kontekstu hrvatskoga prava, vidi: Tot, I., op. cit. u bilj. 30, str. 38 – 39.

2.3.2. Je li objektivni koncept zakašnjenja dužnika protivan Direktivi 2011/7/EU?

Dok su neke države članice Europske unije već pri implementaciji Direktive 2000/35/EZ preuzele subjektivan koncept zakašnjenja dužnika,⁴³ pojedine države članice su u svojim nacionalnim pravima zadržale objektivni koncept zakašnjenja dužnika i unatoč novoj Direktivi 2011/7/EU.⁴⁴

Objektivni koncept zakašnjenja dužnika s ispunjenjem novčane obveze znači da će dužnik biti u zakašnjenju čim nije ispunio svoju novčanu obvezu unutar ugovorenog ili zakonskog roka ispunjenja, neovisno o tomu je li kriv ili odgovoran za to zakašnjenje ili nije. Objektivno zakašnjenje dužnika zasigurno je povoljniji koncept za vjerovnike od subjektivnog zakašnjenja gdje se dužnik može osloboditi učinaka zakašnjenja ako dokaže da za zakašnjenje nije odgovoran. Naime, u pravnim poredcima koji predviđaju objektivno zakašnjenje dužnika vjerovnici će imati pravo na zatezne kamate zbog zakašnjenja dužnika s plaćanjem u većem broju slučajeva negoli je to u pravnim poredcima država sa subjektivnim konceptom zakašnjenja s plaćanjem. S obzirom na to da je riječ o konceptu povoljnijem za vjerovnike, ne postoji obveza država članica Europske unije koje su zadržale objektivno zakašnjenje dužnika da u svoje nacionalno pravo preuzmu subjektivan koncept zakašnjenja predviđen Direktivom 2011/7/EU jer je njome dopušteno zadržavanje odredbi nacionalnog prava koje su povoljnije za vjerovnike od odredbi predviđenih direktivom.⁴⁵

Unatoč uskom krugu egzoneracijskih razloga zbog kojih se dužnik može osloboditi od odgovornosti za zakašnjenje prema direktivi, mišljenje autora je da bi ipak bilo prikladnije da i sama direktiva u nekoj budućoj preinaci preuzme objektivni koncept zakašnjenja vjerovnika jer je to više u skladu s njezinim

43 Subjektivni koncept zakašnjenja dužnika u pogledu vjerovnikova prava na zatezne kamate zbog zakašnjenja dužnika preuzet je, primjerice: odredbom § 286. st. 4. BGB-a; odredbom čl. 3. talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231 o provedbi Direktive 2000/35/EZ o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Decreto legislativo n. 231 - Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Gazzetta ufficiale br. 249/02.); odredbom čl. 6. španjolskog Zakona br. 3/2004 koji uspostavlja mjere za suzbijanje zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, Boletín Oficial del Estado br. 314/04.); odredbom čl. 10. finskog Zakona o kamatama (*Korkolaki*, Suomen Säädoskokoelma br. 633/82., s posljednjim amandmanom u br. 340/02.).

44 Objektivni koncept zakašnjenja dužnika s plaćanjem zadržan je, primjerice, odredbom čl. 299. st. 1. slovenskog OZ-a koja je u vezi s odredbom čl. 8. slovenskog Zakona o sprječavanju zakašnjenja s plaćanjem (*Zakon o preprečavanju zamud pri plaćilih*, Uradni list Republike Slovenije br. 18/11.). I hrvatsko pravo stoji na objektivnom konceptu zakašnjenja dužnika, prema odredbi čl. 183. st. 1. ZOO-a – tako i: Crnić, I. i Crnić, J., Zatezne kamate – neka aktualna pitanja, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 39, br. 6/2000, str. 50; Klarić, P. i Vedriš, M., op. cit. u bilj. 25, str. 475.; Maurović, L.J., op. cit. u bilj. 7, str. 21; Vizner, I., op. cit. u bilj. 20, str. 1208 – 1211.

45 Prema odredbi čl. 12. st. 3. Direktive 2011/7/EU.

ciljevima. Dodatna motivacija za takvu preinaku trebalo biti i to što objektivni koncept zakašnjenja dužnika u pogledu vjerovnikovog prava na zatezne kamate zbog zakašnjenja dužnika predviđaju i odredbe Bečke konvencije. Naime, „ako jedna strana ne plati cijenu ili neki drugi iznos s kojim je u zaostatku, druga strana ima pravo na kamate na takav iznos“,⁴⁶ pri čemu to pravo vjerovnika nije isključeno niti ako je do zakašnjenja dužnika „došlo zbog smetnje koja je bila izvan njegove kontrole i da od njea nije bilo razumno očekivati da u vrijeme sklapanja ugovora smetnju uzme u obzir, da izbjegne ili savlada takvu smetnju i njezine posljedice“.⁴⁷

3. PRAVNE POSLJEDICE ZAKAŠNJENJA S ISPUNJENJEM NOVČANE OBVEZE

Pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem koje su prema Direktivi 2011/7/EU države članice Europske unije obvezne predvidjeti u nacionalnom pravu su: pravo vjerovnika na kamate zbog zakašnjenja dužnika s plaćanjem, pravo vjerovnika na posebnu naknadu za troškove prouzročene vjerovniku zakašnjenjem dužnika te pravo vjerovnika na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih zakašnjenjem dužnika. Direktiva 2011/7/EU sadrži i odredbu o pravu vjerovnika na naknadu štete zbog zakašnjenja dužnika, ali ne obvezuje države članice da ovo pravo osiguraju u svom nacionalnom pravu.

3.1. Pravo vjerovnika na zatezne kamate

Direktiva 2011/7/EU obvezuje države članice da u nacionalnom pravu osiguraju da vjerovnik ima pravo na zatezne kamate od dana koji slijedi danu

⁴⁶ Odredba čl. 78. Bečke konvencije.

⁴⁷ U kojem se slučaju dužnik oslobađa odgovornosti za štetu vjerovniku prema odredbi čl. 79. Bečke konvencije. I Perales Viscasillas ističe da prema Bečkoj konvenciji viša sila koja je uzrokovala zakašnjenje dužnika s plaćanjem oslobađa dužnika od obveze naknade štete vjerovniku, ali ne i od obveze plaćanja zateznih kamata zbog zakašnjenja s plaćanjem: Perales Viscasillas, P., op. cit. u bilj. 9, str. 138.

DCFR prihvaća objektivni koncept zakašnjenja s plaćanjem prema kojemu vjerovnik ima pravo na zatezne kamate neovisno tomu je li dužnikovo zakašnjenje opravdano ili ne (prema model-pravilu III. – 3:708 (1) DCFR-a), ali samo ako je riječ o zakašnjenju s plaćanjem novčane obveze koja ne proizlazi iz trgovačkog ugovora. Komentar DCFR-a navodi kako kamate nisu vrsta štete, stoga se opća pravila o naknadi štete na njih ne primjenjuju: Bar, C. von i Clive, E., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference - Full Edition, München, Sellier, 2009., str. 945.

U vezi sa zakašnjenjem s plaćanjem novčane obveze koja proizlazi iz trgovačkog ugovora, DCFR stoji na subjektivnom konceptu zakašnjenja s plaćanjem prema kojemu vjerovnik nema pravo na zatezne kamate ako je zakašnjenje dužnika posljedica okolnosti koje su izvan dužnikovog utjecaja (prema model-pravilu III. – 3:710 (1) DCFR-a). Istovjetno je predviđeno i odredbom čl. 173. st. 1. ECL (EG), kao i odredbom čl. 168. st. 1. CESL-a.

koji je ugovorom određen kao dan plaćanja,⁴⁸ odnosno od isteka ugovorenog roka ispunjenja novčana obveze⁴⁹ ili direktivom predviđenog zakonskog roka ispunjenja novčane obveze koji se primjenjuje ako ugovorne strane nisu ugovorom odredile rok ispunjenja novčane obveze.⁵⁰

Pri tomu su države članice direktivom obvezane u nacionalnom pravu osigurati da vjerovnik ima pravo na zatezne kamate bez potrebe slanja opomene dužniku.⁵¹ Ta je odredba, čiji je *ratio* u uklanjanju nepotrebnih dodatnih troškova vjerovniku, izraz načela *dies interpellat pro homine* koje potječe iz rimske pravne tradicije, a znači da rok ispunjenja obveze opominje sam po sebi zbog čega nije potrebno posebno podsjećati dužnika na njegovu obvezu i potrebu njenog ispunjenja.

Direktivom 2011/7/EU nije predviđeno da države članice nacionalnim propisima obvežu vjerovnike da u svakom slučaju potražuju od dužnika zatezne kamate zbog zakašnjenja s plaćanjem. Stoga će vjerovnici i nadalje biti ovlašteni, no ne i obvezni, potraživati iznose zatezних kamata od svojih dužnika.⁵²

Zatezne kamate, za koje direktiva koristi izraz „kamate za zakašnjenje s plaćanjem“ (*interest for late payment*), definirane su kao „zakonske kamate za zakašnjenje s plaćanjem ili kamate prema stopi dogovorenoj između poduzetnika podložnoj primjeni članka 7.“⁵³

3.1.1. Zakonska stopa zatezних kamata

Zakonske zatezne kamate, za koje Direktiva 2011/7/EU rabi izraz „zakonske kamate za zakašnjenje s plaćanjem“ (*statutory interest for late payment*), definirane su kao „jednostavne kamate za zakašnjenje s plaćanjem prema stopi koja je jednaka zbroju referentne stope i najmanje osam postotnih poena.“⁵⁴

„Referentna stopa“ definirana je za državu članicu čija je valuta euro kao ili „kamatna stopa koju primjenjuje Europska središnja banka za svoje aktualne glavne operacije refinanciranja“ ili „granična kamatna stopa koja proizlazi iz ponuda s varijabilnom kamatnom stopom za aktualne glavne operacije refinanciranja Europske središnje banke“.⁵⁵ Glavne operacije refinanciranja (*main refinancing*

48 Prema odredbi čl. 3. st. 3. t. a) Direktive 2011/7/EU. Tako i odredba čl. 3. st. 1. t. a) Direktive 2000/35/EZ.

49 Prema odredbama čl. 3. st. 3. t. a), te čl. 4. st. 1. i 6. Direktive 2011/7/EU. Tako i odredba čl. 3. st. 1. t. a) Direktive 2000/35/EZ.

50 Prema odredbama čl. 3. st. 3. t. b), te čl. 4. st. 1. i 3. Direktive 2011/7/EU. Tako i odredbe čl. 3. st. 1. t. b) Direktive 2000/35/EZ.

51 Prema odredbama čl. 3. st. 1. i čl. 4. st. 1. Direktive 2011/7/EU. Tako i odredba čl. 3. st. 1. t. b) Direktive 2000/35/EZ.

52 To je izrijekom istaknuto i odredbom točke 16. preambule Direktive 2011/7/EU.

53 Odredba čl. 2. st. 1. t. 5. Direktive 2011/7/EU. Odredbama ranije Direktive 2000/35/EZ pojam zatezних kamata nije bio zasebno definiran.

54 Odredba čl. 2. st. 1. t. 6. Direktive 2011/7/EU. Odredbama ranije Direktive 2000/35/EZ pojam zakonskih zatezних kamata nije bio zasebno definiran.

55 Prema odredbama čl. 2. st. 1. t. 7. a) Direktive 2011/7/EU. U bitnome istovjetno je propisivala i Direktiva 2000/35/EZ odredbom čl. 2. st. 1. t. 4. kojom je bio definiran pojam kamatne stope koju primjenjuje Europska središnja banka za svoje glavne poslove refinanciranja.

operations ili skraćeno MRO) redovite su operacije na otvorenom tržištu koje se provode putem obrnutih repo aukcija⁵⁶ koje se održavaju tjedno s rokom dospijeca od jednog tjedna.⁵⁷ Razlika između prodajne i reotkupne cijene na obrnutim repo aukcijama računa se temeljem repo stope. Obrnute repo aukcije mogu se provoditi po fiksnoj repo stopi koju je unaprijed utvrdila Europska središnja banka ili po varijabilnoj repo stopi što znači da banke u svojim ponudama same navode repo stopu, a u potonjem se slučaju utvrđuje granična repo stopa ovisno o ukupnom iznosu pristiglih ponuda.⁵⁸ Prema tomu, za države članice eurozone „referentna stopa“ u smislu Direktive 2011/7/EU bit će ili fiksna repo stopa ili varijabilna repo stopa Europske središnje banke, ovisno o tomu na koji način se u danom trenutku provode obrnute repo aukcije.⁵⁹ Pri tomu će kao „referentna stopa“ za prvo polugodište biti mjerodavna repo stopa koja je na snazi 1. siječnja predmetne godine, a za drugo polugodište repo stopa koja je na snazi 1. srpnja predmetne godine.⁶⁰

Za države članice čija valuta nije euro, „referentnom stopom“ smatra se „istovjetna stopa koju odredi središnja nacionalna banka.“⁶¹ Mišljenje autora je da se pod izrazom „istovjetna stopa“ treba smatrati repo stopa (bilo fiksna bilo varijabilna) koju primjenjuje središnja nacionalna banka države članice. No, zamjetno je da se izvan eurozone kao „referentna stopa“ primjenjuju različite stope središnjih nacionalnih banaka.⁶² Drži se da propisivanje neke druge stope središnje

56 O repo aukcijama, repo ugovoru i repo poslu kao instrumentu monetarne politike vidi: Jelić, M., Repo ugovor, u: Slakoper, Z. (ur.), Bankovni i financijski ugovori, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007., str. 985 – 1005.

57 Eisenschmidt, J., Hirsch, A. i Linzert, T., Bidding Behaviour in the ECB's Main Refinancing Operations during the Financial Crisis, Frankfurt, European Central Bank Working Paper Series, br. 1052/2009., dostupno na: <<http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp1052.pdf>>, 28. rujna 2012., str. 10.

58 Ibid.

59 Obrnute repo aukcije provodile su se prema varijabilnoj stopi u razdoblju od 28. lipnja 2000. do 15. listopada 2008., dok su se u prethodnom razdoblju te razdoblju koje je uslijedilo pa do danas provodile prema fiksnoj repo stopi; prema podacima Europske središnje banke dostupnim na: <<http://www.ecb.int/stats/monetary/rates/html/index.en.html>>, 28. rujna 2012.

60 Prema čl. 3. st. 2. i čl. 4. st. 2. Direktive 2011/7/EU. U osnovi istovjetno je bilo propisano odredbom čl. 3. st. 1. t. d) Direktive 2000/35/EZ koja je predviđala da se „referentna stopa na snazi prvog dana polugodišta primjenjuje za razdoblje narednih šest mjeseci.“

61 Prema odredbi čl. 2. st. 1. t. 7. b) Direktive 2011/7/EU. Istovjetno je propisivala i Direktiva 2000/35/EZ odredbom čl. 3. st. 1. t. d).

62 Primjerice, „referentna stopa“ je u Češkoj repo stopa Češke narodne banke, a u Poljskoj lombardna stopa Narodne banke Poljske (prema: Reifner, U., Clerc-Renaud, S. i Knobloch, M., Study on Interest Rate Restrictions in the EU - Final Report for the EU Commission DG Internal Market and Services, Project No. ETD/2009/IM/H3/87, Brussels/Hamburg/Mannheim, Institut für Finanzdienstleistungen, 2010., str. 89 – 90). U Hrvatskoj je to eskontna stopa Hrvatske narodne banke (prema čl. 29. st. 2. ZOO-a), iako je svojevremeno bilo izraženih stajališta da je prikladnija lombardna stopa – o čemu vidi više u: Giunio, M. A., Triptih: nove kamatne stope na bazi eskontne stope, Pravo u gospodarstvu, vol. 47, br. 1/2008, str. 9 – 12.

O tome koliko odabir odgovarajuće stope kao referentne stope može utjecati na visinu zakonske stope zateznih kamata ponajbolje svjedoči podatak da je 1. srpnja 2012. eskontna

nacionalne banke umjesto repo stope nije protivno odredbama Direktive 2011/7/EU samo ako je ta druga stopa viša od repo stope središnje nacionalne banke, jer će jedino tada biti riječ o rješenju koje je povoljnije za vjerovnike novčanih obveza od onog predviđenog direktivom.

Zakonska stopa zatezних kamata se prema Direktivi 2011/7/EU treba računati kao zbroj „referentne stope“ i najmanje osam postotnih poena, što znači da države članice slobodno mogu odrediti i viši granični iznos za koji će se „referentna stopa“ uvećati. U odnosu na Direktivu 2000/35/EZ granični iznos za koji se referentna stopa povećava povećan je za jedan postotni poen.⁶³ U pripremi nove direktive bilo je razmatrano i rješenje prema kojemu bi se „referentna stopa“ uvećala za najmanje dvanaest postotnih poena, no to rješenje nije prihvaćeno.⁶⁴

3.1.2. Ugovorna stopa zateznih kamata

Direktiva 2011/7/EU dopušta da visina stope zateznih kamata bude podložna slobodi ugovaranja poduzetnika.⁶⁵ Pri tomu poduzetnici mogu ugovoriti i višu i nižu kamatnu stopu od zakonske stope zateznih kamata predviđene direktivom, bez ikakvih predviđenih ograničenja visine kamatne stope.

Međutim, direktiva obvezuje države članice Europske unije da takvo ugovaranje stope zateznih kamata učine podložnim ocjeni je li takva ugovorna odredba izrazito nepoštena prema vjerovniku u smislu odredaba o nepoštenim ugovornim odredbama i praksama sadržanim u direktivi. Te odredbe direktive obvezuju države članice da osiguraju da su ugovorne odredbe i praksa koje su izrazito nepoštene prema vjerovniku novčane obveze, prema nacionalnom pravu „ili neprovedive ili da

stopa Hrvatske narodne banke iznosila 7%, a kamatna stopa na lombardne kredite 6,25%, dok je repo stopa HNB-a iznosila tek 0,7% (prema podacima HNB-a, dostupno na: <<http://www.hnb.hr/monet/hmonet.htm>>, 28. rujna 2012.). Autor ovog rada smatra da se na mjesto eskontne stope u hrvatskom pravu kao referentna stopa za izračun zakonske stope zateznih kamata treba primijeniti upravo repo stopa HNB-a jer se prema mišljenju autora jedino ta stopa može označiti „istovjetnom stopom koju određuje središnja nacionalna banka“ u smislu odredbe čl. 2. st. 1. t. 7. b) Direktive 2011/7/EU. U prilog ovome stavu iznosi se i da repo stopa HNB-a približno prema visini prati repo stopu Europske središnje banke koja se kao referentna stopa primjenjuje za izračun zakonske stope zateznih kamata u državama koje su dio eurozone: dok je repo stopa HNB-a 1. srpnja 2012. iznosila 0,7%, fiksna repo stopa Europske središnje banke iznosila je 1%, a od 11. srpnja 2012. snizila se na 0,75% (prema podacima Europske središnje banke za koje vidi *supra* u bilj. 59).

63 Odredba čl. 3. st. 1. t. d) Direktive 2000/35/EZ predviđala je uvećanje „referentne stope“ za najmanje sedam postotnih poena.

64 Prema: Procjena učinaka – dokument priložen Prijedlogu Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Impact assessment - accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions*), COM(2009) 126/4, SEC(2009) 315, dostupno na: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, 21. srpnja 2011., str. 22.

65 To proizlazi iz odredbe čl. 2. st. 1. t. 5. Direktive 2011/7/EU kojom se zatezne kamate definiraju kao „zakonske kamate za zakašnjenje s plaćanjem ili kamate prema stopi dogovorenoj između poduzetnika“.

predstavljaju osnovu za tužbu radi naknade štete⁶⁶. Test izrazite nepoštenosti, koji se mora provesti prema odredbama direktive kako bi se utvrdilo je li neka ugovorna odredba ili praksa izrazito nepoštena prema vjerovniku, zahtijeva da se u obzir uzmu sve okolnosti slučaja, a direktiva i sama egzemplifikativno navodi tri okolnosti koje se posebno moraju uzeti u obzir pri utvrđivanju je li ugovorna odredba o stopi zateznih kamata izrazito nepoštena prema vjerovniku: izrazito odstupanje od dobre trgovačke prakse protivno načelu savjesnosti i poštenja, narav proizvoda ili usluge te okolnost je li dužnik imao objektivnog razloga odstupiti od zakonom određene stope zateznih kamata.

Po prirodi stvari ugovorna odredba o ugovornoj stopi zateznih kamata moći će biti izrazito nepoštena prema vjerovniku novčane obveze samo ako je riječ o ugovaranju niže stope zateznih kamata od direktivom određene zakonske stope.⁶⁷ Stoga je izlišno ispitivanje je li izrazito nepoštena prema vjerovniku novčane obveze takva ugovorna odredba kojom se određuje viša stopa zatezne kamate od zakonske stope.

Direktiva 2011/7/EU ne sadrži odredbe o tomu koja je gornja granica ugovaranja više stope zateznih kamata niti kada se pretjerano visoko ugovorena stopa zateznih kamata može smatrati izrazito nepoštenom prema dužniku novčane obveze. Prema mišljenju autora ovog rada odredbe direktive ne priječe nacionalne zakonodavce da predvide gornju granicu ugovorne stope zateznih kamata. Naime, nužno je uzeti da je zaštita dužnika novčanih obveza od lihvarskih kamata o kojoj direktiva ne sadrži odredbe, jednako legitiman interes kao i zaštita vjerovnika novčanih obveza od negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem, a koja je cilj direktive. Drži se da bi ipak bilo primjereno u nekoj budućoj preinaci direktive odrediti gornju granicu ugovaranja stope zateznih kamata u ugovorima među poduzeticima.

U odredbi kojom zatezne kamate definira i kao kamate po ugovorenoj stopi, Direktiva 2011/7/EU spominje samo ugovaranje stope zateznih kamata u ugovorima među poduzetnicima, ali ne i u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava. Također, u kasnijoj odredbi direktiva obvezuje države članice da, u ugovorima u kojima je dužnik novčane obveze osoba javnog prava, osiguraju pravo vjerovnika na zakonsku stopu zateznih kamata,⁶⁸ a da se pri tomu u odredbi ne spominje mogućnost ugovaranja drugačije stope zateznih kamata u ovim ugovorima. Iz toga se zaključuje da direktiva ne dopušta ugovaranje stope zateznih kamata u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava, što bi i imalo smisla imajući u vidu općenito stroži pristup koji direktiva zauzima prema osobama javnoga prava kada su one dužnici novčanih obveza poduzeticima.

Međutim, kako bi mogućnost ugovaranja više stope zateznih kamata u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je dužnik novčane obveze osoba javnog prava bila povoljnije rješenje za poduzetnike kao vjerovnike novčanih obveza, te s obzirom na to da su direktivom dopuštena odstupanja

66 Riječ je o odredbama čl. 7. Direktive 2011/7/EU.

67 Tako primjećuje i: Giunio, M. A., Rokovi ispunjenja... cit. u bilj. 8, str. 187.

68 Odredba čl. 4. st. 1. Direktive 2011/7/EU.

od njezinih odredbi u nacionalnom pravu ako su odredbe nacionalnog prava za vjerovnike povoljnije od odredaba direktive, potrebno je uzeti da nije protivno direktivi takvo rješenje nacionalnog prava prema kojemu bi i u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je dužnik novčane obveze osoba javnog prava bilo dopušteno ugovaranje više stope zateznih kamata od zakonom propisane. S druge strane, drži se da bi bilo protivno direktivi u pogledu ovih ugovora dopustiti odredbom nacionalnog prava ugovaranje stope zateznih kamata niže od zakonom propisane, zbog toga što bi takvo rješenje nacionalnog prava bilo nepovoljnije za poduzetnike kao vjerovnike novčanih obveza od rješenja predviđenog direktivom.

Dopuštanje ugovaranja stope zateznih kamata različite od zakonske stope zateznih kamata predviđene direktivom bilo je predmetom kritike već povodom odredbi ranije Direktive 2000/35/EZ koje su također omogućavale ugovorno određenje stope zateznih kamata.⁶⁹ Iako je i prema ranijoj direktivi bila predviđena primjena testa izrazite nepoštenosti ugovaranja niže stope zateznih kamata prema vjerovniku novčane obveze,⁷⁰ isticalo se da direktiva ne ostvaruje svoje ciljeve jer ne priječi ugovorne strane da ugovore zatezne kamate i po nultoj kamatnoj stopi, odnosno da na taj način ugovorne strane u cijelosti isključe primjenu zateznih kamata.⁷¹

Dvojbu o tomu znači li dopuštanje ugovaranja niže stope zateznih kamata od direktivom predviđene zakonske stope i da ugovorne strane mogu u potpunosti isključiti ugovorom pravo vjerovnika na zatezne kamate razriješila je Direktiva 2011/7/EU. Naime, uvedena je nova odredba prema kojoj bi se ugovorna odredba kojom se isključuje pravo vjerovnika na zatezne kamate uvijek uzimala kao izrazito nepoštena prema vjerovniku,⁷² zbog čega bi takva odredba uvijek bila „neprovediva“ ili bi davala vjerovniku pravo na naknadu štete ovisno o tomu za koju se od te dvije mogućnosti opredijelila država članica pri provedbi direktive u nacionalno pravo.⁷³

3.1.3. Obračun zateznih kamata i zabrana anatocizma

Direktiva 2011/7/EU određuje da se dospjele zakonske zatezne kamate trebaju obračunavati „dnevno kao jednostavne kamate.“⁷⁴

69 Odredba čl. 3. st. 1. d) Direktive 2000/35/EZ određivala je da je dužnik dužan platiti zatezne kamate po zakonskoj stopi zateznih kamata predviđenoj direktivom, osim ako je drugačije određeno ugovorom.

70 Prema odredbama čl. 3. st. 3. Direktive 2000/35/EZ.

71 Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 9, str. 392.

72 Odredba čl. 7. st. 2. Direktive 2011/7/EU. U odredbi točke 12. preambule Direktive 2011/7/EU dodatno je naglašeno da je, kako bi se obeshrabrilo zakašnjenje u plaćanju, nužan odlučan pomak ka kulturi pravovremenog plaćanja, uključujući takav prema kojemu bi se isključenje prava na zaračunavanje kamata uvijek smatralo izrazito nepoštenom ugovornom odredbom ili praksom.

73 Prema odredbi čl. 7. st. 1. Direktive 2011/7/EU.

74 Prema odredbi točke 15. preambule Direktive 2011/7/EU. Ranija Direktiva 2000/35/EC nije sadržavala odgovarajuću odredbu o obračunu zateznih kamata.

Jednostavni obračun zateznih kamata znači da se zatezne kamate obračunavaju za početno obračunsko razdoblje ne pripisuju glavnici, već se u narednom obračunskom razdoblju obračun zateznih kamata obavlja na istu glavnici.⁷⁵ Suprotan je složen obračun zateznih kamata koji pretpostavlja pripis prethodno obračunatih zateznih kamata glavnici i ponavljanje toga pripisa istekom svakog obračunskog razdoblja, tako da se glavnica početkom svakog narednog obračunskog razdoblja uvećava za zatezne kamate iz prethodnog razdoblja.⁷⁶

Izraz „jednostavne kamate“ iz direktive znači da se zakonske zatezne kamate obračunavaju jednostavnim obračunom, odnosno da direktiva ne predviđa mogućnost kapitalizacije, tj. uglavničenja zakonskih zateznih kamata. Glavnica ostaje nepromijenjena neovisno o iznosu zateznih kamata i vremenskom razdoblju tijekom kojega teku zatezne kamate.⁷⁷ Na taj način, isključenjem mogućnosti kapitalizacije zakonskih zateznih kamata, direktivom se posredno zabranjuje anatocizam, odnosno obračunavanje zateznih kamata na dospjele iznose zakonskih zateznih kamata.

Odredba direktive da se zakonske zatezne kamate obračunavaju „dnevno“ ne znači da je obračunsko razdoblje za izračun zateznih kamata jedan dan, odnosno da se zakonska stopa zateznih kamata primjenjuje u određenom postotnom iznosu dnevno. Obračunsko razdoblje za koje se primjenjuje zakonska stopa zateznih kamata predviđena direktivom jest razdoblje od jedne godine.⁷⁸ Izraz „dnevno“ znači da se iznosi dospjelih zakonskih zateznih kamata, obračunatih na glavnici prema zakonskoj stopi zateznih kamata utvrđenoj u određenom postotku godišnje, obračunavaju dnevno.

Preambula direktive ističe da se zakonske zatezne kamate trebaju računati u skladu s Uredbom br. 1182/71 o utvrđivanju pravila koja se primjenjuju za razdoblja, datume i rokove.⁷⁹ Prema odredbama te uredbe, ako se početak roka određenog u danima ima računati od trenutka kada je nastao neki događaj, dan događaja ne računa se u tijek roka.⁸⁰ Također, pada li posljednji dan roka na državni praznik, u subotu ili nedjelju, rok će proteći istekom posljednjeg sata sljedećeg radnog dana.⁸¹ Nije jasno zašto direktiva upućuje na ovu uredbu jer su i u njoj sadržana pravila o

75 Tepšić, I., Obračun zateznih kamata, Pravo u gospodarstvu, vol. 43, br. 3/2004, str. 116.

76 Ibid.

77 Suprotno od Direktive 2011/7/EU, DCFR u svom model-pravilu III. – 3:709 predviđa kapitalizaciju zateznih kamata svakih dvanaest mjeseci. Prema komentaru DCFR-a, razlog ovome pristupu je što se kapitalizacija zateznih kamata ocjenjuje učinkovitom sankcijom za zakašnjenje dužnika s plaćanjem: Bar, C. von i Clive, E., op. cit. u bilj. 47, str. 952.

78 Jer se visina referentne stope Europske središnje banke određuje postotno *per annum*, prema podacima Europske središnje banke (vidi *supra* u bilj. 59).

79 Prema odredbi točke 15. preambule Direktive 2011/7/EU. Puni naziv ove uredbe jest: Uredba Vijeća (EEZ, Euratom) br. 1182/71 od 3. lipnja 1971. godine o utvrđivanju pravila koja se primjenjuju za razdoblja, datume i rokove (*Regulation (EEC, Euratom) No 1182/71 of the Council of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits*), OJ L 124, 8.6.1971. (dalje u tekstu: Uredba 1182/71).

80 Prema odredbi čl. 3. st. 1. Uredbe 1182/71.

81 Prema odredbi čl. 3. st. 4. Uredbe 1182/71.

početku i završetku rokova koja se dijelom razlikuju od pravila sadržanih u uredbi. Naime, izrijekom je predviđeno u direktivi da zatezne kamate počinju teći od prvog dana koji slijedi danu koji je bio ugovoren kao dan dospijeca⁸² ili koji slijedi danu kada je istekao ugovoreni⁸³ ili zakonski rok plaćanja,⁸⁴ što je rješenje koje je u skladu s Uredbom 1182/71. Uređujući rokove plaćanja direktiva izrijekom navodi da se oni imaju računati u „kalendarskim danima“,⁸⁵ za razliku od uredbe prema kojima se oni računaju u radnim danima, što bi značilo i da ti rokovi protiču istekom posljednjeg sata onog kalendarskog dana u koji je pao istek roka, neovisno o tomu je li taj dan državni praznik, subota ili nedjelja. U dvojbi bi li trebalo primijeniti odredbu direktive ili odredbu uredbe, prednost bi se morala dati odredbama direktive jer one sadrže rješenje koje je povoljnije za vjerovnika novčane obveze. Malo je vjerojatno da je direktiva upućivanjem na uredbu željela postići da se u tijek zakonskih zateznih kamata ne računaju državni praznici, subote i nedjelje, koje je prema uredbi moguće izrijekom izuzeti iz tijeka roka.⁸⁶

Direktiva 2011/7/EU ne sadrži odredbu o načinu obračuna ugovornih zateznih kamata. Stoga države članice mogu slobodno u nacionalnim pravima urediti pitanje načina obračuna i obračunskog razdoblja zateznih kamata koje teku po ugovorenoj stopi ili pak ova pitanja u cijelosti prepustiti slobodi ugovaranja ugovornih strana.

3.1.4. Akcesorni karakter zateznih kamata

Prema Direktivi 2011/7/EU, države članice obvezane su osigurati da vjerovnik ima pravo na zatezne kamate pod uvjetom da nije primio dužni iznos na vrijeme.⁸⁷ S obzirom na to da pravo vjerovnika na zatezne kamate ne može nastati neovisno o njegovom pravu na isplatu glavnice, vidljivo je da i prema direktivi obveza plaćanja zateznih kamata ima akcesorni karakter. Stoga zatezne kamate slijede pravnu sudbinu glavnice u skladu s načelom *accessorium sequitur principale*.⁸⁸

82 Prema odredbi čl. 3. st. 3. t. a) Direktive 2011/7/EU.

83 Ibid.

84 Prema odredbama čl. 3. st. 3. t. b) i čl. 4. st. 1. Direktive 2011/7/EU.

85 Prema odredbama čl. 3. st. 3. t. b), čl. 3. st. 5., čl. 4. st. 3. t. a) i čl. 4. st. 6. Direktive 2011/7/EU.

86 Prema odredbi čl. 3. st. 2. Uredbe 1182/71 koji glasi: „Predmetna razdoblja uključuju državne praznike, subote i nedjelje, osim ako su oni izrijekom izuzeti ili je razdoblje izraženo u radnim danima.“

87 Prema odredbama čl. 3. st. 1. t. b) i čl. 4. st. 1. t. b) Direktive 2011/7/EU. Istovjetno i u odredbi čl. 3. st. 1. t. c) (ii) Direktive 2000/35/EZ.

88 Tako u kontekstu Direktive 2000/35/EZ navodi i nezavisna odvjetnica Verica Trstenjak u svom mišljenju danom 11. lipnja 2008. u predmetu C-275/07, *Europska komisija protiv Republike Italije*, objavljenom u: European Court Reports, vol. I, 2009., str. 2005, dostupno i na: <<http://eur-lex.europa.eu>>, 18. rujna 2012. (§§ 89 - 90 mišljenja).

3.1.5. Funkcija zateznih kamata

Teorijski prijepori o funkciji zateznih kamata prisutni si kako u domaćoj,⁸⁹ tako i u stranoj pravnoj literaturi.⁹⁰ S jedne strane se ističe kako zatezne kamate nisu naknada štete jer nema elementa protupravnosti u postupanju dužnika,⁹¹ a s druge se ističe da one imaju funkciju paušalne naknade pretpostavljene štete.⁹² Pojedini autori ističu da zatezne kamate ne mogu imati kaznenu funkciju,⁹³ no prevladavajuće je stajalište da su one sankcija prema dužniku koji zakasni s ispunjenjem novčane obveze.⁹⁴ Zasebno se navodi i poticajna funkcija zateznih kamata koja se sastoji u tomu da one izazivaju strah od posljedica neispunjavanja novčane obveze kod dužnika s ciljem da dužnik ispuni svoju obvezu,⁹⁵ no autor ovog rada drži da ju nije potrebno zasebno izdvajati jer su prema mišljenju autora u kaznenoj funkciji zateznih kamata sjedinjeni i elementi retribucije i elementi prevencije. Autori koji odriču zateznim kamatama funkciju naknade štete naglašavaju da one ipak imaju nadoknadnu funkciju koja se sastoji u naknadi za korištenje tuđeg novca u određenom vremenu.⁹⁶ To je čini se stav i pojedinih drugih autora koji navode da su zatezne kamate „povišena cijena koju vjerovnik naplaćuje za pruženu uslugu“,⁹⁷ ili „naknada za prepuštanje kapitala“,⁹⁸ ili da one „imaju ne samo značaj naknade štete već i značaj naknade za korištenje tuđeg novca.“⁹⁹

89 O teorijskim prijeporima o funkciji zateznih kamata s upućivanjem na stajališta pojedinih autora o tome pitanju vidi u: Borić, Ž., O rokovima ispunjenja novčanih obveza, Hrvatska pravna revija, br. 3/2012, str. 37; Giunio, M. A., Pravno uređenje kamata, Pravo u gospodarstvu, vol. 44, br. 4/2005, str. 202 – 203; Giunio, M. A., Ugovorne i zatezne kamate (propisi, praksa i problemi), Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1/2001, str. 438 – 439.

90 Prijepori imaju li zatezne kamate kaznenu funkciju ili funkciju naknade štete prisutni su i u, primjerice, španjolskom pravu, o čemu više vidi u: Medina Alcoz, M., Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference, Barcelona, Indret - Revista para el Análisis del Derecho, br. 4/2011, dostupno na: <www.indret.com>, 28. rujna 2012., str. 12 – 15.

91 Ovaj stav ističu: Crnić, I. i Crnić, J., op. cit. u bilj. 44, str. 50.

92 Ovom se stajalištu priklanjaju: Borić, Ž., loc. cit. u bilj. 89; Giunio, M. A., Pravno... cit. u bilj. 89, str. 203; Giunio, M. A., Ugovorne... cit. u bilj. 89, str. 438. Da je „stopa zakonskih zateznih kamata zakonom određen najmanji iznos štete koji pripada vjerovniku ako dužnik zakasni s ispunjenjem novčane obveze“ navodi i: Miladin, P., Odnos ugovorne kazne i srodnih klauzula, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 6/2006, str. 1800.

93 Kaznenu funkciju zateznim kamatama odriču, primjerice: Kirchbaum, R., Ugovorne i zatezne kamate – uzroci zaračunavanja većih kamata s primjerima za povrat, Zagreb, Novi informator, 2005. (cit. prema Borić, Ž., loc. cit. u bilj. 89); Medina Alcoz, M., op. cit. u bilj. 90, str. 15.

94 Kaznenu funkciju zateznih kamata ističu: Crnić, I. i Crnić, J., op. cit. u bilj. 44, str. 50; Gorenc, V., op. cit. u bilj. 20, str. 68; Giunio, M. A., Pravno... cit. u bilj. 89, str. 203; Giunio, M. A., Ugovorne... cit. u bilj. 89, str. 439; Klarić, P. i Vedriš M., op. cit. u bilj. 25, str. 398.; Miladin, P., loc. cit. u bilj. 92; Slakoper, Z. i dr., op. cit. u bilj. 20, str. 224.

95 Poticajnu funkciju zasebno naglašavaju: Crnić, I. i Crnić, J., op. cit. u bilj. 44, str. 51.

96 Ibid., str. 50.

97 Miladin, P., loc. cit. u bilj. 92.

98 Slakoper, Z. i dr., op. cit. u bilj. 20, str. 224.

99 Momčinović, H., Ugovorne i zatezne kamate – pravna viđenja nakon 1. siječnja 2008., u: Grbin, I. (ur.), Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse – Godišnjak 15, Organizator, 2008., str. 95.

U preambuli Direktive 2011/7/EU nije posebno naglašeno koju funkciju imaju zakonske zatezne kamate u kontekstu odredaba direktive, ali odgovor na ovo pitanje daju pripremni materijali koji su bili priloženi uz prijedlog direktive. Vidljivo je iz pripremnih materijala da je zakonskim zateznim kamata namijenjena primarno kaznena funkcija, s osobitim naglaskom na specijalnu prevenciju u smislu odvratanja dužnika novčanih obveza od zakašnjenja s plaćanjem. To proizlazi kako iz operativnog cilja direktive koji je „suprotstaviti dužnicima mjere koje će ih učinkovito obeshrabiliti na plaćanje sa zakašnjenjem“,¹⁰⁰ tako i iz obrazloženja povišenja granične stope gdje se navodi da se to predlaže radi „stvaranja poticaja dužnika na promjenu postupanja“¹⁰¹ i uspostavljanja instrumenta koji će „snažno odvracati dužnike“ od zakašnjenja s plaćanjem.¹⁰²

Druga funkcija koju pripremni materijali pridaju zakonskim zateznim kamata je nadoknadna funkcija. Naime, kao jedan od negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem istaknuto je da dužnici novčanih obveza putem zakašnjenja s plaćanjem zapravo dobivaju, u ekonomskom smislu, besplatni trgovački kredit u razdoblju dužem negoli je to bilo ugovoreno.¹⁰³ Zakonske zatezne kamate stoga se pokazuju kao korektiv naknade za činidbu isporuke robe ili pružanja usluga čija je visina prethodno bila ugovorena s obzirom na kraći predviđeni rok plaćanja.

U kontekstu direktive, zakonske zatezne kamate nisu u funkciji naknade štete.¹⁰⁴ Naime, za razliku od prava na posebnu naknadu za troškove prouzrokovane vjerovniku zakašnjenjem dužnika,¹⁰⁵ pravo vjerovnika na zatezne kamate nije direktivom dovedeno u vezu s pravom na naknadu štete, kako ni odredbama koje uređuju zatezne kamate, tako ni odredbama preambule, a ni u pripremnim materijalima.

3.1.6. Visina zahtjeva za isplatom zateznih kamata

Ranija Direktiva 2000/35/EZ dopuštala je državama članicama da od njezine primjene također izuzmu zahtjeve za isplatom zateznih kamata koji ne prelaze iznos od pet eura.¹⁰⁶ Takvo rješenje napušteno je Direktivom 2011/7/EU koja o tomu ne sadrži nikakve odredbe, pa će se nova direktiva primjenjivati neovisno o vrijednosti zahtjeva za isplatu zateznih kamata.

Za države članice Europske unije ta će novina Direktive 2011/7/EU imati konkretni učinak samo za Irsku, Italiju, Litvu i Maltu koje su jedine od država članica iskoristile mogućnost da odgovarajuće odredbe nacionalnih propisa

100 Prema Procjeni učinaka (vidi *supra* u bilj. 64), str. 19.

101 Ibid., str. 22.

102 Ibid., str. 35.

103 Ibid., str. 15.

104 Također, i u DCFR-u, prema model-pravilu III. – 3:708, zatezne kamate nemaju funkciju naknade štete, a u komentaru DCFR-a izrijekom je navedeno da one nisu vrsta štete: Bar, C. von i Clive, E., loc. cit. u bilj. 47.

105 O omevu pravu vjerovnika i njegovoj funkciji vidi više *infra* u odjeljku 3.2. rada.

106 Odredba čl. 6. st. 3. t. c) Direktive 2000/35/EZ.

donesenih u transponiranju Direktive 2000/35/EZ ne primjenjuju na tražbine za naplatom zatezних kamata u iznosu manjem od pet eura.¹⁰⁷

3.2. Pravo vjerovnika na posebnu naknadu za troškove prouzrokovane zakašnjenjem

Novinu u odnosu na raniju Direktivu 2000/35/EZ donosi odredba Direktive 2011/7/EU koja obvezuje države članice Europske unije da za slučaj dužnikova zakašnjenja s ispunjenjem novčane obveze predvide u nacionalnim pravima pored prava vjerovnika na zatezne kamate i pravo vjerovnika na posebnu naknadu u fiksnom iznosu od najmanje 40 eura.¹⁰⁸ Posebna naknada dospijeva „kada dospijevaju i zatezne kamate“,¹⁰⁹ znači *ex lege* u trenutku dužnikova dolaska u zakašnjenje s ispunjenjem novčane obveze. Upravo zbog toga nije ni potrebno vjerovnikovo slanje posebne opomene dužniku kojom bi se dužnika pozvalo na plaćanje ove posebne naknade.¹¹⁰

Ako nisu ispunjeni uvjeti predviđeni direktivom za nastanak dužnikova zakašnjenja ili ako dužnik dokaže da nije odgovaran za zakašnjenje, neće nastati ni pravo vjerovnika na posebnu naknadu.¹¹¹ Prema tomu, i pravo na posebnu naknadu je prema direktivi, jednako kao i pravo na zatezne kamate, subjektivna posljedica dužnikovog zakašnjenja.

3.2.1. Visina posebne naknade

Države članice dužne su posebnu naknadu predvidjeti najmanje u iznosu od 40 eura, a njihovo je isključivo pravo posebnu naknadu odrediti u nacionalnom pravu i u iznosima koji su viši, a time i povoljniji za vjerovnike, kao i povećavati te iznose radi usklađivanja s inflacijom.¹¹² Državama članicama na raspolaganju stoji i mogućnost predvidjeti propisom različite visine naknade ovisno o visini dužne novčane obveze, što je bio i prvotni prijedlog teksta Direktive 2011/7/EU koji u konačnici nije zaživio. Naime, prijedlog direktive predviđao je posebnu naknadu u iznosu od 40 eura za zakašnjenje s ispunjenjem novčane obveze manje od 1000 eura, te posebnu naknadu u iznosu od 70 eura za zakašnjenje s ispunjenjem novčane

107 Prema Procjeni učinaka (vidi *supra* u bilj. 64), str. 97. Mogućnost da se od primjene Direktive 2000/35/EZ izuzmu zahtjevi za kamatama koji ne prelaze iznos od pet eura hrvatski zakonodavac nije iskoristio, stoga neće biti potrebe niti za izmjenom hrvatskih propisa uslijed ukidanja ove iznimke Direktivom 2011/7/EU.

108 Odredba čl. 6. st. 1. Direktive 2011/7/EU. Po uzoru na direktivu, jednako je pravo vjerovnika na posebnu naknadu uređeno i u odredbama čl. 174. st. 1. ECL (EG), te odredbama čl. 169. st. 1. CESL-a.

109 Odredba čl. 6. st. 1. Direktive 2011/7/EU.

110 Odredbom čl. 6. st. 2. Direktive 2011/7/EU države članice izrijekom su obvezane osigurati u nacionalnom pravu plativost posebne naknade bez potrebe opomene dužniku.

111 O ovim uvjetima i egzoneracijskim razlozima vidi više *supra* u odjeljcima 2.1., 2.2. i 2.3. ovog rada.

112 To je izrijekom i navedeno u točki 21. preambule Direktive 2011/7/EU.

obveze veće od 1000 eura, ali manje od 10 000 eura.¹¹³ Za zakašnjenje s ispunjenjem novčanih obveza u iznosu od 10 000 eura ili većem, prijedlogom direktive bilo je predviđeno pravo vjerovnika na posebnu odštetu u visini od 1% ukupnog iznosa duga.¹¹⁴

Direktiva propisuje da je iznos posebne naknade fiksna, što bi se moglo tumačiti na način da ga ugovorne strane ne bi mogle sporazumno odrediti u nekom drugom iznosu od onog predviđenog direktivom, odnosno višeg iznosa koji bi predviđale odredbe nacionalnog propisa. Međutim, iz odredbi direktive koje govore o nepoštenim ugovornim odredbama proizlazi zaključak da bi ugovorne strane ipak mogle ugovorom odrediti posebnu naknadu i u nekom drugom, pa i nižem iznosu. Naime, direktiva propisuje kako se pri ocjeni je li neka ugovorna odredba izrazito nepoštena prema vjerovniku novčane obveze u obzir treba uzeti i, između ostalog, je li dužnik imao objektivni razlog za odstupanje od fiksnog iznosa posebne naknade.¹¹⁵

Također, ugovorne strane mogu ugovorom i isključiti pravo vjerovnika na posebnu naknadu, no za takvu ugovornu odredbu prema direktivi vrijedi oboriva predmnjeva da je ona izrazito nepoštena prema vjerovniku.¹¹⁶ To znači da je dužniku novčane obveze dopušteno dokazivati da ugovorna odredba o isključenju vjerovnika prava na posebnu naknadu nije bila izrazito nepoštena prema vjerovniku imajući u vidu ostale okolnosti pojedinog slučaja.

3.2.2. Funkcija posebne naknade

Primarna funkcija ove posebne naknade je u paušalnoj naknadi pretpostavljene štete prouzrokovane vjerovniku, i to stvarne štete u vidu troškova koji su vjerovniku prouzrokovani dužnikovim zakašnjenjem. Posebna naknada namijenjena je pokriću onih vjerovnikovih vlastitih troškova koji se odnose na administrativne i interne troškove povezane s naplatom potraživanja,¹¹⁷ kao što su troškovi izrade opomena slanih dužniku, poštanski troškovi slanja opomene dužniku, troškovi uredskog materijala, troškovi telefonskih razgovora kojima se dužnika pozivalo na plaćanje dužne novčane obveze i sl.

Posebna naknada u iznosu od 40 eura nije namijenjena pokriću drugih izdataka koji su nastali vjerovniku u vezi s naplatom vjerovnikovog potraživanja

113 Prema odredbama čl. 4. st. 1. t. a) i b) prijedloga Direktive 2011/7/EU. Puni naziv prijedloga direktive jest: Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (preinaka) – Provedba Zakonika o malom poduzetništvu (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions (recast) – Implementing the Small Business Act*), COM(2009) 126/4, dostupno na: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, 21. srpnja 2011.

114 Prema odredbi čl. 4. st. 1. t. c) prijedloga Direktive 2011/7/EU.

115 Prema odredbi čl. 7. st. 1. t. c) Direktive 2011/7/EU.

116 Prema odredbi čl. 7. st. 3. Direktive 2011/7/EU.

117 Prema odredbi čl. 6. st. 2. Direktive 2011/7/EU i odredbama točki 19. i 20. preambule Direktive 2011/7/EU.

prema dužniku, kao što su izdatci nastali angažiranjem odvjetnika ili društva specijaliziranog za naplatu potraživanja. To nedvojbeno proizlazi iz preambule Direktive 2011/7/EU koja razlikuje interne troškove za koje vjerovniku pripada paušalna naknada od drugih troškova,¹¹⁸ ali i iz pripremnih materijala koji su bili priloženi uz prijedlog direktive. Naime, pokriću troškova kao što su troškovi angažiranja viših razina menadžmenta, eksternog računovodstva, eksterne službe naplate potraživanja ili odvjetnika, bila je namijenjena posebna odšteta u iznosu od 1% ukupnog duga koja je bila predložena, ali u konačnici nije našla svoje mjesto u odredbama usvojene direktive.¹¹⁹

Druga funkcija posebne naknade je kaznena, i to specijalno preventivna s ciljem odvratanja dužnika novčanih obveza od zakašnjenja s plaćanjem. To je vidljivo i iz pripremnih materijala u kojima se navodi je svrha posebne naknade i u pružanju mehanizma koji će „trenutačno odvratiti dužnika“¹²⁰ od zakašnjenja s plaćanjem. Upitno je u kojem će opsegu ova nova mjera utjecati na smanjenje prakse zakašnjenja s plaćanjem. Naime, paušalni iznos naknade koji predviđa direktiva simboličan je u odnosu prema visini dužne novčane obveze u slučajevima zakašnjenja s plaćanjem većih novčanih iznosa, zbog čega autor drži da ova mjera neće ostvariti svoju kaznenu funkciju, odnosno da neće učinkovito odvratiti dužnike od zakašnjenja s plaćanjem.¹²¹

Treća funkcija posebne naknade sastoji se u poticanju vjerovnika na ostvarivanje njegovog prava na zatezne kamate. Naime, s obzirom na to da su određena istraživanja pokazala kako vjerovnici često ne pokušavaju ostvariti svoje pravo na zatezne kamate zbog dodatnih troškova koje bi im to ostvarivanje uzrokovalo, pokrićem internih troškova naplate posebnom naknadom osigurava se naknada tih troškova istovremeno s ostvarivanjem prava na zatezne kamate, zbog čega zahtijevati zatezne kamate postaje više ekonomičnim.¹²²

3.3. Pravo vjerovnika na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih zakašnjenjem

Kao što je opisano u prethodnom odjeljku, posebna paušalna naknada za troškove prouzročene zakašnjenjem dužnika u paušalnom iznosu predviđena je Direktivom 2011/7/EU samo za pokriće administrativnih i drugih internih troškova prouzrokovanih vjerovniku, no ne i drugih izdataka koji su nastali u vezi s naplatom potraživanja prema dužniku, kao što su to izdatci nastali angažiranjem odvjetnika ili

¹¹⁸ Prema odredbi točke 20. preambule Direktive 2011/7/EU.

¹¹⁹ Prema Procjeni učinaka (vidi *supra* u bilj. 64), str. 23.

¹²⁰ *Ibid.*, str. 38.

¹²¹ Skeptičnost autora dijeli i autorica Maurović koja ocjenjuje da je riječ o beznačajnom iznosu koji bi se mogao smatrati potvrdom da Europska unija nema odgovarajuće mehanizme za sprječavanje zakašnjenja s plaćanjem (Maurović, LJ., op. cit. u bilj. 7, str. 21).

¹²² Poticajna funkcija posebne naknade na ovaj način je izrijeком istaknuta u Procjeni učinaka, (vidi *supra* u bilj. 64), str. 38.

društva specijaliziranog za naplatu potraživanja. Međutim, povrh prava na paušalnu naknadu, države članice obvezane su osigurati u nacionalnom pravu i pravo vjerovnika na razumnu naknadu takvih troškova pod uvjetom da su oni nastali zbog dužnikova zakašnjenja.¹²³

Direktiva nalaže državama članicama da osiguraju pravo vjerovnika na razumnu naknadu onih troškova koji prelaze fiksni iznos posebne naknade od 40 eura.¹²⁴ Ovo je nelogično i kontradiktorno odredbama preambule iz kojih proizlazi da paušalna naknada uopće nije namijenjena pokriću troškova na koje se odnosi razumna naknada.¹²⁵ Proizlazi stoga da vjerovnik, primjerice, ne bi imao pravo na naknadu troškova zastupanja po odvjetniku nižih od 40 eura jer je prema direktivi ostvario pravo na posebnu naknadu u paušalnom iznosu, što je pogrešno imajući u vidu da je svrha paušalne naknade u pokriću vjerovnikovih internih troškova a ne i ostalih troškova kao što su troškovi zastupanja po odvjetniku. Mišljenje autora je da bi zbog navedenog razloga prilikom neke buduće preinake Direktive 2011/7/EU trebalo intervenirati u njezine odredbe tako da se izbriše dio prema kojemu vjerovnik ima pravo na razumnu naknadu troškova pod uvjetom da su oni viši od fiksnog iznosa paušalne naknade.

Za razliku od posebne naknade za interne troškove prouzrokovane vjerovniku zakašnjenjem dužnika s ispunjenjem novčane obveze, na koju vjerovnik ima pravo u paušalnom iznosu neovisno o stvarnoj visini tih troškova i neovisno o tomu jesu li oni uistinu i nastali vjerovniku, države članice obvezane su direktivom vjerovniku priznati pravo na razumnu naknadu onih ostalih troškova koji su vjerovniku stvarno i nastali povodom dužnikova zakašnjenja. Tumačenje autora ovog rada je da bi na vjerovniku morao biti teret dokazivanja da su ti troškovi uistinu i nastali.¹²⁶ Funkcija razumne naknade troškova je prema tome u naknadi dokazane stvarne štete, a ne presumirane štete.

Države članice nisu obvezane osigurati pravo vjerovnika na punu naknadu troškova u njihovoj stvarnoj visini, već samo na razumnu naknadu troškova. O tome što se smatra razumnom naknadom troškova Direktiva 2011/7/EU ne sadrži niti jednu odredbu, stoga će ovo pitanje trebati biti riješeno primjenom nacionalnog prava država članica u konkretnom slučaju.

I ranija Direktiva 2000/35/EZ nalagala je državama članicama priznavanje prava vjerovnika na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih zakašnjenjem.¹²⁷ Ova odredba bila je i predmetom tumačenja Europskog suda u predmetu *QDQ*

123 Prema odredbi čl. 6. st. 3. Direktive 2011/7/EU. Po uzoru na direktivu, na istovjetan način je pravo vjerovnika na razumnu naknadu uređeno i u odredbama čl. 174. st. 2. ECL (EG), te odredbama čl. 169. st. 2. CESL-a.

124 Prema odredbi čl. 6. st. 3. Direktive 2011/7/EU.

125 Odredbe točke 20. preambule Direktive 2011/7/EU.

126 Tako navodi i Zaccaria u kontekstu odredaba ranije Direktive 2000/35/EZ izvodeći isti zaključak iz općih pravila o teretu dokazivanja: Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 9, str. 393.

127 Odredba čl. čl. 3. st. 1. t. e) Direktive 2000/35/EZ..

Media.¹²⁸ Naime, barcelonski prvostupanjski sud iznio je pred Europski sud pitanje može li se u parničnom postupku izdavanja platnog naloga tuženiku naložiti plaćanje troškova zastupanja po odvjetniku koje je u tom postupku imao tužitelj QDQ Media SA, i to pozivanjem izravno na odredbe Direktive 2000/35/EZ o razumnoj naknadi troškova vjerovniku, unatoč tomu što španjolski zakon o parničnom postupku ne predviđa pravo tužitelja na naknadu tih troškova zastupanja po odvjetniku. Europski sud zauzeo je stajalište da Direktiva 2000/35/EZ sama po sebi ne može biti temelj za obvezivanje tuženika na naknadu parničnog troška tužitelju u konkretnom slučaju jer sama direktiva kao izvor prava Europske unije ne može izravno stvoriti obvezu za pojedinca niti se pojedinac može pozvati na nju kao oslonac za ostvarenje nekog svog subjektivnog prava.¹²⁹ Ovo je u skladu je i s ranije dobro utvrđenom praksom Europskog suda prema kojoj direktive, za razliku od uredbi, nemaju horizontalni izravni učinak jer njihovi adresati nisu pojedinci već države članice Europske unije.¹³⁰

Direktiva 2000/35/EZ sadržavala je i pojedine odredbe koje su pobliže pojašnjavale što bi se točno smatralo pod izrazom razumna naknada troškova. Tako su odredbe Direktive 2000/35/EZ predviđale onu naknadu troškova koja odgovara načelima transparentnosti i proporcionalnosti prema visini dužne novčane obveze¹³¹ te koja bi morala uzimati u obzir i činjenicu da su određeni troškovi prouzrokovani vjerovniku možda već i naknađeni putem iznosa koji bi vjerovnik primio na ime zateznih kamata zbog zakašnjenja s plaćanjem,¹³² a državama članicama su sugerirale i propisivanje fiksnih maksimalnih iznosa naknade troškova na koje bi vjerovnik imao pravo.¹³³

Ove odredbe Direktive 2000/35/EZ ocijenjene su u pravnoj literaturi kao mjere koje su neopravdano usmjerene na zaštitu dužnika umjesto na zaštitu vjerovnika.¹³⁴ U tome smislu i nezavisni odvjetnik Poiares Maduro u jednome predmetu pred Europskim sudom ističe da je svrha ovlasti dane državama članicama da predvide maksimalni iznos troškova koje vjerovnik ima pravo zahtijevati od dužnika upravo u zaštiti dužnika kao slabije strane.¹³⁵ I autor ovog rada drži da odredbi o fiksiranju maksimalnog iznosa troškova prouzrokovanih vjerovniku nema mjesta u aktu kojim

128 Presuda Europskog suda od 10. ožujka 2005., u predmetu C-235/03, *QDQ Media SA protiv Alejandra Omedas Lechae*, OJ C 115, 14.5.2005., dostupno na: <<http://curia.europa.eu>>, 10. rujna 2012., dalje u tekstu: presuda *QDQ Media*.

129 §§ 16 – 17 presude *QDQ Media*.

130 O vertikalnom i horizontalnom izravnom učinku direktiva vidi više u: Čapeta, T. i Rodin, S., op. cit. u bilj. 32, str. 54 – 56, 65 – 67; Rodin, S. i Čapeta, T. (ur.), *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu*, Zagreb, Pravosudna akademija, 2008., str. 14, 29 – 30, 32 – 34.

131 Odredba čl. 3. st. 1. t. e) Direktive 2000/35/EZ.

132 Odredba točke 17. preambule Direktive 2000/35/EZ.

133 Odredba čl. 3. st. 1. t. e) Direktive 2000/35/EZ.

134 Zaccaria, op. cit. u bilj. 9, str. 393.

135 Prema § 49. mišljenja nezavisnog odvjetnika Poiares Maduroa danog 14. prosinca 2006. u predmetu C-134/05, *Europska komisija protiv Republike Italije*, objavljenog u: *European Court Reports*, vol. I, 2007., str. 6251, dostupno na: <<http://eur-lex.europa.eu>>, 1. listopada 2012.

se nastoji ostvariti učinkovita zaštita vjerovnika novčanih obveza od zakašnjenja s plaćanjem, te stoga ocjenjuje dobrodošlim izostavljanje takve odredbe iz teksta nove Direktive 2011/7/EU.

Prema mišljenju autora bilo bi poželjno odgovarajućom budućom preinakom Direktive 2011/7/EU predvidjeti obvezu država članica da nacionalnim pravom vjerovniku priznaju pravo na punu naknadu troškova prouzrokovanih mu dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem, a ne samo na razumnu naknadu troškova. U međuvremenu nema zapreke da države članice u provedbi direktive ne odrede nacionalnim propisima pravo vjerovnika na punu naknadu troškova prouzrokovanih mu zakašnjenjem, s obzirom na to da je takvo rješenje povoljnije za vjerovnike a direktivom je dopušteno zadržavanje postojećih i donošenje novih nacionalnih propisa koji su povoljniji za vjerovnike od odredaba direktive.

3.4. Pravo vjerovnika na naknadu druge štete zbog zakašnjenja

Interni troškovi uzrokovani vjerovniku dužnikovim zakašnjenjem (za koje bi vjerovnik morao imati pravo na posebnu naknadu u paušalnom iznosu), kao i ostali troškovi uzrokovani vjerovniku dužnikovim zakašnjenjem (za koje bi vjerovnik morao imati pravo na razumnu naknadu), nedvojbeno predstavljaju umanjenje vjerovnikove postojeće imovine i time stvarnu štetu koja je vjerovniku prouzrokovana dužnikovim zakašnjenjem kao štetnom radnjom. Pored tih troškova zakašnjenje dužnika vjerovniku može prouzročiti i drugu imovinsku, kao i neimovinsku štetu.

Osim u pogledu navedenih troškova, Direktivom 2011/7/EU države članice nisu posebno obvezane da nacionalnim propisima osiguraju pravo vjerovnika na naknadu štete koja je vjerovniku prouzrokovana dužnikovim zakašnjenjem. Ipak, direktiva izričito naglašava da njene odredbe, pogotovo one o posebnoj naknadi troškova u paušalnom iznosu, ne isključuju primjenu odredaba nacionalnih propisa prema kojima nacionalni sud može naložiti dužniku da vjerovniku naknadi bilo kakvu dodatnu štetu nastalu u vezi s dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem.¹³⁶

Potrebno je napomenuti i da direktiva jednom odredbom obvezuje države članice da predvide pravo vjerovnika na naknadu štete, ali ne one štete prouzrokovane vjerovniku zakašnjenjem s plaćanjem, već štete koja je posljedica zlouporabe slobode ugovaranja na štetu vjerovnika.¹³⁷

¹³⁶ Prema odredbi točke 19. preambule Direktive 2011/7/EU. S druge strane, DCFR izrijekom predviđa pravo vjerovnika na naknadu štete zbog dužnikova zakašnjenja s plaćanjem u svom model-pravilu III. – 3:708 (2). Istovjetno pristupu DCFR-a, pravo vjerovnika na naknadu štete predviđeno je i odredbama čl. 171. st. 2. te čl. 173. st. 6. ECL (EG), kao i odredbom čl. 168. st. 2. CESL-a.

¹³⁷ Prema odredbama čl. 7. Direktive 2011/7/EU, države članice obvezane su osigurati da su ugovorne odredbe i praksa koje su izrazito nepoštene prema vjerovniku novčane obveze, prema nacionalnom pravu „ili neprovedive ili da predstavljaju osnovu za tužbu radi naknade štete.“

4. ZAKLJUČAK

Analiza odredbi Direktive 2011/7/EU pokazala je da one ne prihvaćaju pravilo istodobnog ispunjenja jer se direktivom očekuje od država članica da u nacionalnom pravu predvide da se činidba vjerovnika novčane obveze iz dvostranoobveznog ugovora uvijek mora ispuniti prije činidbe dužnika novčane obveze.

S obzirom na to da prema direktivi zakašnjenje dužnika s plaćanjem ne nastupa čim on ne ispuni svoju novčanu obvezu u ugovorenom ili zakonskom roku plaćanja, već je za nastanak zakašnjenja dužnika potrebna i odgovornost dužnika kao dodatna pretpostavka, zaključuje se da je direktiva prihvatila subjektivni koncept zakašnjenja dužnika s plaćanjem. Ocjenjuje se da bi jedini valjani egzoneracijski razlog morala biti ona zapreka dužnikovog pravovremenog plaćanja koja je u potpunosti izvan sfere dužnikova utjecaja, kao što je to okolnost više sile. Unatoč uskom krugu egzoneracijskih razloga zbog kojih se dužnik može osloboditi od odgovornosti za zakašnjenje prema direktivi, mišljenje autora je da bi ipak bilo prikladnije da i sama direktiva u nekoj budućoj preinaci preuzme objektivni koncept zakašnjenja vjerovnika jer je to više u skladu s njezinim ciljevima. Dodatan razlog za preuzimanje objektivnog koncepta zakašnjenja je i taj što je on prihvaćen u odredbama Bečke konvencije. Subjektivni koncept zakašnjenja predviđen direktivom slijede DCFR i ECL (EG), kao i CESL. Stoga autorova primjedba na takvo uređenje dužničkog zakašnjenja s plaćanjem vrijedi i u okviru odredaba tih izvora.

Pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem koje predviđaju i Direktiva 2011/7/EU i Direktiva 2000/35/EZ su pravo vjerovnika na zatezne kamate i na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih zakašnjenjem s plaćanjem. Direktivom 2011/7/EU uvedena je i nova pravna posljedica zakašnjenja dužnika s plaćanjem, a to je pravo vjerovnika na posebnu naknadu za troškove prouzrokovane mu zakašnjenjem dužnika.

Granični iznos za koji se pri izračunu stope zateznih kamata ima uvećati „referentna stopa“ uvećao se Direktivom 2011/7/EU za jedan postotni poen u odnosu na raniju direktivu. Za države članice eurozone „referentna stopa“ u smislu direktive bit će ili fiksna repo stopa ili varijabilna repo stopa Europske središnje banke. Za države članice čija valuta nije euro, „referentnom stopom“ smatra se „istovjetna stopa koju odredi središnja nacionalna banka. Mišljenje autora je da se pod izrazom „istovjetna stopa“ treba smatrati repo stopa (bilo fiksna bilo varijabilna) koju primjenjuje središnja nacionalna banka države članice. Drži se da propisivanje neke druge stope središnje nacionalne banke umjesto repo stope nije protivno odredbama direktive samo ako je ta druga stopa viša od repo stope središnje nacionalne banke jer će jedino u tome slučaju biti riječ o rješenju koje je povoljnije za vjerovnike novčanih obveza od onog predviđenog direktivom.

Direktiva 2011/7/EU ne dopušta ugovaranje stope zateznih kamata u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava. Kako bi mogućnost ugovaranja više stope zateznih kamata u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je dužnik novčane obveze osoba javnog prava bila povoljnije rješenje za poduzetnike

kao vjerovnike novčanih obveza, potrebno je uzeti da nije protivno direktivi takvo rješenje nacionalnog prava prema kojemu bi i u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je dužnik novčane obveze osoba javnog prava bilo dopušteno ugovaranje više stope zatezних kamata od zakonom propisane

Zakonskim zateznim kamatama namijenjena je odredbama Direktive 2011/7/EU primarno kaznena funkcija, s osobitim naglaskom na specijalnu prevenciju u smislu odvracanja dužnika novčanih obveza od zakašnjenja s plaćanjem. U kontekstu odredaba direktive, zakonske zatezne kamate nemaju funkciju naknade štete, ali imaju nadoknadnu funkciju: one su korektiv naknade za čimidbu isporuke robe ili pružanja usluga čija je visina prethodna bila ugovorena s obzirom na kraći predviđeni rok plaćanja.

Primarna funkcija posebne naknade za troškove prouzrokovane vjerovniku dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem je u paušalnoj naknadi pretpostavljene štete prouzrokovane vjerovniku, i to stvarne štete u vidu troškova koji su prouzrokovani vjerovniku dužnikovim zakašnjenjem. Druga funkcija posebne naknade je kaznena, i to specijalno preventivna s ciljem odvracanja dužnika novčanih obveza od zakašnjenja s plaćanjem. U odnosu prema visini dužne novčane obveze u slučajevima zakašnjenja s plaćanjem većih novčanih iznosa, paušalni iznos naknade koji predviđa Direktiva 2011/7/EU je simboličan zbog čega autor drži da ova mjera neće ostvariti svoju kaznenu funkciju, odnosno da neće učinkovito odvratiti dužnike od zakašnjenja s plaćanjem.

Povrh prava na paušalnu naknadu, države članice direktivom su obvezane osigurati u nacionalnom pravu i pravo vjerovnika na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih vjerovniku novčane obveze dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem. Funkcija razumne naknade troškova je u naknadi dokazane stvarne štete. U nekoj budućoj preinaci Direktive 2011/7/EU bilo bi poželjno predvidjeti obvezu država članica da nacionalnim pravom vjerovniku umjesto razumne naknade troškova priznaju pravo na punu naknadu troškova prouzrokovanih mu dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem, što je i jedino logično rješenje imajući u vidu napore direktive usmjerene na suzbijanje zakašnjenja s plaćanjem i na zaštitu vjerovnika od negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem.

Države članice nisu posebno obvezane da nacionalnim propisima osiguraju pravo vjerovnika na naknadu druge štete koja je vjerovniku prouzrokovana dužnikovim zakašnjenjem. No direktiva izričito naglašava da njene odredbe ne isključuju primjenu odredaba nacionalnih propisa prema kojima nacionalni sud može naložiti dužniku da vjerovniku naknadi bilo kakvu dodatnu štetu nastalu u vezi s dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem.

Summary

THE NOTION AND THE LEGAL CONSEQUENCES OF LATE PAYMENT IN COMMERCIAL TRANSACTIONS IN THE EUROPEAN UNION LAW

This paper deals with the notion of late payment set out in the Directive 2011/7/EU on combating late payment in commercial transactions, as well as with the legal consequences of late payment provided by the provisions of the Directive. The first aim of the paper is to determine the meaning of certain provisions of the Directive, through conceptual analysis and grammatical, systematic and teleological interpretation. The second aim is to assess the extent to which the Directive can achieve its operative objective: to provide creditors with instruments that will enable them to fully and effectively exercise their rights in cases of late payment. Analyzing the notion of late payment, it is determined that the directive provides for a subjective concept of late payment. The differences between the subjective and the objective concept of late payment are being discussed and the conclusion is drawn that the objective concept is more acceptable and favourable to creditors of monetary obligations. In light of the theoretical disputes about the function of interest for late payment, it is examined which function the interest for late payment has in the context of the provisions of the Directive. Since the latter also introduced a special compensation for recovery costs, attempt is made to determine its function as well. As a matter of practical importance, the defects of the regulation of late payment set forth in the Directive 2011/7/EU are identified, accompanied with the proposals for more efficient solutions *de lege ferenda*.

Key words: *late payment, interest for late payment, compensation for recovery costs, Directive 2000/35/EC, Directive 2011/7/EU.*

Zusammenfassung

DER BEGRIFF UND DIE RECHTSFOLGEN DES ZAHLUNGSVERZUGS IM HANDELSVERTRAG IM RECHT DER EUROPÄISCHEN UNION

Der Gegenstand dieser Arbeit ist der Begriff des Zahlungsverzugs, welcher in der Richtlinie 2011/7/EU über die Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsvertrag dargelegt wird, und die von Verordnungen der Richtlinie vorgesehenen Rechtsfolgen. Ein Ziel der Arbeit ist, mit Hilfe der Begriffsanalyse und der grammatischen, systematischen und teleologischen Auslegung die Bedeutung einzelner Verordnungen der Richtlinie festzustellen. Das zweite Ziel der Arbeit ist die Schätzung, in welchem Maß das operative Ziel der Richtlinie verwirklicht werden kann bzw. den Gläubigern, Instrumente zu geben, welche ihnen ermöglichen werden, dass sie ihre Rechte im Falle des Zahlungsverzugs völlig und effektiv verwirklichen. Wenn man den in der Richtlinie 2011/7/EU dargelegten Begriff des Zahlungsverzugs analysiert, wird festgestellt, dass die Richtlinie das subjektive Konzept des Zahlungsverzugs von Seiten des Gläubigers vorsieht. Die Unterschiede zwischen subjektivem und objektivem Konzept des Zahlungsverzugs von Seiten des Gläubigers werden besprochen und die Schlussfolgerung, dass das objektive Konzept mehr akzeptabel und günstiger für Gläubiger von Geldverbindlichkeiten ist, wird gezogen. Im Lichte der theoretischen Streitigkeiten über die Funktion von Verzugszinsen wird die Funktion von Verzugszinsen als Rechtsfolge des Zahlungsverzugs im Kontext der Verordnungen von Richtlinie betrachtet. Da die Richtlinie auch die besondere Erstattung der dem Gläubiger wegen Zahlungsverzugs des Schuldners verursachten Kosten eingeführt hat, wird auch die Funktion dieser besonderen Erstattung besprochen. Die Mängel der von der Richtlinie 2011/7/EU vorgesehenen Regelung des Zahlungsverzugs werden festgestellt und die Vorschläge für wirkungsvolle Lösungen werden *de lege ferenda* dargelegt.

Schlüsselwörter: *Verzug des Schuldners, Verzugszinsen, besondere Erstattung der durch Verzug verursachten Kosten, Richtlinie 2000/35/EG, Richtlinie 2011/7/EU.*

Riassunto

NOZIONE E CONSEGUENZE GIURIDICHE DEL RITARDO NEL PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Il tema d'indagine del lavoro è rappresentato dalla nozione di ritardo nel pagamento di cui alla Direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e dalle conseguenze giuridiche del ritardo nel pagamento previste nelle disposizioni della direttiva. Uno degli scopi del lavoro è di individuare il significato delle singole disposizioni della direttiva attraverso l'analisi concettuale e l'interpretazione letterale, sistematica e teleologica. Un altro fine del lavoro è di valutare in quale misura si può davvero raggiungere lo scopo operativo della direttiva: messa a disposizione dei creditori di strumenti che permetteranno loro di far valere appieno ed in maniera efficace i propri diritti nel caso di ritardo nel pagamento. Analizzando la nozione di ritardo nel pagamento di cui alla Direttiva 2011/7/UE, si accerta che la direttiva prevede una concezione soggettiva di ritardo del debitore nel pagamento. Si dibatte circa le differenze della concezione soggettiva e di quella oggettiva di ritardo del debitore nel pagamento e si perviene alla conclusione che la concezione oggettiva è maggiormente accettabile e più conveniente per i creditori di obbligazioni pecuniarie. Alla luce delle diatribe teoriche circa la funzione degli interessi moratori, si riflette sulla funzione che gli interessi moratori, alla stregua di conseguenza giuridica del ritardo nel pagamento, hanno nell'ambito delle disposizioni della direttiva. Posto che con la direttiva è stata introdotta anche una particolare indennità per le spese sorte in capo al creditore in ragione del ritardo del debitore nel pagamento, si discute anche della funzione di questa particolare indennità. Siccome trattasi di questioni che hanno significativa rilevanza pratica, si individuano le lacune circa la regolamentazione del ritardo nel pagamento di cui alla Direttiva 2011/7/UE e si illustrano delle proposte per migliori soluzioni de lege ferenda.

Parole chiave: *ritardo del debitore, interessi moratori, indennità particolare per le spese dovute al ritardo, Direttiva 2000/35/CE, Direttiva 2011/7/UE.*

OPOREZIVANJE ELEKTRONIČKE TRGOVINE POREZOM NA DODANU VRIJEDNOST: POREZNOPRAVNI OKVIR EUROPSKE UNIJE

Stjepan Gadžo, mag. iur., znanstveni novak
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 339.923::061.1EU
Ur.: 25. rujna 2012.
Pr: 18. listopada 2012.
Prethodno priopćenje

Sažetak

U ovom se radu analizira sustav pravila stvoren u pravu Europske unije (EU), a koji regulira oporezivanje elektroničke trgovine (e-trgovine) porezom na dodanu vrijednost (PDV). Nastanak i ubrzani razvoj e-trgovine nametnuli su potrebu stvaranja posebnog pravnog okvira za njezino oporezivanje na globalnoj razini. EU je danas jedina nadnacionalna tvorevina na svijetu u kojoj svih 27 država članica primjenjuje jedinstveni sustav pravila za oporezivanje elektronički isporučenih usluga (e-usluga), kao jedne podvrste e-trgovine, PDV-om. Taj je sustav pravila stvoren intervencijama zakonodavca EU-a prvenstveno u Šestu direktivu, odnosno Direktivu 2006/112/EZ, koja je najvažniji izvor za harmonizaciju PDV-a u EU, ali i donošenjem niza provedbenih akata. Nakon definiranja osnovnih pojmova bitnih za ovu tematiku te povijesnog prikaza osnovnih napora stvaranja posebnog pravnog okvira u EU, u radu se, prizmom poreznopravne analize, iznosi pregled najvažnijih odrednica sustava oporezivanja e-usluga PDV-om u EU, s posebnim osvrtom na pravila o mjestu oporezivanja. Ukazuje se kako je sustav stvoren na teoretski prihvatljivim osnovama, ali su i dalje prisutni brojni problemi, posebno u praktičnoj primjeni utvrđenih pravila, te se na neke od njih pokušava dati i prikladno rješenje. Osnovne spoznaje u ovom iznimno aktualnom području iznose se analizom relevantnih izvora prava EU-a te znanstvene i stručne literature.

Ključne riječi: *porez na dodanu vrijednost, elektronička trgovina, porezno pravo EU, e-usluge, načelo odredišta.*

1. UVOD

Porezni sustav svake države, kao dio njezinog pravnog sustava, derivat je ukupnog društvenog i ekonomskog sustava te države. Zato postoji neprekidna nužnost prilagođavanja poreznog sustava promjenama u društvenom i ekonomskom

sustavu, pa tako i tehnološkim promjenama. „Odnosi između oporezivanja i tehnološkog razvoja uvijek su bili interaktivni, dinamični i kompleksni. Stvaranje prava može biti sporo i mučno, dok tehnologija često napreduje vratolomnom brzinom¹“. Jedna od najvažnijih tehnoloških promjena koja je utjecala na korjenite promjene u društveno-ekonomskom okruženju krajem 20. stoljeća jest pojava interneta² u svakodnevnim odnosima, uključujući i one poslovne, u kojima sudjeluju fizičke osobe, pravne osobe, pa i osobe javnog prava. Internet možemo definirati kao „računalnu mrežu koja nastaje povezivanjem više računalnih mreža, s time da je internet javno dostupan međunarodni, odnosno globalni sustav međusobno povezanih računala.“³ Jedna od mogućnosti koje pruža internet, a koja je dovela do revolucije u obavljanju čitavog niza poslovnih aktivnosti u posljednjih 20-ak godina jest elektronička trgovina (engl. *electronic commerce* ili *e-commerce*; dalje u radu: e-trgovina). Iako ni danas nema općeprihvaćene definicije e-trgovine,⁴ za potrebe ovog rada može se definirati kao „trgovina koja obuhvaća sve trgovačke transakcije, bilo da je riječ o onima između individualnih, fizičkih osoba ili trgovačkih društava ili s njima izjednačenih subjekata, koja se provodi kroz elektroničke mreže“⁵.

Pojava i razvoj e-trgovine utjecala je na promjene i prilagodbe u mnogim granama prava, ali može se reći kako je upravo porezno pravo ona grana prava koja se još uvijek nije na prihvatljiv način prilagodila novim okolnostima – „virtualnom svijetu“ u kojem se odvija razmjena dobara i usluga. „To je pogotovo izraženo kod poreza na promet, kao što je porez na dodanu vrijednost. Tradicionalna načela poreza na dodanu vrijednost uglavnom su stvorena tako da djeluju temeljem zemljopisne lokacije stranaka ili same transakcije. Te uporišne točke oporezivanja nestaju kad se poslovna aktivnost odvija putem interneta.“⁶ S obzirom na značaj poreza na dodanu vrijednost (dalje u radu: PDV) u poreznim sustavima većine svjetskih

- 1 Basu, S., *Global perspectives on e-commerce taxation law*, Ashgate, Aldershot, 2007., str. 1.
- 2 Španjolski sociolog Manuel Castells, koji se specijalizirao za istraživanje informacijskog društva i komunikacijskih sustava, navodi kako je razvoj računalne tehnologije te pojava i širenje interneta u posljednja dva desetljeća 20. stoljeća rezultirao rađanjem nove tehnološke i društvene paradigme. (prema: Mesarić M., *Informatička revolucija i njezin utjecaj na stvaranje informatičke, mrežne, globalne ekonomije - analiza Manuela Castellsa*, Ekonomski pregled, Zagreb, vol. 56, br. 5-6, 2005., str. 389-422.)
- 3 Matić, T., *Osnove prava elektroničke trgovine*, M.E.P. Consult, Zagreb, 2008., str. 27. Potrebno je spomenuti i definiciju interneta koju je prihvatila Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD). OECD-ov rječnik statističkih podataka tako navodi kako je internet „globalni sustav povezanih računalnih mreža koji omogućuje podatkovne komunikacijske usluge kao što su logiranje na daljinu (*remote log in*), prijenos podataka, elektronička pošta (*e-mail*), elektroničke oglasne ploče (*bulletin boards*) i *news* grupe.“ (*OECD Glossary of Statistical Terms*, dostupno na: <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4512> (10.1.2012.)).
- 4 Detaljnije o samom pojmu e-trgovine i o različitim mogućnostima njenog definiranja vidi: *infra*.
- 5 Matić, T., *op. cit.*, u bilj. 3., str. 5.
- 6 Hargitai, C., *Value Added Taxation of Electronic Supply of Services within the European Community*, Jean Monnet Working Paper Br. 13/01, 2001., dostupno na: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/013301.html> (1.12.2011.), str. 2.

država,⁷ ne čudi kako su još od druge polovice 90-ih godina prošlog stoljeća uloženi značajni naponi kako bi se na međunarodnoj razini postigao konsenzus oko rješavanja problema koji se javljaju prilikom oporezivanja PDV-om transakcija u okviru e-trgovine. Rješavanje tih problema, na međunarodnoj, odnosno globalnoj razini predstavlja nužnost zbog same prirode e-trgovine. „Najvažnije obilježje interneta koje je značajno za e-trgovinu i međunarodnu poreznu politiku je potpuna beznačajnost zemljopisnih odrednica. Internet je tehnologija koja ne poznaje granice među državama.“⁸ Iako je u ovom području veoma važno i vrijedno djelovanje Organizacije za ekonomsku suradnju i razvoj⁹ (dalje u radu: OECD), može se reći kako su najviše prijedloga i konkretnih zakonodavnih akata donijele institucije Europske unije (dalje u radu: EU). U EU je danas na snazi dugotrajno razvijani i relativno kompleksni sustav oporezivanja PDV-om elektronički isporučenih usluga (engl. *electronically supplied services* ili *e-services*; dalje u radu: e-usluge), koje čine podvrstu e-trgovine.¹⁰ Taj sustav pravila postavlja nove velike zahtjeve ne samo pred porezna tijela svih država članica EU-a (ali i onih država koje će to tek postati, poput Republike Hrvatske), već i pred sve poduzetnike koji sudjeluju u transakcijama u okviru e-trgovine na području EU-a.

Cilj je ovog rada dati prikaz sustava pravila predviđenih pravom EU-a koja se odnose na oporezivanje PDV-om e-trgovine, s osobitim naglaskom na oporezivanje e-usluga, te pokušati odgovoriti na ključna otvorena teoretska i praktična pitanja koja se u ovom području nameću pred institucije EU. Rad je strukturno podijeljen na četiri osnovna dijela. Nakon uvoda kao prvog dijela, u drugom se dijelu navode osnovna pitanja koja su pojava i razvoj e-trgovine nametnuli pred porezne vlasti u EU i u svijetu, s obzirom na PDV i druge poreze na potrošnju, te se daje kratak pregled najvažnijih pravnih izvora prava EU-a u tom području. U trećem dijelu detaljno se analizira sustav oporezivanja e-usluga PDV-om prema pravu EU-

7 Vidi *infra*, bilj. 24.

8 Doernberg, R.; Hinnekens, L., *Electronic commerce and international taxation*, Kluwer Law International, The Hague, 1999., str. 7.

9 Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD) je međunarodna organizacija osnovana 1961. godine (iako je njezina prethodnica, Organizacija za europsku ekonomsku suradnju, osnovana još 1948.) radi promicanja ekonomskog razvoja i svjetske trgovine. Članstvo OECD-a danas čine 34, većinom razvijene i visoko razvijene, svjetske države. OECD putem svog Odbora za fiskalna pitanja ima aktivnu ulogu i u području oporezivanja, pa i kada se radi o novim pojavama, kao što je e-trgovina. U literaturi se navodi kako je „OECD-ov Odbor za fiskalne poslove počeo proučavati pitanja posrednog oporezivanja e-trgovine ubrzo nakon što se e-trgovina potvrdila kao značajna ekonomska sila“ (Doernberg, R. *et al.*, *Electronic commerce and multijurisdictional taxation*, Kluwer Law International, The Hague, 2001., str. 514.). „OECD-ov položaj sastoji se u pomaganju pri dijalogu između država članica i država koje nisu članice te poduzeća koja u njima posluju, a radi boljeg razumijevanja i djelovanja u području oporezivanja e-trgovine ... Iako OECD ne donosi porezne propise *per se*, ipak na njih ima utjecaj kroz raspravu o e-trgovini i različite odredbe koje su dogovorene između država“ (Alexiou, C.; Morrison, D., *The Cross-Border Electronic Supply EU-VAT Rules: Lessons for Australian GST*, *Revenue Law Journal*, vol. 14., br. 1., 2004., dostupno na: <http://epublications.bond.edu.au/rlj/vol14/iss1/7> (10.2.2012.), str. 2.

10 O osnovnim obilježjima i podjeli e-trgovine vidi: *infra*.

a, s posebnim naglaskom na raščlambu pravila o mjestu oporezivanja. Četvrti i posljednji dio rada je zaključak.

2. PDVI E-TRGOVINA: OSNOVNA PITANJA I NJIHOVO RJEŠAVANJE NA RAZINI EU

2.1. Značenje harmonizacije PDV-a u EU

PDV danas predstavlja općeprihvaćeni suvremeni oblik općeg poreza na promet.¹¹ Uvođenje PDV-a i njegov razvoj u poreznim sustavima europskih zemalja neraskidivo je povezan s razvojem EU-a i inicijativom Europske komisije o harmonizaciji (usklađivanju) propisa država članica EU-a (dalje u radu: države članice) kojima se uređuje oporezivanje prometa.¹² Harmonizacija u tom području bila je nužna za ostvarivanje ideje o ekonomskoj integraciji europskih zemalja čiji je konačni cilj stvaranje unutarnjeg tržišta u EU,¹³ a koje čine područja svih država članica te na kojem djeluju četiri temeljne gospodarske slobode.¹⁴ Razlog za intenzivnu harmonizaciju posrednih poreza,¹⁵ uključujući i PDV, u EU, je što se ti porezi nameću na promet (odnosno na potrošnju, ako promatramo njihov financijsko-gospodarski smisao)¹⁶ dobara i usluga te tako imaju izravan i trenutačan učinak na međunarodnu razmjenu dobara i usluga. „Posredni porezi su primjetnija prepreka trgovini unutar EU nego neposredni porezi. Oni vidljivo i izravno utječu na slobodu trgovanja.“¹⁷ Da su države članice EU-a odmah prepoznale važnost harmonizacije poreza na promet, dovoljno govori kako pravna osnova za harmonizaciju posrednih poreza (za razliku od neposrednih poreza) postoji u primarnom pravu EU-a.

11 O oporezivanju prometa te oblicima poreza na promet vidi: Jelčić, Bo., et al., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 367-384. O osnovnim obilježjima PDV-a, njegovim prednostima u odnosu na ostale oblike općeg poreza na promet te glavnim elementima PDV-a vidi *ibid.*, str. 392-435., također i: Šimović, J. et al., *Porez na dodanu vrijednost*, Birotehnika, Zagreb, 1997., isto i: Tait, A., *Value Added Tax*, International Monetary Fund, Washington, D.C., 1989., str. 3-38.

12 O povijesnom razvoju PDV-a vidi: Jelčić, Bo., et al., u bilj. 11., str. 389-392.

13 Za objašnjenje pojmova unutarnje tržište i zajedničko tržište, koji se spominju u pravu EU-a i znanstvenoj i stručnoj literaturi, vidi: Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H., Martinović, A., *Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji*, Inženjerski biro, Zagreb, 2011., str. 13-14.

14 Četiri temeljne gospodarske slobode, koje čine okosnicu unutarnjeg tržišta u EU, su: sloboda kretanja robe, sloboda pružanja usluga, sloboda kretanja osoba i sloboda kretanja kapitala. O pojedinim slobodama detaljno vidi *ibid.*

15 Podjela poreza na posredne (neizravne) i neposredne (izravne), koja se koristi na više mjesta u radu, polazi od kriterija da se jedni (posredni) plaćaju pri trošenju dohotka, a drugi (neposredni) prije trošenja dohotka (prema: Jelčić, Bo., et al., u bilj. 11., str. 105.). Tako su tipični predstavnici posrednih poreza različiti oblici poreza na promet, a predstavnici neposrednih poreza porez na dohodak, porez na dobit i imovinski porezi.

16 Prema: Jelčić, Ba., *Javne financije*, RRIF-plus, Zagreb, 2001., str. 309.

17 Terra, B., Wattel, P., *European tax law*, Kluwer law international, Alphen aan de Rijn, 2008., str. 158.

Preciznije, radi se o čl. 113. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.¹⁸ Na temelju navedenoga članka, počevši od 1967. godine, Vijeće EU-a je donijelo niz direktiva,¹⁹ s time da je najvažnija direktiva kojom je harmoniziran sustav PDV-a u EU, tzv. Šesta direktiva iz 1977.²⁰ Od 1. siječnja 2007. Šestu direktivu u potpunosti je zamijenila Direktiva Vijeća 2006/112/EZ o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost²¹ (dalje u radu: Direktiva 2006/112/EZ), koja je također u posljednjih nekoliko godina doživjela niz izmjena i dopuna. Implementacijom EU direktiva o PDV-u u zakonodavstvo država članica postignut je iznimno visok stupanj

-
- 18 Navedeni članak isti je kao prijašnji čl. 93. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (UEZ) koji glasi: „Vijeće, odlučujući jednoglasno, u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom i nakon savjetovanja s Europskim parlamentom te Gospodarskim i socijalnim odborom, donosi odredbe za usklađivanje zakonodavstva o porezu na promet, trošarinama i ostalim oblicima posrednih poreza u mjeri u kojoj je takvo usklađivanje nužno da bi se osigurala uspostava i funkcioniranje unutarnjeg tržišta i kako bi se izbjeglo narušavanje tržišnog natjecanja.“ U literaturi se navodi kako je: „čl. 93. pravna osnova za naprednu harmonizaciju poreza na promet unutar EU. Njihovi sustavi i porezne osnovice moraju biti harmonizirani jer bi se u suprotnom unutarnji porezi na dobra i usluge mogli koristiti od strane država članica kao zamjena za sada zabranjene uvozne carine ili izvozne subvencije, a koje su se prije nametale, odnosno davale.“ (*ibid.*, str. 10.)
- 19 Godine 1967. donesen je prvi akt kojim je započet postupak usklađivanja sustava oporezivanja prometa u državama članicama EU - Prva direktiva Vijeća 67/227/EEZ od 11. travnja 1967. o usklađivanju zakonodavstva država članica s obzirom na porez na promet (*First Council Directive 67/227/EEC of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes*), SL 71, 14.4.1967.
- 20 Šesta direktiva Vijeća od 17. svibnja 1977. o usklađivanju zakona država članica koji se odnose na poreze na promet - zajednički sustav poreza na dodanu vrijednost: jedinstvena osnovica za razrezivanje (*Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment*), SL L 145, 13.6.1977, str. 1-40.
- 21 *Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax*, SL L 347, 11.12.2006, str. 1–118.; Kako se navodi u literaturi „s brojnim izmjenama i dopunama sam tekst Šeste direktive postao je nepregledan i nerazumljiv. Zbog toga se pojavila potreba da se izvrši sistematizacija u jednom dokumentu koji bi bio pregledniji i razumniji ... Osnovni cilj sistematizacije propisa o PDV-u bio je da se tekst Šeste direktive oslobodi od onih odredbi koje više nisu u primjeni te da se u novu direktivu uključe sve one odredbe koje se odnose na oporezivanje prometa, a koje su se do tog trenutka nalazile u drugim pravnim aktima.“ (Jelčić, Bo., *et al.*, u bilj. 11., str. 391-392.) U Direktivu 2006/112/EZ tako su inkorporirane sve dotadašnje izmjene Šeste direktive kao u jedan jedinstveni pravni akt. Zbog brojnih izmjena i dopuna koje je sama Direktiva 2006/112/EZ doživjela od svog donošenja, 2010. je u Službenom listu EU (*Official Journal of the European Union*) objavljen konsolidirani (integrirani) tekst Direktive u koji su ugrađene sve dotadašnje izmjene, dopune i ispravci. Praksa objavljivanja konsolidiranih verzija Direktive 2006/112/EZ nastavila se i u narednom razdoblju nakon značajnijih izmjena i dopuna Direktive, a radi jasnoće i racionalizacije. Kada se u ovom radu citiraju pojedine odredbe Direktive 2006/112/EZ misli se na njezin posljednji konsolidirani tekst objavljen 1.1.2011. (dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006L0112:20110101:EN:PDF> (1.2.2012.)). Radi lakšeg snalaženja, Direktiva 2006/112/EZ sadrži i korelacijsku tablicu u kojoj se numeracija članaka uspoređuje s numeracijom Šeste direktive i njezinim kasnijim izmjenama i dopunama.

harmonizacije oporezivanja prometa u EU.²² Osnovni elementi PDV-a, uređeni Direktivom 2006/112, harmonizirani su u svim državama članicama,²³ pa se često govori o „europskom (tj. EU) PDV-u“, iako se nikako ne radi o nadnacionalnom poreznom obliku, već je trenutno na području EU na snazi 27 nacionalnih poreznih oblika općeg poreza na promet, koji su međusobno usklađeni implementacijom navedenih direktiva u nacionalne porezne sustave država članica. PDV se ipak već odavno ne može smatrati isključivo „europskim porezom“ prema kriteriju država u kojima se primjenjuje, s obzirom na to da se danas primjenjuje u ukupno preko 150 svjetskih država te u 33 od 34 države članice OECD-a.²⁴ Prema riječima Alana Taita, koji opisuje PDV kao „neusporedivi porezni fenomen“, „povijest oporezivanja ne otkriva nijedan drugi porez koji je u trideset godina osvojio svijet, od teorije do prakse.“²⁵ No, s obzirom na upravo opisano značenje PDV-a za EU, upravo se pravo EU-a²⁶ može prihvatiti kao najprikladniji okvir za razmatranje novih pojava, pitanja i problema vezanih za oporezivanje prometa dobara i usluga PDV-om. Također, imajući u vidu načelo nadređenosti prava EU-a,²⁷ analiza pravne stečevine

- 22 Direktive su pravni akti koji se ubrajaju u sekundarno pravo EU-a. One su „obvezujuće za države članice kojima su upućene u odnosu na rezultat koji je potrebno ostvariti, ali ostavljaju državama izbor oblika i metoda ostvarivanja tih ciljeva“ (Čapeta, T., Rodin, S., *Osnove prava Europske unije - na temelju Lisabonskog ugovora: gradivo za cjeloživotno obrazovanje pravnika*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 11.). Rezultat implementacije direktiva koje se odnose na poreznu harmonizaciju jest da „porezni režimi država članica postaju kompatibilni jedni s drugima, iako i dalje potpadaju pod suverenu vlast svake države“ (Hargitai, C., *op. cit.*, u bilj. 6., str. 10.).
- 23 Važno je istaknuti kako i dalje postoje značajne razlike u sustavima PDV-a pojedinih država članica EU-a, pogotovo vezano uz porezna oslobođenja i porezne stope (detaljnije o tome vidi: Šimović, J., Šimović H., *Fiskalni sustav i fiskalna politika Europske unije*, Pravni fakultet, Zagreb, 2006., str. 139-144.; također i: De la Feria, R., *VAT and the EC Internal Market: The Shortcomings of Harmonisation*, Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper 09/29, Oxford, 2009., str. 27-31.).
- 24 Prema: OECD (2011), *Consumption Tax Trends 2010: VAT/GST and Excise Rates, Trends and Administration Issues*, OECD Publishing, dostupno na: 10.1787/ctt-2010-en (3.1.2012.), str. 11. Važna iznimka od navedene široke primjene PDV-a su Sjedinjene Američke Države (SAD), u kojima ne postoji opći porez na promet na saveznoj razini. Ipak, 46 od 50 saveznih država SAD-a do danas je uvelo u svoje porezne sustave porez na promet u trgovini na malo (engl. *retail sales tax*). Više o oporezivanju prometa u SAD-u te potencijalnom uvođenju PDV-a na saveznoj razini vidi: Rosen, H., *Javne financije*, Institut za javne financije, Zagreb, 1999., str. 482-485.
- 25 Tait, A., *op. cit.*, u bilj. 11., str. 3. Više o širenju primjene PDV-a u svijetu vidi: Schenk, A., Oldman, O., *Value added tax: a comparative approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007., str. 17-19.
- 26 „Pravo koje proizlazi iz Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, te Ugovora o Europskoj zajednici za atomsku energiju, zajednički se naziva „pravo Europske unije“. Ono obuhvaća sve pravne norme, u bilo kojem obliku, koje su sadržane u Osnivačkim ugovorima ili koje su donesene na temelju Osnivačkih ugovora. Ukupnost tih pravnih normi naziva se još i pravnom stečevinom Europske unije“ (Čapeta, T., Rodin, S., *op. cit.*, u bilj. 22., str. 10.).
- 27 Načelo nadređenosti (prvenstva) prava EU-a „određuje da pravo EU ima prednost u primjeni pred nacionalnim pravom države članice ... davanjem prvenstva u primjeni pravu EU pred

EU doima se prikladnijom od komparativne analize sustava PDV-a pojedinih država članica. „Za sudionike na europskom tržištu ključni su učinci prava EU-a te je analiza i rasprava o pravu EU-a nužna za primjenu PDV-a na nacionalnoj razini.“²⁸

2.2. Pregled osnovnih napora u EU u području oporezivanja e-trgovine PDV-om

Pojava i rapidan razvoj e-trgovine doveo je do značajnih implikacija na oporezivanje PDV-om prekograničnih prometa dobara i usluga. Poduzeta djelovanja kako bi se u tom području stvorio zadovoljavajući pravni okvir bila su usmjerena postizanju međunarodnog konsenzusa. Nakon što je značaj e-trgovine prepoznat u SAD-u,²⁹ ponajprije zbog pozitivnih ekonomskih učinaka,³⁰ i institucije EU-a

nacionalnim pravom ostvaruje se jedinstvena primjena prava EU na području svih država članica. Tako se i ovim načelom osiguravaju pretpostavke za ostvarivanje zadaća EU, a posebno za djelotvorno funkcioniranje zajedničkog tržišta“ (Josipović, T., *Načela europskog prava u presudama Suda Europske Zajednice*, Zagreb, Narodne novine, 2005., str. 62-63.). „Nadredenost prava EU nacionalnom pravu nije nikada bila izričito propisana Osnivačkim ugovorima. Usprikoš tome, shvaćanje koje je formulirao u predmetu *Costa v. ENEL* Europski sud stoji i danas. Štoviše, njegovu praksu vezanu uz nadredenost prava EU nacionalnom pravu prihvaćaju i druge institucije, uključujući i Vijeće ministara“ (Čapeta, T., Rodin, S., *op. cit.*, u bilj. 22., str. 57.).

28 Rendahl, P., *An Overview of Consumption Tax Implications on Sale of Digital Downloads in the European Union*, *Journal of Media Business Studies*, Jonkopping, vol. 4, br. 2., 2007., str. 68.

29 Glavne odrednice politike SAD-a prema stvaranju pravnog okvira za e-trgovinu objavljene su već 1997., za vrijeme administracije predsjednika Clintona, u dokumentu nazvanom „Okvir za globalnu elektroničku trgovinu“ (*A Framework for Global Electronic Commerce*). Jedno od devet posebnih područja koje se spominje u kontekstu pravne regulacije e-trgovine jest i područje carina i poreza. Tako je odmah utvrđeno kako „SAD smatraju kako se nikakvi novi porezi ne bi smjeli nametnuti na e-trgovinu. Oporezivanje trgovine koja se obavlja preko interneta treba biti dosljedno dosad ustanovljenim načelima međunarodnoga oporezivanja, izbjegavati nedosljednu nacionalnu poreznu jurisdikciju i dvostruko oporezivanje te treba biti jednostavno za provođenje i lako za razumijevanje.“ (dostupno na: <http://clinton4.nara.gov/WH/New/Commerce/read.html> (2.3.2012); detaljnije o samom dokumentu vidi: Doernberg, R., Hinnekens, L., *op. cit.*, u bilj. 8., str. 4-5.). Iako je SAD zbog svog ekonomskog položaja neto izvoznika e-usluga, koje su uvelike dale doprinos rastu „nove ekonomije“ u drugoj polovici 90-ih, zauzeo načelno liberalan stav prema regulaciji e-trgovine, odmah je prepoznata i nužnost rješavanja tih pitanja na međunarodnoj razini. Upravo na inicijativu SAD-a u narednom razdoblju donose se „zajedničke izjave o međusobnoj suradnji na području e-trgovine“ SAD-a i niza svjetskih država, pa tako i same EU, ali i potiče rasprava o ovim pitanjima na razini OECD-a i Svjetske trgovinske organizacije (WTO). (prema: Akšamović, D., *Internet trgovina i oporezivanje*, *Pravo i porezi*, br. 8/2000., 2000., str. 8-9.). U SAD-u je na snazi i Zakon o slobodi interneta od oporezivanja (*Internet Tax Freedom Act*), donesen 1997. godine. Taj zakon uveo je vremenski ograničeni moratorij unutar kojeg se zabranjuje uvođenje poreza na aktivnosti koje se obavljaju internetom (npr. *bit tax*), poreze na pristup internetu, ali i višestruko ili diskriminatorno oporezivanje e-trgovine. (Detaljnije o ovome vidi: Basu, S., u bilj. 1., str. 205-208.) Moratorij je naknadno zakonskim izmjenama više puta produžavan te, prema trenutno važećim propisima, prestaje važiti 1. listopada 2014.

30 U svibnju 2011. institut McKinsey (*McKinsey Global Institute*) objavio je rezultate sveobuhvatnog istraživanja o utjecaju internetskih aktivnosti (uključujući i e-trgovinu) na

pokrenule su inicijativu za stvaranje optimalnog regulatornog okvira za poticanje rasta e-trgovine. Tako je Europska komisija 1997. donijela tzv. Zelenu knjigu o e-trgovini,³¹ u kojoj je prepoznato značenje e-trgovine za gospodarski razvoj i konkurentnost država članica na globalnim tržištima.³² U dijelu u kojem spominje oporezivanje, navodi se kako je „za omogućenje rasta e-trgovine, nužno da porezni sustavi osiguraju pravnu sigurnost (tako da porezne obveze budu jasne, transparentne i predvidive) i poreznu neutralnost (tako da ove nove aktivnosti ne budu dodatno opterećene, u usporedbi sa tradicionalnom trgovinom).“³³ Ako se radi o posrednim porezima, Komisija je već u tom dokumentu zauzela stav kako je PDV prikladan porezni oblik za oporezivanje e-trgovine.³⁴ Uslijedilo je donošenje dokumenta pod nazivom „Elektronička trgovina i posredni porezi“,³⁵ čiji je temeljni cilj bio definirati osnovne smjernice za posredno oporezivanje e-trgovine, a koje će predstavnici EU-a izložiti na raspravi o e-trgovini na ministarskoj konferenciji OECD-a u Ottawa 1998.³⁶ Osnovni problem koji je Europska komisija istaknula u

gospodarski rast, zaposlenost i druge makroekonomske pokazatelje u 13 svjetskih država koje raspolažu s ukupno više od 70% svjetskog BDP-a (države skupine G8, Brazil, Indija, Kina te države s visokom stopom uporabe interneta – Švedska i Južna Koreja). Objavljeno je kako internet aktivnosti sudjeluju u prosječno 3,4% BDP-a u promatranim državama (sa snažnom tendencijom rasta) te za svako radno mjesto izgubljeno zbog napretka internetske tehnologije, internet stvara 2,6 novih radnih mjesta. SAD i dalje ostaje najveći tržišni takmac, budući da ostvaruje više od 30% ukupnih globalnih prihoda od interneta te više od 40% neto dobiti. (Prema: McKinsey Global Institute (2011.), *Internet matters, the net's sweeping impact on growth, jobs, and prosperity*, http://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/dotcom/Insights%20and%20pubs/MGI/Research/Technology%20and%20Innovation/Internet%20matters%20%20Nets%20sweeping%20impact/MGI_internet_matters_full_report.ashx (4.1.2012.)). Rezultate ovog istraživanja koristi i Europska komisija u novijim dokumentima koji se bave razvojem internetskog društva i e-trgovine (vidi: COM(2011) 942 final).

- 31 COM(1997) 157 final - *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A European Initiative in Electronic Commerce* od 16.4.1997.
- 32 Detaljnije o Zelenoj knjizi o e-trgovini vidi: Klarić, M., *Porez na dodanu vrijednost u elektroničkoj trgovini EU*, Pravo i porezi br. 12/2004., 2004., str. 66.; također i: Doernberg, R., Hinnekens, L., u bilj. 8., str. 231-232.
- 33 COM(1997) 157 final, *op. cit.*, u bilj. 31.
- 34 „U tom smislu Europska je komisija odbacila mogućnost uvođenja posebne vrste poreza na elektroničke transakcije (*bit tax*)“ (Klarić, M., *op. cit.*, u bilj. 32., str. 66.). O osnovnim obilježjima *bit tax*-a kao posebnog poreznog oblika, koji je u kasnijim raspravama odbačen kao neprikladan način oporezivanja e-trgovine, vidi: Westberg, B., *Cross-border taxation of E-commerce*, IBFD, Amsterdam, 2002., str. 187-191.
- 35 COM(1998) 374 final - *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee - Electronic commerce and indirect taxation* od 17.6.1998.
- 36 Ministarska konferencija OECD-a pod nazivom „Svijet bez granica: ostvarenje potencijala globalne elektroničke trgovine“ održana je u Ottawi od 7. do 9. listopada 1998., a jedna od tema rasprave bila je i oporezivanje e-trgovine (detaljnije o samoj konferenciji vidi: Akšamović, D., *op. cit.*, u bilj. 29., str. 7.-8.). Sudionici konferencije, ministri država članica OECD-a, prihvatili su izvješće OECD-ovog Odbora za fiskalna pitanja pod nazivom: „Elektronička trgovina: uvjeti za porezni okvir“, u kojem se navode osnovna načela oporezivanja koja bi se trebala primijeniti na e-trgovinu. Osim navođenja nekih klasičnih

navedenom dokumentu³⁷ odnosi se na nejednaki tržišni položaj između poduzetnika koji imaju poslovni nastan na području EU-a te isporučuju usluge u okviru e-trgovine potrošačima izvan EU-a i poduzetnika koji nemaju poslovni nastan na području EU-a³⁸ (što se uglavnom odnosilo na poduzetnike iz SAD-a), a koji iste usluge isporučuju potrošačima³⁹ iz EU-a. Naime, poduzetnici iz SAD-a imali su pritom značajnu poreznu prednost u smislu neoporezivanja PDV-om isporučenih usluga, za razliku od poduzetnika iz EU-a, koji su morali obračunavati PDV na svoje isporuke. U skladu s tim predložen je model oporezivanja prekogranične direktne e-trgovine, tj. isporuka e-usluga,⁴⁰ prema načelu odredišta,⁴¹ odnosno prema mjestu potrošnje. E-usluge namijenjene potrošnji unutar EU-a, a koje isporučuju poduzetnici bez poslovnog nastana u EU, oporezovale bi se tako PDV-om u onoj državi članici u

načela oporezivanja (o tim načelima detaljnije vidi: Jelčić, Bo., *et al.*, u bilj. 11., str. 177-205.) poput načela izdašnosti, načela prilagodljivosti (elastičnosti) i načela jeftinoće ubiranja poreza, naglašeno je i načelo porezne neutralnosti između e-trgovine i konvencionalnih oblika trgovine. To načelo prethodno je istaknuto i u dokumentima SAD-a i EU-a (vidi: COM(1997) 157 final, *op. cit.*, u bilj. 31., str. 19.), a zapravo znači da „porezni sustav ne bi trebao neke gospodarske djelatnosti niti povlašćivati niti diskriminirati tako da ekonomske odluke gospodarskih subjekata ne utječu na porezni sustav niti mjere porezne politike“ (Šimović, J., *Socijalni učinci poreza na dodanu vrijednost*, Revija za socijalnu politiku, vol. 5., br. 2., 1998., str. 101.). O općim načelima oporezivanja koje je utvrdio OECD-ov Odbor za fiskalna pitanja detaljnije vidi: Westberg, B., u bilj. 34., str. 56-82.

- 37 Isti je problem ponovno istaknut i u „Privremenom izvještaju o posljedicama elektroničke trgovine na porez na dodanu vrijednost i carine“ (*Interim report on the implications of electronic commerce for VAT and Customs*), dokumentu Europske komisije iz 1998., u kojem su uglavnom potvrđena stajališta istaknuta u prijašnjim dokumentima, poput mišljenja o prikladnosti PDV-a kao poreznog oblika za oporezivanje e-trgovine.
- 38 Kriterij poslovnog nastana odabran je u prijedlogu Direktive 2002/38/EZ za razlikovanje ovih dviju kategorija poreznih obveznika (poduzetnika) koji isporučuju e-usluge na području EU-a. Tako, nakon usvajanja Direktive 2002/38/EZ, čl. 26c Šeste direktive (danas je to čl. 358. (1) Direktive 2006/112/EZ) navodi definiciju „poreznog obveznika koji nema poslovni nastan u EU“ (engl. *non-established taxable person*) kao poreznog obveznika (u smislu čl. 4., st. 1. Šeste direktive) koji nema niti sjedište poslovne aktivnosti niti poslovnu jedinicu (engl. *fixed establishment*) na području EU-a te za kojeg se ne zahtijeva identifikacija u svrhe PDV-a na neki drugi način. Više o ovome vidi *infra*, bilj. 139.
- 39 Važno je naglasiti kako pravna regulativa EU-a koja se odnosi na PDV ne poznaje niti definira pojam „potrošača“ (za razliku od vrlo široke pravne stečevine EU-a u području prava zaštite potrošača, vidi: Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2011/83/EU). Ovdje se zapravo misli na razliku između isporuka kod kojih je primatelj porezni obveznik PDV-a (engl. *taxable person*) i isporuka kod kojih primatelj nije porezni obveznik PDV-a (engl. *non-taxable person*). Više o razlici između navedenih isporuka ovisno o statusu primatelja kao poreznog obveznika, u smislu odredbe čl. 9., st. 1. Direktive 2006/112/EZ, vidi *infra*, str. 24-25.
- 40 O pojmu direktne e-trgovine i e-usluga vidi *infra*.
- 41 Načelo odredišta je općeprihvaćeno načelo oporezivanja PDV-om dobara i usluga koje su predmet međunarodne razmjene. „Prema načelu odredišta dobra u međunarodnoj razmjeni terete se isključivo porezom na dodanu vrijednost zemlje u kojoj dolazi do krajnje potrošnje“. (Jelčić, Bo., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 11., str. 409.) Više o načelu odredišta i načelu porijekla kao alternativnim načelima oporezivanja PDV-om dobara i usluga u međunarodnoj razmjeni vidi *ibid.*, str. 408-409.

kojoj dolazi do krajnje potrošnje. S druge strane, kada se iste usluge „izvoze“ u države koje nisu članice EU-a (dalje u radu: države nečlanice), isporučitelji s poslovnim nastanom u EU ne moraju obračunavati PDV na vrijednost isporuke. Ovakav prijedlog, obrazložen ciljem uspostavljanja jednakih tržišnih uvjeta,⁴² slijedi i preporuke usvojene na konferenciji u Ottawi glede oporezivanja e-trgovine posrednim porezima.⁴³ Prijedlog je ostvaren donošenjem Direktive 2002/38/EZ,⁴⁴ kojom se mijenja Šesta direktiva. Direktiva 2002/38/EZ ima izniman značaj jer je njome prvi put u harmonizirani sustav PDV-a u EU uvodi pojam e-usluga, za čije se isporuke mijenjaju pravila o mjestu oporezivanja u skladu s načelom odredišta te se uvodi poseban postupak oporezivanja takvih usluga kada ih pruža porezni obveznik PDV-a koji nema poslovni nastan na području EU-a, a prima ih osoba koja nije porezni obveznik, a ima sjedište, prebivalište ili uobičajeno boravište na području EU-a.⁴⁵ Direktiva 2002/38/EZ uvodi i poseban Dodatak (Aneks) L u Šestu direktivu, u kojem se navode oblici usluga koje se posebno smatraju e-uslugama (npr. isporuka računalnih programa).⁴⁶ Europska komisija ubrzo je postala svjesna brojnih mana i nedorečenosti⁴⁷ novostvorenog sustava pravila o oporezivanju e-

42 Prema: COM(1998) 374 final, u bilj. 35.

43 Na konferenciji prihvaćeno izvješće OECD-ovog Odbora za fiskalna pitanja (vidi *supra*, bilj. 36.) sadrži nekoliko preporuka koji se tiču posrednih poreza (tj. poreza na potrošnju, kako se navodi u izvješću). EU je svoje kasnije djelovanje uskladila s preporukom da se „digitalizirane isporuke“ (odnosno isporuke u okviru direktne e-trgovine) ne bi trebale tretirati kao isporuke dobara (vidi *infra*). Druga važna OECD-ova preporuka, u skladu s kojom je EU oblikovala svoje zakonodavne prijedloge, odnosi se na oporezivanje prekograničnih isporuka u okviru e-trgovine prema načelu odredišta, tj. mjestu potrošnje. (prema: OECD (1998), *Ottawa Tax Framework*, <http://www.oecd.org/dataoecd/46/3/1923256.pdf>, (10.12.2011)). Ono što je izazvalo kritike, pogotovo SAD-a, djelovanja institucija EU-a pri donošenju Direktive 2002/38/EZ jest izostanak napora u postizanju međunarodnog konsenzusa o kriterijima prema kojima će se određivati mjesto potrošnje, a što je preporučio OECD u svom izvješću (prema: Basu, S., u bilj. 1., str. 219.). „U najmanju ruku bi bilo poželjno postići međunarodni sporazum o tome kako primijeniti oporezivanje digitalnog sadržaja prema načelu odredišta, tako da različite države ili blokovi država ne usvoje međusobno neusklađene strategije i time stvore dvostruko oporezivanje (ili neoporezivanje) određenih transakcija i obveze za porezne obveznike tako kompleksne da kočje razvoj e-trgovine“ (McLure, C. E., *The Value Added Tax on Electronic Commerce in the European Union*, Springer, International Tax and Public Finance, vol. 10., br. 6., 2003., str. 759.).

44 Direktiva Vijeća 2002/38/EZ od 7. svibnja 2002. o izmjenama i dopunama i privremenim izmjenama i dopunama Direktive 77/388/EEZ u vezi sa sustavom poreza na dodanu vrijednost kako se primjenjuje na usluge radijskog i televizijskog emitiranja te određene usluge koje se pružaju elektroničkim putem (*Council Directive 2002/38/EC of 7 May 2002 amending and amending temporarily Directive 77/388/EEC as regards the value added tax arrangements applicable to radio and television broadcasting services and certain electronically supplied services*), SL L 128, 15.5.2002., str. 41–44

45 Detaljnije o ovome vidi *infra*.

46 Sada je to Dodatak II. Direktive 2006/112/EZ. O ovome detaljnije vidi *infra*.

47 Najviše kritika na rješenja Direktive 2002/38/EZ očekivano je primljeno iz trećih država, posebno SAD-a. Uglavnom se odnose na složenost novog sustava za poduzetnike koje nemaju poslovni nastan na području EU, a pružaju e-usluge „potrošačima“ iz EU-a. „Ako prodavatelj nema poslovni nastan u EU, prvo mora utvrditi je li primatelj usluge iz EU-a potrošač ili poduzetnik. Ako utvrdi da je primatelj potrošač, *online* prodavatelj mora se registrirati u državi

usluga te je u narednom razdoblju intenzivno radila na donošenju različitih mjera koje će olakšati praktičnu primjenu poduzetnicima uključenima u isporuke e-usluga, ali i poreznim vlastima. Tako je Vijeće EU 2005. donijelo Uredbu 1777/2005⁴⁸ u kojoj je dana točna definicija e-usluga te je provedena njihova detaljna klasifikacija, a izričito su navedene i određene isporuke dobara i usluga koje se neće smatrati isporukama e-usluga.⁴⁹ Donošenjem konsolidiranog teksta Direktive 2006/112/EZ odredbe o oporezivanju e-usluga nisu se mijenjale, iako treba istaknuti kako se sustav pravila uveden Direktivom 2002/38/EZ, originalno zamišljen s privremenim vremenskim važenjem, nekoliko puta produžavao.⁵⁰ Važan izvor za oporezivanje e-usluga jest i Direktiva 2008/8/EZ,⁵¹ kojom se mijenjaju odredbe Direktive 2006/112/EZ o mjestu oporezivanja usluga. Pravila o mjestu oporezivanja e-usluga Direktivom 2008/8/EZ zapravo se bitno ne mijenjaju u prvoj fazi njezine primjene (od 1.1.2010. do 31.12.2014.), u odnosu na sustav uveden Direktivom 2002/38/EZ. Značajne izmjene stupit će na snagu 1. siječnja 2015., od kada će se sve e-usluge oporezovati PDV-om prema načelu odredišta.⁵² Uredba 1777/2005 2011. godine ukinuta je i zamijenjena donošenjem konsolidiranog teksta Uredbe 282/2011,⁵³

primatelja te prijaviti i platiti PDV u toj državi. Prema „pojednostavljenom postupku“ pak, takvi prodavatelji imaju pravo registrirati se u bilo kojoj državi članici EU-a koju odaberu i plaćati porez toj državi, koja zatim mora doznačiti taj iznos državi potrošnje – o kojoj podatak mora dostaviti isporučitelj usluge. U usporedbi s čitavom opisanom složenosti, *online* prodavatelj iz EU-a primjenjuje PDV države u kojoj ima sjedište na sve isporuke unutar EU“ (Bird, R., *Taxing electronic commerce: The end of the beginning?*, Institute for International Business, Joseph L. Rotman School of Management, University of Toronto, International Tax Program Papers, vol. 5., br. 2., 2005., str. 13.). Za opširan prikaz svih glavnih kritika upućenih rješenjima iz Direktive 2002/38/EZ vidi: Basu, S., u bilj. 1., str. 228-232.

48 Uredba Vijeća br. 1777/2005 od 17. listopada 2005. o određivanju provedbenih mjera za Direktivu 77/388/EEZ o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost (*Council Regulation (EC) No 1777/2005 of 17 October 2005 laying down implementing measures for Directive 77/388/EEC on the common system of value added tax*), SL L 288, 29.10.2005, str. 1–9.

49 O svemu ovome detaljnije vidi *infra*.

50 Pravila Direktive 2002/38/EZ o e-uslugama stupila su na snagu 1. srpnja 2003., a sama Direktiva predviđala je istek njihovog važenja 1. srpnja 2006., kako bi se nakon vremenskog razdoblja od 3 godine važenja provela procjena njihovih učinaka. S obzirom na pozitivne ocjene i Europske komisije i poduzetnika koji su bili uključeni u isporuke e-usluga, ovo je vremensko razdoblje u dva navrata produžavano (Direktivom 2006/58/EZ i Direktivom 2006/138/EZ), ukupno do 31. prosinca 2008. Direktiva 2008/8/EZ vremensko trajanje ovog režima dodatno je produžila zaključno s 31. prosinca 2009., a 1. siječnja 2010. na snagu su stupila pravila navedena u Direktivi 2008/8/EZ.

51 Direktiva Vijeća 2008/8/EZ od 12. veljače 2008. o izmjenama i dopunama Direktive 2006/112/EZ o mjestu isporuke usluga (*Council Directive 2008/8/EC of 12 February 2008 amending Directive 2006/112/EC as regards the place of supply of services*), SL L 44, 20.2.2008., str. 11–22

52 Vidi *infra*.

53 Uredba Vijeća br. 282/2011 od 15. ožujka 2011. o određivanju provedbenih mjera za Direktivu 2006/112/EZ o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost (*Council Implementing Regulation (EU) No 282/2011 of 15 March 2011 laying down implementing measures for Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax*), SL L 77, 23.3.2011., str. 1–22.

koja sadrži pravila nužna za pravilnu implementaciju i uniformnu primjenu odredbi Direktive 2006/112/EZ (uključujući i odredbe Direktive 2008/8/EZ). Osim upravo opisanih pravnih izvora, najvažnijih za ovo područje, valja spomenuti i nekoliko pravnih izvora čije su odredbe značajne prilikom praktične primjene pravila o oporezivanju e-usluga od strane poreznih tijela i poreznih obveznika. Uredba Vijeća (EZ) br. 904/2010 o administrativnoj suradnji i borbi protiv prijevare u području PDV-a⁵⁴ tako sadrži odredbe o razmjeni relevantnih informacija u elektroničkom obliku između poreznih tijela različitih država članica EU-a, ali i poreznih obveznika uključenih u prekogranične isporuke e-usluga. Važno pitanje koje je trebalo urediti, u skladu sa režimom uvedenim Direktivom 2002/38/EZ, bilo je i pitanje povrata poreza poreznim obveznicima koji isporučuju e-usluge, a plaćaju PDV u državi članici EU u kojoj nemaju poslovni nastan. To je uređeno Direktivom 2008/9/EZ,⁵⁵ ako se radi o poreznim obveznicima s poslovnim nastanom na području EU-a, dok se za porezne obveznike koji nemaju poslovni nastan u EU primjenjuje tzv. Trinaesta direktiva iz 1986.⁵⁶ Za očekivati je kako će institucije EU-a i u narednom razdoblju zadržavati zakonodavnu inicijativu u području oporezivanja PDV-om e-trgovine, pogotovo kada imamo na umu ubrzan razvoj tehnologije povezan s tim transakcijama te praktične probleme u primjeni postojećih, teoretski prihvatljivih pravila.⁵⁷ Na koncu treba spomenuti i Direktivu o e-trgovini,⁵⁸ donesenu još 2000. godine, kojom je stvoren osnovni pravni okvir za odvijanje transakcija u okviru e-trgovine na unutarnjem tržištu EU-a. Iako navedena Direktiva izričito navodi

54 *Council Regulation (EU) No 904/2010 of 7 October 2010 on administrative cooperation and combating fraud in the field of value added tax*, SL L 268, 12.10.2010, str. 1–18. Uredba se u najvećem dijelu primjenjuje od 1. siječnja 2012., ali određeni dijelovi početi će se primjenjivati tek 1. siječnja 2013., odnosno 1. siječnja 2015. godine, u skladu sa relevantnim odredbama Direktive 2006/112/EZ (vidi čl. 62. Uredbe 904/2010).

55 Direktiva Vijeća 2008/9/EZ od 12. veljače 2008. o utvrđivanju detaljnih pravila za povrat poreza na dodanu vrijednost, predviđenih u Direktivi 2006/112/EZ, poreznim obveznicima koji nemaju poslovni nastan u državi članici povrata već u drugoj državi članici (*Council Directive 2008/9/EC of 12 February 2008 laying down detailed rules for the refund of value added tax, provided for in Directive 2006/112/EC, to taxable persons not established in the Member State of refund but established in another Member State*), SL L 44, 20.2.2008., str. 23–28.

56 Trinaesta direktiva Vijeća 86/560/EEZ od 17. studenoga 1986. o usklađivanju zakonodavstva država članica o porezu na promet – Postupci za povrat poreza na dodanu vrijednost poreznim obveznicima koji nemaju poslovni nastan na području Zajednice (*Thirteenth Council Directive 86/560/EEC of 17 November 1986 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Arrangements for the refund of value added tax to taxable persons not established in Community territory*), SL L 326, 21.11.1986., str. 40–41

57 Detaljnije o praktičnim problemima u vezi s oporezivanjem e-usluga PDV-om vidi *infra*.

58 Direktiva 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o pojedinim pravnim aspektima usluga informatičkog društva na unutarnjem tržištu, posebice elektroničke trgovine, ("Direktiva o elektroničkoj trgovini") (*Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')*), SL L 178, 17.7.2000., str. 1–16

kako se ne primjenjuje na područje oporezivanja,⁵⁹ ne može se zanemariti u ovom pregledu⁶⁰ jer „sadrži detaljne odredbe u vezi s pravnom odgovornošću na internetu, čime se pospešuje pravna sigurnost na području elektroničke trgovine.“⁶¹

2.3. Vrste e-trgovine i njihova osnovna obilježja

Suvremeni značaj e-trgovine u EU i u svijetu najlakše je ilustrirati pomoću nekoliko statističkih podataka. Prema procjenama danas se oko dvije milijarde ljudi (gotovo trećina ukupnog svjetskog stanovništva) svakodnevno služi internetom.⁶² U 2009. vrijednost isporuka dobara i usluga u okviru e-trgovine iznosila je ukupno 250 milijardi. USD u SAD-u te 63 milijardi. USD u Velikoj Britaniji, s time da je svaki „internetski kupac“ iz Velike Britanije potrošio u prosjeku 2535 USD za dobra i usluge, a kupac iz SAD-a u prosjeku 1773 USD.⁶³ EU danas predstavlja najveće svjetsko tržište širokopojasnog (engl. *broadband*) interneta sa preko 124 milijuna linija sredinom 2010. godine⁶⁴ (u usporedbi s procijenjenih 220 milijuna kućanstava u EU), ali po opsegu e-trgovine i dalje zaostaje za SAD-om,⁶⁵ s time da treba imati na umu postojanje velikih razlika između pojedinih država članica. Promet od isporuka u okviru e-trgovine imao je udio od oko 10% ukupnog prometa poduzetnika iz EU-a u 2009. godini,⁶⁶ a 12% fizičkih osoba iz EU-a se u 2010. godini služilo internetom kako bi za privatne svrhe putem interneta naručilo ili kupilo digitalni sadržaj (npr. računalne programe, filmove, glazbu i sl.).⁶⁷ Kako bi poreznopravne implikacije razvoja i porasta značaja e-trgovine bile razumljivije, nužno je podrobnije objasniti pojam i osnovna obilježja e-trgovine, te definirati njezine osnovne vrste. Definicija e-trgovine u radu je već navedena,⁶⁸ ali s obzirom da se u radu iznosi pregled uređenja specifičnog poreznopravnog aspekta e-trgovine u EU, potrebno je navesti i definiciju koju je dala Europska komisija 1997. godine

59 Vidi: čl. 1., st. 5., toč. (a) Direktive 2000/31/EZ.

60 Za puno detaljniji kronološki prikaz svih aktivnosti EU u području oporezivanja PDV-om e-trgovine (zaključno s Direktivom 2006/58/EZ) vidi: Basu S., u bilj. 1., str. 211-232.

61 Jelčić Bo. *et al.*, u bilj. 11., str. 524.

62 Prema: McKinsey Global Institute, u bilj. 30., str. 9.

63 *Ibid.*, str. 13.

64 Prema: Europska komisija (2010), *Communications Committee Working Document Subject: Broadband access in the EU: situation at 1 July 2010*, dostupno na: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=719 (2. ožujka 2012.).

65 Više o ovoj problematici vidi dokument Europske komisije: COM(2010) 245 final/2, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Digital Agenda for Europe*; od 26.8.2010.

66 Prema: Eurostat (2012), *Europe in Figures – Eurostat Yearbook 2011.*, dostupno na: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-CD-11-001/EN/KS-CD-11-001-EN.PDF (2. ožujka 2012.)

67 Prema: Eurostat (2012), dostupno na: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tin00080> (2. ožujka 2012.)

68 Vidi *supra*.

u Zelenoj knjizi o e-trgovini.⁶⁹ U tom se dokumentu navodi kako „e-trgovina znači obavljati poslovanje elektroničkim putem. Temelji se na elektroničkoj obradi i prijenosu podataka, uključujući tekst, zvuk i video sadržaj. Obuhvaća mnoge raznolike aktivnosti uključujući elektroničko trgovanje dobrima i uslugama, mrežnu (*online*) isporuku digitalnog sadržaja, elektroničke transfere sredstava, elektroničko trgovanje dionicama, elektroničke teretnice, komercijalne aukcije, zajednički dizajn i inženjering, *online sourcing*, elektroničku javnu nabavu, izravni potrošački marketing i usluge nakon prodaje.“⁷⁰ Za potrebe ovoga rada naglasak će biti na dvije aktivnosti iz ove vrlo široke definicije e-trgovine – elektroničko trgovanje dobrima i uslugama te mrežna isporuka digitalnog sadržaja. Naime, upravo navedene aktivnosti potpadaju pod predmet oporezivanja PDV-om, u skladu s Direktivom 2006/112/EZ,⁷¹ jer se u biti radi o isporukama dobara i usluga, samo se transakcije u cijelosti ili djelomično odvijaju internetom ili drugim elektroničkim mrežama. „Elektroničke transakcije odvijaju se na virtualnom tržištu. Virtualno tržište nastaje uporabom interneta u komercijalne svrhe.“⁷² Iako je opis informatičke infrastrukture te internetskih operacija i protokola koji omogućuju odvijanje e-trgovine izvan opsega ovog rada,⁷³ prikladno je dati pojednostavljen opis odvijanja osnovnih transakcija na spomenutom „virtualnom tržištu“. „Pojedinačne transakcije odvijaju se putem internetskih (*web*) stranica. Poduzetnici koji žele nuditi dobra i usluge putem interneta izrađuju stranicu koja prikazuje podatke o društvu i njegovim proizvodima. Nakon što se stranica putem računala stavi na internet, ona postaje dostupna svim kupcima koji imaju računalo s pristupom internetu. Nakon ispitivanja podataka i ponuda sa internetske stranice, kupac može naručiti dobra i usluge od poduzetnika.“⁷⁴ Tu nastaje i razlika između dvije osnovne vrste e-trgovine. Ovisno o tomu uključuje li transakcija isporuku kakvog dobra u materijalnom obliku ili ne, razlikujemo direktnu i indirektnu e-trgovinu.⁷⁵ Razlika je već opisana u Zelenoj knjizi o e-trgovini. Tako indirektna e-trgovina obuhvaća „elektroničke narudžbe materijalnih dobara, koja ipak moraju biti fizički dostavljena tradicionalnim putem, npr. poštom ili preko komercijalnih dostavljača.“⁷⁶ S druge strane, direktna e-trgovina u potpunosti iskorištava mogućnosti interneta te obuhvaća „internetsku (*online*) narudžbu, plaćanje i dostavljanje nematerijalnih dobara i usluga, kao što su računalni softver, zabavni sadržaji ili informacijske usluge na globalnoj razini.“⁷⁷ Dakle, direktna e-trgovina se u cijelosti, u svim fazama komercijalne

69 Vidi *supra*.

70 COM (1997) 157 final, *op. cit.*, u bilj. 31., str. 2.

71 Vidi: čl. 2. Direktive 2006/112/EZ.

72 Hargitai, C., *op. cit.*, u bilj. 6., str. 24.

73 Detaljnije o ovome vidi: Doernberg, R., Hinnekens, L., u bilj. 8., str. 46-72.

74 Hargitai, C., *op. cit.*, u bilj. 6., str. 25.

75 Mijatović za iste pojmove koristi termine *online* promet i *offline* promet (prema: Mijatović, N., *Razvoj interneta i porezne posljedice*, Pravo i porezi, br. 9/2008, 2008., str. 72.). *Offline* promet predstavlja sinonim za indirektnu e-trgovinu, a *online* promet sinonim za direktnu e-trgovinu.

76 COM(1997) 157 final, *op. cit.*, u bilj. 31., str. 3.

77 *Loc. cit.*

aktivnosti (narudžba, plaćanje i isporuka), odvija *online*, tj. na internetu. Westberg direktnu e-trgovinu naziva „bit poslovanjem“ (engl. *bit business*), jer se u fazi isporuke „sav sadržaj isporučuje digitalnim putem.“⁷⁸ Prodavatelj kupcu isporučuje sadržaj koji je predmet transakcije u obliku veće ili manje količine informacija koja se mjeri u bitovima kao temeljnim mjernim jedinicama.⁷⁹ Opseg direktne e-trgovine se iz godine u godinu ubrzano povećava, sa sve većim brojem sadržaja koji postaju dostupni zainteresiranim kupcima tako da ih internetom mogu preuzeti (*downloadati*) na tvrdi disk ili drugi medij za pohranu podataka (uključujući sve veći broj preuzimanja datoteka na mobilni telefon) ili ih mogu učitati i koristiti *online*, ali tek nakon što isti sadržaj plate prodavateljima. Posebno se ističu multimedijски sadržaji, poput glazbe i filmova.⁸⁰ Kao specifičnu podvrstu direktne e-trgovine možemo izdvojiti isporuke tzv. digitaliziranih dobara. Naime, niz dobara kojima se tradicionalno trguje u fizičkom, materijalnom obliku, uporabom interneta postaju „digitalizirana“ i prenose se s prodavatelja na kupca isključivo u digitalnom, tj. elektroničkom, obliku internetom. „Glazba, video sadržaji, novine, softver, klađenje, igre, savjetodavne usluge, itd. mogu se prodavati u digitalnom obliku. Potrošač jednostavno preuzima dobro ili uslugu na svoje računalo.“⁸¹ Posljedica postupka digitalizacije dobara jest da e-trgovina izravno konkurrira tradicionalnim oblicima trgovine. „Niz dobara koja su se u prošlosti mogla isporučivati isključivo fizičkim putem, sada se mogu prenositi u digitalnom obliku te tako postaju konkurentni supstituti na globalnom tržištu.“⁸² Drugu podvrstu direktne e-trgovine čine isporuke onih usluga koje su same po sebi digitalizirane, odnosno digitalni način isporuke jest i jedini mogući način isporuke. „Takav je slučaj sa uslugama *web* dizajna ili kolokacijskim uslugama, koje ne konkuriraju nikakvim tradicionalnim poslovnim aktivnostima.“⁸³

78 Westberg, B., *op. cit.*, u bilj. 34., str. 27.

79 Za detaljnije objašnjenje postupka isporuka usluga u digitalnom obliku, pomoću bitova kao mjerne jedinice za količinu informacija, vidi: Doernberg, R., Hinnekens, L., u bilj. 8., str. 47-52.

80 Dobar primjer je *iTunes Store* (dio američkoga trgovačkoga društva *Apple Inc.*), internetska trgovina raznovrsnim multimedijalnim sadržajima (glazba, video sadržaj, e-knjige, i različite aplikacije za *Appleove* uređaje), koja je prema istraživanjima tržišta danas najveći prodavatelj glazbe u SAD-u, pa time i u svijetu (dostupno na: http://www.billboard.biz/bbbiz/content_display/magazine/upfront/e3i12fe2557a9382597671_a522cc1cc901d (24.12.2011.)). Do veljače 2010., u manje od 7 godina postojanja, *iTunes Store* zabilježio je prodaju od ukupno 10 milijardi pjesama u digitalnom obliku. U prvom kvartalu 2011. ova je internet trgovina ostvarila prihode u iznosu od 1,4 milijardi USD (prema: http://www.appleinsider.com/articles/11/04/21/itunes_store_quietly_generates_record_revenues_of_1_4_billion.html (2.1.2012.)), a analitičari predviđaju da će, uz predviđeni rast od 39% godišnje, samo u fiskalnoj godini 2013. ostvariti ukupne prihode u iznosu od 13 milijardi USD (dostupno na: <http://modmyi.com/content/4818-itunes-alone-may-generate-13-billion-revenue-apple-2013.html> (2.1.2012.)).

81 Doernberg, R., Hinnekens, L., *op. cit.*, u bilj. 8., str. 245.

82 Parrilli, D., *Electronically Supplied Services and Value Added Tax: The European Perspective*, Journal of Internet Banking and Commerce, vol. 14, br. 2, Ottawa, 2009., str. 2.

83 Hargitai, C., *op. cit.*, u bilj. 6., str. 26.

2.4. Osnovne implikacije različitih vrsta e-trgovine na oporezivanje PDV-om

Razlikovanje pojedinih vrsta e-trgovine značajno je stoga što oporezivanje PDV-om ima različite implikacije ovisno o kojoj je vrsti e-trgovine riječ. Indirektna e-trgovina, iako danas vrlo raširena, ne predstavlja veliki problem sa stajališta oporezivanja PDV-om. Naime, takve transakcije, usporedive s različitim oblicima prodaje na daljinu (npr. kataloška prodaja, telefonska prodaja i sl.), u biti predstavljaju klasične prekogranične isporuke dobara, koje bi se trebale oporezovati prilikom uvoza, u skladu s načelom odredišta.⁸⁴ „Opipljiva materijalna dobra koja prelaze međunarodne granice uvijek se mogu oporezovati, iako će neizbježno doći do određene porezne evazije kod prekogranične kupnje i poštanske isporuke.“⁸⁵ Mijatović ističe kako „fizičko kretanje i isporuka robe, popraćeni otisnutim računom na ime primatelja čine uporišnu točku za koju se veže oporezivanje.“⁸⁶ S druge strane, puno veći izazov za porezne vlasti diljem svijeta predstavlja oporezivanje PDV-om direktne e-trgovine. Tradicionalna načela PDV-a teško mogu odgovoriti na pitanja koja postavlja internetska trgovina kod koje su isporuke dobara i usluga potpuno digitalizirane. „U virtualnom svijetu narudžba i isporuka dobara predstavljaju tek nizove digitalnih znakova koji putuju globalnom mrežom bez zemljopisne ili osobne odrednice. Ovaj fenomen predstavlja temeljnu promjenu u odvijanju komercijalnih aktivnosti s kojom se načela i pretpostavke tradicionalnih sustava PDV-a nisu spremni nositi.“⁸⁷

Prvo pitanje na koje su zakonodavci u EU i u svijetu morali odgovoriti jest klasifikacija transakcija u okviru direktne e-trgovine kao isporuke dobara ili kao isporuke usluga. Naime, o tome bitno ovisi njihov porezni tretman, pogotovo kod primjene pravila o mjestu oporezivanja PDV-om.⁸⁸ Dokumenti EU i OECD-a doneseni krajem prošlog stoljeća⁸⁹ potvrđuju kako je vrlo brzo postignut međunarodni konsenzus o tomu da se ovakve transakcije tretiraju kao isporuke usluga. Europska komisija je tako još 1998. zauzela stajalište kako „isporuku, čiji je rezultat stavljanje proizvoda na raspolaganje primatelju putem elektroničke mreže, treba, za svrhe PDV-a, smatrati isporukom usluge“⁹⁰. Takav stav doima se jasnim po tumačenju odredbi Direktive 2006/112/EZ koje reguliraju pojam isporuke dobara i isporuke usluga kao transakcija oporezivih PDV-om.⁹¹ Naime, opipljivi, materijalni

84 O načelu odredišta vidi *supra*, bilj. 41.

85 Doernberg, R., Hinnekens, L., *op. cit.*, u bilj. 8., str. 229.

86 Mijatović, N., *Razvoj...*, *op. cit.*, u bilj. 85., str. 72.

87 Hargitai, C., *op. cit.*, u bilj. 6., str. 27.

88 O važnosti razgraničenja između isporuka dobara i isporuka usluga detaljnije vidi: Jelčić, Bo., *et al.*, u bilj. 11., str. 413.

89 Vidi *supra*.

90 COM(1998) 374 final, *op. cit.*, u bilj. 35.

91 Radi se o odredbama Direktive 2006/112/EZ kojima se određuje predmet oporezivanja PDV-om, odnosno pojam oporezive transakcije. Tako čl. 14., st. 1. Direktive određuje kako „isporuka dobara označava prijenos prava raspolaganja materijalnom imovinom u svojstvu vlasnika“. Čl. 24., st. 1. Direktive određuje kako „isporuka usluga označava svaku transakciju koja ne predstavlja isporuku dobara“, a čl. 25. navodi primjere određenih transakcija koje se mogu smatrati isporukama usluga.

oblik imovine koja je predmet isporuke ključan je kriterij za njezinu klasifikaciju kao isporuke dobara. S druge strane, isporuke usluga čine sve transakcije koje se ne smatraju isporukama dobara,⁹² pa se transakcije u okviru direktne e-trgovine, koje se obavljaju isključivo digitalno, a ne u materijalnom obliku, moraju smatrati isporukama usluga.⁹³ Ovakvo je stajalište zakonodavnim putem potvrđeno donošenjem Direktive 2002/38/EZ, kojom je u zajednički sustav PDV-a u EU uveden pojam e-usluga, kao posebne vrste usluga oporezivih PDV-om, a koji zapravo obuhvaća sve transakcije u okviru direktne e-trgovine.⁹⁴ U idućem će poglavlju detaljno biti prikazan postojeći režim oporezivanja e-usluga PDV-om u EU kao i najvažniji praktični problemi njegove primjene. Međutim, smatramo kako je već na ovom mjestu potrebno ukazati na problem koji se pojavio odmah nakon uvođenja posebnog režima oporezivanja e-usluga PDV-om u EU, a vezan je za digitalizirana dobra.⁹⁵ Radi se o narušenoj poreznoj neutralnosti između digitaliziranih dobara, čije se isporuke, prema sustavu uvedenom Direktivom 2002/38/EZ, smatraju isporukama e-usluga i njihovih tržišnih supstituta koji se isporučuju tradicionalnim trgovinskim kanalima kao opipljiva materijalna dobra.⁹⁶ Dobar je primjer usporedba poreznog tretmana u EU knjiga koje se isporučuju u materijalnom obliku i njihovih tržišnih supstituta koji se isporučuju elektroničkim putem, tj. u digitalnom obliku,

92 Odredba čl. 24., st. 1. Direktive 2006/112/EZ kojom se daje negativna definicija isporuke usluga u skladu je sa ciljem uspostavljanja takvog PDV-a u EU koji bi se, kao sveobuhvatni opći porez na promet, trebao nametati na što širi krug isporuka dobara i usluga (vidi: preambula Prve Direktive Vijeća 67/227/EEZ). Upravo se ovaj cilj zajedničkog sustava PDV-a u EU navodi kao obrazloženje za stajalište po kojem se e-trgovina mora oporezovati PDV-om, za razliku od drugog stajališta da se elektronički obavljene isporuke uopće ne bi trebale oporezovati (prema: Hargitai, C, u bilj. 6., str. 31.). To je u skladu i sa zalaganjem institucija EU-a i OECD-a za postizanje porezne neutralnosti između e-trgovine i drugih, tradicionalnijih, oblika trgovine (vidi *infra*, bilj. 36.).

93 Neki autori zauzeli su suprotno stajalište te smatraju kako bi se transakcije u okviru e-trgovine trebale smatrati isporukama dobara (prema: Basu, S., u bilj. 1., str. 148.). Njihov je glavni argument kako se električna energija, prema čl. 15., st. 1. Direktive 2006/112 (bivši čl. 5., st. 2. Šeste Direktive) smatra materijalnom imovinom te se njezina isporuka tretira kao isporuka dobara. „Kad bi se ta odredba tumačila u strogo gramatičkom smislu, digitalne isporuke, koje su zapravo nizovi električne energije, smatrale bi se isporukom dobara“ (Hargitai, C., *op. cit.*, u bilj. 6., str. 32.). „Međutim, razlog zašto je trgovina električnom energijom regulirana pravilima o dobrima nije zbog njezine „opipljivosti“, već zbog činjenice kako javna vlast obično pažljivo kontrolira takve aktivnosti kao pružanje javnih usluga, te je pravac takve trgovine dovoljno transparentan za primjenu pravila o mjestu oporezivanja dobara“ (Basu, S., *op. cit.*, u bilj. 1., str. 148.). Naravno da se isti argument ne može upotrijebiti kod e-trgovine zbog same prirode interneta, kojeg je iznimno teško, ako ne i nemoguće kontrolirati. Zato primjena pravila o mjestu oporezivanja dobara na direktnu e-trgovinu ipak ne bi bila primjerena.

94 Detaljnije o tome koje se sve usluge smatraju e-uslugama prema pravnoj stečevini EU-a vidi *infra*.

95 O pojmu digitaliziranih dobara vidi *supra*.

96 Westberg ističe kako je upravo svijest o ovom problemu navela neke autore da digitalne isporuke kvalificiraju kao isporuke dobara, iako se to načelno ne može smatrati opravdanim (prema: Westberg, B., u bilj. 34., str. 61.).

tzv. e-knjiga (*e-books*).⁹⁷ Iako se radi o tržišnim supstitutima oporezivanje PDV-om imat će bitno različite posljedice, ovisno o načinu isporuke. Isporuka knjige u materijalnom obliku tretira se kao isporuka dobara, a isporuka e-knjige kao isporuka usluge. Pravila o oporezivanju PDV-om tih isporuka „razlikuju se i kad se radi o određivanju mjesta isporuke i kad se radi o stopi PDV-a koja se treba primijeniti.“⁹⁸ Porezna neutralnost u tom slučaju može biti narušena čak i ako se radi o isključivo unutarnacionalnim transakcijama, tj. kada su i kupac i prodavatelj iz iste države članice EU-a. Naime, isporuka knjiga u materijalnom obliku, prema odredbama Direktive 2006/112/EZ,⁹⁹ može biti podvrgnuta oporezivanju sniženom stopom PDV-a u državama članicama, što mnoge države članice i primjenjuju, a neke za takve isporuke u tuzemstvu primjenjuju i nultu stopu.¹⁰⁰ S druge strane, za isporuku e-knjiga snižena se stopa PDV-a ne primjenjuje te krajnji potrošač redovno u ukupnoj cijeni plaća veći iznos PDV-a u slučaju kupnje e-knjige nego knjige u materijalnom obliku.¹⁰¹ Kod prekograničnih isporuka problem narušene porezne neutralnosti još

97 E-knjige se isporučuju kupcu internetom tako da prodavatelj, nakon što kupac putem elektroničkog sustava plaćanja plati njihovu cijenu, omogućuje kupcu preuzimanje (*download*) knjige u digitalnom formatu (npr. *pdf* formatu) na njegovo računalo, mobilni uređaj ili specijalizirani čitač e-knjiga i drugih sadržaja (npr. *Amazon Kindle*).

98 Rendahl, P., *op. cit.*, u bilj. 28., str. 69.

99 Dodatak III. Direktive 2006/112/EZ sadrži popis isporuka dobara i usluga na koje se mogu primijeniti snižene stope PDV-a, u skladu sa čl. 98. Direktive. U toč. 6. tako je izričito u tom smislu navedena i „isporuka, uključujući i knjižničnu posudbu, knjiga na svim fizičkim nositeljima teksta (uključujući brošure, letke i slične tiskane materijale, dječje slikovnice, kao i one namijenjene crtanju ili bojanju, glazbena djela, tiskana ili u rukopisu, zemljovide i hidrografske ili slične karte), novina i periodičnih publikacija, osim materijala koji je u cijelosti ili pretežito posvećen oglašavanju“. Treba naglasiti kako Direktiva u čl. 98., st. 2. izričito navodi kako se „snižene stope ne primjenjuju na usluge koje se pružaju elektroničkim putem“.

100 Općenito o stopama PDV-a te o nultoj stopi kao posebnoj vrsti poreznog oslobođenja s pravom odbitka pretporeza vidi: Jelčić, Bo., *et al.*, u bilj. 11., str. 396-401. i 429-431. Trenutno od država članica EU-a samo Irska i Velika Britanija primjenjuju nultu stopu na tuzemne isporuke knjiga. Međutim, više država (Belgija, Danska, Finska i Velika Britanija) primjenjuje nultu stopu na tuzemne isporuke određenih vrsta novina i časopisa, koji su također navedeni u toč. 6. Dodatka III. Direktive 2006/112/EZ te se na tržištu natječu s tržišnim supstitutima u obliku elektroničkih izdanja novina i časopisa, čije se isporuke smatraju e-uslugama (prema: Europska komisija (2011), *VAT Rates Applied in the Member States of the European Union*, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/vat/how_vat_works/rates/vat_rates_en.pdf (1.3.2012.)).

101 Odbor za PDV EU (*VAT Comitee*), koji donosi neobvezujuće smjernice u vezi s tumačenjem odredbi prava EU-a koje se odnosi na zajednički sustav PDV-a, a radi njegove ujednačene primjene, službeno je podržao ovakav različiti porezni tretman knjiga s obzirom na oblik u kojem se isporučuju kupcu. „Odbor za PDV jednoglasno potvrđuje kako se pojam „knjiga na svim fizičkim nositeljima teksta“, spomenut u toč. 6. Dodatka III Direktive 2006/112/EZ, a nakon usvajanja Direktive 2009/47/EZ, odnosi samo na tradicionalne knjige otisnute na papiru, kao i na sadržaj knjiga na fizičkim nositeljima teksta kao što su kasete, diskete, CD-i, DVD-i, CD ROM-ovi, USB memorijski mediji, itd. koji pretežno prikazuju isti informacijski sadržaj kao i tiskane knjige. Odbor za PDV također jednoglasno potvrđuje kako isporuka knjiga u elektroničkom formatu, koje se uobičajeno nazivaju „e-knjigama“ ili virtualnim knjigama, a koje se moraju preuzeti (*downloadati*) sa web stranice kako bi se mogle čitati

je više naglašen, zbog toga što se isporuka knjiga u materijalnom obliku za svrhe PDV-a tretira kao isporuka dobara, a isporuka e-knjiga kao isporuka usluga, te se, sukladno tomu, primjenjuju i različita pravila o određivanju mjesta oporezivanja iz Direktive 2006/112/EZ. Problem može nastati čak i kod isporuka koje se odvijaju isključivo unutar područja EU-a. Tako je moguća situacija da se isporuka knjige u materijalnom obliku koju je izvršio isporučitelj iz jedne države članice primatelju koji nije obveznik PDV-a, tj. ne-poduzetniku, iz druge države članice, oporezuje PDV-om države primatelja, s obzirom na pravila Direktive 2006/112/EZ o mjestu oporezivanja isporuke dobara koja uključuje prijevoz ili otpremu.¹⁰² S druge strane, isporuka e-knjiga izvršena primatelju nepoduzetniku iz druge države članice, prema trenutno važećem rješenju, oporezovat će se PDV-om države članice u kojoj isporučitelj ima poslovni nastan.¹⁰³ S obzirom na već istaknute razlike u poreznim stopama i poreznim oslobođenjima u sustavima PDV-a različitih država članica EU-a¹⁰⁴ jasno je da to može rezultirati značajno različitim poreznim tretmanom. Slično razlikama u oporezivanju PDV-om između knjiga u materijalnom obliku i e-knjiga, narušena porezna neutralnost može se javiti i kod isporuka drugih digitaliziranih dobara, kao što su elektroničke novine i časopisi, računalni softver,¹⁰⁵ glazba i filmovi u digitalnom formatu itd. Ovaj je problem prepoznat i u najnovijoj Bijeloj knjizi Europske komisije o budućim promjenama sustava PDV-a u EU.¹⁰⁶ Tako se navodi kako se na „slična dobra i usluge treba primjenjivati ista porezna stopa te

na stolnom računalu, laptopu, *smartphoneu*, čitaču e-knjiga ili kojem drugom sustavu za čitanje, kao i isporuka e-novina i e-časopisa, ne potpada u opseg toč. 6. Dodatka III Direktive 2006/112/EZ. Isporuka e-knjiga, kao i isporuka e-novina i e-časopisa, kvalificira se kao elektronički isporučena usluga na koju se snižena stopa ne primjenjuje, u skladu sa čl. 98., st. 2. Direktive 2006/112/EZ“ (Odbor za PDV EU (2010), *Guidelines of the 92nd meeting of 7 & 8 December 2010*, dostupno na: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/vat/key_documents/vat_committee/guidelines_en.pdf (2.2.2012.)). Europska komisija također je ranije pokušala opravdati ovakvo rješenje postavljajući pitanje mogu li uopće e-usluge biti tržišni supstituti materijalnim dobrima, zbog toga što „čak i kad je sadržaj sličan, dodatna funkcionalnost (npr. tražilice, linkovi, arhive) koja je sve više povezana s elektroničkim sadržajem rezultira bitno drukčijim proizvodom“ (dostupno na: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/vat/consumers/e-commerce/article_1610_en.htm#top (1.2.2012.)). Ovakvo mišljenje Komisije teško se može podržati ako znamo da opisanu dodatnu funkcionalnost mogu sadržavati i sadržaji koji su dostupni na fizičkim nositeljima, poput CD-a ili USB memorije, a koji se smatraju dobrima u svrhe oporezivanja PDV-om.

102 Za utvrđivanje mjesta oporezivanja kod opisane transakcije relevantne su odredbe čl. 32.-36. Direktive 2006/112/EZ, tzv. pravila o prodaji na daljinu (*distance-selling rules*), koje reguliraju mjesto oporezivanja kod isporuke dobara s prijevozom. Za detaljan opis navedenih odredbi vidi: Terra, B., Wattel, P., u bilj. 17., str. 280-282.

103 Vidi *infra*.

104 Vidi *supra*, bilj. 23.

105 O posebnom pitanju poreznog tretmana softvera s obzirom na različite načine njegove isporuke vidi: Basu, S., u bilj. 1., str. 144-146.

106 COM(2011) 851 final - *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the future of VAT - Towards a simpler, more robust and efficient VAT system tailored to the single market* od 6.12.2011.

se u tom kontekstu mora uzeti u obzir tehnološki napredak tako da se odgovori na izazov usklađivanja digitalnog i materijalnog okruženja.¹⁰⁷ Za očekivati je kako će to pitanje sve više dobivati na značaju budući da „potreba za smanjenjem proizvodnih troškova i širenje interneta, pogotovo u visoko razvijenim državama, ima za posljedicu da velik broj tradicionalno materijalnih proizvoda doživljava proces transformacije, virtualizacije i dematerijalizacije, tj. pretvara se u usluge.“¹⁰⁸

3. PRAVNI OKVIR OPOREZIVANJA E-USLUGA PDV-OM U EU

3.1. Pojam e-usluga u pravu EU-a

U prošlom poglavlju rada već je naznačeno kako kvalifikacija određene isporuke dobara ili usluga kao isporuke e-usluga može imati veoma značajne poreznopravne posljedice, kad se radi o oporezivanju PDV-om. Stoga je, u skladu s načelom pravne sigurnosti, jasna potreba za što preciznijim i razumljivijim pravilima o tomu koje se sve isporuke smatraju isporukama e-usluga te koji su ključni elementi takvih isporuka. Odredbe Direktive 2002/38/EZ, kojom je u pravnu stečevinu EU-a o PDV-u uveden specifični sustav pravila o oporezivanju e-usluga, kao i odredbe konsolidirane Direktive 2006/112/EZ, ne sadrže preciznu definiciju e-usluga, već samo indikativnu listu u kojoj se navode primjeri pojedinih isporuka koje se osobito smatraju isporukama e-usluga.¹⁰⁹ Tako Dodatak II. Direktive 2006/112/EZ¹¹⁰ navodi pet osnovnih kategorija e-usluga:

- a) isporuka web sjedišta, udomljavanje web sjedišta, daljinsko održavanje programa i opreme;
- b) isporuka računalnih programa i njihovo ažuriranje;
- c) isporuka slika, tekstova i informacija te osiguravanje pristupa bazama podataka;

¹⁰⁷ *Ibid.*, str. 11.

¹⁰⁸ Parrilli, D., *op. cit.*, u bilj. 82., str. 2.

¹⁰⁹ Posebno pitanje je zašto definicija e-usluga nije dana već u Direktivi 2002/38/EZ nego tek kasnije (najprije Uredbom 1777/2005) u aktima koji služe implementaciji i primjeni Direktive 2006/112/EZ. Čini se kako su institucije EU-a pri izradbi pravnog okvira za oporezivanje e-usluga prihvatile pristup prema kojem bi davanje izričite definicije u fazi stvaranja novog pravnog okvira bilo nepoželjno zbog očekivanog tehnološkog razvoja u budućnosti koji će uvelike utjecati na promjene u pružanju e-usluga. U preambuli Direktive 2002/28/EZ navodi se tek kako bi „radi definiranja e-usluga, primjeri takvih usluga trebali biti uključeni u Dodatak Direktive“. Također, popis s primjerima e-usluga iz Dodatka II. Direktive 2006/112/EZ nije iscrpan, već se radi o indikativnom (primjeričnom) popisu. Tako se ostavlja prostor da i druge usluge, koje nisu posebno navedene u popisu, budu obuhvaćene pojmom e-usluga. Prema Van Der Merweu „EU se namjerno suzdržala od definiranja e-usluga pomoću taksativnog popisa, zbog nedostataka takve metode: to dovodi do problema pri definiranju svakog tipa usluge na popisu, riskira se da popis ubrzo postane zastario te se stvara ograda oko koje se javljaju porezno planiranje i izbjegavanje plaćanja poreza“ (Van Der Merwe B. A., *VAT in the European Union and Electronically Supplied Services to Final Consumers*, South African Mercantile Law Journal, vol. 16., 2004., str. 580.).

¹¹⁰ Indikativan popis e-usluga iz Dodatka II. Direktive 2006/112/EZ nepromijenjen je u odnosu na originalni popis iz Dodatka L Šeste direktive, uvedenog Direktivom 2002/38/EZ.

- d) isporuka glazbe, filmova i igara, uključujući igre na sreću i kockarske igre te političkih, kulturnih, umjetničkih, sportskih, znanstvenih i zabavnih emisija i priredbi;
- e) obavljanje usluga učenja na daljinu.

Uredba 282/2011, donesena radi jedinstvene provedbe Direktive 2006/112/EZ u državama članicama EU-a, sadrži pravila koja olakšavaju definiranje i klasifikaciju e-usluga. Uredba definira e-usluge kao „usluge koje se isporučuju putem interneta ili elektroničke mreže, te u skladu s čijom je prirodom da se pružaju u najvećoj mjeri automatski i uključujući minimalnu ljudsku intervenciju, a u slučaju odsutnosti informacijske tehnologije, bilo bi ih nemoguće pružiti.“¹¹¹ Radi lakšeg tumačenja ovako široke i sveobuhvatne definicije potrebno je promotriti čitav niz usluga koje Uredba 282/2011 izričito navodi kao primjere e-usluga,¹¹² kao i usluge

111 Uredba 282/2011, u bilj. 53., čl. 7., st. 1.

112 Čl. 7., st. 1. Uredbe 282/2011 izričito navodi sljedeće kategorije e-usluga:

(a) isporuka digitaliziranih proizvoda, najčešće uključujući programsku opremu te njezine promjene s obzirom na nadogradnju; (b) usluge koje omogućuju ili podupiru nazočnost poduzeća ili osoba u elektroničkoj mreži, kao što je mjesto na mreži ili mrežna stranica; (c) usluge koje nastaju automatski iz računala preko interneta ili elektroničke mreže, kao odgovor na poseban unos podataka od strane primatelja; (d) prijenos prava na stavljanje robe ili usluga u prodaju na mrežnoj stranici, uz naknadu, koje djeluje kao mrežno tržište na kojem mogući kupci mogu dati svoje ponude u okviru automatskog postupka, te na kojem su strane obaviještene o prodaji elektroničkom poštom koju automatski izrađuje računalo; (e) internetski paketi informacijskih usluga, u kojima telekomunikacijska komponenta čini pomoćni i podređeni dio (odnosno, paketi koji osiguravaju više od samog internetskog pristupa i koji uključuju druge elemente, kao što su sadržajne stranice koje omogućuju pristup novostima, vremenskoj prognozi i turističkim informacijama; mrežne igre; posredovanje za mrežno mjesto, pristup raspravama na mreži, itd.).

Dodatak I. Uredbe 282/2011 detaljno opisuje što se sve smatra pojedinim e-uslugama izričito navedenim u Dodatku II. Direktive 2006/112/EZ te na taj način možemo sastaviti potpuni indikativni popis e-usluga:

1. isporuka web sjedišta, udomljavanje web sjedišta, daljinsko održavanje programa i opreme: *(a) posredovanje za mrežno mjesto i mrežnu stranicu; (b) automatsko mrežno održavanje programa na daljinu; (c) upravljanje sustavima na daljinu; (d) mrežno skladištenje podataka, gdje se specifični podaci pohranjuju i dobivaju elektronički; (e) mrežna nabava prostora na disku na zahtjev;*

2. isporuka slika, tekstova i informacija te osiguravanje pristupa bazama podataka: *(a) pristup i učitavanje programa (uključujući programe za javnu nabavu/računovodstvo i antivirusne programe), te njihove ažurirane verzije; (b) program za sprječavanje prikaza oglasa s poveznicom (programska oprema za onemogućavanje prikaza oglasa s poveznicom); (c) pogonski program za učitavanje, kao što je program koji sučeljava računalo s perifernom opremom (kao što je pisač); (d) automatizirana mrežna ugradba filtra na mrežnom mjestu;*

3. isporuka slika, tekstova i informacija te osiguravanje pristupa bazama podataka: *(a) pristup ili učitavanje tema za grafički prikaz programa; (b) pristup ili učitavanje fotografskih ili slikovnih prikaza ili zaštitnika zaslona; (c) digitalizirani sadržaj knjiga i drugih elektroničkih publikacija; (d) pretplata na novine i časopise na mreži; (e) mrežni dnevnik i statistika mrežnog mjesta; (f) mrežne vijesti, informacije o prometu i vremenske prognoze; (g) mrežne informacije koje program automatski izrađuje na osnovi određenog unosa podataka kupca, kao što su pravni i financijski podatci (posebno podatci o stanju na burzi koji se kontinuirano ažuriraju u stvarnom vremenu); (h) ponuda oglasnog prostora uključujući oglase s poveznicom na mrežno mjesto/internetsku stranicu; (i) korištenje pretraživača i internetskih imenika;*

za koje je izričito navedeno da se ne smatraju e-uslugama, bez obzira na naglašenu ulogu informatičke tehnologije pri njihovim isporukama.¹¹³ Sukladno tomu može se zaključiti kako je minimalni stupanj, ili pak potpuna odsutnost, ljudske intervencije pri isporukama e-usluga ključan element navedene definicije e-usluga, a radi njihovog razgraničenja u odnosu na isporuke drugih dobara i usluga.¹¹⁴ „Kod elektroničkih ponuda (*e-bids*), primjerice, bitno je da poruku elektroničke pošte kojom se strane obavještavaju automatski izrađuje i šalje računalo, iako se, teoretski, ista operacija može izvršiti od strane fizičke osobe.“¹¹⁵ Kriterij minimalnog stupnja ljudske intervencije može biti predmetom kritike zbog „činjenice da je u brojnim slučajevima teško odvojiti e-usluge od drugih usluga koje uključuju uporabu interneta i računalne opreme, ali nisu potpuno automatizirane.“¹¹⁶ Također, praksa Europskog suda upućuje kako klasifikacija određene isporuke kao „isporuke dobara

4. isporuka glazbe, filmova i igara, uključujući igre na sreću i kockarske igre te političkih, kulturnih, umjetničkih, sportskih, znanstvenih i zabavnih emisija i priredbi: (a) pristup ili učitavanje glazbe na računala i mobilne telefone; (b) pristup ili učitavanje „jinglova“, ulomaka, melodija zvonjenja ili drugih zvukova; (c) pristup ili učitavanje filmova; (d) učitavanje glazbe na računala i mobilne telefone; (e) pristup automatiziranim mrežnim igrama koje ovise o internetu ili drugim sličnim elektroničkim mrežama, gdje su igrači geografski udaljeni jedni od drugih;

5. obavljanje usluga učenja na daljinu: (a) automatizirano podučavanje na daljinu koje ovisi o internetu ili sličnoj elektroničkoj mreži, za čije osiguravanje nije potrebna ili je potrebna ograničena ljudska intervencija, uključujući virtualni razred, osim ako se internet ili slična elektronička mreža koriste samo kao alat za komunikaciju između nastavnika i učenika; (b) vježbenice koje ispunjavaju učenici putem mreže te koje se ocjenjuju automatski, bez ljudskog posredovanja.

113 Te su usluge navedene u čl. 7., st. 3. Uredbe 282/2011: a) usluge radijskog i televizijskog emitiranja; b) telekomunikacijske usluge; c) isporuke dobara, koja se naručuju i obrađuju elektroničkim putem; d) CD-ROM-ovi, diskete i slični fizički mediji; e) tiskani materijal kao što su knjige, glasila, novine i časopisi; f) CD-i i audio kazete; g) video kazete i DVD-i; h) igre na CD-ROM-u; i) usluge stručnjaka, kao što su odvjetnici i financijski savjetnici koji savjetuju klijente putem elektroničke pošte; j) usluge podučavanja, gdje sadržaj tečaja iznosi nastavnik preko interneta ili elektroničke mreže (odnosno, putem veze s daljinskim pristupom); k) usluge fizičkog „offline“ popravka računalne opreme; l) usluge skladištenja podataka „offline“; m) usluge oglašavanja, posebno u novinama, na plakatima ili na televiziji; n) usluge telefonske pomoći; o) usluge podučavanja koje samo uključuju dopisne tečajeve, kao što su tečajevi preko pošte; p) klasične dražbene usluge koje se oslanjaju na izravnu ljudsku intervenciju bez obzira na način na koji se daju ponude; q) telefonske usluge s video komponentom, koje se inače nazivaju videofonske usluge; r) pristup internetu i svjetskoj mreži; s) telefonske usluge preko interneta.

114 O tome više u: Parrilli, D., u bilj. 82., str. 5. i Rendahl, P., u bilj. 28., str. 73. Pritom je važno spomenuti i smjernice Odbora za PDV iz 2003. (TAXUD/2303/03 Rev 2 final od 8. siječnja 2003.) u kojima se objašnjava pojam i klasifikacija e-usluga. Prijedlozi iz navedenog dokumenta prihvaćeni su u odredbama Uredbe 1777/2005 te Uredbe 282/2011. U smjernicama Odbora za PDV se, između ostaloga, objašnjava zašto se pojedine usluge (kasnije izričito navedene u Uredbi 282/2011) ne bi trebale smatrati e-uslugama. Tako se usluge navedene u čl. 7., st. 3., toč. i. – p. Uredbe 282/2011 ne smatraju e-uslugama zbog toga što se njihove isporuke „značajno zasnivaju na ljudskoj intervenciji“.

115 Parrilli, D., *op. cit.*, u bilj. 82.

116 *Ibid.*, str. 6.

ili isporuke usluga ne bi smjela ovisiti o načinu isporuke.¹¹⁷ Stoga se može ocijeniti upitnim, primjerice, različita klasifikacija usluge podučavanja na daljinu kod koje nastavnik iznosi sadržaj uživo internetom i one usluge podučavanja na daljinu koja je automatizirana te ne zahtijeva značajnu ljudsku intervenciju (npr. virtualni razred). Posebno je pitanje i klasifikacija, tzv. kombiniranih usluga, koje uključuju veći broj različitih isporuka. Jasno je kako „nova tehnologija, koja konstantno napreduje, zamagljuje granicu između tradicionalnih kategorija usluga i pruža mogućnosti širokog razmjera za isporuke složenih proizvoda, te tako izaziva ozbiljne praktične probleme u ovom području.“¹¹⁸ Tehnološki napredak uvjetovao je da isporuke kombiniranih usluga često uključuju i isporuke pojedinih e-usluga te se postavlja pitanje njihovog poreznog tretmana.¹¹⁹ Čak i u slučaju postizanja optimalnog pravnog uređenja klasifikacije e-usluga na razini EU-a, praktična primjena tih pravila ostavlja prostor za različitu interpretaciju različitih država članica te se tako trgovačka društva uključena u navedene isporuke, kao i porezne tijela, suočavaju s novim problemima. „Unutar EU, s obzirom na to da su nacionalne porezne vlasti nadležne za upravljanje i provođenje sustava PDV-a, vrlo je vjerojatno razvijanje različitih stajališta o tome što se sve smatra e-uslugama.“¹²⁰ Radi rješavanja navedenih problema oko klasifikacije e-usluga na razini EU-a, Rendahl predlaže ili podvrgavanje svake transakcije posebno osmišljenom testu, prema kojem bi se transakcija koja ispunjava određene čimbenike smatrala isporukom e-usluge,

117 Doernberg, R., Hinnekens, L., *op. cit.*, u bilj. 8., str. 248. Vidi i: presuda Europskog suda ESP C-2/95 od 5. srpnja 1997., *Sparenkassernes Datacenter (SDC) v. Skatteministriet*

118 Hargitai, C., *op. cit.*, u bilj. 6., str. 41.

119 Detaljnije o ovome vidi: Doernberg, R., Hinnekens, L., u bilj. 8., str. 250-252. i 254-255

120 Rendahl, P., *op. cit.*, u bilj. 28., str. 72. Dobar primjer za različita stajališta nacionalnih poreznih vlasti o klasifikaciji pojedinih isporuka kao e-usluga je klasifikacija isporuke softvera (izričito navedene u Dodatku II., toč. b. Direktive 2006/112/EZ kao e-usluge), ali koja se odvija putem indirektno e-trgovine, dakle isporukom softvera na fizičkom nositelju podataka (npr. na CD-ROM-u). Svaka isporuka softvera (računalnog programa) putem indirektno e-trgovine zapravo se sastoji od više pojedinačnih transakcija. „Kupac stječe pravo na uporabu softvera i, u ograničenom broju slučajeva, njegovo umnožavanje. Prema tome, kupac kupuje fizički nositelj podataka, ali stječe samo pravo na uporabu softvera, a ne vlasništvo nad samim softverom“ (Basu, S., *op. cit.*, u bilj. 1., str. 145.). Odgovor na pitanje klasifikacije ovakve transakcije, kao isporuke dobara (zbog prijenosa prava na raspolaganje materijalnim dobrom – fizičkim nositeljem podataka, npr. CD-ROM-om) ili isporuke usluga (zbog nematerijalne prirode prava koje stječe kupac softvera), nije nužno jednoznačan, kako pokazuje i različita praksa u pojedinim državama članicama (detaljnije o ovome vidi: Parrilli, D., u bilj. 82., str. 7-8.). Međutim, prihvatljivim se može smatrati stajalište kako se u ovakvim slučajevima radi o isporuci e-usluge jer je gospodarski smisao opisane transakcije stjecanje prava kupca na uporabu softvera na njegovom računalu, a ne kupnja fizičkog nositelja podataka samog po sebi. „S obzirom na to da kupac kupuje računalni program za uporabu na svom računalu, što je ključni element transakcije, softver se ne može smatrati isporukom dobara, već isporukom usluge, jer se radi o prijenosu nematerijalnog prava ... Za razliku od knjiga i glazbenih CD-a, CD-ROM sa softverom se ne može upotrebljavati sam po sebi, bez instalacije na tvrdi disk računala, te se nakon takve instalacije može upotrebljavati i sam softver. Prema tome, CD-ROM je samo nositelj podataka koji pomaže pri uporabi softvera“ (Basu, S., *op. cit.*, u bilj. 1., str. 145-146.).

ili klasifikaciju prema smislu i svrsi svake pojedinačne transakcije.¹²¹ Konačno, potrebno je istaknuti kako Direktiva 2006/112/EZ u čl. 58., st. 2., izričito navodi da „kada isporučitelj usluge i kupac komuniciraju putem elektroničke pošte, to samo po sebi ne znači da se radi o isporuci e-usluge.“¹²²

3.2. Mjesto oporezivanja e-usluga PDV-om u pravu EU-a

Nakon pojašnjavanja pojma e-usluga u pravu EU-a, nužno je dati odgovor i na jedno od ključnih pitanja čitavog režima oporezivanja PDV-om e-usluga u EU – mjesto oporezivanja takvih isporuka. Općenito se može reći kako pravila o mjestu oporezivanja PDV-om služe kako bi se točno odredilo u kojoj će se državi oporezovati PDV-om prekogranične isporuke dobara i usluga, odnosno kojoj poreznoj jurisdikciji¹²³ pripada pravo oporezivanja tih isporuka. „Ova pravila, rješavajući moguće sukobe između različitih jurisdikcija stvorena su s ciljem izbjegavanja dvostrukog oporezivanja ili neoporezivanja.“¹²⁴ Dva osnovna načela kojima se navedeni problemi rješavaju su načelo odredišta i načelo podrijetla,¹²⁵ a harmonizirani sustav PDV-a u EU temelji se na načelu odredišta.¹²⁶ Pritom je potrebno istaknuti kako je određivanje mjesta oporezivanja PDV-om puno složenije kod isporuka usluga, kod kojih nema fizičkog kretanja materijalnih dobara preko državnih granica.¹²⁷ Direktiva 2006/112/EZ, nakon izmjena uvedenih Direktivom 2008/8/EZ,¹²⁸ sadrži pravila o mjestu oporezivanja usluga koja se razlikuju ovisno o

121 Prema: Rendahl, P., u bilj. 28., str. 72.

122 Ovakva odredba je logična i razumljiva s obzirom na to da je komunikacija elektroničkom poštom u današnje vrijeme uobičajeni način komunikacije kod velikog broja poslovnih transakcija. Odbor za PDV u svojim smjernicama iz 2003. godine (vidi *supra*, str. 22., bilj. 114.) navodi kako se „priroda transakcije ne mijenja u slučajevima gdje se stranke služe internetom za prijenos informacija tijekom poslovne transakcije (npr. putem elektroničke pošte). To se razlikuje od isporuke koja u potpunosti ovisi o internetu (npr. pretraživanje i preuzimanje informacija iz baza podataka bez ljudske intervencije).“

123 „Porezna jurisdikcija je dio fiskalne jurisdikcije i u tom smislu ona je ovlaštenje u okviru kojega zakonodavna vlast normativno regulira sve elemente poreznog aspekta svoga djelovanja, odnosno cjelokupnu problematiku oporezivanja“ (Jelčić, Bo., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 11., str. 281.).

124 Terra, B., *Place of supply in European VAT*, Kluwer Law International, The Hague, 1998., str. 2. Kako je istaknuto u literaturi, „doktrina mjesta oporezivanja kod PDV-a ne igra nikakvu ulogu kod transakcija koje su ograničene na jednu poreznu jurisdikciju. Čim je uključeno više poreznih jurisdikcija, bilo zbog toga kretanja dobara na područje druge države, bilo zbog obavljanja usluga osobi ili od strane osobe iz druge države, ne postoji nužno jedan odgovor na pitanje obavlja li se transakcija unutar (ili izvan) državnog područja“ (Terra, B., Wattel, P., *op. cit.*, u bilj. 17., str. 280.).

125 Vidi *supra*, bilj. 41.

126 O ovome detaljnije vidi: Mijatović, N., *Prijelazni sustav europskog poreza na dodanu vrijednost (PDV)*, Pravo i porezi, br. 6/2002, 2002., str. 49-52.

127 O ovome detaljnije vidi: Jelčić, Bo., *et al.*, u bilj. 11. str. 413.

128 Vidi *supra*, bilj. 51. Za detaljan prikaz izmjena i dopuna Direktive 2006/112/EZ nakon donošenja Direktive 2008/8/EZ vidi: Antić, D., *Reforma sustava oporezivanja usluga u EU*, Pravo i porezi, br. 11/2009, 2009., str. 85-89.

statusu primatelja usluge. Ako je primatelj usluge porezni obveznik PDV-a, u smislu odredbi Direktive 2006/112/EZ,¹²⁹ primjenjuje se opće pravilo iz čl. 44. Direktive 2006/112/EZ, te se takva isporuka¹³⁰ mora oporezovati u državi u kojoj primatelj usluge ima sjedište poslovne aktivnosti ili stalnu poslovnu jedinicu u kojoj se pružaju usluge, te podredno u državi u kojoj primatelj ima prebivalište ili uobičajeno boravište. Ako je primatelj usluge osoba koja se ne smatra poreznim obveznikom PDV-a, u smislu odredbi Direktive 2006/112/EZ, primjenjuje se opće pravilo iz čl. 45. Direktive 2006/112/EZ, te se takva isporuka¹³¹ mora oporezovati u državi u kojoj isporučitelj usluge ima sjedište poslovne aktivnosti ili stalnu poslovnu jedinicu iz koje pruža usluge te podredno u državi u kojoj isporučitelj ima prebivalište ili uobičajeno boravište. Dakle, kod određivanja mjesta oporezivanja za B2B isporuke usluga primjenjuje se načelo odredišta, a za B2C isporuke usluga načelo podrijetla. Direktiva 2006/112/EZ posebnim pravilima predviđa i niz iznimki od ovih općih pravila za velik broj različitih isporuka usluga¹³², pa tako i za isporuke e-usluga.

Važnost pravila o mjestu oporezivanja e-usluga naglašena je zbog osnovnih obilježja rastuće globalne e-trgovine - anonimnosti njezinih sudionika¹³³ te beznačajnosti zemljopisnih odrednica poput sjedišta, poslovne jedinice ili prebivališta prodavatelja i kupca. To je još više naglašeno kod isporuka e-usluga jer za kupca, tj. primatelja takvih usluga, fizička udaljenost od mjesta na kojem isporučitelj obavlja svoju djelatnost ne igra nikakvu ulogu. Gubljenjem značaja zemljopisnih odrednica u vezi s transakcijom porezne vlasti susreću se s poteškoćama pri utvrđivanju uporišnih točaka oporezivanja¹³⁴ te time nastaje širok prostor za poreznu utaju i izbjegavanje plaćanja poreza. „Internet omogućuje isporuke sve većeg broja nematerijalnih dobara i usluga od strane isporučitelja koji nisu fizički prisutni u državi u kojoj dolazi do potrošnje. Rezultat toga je da isporučitelji i kupci

129 Čl. 9. st. 1. Direktive 2006/112/EZ određuje: "Porezni obveznik je svaka osoba koja samostalno provodi gospodarsku aktivnost na bilo kojem mjestu, bez obzira na svrhu ili rezultate te aktivnosti." Važno je napomenuti kako je pojam poreznog obveznika pri određivanju mjesta oporezivanja usluga još i širi. Tako čl. 43. Direktive 2006/112/EZ određuje sljedeće: „U svrhu primjene pravila o mjestu isporuke usluga:

1. porezni obveznik koji obavlja i aktivnosti ili transakcije koje se ne smatraju oporezivim isporukama dobara ili isporukama usluga u skladu s čl. 2., st. 1. smatra se poreznim obveznikom u odnosu na sve usluge koje su mu pružene.

2. pravna osoba koja nije porezni obveznik, a registrirana je za potrebe PDV-a smatra se poreznim obveznikom.“

Za tumačenje i pojašnjavanje odredbi Direktive 2006/112/EZ koje se odnose na pojam poreznog obveznika velik značaj ima praksa Europskog suda (detaljnije o tome vidi: Terra, B., Wattel, P., u bilj. 17., str. 269-274.).

130 Ovakve isporuke u literaturi se pojednostavljeno nazivaju i *business-to-business* (B2B) transakcije (dalje u radu: B2B isporuke).

131 Ovakve isporuke u literaturi se pojednostavljeno nazivaju i *business-to-customer* (B2C) transakcije (dalje u radu: B2C isporuke).

132 Ta posebna pravila određena su u čl. 46.-59.b Direktive 2006/112/EZ.

133 Prema: Mijatović, N., *Razvoj...*, u bilj. 75., str. 70.

134 Prema: *ibid.*, str. 69.

mogu oblikovati transakcije na način da izbjegnu plaćanje PDV-a.¹³⁵ Posljedica je i gubljenje prihoda od poreza na potrošnju u državnim proračunima¹³⁶ te je razumljiva potreba za jasnim i preciznim pravilima o tomu koja država ima pravo oporezovati PDV-om isporuke pojedinih e-usluga. U literaturi se ističe kako „u svjetlu globalne i bezgranične prirode digitalnih usluga, rasprava o alternativnim politikama i pristupima njihovom oporezivanju trebala bi se usmjeriti na određivanje jurisdikcije u kojoj bi se te usluge trebale oporezovati.“¹³⁷ EU je, donošenjem Direktive 2002/38/EZ te kasnijim izmjenama Direktive 2006/112/EZ, uskladila svoj pravni okvir s preporukom OECD-ovog Odbora za fiskalna pitanja iznesenom na konferenciji u Ottawi o tome da se e-usluge oporezuju prema načelu odredišta, tj. prema mjestu potrošnje.¹³⁸ Pravila Direktive 2006/112/EZ koja se odnose na mjesto oporezivanja e-usluga predviđaju različita rješenja ovisno o statusu primatelja kao poreznog obveznika (tj. radi li se o B2B isporukama ili B2C isporukama) te imaju li stranke uključene u transakcije poslovni nastan,¹³⁹ prebivalište ili uobičajeno boravište u

135 Basu, S., *op. cit.*, u bilj. 1., str. 152.

136 Kako ističe Westberg, mobilnost poreznih osnovica u e-trgovini navela je „nacionalne porezne vlasti, kao i međunarodne organizacije, da izraze zabrinutost oko rizika erozije poreznih osnovica i povećanih poteškoća pri udovoljavanju poreznoj obvezi“ (Westberg, B., *op. cit.*, u bilj. 34., str. 13.). U području e-trgovine premještanje djelatnosti iz jedne države u drugu postalo je vrlo jednostavno te je time i otvoren prostor za manipulacije određivanjem porezne jurisdikcije u kojoj će se obaviti oporezivanje. „Svatko može internetom osnovati i upravljati *off-shore* društvima ... Udumljavanje web sjedišta moguće je putem posluživača (servera) koji je udaljen od mjesta u kojem trgovac obavlja djelatnost“ (*ibid.*, str. 22.). Poteškoće pri identifikaciji poreznih obveznika i oporezivih isporuka u e-trgovini nužno dovode i do smanjenog udovoljavanja poreznoj obvezi (engl. *tax compliance*) te gubitka poreznih prihoda. Vito Tanzi upravo zbog učinaka e-trgovine na smanjenje prihoda državnih proračuna upotrebljava termin „fiskalni termiti“ (prema: Bird, R., u bilj. 47., str. 9.).

137 Doernberg, R., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 9., str. 555.

138 Vidi *supra*, bilj. 43. Valja istaknuti kako se određivanje mjesta oporezivanja PDV-om prema mjestu potrošnje opravdava i načelom korisnosti. „Načelo korisnosti znači da se oporezivanje obavlja u onoj jurisdikciji u kojoj potrošač ima koristi od socijalne pomoći, infrastrukture, obrazovanja, kulture i ostalih državnih aktivnosti koje se financiraju prikupljenim prihodima. Primjena načela korisnosti na potrošne poreze dovodi do oporezivanja u onoj državi u kojoj dolazi do potrošnje“ (Westberg, B., *op. cit.*, u bilj. 34., str. 139.). S obzirom na to da je PDV porez koji u ekonomskom smislu snose krajnji potrošači, koncept prema kojem država u kojoj dolazi do potrošnje ima pravo oporezovati PDV-om oporezive isporuke može se prihvatiti kao opravdan. Detaljnije o problematici određivanja stvarnog mjesta potrošnje vidi: *ibid.*, str. 143-146.

139 Direktiva 2006/112/EZ osobe koje pružaju e-usluge, a koje se prema njezinim odredbama smatraju poreznim obveznicima PDV-a, u čl. 58. dijeli u dvije skupine, ovisno o tomu imaju li ili ne poslovni nastan na području EU-a (vidi *supra*, str. 8., bilj. 38.). Glavni je problem u tome što Direktiva ne sadrži definiciju pojmova „sjedište poslovne aktivnosti“ (*place of business establishment*) i „stalna poslovne jedinica“ (*fixed establishment*). Budući da je porezni položaj dviju navedenih kategorija isporučitelja e-usluga bitno različit, ovisno o tomu imaju li barem stalnu poslovnu jedinicu u kojoj od država članica EU-a putem koje pružaju e-usluge, potrebno je vrlo precizno tumačenje što se sve može smatrati takvim mjestom poslovanja. U literaturi se ističe kako se pojam stalne poslovne jedinice u smislu Direktive 2006/112/EZ ne može smatrati istovjetnim pojmu stalne poslovne jedinice (*permanent establishment*) iz OECD-ovog model ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine, što

kojoj od država članica EU ili ne. Stoga se nastavno iznosi prikaz rješenja za sve moguće vrste transakcija:

1. Kod B2B isporuka e-usluga isporučitelja koji ima poslovni nastan u nekoj od država članica EU-a, mjesto oporezivanja će, sukladno općem pravilu iz čl. 44. Direktive 2006/112/EZ, biti u onoj državi u kojoj primatelj usluga ima sjedište poslovne aktivnosti ili stalnu poslovnu jedinicu u kojoj se te usluge pružaju, a u izostanku tih mjesta poslovanja, u onoj državi u kojoj primatelj ima prebivalište ili uobičajeno boravište. Ovakvo se rješenje u praksi primjenjuje uporabom tzv. mehanizma obrnutog terećenja (engl. *reverse charge mechanism*), sukladno čl. 196. Direktive 2006/112/EZ, tj. prijenosa obveze za utvrđivanje i plaćanje PDV-a s isporučitelja na primatelja usluge, za isporuke kod kojih primatelji imaju poslovni nastan na području EU-a.¹⁴⁰ Ako primatelj nema poslovni nastan na području EU-a, na oporezivanje isporuke u pitanju primjenjuju se poreznopravna pravila države primatelja. To zapravo znači da isporučitelj s poslovnim nastanom na području

je potvrdila i praksa Europskog suda (vidi: Doernberg, R., Hinnekens, L., u bilj. 8., str. 255-265., također i: Rendahl, P., u bilj. 28., str. 75-79.). Uredba 282/2011 upravo zbog toga a u svojim odredbama (čl. 10.-13.) izričito definira pojmove sjedišta poslovne aktivnosti, stalne poslovne jedinice, prebivališta i uobičajenog boravišta, a radi ujednačene primjene odredbi Direktive 2006/112/EZ. Tako prema čl. 11. Uredbe stalna poslovna jedinica predstavlja mjesto poslovanja, različito od sjedišta poslovne aktivnosti u smislu čl. 10. Uredbe, koje ima dovoljan stupanj stalnosti te odgovarajuće ljudske i tehničke resurse koji mu omogućuju primanje ili pružanje usluga. Sa stajališta isporuka e-usluga najzanimljivije je pitanje može li se običan posluživač (server) koji se nalazi u jednoj od država članica EU-a smatrati stalnom poslovnom jedinicom. Rendahl je mišljenja kako je odgovor na to pitanje negativan, „dijelom zbog izostanka ljudskog sudjelovanja, ali i zbog kriterija koji je više puta spomenuo Europski sud, a to je postizanje racionalnog rezultata oporezivanja“ (*ibid.*, str. 77.).

- 140) Mehanizam obrnutog terećenja odnosi se na pitanje tko ima obvezu obračunavanja i plaćanja PDV-a na oporezive isporuke dobara i usluga. Opće pravilo iz čl. 193. Direktive 2006/112/EZ određuje da je „PDV dužan plaćati svaki porezni obveznik koji obavlja oporezivu isporuku dobara ili usluga, osim u slučajevima iz članaka od 194. do 199. i članka 202. prema kojima je PDV obvezna plaćati druga osoba“. Posebno pravilo za određivanje obveznika plaćanja poreza kod prekograničnih B2B isporuka usluga određeno je u čl. 196. Direktive: „PDV je dužan plaćati svaki porezni obveznik, ili pravna osoba koja nije porezni obveznik a registrirana je za potrebe PDV-a, kojemu se pružaju usluge iz čl. 44., ako te usluge pruža porezni obveznik koji nema poslovni nastan na području te države članice“. Valja napomenuti da se, u skladu sa čl. 192.a Direktive, čl. 196. primjenjuje i u situacijama kada isporučitelj ima poslovni nastan u državi članici primatelja, ali to mjesto poslovanja ne sudjeluje u isporuci u pitanju. Članak 196. Direktive predstavlja pravnu osnovu za uporabu mehanizma obrnutog terećenja kod prekograničnih B2B isporuka usluga, a koji je nužan za praktičnu provedbu čl. 44. Direktive. Kako se ističe u literaturi, „prema ovom mehanizmu, primatelj usluga iz EU postaje, umjesto isporučitelja, odgovoran za obračunavanje i plaćanje poreza, kao da je kupac sam sebi isporučio uslugu. Pritom je moguć i odbitak pretporeza“ (Doernberg, R., Hinnekens, L., *op. cit.*, u bilj. 8., str. 42.; detaljnije o samom načinu primjene ovog mehanizma vidi: Antić, D., *Opća primjena mehanizma prijenosa obveze za PDV na kupca*, Pravo i porezi, br. 11/2009, 2009., str. 87-93.). Westberg navodi da su dvije osnovne prednosti ovog mehanizma pojednostavljenje administrativnih obveza za inozemnog isporučitelja te veća mogućnost kontrole poreznih vlasti (prema: Westberg, B., u bilj. 34., str. 143-146.). Praktična primjena mehanizma obrnutog terećenja olakšana je pomoću VIES sustava kojim se može provjeriti porezni broj stranaka uključenih u transakcije (vidi *infra*, bilj. 157.).

EU-a ne obračunava PDV¹⁴¹ te je za obračunavanje i plaćanje PDV-a ili kakvog drugog poreza na potrošnju odgovoran primatelj, u skladu s poreznopravnim pravilima države u kojoj ima poslovni nastan. Dakle, ako trgovačko društvo X, sa sjedištem u državi članici A, isporuči e-uslugu trgovačkom društvu Y, sa sjedištem u državi članici B, mjesto oporezivanja PDV-om je država B, a društvo Y je, prema mehanizmu obrnutog terećenja, dužno obračunati i platiti PDV na navedenu isporuku u skladu s poreznopravnim pravilima države B. Ako se usluga obavlja za potrebe stalne poslovne jedinice društva Y, koja se nalazi u državi članici C, mjesto oporezivanja je država C te je društvo Y dužno obračunati i platiti PDV u skladu s poreznopravnim pravilima države C. Ako društvo X isporuči istu uslugu trgovačkom društvu Z sa sjedištem u državi nečlanici D, mjesto oporezivanja je država D, te društvo Z mora obračunati i platiti PDV ili kakav drugi porez na promet na navedenu isporuku, sukladno poreznom pravu države D.

2. Kod B2B isporuka e-usluga isporučitelja koji ima poslovni nastan izvan područja EU-a primateljima s poslovnim nastanom na području EU-a također se primjenjuje opće pravilo iz čl. 44. Direktive 2006/112/EZ te će mjesto oporezivanja biti u onoj državi u kojoj primatelj usluga ima sjedište poslovne aktivnosti ili stalnu poslovnu jedinicu kojoj se te usluge pružaju, te podredno prebivalište ili uobičajeno boravište. Kod takvih se isporuka također primjenjuje i mehanizam obrnutog terećenja¹⁴² te će primatelj e-usluga biti odgovoran za obračunavanje i plaćanje PDV-a u skladu s poreznopravnim pravilima one države članice u kojoj ima poslovni nastan.

3. Kod B2C isporuka e-usluga isporučitelja koji ima poslovni nastan u nekoj od država članica, mjesto oporezivanja se, prema odredbama Direktive 2006/112/EZ određuje različito način ovisno o tomu ima li primatelj (koji nije porezni obveznik) poslovni nastan, prebivalište ili uobičajeno boravište u nekoj od država članica EU-a. Ako primatelj ima poslovni nastan, prebivalište ili uobičajeno boravište na području EU-a, primjenjuje se opće pravilo iz čl. 45. Direktive 2006/112/EZ te je mjesto oporezivanja u onoj državi u kojoj isporučitelj ima sjedište poslovne aktivnosti ili stalnu poslovnu jedinicu putem koje isporučuje usluge, te podredno, u državi

141 To proizlazi iz odredbe čl. 2., st. 1., toč. c. Direktive 2006/112/EZ koja određuje da se u predmet oporezivanja PDV-om ubraja samo „pružanje usluga uz naknadu na području neke države članice od strane poreznog obveznika koji djeluje kao takav“. Dakle, one isporuke usluga za koje se, sukladno pravilima Direktive o mjestu oporezivanja, utvrdi da nisu isporučene na području koje od država članica EU-a, uopće nisu oporezive PDV-om u državama članicama EU-a te je na poreznom pravu država nečlanica da svojim pravilima utvrdi hoće li oporezovati navedene promete. Treba istaknuti i jednu iznimku kod koje je moguće da mjesto oporezivanja B2B isporuka, kod kojih primatelj nema poslovni nastan na području EU-a bude u državi isporučitelja, odnosno u državi članici EU-a. Riječ je o odredbi čl. 59a, st. 1., toč. b. koja dopušta državama članicama da, radi izbjegavanja dvostrukog oporezivanja, neoporezivanja ili narušavanja tržišnog natjecanja, smatraju da je mjesto isporuke e-usluga, ako se nalazi izvan EU-a, unutar njihovog područja, ako se stvarna uporaba i uživanje (engl. *effective use and enjoyment*) tih usluga odvija na njihovom području. Više o kriteriju stvarne uporabe i uživanja vidi: Antić, D., *Opća...*, u bilj. 140., str. 88.

142 Vidi *supra*, bilj. 140.

u kojoj isporučitelj ima prebivalište ili uobičajeno boravište. Dakle, kod takvih se transakcija prema trenutno važećim rješenjima primjenjuje načelo podrijetla,¹⁴³ ali to će se promijeniti u bliskoj budućnosti. Naime, 1. siječnja 2015. na snagu će stupiti odredbe Direktive 2008/8/EZ (koje mijenjaju Direktivu 2006/112/EZ) te će, prema izmijenjenom čl. 58. Direktive 2006/112/EZ, mjesto oporezivanja biti država u kojoj primatelj ima poslovni nastan, prebivalište ili uobičajeno boravište, tj. država potrošnje.¹⁴⁴ Radi lakše praktične primjene tog novog rješenja, isporučiteljima e-usluga iz EU-a pružit će se mogućnost primjene posebnog postupka oporezivanja, sličnog onome koji se već primjenjuje za B2C isporuke od strane isporučitelja iz država nečlanica,¹⁴⁵ koji će uvelike olakšati administrativne obveze i troškove udovoljavanja poreznoj obvezi za isporučitelje. S druge strane, ako primatelj nema poslovni nastan, prebivalište ili uobičajeno boravište na području EU-a, primjenjuje se posebno pravilo iz čl. 59. Direktive 2006/112/EZ te je mjesto oporezivanja u onoj državi u kojoj primatelj ima poslovni nastan, prebivalište ili uobičajeno boravište.

143 Vidi *supra*.

144 U toč. 3. preambule Direktive 2008/8/EZ navodi se kako bi „mjesto oporezivanja, za sve isporuke usluga, trebalo biti mjesto stvarne potrošnje“. Ali pritom ističe i potrebu za postupnom tranzicijom prema konačnom sustavu oporezivanja svih usluga u skladu s načelom odredišta, zbog mogućih učinaka na proračune nekih država članica, te neke njezine odredbe stupaju na snagu tek protekom određenog vremenskog razdoblja od donošenja. Tako se u toč. 10. preambule Direktive navodi kako bi „neke izmjene mjesta isporuke usluga mogle značajno utjecati na proračune država članica. Radi osiguranja glatke tranzicije ove bi se izmjene trebale uvoditi tijekom određenog vremena.“ Rendahl pak ističe kako je osnovni razlog zbog kojeg se, u prijedlogu za donošenje Direktive 2008/8/EZ, Europska komisija uopće odlučila za oblikovanje sustava PDV-a prema načelu odredišta bio „minimalizacija iskorištavanja razlika u poreznim stopama između država članica EU za dobivanje prednosti na tržištu. Prijelazom na odlučivanje mjesta oporezivanja prema načelu odredišta, smanjuje se mogućnost iskorištavanja razlika u poreznim stopama“ (Rendahl, P., *op. cit.*, u bilj. 28., str. 82.).

145 Direktiva 2008/8/EZ određuje da 1. siječnja 2015. na snagu stupaju nove odredbe Direktive 2006/112/EZ. U glavu XII., poglavlje 6. Direktive dodaje se novi odjeljak 3., koji u čl. 369a-369k uređuje upravo ovaj poseban postupak oporezivanja za usluge radijskog i televizijskog emitiranja te e-usluge koje pružaju porezni obveznici s poslovnim nastanom u EU, ali ne u državi članici potrošnje. Ovaj poseban postupak oporezivanja, koji se u dokumentima Europske komisije (vidi: COM(2012) 2 final, str. 2-3.) spominje pod nazivom *mini One Stop Shop* (tzv. sustav „sve na jednom mjestu“), u biti je identičan posebnom postupku oporezivanja koji već primjenjuju za isporuke e-usluga isporučitelji bez poslovnog nastana u EU (vidi *infra*, str. 30., bilj. 149.). Kako navodi Rendahl, „s obzirom na to da primjena načela odredišta za isporučitelje znači administrativno opterećenje, *one-stop-shop* sustav se koristi kako bi se to opterećenje olakšalo“ (Rendahl, P., *op. cit.*, u bilj. 28., str. 82.). Prema tom novom sustavu primjerice društvo A, sa sjedištem u Italiji, koje isporučuje filmove u digitalnom obliku potrošačima iz različitih država članica, sve svoje obveze u vezi s obračunavanjem, prijavom i plaćanjem PDV-a ispunjava kontaktom s poreznim tijelima jedne države članice, tzv. države identifikacije, a to je u konkretnom slučaju Italija. Pritom se primjenjuje načelo odredišta jer društvo A mora na svaku pojedinačnu isporuku obračunati stopu PDV-a koja se primjenjuje u državi potrošnje (država u kojoj kupac ima prebivalište ili uobičajeno boravište), o čemu podatke navodi u poreznoj prijavi koju elektroničkim putem predaje talijanskim poreznim tijelima (detaljnije o ovom posebnom postupku oporezivanja vidi: Parrilli, D., u bilj. 82., str. 13-14.).

Dakle, kod takvih se transakcija primjenjuje načelo odredišta što zapravo znači da isporučitelji s poslovnim nastanom u EU uopće ne obračunavaju niti plaćaju PDV na e-usluge koje pružaju primateljima iz država nečlanica.¹⁴⁶

4. Kod B2C isporuka isporuka e-usluga isporučitelja koji ima poslovni nastan izvan područja EU-a primateljima koji imaju poslovni nastan, prebivalište ili uobičajeno boravište u nekoj od država članica, primjenjuje se posebno pravilo iz čl. 58. Direktive 2006/112/EZ te je mjesto oporezivanja u državi u kojoj primatelj ima poslovni nastan, prebivalište ili uobičajeno boravište. Primjena načela odredišta za ovakve isporuke također je uvedena Direktivom 2002/38/EZ radi suzbijanja poremećaja na unutarnjem tržištu i povoljnijeg položaja isporučitelja s poslovnim nastanom izvan EU-a.¹⁴⁷ Praktična primjena pravila iz čl. 58. Direktive 2006/112/EZ značila bi da isporučitelj mora najprije utvrditi činjenicu da primatelj e-usluge nije porezni obveznik te državu u kojoj primatelj ima poslovni nastan, prebivalište ili uobičajeno boravište, a nakon toga obračunati PDV po stopi države primatelja i platiti porez u toj državi. Posljedica toga je značajno povećanje administrativnih i drugih obveza za isporučitelje iz država nečlanica prilikom udovoljavanja poreznoj obvezi.¹⁴⁸ Zbog pojednostavljenja ispunjavanja poreznih obveza za isporučitelje e-usluga koji nemaju poslovni nastan na području EU-a, Direktivom 2002/38/EZ uvedena je i mogućnost primjene posebnog postupka oporezivanja za navedene

146 Ovakvo rješenje uvedeno je Direktivom 2002/38/EZ kako bi se isporučitelje e-usluga iz EU dovelo u ravnopravan tržišni položaj s konkurentima iz drugih država, prvenstveno SAD-a, koji su pružali e-usluge potrošačima u EU (vidi *supra*, str. 8-9.). Naime, do 1. siječnja 2003., kada je Direktiva 2002/38/EZ stupila na snagu, mjesto oporezivanja B2C isporuka e-usluga isporučitelja iz EU-a bilo je u državi poslovnog nastana isporučitelja, sukladno općem pravilu iz čl. 9., st. 1. tada važeće Šeste direktive, bez obzira na lokaciju primatelja. Dakle, isporučitelji iz EU-a morali su obračunati i platiti PDV u skladu s poreznopravnim pravilima države vlastitog poslovnog nastana. S druge strane, B2C isporuke e-usluga isporučitelja bez poslovnog nastana na području EU-a primateljima unutar EU-a nisu se smatrale oporezivima prema odredbama Direktive 2006/112/EZ. Ako su isporučitelji bili iz SAD-a navedene isporuke uopće se nisu ni oporezovale porezom na promet. Posljedice su bile „nepovoljniji tržišni položaj za europske poduzetnike i iskrivljenja na unutarnjem tržištu EU-a“ (Parrilli, D., *op. cit.*, u bilj. 82., str. 5.). Naime, isporučitelji e-usluga iz država nečlanica nisu obračunavali niti plaćali PDV na isporuke učinjene potrošačima iz EU-a, a isporučitelji iz država članica obračunavali su i plaćali PDV za isporuke svim potrošačima, bez obzira jesu li oni iz EU-a ili ne. U literaturi se tako isticalo da je „primjena općeg pravila iz čl. 9., st. 1. na slučajeve isporuke digitalnih usluga neprikladna jer će vjerojatno izazvati narušavanje tržišnih uvjeta koje će biti štetno za isporučitelje iz EU-a, premještanjem djelatnosti iz EU-a na isporučitelje iz država nečlanica te gubitak prihoda od PDV-a u EU u ovom rapidno rastućem segmentu međunarodne trgovine“ (Doernberg, R., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 9., str. 555.). Također, pri utvrđivanju mjesta oporezivanja kod ovakvih transakcija, države članice, prema izričitoj odredbi čl. 59a, st. 2. Direktive 2006/112/EZ, ne mogu primjenjivati kriterij stvarne uporabe i uživanja (vidi *supra*, bilj. 141.)

147 Vidi *supra*, bilj. 146.

148 Treba uzeti u obzir da i dalje postoje značajne razlike u sustavima PDV-a između država članica EU-a, a posebice vezano uz porezne stope (vidi *supra*, bilj. 23.) te bi poznavanje svih relevantnih poreznopravnih propisa i podnošenje poreznih prijava različitim poreznim vlastima predstavljalo velik teret za isporučitelje koji nemaju poslovni nastan u EU.

transakcije.¹⁴⁹ Prema tom posebnom postupku isporučitelj prvo odabire jednu državu članicu EU-a (tzv. državu identifikacije) kojoj prijavljuje (elektroničkim putem) početak svoje djelatnosti kao poreznog obveznika koji isporučuje e-usluge primateljima iz EU-a. Država identifikacije nakon toga isporučitelju dodjeljuje porezni broj za svrhe PDV-a, a isporučitelj je obavezan državi identifikacije elektroničkim putem podnositi poreznu prijavu za svako kalendarsko tromjesečje, bez obzira je li tijekom tog razdoblja pružao e-usluge na području EU-a ili ne. U poreznoj prijavi mora biti iskazana ukupna vrijednost isporuka e-usluga (bez PDV-a) za svaku državu članicu potrošnje¹⁵⁰ u obračunskom razdoblju, primijenjene porezne stope¹⁵¹ te ukupan iznos dužnog PDV-a.¹⁵² Zajedno s podnošenjem porezne prijave isporučitelj mora i platiti dužni iznos PDV-a, a „država identifikacije će prikupljene prihode od PDV-a preraspodijeliti državama članicama potrošnje.“¹⁵³

3.3. Primjena pravila iz Direktive 2006/112/EZ u praksi i otvorena pitanja postojećeg pravnog režima

Unatoč svim naporima koje su institucije EU-a uložile u stvaranje teoretski prihvatljivog pravnog okvira za oporezivanje PDV-om transakcija obuhvaćenih pojmom e-usluga, praksa poduzimanja takvih prekograničnih transakcija ukazuje na brojne i dalje postojeće probleme. Zato je, osim teoretskog razmatranja poreznopravnih implikacija pojave i razvoja e-trgovine na zajednički sustav PDV-a u EU, potrebno dati i kratak pregled najvažnijih praktičnih problema. Naime,

149 Poseban postupak oporezivanja za porezne obveznike koji nemaju poslovni nastan na području EU-a, a isporučuju e-usluge osobama koji nisu porezni obveznici uređen je u poglavlju 6. glave XII. Direktive 2006/112/EZ, u čl. 357.-369. (detaljnije o ovom posebnom postupku oporezivanja vidi: Parrilli, D., u bilj. 82., str. 10-11.). U radu je već naznačeno kako se od 1. siječnja.2015. sličan postupak uvodi i za B2C isporuke e-usluga isporučitelja s poslovnim nastanom u EU (vidi: *supra*, bilj. 145.), čime se otklanja narušena porezna neutralnost između ovih dvaju kategorija isporučitelja (vidi *infra*). Valja napomenuti kako se od 1 siječnja 2015., kada stupaju na snagu izmijenjene odredbe poglavlja 6. glave XII. Direktive 2006/112/EZ, širi opseg primjene ovog posebnog postupka oporezivanja i na isporučitelje koji nemaju poslovni nastan u EU, a isporučuju B2C usluge radijskog i televizijskog emi-tiranja.

150 Prema odredbi čl. 358., st. 1., toč. 4. Direktive 2006/112/EZ „država članica potrošnje označava državu članicu u kojoj se smatra da je došlo do isporuke e-usluga, u skladu sa čl. 58.“

151 Za svaku pojedinačnu isporuku primjenjuje se, u skladu s načelom odredišta, porezna stopa države poslovnog nastana, prebivališta ili uobičajenog boravišta primatelja e-usluge (država potrošnje).

152 Treba naglasiti kako, prema čl. 368. Direktive 2006/112/EZ, isporučitelji koji nemaju poslovni nastan na području EU-a, a koji primjenjuju ovaj posebni postupak oporezivanja, nemaju pravo na odbitak pretporeza od PDV-a zaračunatog na vlastite isporuke. Međutim, povrat poreza mogu ostvarivati sukladno odredbama tzv. Trinaeste direktive (vidi *supra*, bilj. 56.). Detaljnije o ovome vidi: Terra, B., Wattel, P., u bilj. 17., str. 374-375.

153 Terra, B., Wattel, P., *op. cit.*, u bilj. 17., str. 373. Obveza države identifikacije na preraspodjelu prihoda od PDV-a utvrđena je Uredbom Vijeća (EZ) 792/2002 koja privremeno mijenja Uredbu Vijeća (EEZ) 218/92 o administrativnoj suradnji u području posrednih poreza (PDV) u vezi s dodatnim mjerama kod elektroničke trgovine, SL L 128, 15.5.2002.

„oporezivanje je moguće samo ako je moguća praktična primjena poreznopravnih pravila.“¹⁵⁴ Ako tu činjenicu promotrimo u smislu ranije prikazanih pravila Direktive 2006/112/EZ o mjestu oporezivanja e-usluga PDV-om, onda je jasno kako su „u području prekograničnog oporezivanja, provedbena pravila gotovo jednako važna kao i pravila o mjestu isporuke koja određuju poreznu jurisdikciju. Ukoliko ne postoje adekvatni mehanizmi za primjenu i prikupljanje PDV-a koji je porezni obveznik dužan platiti, PDV neće služiti svojoj svrsi kao mjera prikupljanja prihoda za financiranje javnih izdataka.“¹⁵⁵ U radu je već prikazano kako se mjesto oporezivanja e-usluga PDV-om prema pravilima Direktive 2006/112/EZ bitno razlikuje ovisno o statusu primatelja usluge kao poreznog obveznika PDV-a, tj. radi li se o B2B ili B2C isporukama, ali i o lokaciji primatelja, tj. o tome ima li primatelj poslovni nastan, prebivalište ili uobičajeno boravište u državi članici EU-a.¹⁵⁶ Stoga je za praktičnu primjenu tih pravila nužno da isporučitelj e-usluga može pouzdano, jednostavno, brzo i učinkovito saznati navedene podatke. U tom smislu problem gotovo pa i ne postoji kod B2B isporuka, zbog toga što u EU postoji VIES sustav razmjene informacija,¹⁵⁷ kojim porezni obveznici PDV-a mogu u svakom trenutku elektroničkim putem provjeriti porezni status druge stranke uključene u

154 Hargitai, C., *op. cit.*, u bilj. 6., str. 41. Bird ističe kako je „oporezivanje uvijek umjetnost mogućega. Promjene u poreznoj politici i poreznoj strukturi odraz su promjena u administrativnim realnostima u jednakoj mjeri, ili čak i više, kao i promjena u utvrđenim ciljevima politike“ (Bird, R., *op. cit.*, u bilj. 47., str. 23.)

155 Doernberg, R., *et al.*, *op. cit.*, u bilj. 9., str. 556. U radu je već ukazano na problem povećanog rizika od izbjegavanja plaćanja poreza i porezne utaje kod transakcija u okviru direktne e-trgovine (vidi *supra*).

156 Vidi *supra*.

157 VIES (engl. kratica za *VAT Information Exchange System*) zajednički je sustav razmjene informacija o transakcijama unutar EU za svrhe oporezivanja PDV-om. Uspostavljen je Uredbom Vijeća (EEZ) br. 218/92 od 27. siječnja 1992. o upravnoj suradnji u području neizravnog oporezivanja (SL L 24, 1.2.1992., str. 1.) kako bi se pojačanom i učinkovitom razmjenom informacija riješili potencijalni problemi u sustavu PDV-a u EU koji su se mogli predvidjeti zbog stupanja na snagu tzv. prijelaznog sustava PDV-a u EU te ukidanja carinskih kontrola na granicama između država članica (prema: Mijatović, N., *Prijelazni...*, u bilj. 126., str. 50.). U međuvremenu je navedena Uredba više puta mijenjana, pa i stavljena izvan snage Uredbom Vijeća (EZ) br. 1798/2003. Danas je u području administrativne suradnje u svrhe PDV-a na snazi Uredba 904/2010 (vidi *supra*, str. 11., bilj. 54.), koja u čl. 31. određuje da su države članice dužne osigurati da sve osobe uključene u isporuke dobara i usluga unutar EU-a, ali i isporučitelji e-usluga (te usluga radijskog i televizijskog emitiranja) koji nemaju poslovni nastan u EU, mogu, radi tih transakcija, elektroničkim putem dobiti potvrdu o valjanosti poreznog broja drugih osoba, kao i podatak o njihovom imenu i adresi. Danas sve osobe koje su porezni obveznici PDV-a (odnosno oni koji imaju porezni broj za svrhe PDV-a dodijeljen od države članice EU) mogu putem internetske stranice Europske komisije jednostavno provjeriti podatak o poreznom broju drugih osoba uključenih u transakcije (dostupno na: http://ec.europa.eu/taxation_customs/vies/vatRequest.html). Valja naglasiti kako se ne radi o jedinstvenoj bazi podataka na razini EU-a, već se putem internetskog posluživača Europske komisije u realnom vremenu samo prikupljaju i prosljeđuju korisnicima podatci iz nacionalnih baza podataka svih država članica.

transakciju.¹⁵⁸ Upravo primjena VIES sustava i mehanizma obrnutog terećenja¹⁵⁹ omogućuju vrlo učinkovitu primjenu načela odredišta kod B2B isporuka e-usluga. S druge strane, B2C isporuke pred isporučitelje usluga i porezne vlasti postavljaju niz problema, pogotovo što se tiče utvrđivanja prebivališta (podredno uobičajenog boravišta) primatelja usluge, tj. lokacije kupca.¹⁶⁰ U radu je već navedeno kako se načelo odredišta, prema važećim odredbama Direktive 2006/112/EZ primjenjuje kod svih B2C isporuka e-usluga, osim kada i isporučitelj i primatelj usluge imaju poslovni nastan, odnosno prebivalište ili uobičajeno boravište u EU, u kojem se slučaju primjenjuje načelo podrijetla.¹⁶¹ Ako uzmemo u obzir činjenicu da će se i na takve isporuke od 1. siječnja 2015. primjenjivati načelo odredišta, razumljiva je potreba za što hitnijim pronalaskom učinkovitog rješenja za utvrđivanje lokacije kupca.¹⁶² Uredba 282/2011 sadrži tek prilično nepreciznu odredbu, kako u slučajevima B2C isporuka kod kojih se mjesto oporezivanja određuje prema načelu odredišta, isporučitelj usluge „utvrđuje to mjesto prema informacijama dobivenim od strane primatelja, a te informacije provjerava u skladu s redovnim komercijalnim sigurnosnim mjerama, kao što su provjere identiteta i plaćanja.“¹⁶³ Ipak, trenutno ne postoji potpuno pouzdan način za utvrđivanje lokacije kupca kod B2C isporuka, te se isporučitelji usluga i dalje uglavnom oslanjaju na podatke koje im kupac šalje

158 Osim podatka o valjanosti poreznog broja uporabom VIES sustava saznaje se i koja je država članica EU-a taj broj dodijelila te tako neizravno isporučitelj usluge može saznati i lokaciju primatelja. Takvo rješenje kao način utvrđivanju lokacije primatelja predviđa i Uredba 282/2011 u čl. 20., st. 3. Problem se može javiti kod transakcija kod kojih se usluga obavlja za potrebe stalne poslovne jedinice primatelja, koja je smještena u drugoj državi članici. Tada bi za pravilnu primjenu pravila o mjestu oporezivanja bilo nužno da isporučitelj usluge utvrdi lokaciju te stalne poslovne jedinice (vidi *supra*, str. 27-28.). Način utvrđivanja lokacije stalne poslovne jedinice kojoj se pruža usluga propisan je u čl. 22. Uredbe 282/2011, a primarni kriterij koji isporučitelj usluge pritom mora uzeti u obzir jest priroda same usluge i njezina uporaba.

159 Vidi *supra*, bilj. 140.

160 McLure ističe kako je „zaista težak problem prikupljanje poreza na isporuke nematerijalnih dobara potrošačima i trgovcima koji nisu registrirani za svrhe PDV-a, a koji se temelji na načelu odredišta“ (McLure, C.E., *op. cit.*, u bilj. 43., str. 756.). Prirodu problema je lako shvatiti ako se direktna e-trgovina usporedi s tradicionalnim oblicima trgovine, kod kojih je kupac ili „na mjestu“ (dakle, u prostorijama prodavatelja) platio za isporučeno dobro ili obavljenu uslugu ili je morao prodavatelju dati podatak o svojoj adresi kako bi se izvršila dostava dobra i obavilo plaćanje. S obzirom na to da se kod direktne e-trgovine čitava transakcija obavlja internetom, lako je zamisliti kako podatci koje primatelj e-usluge (koji nije porezni obveznik PDV-a) daje isporučitelju mogu biti netočni, a isporučitelj nema na raspolaganju primjeren kontrolni sustav, kao što je VIES sustav za B2B isporuke. Oslanjanje na postupanje kupca u dobroj vjeri kad je u pitanju davanje takvih podataka nije dostatno niti prihvatljivo ako ne postoji učinkoviti sustav kontrole danih podataka (vidi: Basu, S., u bilj. 1., str. 155.).

161 Vidi *supra*.

162 Vidi *supra*, Valja naglasiti kako primjena posebnog postupka oporezivanja kod takvih isporuka (vidi *supra*, bilj. 149.) bitno olakšava ispunjavanje porezne obveze isporučiteljima, ali i dalje postavlja zahtjev utvrđivanja lokacije kupca, kako bi se, u skladu sa čl. 58. Direktive 2006/112/EZ, pravilno utvrdilo mjesto oporezivanja.

163 Uredba 282/2011, u bilj. 53., čl. 23., st. 2.

elektroničkim putem prilikom poduzimanja transakcije, bez mogućnosti primjerene provjere njihove točnosti. Čini se kako mnogi rješenje ovog problema vide upravo u daljnjem razvoju tehnologije.¹⁶⁴ Pritom se može prihvatiti McLureovo stajalište kako najviše obećava uporaba sustava elektroničkih potpisa i potvrda u e-trgovini. „Ti sustavi zasnivaju se na jamstvu javnih tijela koja ih izdaju da je kupac zaista onaj za koga se predstavlja (uključujući njegovu lokaciju i činjenicu je li porezni obveznik ili ne). U nekim aspektima su tako slični i VIES sustavu.“¹⁶⁵

Osim problema praktične provedbe pravila Direktive 2006/112/EZ o mjestu oporezivanja, trenutna praksa pri poduzimanju B2C isporuka e-usluga ukazuje i na probleme vezane uz narušenu poreznu neutralnost. Naime, prema važećim odredbama Direktive 2006/112/EZ porezni tretman takvih isporuka bitno je drukčiji ovisno o tomu ima li isporučitelj poslovni nastan u EU ili nema, kako je već prikazano u radu.¹⁶⁶ Takav poreznopravni režim na prvi pogled stavlja isporučitelje s poslovnim nastanom u EU u povoljniji položaj, budući da na sve B2C isporuke (nakon što su prethodno utvrdili da primatelji usluge nisu porezni obveznici, a imaju sjedište poslovne aktivnosti, prebivalište ili uobičajeno boravište u EU) obračunavaju istu poreznu stopu PDV-a – stopu države članice u kojoj imaju poslovni nastan.¹⁶⁷ S druge strane, isporučiteljima bez poslovnog nastana u EU ostaje primjena posebnog postupka oporezivanja uređenog u čl. 359.-369. Direktive 2006/112/EZ.¹⁶⁸ To pred njih postavlja ne samo povećane administrativne zahtjeve i troškove udovoljavanja poreznoj obvezi, već i zahtjev da na svaku pojedinačnu B2C isporuku primijene poreznu stopu PDV-a države članice primatelja (nakon što su prethodno utvrdili njegovu lokaciju).¹⁶⁹ Ovakvo uređenje uzrokovalo je pojačanu

164 Prema Birdu „digitalna revolucija nije prva koja je utjecala na odvijanje trgovine te tako i na stvarnu i potencijalnu poreznu osnovicu. Tehnološke revolucije u prometu i komunikaciji prve padaju na um ... Tehnološka revolucija ne donosi samo probleme, već i mogućnosti tehnoloških rješenja“ (Bird, R., *op. cit.*, u bilj. 47., str. 23-24.). Slično tomu i Lighthart ističe kako „internet može biti prijatna poreznim vlastima, ali pruža prilike. Novi tehnološki pronalasci mogu učiniti uporabu mehanizma obrnutog terećenja kod B2C isporuka izvedivim u ne predalekoj budućnosti“ (Lighthart, J., *Consumption Taxation in a Digital World: A Primer*, Canadian Tax Journal, vol. 52., br. 4., 2004., str. 1095.).

165 McLure, C. E., *op. cit.*, u bilj. 43., str. 757. Detaljnije o uporabi elektroničkih potvrda i potpisa radi oporezivanja e-trgovine vidi: Basu, S., u bilj. 1., str. 300-302.

166 Vidi *supra*.

167 Primjerice belgijsko trgovačko društvo, registrirano kao porezni obveznik PDV-a u Belgiji, koje pruža e-usluge većem broju potrošača iz svih država članica EU-a, na svaku pojedinačnu isporuku obračunava poreznu stopu utvrđenu belgijskim zakonom o PDV-u (trenutno 21%) te utvrđeni iznos poreza plaća belgijskim poreznim vlastima. Ako e-usluge pruža putem stalne poslovne jedinice koja se nalazi u Nizozemskoj, na svaku pojedinačnu isporuku društvo mora obračunati poreznu stopu utvrđenu nizozemskim zakonom o PDV-u (trenutno 19%) te obračunati iznos platiti nizozemskim poreznim vlastima. Kao što je u radu više puta istaknuto, ovakvo rješenje, prema odredbama Direktive 2006/112/EZ, prestaje vrijediti 31. prosinca 2014. te će se društva s poslovnim nastanom u EU od 1. siječnja 2015. pri B2C isporukama e-usluga služiti posebnim postupkom oporezivanja (tzv. *mini One Stop Shop*, vidi *supra*, str. 29, bilj. 145.).

168 Vidi *supra*, bilj. 149.

169 U određenim slučajevima ovakvo rješenje može i isporučitelje koji nemaju poslovni nastan

poreznu konkurenciju između država članica EU-a, s obzirom na to da je „najbolje rješenje za poduzetnike izvan EU-a osnovati zavisno društvo ili stalnu poslovnu jedinicu u državi članici s niskim stopama PDV-a, kao što je Luksemburg, te na unutarnjem tržištu EU-a poslovati pod jednakim uvjetima kao i poduzetnici iz EU-a.“¹⁷⁰ Institucije EU-a ubrzo su postale svjesne pojave porezne konkurencije pri pružanju e-usluga, uzrokovane rješenjima iz Direktive 2002/38/EZ, te je to samo učvrstilo stajalište Europske komisije da sve isporuke e-usluga treba oporezovati PDV-om prema načelu odredišta.¹⁷¹

Problem narušene porezne neutralnosti i porezne konkurencije između država članica kod ovakvih isporuka potpuno će se ukloniti od 1. siječnja 2015. i stupanja na snagu izmjena Direktive 2006/112/EZ nakon kojih se očekuje primjena posebnog postupka oporezivanja kod B2C isporuka e-usluga bez obzira imaju li isporučitelji poslovni nastan u EU ili ne. No, sveobuhvatna primjena načela odredišta kod B2C isporuka e-usluga samo će još više naglasiti potrebu za pronalazjenjem učinkovitog mehanizma utvrđivanja lokacije primatelja jer će se s tim problemom, s kojim se već sada suočavaju isporučitelji bez poslovnog nastana u EU, u puno većoj mjeri suočiti i isporučitelji s poslovnim nastanom u EU. Zato se čini kako je upravo to pitanje slaba točka inače teoretski utemeljenog režima oporezivanja e-usluga u EU, te će se upravo pri njegovom rješavanju pokazati jesu li uopće, i u kojoj mjeri, u praksi primjenjiva pravila sadržana u Direktivi 2006/112/EZ.

u EU staviti u povoljniji položaj. Primjerice ako isporučuju e-usluge potrošačima iz država članica koje imaju nisku poreznu stopu (npr. Luksemburg ili Cipar), a njihovi konkurenti s poslovnim nastanom u EU imaju sjedište u državama članicama sa višim poreznim stopama. Unatoč ovoj mogućnosti, može se prihvatiti stav kako je „položaj EU-isporučitelja, barem načelno, povoljniji nego položaj isporučitelja izvan EU“ (Parrilli, D., *op. cit.*, u bilj. 82.). Više o ovome vidi: Van Der Merwe, B.A., u bilj. 109., str. 582.

170 Parrilli, D., *loc. cit.* Ovu mogućnost iskoristile su mnogi veliki isporučitelji e-usluga, poput američkog AOL-a, koji je još prilikom najave uvođenja novih pravila premjestio sjedište obavljanja aktivnosti u Europi u Luksemburg (prema: Pastukhov O., *The E-VAT Directive: Mitigating Tax Competition or Spurring It?*, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol. 2, br. 2, 2007., str. 56.). Osim Luksemburga, privlačnu poreznu oazu predstavlja i portugalski otok Madeira (prema: *ibid.*, str. 56.), gdje je opća porezna stopa, čak i nakon povećanja u posljednjim godinama i dalje vrlo niskih 16% (prema: Europska komisija (2011), u bilj. 100., str. 22.). Zato se pojačava i važnost odgovora na pitanje što se sve može smatrati stalnom poslovnom jedinicom u smislu odredbi Direktive 2006/112/EZ (vidi *supra*, str. 27., bilj 139.). Rendahl upozorava kako „društva koja nemaju poslovni nastan u EU moraju razmotriti kako bi osnivanje stalne poslovne jedinice na području EU utjecalo na njihovu konkurentnost na unutarnjem tržištu. Društva moraju procijeniti kriterije koje se zahtijevaju za priznavanje statusa stalne poslovne jedinice za svrhe PDV-a i to usporediti s registracijom u jednoj državi članici identifikacije u skladu sa posebnim postupkom oporezivanja“ (Rendahl, P., *op. cit.*, u bilj. 28., str. 79.). Društva koja nemaju poslovni nastan u EU i odluče se za alternativu osnivanja stalne poslovne jedinice u nekoj od država članica s niskom stopom PDV-a pritom moraju biti svjesna kako se taj pojam za svrhe PDV-a razlikuje od pojma stalne poslovne jedinice radi neposrednih poreza te fizičko premještanje posluživača (servera) ne bi bilo dovoljno za postizanje cilja (vidi *supra*, bilj. 139.).

171 Vidi *supra*, bilj. 144.

4. ZAKLJUČAK

Trgovina dobrima i uslugama koja se obavlja internetom i drugim elektroničkim mrežama omogućuje prodavateljima, posebice malim i srednjim poduzetnicima, brz i jednostavan pristup globalnim tržištima bez potrebe za ikakvom fizičkom prisutnošću u državi kupca. Države članice i institucije EU-a nisu mogle ostati ravnodušne na ubrzani razvoj e-trgovine u posljednjih 20-ak godina, pogotovo nakon što su prepoznati njezini pozitivni ekonomski učinci. Stvaranje optimalnog regulatornog okvira, pa tako i onog poreznopravnog, za e-trgovinu bilo je nužno kako bi se potaknuo njezin razvoj u EU. Pri stvaranju poreznopravnog okvira institucije EU-a vodile su se načelima pravne sigurnosti i porezne neutralnosti, a najviše napora uloženo je u promjene u sustavu PDV-a, što ne čudi s obzirom na visoki stupanj harmonizacije ovog poreza u EU i njegov iznimni značaj za porezne sustave svih država članica. Sve od donošenja Direktive 2002/38/EZ pa do posljednjih zakonodavnih intervencija u sustav PDV-a na razini EU-a koje se tiču ovog područja, postupno je oblikovan režim oporezivanja PDV-om jednog segmenta e-trgovine – direktne e-trgovine, tj. e-usluga. Pritom treba naglasiti kako je većina usvojenih rješenja u skladu sa smjernicama usvojenim u sklopu foruma međunarodne suradnje, poput onog OECD-ovog, jer je Europska komisija već u početku bila svjesna kako sama priroda e-trgovine nameće potrebu za postizanjem međunarodnog konsenzusa o ključnim poreznopravnim pitanjima. Upravo ova činjenica daje dodatni značaj režimu oporezivanja e-usluga PDV-om koji se primjenjuje u EU, kao modelu za buduće uređenje ovog područja na globalnoj razini ili na razini pojedinačnih država nečlanica.

Međutim, režim koji je trenutno na snazi u EU nije postigao zadovoljavajući stupanj niti pravne sigurnosti niti porezne neutralnosti te i dalje postoje brojna otvorena pitanja. U radu je prikazano kako se isporučitelji e-usluga mogu, primjerice, susresti s problemom klasifikacije isporuka kao e-usluga. Nedovoljno precizne odredbe prava EU-a, te istovremeni tehnološki napredak i pojava novih kategorija isporuka digitalnog sadržaja otvara prostor različitim klasifikacijama istih isporuka (npr. softvera) u različitim državama članicama, o čemu bitno ovisi i poreznopravni tretman same isporuke. Moguće rješenje bilo bi stvaranje jasnih, preciznih i detaljnih smjernica na razini EU-a (primjerice od Odbora za PDV) o klasifikaciji pojedinih e-usluga, koje bi se periodično mijenjale i nadopunjavale, u skladu sa zahtjevima koje postavlja praksa. Kao nadopuna ovim smjernicama mogao bi poslužiti na razini EU-a posebno osmišljeni test prema kojem bi se isporuka koja ispunjava određene unaprijed postavljene kriterije mogla smatrati isporukom e-usluga. Rizik različitog tumačenja i tretmana na nacionalnoj razini javlja se i kod drugih pitanja značajnih za oporezivanje PDV-om, kao što je pojam stalne poslovne jedinice radi PDV-a, posebno ako se radi o poslužitelju (serveru) kojim se pružaju e-usluge.

Primjena načela odredišta, tj. oporezivanje prema mjestu potrošnje, za sve isporuke e-usluga jedini je način za postizanje porezne neutralnosti i jednakih konkurentskih uvjeta na unutarnjem tržištu. To pitanje treba promatrati u kontekstu

razlika u poreznim stopama između država članica, a čije se ujednačavanje ne može očekivati u skoroj budućnosti. Primjena načela podrijetla samo bi potaknula izbjegavanje plaćanja poreza premještanjem poslovnog nastana društava isporučitelja u države članice s nižim poreznim stopama (porezni bijeg), poput Luksemburga, te time i do erozije porezne osnovice i gubljenja prihoda od PDV-a za velik broj država. Pritom je ključno pitanje kako utvrditi sustav oporezivanja PDV-om isporuka e-usluga prema načelu odredišta koji je primjenjiv u praksi bez većih administrativnih tereta za stranke uključene u transakciju. Primjena mehanizma obrnutog terećenja (*reverse charge mechanism*) i uporaba VIES sustava rješava probleme za B2B isporuke, ali B2C isporuke za zakonodavce EU i dalje predstavljaju gorući problem. Trenutno se, prema pravu EU-a, jedino kod B2C isporuka e-usluga isporučitelja koji imaju poslovni nastan u EU primjenjuje načelo podrijetla, što za posljedicu ima narušenu poreznu neutralnost na unutarnjem tržištu između tih isporučitelja i isporučitelja bez poslovnog nastana u EU, ali i pojavu porezne konkurencije te porezni bijeg brojnih društava isporučitelja u porezne jurisdikcije s nižim stopama PDV-a. S obzirom na to da će 1. siječnja 2015. na snagu stupiti nova pravila Direktive 2006/112/EZ o mjestu oporezivanja e-usluga prema kojima će se sve isporuke oporezovati prema načelu odredišta, navedene negativne pojave postat će stvar prošlosti. Svi će isporučitelji e-usluga, bez obzira na mjesto poslovnog nastana, biti u jednakom položaju prilikom isporuka potrošačima iz EU-a, a primjena posebnih postupaka oporezivanja (tzv. *one stop shop*) dobar je način za pojednostavljenje administrativnih obveza i drugih troškova pri ispunjavanju porezne obveze.

Nova će pravila ipak još više naglasiti problem koji je s pravom označen kao „Ahilova peta“ sustava oporezivanja e-usluga PDV-om u EU¹⁷² – njegovu praktičnu provedivost zbog poteškoća pri utvrđivanju točnih podataka o kupcu i njegovoj lokaciji prilikom B2C isporuka. Trenutno ne postoji potpuno pouzdan način da isporučitelj utvrdi lokaciju kupca te samim time i poreznu jurisdikciju za utvrđivanje i plaćanje PDV-a. Traže se tehnološka rješenja, ali ako predložena sredstva kao što je, primjerice, sustav elektroničkih potpisa i potvrda ne prorade na učinkovit način do 2015., EU zakonodavac će se naći pred zidom praktične neprovedivosti utvrđenih pravila.

Za očekivati je kako će u budućnosti pitanja koja su predmet ovog rada još više doći u žarište pozornosti institucija EU-a, poreznih tijela država članica, poreznih stručnjaka te samih poduzetnika koji isporučuju e-usluge. Dva su osnovna razloga za to. S jedne strane, uporaba informatičke tehnologije u svijetu širi se iz dana u dan, sa sve većim brojem novih tehnoloških izuma, koji imaju mogućnost brzog i jednostavnog pristupa internetu, te širokom ponudom novih, u pravilu digitalnih, sadržaja namijenjenih uglavnom krajnjim potrošačima. Posljedica je snažan rast e-trgovine, a posebno B2C isporuka e-usluga. Kao primjer može poslužiti očekivani snažan rast e-trgovine koja se odvija putem mobilnih telefona i sličnih uređaja, tzv.

172 Prema: Basu, S., u bilj. 1., str. 215.

m-trgovine (engl. *mobile e-commerce* ili *m-commerce*),¹⁷³ koja će pred zakonodavce nametnuti i niz novih pitanja kao što je određivanje stvarnog mjesta potrošnje. S druge strane, porezni trendovi u EU i drugim svjetskim državama u posljednjim godinama ukazuju da raste značaj potrošnih poreza,¹⁷⁴ kao što je PDV, a posljednja je ekonomska kriza to samo potvrdila.¹⁷⁵ Time se samo dodatno naglašava važnost svake nove pojave značajne za sustav PDV-a i drugih potrošnih poreza, a to e-trgovina svakako jest. Poreznopravna pravila koja reguliraju ovo područje i ubuduće se doživjeti promjene ili će biti iznova stvorena. Bitno je da, uz teoretsku opravdanost, odražavaju tehnološke realitete ključne za praktičnu primjenu, te, koliko god je to moguće, budu rezultat globalnog konsenzusa.

173 Prema: Westberg, B., u bilj. 34., str. 243.

174 Prema: Mijatović, N., *Razvoj...*, u bilj. 75., str. 75. Više o ovome vidi: Messere, K., *Porezi dvadesetog stoljeća i njihova budućnost*, Financijska teorija i praksa, vol. 24., br. 2., Zagreb, 2000., str. 218., također i: Bird, R., u bilj. 47., str. 10.

175 „U 2010. i 2011. većina država članica suočila se s izazovom konsolidacije javnih financija, te istovremeno s pitanjem promjena u poreznoj strukturi koje bi poticale gospodarski rast, i to prebacivanjem poreznog tereta, kad je to moguće, s neposrednog na posredno oporezivanje ili širenjem porezne osnovice“ (Europska komisija (2011), *Tax reforms in EU Member States 2011*, dostupno na: http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2011/pdf/ee-2011-5_en.pdf (1. travnja 2012.), str. 31.). Zato ne čudi kako je u posljednjih nekoliko godina većina država članica EU-a povećala opću stopu PDV-a (o ovome vidi: Europska komisija (2011), *VAT...*, u bilj. 100.).

Summary

VALUE ADDED TAXATION OF ELECTRONIC COMMERCE: THE EU LEGAL FRAMEWORK

This paper analyzes the EU system of rules applicable to the value added taxation of electronic commerce (e-commerce). Twin elements of emergence and rapid development of e-commerce resulted in the need for the creation of a special legal framework for its taxation on a global level. Nowadays every EU Member State applies an identical set of rules for VAT taxation of electronically supplied services (e-services). These rules were created at the supranational EU level, primarily by amendments to the Sixth Directive and Directive 2006/112/EC, as the main sources of VAT harmonization in the EU, but also by the adoption of various implementing acts. In this light attempts are made to explain the fundamental concepts of this field as well as to provide a historic overview of the most important efforts in the EU aimed at the construction of a special regime for VAT taxation of e-services. Likewise, the author analyzes the main features of this regime with special emphasis on the place-of-supply rules. Although the given regime is theoretically well-founded, there are still many problems (especially with the practical application of the established rules) wherefore, this paper aims to determine appropriate solutions for some of them. To this end basic concepts of this everdeveloping area are presented in accordance with the relevant sources of EU law and scholarly and professional literature.

Key words: value added tax, electronic commerce, EU tax law, e-services, destination principle.

Zusammenfassung

MEHRWERTBESTEUERUNG DES ELEKTRONISCHEN HANDELS: STEUERRECHTLICHER RAHMEN DER EU

In dieser Arbeit wird das im Recht der Europäischen Union (die EU) festgelegte System von Regeln analysiert, welches die Mehrwertbesteuerung des elektronischen Handels (Online-Handel) reguliert. Die Entstehung und die schnelle Entwicklung des Online-Handels haben das Bedürfnis nach Entstehung des besonderen Rechtsrahmens für die globale Besteuerung des Online-Handels aufgezwungen. Die EU ist heutzutage die einzige supranationale Organisation in der Welt, in der alle 27 Mitgliedsstaaten die einheitliche Mehrwertbesteuerung von elektronisch gelieferten Diensten anwenden. Dieses Regelsystem wurde durch Interventionen des EU-Gesetzgebers vor allem in die Sechste Richtlinie bzw. in die Richtlinie 2006/112/EG

festgelegt, welche die wichtigste Quelle der Mehrwertsteuerharmonisierung in der EU darstellt, aber auch durch Erlassung verschiedener Ausführungsakte. Nach dem Definieren von für dieses Thema wichtigen Grundbegriffen und der historischen Darstellung von Anstrengungen zur Entstehung des besonderen Rechtsrahmens in der EU wird in der Arbeit mit Hilfe der steuerrechtlichen Analyse die Übersicht der wichtigsten Richtlinien der Mehrwertbesteuerung von elektronischen Diensten in der EU mit besonderer Beachtung der Regeln über den Bestimmungsort dargestellt. Es wird darauf hingewiesen, dass das System auf theoretisch akzeptablen Grundlagen entstanden ist, die Probleme sind jedoch weiterhin anwesend, insbesondere in der praktischen Anwendung von festgesetzten Regeln, weshalb für manche von ihnen entsprechende Lösungen angeboten werden. Die Grunderkenntnisse in diesem höchst aktuellen Bereich werden durch Benutzung und Analyse von relevanten Quellen der EU und von wissenschaftlicher und sachkundiger Literatur dargestellt.

Schlüsselwörter: *Mehrwertsteuer, elektronischer Handel, EU-Steuerrecht, elektronische Dienste, der Grundsatz des Bestimmungsorts.*

Riassunto

LA TASSAZIONE DEL COMMERCIO ELETTRONICO ATTRAVERSO L'IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO: IL CONTESTO NORMATIVO DELL'UNIONE EUROPEA

Nel presente lavoro si analizza il sistema di regole creato nel diritto dell'Unione europea al fine di disciplinare la tassazione del commercio elettronico (*e-commerce*) mediante l'imposta sul valore aggiunto. La nascita e lo rapido sviluppo dell'*e-commerce* hanno imposto la necessità di creare un quadro normativo specifico per la sua tassazione su scala globale. L'UE attualmente è l'unica entità sovranazionale al mondo nella quale 27 Stati membri applicano un sistema unitario di regole per la tassazione dei servizi prestati per via elettronica (*e-service*), quale sottocategoria di *e-commerce*, mediante l'imposta sul valore aggiunto. Tale sistema di regole è creato mediante l'intervento del legislatore dell'UE *in primis* nella Sesta Direttiva, ovvero la Direttiva 2006/112/CE, la quale rappresenta la fonte più importante per l'armonizzazione dell'imposta sul valore aggiunto nell'UE, come anche mediante l'emanazione di numerosi atti normativi d'attuazione. Dopo avere definito le nozioni base rilevanti per questo tema e dopo una rassegna storica degli sforzi volti alla creazione di un specifico quadro normativo nell'UE, nel lavoro si illustrano attraverso il prisma dell'analisi tributaria le più importanti disposizioni del sistema di tassazione dei servizi elettronici mediante l'imposta di valore aggiunto nell'UE, con particolare attenzione per le regole concernenti il luogo della tassazione. Si rileva come il sistema sia stato creato su di un apprezzabile fondamento teorico,

ma continuano ad esistere numerosi problemi, specie quanto all'applicazione pratica delle regole accertate; si cerca, pertanto, di offrire ad alcuni di questi problemi una soluzione appropriata. Le considerazioni più rilevanti in quest'ambito estremamente attuale vengono esposte utilizzando ed esaminando sia le fonti giuridiche rilevanti nell'UE, sia la letteratura scientifica e professionale.

Parole chiave: *imposta sul valore aggiunto, commercio elettronico, diritto tributario dell'UE, e-service, principio della destinazione.*

PROFILI GIURIDICI DELLA RICERCA GENETICA: DAL CONSENSO INFORMATO ALLE BIOBANCHE

dr. sc. Romana Pacia, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Trstu
Italija

UDK: 342.246:575
147::575
Ur.: 26. lipnja 2012.
Pr.: 14. listopada 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

PRAVNI ASPEKTI GENETSKOG ISTRAŽIVANJA – OD INFORMIRANOG PRISTANKA DO BIOBANAKA

Rad nudi analizu talijanskog pravnog poretka u svijetlu međunarodnog i europskog normativnog okvira u kontekstu sljedećih pitanja: pravna priroda biološkog uzorka i razlike između pojma biološkog materijala i genetskih informacija u njemu sadržanih; pravo vlasništva i pravo na privatnost; pojam biološkog uzorka kojeg se ne može identificirati; vlasništvo biološkog uzorka te neraspoloživost podacima; pojam i funkcija biobanaka u kontekstu sektora intelektualnog vlasništva.

Ključne riječi: *biološki uzorak, pravo vlasništva, privatnost, biobanka, intelektualno vlasništvo.*

1. RICERCA GENETICA: IL QUADRO NORMATIVO

A richiamare l'attenzione degli interpreti sulle implicazioni giuridiche della ricerca genetica, genomica e farmacogenomica, è stata la realizzazione, soprattutto all'estero, dei primi grandi archivi di dati genetici¹ su scala nazionale associata alla

¹ Ai sensi dell'art. 1, lett.a), *Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici* 24 giugno 2011, emanata dal Garante per la protezione dei dati personali ex art.90, d.lgs.196/2003, dato genetico è "il risultato di test genetico o ogni altra informazione che, indipendentemente dalla tipologia, identifica le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela". Sulla tipologia dei *test* genetici, DAGNA BRICARELLI, *I test genetici*, in *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, I, Milano, 2011, 371 ss. Per un approccio filosofico, da ultimo GALLETTI, *Oltre il "riduzionismo genetico". I test genetici tra destino, rischio e responsabilità*, in *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici*

raccolta dei correlativi campioni biologici,² conservati nelle biobanche in vista dello svolgimento dell'attività di ricerca o quale materiale non più necessario per finalità cliniche o diagnostiche.

E' una materia di estrema rilevanza, dove numerosi e diversificati sono gli interessi in gioco (necessità della comunità scientifica di disporre di sempre maggiori quantità di informazioni e campioni, aspettative della popolazione circa l'individuazione dei rimedi a determinate patologie, interessi economico-finanziari in capo a soggetti operanti nel settore bio-industriale e farmaceutico) e dove, soprattutto, sono coinvolti valori anche costituzionali potenzialmente in conflitto: da un lato, sviluppo della ricerca scientifica *ex art. 9, 1°co., Cost.*, e libertà della scienza *ex art. 33, 1°co., Cost.*; dall'altro, diritto alla salute quale interesse della collettività *ex art. 32, 1°co., Cost.*, e diritti della personalità *ex art. 2 Cost.*³.

1.1. Normativa sovranazionale e comunitaria

A livello internazionale, non sono molti gli strumenti normativi adottati in tema di ricerca genetica e di biobanche:⁴ senza alcuna pretesa di completezza, saranno di seguito indicati atti o documenti particolarmente significativi.

Importanti principi sono contenuti nella "Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti umani" adottata dall'Unesco l'11 novembre 1997, il cui art. 1 afferma che "il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità. In senso simbolico, esso è patrimonio dell'umanità". Il valore riconosciuto al genoma umano non esclude, però, la possibilità di ricerche in questo settore, delle quali le biobanche sono uno strumento fondamentale ed utile all'intera società: infatti, come espressamente indicato nel successivo art. 12, "la libertà della ricerca, necessaria al progresso della conoscenza, deriva dalla libertà di pensiero. Le applicazioni della ricerca, soprattutto quelle in biologia, genetica e medicina, concernenti il genoma umano, devono tendere ad alleviare la sofferenza ed a migliorare la salute dell'individuo e di tutta l'umanità". Inoltre, l'unicità del

e giuridici a cura di Faralli e Galletti, Aracne, Roma, 2011, 159 ss.; GALVAGNI, *Questioni bioetiche nel trattamento dei dati genetici*, in *Forum BioDiritto 2009. I dati genetici nel biodiritto*, a cura di Casonato, Piciocchi, Veronesi, Padova, 2011, 27 ss.

2 Ai sensi dell'art. 1, lett.b), *Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici* 24 giugno 2011, deve intendersi "ogni campione di materiale biologico da cui possono essere estratti dati genetici caratteristici di un individuo".

3 LATTANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 332 s.

4 Sulle fonti del biodiritto internazionale, CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di Rodotà e Tallacchini, Milano, 2010, 609 ss.; BORGONO, *La protezione dei dati genetici nel biodiritto internazionale. Principi biogiuridici fondamentali*, in *Forum BioDiritto 2009*, cit., 355 ss. Con particolare riguardo ai profili del consenso informato, AZZINI, *Biobanche, consenso e fonti del diritto: un caso di eccezionale disordine?*, in *Forum BioDiritto 2010, La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, a cura di Casonato, Piciocchi, Veronesi, Università degli Studi di Trento, 2012, 117 ss.

genoma degli individui, riconosciuta dall'art. 2, rende necessaria la protezione delle persone, non solo per evitare possibili discriminazioni, ma soprattutto perché tale unicità rende possibile identificare "uno specifico genoma" tra vari campioni di DNA: di qui il dovere primario delle biobanche di adottare regole e procedure idonee ad assicurare la segretezza dei dati in esse contenuti.

La successiva "Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani" dell'Unesco 16 ottobre 2003 è volta ad assicurare il rispetto della dignità umana, la protezione dei dati personali e delle libertà fondamentali nella raccolta e trattamento dei dati genetici umani e dei campioni biologici, dai quali tali dati sono ottenuti, nel rispetto dei principi di uguaglianza, giustizia e solidarietà e con il dovuto rispetto della libertà di espressione, inclusa la libertà di ricerca. La Dichiarazione afferma, altresì, la necessità del consenso libero ed informato dei donatori, maturato senza la prospettiva di guadagni economici o personali, e riconosce agli ordinamenti interni la possibilità di fissare limiti a tale principio solo per ragioni eccezionali, secondo quando previsto dalle norme internazionali sui diritti dell'uomo. Il principio del consenso, quale espressione del diritto di autodeterminazione, è riaffermato, in tema di bioetica, dalla "Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani" 19 ottobre 2005, dove, in particolare l'art. 7 prevede una speciale tutela per i soggetti non capaci e fissa due criteri di base: il consenso deve essere rilasciato da colui che è investito della funzione di tutela dell'incapace, avuto riguardo al *best interest* del paziente e solo quando la ricerca determini un beneficio diretto per la persona non capace; il rappresentato deve essere coinvolto nel processo decisionale in massima misura.

Notevole importanza rivestono le Linee guida dell'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), emanate nel 2007 e denominate "*Best Practice Guidelines on Biosecurity for BRCs*" (*Biological Resource Centres*), le quali forniscono le regole operative per l'attività di raccolta e di conservazione dei materiali biologici e fissano i parametri qualitativi, ai quali devono attenersi le strutture di raccolta; nonché quelle adottate nel 2009, che mirano a facilitare ampio accesso a dati e materiali per i progressi biomedici, garantendo nel contempo che la ricerca sia condotta in modo rispettoso della dignità umana e delle libertà fondamentali dei partecipanti.

A livello europeo, è fondamentale ricordare la Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina fatta a Oviedo il 4 aprile 1997,⁵ dove si segnalano, in particolare, la necessità del previo consenso libero ed informato del paziente; nonché l'oggetto dell'informativa, che deve riguardare scopo, natura e conseguenze dell'intervento, eventuali rischi, facoltà di ritirare liberamente il consenso in ogni momento (art. 5). Inoltre, è vietata ogni discriminazione basata sul patrimonio genetico di una persona ed è fatto divieto di trarre profitto dal corpo

5 La ratifica è stata autorizzata con 28 marzo 2001, n.145, ma non è ancora ufficialmente operante in Italia per il mancato deposito degli strumenti di ratifica, anche se ai suoi principi già si richiamano il legislatore interno e la Corte Costituzionale.

o dalle sue parti.⁶ L'art.10 enuncia il fondamentale diritto di ogni persona di vedere rispettata la propria vita privata, allorché si tratti di informazioni relative alla propria salute; in particolare, il soggetto ha il diritto di conoscere ogni informazione raccolta in tale ambito, ma gli viene riconosciuta anche la volontà di non esser informato, sancendo il dovere di rispettarla. Da ultimo, l'art. 11 vieta ogni discriminazione basata sul patrimonio genetico di una persona,⁷ mentre nell'art. 21 è fatto divieto di trarre profitto dal corpo o dalle sue parti.⁸

Altrettanto importante in ambito europeo, anche se atto non vincolante, è la Raccomandazione R (2006)4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che disciplina la ricerca condotta sui materiali biologici di origine umana. La Raccomandazione, prevedendo la necessità di ottenere il consenso del donatore per poter utilizzare i tessuti biologici a scopo di ricerca, distingue i tessuti in due categorie, secondo che siano o no identificabili (art. 3). I materiali biologici non identificabili, definiti "*unlinked anonymised materials*", sono materiali che, da soli o combinati a dati associati, non consentono l'identificazione della persona coinvolta. I materiali biologici identificabili, invece, sono quei materiali che, soli o in combinazione con dati associati, permettono l'identificazione dei soggetti direttamente o mediante l'utilizzo di un codice, e in quest'ultimo due sono le ipotesi previste: gli utilizzatori dei materiali hanno accesso al codice (*coded materials*); gli utilizzatori non hanno accesso al codice, che è sotto il controllo di soggetti terzi (*linked anonymised materials*). La ricerca sui materiali biologici deve esser intrapresa solo se rientra nei limiti del consenso ottenuto (art. 21) e, qualora ecceda tali limiti, devono essere compiuti ragionevoli sforzi per contattare il donatore, al fine di ottenere un nuovo consenso (art. 22.1): nel caso in cui ciò non sia possibile, i materiali biologici potranno essere utilizzati per la nuova ricerca solamente se finalizzata ad un importante scopo scientifico e se analogo risultato non possa

6 I principi della Convenzione, in particolare il divieto di ogni forma di discriminazione per motivi legati al patrimonio genetico, sono riaffermati nel Protocollo addizionale "*Genetic Testing for Health Purposes*" adottato a Strasburgo il 27 novembre 2008: si rinvia a BEQIRAJ, *Il protocollo alla Convenzione di Oviedo sui test genetici per fini medici. Verso il rafforzamento del quadro giuridico internazionale in materia di diritti umani in campo biomedico*, in *Forum BioDiritto 2009*, cit., 373 ss.

7 Con una previsione di tutela più ampia rispetto alla Dichiarazione Unesco sul genoma umano (RODOTA', *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2000, 582 s.). Da ultimo, sugli strumenti internazionali ed europei specificamente destinati al divieto di discriminazione genetica, BEQIRAJ, *Prohibition of genetic discrimination: applicative perspectives under the lens of human rights protection*, in *Comunità internazionale*, 2011, 91 ss. Nel diritto statunitense, v. la recente legge federale *Genetic Nondiscrimination Information Act* (GINA), che vieta la discriminazione genetica nei settori assicurativo e del lavoro, a prendere data, rispettivamente, dal 21 maggio e dal 1° novembre 2009.

8 Con riferimento anche al diritto interno, v. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"* in *Europa e dir.priv.*, 2002, 778 ss.; G.RESTA, *La disposizione del corpo, regole di appartenenza e di circolazione*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 810 ss.; S.ROSSI, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Digesto*, 4°ed., *Disc.priv.*, *Sez.civ.*, *Aggiornamento*, VII, Torino, 2012, 235 ss.; 248.

conseguirsi utilizzando materiali biologici per i quali il consenso sia già stato ottenuto; inoltre, non deve esistere alcun elemento, tale da lasciare presumere che la persona coinvolta si sarebbe espressamente opposta a tale tipo di ricerca. Anche la Raccomandazione riconosce la facoltà di ritirare liberamente il consenso in ogni momento, senza che la decisione possa condurre ad alcuna forma di discriminazione (art. 22.2). Invece, i materiali biologici non identificabili possono esser utilizzati per una nuova ricerca, se questa non viola alcuna delle restrizioni poste dalla persona coinvolta prima dell'anonimizzazione del campione (art. 23.1).

Da ultimo, è opportuno ricordare alcune direttive in materia. Anzitutto, la direttiva 2004/23/CE del 31 marzo 2004, "sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani" (attuata dal d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191), e la successiva direttiva 2006/17/CE dell'8 febbraio 2006 (che della prima costituisce attuazione per determinate prescrizioni tecniche in tema di donazione, approvvigionamento e controllo di tessuti e cellule umani) prevedono, tra l'altro, l'obbligo degli Stati di adottare tutte le misure necessarie ad assicurare la tracciabilità dei tessuti e delle cellule donate, anche assegnando uno specifico codice alla donazione ed ai prodotti alla medesima associati. Riveste particolare importanza anche la direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, la quale indica i limiti di brevettabilità dei materiali biologici. Tale direttiva è stata recepita in Italia dal d.l. 10 gennaio 2006 n. 3, convertito con modifiche nella l. 22 febbraio 2006, n. 78.

Per completare il quadro normativo europeo, occorre precisare che nei Trattati europei non vi sono norme espressamente dedicate al regolamento dei dati genetici e delle banche di raccolta di informazioni biologiche; tuttavia, questi trovano tutela nella più ampia disciplina dei dati personali. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) inserisce nella parte I, dopo i principi fondamentali, la libertà di circolazione dei dati personali e nel titolo XIX pone come obiettivo primario «la realizzazione di uno spazio europeo della ricerca», sottolineando la necessità che vi sia «coerenza reciproca» tra le politiche nazionali e quella dell'Unione: a tale scopo, le istituzioni europee potranno adottare, in un primo momento, un «programma quadro pluriennale» che fissi obiettivi, principi e linee guida delle azioni da intraprendere per promuovere la ricerca; in un secondo momento, esse stabiliranno «le misure necessarie all'attuazione dello spazio europeo della ricerca».⁹

Pertanto, *de iure condendo*, il quadro regolamentare, all'interno del quale si inseriranno gli atti legislativi europei e quelli interni, appare decisamente mutato: infatti, la materia della ricerca scientifica, pur non essendo elencata tra i settori di competenza concorrente, comunque viene trattata all'interno dell'art. 4 TFUE ad essi dedicato, precisando che l'Unione «ha competenza a condurre azioni [...] senza che

⁹ LORENZON, *La regolamentazione delle biobanche all'incrocio tra diritto dell'Unione e discrezionalità legislativa nazionale: alla ricerca di un punto di equilibrio tra riservatezza e libertà di ricerca scientifica*, in *Forum BioDiritto* 2010, cit., 50 ss.

l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro». ¹⁰ Infine, l'attività legislativa dell'Unione dovrà tenere conto di alcuni principi fondamentali così come regolati dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea: ¹¹ l'art. 3 considera inalienabile il diritto all'integrità della persona e lo tutela, prescrivendo la necessità di un «consenso libero e informato» al trattamento, il divieto di pratiche eugenetiche e di clonazione riproduttiva degli esseri umani, nonché il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti una fonte di lucro; l'art. 8 riconosce la protezione dei dati personali; l'art. 13 garantisce, nel rispetto della dignità umana, la libertà della ricerca scientifica; l'art. 35 assicura il rispetto di un «elevato livello di protezione» del diritto alla salute. ¹²

1.2. Normativa interna: Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici 24 giugno 2011 del Garante per la protezione dei dati personali

La disciplina interna è alquanto scarna e soprattutto deludente sotto il profilo formale. Infatti, l'art. 90, d.lgs.30 giugno 2003, n.196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*¹³, spoglia il legislatore delle sue competenze e rimette all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (quindi, ad un'autorità amministrativa indipendente) il potere-dovere di regolare la materia del trattamento dei dati genetici con una propria autorizzazione, se pure con la cautela di consultare il Ministro della Salute, tenuto a sua volta ad acquisire il parere del Consiglio superiore di sanità:¹⁴ l'ultima *Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici* reca data 24 giugno 2011, avrà efficacia fino al 31 dicembre 2012 e regola l'utilizzo dei campioni biologici ed il trattamento dei dati genetici. Si tratta di una soluzione di emergenza, che però suscita perplessità, non solo per la delicatezza della materia, che richiede un bilanciamento tra valori e diritti tutelati dalla Costituzione; ma soprattutto perché l'autorizzazione non può comunque estendersi a regolare profili diversi dalla protezione dei dati personali, ma non per questo meno rilevanti. Basti ricordare, a titolo di esempio, l'individuazione dei requisiti di qualità delle

10 Da ultimo, LORENZON, *op.cit.*, 55 ss.

11 La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione e adattata a larghissima maggioranza dalle medesime Istituzioni a Strasburgo il 12 dicembre 2007, nasce come dichiarazione programmatica, ma ora, in virtù dell'art. 6, par. 1, Trattato sull'Unione Europea (TUE) come modificato dal Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei trattati e le sue disposizioni sono divenute giuridicamente vincolanti.

12 LORENZON, *op.cit.*, 57 s.

13 Di seguito indicato come *Codice privacy*.

14 L'assenza di un quadro normativo interno, capace di indirizzare l'attività regolamentare del Garante, induce a ritenere ancora vivi i dubbi sulla legittimità sostanziale e sulla compatibilità di una simile autorizzazione con il principio di legalità: LORENZON, *op.cit.*, 75 ss., cui si rinvia anche per le rilevanti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale.

biobanche, il ruolo dei comitati etici, i diritti di proprietà intellettuale, l'allocazione dei benefici derivanti dallo svolgimento delle ricerche.¹⁵

In termini generali, l'Autorizzazione fornisce molte definizioni indispensabili nel campo genetico (ma non quella di biobanca, v. punto 1) ed individua il proprio ambito di applicazione: per il profilo che qui interessa, l'Autorizzazione è rilasciata "agli enti o agli istituti di ricerca, alle associazioni e agli altri organismi pubblici e privati aventi finalità di ricerca, limitatamente ai dati e alle operazioni indispensabili per esclusivi scopi di ricerca scientifica, anche statistica, finalizzata alla tutela della salute dell'interessato, di terzi o della collettività in campo medico, biomedico ed epidemiologico, nell'ambito delle attività di pertinenza della genetica medica, nonché per scopi di ricerca scientifica volti a sviluppare le tecniche di analisi genetica" (punto 2, lett.d). L'ambito di applicazione, poi, si coordina con le finalità del trattamento: in particolare, il punto 3, lett.c), richiama la ricerca scientifica e statistica, aggiungendo alle caratteristiche sopra indicate anche la "sperimentazione clinica di farmaci".

Quanto alla disciplina, per alcuni aspetti l'Autorizzazione non si discosta molto da regole già contenute nella normativa in tema di protezione dei dati personali. In primo luogo, si riafferma il principio di economicità, in forza del quale è ammissibile il trattamento di dati genetici solo quando le finalità di ricerca non possono essere conseguite con dati e campioni biologici anonimi (punto 3.1). Al medesimo fine si ispira la necessità della previa redazione di un progetto di ricerca, sia per verificare che l'utilizzo dei campioni ed il trattamento dei dati siano destinati ad effettivi scopi scientifici e siano, altresì, ad essi strettamente pertinenti; sia per controllare l'adeguatezza delle misure volte a garantire la volontarietà del conferimento del materiale biologico, la natura e le modalità di prelievo e di conservazione dei campioni, la sicurezza dei dati e gli eventuali responsabili della ricerca (punti 4.2 e 4.3).

A tutela della riservatezza delle informazioni, l'Autorizzazione prevede, poi, apposite misure di sicurezza, che si aggiungono a quelle già stabilite dal d.lgs.196/2003, al fine di trattare, nello stadio più precoce possibile della ricerca, dati genetici e campioni con tecniche di cifratura o attribuzione di codici, tali da renderli temporaneamente non intelleggibili anche a chi sia autorizzato ad accedervi e da consentirne l'accesso solo in caso di necessità; inoltre, le misure devono consentire il trattamento disgiunto dei dati genetici e sanitari dagli altri dati personali (punto 4.3).

15 Come osserva LATTANZI, *op.cit.*, 338; a ciò si aggiunga che il mancato rispetto delle prescrizioni del Garante comporta l'illiceità dell'uso del dato, con relativa sanzione, attivata da un procedimento che vede una non auspicabile coincidenza tra chi ha dettato le regole e chi le applica: VACCARI, *Diritti fondamentali e biobanche a fini terapeutici e di ricerca: i bilanciamenti p(rop)osti dalle fonti (e "non fonti") esistenti in materia*, in *Forum BioDiritto 2010*, cit., 39. Sulla necessità, *de iure condendo*, di adottare un modello normativo integrato basato sulla specializzazione delle diverse fonti normative (legislatore, autorità indipendenti, codici deontologici, linee guida, protocolli), PENASA, *Conclusioni. Verso un sistema normativo integrato: il caso delle biobanche di ricerca*, *ibidem*, 325 ss.

Sempre alla tutela della riservatezza ed al rispetto del principio di finalità (della ricerca) si ispirano molte regole: dati personali e campioni biologici possono esser utilizzati solo se pertinenti alla ricerca (punto 8) o al perseguimento di scopi scientifici/statistici direttamente collegati a quelli per i quali era stato originariamente acquisito il consenso (punto 8.1); nel caso di soggetti che non possono prestare il proprio consenso (per impossibilità fisica, incapacità di agire o incapacità di intendere o di volere), questo è acquisito da chi esercita la potestà (alternativamente, familiare, convivente, responsabile della struttura dove dimora l'interessato), quando il trattamento sia necessario per la salvaguardia della vita e dell'incolumità fisica del medesimo oppure, nell'ambito della ricerca scientifica, quest'ultima, pur non comportando un beneficio diretto per l'incapace, sia comunque finalizzata al "miglioramento della salute di altre persone appartenenti allo stesso gruppo di età o che soffrono della stessa patologia o che si trovano nelle stesse condizioni" (previo parere favorevole del Comitato etico ed in assenza di rischi significativi per i diritti fondamentali dell'incapace) (punto 6); l'utilizzo di dati e campioni per progetti di ricerca diversi, quando non è possibile informare gli interessati "malgrado ogni ragionevole sforzo per raggiungerli", è consentito solo se analoga ricerca non può essere realizzata con dati riferiti a persone dalle quali può esser acquisito il consenso e se i dati già in possesso non consentono di identificare gli interessati (né questi avevano in precedenza fornito indicazioni contrarie) oppure, alternativamente, il nuovo programma di ricerca è autorizzato espressamente dal Garante, con parere favorevole del Comitato etico territoriale (punto 8.1).

La riservatezza giustifica, altresì, le previsioni in tema di comunicazione e diffusione dei dati genetici (punto 9): dati e campioni possono essere messi a disposizione di altri enti di ricerca, al di fuori di progetti congiunti, limitatamente alle informazioni prive di dati identificativi e per scopi scientifici direttamente collegati (e determinati per iscritto nella richiesta); la diffusione è consentita solo in forma aggregata o tale da non rendere identificabili gli interessati. Tuttavia, i risultati della ricerca, se comportano un beneficio concreto e diretto in termini di terapia, prevenzione o consapevolezza delle scelte riproduttive, devono essere comunicati all'interessato (nel rispetto della sua volontà di conoscere tali eventi); mentre possono essere comunicati, sempre alle medesime condizioni e su espressa richiesta, anche agli appartenenti alla stessa linea genetica, con il consenso dell'interessato o, in mancanza di consenso, quando tali risultati siano indispensabili per evitare un pregiudizio alla salute (punto 9).

Anche nell'ambito della ricerca genetica, al fine di ottenere un consenso informato e consapevole (sul quale si tornerà più avanti), è riaffermato il diritto all'informativa in tema di finalità perseguite, risultati perseguibili, diritto di opporsi al trattamento dei dati per motivi legittimi, facoltà di limitare l'utilizzo di dati e campioni, revocabilità del consenso (con conseguente distruzione del campione biologico), modalità di accesso alle informazioni contenute nel progetto di ricerca (punto 5).

Da ultimo, si dedica particolare attenzione alle ricerche condotte su popolazioni isolate, sia in tema di informazione presso le comunità interessate, anche mediante mezzi di comunicazione di massa su base locale e presentazioni pubbliche (punto 5); sia imponendo di rendere noti alle comunità interessate ed alle autorità locali gli eventuali risultati della ricerca che rivestano un'importanza terapeutica o preventiva per la tutela della salute delle persone appartenenti a tali comunità (punto 9).

1.3. Segue: nozione di biobanca

Se a livello sovranazionale manca una nozione univoca di *biobank* (termine comparso per la prima volta nella letteratura scientifica a metà degli anni '90) e se le definizioni dei singoli legislatori nazionali non sempre sono coincidenti;¹⁶ in Italia, addirittura, definizione e disciplina non sono contenute in alcun atto normativo di fonte primaria. Infatti - a differenza della banca dati (definita dall'art. 4, 1°co., lett.p), *Codice privacy*, come "qualsiasi complesso organizzato di dati personali, ripartito in una o più unità dislocate in uno o più siti") – una definizione della figura in esame si può trovare solo in alcuni atti non normativi.¹⁷

Un primo riferimento è rappresentato dalle "Linee guida per l'istituzione e l'accREDITAMENTO delle biobanche" 19 aprile 2006, redatte da un gruppo di lavoro istituito presso il Comitato Nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie, le quali trovano espressa ispirazione nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa R(2006)4.

Di particolare rilevanza, poi, è il Decreto del Ministero delle Attività Produttive 26 giugno 2006, il quale stabilisce la procedura di certificazione delle Biobanche come CRB (Centri di Risorse Biologiche). L'art. 2, punto a), definisce le biobanche come "centri fornitori di servizi per la conservazione, il controllo e l'analisi di cellule viventi, di genomi di organismi e informazioni relative all'ereditarietà e alle funzioni dei sistemi biologici, i quali conservano organismi coltivabili (microrganismi, cellule vegetali, animali e umane), parti replicabili di essi (genomi, plasmidi, virus, DNA), organismi vitali ma non più coltivabili, cellule e tessuti, così come anche banche dati concernenti informazioni molecolari, fisiologiche e strutturali rilevanti per quelle collezioni". Il successivo art. 2, punto b), definisce i Centri di Risorse Biologiche come Biobanche che hanno chiesto ed ottenuto la certificazione del proprio sistema di gestione per la qualità da parte di un Organismo di certificazione di "Centri di Risorse Biologiche"; peraltro senza indicare i criteri di certificazione dei CRB e rinviando, sul punto, a quelli "forniti dagli appositi gruppi di studio dell'OCSE e comunicati per l'approvazione all'Ispettorato tecnico dell'industria della Direzione generale dello sviluppo produttivo e competitività del Ministero

16 Vedi VACCARI, *op.cit.*, 13 ss.; MIGLIAZZO, *Biobanche: dalla tutela individuale alla dimensione collettiva. Discipline a confronto. Aspetti problematici in un'ottica di classificazione delle biobanche*, in *Forum BioDiritto 2010*, cit., 105 ss.

17 Sul tema, da ultimo, MACILOTI, voce *Biobanche*, in *Digesto*, 4°ed., *Disc.priv.*, *Sez.civ.*, *Aggiornamento*, VII, cit., 134 ss.

delle attività produttive”.¹⁸ È certamente discutibile la scelta di regolare un istituto di tale rilevanza con un decreto ministeriale, laddove nella maggior parte dei Paesi europei sono state adottate norme di fonte primaria per disciplinare organicamente il fenomeno delle biobanche.

Recentemente, nell’Accordo Stato-Regioni-Province autonome stipulato in data 25 marzo 2009 (sulle linee progettuali per l’utilizzo delle risorse vincolate) la biobanca è stata definita come “unità di servizio situata all’interno di strutture sanitarie pubbliche o private, senza fini di lucro diretto, finalizzata alla raccolta, alla lavorazione, alla conservazione, allo stoccaggio ed alla distribuzione di materiale biologico umano, a scopo di indagine diagnostica, ricerca e uso terapeutico”. Peraltro, manca il riferimento all’ulteriore funzione di raccolta ed elaborazione delle informazioni relative al soggetto, dal quale proviene il campione biologico: dati anagrafici, clinici, genealogici, caratteri ereditari di un individuo, modalità di trasmissione di tali caratteri nell’ambito di una collettività di individui che appartengono allo stesso gruppo biologico.

Dall’ampiezza delle definizioni sopra riportate, tratti caratterizzanti l’istituto sembrano essere, da un lato, l’assenza di scopo di lucro diretto, dall’altro, il servizio di conservazione dei campioni biologici umani in vista di molteplici finalità: ad esempio, ricerca medica, trapianto, ragioni di pubblica sicurezza, raccolta di cellule staminali cordonali (con duplice funzione di ricerca e di eventuale trapianto).¹⁹ Vi è un ulteriore elemento, che qualifica le biobanche e non sempre è evidenziato nelle definizioni riportate: esse conservano, non solo il materiale biologico, ma anche i dati personali (clinici, genealogici, relativi allo stile di vita) del soggetto, dal quale i campioni sono stati prelevati; il che è di non poca importanza, solo a considerare che in molti paesi, tra i quali l’Italia, la disciplina delle biobanche è strettamente legata alle norme che regolano il trattamento dei dati personali, in particolare genetici.²⁰

Limitando l’analisi alle biobanche di ricerca, è opportuno ricordare i due principi che ne rappresentano il fondamento, sia nell’ordinamento italiano, che a livello di diritto dell’Unione europea: la necessità di ottenere il consenso informato del soggetto, sul quale si ritornerà ampiamente, e la gratuità nella cessione dei campioni biologici.²¹ Con riferimento a quest’ultimo, sono state prospettate due

18 Il Decreto tace su tutti gli aspetti più rilevanti legati al regime privatistico delle banche biologiche, dalla forma societaria alla partecipazione di soggetti pubblici o privati nella gestione del “centro”, alle regole che ciascuno di questi istituti dovrebbe seguire: LORENZON, *op.cit.*, 63.

19 MACIOTTI, *op.cit.*, 135.

20 Come rileva MACIOTTI, *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 1199; ID., voce *Biobanche*, cit., 135 s.

21 Da ultimo, MACIOTTI, *op.ult.cit.*, 137; GAMBARO, *I beni*, in *Trattato dir.civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 196 ss. (cui si rinvia anche i problemi afferenti l’invalidità degli atti di disposizione posti in essere a titolo oneroso), il quale puntualmente osserva che il problema della gratuità non è affrontato dall’art.5 c.c., in quanto la norma “non esprime più i principi direttivi del settore”, perché concepita in funzione degli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica.

interpretazioni: la prima, più estensiva, esclude qualsiasi possibilità di costituire diritti patrimoniali sul corpo umano e sui tessuti che lo compongono, anche dopo il prelievo;²² la seconda, invece, intende la regola dell'extrapatrimonialità, non in senso assoluto, ma come mero divieto di disporre di una parte staccata del corpo umano a titolo oneroso, al fine di garantire la libertà e la spontaneità delle donazioni.²³ Solo aderendo a questa seconda interpretazione, sarà possibile configurare un diritto di proprietà su una parte del corpo umano.²⁴

2. BIOBANCHE DI POPOLAZIONE

Le biobanche di ricerca biomedica o genetica possono riguardare lo studio di determinate malattie oppure concentrarsi sugli studi genetici di una determinata popolazione o ceppo etnico: in questo secondo caso, si parla di biobanca di popolazione, la quale si fonda sulla raccolta di campioni biologici di una determinata comunità. Tale istituto comprende figure diverse, a seconda dello scopo e della popolazione coinvolta: alcune raccolgono una sezione di una popolazione specifica, come i registri dei gemelli o la biobanca “madre e figlio”; altre sono riferite, in generale, alla popolazione di un determinato luogo o Stato. Altre, ancora, riguardano popolazioni che hanno la caratteristica di esser isolate sotto il profilo culturale/etnico oppure geografico: qui la scelta è legata all'esposizione a fattori, dei quali si vuole valutare il rischio sulla salute; quindi, è seguita dall'identificazione e dallo studio di geni che contribuiscono all'insorgenza di determinate malattie.²⁵ Al momento del prelievo, e nei richiami del *follow-up*, i campioni biologici sono corredati di una serie di altri elementi: in particolare, dati genealogici, clinici e personali dei diversi componenti della popolazione, dati relativi al contesto nel quale i soggetti sono inseriti, condizioni ambientali, stili di vita, abitudini alimentari.²⁶

Le informazioni ricavate, da un lato, da tessuti, materiali, campioni biologici e, dall'altro, da questionari e archivi personali, familiari, generazionali, storici, sono inserite con criteri sistematici in precise infrastrutture, le biobanche di popolazione, con principale funzione predittiva e preventiva di determinate malattie. Infatti, la genetica delle popolazioni, analizzando la correlazione tra fattori ambientali, predisposizione genetica e insorgere delle patologie, favorisce le ricerche epidemiologiche, che mirano ad individuare il fattore genetico che, fin dalla nascita,

22 In argomento, G.RESTA, *op.cit.*, 816 ss.

23 In questo senso, GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato dir.priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1990, 41.

24 MACIOTTI, *op.loc.ult.cit.*

25 Sulle biobanche di popolazione, MASCALZONI, *Biobanche di popolazione: i confini frammentati di una definizione tra individuo e gruppo etnico*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 1215 ss.

26 Le attività di raccolta, annotazione, gestione e scambio devono avvenire secondo procedure operative *standard* e nel rispetto di leggi, raccomandazioni e linee guida etiche nazionali e internazionali, come si vedrà nel prosieguo della trattazione.

causa la malattia; potenzia gli studi successivi, che esaminano solo le malattie che insorgono nel corso della vita; di conseguenza, poi, incrementa gli studi della farmacogenetica e farmacogenomica, che perseguono il modello della cosiddetta “medicina personalizzata”. Pertanto, i tessuti raccolti all’interno di tali biobanche, oltre a fornire dati utili alla ricerca, sono una fonte privilegiata di dati genetici, che consentono di acquisire informazioni relative allo stato di salute, alle caratteristiche biologiche, al grado di predisposizione a contrarre determinate malattie.

L’importanza di quest’attività di ricerca è stata recentemente sottolineata dal Progetto CCM 2010-2011 “*Costruzione dell’Hub Italiano delle Biobanche di Popolazione*” dell’Istituto Superiore della Sanità, volto a creare una “rete nazionale delle biobanche di popolazioni”, già indicate come attività prioritarie nel campo della promozione della salute pubblica dal ricordato Accordo Stato-Regioni-Province autonome del 25 marzo 2009. Infatti, come si legge nel Progetto, una buona organizzazione a livello interno permetterebbe anche una maggiore competitività a livello internazionale e comunitario, dove l’Unione Europea ha finanziato il progetto *Biobanking and Biomolecular Resources Infrastructure* (BBMRI) per la formazione di una rete di biobanche altamente qualificate, in grado di mettere a disposizione della comunità scientifica internazionale materiale biologico di qualità: la BBMRI opera, sia nel settore delle biobanche ospedaliere (raccolte di materiale biologico di pazienti affetti da patologie cliniche specifiche), sia nel settore delle biobanche di popolazione con l’intento di studiare l’evolversi di patologie specifiche nel corso di 20-50 anni; in quest’ultimo settore, poi, collabora strettamente con il *Public Population Project in Genomics* (P3G), un consorzio che supporta la comunità delle biobanche di popolazione con esperti, risorse finanziarie e condivisione di informazioni sulle scoperte relative alle ricerche sulla genomica delle popolazioni a livello internazionale.

3. NATURA GIURIDICA DEL CAMPIONE BIOLOGICO: DISTINZIONE TRA MATERIA E DATI

Preliminare all’analisi delle funzioni più significative, sotto il profilo giuridico, delle biobanche è lo studio di ciò che ne rappresenta l’essenza, in particolare lo statuto giuridico dei campioni biologici e la protezione delle informazioni personali impiegate ai fini della ricerca.²⁷

Al riguardo, occorre distinguere, da un lato, la dimensione “materiale” del campione che, prima dello sviluppo delle tecnologie in ambito genetico, era considerato alla stregua di qualsiasi altro bene mobile²⁸; dall’altro, la dimensione

27 Ci si soffermerà più avanti sui profili connessi alla brevettabilità di invenzioni relative ad elementi isolati del corpo umano (regolati dalla l. 22.2.2006, n.78, attuazione della Direttiva 98/44/CE in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche).

28 Su questa base si fondavano le diverse tesi in merito al modo di acquisto della proprietà dei campioni biologici (*ius in se ipsum, res nullius* suscettibile di occupazione, applicazione analogica della fruttificazione, *res originata per creazione*): si rinvia a MACIOTTI, *Lo*

“informativa”, la quale è fonte privilegiata di dati medici e genetici (costituendo il profilo di gran lunga più importante nel contesto della ricerca genetica) e, anche dopo la consumazione del materiale biologico, mantiene la sua relazione con l’identità del corpo originario, in quanto ne individua il patrimonio genetico. In questo secondo caso, il campione è strumento di identità biologica ed espressione della personalità del soggetto: “il distacco non sancisce l’autonomia completa del campione biologico dal corpo-soggetto, ma soltanto la possibilità di una sua autonoma circolazione”.²⁹

Pertanto, nei campioni biologici convivono due dimensioni, profondamente diverse sotto il profilo giuridico: la dimensione materiale, dove il rapporto con il tessuto è connotato da una reale alterità dell’oggetto rispetto al titolare, passibile di essere ricondotta al diritto di proprietà, ma con i limiti in precedenza indicati della gratuità dell’atto di disposizione;³⁰ la dimensione informativa, dove il rapporto con i dati genetici, espressione della personalità e dell’identità del soggetto, è invece connotato da una corrispondenza, riconducibile alla categoria giuridica dell’appartenenza, tra i medesimi ed il titolare del campione.³¹

Di conseguenza, anche il consenso informato riguarda due fasi distinte. Il consenso all’asportazione del tessuto è espressione del diritto all’integrità fisica e all’autodeterminazione in ordine alla propria salute *ex art. 32, 2° co., Cost.*³² Diversamente, il consenso alla conservazione/utilizzo del materiale biologico asportato ed al trattamento dei dati genetici riguarda un bene che ha ormai acquisito autonomia rispetto al corpo e non può più esser individuato nel diritto di autodeterminazione in ordine alla propria salute: esso conferisce, non già un diritto di proprietà sul dato, ma solo un diritto di utilizzo nei limiti previsti dalle disposizioni che regolano la circolazione dei dati genetici.³³

statuto giuridico della corporeità e le biobanche di ricerca, in *Forum Biodiritto 2010*, cit., 208 ss.

29 MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2008, II, 227; ID., *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, cit., 1204 s. V. anche MARZOCCO, *Il consenso informato alla conservazione e all’utilizzo di materiale biologico umano. Persona e corpo tra relazione interrotta e nuovi scenari rappresentativi*, in *Forum BioDiritto 2010*, cit., 158 ss.

30 V. GAMBARO, *I beni*, cit., 195 ss.

31 MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 227 s.; ID., *Lo statuto giuridico della corporeità e le biobanche di ricerca*, cit., 214 s. Sulla categoria dell’appartenenza, riferita in particolare al governo del corpo, ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell’appartenenza*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2007, II, 1 ss.; ID., *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti “dell’uomo”*, in *Liber Amicorum per Francesco D.Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, 121 ss.; ID., *Principi e forme del “governo del corpo”*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 99 ss.

32 Con riferimento ai limiti dell’art. 5 c.c. (MACIOTTI, *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, cit., 1201 s.; ID., voce *Biobanche*, cit., 137), s’impose, peraltro, una lettura evolutiva della norma, in armonia con i principi costituzionali e con le nuove frontiere della biologia (FERRANDO, *op.cit.*, 761 ss.); se non, addirittura, una sua disapplicazione (S. ROSSI, *op.cit.*, 226 ss., 247 ss.).

33 MACIOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2009, II, 157 s.; LORENZON, *op.cit.*, 46 s.; GAMBARO, *op.ult.cit.*, 202 s.

A questo punto, occorre chiedersi se sia possibile assoggettare le due dimensioni ad un regime giuridico unitario o se, diversamente, siano configurabili regimi giuridici differenziati. In questa seconda ipotesi, con riguardo alla dimensione materiale dei campioni biologici, la disciplina di riferimento sarebbe quella della proprietà, con due soluzioni prospettabili: a) il consenso, con un negozio ad efficacia reale, trasferisce la proprietà dei campioni biologici e, con essa, la facoltà di utilizzare i medesimi e gli eventuali diritti, anche patrimoniali, che potrebbero derivare dalle invenzioni scientifiche messe a punto dallo studio dei campioni;³⁴ b) il consenso, con un negozio ad efficacia obbligatoria, autorizza solo l'utilizzo dei campioni nei limiti previsti dall'informativa sottoposta al paziente, con rilevanti problemi in caso di nuova ricerca o di revoca del consenso in precedenza prestato.³⁵ Invece, con riferimento alla dimensione informazionale, il consenso, avendo ad oggetto la relazione tra il soggetto ed i suoi dati personali, non potrebbe mai essere ricondotto al paradigma della proprietà: in quanto espressione dell'identità del soggetto, il quadro normativo di riferimento, se pure con taluni adattamenti, deve essere quello della protezione dei dati personali.³⁶

4. REGIME GIURIDICO UNITARIO DEL CAMPIONE BIOLOGICO, COME BENE MATERIALE E COME FONTE DI DATI PERSONALI: PRESUPPOSTI E CRITICA

In Europa, l'esistenza di un'efficace normativa sulla *privacy*, da un lato, e il timore di un uso scorretto delle informazioni e in particolare dei dati genetici, dall'altro, hanno indotto alla ricerca di una disciplina unitaria, dove hanno prevalso le regole sulla tutela dei dati personali, più restrittive rispetto a quelle del diritto di proprietà, con la conseguenza di ridurre il campione biologico a mero supporto del dato informativo.³⁷

E' questa la via seguita anche nell'ordinamento italiano, dove la materia del trattamento dei dati genetici è inserita nell'art. 90, d.lgs.196/2003, che consente

34 *Così District Court for the Eastern District of Missouri*, 31.3.2006, la quale ha riconosciuto all'Università di Washington la proprietà dei campioni biologici contenuti nella biobanca: si rinvia a MACIOTTI, *La natura giuridica dei campioni biologici utilizzati a scopo di ricerca medica. Un difficile equilibrio tra la tutela della persona e il mercato*, in *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, cit., 15 ss.

35 MACIOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, 158 s.

36 Diversamente nell'ordinamento statunitense, il quale, sprovvisto di una disciplina generale di tutela dei diritti della personalità, utilizza il modello teorico dei *property rights*: MACIOTTI, *La natura giuridica dei campioni biologici utilizzati a scopo di ricerca medica*, cit., 24 ss.

37 MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 229; LATTANZI, *op.cit.*, 328 ss. Sul tema v. RODOTA', *op.cit.*, 583 ss, per il quale anche la tutela sulla *privacy* talvolta può non essere sufficiente ad eliminare i rischi legati alla raccolta dei dati; ID., *Introduzione*, in *Bioetica e laicità. Nuove dimensioni della persona*, a cura di Rodotà e Rimoli, Carocci, Roma, 2009, 13 ss.; G.RESTA, *op.cit.*, 819; S.ROSSI, *op.cit.*, 249 s.

il medesimo nei soli casi previsti da apposita autorizzazione del Garante: in particolare, il punto 6, *Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici* 24 giugno 2011, prevede che i tessuti vengano distrutti nel momento in cui l'interessato revochi il consenso al trattamento dei dati per scopi di ricerca, salvo che il campione non possa più essere riferito ad una persona identificata o identificabile;³⁸ pertanto, la sorte del tessuto è legata a quella del dato. Nel medesimo senso si era espressa anche la Raccomandazione R(2006)4 del Consiglio di Europa in tema di utilizzo dei campioni biologici a scopo di ricerca medica. Come risulta dal citato punto 6, deve trattarsi di dati suscettibili di individuare l'identità del titolare, perché solo ad essi si può applicare la disciplina del *Codice privacy*.

Numerose sono le critiche a questa ricostruzione.

Anzitutto, a seguito della cancellazione dei dati per volontà del titolare, il campione biologico, nella sua dimensione materiale, "riacquista" la propria autonomia e, con essa, l'idoneità a circolare e ad esser oggetto del diritto di proprietà, mantenendo inalterata l'utilità ai fini della ricerca scientifica: di qui la necessità, di cui si parlerà tra breve, di individuarne un titolare; con la conseguenza di stabilire a chi spettino la facoltà di utilizzare il medesimo e gli eventuali diritti (patrimoniali) derivanti da possibili invenzioni scientifiche.

In secondo luogo, e nel presupposto di una soluzione normativa diversa dalla distruzione del campione per revoca del consenso al trattamento dei dati, è oltremodo negativo che la ricerca non possa più seguire l'evoluzione clinica del soggetto, cui apparteneva il campione biologico:³⁹ di qui l'opportunità di individuare un soggetto terzo rispetto agli enti di ricerca (e tale potrebbe essere la biobanca) che, nonostante l'intervenuta revoca, possa continuare a gestire i dati personali, con la massima riservatezza, e consentire così alla scienza di disporre dei campioni-materia (non più distrutti) e dei dati informativi, onde provvedere al loro aggiornamento, il che si rivela particolarmente utile soprattutto nelle ricerche sui c.d. isolati genetici.⁴⁰

Da ultimo, ad accogliere quest'ultima soluzione, si potrebbe risolvere un altro problema frequente nella pratica e legato alla difficoltà di fornire *ex ante* informazioni dettagliate sui futuri utilizzi dei dati afferenti i campioni biologici, al fine di acquisire un consenso adeguatamente informato: spesso, infatti, al momento del prelievo del campione (e quindi del consenso) molte indagini non sono prevedibili e dipendono dallo sviluppo delle conoscenze tecniche, mentre altre possono essere pianificate solo in tempi successivi; con la conseguente necessità di ottenere un nuovo consenso.

38 Previsione che si pone in contrasto con il parere 14.10.1997 e la circolare 19.12.1986 del Consiglio Superiore della Sanità, per i quali i campioni devono essere conservati per un periodo di vent'anni: LORENZON, *op.cit.*, 72 s.

39 LORENZON, *op.cit.*, 66 ss.; VACCARI, *op.cit.*, 30.

40 MACIOTTI, *op.ult.cit.*, 230 s.; ID., *Lo statuto giuridico della corporeità e le biobanche di ricerca*, cit., 222 s.

5. PROPRIETÀ DEL CAMPIONE BIOLOGICO

Se si afferma l'autonomia del campione biologico rispetto ai dati informativi, sia quando non è identificabile, sia quando non può più essere tale per revoca del consenso del soggetto cui apparteneva, è preliminare risolvere il problema della sua proprietà. Soprattutto in questa seconda ipotesi è necessario stabilire se il consenso prestato alla conservazione del campione nella biobanca trasferisca a quest'ultima anche la proprietà del medesimo ovvero attribuisca soltanto un mero diritto di utilizzo: infatti, ad accogliere la seconda alternativa, il negozio avrebbe efficacia solo obbligatoria, l'utilizzo sarebbe possibile nei limiti del consenso prestato e quindi sembrerebbe inevitabile la restituzione del campione o la sua distruzione.

Il dato normativo non offre una risposta precisa al riguardo, ma può essere di aiuto laddove, con riferimento ai tessuti derivanti da operazioni diagnostiche e da interventi chirurgici, prevede che i medesimi, in caso di mancato assenso al loro utilizzo per fini di ricerca, non possono essere restituiti al paziente, ma devono essere distrutti, perché considerati rifiuti sanitari pericolosi.⁴¹ Dalla previsione si deducono, non solo la pericolosità che l'individuo utilizzi i propri materiali biologici, in quanto sprovvisto delle conoscenze e degli strumenti tecnici per sfruttarne correttamente le caratteristiche (di qui la regola della loro distruzione), ma soprattutto, e per le medesime ragioni, la mancanza di qualsiasi interesse del paziente ad un potenziale godimento, non potendo trarre alcun beneficio (di qui la regola del divieto di restituzione);⁴² a ciò si aggiunga che la gestione del tessuto neppure potrebbe esser esercitata in completa autonomia da colui che ha subito l'asportazione, pena il rischio di escludere e discriminare i soggetti che condividono il medesimo patrimonio biologico. In altri termini, le norme richiamate provano che il soggetto non è proprietario dei campioni asportati e la soluzione non deve sorprendere, se si pensa, ad esempio, ai limiti spaziali della proprietà immobiliare *ex art. 840, 2°co., c.c.* La necessità del consenso del paziente per la destinazione dei campioni a scopi di ricerca, apparentemente in contrasto con quanto appena affermato, è giustificata dal collegamento con la dimensione informazionale e, quindi, con la disciplina sulla protezione dei dati personali.

Una volta negata la proprietà del campione biologico in capo al soggetto dal quale proviene, astrattamente si potrebbe ipotizzare la titolarità dei tessuti, depositati nella biobanca, in capo all'ente di ricerca (che ha effettuato/disposto il prelievo per studiare le caratteristiche biologiche del materiale), ma la soluzione presenta inconvenienti sotto un duplice profilo, scientifico e giuridico: per il primo, ogni singolo ente potrebbe impedire l'utilizzo del campione a ricercatori esterni; per il secondo, nell'ipotesi di revoca del consenso al trattamento dei dati, sarebbe

41 Così l'art.45, d.lgs. 15.2.1997, n. 22 (*Disciplina sulla gestione dei rifiuti*) e il d.p.r. 15.7.2003, n. 254 (*Regolamento recante la disciplina della gestione dei rifiuti sanitari*).

42 Tuttavia, è doveroso precisare che in talune ipotesi le parti staccate del corpo umano possono ancora conservare una qualche utilità per il donatore (si pensi ai campioni di sperma umano affidati alle cosiddette banche dello sperma): da ultimo, GAMBARO, *op.ult.cit.*, 203 ss.

inevitabile la distruzione del campione, perché l'ente non è soggetto "terzo" (come si è auspicato nel precedente paragrafo) in grado di continuare la ricerca sulla dimensione materiale e, allo stesso tempo, di conservare i dati informativi con adeguate misure di sicurezza e di riservatezza.⁴³

Di conseguenza, si è fatta strada tra gli interpreti la prospettiva di ricondurre la figura in esame alla categoria dei "commons": "il campione biologico da bene strettamente personale, a servizio dell'individuo, diviene con il distacco ed il consenso del proprietario-paziente un bene posto al servizio della collettività".⁴⁴ Senza pervenire alla soluzione di considerare i campioni biologici *res extra commercium*, si potrebbe piuttosto richiamare la "funzione sociale" della proprietà dell'art. 42, 2°co., Cost. ed affidare alle biobanche la "gestione" di questo servizio, che presuppone comunque la disponibilità e, quindi, la titolarità del campione.

6. SEGUE: FUNZIONE DELLE BIOBANCHE

Se si accoglie quest'impostazione, il ruolo di "soggetto terzo", cui si è in precedenza accennato, potrebbe essere svolto proprio dalle biobanche, a condizione che le medesime presentino determinate caratteristiche di affidabilità: enti pubblici o comunque sottoposti al controllo dello Stato, strutturalmente autonomi rispetto ai singoli istituti di ricerca; inseriti, inoltre, in una rete nazionale, per consentire ai ricercatori di potere fruire di un più ampio bacino di campioni biologici.⁴⁵ A questo fine, si rivelerebbe utile istituire, come in Inghilterra con la *Human Tissue Authority*, un'Autorità pubblica indipendente, deputata a valutare i progetti di ricerca, controllare l'operato delle biobanche e disciplinare l'utilizzo dei campioni biologici, stabilendo altresì i criteri di accreditamento ai quali devono conformarsi gli enti di ricerca (così lo *Human Tissue Act 2004*).⁴⁶

In altri paesi, in particolare negli Stati Uniti, si è suggerito di seguire, nell'organizzazione delle biobanche, il modello del c.d. *biotrust*: il donatore di tessuto o *settlor* manifesta la volontà di trasferire la proprietà del campione biologico al *trust*; quindi nomina un *trustee*, la *Biotrust Foundation*, che ha il dovere fiduciario di gestire la proprietà a beneficio della collettività, designata quale beneficiario. In particolare, il *trustee* distribuisce i tessuti agli enti di ricerca, conserva le chiavi

43 Nello stesso senso, MACIOTTI, *op.ult.cit.*, 232.

44 MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 233. V. anche NOVELLI, PIETRANGELI, *I campioni biologici*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 1036 ss.

45 MACIOTTI, *op.ult.cit.*, 234; ID., *Lo statuto giuridico della corporeità e le biobanche di ricerca*, cit., 147 s., con particolare riguardo alle regole che disciplinano il rapporto tra le biobanche ed i ricercatori; LORENZON, *op.cit.*, 84 s.

46 Analogamente, con riferimento alla UK *Biobank* ed alla commissione indipendente *Ethics and Governance Council* (EGC), istituita per valutare il progetto della UK *Biobank*, controllare lo UK *Biobank Ethics and Governance Framework* (EGF) e riferire pubblicamente sulla conformità del progetto, si rinvia a BROWNSWORD, *Biobanks, Rights, and Regulatory Environment*, in *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, cit., 85 ss.

di accesso all'identità dei tessuti, tutela la *privacy* dei donatori, controlla che il materiale sia impiegato nel rispetto delle regole etiche: quest'attività sarebbe sottoposta a revisione e controllo di organi esterni, che potrebbero annoverare al proprio interno anche una quota di rappresentanza dei donatori, deputati a valutare i profili etici dei progetti di ricerca e ad approvare i protocolli di ricerca.⁴⁷

Tuttavia, anche senza accogliere quest'ultima soluzione che sconta le difficoltà sottese al riconoscimento dei *trusts* interni nel sistema italiano, già un regolamento delle biobanche nei termini sopra indicati, sottoposte al controllo di un'Autorità indipendente, consentirebbe di risolvere molti problemi. Infatti, la principale funzione delle biobanche sarebbe quella di gestire le due dimensioni del campione biologico: la proprietà del campione consentirebbe di non distruggerlo nel caso di sopravvenuta revoca del consenso alla ricerca; l'indipendenza dagli enti di ricerca permetterebbe comunque di conservare i dati, con le opportune cautele e chiavi di accesso limitate al responsabile della biobanca, per possibili aggiornamenti, senza ledere la riservatezza dei soggetti coinvolti; infine, ma sul punto si tornerà nel prosieguo, il potere di valutare la bontà dei progetti di ricerca renderebbe possibile, con le medesime cautele, il superamento della necessità di un nuovo consenso all'utilizzo del campione per ulteriori sviluppi della ricerca o per ricerche affini.

7. OGGETTO DELL'INFORMATIVA

Il consenso dei pazienti alla conservazione e all'utilizzo dei loro campioni biologici a scopo di ricerca deve avvenire sulla base di una dettagliata informativa, la quale è essenziale per rendere il soggetto partecipe di quanto sarà sperimentato sui suoi campioni biologici; soprattutto in quest'ambito, dove la singolarità dei dati ricavabili impone una conoscenza dettagliata dei rischi, dei benefici e delle opzioni disponibili.

L'*Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici* 24 giugno 2011 prevede che nell'informativa vengano riportati: a) l'esplicitazione analitica di tutte le specifiche finalità perseguite; b) i risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati genetici; c) il diritto dell'interessato di opporsi al trattamento dei dati genetici per motivi legittimi; d) la facoltà o meno, per l'interessato, di limitare l'ambito di comunicazione dei dati genetici ed il trasferimento dei campioni biologici, nonché l'eventuale utilizzo di questi per ulteriori scopi; e) il periodo di conservazione dei dati genetici e dei campioni.⁴⁸

47 Come riporta MACIOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., 233 s.; favorevole a questo modello, COLUSSI, *Dai vichinghi agli oroscopi genetici: saghe islandesi passate e future*, in *Forum BioDiritto 2010*, cit., 270 s.

48 Sugli obblighi informativi disposti dall'*Autorizzazione* e sui problemi interpretativi legati a molte ambiguità del dato letterale, MACIOTTI, voce *Biobanche*, cit., 142 ss.

Inoltre, è necessario indicare: a) che il consenso è manifestato liberamente ed è revocabile in ogni momento, senza che ciò comporti alcuno svantaggio o pregiudizio per l'interessato, salvo che i dati e i campioni biologici, in origine o a seguito di trattamento, non consentano più di identificare il medesimo; b) gli accorgimenti adottati per consentire l'identificabilità degli interessati soltanto per il tempo necessario agli scopi della raccolta o del successivo trattamento; c) l'eventualità che i dati e/o i campioni biologici siano conservati e utilizzati per altri scopi di ricerca scientifica e statistica, per quanto noto, adeguatamente specificati anche con riguardo alle categorie di soggetti ai quali possono essere eventualmente comunicati i dati oppure trasferiti i campioni; d) le modalità di accesso alle informazioni contenute nel progetto di ricerca.

Da ultimo, è necessario informare il soggetto sui potenziali utilizzi futuri del materiale biologico, inclusi gli usi commerciali, dei risultati della ricerca, dei dati e dei campioni; sarà necessario, altresì, specificare che i soggetti non avranno alcun diritto di partecipare, su base individuale, agli eventuali profitti derivanti dalla studio dei loro campioni.⁴⁹ È importante sottolineare che l'art.170-bis, d.lgs. 10 febbraio 2005, n.30, *Codice della proprietà industriale* (inserito dal d.lgs.13 agosto 2010, n.131) riproduce l'art. 5, 3°co., d.l.10 gennaio 2006, n.3, convertito con modificazioni nella l.22 febbraio 2006, n.78, sulla protezione delle invenzioni biotecnologiche (in attuazione della direttiva 98/44/CE) e prevede che "la domanda di brevetto relativa ad una invenzione che ha per oggetto o utilizza materiale biologico di origine umana deve essere corredata dall'espresso consenso, libero e informato, a tale prelievo e utilizzazione, della persona da cui è stato prelevato tale materiale". Pertanto, è necessario ottenere un apposito atto di assenso (informato) anche in merito allo sfruttamento brevettuale:⁵⁰ la disposizione non è di poco conto, se si considera che analoga previsione manca nel testo della direttiva, dove non fu accolto l'emendamento del Parlamento Europeo volto ad introdurre proprio la necessità del consenso per la brevettabilità del materiale biologico umano o di invenzioni da esso derivate.⁵¹

49 In questo senso, v. Comitato Nazionale per la Bioetica e Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze per la Vita, *Raccolta di campioni biologici a fini di ricerca: consenso informato*, 16 febbraio 2009, in http://www.governo.it/bioetica/gruppo_misto/Consenso_Informato_allegato_Petrini_2009.pdf

50 Peraltro, secondo ROMANO, *Brevettabilità del vivente e "artificializzazione"*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 599 s.(ID., *La brevettabilità delle cellule staminali embrionali umane*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2012, II, 246 s.) trattasi di regola procedimentale – consistente nel corredare la domanda di una serie di informazioni - che non avrebbe ricadute sul rilascio del brevetto, né sulla validità dello stesso, comportando unicamente la soggezione del richiedente ad una sanzione amministrativa pecuniaria.

51 Infatti, il Regno dei Paesi Bassi impugnò, anche per questo motivo, la direttiva 98/44/CE di fronte alla Corte di Giustizia (con intervento adesivo di Italia e Norvegia), chiedendone l'annullamento per violazione dei diritti fondamentali degli individui e della libertà di autodeterminazione; violazione che però fu esclusa da C.Giust.CE, 9.10.2001, causa C-377/98, *Regno dei Paesi Bassi c.Parlamento e Consiglio dell'Unione europea* (in *Foro it.*, 2002, IV, 25, con nota di PALMIERI), in quanto il richiamo a tali diritti "è ininfluenza nei

8. CONSENSO INFORMATO ALL'UTILIZZO DEI CAMPIONI BIOLOGICI E NUOVE RICERCHE

Spesso i campioni biologici conservati nelle biobanche sono raccolti, non già in funzione di un unico progetto di ricerca, ma in vista di un numero indeterminato di ricerche future. Quindi, solo in pochi casi il soggetto coinvolto può esser informato dettagliatamente, al momento della prestazione del consenso, sulle analisi che verranno condotte sul suo materiale biologico: molte indagini non sono prevedibili e dipendono dallo sviluppo delle conoscenze scientifiche; altre vengono pianificate solo in momenti successivi; il che spesso si verifica nell'ambito delle biobanche di popolazione, che si propongono quale piattaforma di ricerca per il futuro e non mirano a sviluppare una cura specifica o a testare un farmaco.

Pertanto, occorre chiedersi se, nel rispetto dei principi sul consenso informato (i quali prevedono che l'informazione deve essere precisa e dettagliata con riguardo ad ogni momento dell'intervento), il soggetto debba essere ricontattato ogniqualvolta vi sia la necessità di utilizzare il suo materiale biologico per un nuovo progetto di ricerca, in relazione al quale non era stato precedentemente prestato uno specifico consenso; al contrario, se sia sufficiente un semplice consenso iniziale ad effettuare ricerche mediche sul tessuto, senza ulteriori specificazioni.

L'*Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici* 24 giugno 2011 prevede che, per potere trattare i dati genetici ed utilizzare i campioni biologici, è necessario il previo consenso scritto da parte dei pazienti. Il punto 8.1 dispone che la conservazione e l'ulteriore utilizzo di campioni biologici e di dati genetici raccolti per la realizzazione di progetti di ricerca e indagini statistiche, diversi da quelli per i quali era stato originariamente acquisito il consenso informato degli interessati, sono consentiti limitatamente al perseguimento di "scopi scientifici e statistici direttamente collegati" con quelli originari.⁵² L'utilizzo di dati e campioni per progetti di ricerca diversi, quando non è possibile informare gli interessati "malgrado ogni ragionevole sforzo per raggiungerli" ed acquisire un nuovo consenso, è consentito solo se analoga ricerca non può essere realizzata con dati riferiti a persone dalle quali può esser acquisito il consenso e se i dati già in possesso non consentono di identificare gli interessati (né questi avevano in precedenza fornito indicazioni contrarie) oppure, alternativamente, se il nuovo programma di ricerca è autorizzato espressamente dal Garante, con parere favorevole del Comitato etico territoriale, ai sensi dell'art. 90 del *Codice privacy*. Inoltre, si concede la possibilità di indicare nell'informativa l'eventualità che il campione sia utilizzato per scopi di ricerca diversi da quello per il quale il medesimo viene raccolto, con la conseguenza di non

confronti di una direttiva che riguarda soltanto la concessione dei brevetti e la cui sfera di applicazione non si estende ... alle operazioni anteriori o posteriori al detto rilascio". Sul tema, G.RESTA, *op.cit.*, 829 ss.

52 Rileva l'ambiguità dell'espressione usata e l'incertezza sull'autorità competente a verificare il collegamento, LORENZON, *op.cit.*, 70 s.

rendere necessaria l'acquisizione di un nuovo consenso per le "ulteriori" ricerche specificate dettagliatamente nell'informativa.⁵³

8.1. Ambito del consenso: il c.d. broad consent

Pertanto, al di fuori delle eccezioni appena indicate, lo strumento scelto dal Garante è quello del c.d. "ricontatto", il quale, però, appare poco funzionale, non facilmente applicabile ad una biobanca di popolazione e comunque antieconomico.⁵⁴

E' opportuno chiedersi se non siano percorribili altre strade.

Una prima soluzione è quella prevalente in ambito europeo⁵⁵ e proposta anche dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa R(2006)4: si ritiene sufficiente un consenso più ampio che, da un lato, permetta di effettuare nuove ricerche senza ricontattare i donatori; ma, dall'altro, non renda questi soggetti sforniti di tutela. E' il c.d. *general o broad consent*, cioè il consenso all'utilizzo del materiale biologico per le future ricerche formulate nel modo più specifico possibile, ma in relazione alle conoscenze presenti al momento in cui tale consenso è prestato.⁵⁶ Peraltro, l'ampiezza della formulazione necessita di meccanismi di compensazione e di controllo esterni, in grado di offrire tutela al donatore.⁵⁷ Il sistema di bilanciamento predisposto dalla Raccomandazione si fonda su un duplice meccanismo. In primo luogo, il nuovo progetto di ricerca deve essere preventivamente approvato da un'autorità indipendente, che sia in grado di valutare il merito scientifico e l'importanza della ricerca, nonché di verificare la sua accettabilità sotto il profilo etico: in Italia, tale ruolo è svolto preliminarmente dalla Commissione etica dell'ente presso il quale la ricerca viene predisposta; successivamente, può essere svolto dalla Biobanca, la quale è deputata a decidere se concedere o no i campioni biologici ai ricercatori.

In secondo luogo, al donatore è data in qualsiasi momento la possibilità di ritirare liberamente il consenso prestato: a tale proposito, è importante stabilire se il ritiro abbia efficacia *ex tunc* o *ex nunc*, cioè se produca effetto anche per le ricerche in atto, che già utilizzano il campione, oppure solo per le ricerche future. La

53 Favorevole a questa soluzione G.RESTA, *op.cit.*, 835 ss.

54 MACIOTTI, *op.ult.cit.*, 144.

55 V. le *Nationaler Ethikrat* tedesche del 2004, il *Code of Practice* della *UK Human Tissue Authority* del 2006 (che ha influenzato la Raccomandazione R(2006)4); nonché le leggi svedese, lettone ed estone.

56 AZZINI, *op.cit.*, 122 s. Il *broad consent* non dev'essere confuso con il c.d. *blanket consent*, il quale è formulato tanto ampiamente, da risultare incondizionato (addirittura, nel sistema islandese operava una presunzione di consenso e si riconosceva agli interessati un mero diritto di uscita dal *database*): MASCALZONI, *op.cit.*, 1230 s.; anche se per taluno il contenuto, comunque ampio, rischia di avvicinare i due modelli (TOMASI, *Il modello individualista al banco di prova*, in *Forum BioDiritto 2010*, cit., 196 ss.).

57 MACIOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., 162 s.; TOMASI, *op.cit.*, 199 ss.

questione è rilevante, poiché il ritiro del consenso potrebbe costituire una perdita di notevole valore sotto il profilo, sia economico, che scientifico, in quanto gli enti di ricerca investono ingenti somme di denaro e anni di lavoro nello studio dei tessuti: nel bilanciamento tra l'interesse collettivo e l'interesse privato del soggetto, è opportuno che sia il primo a prevalere, con conseguente efficacia non retroattiva del ritiro del consenso. Invece, la Raccomandazione non prevede alcuno strumento che coinvolga i donatori nel governo della biobanca, quale potrebbe essere, ad esempio, la specifica accettazione di un codice etico della stessa, che indichi le condizioni di utilizzo dei campioni conservati ed i requisiti di natura etica delle ricerche abilitate all'utilizzo dei medesimi.

Meritevole di attenzione è anche l'approccio delineato di recente dall'OCSE, che nel 2009 ha adottato le *Guidelines on Human Biobanks and Genetic Research Databases*, dove si prevede che gli operatori delle biobanche, nel caso in cui ciò sia previsto dalla legge o autorizzato dalle apposite autorità, possono cercare di ottenere un consenso che permetta l'utilizzazione di materiali e profili informativi anche per imprevedibili obiettivi di ricerca, pur richiedendo idonee garanzie, peraltro non meglio specificate.

La previsione del *broad consent* è una delle principali diversità del sistema europeo rispetto all'ordinamento nordamericano, dove il modello più seguito è stato, per lungo tempo, il c.d. *multi-layered consent*, cioè il consenso limitato ad una particolare patologia o ad uno specifico progetto di ricerca. Peraltro, gli evidenti limiti di questa soluzione al progresso della scienza e la necessità di superare le rigide regole sul consenso informato hanno indotto a cercare strumenti alternativi: in particolare, nel 2004 lo *US Office for Human Research Protection (OHRP)* ha ampliato la nozione di materiali biologici non identificabili, per i quali non vi è mai la necessità di acquisire un nuovo consenso. Fino all'emanazione delle linee guida dell'OHRP, erano considerati identificabili, sia i campioni *coded* (i ricercatori hanno accesso al codice che consente di risalire al donatore), sia i campioni *linked anonymized* (l'accesso è consentito solo a soggetti terzi), in quanto in entrambe le ipotesi continua a permanere un collegamento con il soggetto dal quale i medesimi sono stati prelevati.

8.2. Consenso informato e campione biologico "non identificabile"

Nel 2004 le linee guida dell'OHRP, mutando il precedente orientamento, stabiliscono che sono non identificabili anche i *linked anonymized materials*, cioè i campioni codificati, che però non possono essere ricondotti dai ricercatori direttamente o indirettamente ad uno specifico individuo: pertanto, il confine tra identificabilità e non identificabilità risiede nella possibilità o no per il ricercatore di risalire alle informazioni personali dei soggetti, ai quali i tessuti appartengono. Ancora una volta riemerge, in tutta la sua importanza, il possibile ruolo della biobanca, quale soggetto terzo, legittimato a valutare, con l'ausilio dei competenti comitati etici, la bontà dei nuovi progetti di ricerca e ad autorizzare l'uso dei

campioni *linked anonymized*, la cui chiave di accesso, che consente di risalire al donatore, è a conoscenza solo del responsabile della biobanca.

Il vantaggio dell'espansione della categoria della non identificabilità, rispetto alla soluzione oggi prevalente in ambito europeo del *broad consent*, è evidente: da un lato, è possibile mantenere un livello elevato nel consenso informato iniziale; dall'altro, non è necessaria l'acquisizione di un nuovo consenso nel caso di ulteriori ricerche, trattandosi di materiali biologici non identificabili.⁵⁸

Inoltre, il fatto di collegare il consenso all'identificabilità del campione è coerente con la tutela dell'interesse del donatore, il quale riguarda, non già gli "scopi scientifici e statistici" delle ricerche successive, ma le procedure ed i limiti di trattamento dei suoi dati: possibilità e modalità di identificazione dei dati, flusso delle informazioni, elaborazioni, permanenza e reperibilità successiva dei dati. Soltanto su questi punti il consenso al trattamento dei dati deve essere specifico, con una precisa scelta, da parte del donatore, sul grado e sulle modalità di identificazione del campione, fino al limite di richiedere espressamente anche la completa anonimizzazione (*linked anonymized*):⁵⁹ qualsiasi interrogazione della Biobanca, che intenda andare oltre quelle indicazioni, dovrà richiedere un nuovo consenso.

9. REVOCA DEL CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

Per i motivi precedentemente indicati, la revoca del consenso al trattamento dei dati deve comportare l'obbligo, non già di distruggere il campione nella sua consistenza materiale, ma solo di renderlo non più identificabile. Salva sempre una diversa volontà del donatore, se si accoglie la nozione di "non identificabilità" proposta dalle linee guida dell'OHRP, la biobanca (nella persona del responsabile) potrebbe continuare a gestire i dati personali, con la massima riservatezza, e consentire così alla scienza di disporre dei campioni-materia (non più distrutti) e dei dati informativi, onde provvedere al loro aggiornamento, il che si rivela particolarmente utile soprattutto nelle ricerche sui c.d. isolati genetici. Parallelamente, si renderebbe necessario disciplinare anche le modalità di ritorno delle "aggiornate" informazioni personali, utili a scopo di diagnosi, cura o prevenzione, per il donatore: a questo fine, la scelta tra le possibili alternative (richiesta del donatore, grave pregiudizio per la sua salute o per quella di determinati familiari, pericolo di vita)

58 Sembra non ritenere del tutto soddisfacente questa soluzione MACIOTTI, *Lo statuto giuridico della corporeità e le biobanche di ricerca*, cit., 220 ss., in quanto "l'anonimizzazione ... non può mai essere astrattamente completa", perché il dato genetico è sempre in grado, potenzialmente, di ricondurre ad un determinato soggetto: di qui la necessità di una disciplina unitaria dei "diritti sulla corporeità" (comprensivi delle dimensioni materiale ed informazionale dei campioni biologici), da ravvisarsi comunque nella creazione di un'entità terza ed autonoma (la biobanca) che si frapponga alla relazione tra pazienti e ricercatori.

59 SALARDI, *Informazioni genetiche e diritto. Quale tutela per l'individuo?*, in *Biobanche e informazioni genetiche. Problemi etici e giuridici*, cit., 128 ss.

potrebbe essere sottoposta alla volontà del donatore già al momento del consenso iniziale o a quello della sua successiva revoca.

Purtroppo, a livello europeo, la Raccomandazione R(2006)4 del Consiglio d'Europa, non solo accoglie una nozione più ristretta di campioni non identificabili e considera tali solo quelli resi totalmente anonimi (*unlinked anonymised*) (art.3); ma soprattutto pone sullo stesso piano la distruzione dei materiali e loro anonimizzazione, riservando agli Stati membri il potere di decidere tra le due modalità di protezione della riservatezza (art.15.1). Tuttavia, ritenere equivalenti le due ipotesi produrrebbe gravi conseguenze ai fini della ricerca scientifica e della stabilità nel tempo delle biobanche. La donazione del campione, nella sua dimensione materiale, non può essere revocata (con conseguente distruzione), quando il medesimo non è più identificabile e quindi ha acquisito una propria autonomia dalla dimensione informazionale: questa deve essere, non già un'opzione, ma una scelta obbligata dell'ordinamento.

Infatti, in questa direzione si muove l'autorizzazione del Garante, laddove non consente la distruzione del campione biologico che, in origine o a seguito di trattamento, "non possa più essere riferito ad una persona identificata o identificabile". Purtroppo, però, l'espressione usata, in difetto di una definizione più ampia della "non identificabilità" (*linked anonymized materials*), induce a considerare quest'ultima, anche in assenza di una precisa volontà del donatore, come sinonimo di anonimizzazione (*unlinked anonymised materials*): sembra trattarsi, cioè, di campioni che, da soli o combinati a dati associati, non consentono più a nessuno l'identificazione della persona coinvolta, neppure al responsabile della biobanca.

10. ACCESSO AI DATI GENETICI

Preliminarmente, si deve ricordare che una delle caratteristiche essenziali dei dati genetici, rispetto agli altri dati sensibili, risiede nel fatto che essi, non solo segnano l'individualità della persona, ma al contempo sono strutturalmente condivisi con gli appartenenti allo stesso gruppo biologico: da qui la duplice necessità di tutelare la riservatezza del soggetto, dal quale è stato prelevato il campione biologico; ma anche di regolare l'accesso ai suoi dati genetici da parte degli appartenenti al medesimo gruppo biologico.⁶⁰

In particolare, l'opportunità di trasmettere ad altri soggetti tali informazioni, per avere cognizione di una possibile patologia anche ad insorgenza futura, costringe a bilanciare interessi tra loro antitetici: da un lato, il soggetto, cui appartengono i dati stessi, nell'esercizio del proprio diritto all'autodeterminazione informativa può autonomamente decidere di ignorare ovvero di conoscere le proprie caratteristiche genetiche; dall'altro, i suoi discendenti o consanguinei possono avere, per finalità

⁶⁰ Peraltro, configura un obbligo di comunicazione dei propri dati genetici anche fra coniugi o *partners*, giustificato dall'interesse a scelte procreative, PETRONI, *Trattamento dei dati genetici e tutela della persona*, in *Fam.e dir.*, 2007, 856 s.

medico-terapeutiche (ivi compreso il rischio riproduttivo), un contrapposto interesse a conoscere le proprie caratteristiche genetiche, delle quali è in possesso il loro ascendente o parente.⁶¹

Il problema è affrontato dall'*Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici* 24 giugno 2011, la quale, ai sensi del punto 2), si applica, non solo agli enti ricerca, ma anche agli esercenti le professioni sanitarie e agli organismi sanitari pubblici e privati, nonché ai laboratori di genetica medica: gli esiti di *test* e di *screening* genetici, nonché i risultati delle ricerche, qualora comportino un beneficio concreto e diretto in termini di terapia, prevenzione o consapevolezza delle scelte riproduttive, devono essere comunicati all'interessato (nel rispetto, però, della sua volontà di conoscere tali eventi, come già previsto nel punto 6);⁶² mentre possono essere comunicati, sempre alle medesime condizioni e su espressa richiesta, anche agli appartenenti alla stessa linea genetica, con il consenso dell'interessato o, in mancanza di consenso, quando tali risultati siano indispensabili per evitare un pregiudizio alla salute, ivi compreso il rischio riproduttivo (punto 9).⁶³

All'esigenza di tutelare, da un lato, il diritto alla riservatezza (e alla salute) del soggetto cui si riferiscono gli esami genetici, dall'altro, il diritto alla salute del gruppo biologico di appartenenza, si ispirano anche due regole dettate in tema di acquisizione del consenso e di trattamento dei campioni biologici/dati, quando

61 Sui problemi legati alla condivisione delle informazioni genetiche, v. già RODOTA', *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, 207 ss.; ID., *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, cit., 588 ss.

62 Anche per l'art.30, 5°co., *Codice di deontologia medica*, approvato il 3 ottobre 2008 dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, deve essere sempre rispettata la documentata volontà della persona assistita di non esser informata.

63 In questo senso si è espresso il *Garante per la protezione dei dati personali*, 22.5.1999, n.38997, in www.garanteprivacy.it, con riferimento al diritto di conoscere, prima del concepimento o durante la gravidanza, il rischio probabilistico di insorgenza di patologie, anche di tipo genetico, sulla persona che si intende concepire o sul nascituro, diritto che può certamente contribuire a migliorare le condizioni di benessere psico-fisico della gestante, nel quadro di una piena tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ex art. 32 Cost.: pertanto, l'accesso ad alcuni dati genetici del padre della paziente rappresenta un presupposto essenziale per l'accertamento delle modalità di trasmissione della malattia, per la valutazione del rischio procreativo e per l'esecuzione di eventuali *test* genetici (ANNECCA, *Il trattamento dei dati genetici*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali* a cura di Panetta, I, in *Trattati* a cura di Cendon, Milano, 2006, 1140 ss.).

Altro settore (che peraltro esula dalla presente indagine) nel quale assume rilevanza determinante l'analisi genetica è quello della filiazione: sia con riferimento al disconoscimento della paternità (da ultimo, ROMA, *Disconoscimento di paternità e prove genetiche dopo la sentenza C. cost. 6 luglio 2006, n. 266: le questioni ancora aperte*, in *Fam.pers.succ.*, 2012, 166 ss.); sia in merito ai giudizi di accertamento della filiazione, dove però il "presunto" genitore convenuto in giudizio, nell'esercizio del suo diritto all'autodeterminazione, può sempre opporsi al prelievo di campioni ematici (da ultimo, in relazione ad un'ipotesi di analisi dei reperti biologici prelevati in vita, nel corso di intervento chirurgico, dal corpo del "presunto" padre poi defunto, Cass.civ., 5.8.2008, n.21128, in *Fam.e dir.*, 2010, 1124, con nota di BUSACCA, *Analisi genetiche su "parti staccate" del corpo umano ed accertamento della paternità naturale post mortem*).

trattasi di soggetto incapace (punto 6). In relazione al primo profilo, se il soggetto non può prestare il proprio consenso (per impossibilità fisica, incapacità di agire o incapacità di intendere o di volere), questo è acquisito da chi esercita la potestà (alternativamente, familiare, convivente, responsabile della struttura dove dimora l'interessato), purchè il trattamento sia necessario per la salvaguardia della vita e dell'incolumità fisica del medesimo.

In relazione al secondo profilo (tutela del gruppo biologico), si consente, nell'ambito della ricerca scientifica, il trattamento di dati e campioni biologici di persone che non possono fornire (direttamente) il proprio consenso per incapacità, anche quando la ricerca non comporti un beneficio diretto per l'incapace, ma sia comunque finalizzata al "miglioramento della salute di altre persone appartenenti allo stesso gruppo di età o che soffrono della stessa patologia o che si trovano nelle stesse condizioni" (in assenza di rischi significativi per i diritti fondamentali dell'incapace e previo parere favorevole del Comitato etico).

Da ultimo, è doveroso segnalare che ai potenziali benefici derivanti dalla conoscenza per il soggetto di predisposizioni verso particolari patologie, si accompagnano i rischi di un trattamento illegittimo delle informazioni genetiche e di uno sfruttamento dei risultati di tali scoperte, con conseguenze discriminatorie per la vita di relazione, le quali sono vietate dalla normativa, sia sovranazionale, che interna.⁶⁴ Nell'ambito del diritto privato, i settori particolarmente pericolosi sono quelli del mercato assicurativo e del lavoro:⁶⁵ infatti, l'*Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici* 24 giugno 2011, laddove individua il proprio ambito di applicazione (punto 2) e le finalità del trattamento (punto 3), non solo non contempla queste ipotesi; ma altresì precisa, nel preambolo, che "ulteriori trattamenti di dati genetici non ricompresi nella presente autorizzazione non risultano allo stato leciti, anche in riferimento all'attività dei datori di lavoro volta a determinare l'attitudine professionale di lavoratori o di candidati all'instaurazione di un rapporto di lavoro, anche se basata sul consenso dell'interessato, nonché alle attività delle imprese di assicurazione".⁶⁶ Pertanto, l'utilizzo di dati genetici - con finalità diverse dalla tutela

64 Sui pericoli della discriminazione genetica (e sulla conseguente opportunità di limitare le banche dati "generalizzate"), RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, IV ed., Feltrinelli, Milano, 2007, 174 ss., 192 ss.; ID., *Introduzione*, cit., 23 ss. Sulle linee direttive di nuovi possibili assetti dello Stato sociale nell'epoca della rivoluzione genetica, MARZOCCO, ZULLO, *La genetica tra esigenze di giustizia e logica precauzionale. Ipotesi sul genetic exceptionalism*, in *Forum BioDiritto* 2009, cit., 123 ss.

65 Infatti, anche l'art.44, 2°co., *Codice di deontologia medica*, vieta al medico, in assenza di espresso consenso, *test* genetici predittivi "a fini assicurativi od occupazionali". In argomento, STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, Padova, 2008, 31 ss., 69 ss.; ANNECCA, *op.cit.*, 1146 ss.; ID., *Test genetici e diritti della persona*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 406 ss. Con particolare riguardo all'uso dei dati genetici nel contratto di assicurazione, CALDERAI, *Di chi sono i geni? Guida per i perplessi*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 205 ss.; in ambito lavorativo, TROJSI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, in *Giornale dir.lav.relaz.ind.*, 2008, 47 ss.

66 Sottolinea l'irrelevanza del consenso del lavoratore, TROJSI, *op.cit.*, 85 s.

della salute, dalla ricerca scientifica e dall'accertamento dei vincoli di consanguineità per il ricongiungimento familiare – richiede un intervento legislativo specifico, come già avviene nel campo processuale⁶⁷ ed in quello lavorativo, limitatamente all'osservanza degli obblighi previsti in materia di previdenza, igiene e sicurezza del lavoro:⁶⁸ ciò al fine di bilanciare gli interessi economici dell'impresa e del datore di lavoro con il diritto alla riservatezza ed alla dignità della persona, nel rispetto del principio di proporzionalità tra i valori tutelati.

11. BIOBANCHE E PROPRIETÀ INTELLETTUALE

La proprietà intellettuale indica un sistema normativo di tutela dei beni immateriali di notevole rilevanza economica e si divide in due ambiti distinti, entrambi con un contenuto morale (paternità dell'opera o dell'invenzione) e patrimoniale (diritto allo sfruttamento economico). La proprietà intellettuale sulle opere dell'ingegno, artistiche e letterarie prende il nome di diritto d'autore e nei Paesi anglosassoni viene regolata dal sistema giuridico noto come *copyright*; espressione usata anche in Europa, ma per indicare solo il contenuto patrimoniale del diritto d'autore, la cui durata è 70 anni dalla morte dell'autore.⁶⁹ Invece, la proprietà (intellettuale) industriale sull'invenzione è caratterizzata, non solo dalla novità e dall'originalità, ma soprattutto dalla sua attitudine all'applicazione industriale: qui, però, il diritto patrimoniale di utilizzazione e di sfruttamento in via esclusiva è condizionato al rilascio del brevetto nazionale, efficace solo in Italia, oppure europeo, rilasciato dall'EPO (*European Patent Office*) ed efficace, con durata ventennale, in tutti i paesi aderenti.⁷⁰

67 V. TARUFFO, *Le prove genetiche nel processo civile e penale*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, I, cit., 431 ss.; GENNARI, *Genetica forense e codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in *Resp.civ.prev.* 2011, 1184 ss.

68 STEFANINI, *op.cit.*, 69 ss.

69 Sul diritto d'autore, v. da ultimo DE SANCTIS, *Il diritto di autore. Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno, letterarie e artistiche*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2012, *passim*; BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in *La proprietà intellettuale* a cura di Ubertazzi, in *Trattato dir.priv. Unione Europea* diretto da Ajani e Benacchio, Giappichelli, Torino, 2011, 222 ss.; MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno, letterarie e artistiche*, in *Commentario cod.civ.Scialja-Branca*, Roma, 2008, *passim*. Con riguardo alle fonti internazionali ed al diritto dell'Unione europea, UBERTAZZI, *Introduzione*, *ibidem*, 1 ss.; BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*.

70 L'EPO ed il suo corrispettivo statunitense USPTO (*United States Patent and Trademark Office*) hanno costituito un nuovo sito *web* per realizzare la *Cooperative Patent Classification* (CPC), al fine di creare uno schema unitario di classificazione per le invenzioni, che consentirebbe all'EPO la conformità agli *standard* fissati dal sistema IPC (*International Patent Classification*) amministrato dall'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (WIPO): anche per gli sviluppi in un processo di avvicinamento dei cinque Uffici mondiali della Proprietà Intellettuale (IP5), CICCONE, *La classificazione dei brevetti tra presente e futuro: l'accordo EPO-USPTO e la Cooperative Patent Classification (CPC)*, in *Diritto. Mercato. Tecnologia*, 2011, n.3, 75 ss.

I due ambiti della proprietà intellettuale sono regolati da corpi normativi diversi. Per il diritto d'autore, artt. 2575 ss. c.c. e l. 22 aprile 1941, n. 633, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*,⁷¹ che ha subito in tempi recenti importanti integrazioni e modifiche, sia per l'attuazione di numerose direttive comunitarie (d.lgs.9 aprile 2003, n.68), sia per la l.18 agosto 2000, n. 248. Per la proprietà industriale, d. lgs.10 febbraio 2005, n.30, *Codice della proprietà industriale*,⁷² riformato in più parti dal d.lgs.13 agosto 2010, n.131; nel campo delle invenzioni biotecnologiche,⁷³ in attuazione della direttiva 98/44/CE, d.l.10 gennaio 2006, n.3, convertito con modificazioni nella l.22 febbraio 2006, n.78, successivamente incorporata (con alcune modifiche) dal d.lgs.13 agosto 2010, n.131 nel *Codice della proprietà industriale*.⁷⁴

Nelle biobanche possono essere coinvolte entrambe le sfere della proprietà intellettuale, diritto d'autore e diritto industriale, in quanto le produzioni di ricerca possono riguardare, sia la pubblicistica, che il brevetto.

11.1. Diritto d'autore

In primo luogo, occorre premettere che nei lavori a struttura complessa i singoli contributi, che siano separabili, hanno vita autonoma sotto il profilo giuridico, in quanto non vi è collaborazione creativa; invece, il diritto d'autore (morale e patrimoniale) sarà in comunione, se nell'opera non è distinguibile il contributo dei diversi coautori (art.10 l.a.).⁷⁵ Un particolare problema riguarda le opere collettive

71 Di seguito riportato l.a.

72 Di seguito riportato c.p.i.

73 Sul significato giuridico dell'espressione "biotecnologia", si rinvia a CAPOBIANCO, voce *Bioteologie*, in *Enc.Bioetica e Scienza giuridica* a cura di Sgreccia e Tarantino, II, Napoli, 2009, 318 ss.

74 Particolarmente rilevante, soprattutto nel campo della proprietà industriale, è *The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Accordo sui diritti di Proprietà Intellettuale relativi al commercio) firmato a Marrakesh il 15 aprile 1994, spesso noto con l'acronimo TRIPs: si tratta di un trattato internazionale promosso dall'Organizzazione Mondiale del Commercio, meglio conosciuta come WTO, al fine di fissare lo *standard* per la tutela della Proprietà intellettuale. Infatti, l'accordo (approvato anche dalla Comunità europea, che vi ha dato attuazione a mezzo di numerose direttive, e ratificato da tutti gli stati membri) stabilisce i requisiti che le leggi dei paesi aderenti devono rispettare per tutelare la proprietà intellettuale, nell'ambito del *copyright*, delle indicazioni geografiche protette (IGP), dell'*industrial design*, dei brevetti, dei marchi di fabbrica registrati e di numerosi altri ambiti; inoltre, stabilisce le linee guida per l'applicazione delle leggi in materia di protezione della proprietà intellettuale, per i ricorsi e per le procedure di risoluzione delle controversie. Il TRIPs, che rimane il più completo accordo internazionale in materia, è un tentativo di colmare il divario e le differenze nel modo in cui i diritti sulla proprietà intellettuale sono protetti in tutto il mondo, al fine di portarli sotto regole internazionali comuni, stabilendo un livello minimo di protezione che ogni governo deve garantire. Si rinvia a DE SANCTIS, *op.cit.*, 20 ss.; GIUSSANI, *La disciplina comunitaria della tutela giurisdizionale della proprietà intellettuale*, in *La proprietà intellettuale*, cit., 459 ss.

75 Sui problemi applicativi della norma, MUSSO, *op.cit.*, 337 ss.; BERTANI, *op.ult.cit.*, 81 ss.

(libri, riviste, banche dati), qualificate da due livelli creativi: quello degli autori dei singoli contributi, disciplinato dalle regole appena richiamate, e quello di chi ha organizzato e diretto l'opera nel suo complesso, al quale l'art.7, 1°co., l.a. riconosce il diritto d'autore sulla stessa, in quanto rappresenta il risultato di un'attività di scelta e di coordinamento.⁷⁶ Si tratta di una precisazione importante, perché l'opera collettiva potrebbe anche contenere contributi non più protetti dal diritto d'autore o addirittura, come spesso avviene nelle banche dati, elementi che non sono opere dell'ingegno.⁷⁷ In particolare, con riferimento alle biobanche, si pensi alle informazioni intrinseche al campione, che possono essere i dati personali identificativi, i dati sensibili sullo stato della malattia della persona, il tipo di consenso prestato, la tipologia del campione, la notazione sulla durata della conservazione del campione stesso, la valutazione della qualità e quantità del medesimo.

Da quanto detto consegue che le banche dati, per essere tutelate dal diritto d'autore, devono comunque avere carattere creativo, almeno "nel senso dell'organizzazione e direzione dell'opera".⁷⁸ Tuttavia, la direttiva 1996/9/CE ha voluto accordare protezione, in termini più limitati, anche alle banche dati non creative, prevedendo l'introduzione, nelle normative degli Stati membri, di una tutela minima del costituente della banca dati, in quanto la medesima rappresenta il risultato di un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo, che comporta costi e rischi d'impresa:⁷⁹ poiché il fine è quello di incentivare la creazione di sistemi di memorizzazione e di gestione di informazioni esistenti, e non anche la creazione di elementi da inserire successivamente in una banca dati, la nozione di investimento include solo i mezzi destinati alla ricerca di elementi già esistenti ed alla loro immissione nella banca dati, mentre non comprende quelli istituiti per la creazione di elementi e dati⁸⁰. In attuazione della direttiva, gli artt. 102-*bis* s. l.a. riconoscono al costituente di questo insieme organizzato di informazioni il *copyright* sulla struttura del *database* informativo per la durata di 15 anni, chiamato "diritto *sui generis*" e regolato dalle norme europee sulla proprietà intellettuale artistica e letteraria.⁸¹

76 V., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, MUSSO, *op.cit.*, 347 ss.; BERTANI, *op.ult. cit.*, 77 ss.; DE SANCTIS, *op.cit.*, 235 ss., cui si rinvia per la diversa disciplina, che qui non rileva, delle opere composte.

77 DE SANCTIS, *op.cit.*, 241. L'autore di banche dati creative è espressamente contemplato dall'art.64-*quinquies* l.a., inserito dall'art.4, d. lgs. 6 maggio 1999, n. 169, *Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche di dati*.

78 MUSSO, *op.cit.*, 110 ss.; DE SANCTIS, *op.cit.*, 51 ss.

79 Sui problemi afferenti un'eventuale soglia minima dell'investimento richiesto, BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, cit., 393 ss.

80 Così C.Giust.CE, 9.11.2004, causa C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd c.Hill Organization Ltd*, in *Dir.ind.*, 2005, 409, con nota di MANAVELLO, *Prima decisione della Corte di Giustizia sulla protezione delle banche di dati*; MUSSO, *op.cit.*, 327 s.

81 Sul tema, MUSSO, *op.cit.*, 326 ss.; DE ROBBIO, CORRADI, *Biobanche in bilico tra proprietà privata e beni comuni: brevetti o open data sharing?*, in *JLIS.it*, 2010, 316 ss.; DE SANCTIS, *op.cit.*, 202 ss.

Da ultimo, con riguardo al problema dell'allocazione dei diritti derivanti da opere dell'ingegno create nel corso di un rapporto di lavoro subordinato, mentre il diritto morale spetta sempre all'autore dell'opera (art. 20, 1°co., l.a.); i diritti patrimoniali derivanti da detta attività creativa, salva una diversa volontà delle parti, spettano al datore di lavoro, qualora l'attività creativa del dipendente costituisca l'oggetto del rapporto di lavoro e sia, dunque, svolta nell'adempimento degli obblighi contrattuali (in analogia con quanto previsto in materia di invenzioni dall'art. 64 c.p.i.), sulla base di una previsione dettata testualmente per banche dati, disegno industriale e programmi per elaboratore (artt. 12 *bis* e *ter* l.a.), ma ritenuta applicabile anche alle altre ipotesi⁸². Al medesimo principio si ispira la regola sull'attività svolta dal ricercatore nell'ambito di un progetto di ricerca ed alle dipendenze dell'ente: infatti, se l'opera è il risultato di tale attività e risulta **che la prestazione è stata intesa dalle parti come funzionale alla realizzazione di un bene immateriale, la conseguenza sarà sempre la totale attribuzione dei diritti patrimoniali all'ente di ricerca.**⁸³

Invece, se l'attività creativa non costituisce oggetto del rapporto di lavoro, emergono sostanziali differenze rispetto alla disciplina in materia di invenzioni: infatti, si ritiene che i diritti patrimoniali spettino all'autore, anche se l'attività creativa sia stata posta in essere da quest'ultimo durante l'orario di lavoro e servendosi degli strumenti aziendali (fatte salve alcune eccezioni di recente introdotte in ordine al *software*, alle banche dati ed al disegno industriale);⁸⁴ diversamente è previsto nel caso di invenzione del lavoratore, dove i diritti patrimoniali spettano sempre al datore di lavoro, salva la corresponsione di un equo premio (art. 64, 2° co., c.p.i.). La *ratio* sottesa alla diversità di disciplina è riconducibile al fatto che nella realizzazione di un'invenzione assume, comunque, rilevanza fondamentale il contributo dell'organizzazione aziendale; mentre per la creazione di un'opera dell'ingegno, laddove questa non costituisca oggetto del rapporto di lavoro, la fonte ispiratrice è rappresentata dalla personalità dell'autore e riflette, pertanto, la sua sfera soggettiva.⁸⁵

11.2. Invenzioni biotecnologiche e brevettabilità della ricerca

Con riferimento alla sfera della proprietà industriale, preliminarmente occorre distinguere tra invenzione e scoperta: quest'ultima consiste nell'individuazione o rivelazione di un *quid* già esistente in natura, e in tale caso il brevetto è precluso; invece, l'invenzione – pur basata su una scoperta o un principio scientifico – implica la soluzione di un problema tecnico e, dunque, la creazione di un *quid*

82 MUSSO, *op.cit.*, 350 ss.; BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., 84 ss.

83 MUSSO, *op.cit.*, 359 ss.

84 Peraltro, per una lettura restrittiva delle previsioni, si rinvia a MUSSO, *op.cit.*, 350 ss.

85 Ampiamente MUSSO, *op.cit.*, 355 ss.

pluris che prima non esisteva, come tale brevettabile.⁸⁶ A titolo di esempio, mentre il ritrovamento di una determinata sequenza di DNA nel patrimonio genetico può essere considerata una scoperta, l'isolamento di una molecola di DNA e di una sua funzione rappresentano un'invenzione, in quanto la sequenza isolata è un derivato dalla natura, non un prodotto della natura.⁸⁷ L'invenzione può riguardare un prodotto o un procedimento e deve avere le seguenti caratteristiche: novità, attività inventiva, industrialità, liceità, sufficiente descrizione.

Il brevetto conferisce al suo titolare il diritto esclusivo di utilizzare l'invenzione per un periodo di 20 anni. Inoltre, tutela le imprese che investono nella ricerca e nello sviluppo: infatti, mentre il diritto morale d'inventore spetta sempre al suo autore (art. 2590 c.c.); i diritti di sfruttamento economico, se trattasi di lavoratore dipendente, spettano sempre al datore di lavoro, il quale dovrà solo pagare un equo premio se l'attività inventiva non costituisce oggetto specifico del rapporto di lavoro (art. 64 c.p.i.).⁸⁸ Un'eccezione è prevista per il ricercatore delle università e degli enti pubblici di ricerca, il quale è titolare esclusivo dei diritti anche patrimoniali derivanti dalla sua invenzione brevettabile (art. 65 c.p.i.): la diversità non è giustificabile e rende legittimo il dubbio di una possibile illegittimità costituzionale; ma purtroppo, in sede di approvazione definitiva del d.lgs.131/2010, fu eliminata la modifica dell'art. 65 c.p.i., volta ad assimilare il regime delle invenzioni dei ricercatori a quello dei dipendenti delle aziende private, già predisposta nell'art.36 dello schema del d.lgs., con ciò disattendendo quanto previsto nella legge delega 99/2009 all'adozione di disposizioni modificative della norma in commento.⁸⁹

Il brevetto rappresenta oggi la forma di proprietà intellettuale maggiormente usata in biotecnologia, ma è anche la più discussa, in quanto conferisce il "monopolio temporaneo di sfruttamento di un'invenzione, in un territorio e per un determinato periodo temporale, allo scopo di impedire ad altri di produrre, vendere o utilizzare quell'invenzione senza autorizzazione".⁹⁰ Originariamente, il diritto dei brevetti si è sviluppato per le invenzioni costituite da materia non vivente; ma, con la scoperta della doppia elica del DNA nel 1953 e lo sfruttamento commerciale della tecnologia genetica a partire dagli anni '80 dello scorso secolo, si è posta la questione se il diritto dei brevetti sia trasferibile alla materia vivente (ad esempio, vi è un acceso dibattito etico attorno alla questione sulla brevettabilità delle cellule

86 ERRICO, *Tutela brevettuale e ricerca biotecnologica. Un binomio non sempre perfetto*, in *Brevetti e tecnologie* a cura di Ghidini e Cavani, Luiss, Roma, 2008, 37 ss.

87 DE ROBBIO, *Bio banche e proprietà intellettuale: commons o caveat?*, in <http://spbo.unibo.it/bibliotime/num-xiii-3>, 14.

88 SARACENO, *Le invenzioni dei dipendenti*, in *Codice della proprietà industriale: la riforma 2010* a cura di Galli, Ipsoa, Milano, 2010, 104 ss.; SINDICO, *Le invenzioni dei dipendenti*, in *La riforma del codice della proprietà industriale* a cura di Bottero, Milano, 2011, 165 ss.

89 SARACENO, *op.cit.*, 106 ss.; TRAVOSTINO, *Le invenzioni dei ricercatori universitari di cui all'art. 65 c.p.i. e la mancata attuazione della delega*, in *La riforma del codice della proprietà industriale*, cit., 201 ss.

90 Come rilevano DE ROBBIO, CORRADI, *op.cit.*, 318.

staminali e delle linee di cellule staminali isolate e non modificate che, a seguito di quanto espresso dalla commissione etica europea, non sono brevettabili).⁹¹

I profili, non solo giuridici, ma soprattutto etici, della sperimentazione hanno indotto la comunità scientifica internazionale ad applicare con molta cautela la normativa brevettuale, collaudata solo con riferimento ai tradizionali settori industriali, ad un ambito dove entra in gioco una particolare qualità dell'oggetto brevettabile: "la materia organica, vivente e autoreplicante".⁹² I principi ispiratori della direttiva comunitaria 98/44/CE⁹³ e, conseguentemente, della legge nazionale di attuazione e poi del *Codice della proprietà industriale*, traggono le loro origini, in particolare, dalla Convenzione di Oviedo e dal Protocollo addizionale 12 gennaio 1998 sul divieto di clonazione di esseri umani, individuando i casi di brevettabilità, nonché quelli di esclusione, e prevedendo come brevettabili alcune realtà biotecnologiche, purché abbiano i requisiti di novità e originalità e siano suscettibili di applicazione industriale.

Per la parte che qui interessa, l'elenco di realtà biotecnologiche brevettabili, ai sensi dell'art. 81-*quater* c.p.i., comprende i materiali biologici, isolati dal loro

91 Infatti, la direttiva 98/44/CE non prende posizione sul punto, diversamente dalla legge italiana di trasposizione, che nell'art. 81-*quinquies*, 1°co., lett.b), punto 3, c.p.i. esclude espressamente dalla brevettabilità "ogni utilizzazione di embrioni umani, ivi incluse le linee di cellule staminali embrionali" (CASABURI, *Attuazione italiana della direttiva sulle biotecnologie*, in *Foro it.*, 2006, IV, 386 ss.); con una soluzione da taluni criticata, perché nega la brevettabilità di tali cellule anche qualora fossero, in ipotesi, ottenute senza alcun danno dell'agglomerato cellulare originario (ROMANO, *op.ult.cit.*, 248 s.).

Tuttavia, ad oggi, l'unico metodo per ottenere cellule staminali comporta la distruzione dell'embrione, con conseguenti problemi di tutela dei diritti fondamentali. L'art. 6, n. 2, lett. c, della direttiva 98/44/CE non considera brevettabili le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali, peraltro senza fornire una definizione di "embrione umano": pertanto, è di estrema importanza la recente pronuncia della C.Giust.CE, 18.10.2011, causa C-34/10, *Brüstle c. Greenpeace e V.* (in *Fam.e dir.*, 2012, 221, con nota di SCALERA, *La nozione di "embrione umano" all'esame della Corte UE*; in *Nuova giur.civ.comm.*, 2012, I, 289, con nota critica di ROMANO, *op.ult.cit.*, 237 ss., in quanto la Corte estende la valutazione di illiceità dell'oggetto del brevetto a fasi precedenti ed anteriori alla brevettazione), la quale, per la prima volta, interpreta tale nozione in senso ampio, riconducendovi anche "qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi" (rinviando, poi, al giudice nazionale il compito di stabilire se tale possa considerarsi anche la cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti). La sentenza è importante anche per altri due profili: l'esclusione della brevettabilità riguarda anche l'utilizzazione a fini di ricerca scientifica; inoltre, deve applicarsi anche alle invenzioni che, pur non avendo direttamente ad oggetto l'utilizzazione di embrioni umani, vertano su prodotti o procedimenti che presuppongono la previa distruzione dei medesimi (in questo senso, già l'art. 81-*quinquies*, 2°co., c.p.i.).

92 Così DE ROBBIO, CORRADI, *op.cit.*, 320.

93 Sulla direttiva, RAMBELLI, *Invenzioni biotecnologiche*, in *La riforma del codice della proprietà industriale*, cit., 215 ss. Sulla giurisprudenza dell'Ufficio Europeo dei Brevetti relativa ai requisiti di brevettabilità delle invenzioni in campo biotecnologico, GALLIGANI, *Biotechnological inventions: their patentability under the European Patent Convention in the light of the case law of the EPO Boards of Appeal*, in *Brevetti e biotecnologie*, cit., 217 ss.

ambiente naturale o prodotti tramite un procedimento tecnico, anche se preesistenti allo stato naturale; un procedimento tecnico attraverso il quale viene prodotto lavorato o impiegato materiale biologico, anche se preesistente allo stato naturale. Rientrano tra le tecniche brevettabili anche le applicazioni nuove di un materiale biologico o di un procedimento tecnico già brevettato e le invenzioni relative ad un elemento isolato dal corpo umano o diversamente prodotto, mediante un procedimento tecnico (procedimento che soltanto l'uomo è capace di mettere in atto e che la natura di per se stessa non è in grado di compiere), anche se la struttura è identica a quella di un elemento naturale, a condizione che la loro funzione ed applicazione industriale siano concretamente indicate e descritte;⁹⁴ quest'ultima precisazione permette di mantenere inalterata la distinzione tra scoperta ed invenzione.⁹⁵

L'art. 81-*quinquies* c.p.i. esclude dalla brevettabilità alcune particolari realtà biotecnologiche⁹⁶. Anzitutto, sono esclusi il corpo umano, sin dal momento del concepimento e nei vari stati del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno degli elementi del corpo stesso, compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene; una semplice sequenza di DNA, una sequenza parziale di un gene, utilizzata per produrre una proteina o una proteina parziale, salvo che venga fornita l'indicazione e la descrizione di una funzione utile alla valutazione del requisito dell'applicazione industriale e che la funzione corrispondente sia specificatamente rivendicata; ogni procedimento tecnico che utilizzi cellule embrionali umane. Inoltre, è espressamente esclusa la brevettabilità dei metodi per il trattamento chirurgico o terapeutico del corpo umano o animale e i metodi di diagnosi applicati al corpo umano o animale. Non sono poi ammesse alla brevettabilità le invenzioni biotecnologiche, il cui sfruttamento commerciale sia contrario alla dignità umana, all'ordine pubblico e al buon costume, alla tutela della salute e della vita delle persone e degli animali, alla preservazione dei vegetali e della biodiversità ed alla prevenzione di gravi danni ambientali, con l'indicazione che l'esclusione riguarda, in particolare, ogni procedimento tecnologico di clonazione umana, qualunque sia la tecnica impiegata.

11.3. Open data sharing nelle biobanche

Secondo una parte della dottrina, innovazioni di particolare rilievo presuppongono grandi investimenti economici e quindi la loro tutela giuridica deve necessariamente potersi avvalere dello strumento classico di incentivazione

94 FALCE, *Sulla tutela dell'innovazione nei "nuovi" settori della tecnica con particolare riguardo alle invenzioni biotecnologiche. Primi appunti sul contributo dell'analisi economica, in Brevetti e tecnologie*, cit., 122 ss.; RAMBELLI, *op.cit.*, 223 ss.; LORENZON, *op.cit.*, 84 ss., cui si rinvia per i richiami alla recente giurisprudenza statunitense.

95 Così ROMANO, *Brevettabilità del vivente e "artificializzazione"*, cit., 590 ss. Per ulteriori problemi applicativi, ERRICO, *op.cit.*, 43 ss.

96 CAPASSO, *Le categorie aggiuntive di trovati biologici esclusi dalla brevettabilità*, in *Codice della proprietà industriale: la riforma 2010*, cit., 130 ss.; RAMBELLI, *op.cit.*, 227 ss.

dell'attività inventiva industriale, cioè il monopolio (temporalmente limitato) conferito dal brevetto di invenzione.⁹⁷

Invece, per altre scuole di pensiero, favorevoli ad un approccio partecipativo alla scienza, il ricorso alla figura dell'*open data sharing* consentirebbe di rendere alcuni risultati della ricerca scientifica "liberamente accessibili a tutti e non soggetti a forme di tutela che, esercitando un controllo, ne limitino la riproduzione".⁹⁸ Numerose sono le giustificazioni portate a sostegno di tale tesi: i dati appartengono al genere umano (esempi tipici sono i genomi, i dati sugli organismi per la scienza medica, i dati ambientali); i dati prodotti dalla pubblica amministrazione, in quanto finanziati da denaro pubblico, devono ritornare ai contribuenti, e alla comunità in generale, sotto forma di dati aperti e universalmente disponibili; restrizioni sui dati e sul loro riutilizzo limitano lo sviluppo della comunità; in campo scientifico il tasso di scoperta è accelerato da un migliore accesso ai dati.⁹⁹ Analoga esigenza si manifesta anche nell'ambito del diritto d'autore, dove peraltro la direttiva 2001/29/CE, *sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, (che però non si applica al *software* ed alle banche dati),¹⁰⁰ attuata con d.lgs.68/2003, propone un modello normativo squilibrato in danno dei terzi, sia perché attribuisce agli Stati membri piena discrezionalità nel riconoscere ai terzi spazi di libertà di accesso ai risultati della ricerca (prevalentemente recepiti in modo restrittivo), sia perché le eventuali "libere utilizzazioni" introdotte sono comunque sottoposte ad un ulteriore controllo giudiziario per verificare la non contrarietà, nel caso concreto, agli interessi del titolare del diritto d'autore.¹⁰¹

97 Si rinvia a FALCE, *op.cit.*, 111 ss.

98 Così DE ROBBIO, CORRADI, *op.cit.*, 321.

99 Come ricorda DE ROBBIO, *op.cit.*, 16.

100 Per il *software* la direttiva 2009/24/CE e per le banche dati la già citata direttiva 1996/9/CE hanno adottato un regime diverso in tema di libere utilizzazioni, introducendo alcune regole obbligatorie a favore del c.d. "utente legittimo": in particolare, nella seconda ipotesi, in attuazione della direttiva, vedi l'art.64-*sexies* l.a. per le banche dati creative (dove, fra l'altro, l'accesso è consentito a chi effettua attività di ricerca pura, non svolta nell'ambito di un'impresa) e l'art. 102-*ter* l.a. per il diritto *sui generis*, i quali però limitano (in difformità da quanto consentiva la direttiva) l'estrazione e/o il reimpiego dei dati ad una parte non sostanziale del contenuto della banca dati e consentono al titolare della stessa la possibilità di riservare l'accesso a determinati soggetti (sull'opportunità di una maggior apertura, ERRICO, *Software e banche dati: le eccezioni al diritto d'autore a scopo di ricerca*, in GHIDINI, BRICEÑO MORAIA, ERRICO, *Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza: le eccezioni al diritto d'autore a scopo di ricerca*, in http://dirittoautore.cab.unipd.it/progetti/GG-LB-PE_%20Paper%20convegno.pdf, 12 ss.).

101 GHIDINI, *La dialettica fra diritti d'autore e diritti dei ricercatori. Alla ricerca di un equilibrio coerente con la Costituzione*, in GHIDINI, BRICEÑO MORAIA, ERRICO, *op.cit.*, 1 ss.; sul tema, AA.VV., *Pubblicazioni scientifiche, diritti d'autore e open access* a cura di Caso, Università degli studi di Trento, 2009, *passim*. A ciò si aggiunga che la direttiva auspica l'opportunità di un'interpretazione restrittiva delle libere utilizzazioni, con una previsione che dovrebbe essere rivisitata alla luce delle libertà (di espressione, informazione, ricerca scientifica ed istruzione) che sono alla base, non solo delle singole Costituzioni, ma soprattutto della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea: BRICEÑO MORAIA, *Sull'interpretazione delle libere utilizzazioni per finalità di ricerca alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, *ibidem*, 5 ss.; la necessità di distinguere tra pubblicazioni

Tuttavia, nel settore della proprietà industriale scelte a favore di una politica di *open data sharing* richiedono interventi normativi, perchè sussistono numerosi ostacoli, pratici e giuridici, ad un'applicazione generalizzata di tali principi nei campi della ricerca biomedica. Sotto il profilo giuridico, le difficoltà nell'ottenere il consenso informato, la *privacy* e la riservatezza sui dati personali dei partecipanti alla ricerca diventano aspetti cruciali, qualora i dati siano condivisi in modo ampio: di qui la necessità di definire in modo chiaro il ruolo delle biobanche rispetto, sia alla questione dell'appartenenza dei campioni biologici e dei dati informativi, sia alla disponibilità dei medesimi per nuove ricerche.

Ulteriori ostacoli, sotto il profilo fattuale, sono la riluttanza dei ricercatori a condividere i propri dati, complessità nella creazione di infrastrutture adeguate; gli elevati costi della ricerca e della gestione di una biobanca, che possono essere compensati solo dalla brevettabilità e, quindi, dallo sfruttamento economico dei risultati di quella ricerca (sfruttamento che, a mio avviso, dovrebbe essere ripartito tra ricercatore, ente di ricerca e biobanca, la quale ha fornito campioni biologici e dati). Inoltre, per progetti scientifici di piccole dimensioni, la restrizione nell'accesso ai dati, con conseguente brevettabilità dei risultati della ricerca, può risultare una scelta positiva: si pensi alle biobanche di tipo secondario, le quali gestiscono campioni e dati nello studio di particolari malattie; nonché alle banche dati genomiche, dove si osserva che "un sistema di accesso limitato fornisce alcune informazioni del fenotipo collegate ai dati del genotipo, così da rafforzare il valore scientifico dei dati".¹⁰²

Pertanto, si rende necessaria una scelta normativa che, pur riconoscendo la possibilità di profitti annessi alla proprietà intellettuale derivante dall'opera dell'ingegno, ne restringa i confini e preveda in taluni casi, in una politica di *open data sharing*, un approccio libero a campioni e dati gestiti dalle biobanche, favorendo così l'incremento del numero dei partecipanti alla ricerca, peraltro con una serie di cautele: modalità di accesso ai dati degli utenti, contratti chiari con gli utenti medesimi, regole di responsabilità per l'uso improprio dei dati, criteri tecnici di gestione dei dati.¹⁰³ E' chiaro che un'eventuale politica di *open data* presuppone, però, la condivisione della tesi che riconduce i campioni biologici alla categoria dei "commons" o, quantomeno, riconosce alla biobanche, con le cautele a suo tempo indicate, la disponibilità e la titolarità dei medesimi.

Altra questione, tuttora aperta e strettamente connessa al tema dello sfruttamento commerciale delle ricerche genetiche, è quella relativa alla necessità di introdurre forme di "compenso", non necessariamente di carattere economico, per le comunità oggetto di studio.¹⁰⁴ L'applicazione a questo settore del concetto di

scientifiche e pubblicazioni per scopi letterari o artistici è sottolineata anche dalla Commissione delle Comunità Europee 19 ottobre 2009 (*Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza*).

102 DE ROBBIO, *op.cit.*, 17.

103 DE ROBBIO, *op.loc.ult.cit.*

104 Sul punto, G.RESTA, *I diritti della personalità*, in ALPA, G.RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato dir.civ.* diretto da Sacco, Torino, 2006, 624 ss.; STEFANINI, *op.cit.*, 124 ss.

benefit-sharing, e dei principi di solidarietà ed equità sociale che lo sostengono, è tuttora problematica: l'art. 19 della "Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani" 16 ottobre 2003 dell'Unesco prevede, con una formula molto generale, che i benefici risultanti dall'uso di dati genetici umani o di campioni biologici, raccolti a scopo di ricerca medica e scientifica, debbano essere condivisi con l'intera società e la comunità internazionale. E' vero che la successiva "Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani" 19 ottobre 2005, nell'art. 15, esemplifica le possibili forme di questa "condivisione dei benefici" (assistenza speciale e sostenibile per le persone ed i gruppi che hanno preso parte alla ricerca, accesso ad un'assistenza sanitaria di qualità, fornitura di nuove tecniche diagnostiche e terapeutiche o dei prodotti derivati dalla ricerca, sostegno per i servizi sanitari, accesso alla conoscenza scientifica e tecnologica, agevolazioni per la creazione di istituzioni per la ricerca): tuttavia, si tratta di vantaggi che rimangono sempre legati all'adozione (alquanto rara) di ulteriori provvedimenti legislativi interni o di accordi internazionali.¹⁰⁵

¹⁰⁵ E' questa la soluzione preferibile nel sistema europeo, sia per lo spazio riservato alle istituzioni pubbliche nel campo delle invenzioni biotecnologiche, sia per i rigorosi controlli sull'esercizio della privativa brevettuale, pur non escludendosi la possibilità di ricorrere ai consueti strumenti dell'autonomia negoziale: così G.RESTA, *op.ult.cit.*, 626 ss.

Summary

LEGAL ASPECTS OF GENETIC RESEARCH: FROM INFORMED CONSENT TO BIOBANKS

The purpose of this paper is to analyze the Italian legal framework in the international and European law context with regard to the following topics: juridical nature of human tissue sample and the distinction between biological materials and personal data about health and genetic information; property right and the right to privacy; the concept of non-identifiable biological material; ownership of human tissue sample and data unavailability; the concept and function of human biobanks in relation to the field of intellectual property.

***Key words:** biological material, property right, privacy; biobank, intellectual property.*

Zusammenfassung

RECHTLICHE ASPEKTE DER GENETISCHEN FORSCHUNG – VON INFORMIERTER EINWILLIGUNG BIS ZU BIOBANKEN

Die Arbeit analysiert die italienische Rechtsordnung im Lichte des internationalen und europäischen Normativrahmens bezüglich folgender Fragen: Rechtsnatur des biologischen Musters und Unterschied zwischen dem Begriff des biologischen Materials und der genetischen Informationen darin; Eigentumsrecht und das Recht auf Privatleben; der Begriff des nicht identifizierbaren biologischen Musters; das Eigentum des biologischen Musters und Datenunverfügbarkeit; der Begriff und die Funktion von Biobanken bezüglich des Sektors vom geistigen Eigentum.

***Schlüsselwörter:** biologisches Muster; Eigentumsrecht; Privatleben; Biobank; geistiges Eigentum.*

Riassunto

PROFILI GIURIDICI DELLA RICERCA GENETICA: DAL CONSENSO INFORMATO ALLE BIOBANCHE

Nel quadro della principale normativa internazionale e comunitaria in materia, il lavoro propone un'analisi dell'ordinamento giuridico italiano con riguardo ai seguenti temi: natura giuridica del campione biologico e distinzione tra elemento materiale (*biological materials*) e dati informativi; diritto di proprietà e diritto alla privacy; nozione di campione biologico "non identificabile"; titolarità del campione biologico e (in)disponibilità dei dati; nozione e funzione delle biobanche, in relazione anche al settore della proprietà intellettuale.

Parole chiave: *campione biologico, proprietà, privacy, biobanca, proprietà intellettuale.*

EUROPEIZACIJA CIVILNOG DRUŠTVA U RH: SHVAĆANJE SOCIJALNOG KAPITALA OZBILJNO?

Dr. sc. Sanja Barić, izvanredna profesorica
Dana Dobrić, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 323.21(497.5)
323.21::061.1EU
Ur.: 3. rujna 2012.
Pr.: 31. listopada 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Sve je veći utjecaj procesa europske integracije na kreiranje javnih politika država članica te na njihove političke i upravne strukture. To se također odnosi na utvrđivanje kruga subjekata koji sudjeluju u političkom odlučivanju. Autorice rada posvećuju pozornost organizacijama civilnog društva kao čimbenicima demokratizacije društva i načinima njihovog uključivanja u političke procese. Na razini Europske unije primjenjuje se model refleksivne deliberativne poliarhije kao oblik ustrojstva vlasti koji najviše pogoduje razvoju participativne demokracije. U takvom je sustavu donošenje političkih odluka obilježeno decentraliziranim utjecajima, a građani su predstavljeni putem izabranih javnih dužnosnika i različitih organizacija civilnog društva koje kanaliziraju pojedine interese, ali i omogućavaju međusobno horizontalno i vertikalno usuglašavanje. Radi jačanja organizacija civilnog društva kao važnih dionika u oblikovanju i provedbi politika Europske unije, Vlada RH je u srpnju ove godine usvojila Nacionalnu strategiju stvaranja poticajnog okruženja za razvoj civilnog društva u razdoblju od 2012. do 2016. godine. Temeljno pitanje na koje autorice nastoje dati odgovor jest na kojoj je razini socijalna kohezija u Hrvatskoj te postoje li preduvjeti za razvoj participativne demokracije.

Ključne riječi: *socijalni kapital, demokratski deficit, participativna demokracija, refleksivna deliberativna poliarhija, civilno društvo.*

UVOD

Tijekom 20. stoljeća mnoge su države počinile pogrešku polazeći od, kako to Friedrich A. von Hayek naziva, «fatalne taštine». Radi se o uvjerenje da jedan mudar vođa ili skupina «izabranih», pametnih i poštenih ljudi može postići uređenje društva koje je superiornije od onog koje bi nastalo spontanom poretkom. Iskustvo

je, međutim, pokazalo suprotno. Vladavina nekolicine u ime mnogih ne može zamijeniti slobodnu i dobrovoljnu aktivnost velikog broja pojedinaca u slobodnom društvu. Demokracija u čijem je korijenu civilno društvo, tolerancija i pluralizam za sada je jedini prihvatljivi model društvenog uređenja koji osigurava očuvanje trajnog mira i stabilnosti.

Pitanje "civilnog društva" središnja je stavka u postsocijalističkom procesu demokratizacije i decentralizacije koji još traje.¹ Zahvaljujući naglašenoj tendenciji prekograničnog formalnog i neformalnog umrežavanja i lakšoj operacionalizaciji suradnje na projektima od zajedničkog interesa, organizacije civilnoga društva imaju snažan potencijal za poticanje razvoja regionalne suradnje i dobrosusjedskih odnosa. Regionalna suradnja je temelj nastanka Europske unije; ona je začetak procesa europskih integracija. Ujedno predstavlja jedan od važnijih ciljeva vanjske politike Republike Hrvatske.

U ovom radu ćemo na početku ponuditi definiciju civilnog društva i ukratko razmotriti neke njegove uloge u okviru moderne društvene i političke stvarnosti. Također, pokušat ćemo razraditi koncept refleksivne deliberativne poliarhije kao model ustrojstva vlasti koji u najvećoj mjeri omogućuje participaciju organizacija civilnog društva u procesu političkog odlučivanja. U drugom dijelu ukazat ćemo na važnost koja se u okviru europskih integracijskih procesa pridaje nevladinim organizacijama, posebice u kontekstu smanjenja demokratske deficitarnosti sustava Europske unije. U posljednjem dijelu prikazat ćemo situaciju civilnog društva u RH te razmotriti napore hrvatske Vlade u poticanju njegova daljnjeg razvoja.

1. CIVILNO DRUŠTVO U SUVREMENOJ DRUŠTVENO-POLITIČKOJ STVARNOSTI

1.1. Pojam civilno društvo

Civilno društvo je pojam koji se počinje spominjati u 18. stoljeću kada, zahvaljujući građanskim revolucijama, dolazi do odvajanja sfere političke vlasti od sfere građanskog društva. Jedan od glavnih zahtjeva koje je postavila tadašnja mlada građanska klasa jest radikalno ograničenje intervencije države u područje građanskog

1 Većina teoretičara civilnoga društva slaže se s tvrdnjama da za političku tranziciju, uspostavu i legalizaciju demokratskih institucija treba šest mjeseci, za uspostavu tržišnog gospodarstva treba šest godina, a za razvoj civilnog društva - šezdeset godina! Ovdje navodimo izbor literature o toj temi: G. Bežovan, «Struktura civilnog društva u RH», u: *Politička misao*, vol. 39, 1/2002, str. 63-87; M. Ovsenik i M. Ambrož, *Neprofitni autopoetični sustavi*, Alinea, Zagreb, 1999.; J. L. Cohen i A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, Mass., 1992.; A. B. Seligman, *The Idea of Civil Society*, Princeton University Press, New Jersey, 1992.; M. Mesić, «Civilno društvo i postsocijalizam», u: *Revija za sociologiju*, vol. 22, 3-4/1991, str. 307-314; A. Bibič, *Civilno društvo i politički pluralizam*, Omladinski kulturni centar, Zagreb, 1990.

društva, tržišta i poduzetništva.² U takvim okolnostima civilno je društvo imalo zadaću štititi i podučavati građane kako se obraniti od države. U 20. stoljeću ideja civilnog društva ponovno se aktualizira te postaje predmet znanstvenog interesa i empirijskih istraživanja na globalnoj razini.³ Razvijen je široki spektar definicija i pristupa toj problematici. No, nijedna teorija nije prihvaćena kao jedinstvena ni dominantna.

Civilno društvo je sfera koja postoji između države, i privatnog sektora te čije se djelovanje temelji na načelima pravednosti, tolerancije i odsustva nasilja. Pojam "civilno društvo" prije svega podrazumijeva tzv. nevladine ili neprofitne organizacije (dalje: NVO). Postoji nekoliko temeljnih definicija NVO-a. Pravne definicije NVO-a polaze od konkretnog zakonskog određivanja pojma NVO-a u pojedinoj zemlji. Ovaj je pristup izuzetno praktičan za neposredni rad lokalnih NVO-a, ali svojim uskim gledanjem onemogućava shvaćanje biti nevladinog sektora, usporednu analizu te, posljedično, otežava kvalitetnu i argumentiranu (pozitivnu ili negativnu) kritiku. Funkcionalne definicije ukazuju na ciljeve takvih organizacija, naglašavajući «javnu dobrobit» kojoj one služe. Pritom, one apstrahiraju činjenicu da mnoge NVO prvenstveno služe zadovoljavanju uskih interesa njihovih članova (primjerice, filatelističko društvo). Ekonomske definicije primjenjuju kriterij neprofitnosti. To, naravno, ne znači da NVO nemaju prihode, već da ih stječu isključivo radi ostvarivanja svojih primarnih, neprofitnih ciljeva te se njihova dobit ne dijeli članovima ili trećim osobama, nego «vraća» neprofitnoj djelatnosti. Zbog svoje je sveobuhvatnosti najprihvatljivija strukturalno-operativna definicija Salomona i Anheiera⁴ koja identificira nevladinu organizaciju prisutnošću pet čimbenika: određeni stupanj organiziranosti, privatnost, neprofitna distribucija, samouprava i dobrovoljnost.

2 Radi se o *laissez-faire* doktrini koju je najpotpunije razvio Adam Smith u svom poznatom djelu „Bogatstvo naroda“. Doktrina se oštro protivi državnoj intervenciji u ekonomsku sferu društva. Opravdan je jedino minimalni utjecaj države koji je potreban za održavanje mira i poštivanje vlasničkih prava. (Vidi: A. Smith, *Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda*, Zagreb, Masmedia, 2007.)

3 Godine 1991. najveću inicijativu za jačanje i potporu građanske participacije na globalnoj razini pokrenulo je dvadesetak aktivista civilnog društva iz različitih zemalja svijeta. Ideja je bila stvoriti svjetsko udruženje pojedinaca i organizacija kojemu bi glavni ciljevi bili snaženje institucija civilnog društva, zagovaranje sudjelovanja civilnog društva u procesu donošenja odluka na svjetskoj razini i poticanje dijaloga kako između organizacija civilnog društva međusobno, tako i između organizacija civilnog društva te javnog i privatnog (profitnog i neprofitnog) sektora. Udruženje je utemeljeno 1993. godine pod nazivom Svjetski savez za građansku participaciju (CIVICUS). To je međunarodni savez članova i vanjskih partnera koji tvori utjecajnu mrežu lokalnih, nacionalnih, regionalnih i međunarodnih organizacija te na taj način širi spektar civilnog društva. Neke od aktivnosti CIVICUS-a su pripremanje regionalnih izvještaja o razvoju i dostignućima civilnog društva, konzultacije s članovima udruženja, održavanje sastanaka članova i vanjskih partnera te poduzimanje ostalih mjera za jačanje globalnog civilnog društva. (World Alliance for Citizen Participation, <http://www.civicus.org/>)

4 L. M. Salamon, H. K. Anheier, In Search of the Nonprofit Sector. I: The Question of Definitions, u: *Voluntas*, 1992., 3(2), str. 125-151.

No, civilno društvo označava i mnogo širi krug subjekata. Njime su obuhvaćene i vjerske zajednice, socijalni partneri, organizacije koje predstavljaju socijalne i ekonomske dionike koji nisu obuhvaćeni kategorijom socijalnih partnera te različite neformalne skupine unutar društva.⁵ U najširem smislu pojam podrazumijeva i političke stranke. Svjetski savez za građansku participaciju (CIVICUS) u svoju definiciju civilnog društva uključuje organizacije i mreže civilnog društva, sindikate, vjerske zajednice, profesionalna udruženja, nevladine organizacije, filantropske fundacije i druge oblike fondova. Gosewinkel razlikuje tri pristupa definiranju civilnog društva: s obzirom na područje koje ono obuhvaća, aktivnosti kojima se bavi te kombinaciju prethodna dva kriterija.⁶ Prvo, civilno se društvo poima kao „treći sektor“, odvojen od države i privatnog sektora. U takvoj sferi se društvena i politička akcija oblikuju u udruženjima koje karakterizira visoki stupanj samoorganiziranja te specifičan način postizanja kohezije. Ključni nositelji akcije su NVO i društveni pokreti. Država se poima kao teritorijalna i institucionalna sfera koja se često nalazi u opoziciji prema trećem sektoru. Drugi koncept polazi od temeljnih normativnih postavki o kvaliteti društvene akcije i postizanja socijalne kohezije.⁷ Ovaj pristup naglašava pozitivan doprinos civilnog društva stvaranju i stabilizaciji demokracije te jačanja samouprave. Vrijednosti, na kojima civilno društvo temelji svoje djelovanje, tvore kodeks ponašanja za sve njegove dionike čineći ga idealnim forumom za razvoj učenja demokracije. Kombinacijom prethodna dva pristupa, civilno društvo se definira kao područje koje se nalazi između države, ekonomije i privatne sfere građana, a čije su glavne implikacije visoki stupanj samoorganiziranja te specifična društvena akcija.

S druge strane, Bežovan rabi sljedeću opisnu definiciju: “Civilno društvo obuhvaća institucije, organizacije, mreže i pojedince (i njihove vrednote) koje su smješteni između obitelji, države i tržišta, povezani nizom civilnih pravila koja dijele, a u koje se ljudi dobrovoljno udružuju radi zagovaranja općih interesa.”⁸ Civilno društvo znači i aktivan odnos građanki i građana prema javnim službama i poslovima: od sudjelovanja u javnim raspravama i utjecaja na formiranje političke volje, preko konkretnih inicijativa usmjerenih na određene političke i pravne mjere, do preuzimanja dijela javnih poslova koji država i javne institucije ne mogu obaviti uopće, u potpunosti, ili dovoljno kvalitetno. Često se, nadalje, pod civilnim društvom misli na specifičnu kvalitetu ustroja cjelokupnog društva po idealnim načelima pluralizma, demokratičnosti i otvorenosti, u kojem su nevladine organizacije jedan

5 S. Smismans, *European Civil Society: Shaped by Discourses and Institutional Interests*, u: *European Law Journal*, vol. 9/2003, br. 4., str. 491.

6 D. Gosewinkel, *Civil society*, u: *European History Online*, Mainz, Institute of European History, 2011., www.ieg-ego.eu/gosewinkeld-2010-en.

7 Socijalna kohezija jest nužan preduvjet uspješnosti kolektivne akcije. Kohezivne skupine su one u kojima pojedinci žele biti članovi skupine, međusobno se uvažavaju te svojim djelovanjem aktivno pridonose ostvarenju ciljeva skupine. (G. Bežovan, *Civilno društvo*, Zagreb, Nakladni zavod Globus, 2004., str. 41.)

8 G. Bežovan, *Civilno društvo u Hrvatskoj: na putu ka pravu javnosti*, u: N. Starc (ur.), *Izviješće o društvenom razvoju - Hrvatska 2001.*, Zagreb, Ekonomski institut Zagreb, 2001, str. 35-44.

od pojavnih oblika, a njihov položaj, uloga i tretman jedno od mjerila stupnja konkretizacije idealnih načela.

Civilno društvo se kao koncept dugo vremena osporavao. No, danas je postignut konsenzus o civilnom društvu kao dioniku demokratizacije društva. Mnoge multilateralne⁹ i donatorske organizacije uvidjele su blisku vezu između razvoja i jačanja sfere civilnog društva te propasti autoritarnih režima. Znanstvenici i aktivisti nalaze izvor snaženja demokratskih procesa u dionicima civilnog društva budući da vlada opće nezadovoljstvo političkim strankama i sindikatima kao predstavnicima građana. Potonji, umjesto da zastupaju interese građana, usmjereni su ostvarenju vlastitih aspiracija tj. prisvajanju moći. Konačno, nakon „Post-Washingtonskog konsenzusa“¹⁰ bilo je za očekivati da će država dio svojih funkcija dijeliti s organizacijama civilnog društva (dalje: OCD). Chandhoke u tom kontekstu piše o „umnožavanju“ države.¹¹ Budući da je na civilno društvo prenesen čitav niz novih aktivnosti, mreža NVO-a se tijekom vremena izrazito širi.

1.2. Društveni kapital

Pojam civilno društvo u uskoj je vezi s pojmom društveni kapital.¹² Naime, društveni kapital predstavlja osnovu civilnog društva neke države. Prve koncepcije društvenog kapitala uočavaju se u klasičnim tekstovima političke znanosti (A. de Tocqueville)¹³ i sociologije (E. Durkheim).¹⁴ Navedeni autori drže da je postojanje društvenih skupina koje se nalaze između pojedinca i države ključno za održanje i

9 Multilateralne organizacije je osnovalo tri ili više zemalja s ciljem rješavanja problema koji su im zajednički, primjerice Greenpeace, Europska banka za obnovu i razvoj, Međunarodna finansijska korporacija, The Group of 77, Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj, Srednjoamerička banka za europsku integraciju, Azijska banka za razvoj i dr.

10 Washingtonski konsenzus formulirali su 1990. godine ekonomisti iz Instituta za međunarodnu ekonomiju (Washington). Sadrži deset osnovnih preporuka za razvojnu politiku zemalja Latinske Amerike, ali se nastojao primijeniti i kao razvojni model za postkomunističke, tranzicijske ekonomije u Srednjoj i Istočnoj Europi. Budući da nije postigao očekivane rezultate, 2003. godine stvoren je novi model, tzv. Post-Washingtonski konsenzus. Neke od preporuka koje sadrži jesu: stvoriti efikasnu državu s profesionalnom javnom upravom, provesti reformu fiskalne politike i finansijskog sustava, liberalizirati vanjsku trgovinu, izgraditi institucije moderne tržišne ekonomije. (Vidi: N. Birdsall, F. Fukuyama, The post-Washington Consensus, Council of Foreign Affairs, 2011.; K. N. Rankin, Economic geographies of global governance: Rules, rationalities, and ‘relational comparisons’ i D. MacKinnon, Reinventing the State: Neoliberalism, State Transformation, and Economic Governance, oboje u: I. J. Barnes, J. Peck, E. Sheppard (ed.), *The Wiley-Blackwell Companion to Economic Geography*, Oxford, Blackwell, 2012. O primjeni Post-Washingtonskog modela na hrvatsku razvojnu politiku vidi: D. Radošević, Nova razvojna paradigma – stvara li se novi model gospodarskog i socijalnog razvitka: ‘Post-Washingtonski konsenzus’?, u: *Ekonomski pregled*, vol. 54/2003, br. 11-12.)

11 N. Chandhoke, Civil Society, u: *Development in Practice*, vol. 17/2007, br. 4-5, str. 608.

12 U stranoj literaturi koristi se termin „social capital“.

13 A. de Tocqueville, *Democracy in America: Volume I & II*, New York, Vintage Books, 1945.; *The Old Regime and the French Revolution*, New York, Anchor, 1955.

14 E. Durkheim, *The Rules of Sociological Method*, New York, The Free Press, 1950.

promicanje demokracije. U suvremenoj literaturi mogu se identificirati dva temeljna pristupa pojmu društveni kapital. S jedne strane, politolozi¹⁵ doživljavaju društveni kapital kao potencijal kojeg oblikuje vlast, javna politika i građanske skupine; potencijal koji je imanentan političkim institucijama u širem smislu riječi. Pojam "povjerenja u institucije" smatra se tako glavnim generatorom društvenog kapitala. S druge se strane nalazi tzv. "društveno uvjetovani pristup" pojedinih sociologa¹⁶ koji naglašavaju da društveni kapital predstavljaju društvene interakcije među građanima te način na koji se stvara čitav spektar društvenih kolektiva, od rudimentarnih skupina i neformalnih mreža do formalnih udruga s pravilima i popisima članova. Ukazuje se na resurse, poput informacija, ideja i socijalne potpore, koje pojedinci mogu pribaviti zahvaljujući svojim društvenim vezama. Osobno se priklanjamo srednjem stajalištu tj. "sinergijskom pristupu društvenom kapitalu" koji nastoji obuhvatiti oba suvremena gledišta. Društveni kapital tako obuhvaća tri elementa: (a) povjerenje u ljude i društvene institucije, a označava spremnost na suradnju (ne samo s članovima obitelji ili znancima); (b) udruživanje i kolektivne akcije koje omogućavaju neposredno iskustvo suradnje i njezinih prednosti, u ostvarivanju interesa koji su izvan okvira individualne akcije i (c) poštovanje društvenih i pravnih normi.¹⁷ Fukuyama naglašava kako društva s niskim stupnjem povjerenja u ljude i društvene institucije obilježava jaka politička centralizacija. Intervencija države u mnoge aspekte društva ima za posljedicu negativan utjecaj na društveni kapital budući da su za njegovo postojanje važne samoorganizacija i društvenost. Stoga se određene aktivnosti trebaju prepustiti i privatnom sektoru i civilnom društvu.

U studiji koju je sufinancirala hrvatska Nacionalna zaklada za razvoj civilnog društva društveni se kapital sinergijski definira kao: "umrežavanje koje, skupa sa zajedničkim normama, vrijednostima i shvaćanjima, olakšava suradnju unutar ili među skupinama kako bi proizvelo društvene beneficije ili potaknulo kolektivnu akciju."¹⁸ Prema Bežovanu, ključni element društvenog kapitala jesu društvene mreže pojedinaca, skupina i organizacija. Putem njih se uspostavljaju osobni

15 M. Hooghe, D. Stolle, *Generating Social Capital, Civil Society and Institutions in Comparative Perspective*, New York, Palgrave, 2003.

16 P. Bourdieu, *The Forms of Capital*, u: J. Richardson, (ur.), *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*, New York, Greenwood Press, 1986., str. 241-258.

17 Rizzi i Pianta, kao osnovne elemente društvenog kapitala, izdvajaju uzajamne odnose, povjerenje, institucije i teritorij. Uzajamni odnosi mogu se promatrati na tri razine. Na mikrorazini odnosi su neformalni i horizontalni, na srednjoj razini pojavljuju se vertikalna udruženja pojedinaca i hijerarhijski odnosi, a makrorazinu čini političko i socijalno okruženje u kojem je razvijena opća društvena struktura. Nužno je postojanje te tri dimenzije kako bi društveni kapital proizvodio pozitivne učinke na ekonomsku i društvenu sferu. Već spomenuto povjerenje, bitan je element društvenoga kapitala budući da jača i proširuje suradnju na međuljudskoj razini. Spremnost na suradnju potvrđuje i osnivanje institucija koje su predstavljene od strane političkih, ekonomskih, socijalnih i obrazovnih tijela društva. U kontekstu globalizacije spominje se i pojam „teritorijalni kapital“, a označava sve čimbenike koje neki teritorij čini konkurentnim. (P. Rizzi, R. Pianta, *Relationships between Social Capital and regional development in Europe: a close examination*, ERSA Conference papers, br. ersa11p722/ 2011., str. 2-3)

18 L. Cooper, B. Knight, S. Blackmore, *Društveni kapital u Hrvatskoj*, Nacionalna zaklada za razvoj civilnog društva i Centris, Zagreb, 2005., str. 17.

odnosi nužni za učinkovito djelovanje političkog, gospodarskog i socijalnog života.¹⁹ U liberalnim demokracijama sa slobodnim tržištem društveni kapital pridonosi smanjenju transakcijskih troškova²⁰ što ga čini učinkovitijim od formalnih mehanizama koordinacije poput pregovora, sklapanja ugovora, administrativnih procedura i sl. Osim ekonomske, društveni kapital ima i političku funkciju. Liberalne demokracije karakterizira postojanje zaštićene sfere individualne slobode te je državna intervencija u takvu sferu ograničena. Kako takvo političko uređenje ne bi degeneriralo u anarhiju, društvo koje je dio zaštićene sfere mora imati sposobnost samoorganizacije. Civilno društvo je protuteža moći države i ima ulogu štititi pojedince od državne vlasti. Ako civilno društvo nije razvijeno, država se mora uključiti u organiziranje građana koji nisu sposobni sami se organizirati. Prema tomu, rezultat pretjeranog individualizma nije sloboda nego tiranija. Niska razina društvenoga kapitala vodi brojnim političkim disfunkcijama, rigidnom i neodazivnom političkom sistemu, neučinkovitoj lokalnoj samoupravi i korupciji.²¹

Društveni kapital koji nastaje umrežavanjem može se podijeliti na tri tipa: a) društveni kapital zblizavanja, b) društveni kapital povezivanja i c) društveni kapital spajanja.²² Društveni kapital zblizavanja karakterističan je za homogene društvene

19 G. Bežovan, *Civilno...cit.*, str. 37.

20 Transakcijski troškovi su troškovi razmjene dobara i usluga na tržištu. (Vidi: H. Fussell, *The relationship between social capital, transaction costs, and organizational outcomes: A case study*, u: *Corporate Communications: An International Journal*, vol. 11/2006, br. 2., str. 148 – 161; E. Z. Gabre-Madhin, *Market Institutions, Transaction Costs, and Social Capital in the Ethiopian Grain Market*, Washington, International Food Policy Research Institute, 2001.)

21 F. Fukuyama, *Social capital, civil society and development*, u: *Third World Quarterly*, vol. 22/2001, br. 1., str. 7-20.

22 Putnam razrađuje nekoliko klasifikacija društvenoga kapitala. Prvo, formalni i neformalni društveni kapital, ovisno o tomu radi li se o udruženjima koja karakterizira formalno članstvo, plaćanje članarine, održavanje redovitih sastanaka (primjerice, udruga roditelja, radnički sindikati). Drugo, „*thick and thin social capital*“ odnose se na frekvenciju kontakata među ljudima. Stalne socijalne kontakte nalazimo, primjerice, među ljudima koji preko tjedna rade na istom radnom mjestu, subotom organiziraju zajedničko druženje, a nedjeljom se susreću u crkvi. S druge strane, povremene socijalne kontakte održavamo, primjerice, s osobama koje poznamo iz viđenja te ih pozdravljamo u prolazu. Treća je klasifikacija na društveni kapital orijentiran „prema unutra“ ili „prema vani“. Ako je društveni kapital orijentiran prema unutra, promovira materijalne, socijalne i političke interese svojih članova (primjerice, gospodarska komora). Kod društvenoga kapitala orijentiranog prema van naglasak je stavljen na javni interes, primjerice, Crveni križ, ekološki pokreti. Konačno, povezujući i premošćujući društveni kapital, ovisno o tomu radi li se o društvenim mrežama koje povezuje ljude slične u određenim važnim aspektima (dob, spol, etnička pripadnost) ili ljude koji ne pripadaju istoj skupini. (R. D. Putnam, K. A. Goss, *Introduction*, u: R. Putnam (ed.), *Democracies in Flux: The Evolution of Social Capital in Contemporary Society*, New York, Oxford University Press, 2002., str. 3-19.)

Detaljnije o definiranju, obilježjima pojedinih vrsta te prednostima i nedostacima društvenog kapitala vidi u: R. H. Chenhall, M. Hall, D. Smith, *Social capital and management control system: A study of a non-government organization*, u: *Accounting, Organizations and Society*, 2010., br. 35, str. 737-756.; S. Beugelsdijk, J. A. Smulders, *Bonding and Bridging Capital and Economic Growth*, Tilburg University, Discussion Paper, 2009., br. 27., <http://www.arno.uvt.nl/>; D. Castiglione, J. W. Van Deth, G. Wolleb, *The Handbook of Social Capital*, New York,

skupine unutar kojih djeluje kao kolektivni mehanizam za svladavanje i upravljanje rizikom u nedostatku novca, fizičkih resursa i socijalne sigurnosti. On pomaže umanjiti sukobe i ostale probleme poticanjem grupnih vrijednosti. Za razliku od toga, društveni kapital povezivanja odnosi se na mreže ili formalne udruge koje povezuju pojedince i skupine koje ne dijele iste karakteristike poput etničke pripadnosti, jezika, kulture ili vjere. Potiče generalizaciju povjerenja i reciprocitet. Nasuprot opisanim horizontalnim djelovanjima zbližavanja unutar zajednice i povezivanja između različitih zajednica, društveni kapital spajanja djeluje u okomitim vezama koje pojedinci i skupine imaju s višim razinama donošenja odluka i raspodjele resursa. Drugim riječima, radi se o mogućnostima sudjelovanja, odnosno utjecanja na proces donošenja odluka u tijelima lokalne, središnje ili nadnacionalne političke vlasti. Horizontalne veze društvenoga kapitala zbližavanja sadrže očite koristi u vidu osjećaja pripadnosti i zajedničkih akcija unutar zajednice. Istovremeno, istraživanja provedena u tranzicijskim zemljama pokazala su da previše društvenoga kapitala koji zbližava ugrožava demokraciju.²³ Naime, bliske vodoravne veze mogu postati osnova za poticanje uskogrudnih interesa i aktivno sprječavanje pristupa informacijama i materijalnim resursima ostalim skupinama što u konačnici rezultira zaoštavanjem društvene podjele. Nedovoljan društveni kapital povezivanja i slab okomiti kapital spajanja ugrožavaju stabilnost društvenih zajednica. Kako je vidljivo iz studije Svjetske banke provedene u Bosni i Hercegovini, većinu tranzicijskih zemalja karakterizira visok stupanj društvenoga kapitala koji zbližava i nizak stupanj društvenoga kapitala koji povezuje.²⁴

Ekonomski razvoj, društvena uključenost, poboljšanje zdravlja, učinkovitija vlada, razrješavanje sukoba, smanjenje siromaštva i održivi razvoj neke su od dobiti društvenog kapitala. Odnos društvenoga kapitala i civilnog društva u međusobnoj je interaktivnoj povratnoj sprezi. U kontekstu europskih integracija i regionalne suradnje, društveni kapital povezivanja i spajanja posebno su važni. Istraživanje društvenog kapitala provedeno je u razdoblju od 1999. do 2001. godine na razini europskih regija i država članica Europske unije. Za istraživanje je korištena metoda intervjua, a ispitivane su osobe starije od 18 godina. Na nacionalnoj razini mjerene varijable jesu pripadnost društvenim mrežama i povjerenje (*Relationship Capital*), osobne vrijednosti pojedinca i građanske vrline²⁵ (*Normative Capital*) te aktivna dimenzija članstva u volonterskim organizacijama (*Cooperative Capital*). U pogledu prve varijable najviše vrijednosti su izmjerene u sjevernim zemljama (Švedska, Nizozemska, Danska), a najniže u južnim (Malta, Portugal) i Baltičkim

Oxford University Press, 2008.; P. S. Adler, S. W. Kwon, Social Capital: Prospects for a New Concept, u: *The Academy of Management Review*, vol. 27/2002, br. 1, str. 17-40.

23 K. M. Dowley, B. D. Silver, Social capital, ethnicity and support for democracy in the post-communist states, u: *Europe-Asia Studies*, vol. 54/2002, br. 4, str. 505- 527.

24 World Bank, ECSSD, Bosnia and Herzegovina: Local Level Institutions and Social Capital Study, 2002.

25 Građanska vrlina predstavlja spremnost građanina da zajedničko dobro stavlja ispred privatnih interesa i osobnih poslova. (Vidi: F. Kozić, *Demokratsko društvo*, Zenica, Zbornik radova Pedagoškog fakulteta u Zenici, vol. 8/2010, br. 8., str. 21-48.)

zemljama (Litva, Latvija). Normativni kapital nalazimo u Malti, Irskoj i Poljskoj, dok je najmanje prisutan u Baltičkim zemljama te Grčkoj i Njemačkoj. Najviše rangirane zemlje s obzirom na kooperativni kapital su Grčka, Malta i Slovačka, a najniže, ponovno, Baltičke zemlje i Njemačka. Varijable ispitane na regionalnoj razini su vrijednosni kapital (odnosi se na povijest, tradiciju, kulturu, religiju), društveni odnosi, institucionalni kapital (vrijednosti koje povezuju pojedince i društvene institucije) te kooperativni kapital. Najviše i najniže rangirane regije po pojedinoj varijabli su: španjolska regija La Rioja i Hamburg (vrijednosni kapital), švedske regije i Hamburg (društveni odnosi), njemačka regija Saarland i španjolska regija La Rioja (institucionalni kapital) te grčka regija Kerkyra i njemačka regija Brandenburg (kooperativni kapital).²⁶ Organizacije civilnog društva, mnogim svojim aktivnostima, mogu znatno doprinijeti nastajanju i jačanju društvenoga kapitala stvarajući zajedničke interese među ljudima različita podrijetla, kreirajući sponne koje nadilaze etničke, lingvističke, kulturne i vjerske granice, posredujući između građana i države te pomažući građanima da pozovu vlasti na odgovornost.²⁷ Specifične pojavne oblike društvenoga kapitala spajanja i djelovanje civilnog društva u kontekstu europskih integracija recentne studije opisuju pojmom “refleksivne deliberativne poliarhije”.

1.3. Europska vladavina i model refleksivne deliberativne poliarhije

Uloga OCD-a u okviru tradicionalnih modela vladavine općenito, a posebice odnos civilnog društva i institucija EU, središnja je tema mnogih suvremenih akademskih rasprava.²⁸ Reprezentativna demokracija ne uspijeva ostvariti jedan od osnovnih ideala demokracije, a to je potaknuti građane da aktivno sudjeluju u političkom životu te dijalogom koji teži konsenzusu rješavati javne probleme. Refleksivna deliberativna poliarhija je model ustrojstva vlasti koji u najvećoj mjeri omogućuje sudjelovanje civilnog društva u procesu političkog odlučivanja na nacionalnoj i subnacionalnoj razini.

Poliarhija se definira na dva različita načina. S jedne strane, Dahl navodi kako se radi o “sustavu u kojem svaka odrasla osoba ima pravo glasa, političkog izražavanja, udruživanja, pristupa javnim službama, položajima i različitim izvorima

26 P. Rizzi, R. Pianta, *Relationships...cit.*, str. 5 i dalje.

27 Vidi, primjerice, M. E. Warren, *Democracy and Association*, Princeton, Princeton University Press, 2001. Daljnje studije vidi u: L. Cooper, B. Knight, S. Blackmore, op. cit., str. 98.

28 Vidi, primjerice, De Schutter, O., “Europe in Search of its Civil Society”, u: *European Law Journal*, 8/2002, str. 200-221; Eberlein, B., Kerwer, D., “Theorising the new modes of European Union Governance”, u: *European Interation online Papers (EIOP)*, vol. 6, br. 5, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-005a.htm>; Hooghe, L., Marks, G., “Types of Multi-Level Governance”, u: *Cahiers Européens de Sciences Po.*, 2002., br. 3; Ruzza, C, *Europe and Civil Society*, Manchester, Manchester University Press, 2004.; Smismans, S. “Civil Society in European institutional discourses”, u: *Cahiers Européens de Sciences Po.*, 2002., br. 4; Smismans, S., “European civil society: shaped by disourse and institutional interests”, u: *European Law Journal*, vol. 3-4/2003, str. 482-504.

informacija; sustav u kojem javnu politiku nadziru dužnosnici koje građani biraju na slobodnim i pravičnim izborima.”²⁹ Istodobno, koncept poliarhije vezuje se uz trajnu neravnotežu koja nastaje uslijed dodjeljivanja značajnih materijalnih i proceduralnih ovlasti različitim jedinicama nižih, nedržavnih razina.³⁰ Poliarhija, dakle, ima dvije dimenzije: demokratsku reprezentativnost i decentralizaciju.

Deliberativna³¹ teorija temelji se na snazi argumentiranog stajališta u okviru procesa kolektivnog donošenja odluka. Procesu odlučivanja prethodi javna rasprava u kojoj sudionici obrazlažu vlastita mišljenja o određenom pitanju te odgovaraju na tuđe argumente. Očekivani ishod rasprave je postizanje konsenzusa sukladno kojemu se oblikuju i usmjeravaju daljnje akcije. Prostor za kritičku raspravu o pitanjima od javnog interesa, Habermas naziva javnom sferom.³² Pristup javnoj sferi mora biti omogućen svakoj osobi na koju utječe odluka o kojoj se prethodno raspravlja. U okviru opće deliberativne teorije, predstavnici filozofije politike tematiziraju koncept deliberativne demokracije.³³ Osnovni preduvjeti uspostave takvog oblika demokracije su ustavna garancija određenih neotuđivih prava i sloboda, postojanje foruma za javnu raspravu te institucionalni mehanizmi koji će političke inicijative pretočiti u obvezujuća pravila.³⁴ Prema Cohenu, radi se o sustavu vlasti u kojemu se o stvarima od javnog interesa odlučuje temeljem prethodno provedene javne rasprave. Pritom se mora voditi računa o tomu da prijedlozi rješenja određenog problema budu u općem interesu, a ne odraz afiniteta i preferencija svakog od pojedinaca koji sudjeluju u raspravi. Trenutno stanje u kojem se pojedinci nalaze prilikom rasprave ne smije utjecati na konačnu odluku. Osim toga, pet je glavnih obilježja deliberativne demokracije. Prvo, građani očekuju da će takav sustav vlasti kontinuirano trajati neodređeno vrijeme u budućnosti. Drugo, članovi zajednice obvezni su koordinirati svoje aktivnosti u okviru institucija koje omogućuju deliberaciju i u skladu s normama čijem donošenju prethodi postupak deliberacije. Treće, građani imaju različita uvjerenja i ideale koje nastoje ostvariti u životu. No, ako je u pitanju obveza deliberativnog odlučivanja, pristupaju

29 R. Dahl, *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, 1989., str. 221. (Vidi također: R. Dahl, *Poliarhija: participacija i opozicija*, Zagreb, Politička kultura, 1998.)

30 O. Gerstenberg, C. Sabel, “Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe?”, u: C. Joerges, R. Dehousse (ur.), *Good Governance in Europe’s Integrated Market*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 292.

31 Izraz deliberacija dolazi od latinske riječi *deliberatio* što u prijevodu znači razmišljanje, promišljanje, vijećanje. Radi se o skolastičkom pojmu kojim se izriče svojevrsno „vaganje“ vrijednosti pojedinih alternativa, tj. voljni čin ispitivanja i prosuđivanja motiva, okolnosti i sl., a koji se kasnije savršuje kroz odluku, izbor i izvršenje.

32 J. Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Cambridge, MIT Press, 1991., str. 1 i dalje.

33 Razlikujemo četiri stupnja demokracije: reprezentativna demokracija ostvaruje se parlamentarnim izborima, neposredna obuhvaća oblike sudjelovanja građana u upravljanju, participativna u kojoj sudjeluju građani, organizacije civilnog društva i neovisni stručnjaci te deliberativna koja predstavlja novi, „*governance*“ model upravljanja.

34 E. O. Eriksen, J. E. Fossum, *Representation through deliberation. The European case*, Oslo, ARENA Working Paper br. 5, 2011.

argumentiranoj raspravi vodeći se racionalnim razlozima, a ne vlastitim interesima. Četvrto, budući da je deliberativno odlučivanje osnova legitimnosti, građani daju prednost institucijama kod kojih je vidljiva veza između deliberacije i ishoda. Peto, građani jedni u drugima prepoznaju „deliberativni kapacitet“, odnosno sposobnost sudjelovanja u raspravi i argumentiranja stajališta o pitanjima od društvenog interesa.³⁵

Deliberativnost, dakle, označava prilagodbu različitih stajališta uslijed izravnog međudjelovanja i racionalne argumentacije sudionika u procesu odlučivanja. Ideal demokratskog odlučivanja od najniže prema najvišoj razini jest da svaki građanin sudjeluje u donošenju odluka unutar svakog podsustava (obiteljskog, vjerskog, lokalne samouprave, itd.) kojem pripada, odnosno čije se odluke na njega odražavaju. Stoga se takav sustav vlasti naziva direktna deliberativne poliarhija. Međutim, posve je jasno da građani nemaju ni vremena, ni volje, a često ni posebnih znanja,³⁶ potrebnih za sudjelovanje u izravnom odlučivanju unutar složenih podsustava modernog društva. Ovo je posebno očito u kontekstu nadnacionalnih europskih integracija. Decentralizirana komponenta poliarhijskog odlučivanje se stoga ostvaruje putem tzv. funkcionalnog predstavnništva, odnosno konzultiranjem različitih „dionika“ (engl. *stakeholders*) – predstavnika pojedinih interesnih skupina, socijalnih partnera, NVO-a, volonterskih organizacija i OCD-a u širem smislu riječi. Dionici civilnog društva sudjeluju u donošenju odluka putem neformalnih *lobbya* i formalnih reprezentativnih struktura. Na europskoj razini funkcionalno predstavnništvo uključuje forume poput Gospodarskog i socijalnog odbora, savjetodavne odbore te postupak konzultacija sa socijalnim partnerima i civilnim društvom. Takav se sustav s pravom karakterizira kao tek „*second-best*“³⁷ budući da se radi o posrednom odlučivanju građana, a i same organizacije iz kojih se „regrutiraju“ funkcionalni predstavnici često predstavljaju zatvorene podsustave u kojima ne sudjeluje cjelokupno građanstvo.³⁸

Ustrojstvo vlasti Europske unije uređeno je načelima diobe vlasti i institucionalne ravnoteže. Prema načelu institucionalne ravnoteže, podjela ovlasti između temeljnih institucija Unije trebala bi biti uravnotežena.³⁹ Iz Lisabonskog

35 J. Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, u: D. Estlund (ur.), *Democracy*, Malden, Blackwell, 2002., str. 87 i dalje.

36 U postupku deliberacije svi sudionici imaju jednako pravo sudjelovanja. Mill, naprotiv, odbacuje presumpciju jednakog prava glasa. Tvrdi kako se nikome ne bi trebalo uskratiti sudjelovanje u raspravi, ali napominje kako bi glas obrazovnijeg građana trebao imati veću vrijednost. (J. S. Mill, *Considerations of Representative Government*, Charleston, BillioBazaar, 2007., str. 116 i dalje.)

37 S. Smismans, *Reviewing normative theories on civil society participation, New Modes of Governance Project no. CIT1-CT-2004-506392*. <http://www.eu-newgov.org/>.

38 Na činjenicu da heterarhija, tj. horizontalni i fleksibilni „novi vladavinski model“ ne znači sam po sebi veću primarnu demokratičnost, tj. veću uključenost građana u proces odlučivanja upozorava se i u članku S. Smismans, *New Modes of Governance and the Participatory Myth*, *European Governance Papers*, No-N-06-1. <http://www.connex-network.org/eurogov/>.

39 Institucionalna ravnoteža čini jednu od temeljnih pretpostavki legitimnosti europske vladavine, uz teritorijalno predstavnništvo i proceduralni legitimitet.

ugovora proizlazi da se načelo odnosi na Europski parlament, Vijeće Europske unije, Europsko vijeće, Europsku komisiju, Sud pravde Europske unije, Europsku središnju banku i Revizorski sud.⁴⁰ No, takvo tradicionalno shvaćanje više ne odgovara kompleksnoj strukturi europske vladavine budući da ne uzima u obzir oblike funkcionalne participacije koji su, itekako, dio institucionalne stvarnosti. Novo je poimanje institucionalne ravnoteže da se tu ne radi samo o pravnom nego i političkom načelu koje širi institucionalni okvir izvan odredbi Ugovora. Umjesto negativne formulacije instituta *checks and balances*, kao mehanizma koji sprječava koncentraciju vlasti, potrebno je uvesti pozitivnu formulaciju „mješovite vladavine“.⁴¹ Osnova njezine legitimnosti sastoji se u tome da svaka odluka treba imati potporu institucija koje predstavljaju različite interese. Tako se, primjerice, institucionalnom ravnotežom može obuhvatiti Gospodarski i socijalni odbor kao forum za međusobnu interakciju predstavnika poslodavaca, radnika i drugih interesnih grupa. Institucionalna ravnoteža trebala bi, stoga, uključivati sve oblike funkcionalnog predstavnitva u okviru kojih se na europskoj razini deliberacijom odlučuje o pitanjima od javnog interesa.

Konačno, refleksivnost upućuje na nužnost koordinacije i međusobnog razumijevanja funkcionalno diferenciranih skupina unutar društva. Heterogenost dionika često uključuje njihovo međusobno nedovoljno poznavanje i nerazumijevanje. Upravo se zato naglašava potreba za poticanjem društvenih podsistema na promišljanje učinaka koje će njihove odluke i djelovanja imati na druge podсистeme.⁴² U recentnoj literaturi o europskoj vladavini koncept refleksivnosti se pojavljuje sve češće, ali se u većini slučajeva obrađuje analitički, opisujući što čini praksu upravljanja na europskoj razini refleksivnom. S druge strane, kada se refleksivnost poima kao normativno poželjna značajka, tematizira se u kontekstu modela deliberativne demokracije.

U procesu donošenja odluka, koncept refleksivnosti je, prije svega, razvijen u okviru pravne teorije koja se nadovezuje na sistemsku teoriju Niklasa Luhmana.⁴³ Moderna diferencirana društva karakterizira nastajanje novih horizontalnih podsistema od kojih je svaki samoostvariv i samoreferentan. Radi se o zatvorenom tipu sistema koji ne prihvaćaju druge norme do onih koje sami donose. Stoga, ne postoji općeprihvaćeni normativni i vrijednosni sustav, koji bi bio obvezujući za sve podсистeme, što izravno utječe na ulogu pravnog sustava kao jamca integracije društva. Umjesto tradicionalne *top-down* regulacije, refleksivno pravo bi podsystemima omogućilo samoregulaciju bez štetnih utjecaja na druge podсистeme. Politologinja Jean Cohen vidi refleksivno pravo kao regulaciju samoregulacije,

40 Consolidated Version of The Treaty on European Union, OJ C 83 30.03.2010., čl. 13., st. 1.

41 S. Smismans, Institutional Balance as Interest Representation. Some Reflections on Lenaerts and Verhoeven, u: C. Joerges, R. Dehousse (ur.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, Oxford University Press, 2002., str. 102.

42 U deliberativnoj interakciji s drugima, pojedinac preispituju vlastiti te uzima u obzir položaj ostalih sudionika. (S. Smismans, *European Constitutionalism...*, cit., str. 181.)

43 Vidi: N. Luhmann, *Teorija sistema*, Zagreb, Globus, 1981. i *Legitimacija kroz proceduru*, Zagreb, Naprijed, 1992.

objašnjavajući kao subjekt (regulacija) „reflektira“ objekt (samoregulaciju). Također ističe kako refleksivno pravo nije nova pravna paradigma koja bi zamijenila tradicionalnu izravnu regulaciju, već bi se trebala koristiti kao dopuna drugim oblicima regulacije.⁴⁴

Normativni koncept refleksivnosti može se ugraditi u teoriju demokracije na dva načina. Prvo, u najužem smislu refleksivnost znači priznavanje samoreferentnog karaktera društvenih podsistema što podrazumijeva da su pravnom sustavu postavljene granice njihovog reguliranja. Proizlazi da refleksivnost ide u prilog decentralizaciji postupka oblikovanja javnih politika. Šire značenje refleksivnost dobiva ako se uzme u obzir kontekstualnost. Kontekstualni pristup spominje se u okviru kritičke analize prava kao kontekstualnog i interdisciplinarnog modela istraživanja pravne znanosti. Eksterna kontekstualnost je interdisciplinarna u pravom smislu riječi jer označava interakciju između dvije discipline. Interna kontekstualnost predstavlja unutardisciplinski projekt koji otvara kritički prostor iz perspektive jedne discipline. Kontekstualizacija pravne znanosti implicira njezinu globalizaciju, ali ne zanemaruje ni važnost lokalnoga konteksta. Kritička analiza prava bavi se kontekstualizacijom na svim razinama i aspektima pravne znanosti, unutar i između različitih disciplina, pravnih poredaka, zemalja i sistema.⁴⁵ Refleksivno pravo podupire mehanizme upravljanja koji u obzir uzimaju kontekstualnost te znanje i iskustvo decentraliziranih razina. U ovom se slučaju refleksivnost veže uz načela supsidijarnosti i participativne politike koji su ključni elementi direktne deliberativne demokracije.

Posljedica samoreferentnosti sistema jest njihova ograničena međusobna komunikacija budući da ih obilježava zatvorenost i unutar vlastitog govornog područja i u okviru područja specijalnosti. Stoga se dodatna normativna dimenzija refleksivnosti može utvrditi polazeći od analize takve interakcije. Naime, refleksivno pravo potiče funkcionalno diferencirane podsisteme da uzmu u obzir vlastite utjecaje na druge podsisteme te da međusobno surađuju u okviru procesa političkog odlučivanja. S normativno demokratske perspektive nužna je opisana međusistemska interakcija jer se time otežava donošenje odluka u pojedinačnom interesu. Normativna podrška horizontalnoj interakciji funkcionalno diferenciranih sistema naziva se horizontalna refleksivnost.⁴⁶

Sintetizirajući rečeno, možemo zaključiti kako refleksivno deliberativna poliarhija opisuje vladavinski sustav u kojem je donošenje političkih odluka obilježeno decentraliziranim utjecajima, a građani su predstavljeni putem izabranih javnih dužnosnika i različitih organizacija civilnog društva koje kanaliziraju pojedine interese, ali i omogućavaju međusobno horizontalno i vertikalno usuglašavanje. Empirijska istraživanja pokazala su da model direktne deliberativne demokracije

44 M. Dorf, *The Domain of Reflexive Law*, Cornell Law Faculty Publications, Paper 86, <http://www.scolaship.law.cornell.edu/facpub/86/>.

45 M. D. Dubber, *Critical Analysis of Law: Interdisciplinarity, Contextuality, and the Future of Legal Studies*, <http://www.individual.utoronto.ca/dubber/CAL.pdf/>.

46 S. Smismans, *European Constitutionalism...*, cit., str. 180.

nije primjenjiv na razini Europske unije. Horizontalna refleksivnost ne može u potpunosti kompenzirati slabosti direktne *bottom-up* deliberacije. No, model refleksivne deliberativne poliarhije primjenjiv je na sustav europske vladavine pod uvjetom da se smjesti u institucionalni okvir Dahlovog poimanja poliarhije i ustavni okvir temeljnih vrijednosti koji je proizašao iz demokratskih procedura.

1.4. Uključivanje civilnog društva u oblikovanje europskih javnih politika

S obzirom na to da vladavinski sustav Europske unije ne karakterizira izravno sudjelovanje građana, a parlamentarno predstavništvo u tradicionalnom smislu je tek djelomično ostvareno, model kojeg skicira teorija refleksivno deliberativne poliarhije daje organizacijama civilnog društva vrlo važnu ulogu u ostvarenju demokratskih značajki. Radi se o kompleksnom sustavu javno-privatnih interakcija koje uključuju različite dionike i predstavnike organizacija civilnog društva kao funkcionalne predstavnike građana.⁴⁷ Sasvim konkretno, u EU oni primarno djeluju putem Gospodarskog i socijalnog odbora, djelomično putem Odbora regija, a u novije vrijeme, ali u manjem opseg, i u okviru tzv. metode otvorene koordinacije (engl. *open method of coordination*).⁴⁸ Organizacije civilnog društva u najširem smislu sudjeluju u odlučivanju i u slučaju delegiranja provedbenih ovlasti Komisiji posebnim savjetodavnim, regulatornim ili upravnim odborima (tzv. komitologija, engl. *comitology*). Radi se, međutim, o složenim mehanizmima stručno-administrativnog sudjelovanja čije razmatranje nije predmet ovoga rada.⁴⁹

Europski gospodarski i socijalni odbor (dalje: GSO) jedino je izvornim tekstom Osnivačkih ugovora predviđeno tijelo koje institucionalno odražava funkcionalno predstavništvo pojedinih interesnih skupina na EU razini te se smatra najpogodnijim forumom za jačanje civilnog dijaloga.⁵⁰ Čine ga tri funkcionalne

47 Manjim dijelom ovo je pitanje razmatrano u ranijem radu jedne od autorica. Vidi: S. Barić, "Civilno društvo i regionalna suradnja u kontekstu odnosa RH s EU", u: *Zborniku radova s međunarodnog znanstvenog skupa 'Prekogranična i regionalna suradnja', Rijeka, 6. i 7. listopada 2006.*, Pravni fakultet, 2007., str. 117-138.

48 O funkcioniranju ovog modela u kontekstu otvorenih metoda koordinacije vidi detaljnije u S. Barić, N. Bodiroga-Vukobrat i A. Martinović, "Reflexive Deliberative Poliarchy", "Soft Law" and "OMC" – Do All Pathways Lead to "Flexicurity"?, u: G. Sander, N. Bodiroga-Vukobrat & S. Barić (eds.), *Die Offene Methode der Koordinierung in der Europäischen Union / Open Method of Coordination in the European Union* (Zbornik radova s međunarodne Jean Monnet znanstvene konferencije „Otvorene metode koordinacije“, Rijeka, 2. i 3. listopada 2009.), Verlag dr. Kovac, Hamburg, 2010., str. 173-198.

49 Detaljnije vidi u M. Adenas, A. Türk (ur.), *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 2000. i X. A. Yataganas, *Delegation of Regulatory Authority in the European Union*, Harvard, Jean Monnet Working Paper 03/01.

50 Regulira ga već Ugovor iz Rima, čl. 193., a danas je uređen u čl. 300.-304. Ugovora o funkcioniranju Europske unije. Iz čl. 300., st. 2. proizlazi da je GSO "...predstavništvo organizacija poslodavaca, zaposlenika i drugih organizacija civilnog društva, posebice sa socioekonomskog, građanskog, profesionalnog i kulturnog područja."

skupine: predstavnici poslodavaca, predstavnici sindikata i predstavnici drugih interesa (grupa za zaštitu okoliša, potrošača, poljoprivrednika, slobodnih profesija). GSO je tek krajem 90-ih godina 20. stoljeća svoje djelovanje usmjerio na širu skupinu organizacija civilnog društva. U siječnju 1999. godine, GSO je *proprio motu* usvojio Mišljenje o "Ulozi i doprinosu organizacija civilnog društva u izgradnji Europe".⁵¹ Nedugo zatim sazvao je Prvu konvenciju organizacija civilnog društva na europskoj razini na kojoj je sudjelovalo tristotinjak predstavnika raznih organizacija raspravljajući o sudjelovanju u kreiranju europskih političkih odluka. Njegova je temeljna uloga davanje mišljenja koja usvaja natpolovičnom većinom ukupnog broja članova. Donosi ih na vlastitu inicijativu ili na zahtjev Europskog parlamenta, Vijeća ili Komisije. Također, daje prijedloge osobito značajne za civilno društvo, a koje oblikuje nakon provedenog istraživanja na zadanu temu. Takve prijedloge može u cijelosti preuzeti Europska komisija. Uz svoju temeljnu, savjetodavnu ulogu, GSO pruža neformalni okvir djelovanja, protok informacija i praktičnu podršku organizacijama civilnog društva.⁵² Predstavlja most između EU-a i civilnog društva budući da zastupa njegove interese na razini EU-a, svojim aktivnostima povećava transparentnost te pristup informacijama o radu institucija i njihovom utjecaju na građane. Glavni su mu ciljevi stalni dijalog između donositelja odluka i civilnog društva te jaka participativna demokracija. Posljednjih desetak godina GSO je pokrenuo brojne inicijative i reforme radi osiguranja što veće predstavljenosti OCD-a i jačanja njihove suradnje s organizacijama europskog civilnog društva. Takve organizacije sudjeluju u radu GSO-a putem konferencija, saslušanja, seminara, informativnih sastanaka i debata. U tu svrhu je 2004. godine nastala Liaison grupa čiji su članovi predstavnici pojedinih područja civilnog društva, primjerice, zdravstveno osiguranje i socijalna zaštita, obrazovanje, umjetnost i kultura, zaštita potrošača, ruralni razvoj, ljudska prava. Time je ojačana uloga GSO-a kao posrednika između EU institucija i OCD-a te se doprinijelo optimizaciji sinergije između različitih dionika civilnog društva u pitanjima od općeg interesa.

GSO ni u kojem slučaju nema monopol nad dijalogom s organizacijama civilnog društva. Odbor regija,⁵³ kojeg čine predstavnici lokalnih i regionalnih vlasti, često naglašava načelo supsidijarnosti i "potrebu za približavanjem građanima", no organizacije civilnog društva tek posredno utječu u ovom tijelu budući da su im prirodni partneri upravo lokalne i regionalne zajednice. Također, Europski parlament i Europska komisija imaju razvijene kontakte s ovim društvenim sektorom. Europski parlament je, primjerice, posebno sklon uzimanju u obzir i prihvaćanju stajališta organizacija za zaštitu okoliša i prava potrošača. Retorika Komisije u kontekstu

51 ESC Opinion on The Role and Contribution of Civil Society Organisations in the Building of Europe, CES 851/99 D/GW, Opinion of the Economic and Social Committee, Brussels, 22 September 1999., <http://eesc.europa.eu/documents/opinions/>.

52 European Economic and Social Committee, http://www.eesc.europa.eu/index_en.asp.

53 Uveden Ugovorom iz Maastrichta, čl. G kojim se mijenja tekst čl. 4. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici. Danas je ovo tijelo regulirano čl. 300., 305-307. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

opće krize demokratske legitimacije europskih institucija znakovito se promijenila početkom novog tisućljeća, pa se organizacije civilnog društva u Bijeloj knjizi o europskoj vladavini iz 2001. godine naglašavaju kao važni čimbenici “legitimacije”, “širokog uključivanja građana”, “transparentnosti” i “odgovorne vlasti”.⁵⁴ Prijedlozi za promjenu sadržani u prvom dijelu Bijele knjige ključni su za jačanje civilnog društva jer se odnose na unaprjeđenje angažmana javnosti u oblikovanju i izvedbi europskih javnih politika.⁵⁵ Reforme se mogu grupirati u četiri osnovne skupine: aktivnija komunikacija s javnošću o europskim pitanjima, poticanje razvoja i uključivanja civilnog društva, razvijanje kulture konzultacija i dijaloga te stvaranje međunarodnih mreža kao novog temelja integracije.⁵⁶ Aktivna komunikacija institucija i država članica s javnošću ostvarena je formiranjem mreža za pružanje informacija na nacionalnoj, regionalnoj i lokalnoj razini te omogućavanjem većeg pristupa građana dokumentima EU-a. S druge strane, uloga civilnog društva može se ojačati uključivanjem građana u postizanje ciljeva Unije te stvaranjem strukturnih kanala za povratne informacije i kritike. Europski gospodarski i socijalni odbor te Odbor regija temeljne su institucije za postizanje tih ciljeva. Posebice je naglašena potreba za učvršćivanjem kulture konzultacija i dijaloga. U postupku oblikovanja javnih politika Europska komisija konzultira zainteresirane strane te ima ulogu arbitra između konkurentnih zahtjeva i prioriteta. Pritom se služi instrumentima poput zelenih i bijelih knjiga, savjetodavnih odbora, *ad hoc* i *online* konzultacijama. Također, Europski parlament putem javnih rasprava traži stručna mišljenja, poboljšavajući tako kvalitetu prosuđivanja političkih mjera. Preporučuje se donijeti minimalne standarde kojima bi se detaljnije uredili uvjeti provođenja konzultacija, npr. koga konzultirati, o kojim pitanjima, na koji način. Time bi se smanjio rizik od privilegiranosti pojedinih skupina na osnovi nacionalnosti ili sektoralnog interesa.⁵⁷ Prvi koraci u ostvarivanju predloženih reformi poduzeti su

54 White Paper on European Governance, COM (2001) 428 final, 25 July 2001.

55 White Paper on European Governance, COM (2001) 428 final, 25 July 2001., str. 11 i dalje.

56 Posljednja skupina reformi nije relevantna za temu ovoga rada te se neće posebno obrađivati. Naime, radi se o formiranju čitavog niz međunarodnih mreža koje, usmjerene na ostvarenje specifičnih ciljeva, povezuju regionalne i lokalne jedinice, gospodarstva, istražne centre i sl. Primjerice, Skupština europskih regija (AER), Konferencija rubnih morskih regija (CRPM), Udruga europskih pograničnih regija (AEBR), Mreža europskih glavnih gradova (EUROCITIES) koje, aktivno promičući interese regija i subnacionalnih jedinica, daju svoj doprinos oblikovanju europskih politika.

57 Kochler-Koch daje kritički osvrt na Bijelu knjigu. Posebice kritizira nedovoljnu konkretizaciju mjera za ostvarenje otvorenosti, transparentnosti i participacije kao temeljnih načela dobre vladavine. Otvorenost, u smislu povećanja transparentnosti, osnovni je preduvjet javne odgovornosti odlučujućih tijela. S druge strane, otvorenost u smislu boljeg pristupa europskim institucijama preduvjet je političke participacije. Odgovornost i participacija predstavljaju dva temeljna elementa svakog demokratskog sistema. Unatoč tomu, nisu dovoljno razrađeni instrumenti za njihovo ostvarenje. Konkretno, nije zajamčeno jednako pravo svakoga na sudjelovanje u političkom odlučivanju, niti su definirani institucionalni mehanizmi za izbor predstavnika javnosti u tom procesu. Također, nije propisana ni obveza EU institucija na zaključivanje „obvezujućih sporazuma“ sa zainteresiranim stranama čime sudjelovanje u odlučivanju ostaje samo mogućnost davanja neobvezujućih mišljenja. Glede odgovornosti

već 2002. godine kada je Europska komisija pokrenula niz komunikacija za svako od šest područja upravljanja: „(1) bolje zakonodavstvo, koje uključuje tri elementa (pojednostavljenje i poboljšanje regulacijskog okvira, promicanje kulture dijaloga i sudjelovanja - minimalni standardi za konzultacije pri izradi javnih politika, sustavna procjena utjecaja zakonodavstva); (2) prikupljanje i korištenje ekspertnog znanja; (3) suradnja s lokalnim i regionalnim vlastima radi osiguranja provedbe zakonodavstva te dijalog s udrugama lokalnih i regionalnih vlasti; (4) postavljanje regulacijskog okvira za europske agencije; (5) jačanje mrežnog upravljanja, posebno reformom procesa komitologije; (6) jačanje primjene prava EU.“⁵⁸

Iste je godine Komisija u svojoj komunikaciji predložila Opća načela i minimalne standarde konzultiranja zainteresiranih strana.⁵⁹ Kao temeljna načela navode se sudjelovanje, otvorenost i odgovornost, učinkovitost i koherentnost. Trebala bi se omogućiti što šira participacija građana, od najranijeg stadija oblikovanja politika pa sve do njihove implementacije. Otvorenost i odgovornost svake o europskih institucija preduvjet je transparentnosti i lakšeg razumijevanja procesa političkog odlučivanja. Efektivnost konzultacija znači da se konzultacije trebaju provesti dovoljno rano kako bi imale stvarni utjecaj na razvoj javnih politika. Također, postupak konzultacija treba biti konzistentan i fleksibilan kako bi se mogao prilagoditi različitim kategorijama interesa. Minimalni standardi koje je potrebno primijeniti prilikom provođenja konzultacija jesu: (1) jasan sadržaj konzultacija; (2) reprezentativnost konzultiranih grupa koje trebaju biti sposobne izraziti svoja stajališta; (3) javno objavljeni postupak konzultacija; (4) dovoljno dugi rok za slanje pisanih predstavljanja (npr. minimalno osam tjedana); (5) javno objavljeni zaključci provedenih konzultacija. Usvajanje tih načela i minimalnih standarda smatra se najvećim pomakom u korist uključivanja civilnog društva u političko odlučivanje i jasno prikazuje stajališta Komisije prema funkcionalnom predstavništvu. Uslijedilo je i nekoliko inicijativa koje su usmjerene uređenju postupka konzultacija stručnjaka za različita područja, pojednostavljenju i unaprjeđenju regulatornih postupaka (uključujući samoregulaciju i zajedničku regulaciju), uspostavi stalnog dijaloga s regionalnim i lokalnim udruženjima te povećanju transparentnosti.⁶⁰

institucija, nisu detaljnije uređeni mehanizmi sankcija za njihovo neprimjereno ponašanje. Otvorenost i uključivanje dovode do konkurentnih zahtjeva koje je jako teško uskladiti u heterogenoj zajednici poput Europske unije. Bijela knjiga ne predlaže rješenje pitanja kako uskladiti stalna politička neslaganja i konkurentne interese iako se to pitanje javlja kao temeljni problem europske vladavine. (Detaljnije vidi: B. Kochler-Koch, *The Commission White Paper and the Improvement of European Governance*, Jean Monnet Working Paper 06/01, Symposium: Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/012101.html>).

58 A. Musa, *Pojmovnik*, u: *Hrvatska javna uprava*, vol. 10/2010, br. 1., str. 297.

59 *Towards a reinforced culture of consultation and dialogue - General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission*, COM(02)704 final.

60 *Collection and Use of Expertise by the Commission: Principles and Guidelines*, COM(2002)713 final; *Action plan „Simplifying and Improving the Regulatory Environment“*, COM(2002)278 final; *Dialogue with Associations of Regional and Local Authorities on*

Unutar EU-a posebno se razvija težnja k unaprjeđenju društvenoga kapitala spajanja upoznavanjem građana s funkcioniranjem EU-a. Taj je segment djelovanja organizacija civilnog društva u samim državama članicama EU-a aktualiziran novom snagom 2005. godine, nakon negativnog ishoda referenduma o Ustavnom ugovoru EU-a u Francuskoj i Nizozemskoj. Suočivši se s činjenicom očitog opadanja povjerenja i podrške građana daljnjem razvoju EU-a,⁶¹ Europska je komisija 1. veljače 2006. godine predstavila Bijelu knjigu o komunikacijskoj politici EU-a.⁶² Ovome je prethodio "Akcijski plan o modernizaciji komunikacijskih praksi institucija EU"⁶³ iz srpnja 2005. te "Plan D za demokraciju, dijalog i raspravu"⁶⁴ iz listopada 2005. godine. Donošenjem Bijele knjige pokrenuta je šestomjesečna javna rasprava radi premošćivanja "komunikacijskog jaza" između građana i EU-a. Bijela knjiga identificira pet temeljnih područja djelovanja: (1) definiranje zajedničkih načela (pravo na informaciju i sloboda izražavanja, uključenost, raznolikost, participacija); (2) davanje moći građanima (unaprjeđenje izobrazbe građana, njihova međusobna povezanost, povezanost građana i javnih institucija); (3) rad s medijima i novim tehnologijama; (4) razumijevanje europskog javnog mnijenja (razvijanje modernih alata za analizu javnog mnijenja, primjerice, *Eurobarometar*, mreže nacionalnih stručnjaka za ispitivanje, Opservatorij za europsko javno mišljenje) i (5) partnerski pristup koji uključuje države članice, institucije EU-a, političke stranke i organizacije civilnog društva. U okviru svakoga od tih područja posebno se naglašava uloga i sudjelovanje organizacija civilnog društva.

the Formulation of European Union Policy, COM(2003)811 final; European Transparency Initiative Green Paper, COM(2006)194 final.

- 61 Istraživanja su pokazala da su razlozi nepopularnosti EU-a među njenim građanima sljedeći: opće opadanje povjerenja u političare i vlade u modernim zapadnim demokracijama; jedinstveni, kompleksni i teško razumljivi sustav odlučivanja unutar EU-a o kojem nacionalni obrazovni sustavi ne pružaju dovoljno informacija prosječnim građanima; jezične prepreke među državama članicama; činjenica da nacionalni političari pred domaćom javnošću često optužuju EU za sve nepopularne mjere, a sebi pripisuju glavne zasluge za popularne mjere; nepostojanje istinskih europskih političkih stranaka i medija pa su postojeće institucije u oba sektora u bitnome nacionalno obilježene; centralizirana i institucionalizirana karakteristika dosadašnjeg odnosa s javnošću. EU Communication Policy, http://ec.europa.eu/ipg/basics/policy/index_en.htm.
- 62 White Paper on a European Communication Policy, COM (2006) 35 final, 1. veljače 2006. Hrvatski prijevod Bijele knjige dostupan je na internet stranici: <http://zaklada.civilnodrustvo.hr/files/>.
- 63 Novi pristup Komisije komunikaciji s građanima temelji se na tri načela: slušanje građana, komunikacija na građanima razumljiv način i lokalno djelovanje, odnosno uzimanje u obzir lokalnih potreba i zabrinutosti. Action Plan to improve communicating Europe by the Commission, SEC (2005) 985 final, <http://www.euractiv.com/en/governance/wallstrom-presents-50-actions-professionalise-eu-communication/article-142875>.
- 64 Planom D se potiču države članice da pokrenu široke javne rasprave među svojim građanima o budućnosti EU. The Commission's contribution to the period of reflection and beyond: Plan-D for Democracy, Dialogue and Debate, COM (2005) 494 final, http://ec.europa.eu/commission_barroso/wallstrom/pdf/communication_planD_en.pdf.

Naglasimo također kako se opisano sudjelovanje civilnog društva u odlučivanju na europskoj razini odnosi na tzv. klasičnu metodu EZ (engl. *Community method*),⁶⁵ odnosno na zakonodavstvo EU-a u kojem Komisija ima ulogu primarnog pokretača, a GSO savjetodavca. Jake interesne grupe mogu djelotvorno sudjelovati u odlučivanju sve dok dijele iste interese koje Unija nastoji ostvariti kreiranjem javnih politika. Otvorena metoda koordinacije, s druge strane, predstavlja djelovanje putem *soft law* instrumenata i označava definiranje i prihvaćanje smjernica i zajedničkih ciljeva kojima se uspostavljaju indikatori i najbolja praksa u područjima u kojima EU ili nema ovlasti ili dijeli nadležnost, odnosno ima ovlast u poduzimanju mjera potpore.⁶⁶ Uglavnom se primjenjuje u području zapošljavanja, socijalne te dijelom zdravstvene zaštite, obrazovanja, kulture, imigracije i azila. Ovaj pristup usklađivanju prava težište stavlja na domaću implementaciju i u pravilu ne otvara nove institucionalne mogućnosti djelovanja organizacijama civilnog društva. Međutim, u nekim je područjima (primjerice, socijalne politike) EU čak financijski potpomogla sudjelovanje NVO u okviru konkretne OMK radi uključivanja civilnog društva u rješavanje ovih pitanja.

65 Osim klasične metode EZ, Helen Wallace obrađuje još četiri pristupa političkom odlučivanju na razini Europske unije. Regulatorna metoda koristi se u područjima poput jedinstvenog tržišta i tržišnog natjecanja. Odvojenost tržišta od utjecaja Parlamenta i široke mogućnosti za tehničku suradnju na tom području čine regulatornu metodu podobnom za formuliranje niza mikrorazinskih pravila koja pridonose rušenju nacionalnih barijera u koordiniranju javnih politika. U ovom je slučaju najučinkovitija participacija poduzetničkih udruženja i privatno-interesnih grupa. Distributivna metoda najbolje odražava višestupanjsko upravljanje EU-a budući da se koristi za alokaciju resursa i ovlasti među različitim skupinama, sektorima, regijama i državama koje sudjeluju u procesu odlučivanja. Cilj je postići pravednu raspodjelu među državama članicama i izbjeći marginalizaciju pojedinih društvenih grupa. Lokalne i regionalne vlasti sudjeluju u procesu putem Odbora regija. Metoda koordinacije javnih politika podrazumijeva sustavne konzultacije između država članica radi procjene i razmjene iskustva i dobre prakse. Konzultacijama prisustvuju neovisni stručnjaci iz različitih područja, stoga ova metoda iziskuje visoku razinu *brain-storming* aktivnosti i otvorenog dijaloga. U područjima poput zaštite okoliša i obrazovanja Europska komisija je formirala mreže čiji su članovi stručnjaci, epistemološke zajednice i dionici civilnog društva. Konačno, metoda međudržavnog upravljanja kojom se nastoji izbjeći uplitanje institucija EU stavljanjem težišta na interakciju između država članica. Iako je neki autori nazivaju „antiintegracijskim“ pristupom, u praksi dovodi do intenzivne suradnje između vlada država članica koju vode Vijeće EU-a i Europsko vijeće. (H. Wallace, *An Institutional Anatomy and Five Policy Modes*, u: H. Wallace, W. Wallace, M. A. Pollack (ur.), *Policy Making in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2005., str. 77 i dalje.)

66 Razvija se od 90-ih godina 20. stoljeća, a pod ovim nazivom poznata od summita u Lisabonu u ožujku 2000. godine.

2. „EUROPSKO CIVILNO DRUŠTVO“ KAO RJEŠENJE DEMOKRATSKOG DEFICITA

2.1. Upitna demokratičnost sustava Europske unije

Rasprave o demokratskom deficitu Europske unije počinju se javljati nakon što je Europski sud u svojim presudama utvrdio načela izravnog učinka i nadređenosti (prvenstva) prava EU-a u svim državama članicama,⁶⁷ a vrhunac dostižu usvajanjem Jedinstvenog europskog akta koji je usmjeren unitarizaciji nacionalnih politika i stvaranju unutarnjeg tržišta.⁶⁸ Iako se često u literaturi nailazi na objašnjenje kako demokratski deficit proizlazi iz percepcije građana, Avbelj upozorava kako je to sve, zapravo, ideološka kreacija država članica koje se opiru ograničenju njihove regulatorne suverenosti.⁶⁹ Prigovori se upućuju uređenju Europske unije koje je demokratski deficitarno u odnosu na demokratske procedure koje se primjenjuju na razini država članica. U formalnom smislu, demokratski deficit, između ostalog, podrazumijeva nepostojanje jasne diobe vlasti, „navodne prevlasti izvršnog dijela vlasti, što za posljedicu ima ograničenu ulogu Europskog parlamenta“, nedostatak transparentnosti i odgovornosti institucija te „preintruzivne i nadasve ekspanzivne pravne politike pretjerano aktivističkog Suda“.⁷⁰ S druge strane, stalno se kritizira otuđenost europskih institucija od građana koji su često neinformirani o njihovim aktivnostima i udaljeni od procesa političkog odlučivanja. U ovom se slučaju radi o socijalnoj komponenti demokratskog deficita.

Za povećanje stupnja demokratičnosti sustava EU-a, predviđen je čitav niz mjera, uključujući paralelno jačanje položaja europskih institucija i lokalnih samouprava, povećanje intenziteta participacije, informiranja građana o ciljevima, aktivnostima i budućim projektima Unije te uvođenje alternativnih oblika participacije koji nisu vezani uz političko odlučivanje u užem smislu, već uz razne odluke koje utječu na svakodnevni život. Mežnarić naglašava i važnost snaženja socijalnog kapitala kao osnove rasta povjerenja građana u institucije EU.⁷¹ Nakon objave Bijele knjige o europskoj vladavini postaju aktualne rasprave o civilnom društvu kao dioniku demokratičnosti društva. Legitimitet institucija nastoji se ostvariti uključivanjem OCD-a u strukturu europske vladavine i konceptualizacijom aktivnog europskog građanstva.

67 Case 26-62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, 1963.; Case 6-64, Flaminio Costa v E.N.E.L., 1964.

68 Single European Act, Official Journal L 169 of 29 June 1987.

69 M. Avbelj, Ustav za Europu: otklanjanje ili pogoršanje demokratskog deficita u Europi?, u: V. Horvat (ur.), *U kakvu Europsku uniju želimo?*, Zagreb, Fondacija Friedrich Böll, 2006., str. 61.

70 Ibid., str. 60 i 61.

71 S. Mežnarić, Socijalni kapital u raljama demokracije, u: V. Horvat (ur.), *U kakvu Europsku uniju želimo?*, Zagreb, Fondacija Friedrich Böll, 2006., str. 80.

2.2. Aktivno europsko građanstvo

Ideja europskoga građanstva javlja se sedamdesetih godina prošlog stoljeća kada su europski političari nastojali kreirati identitet Europske unije i njezinih građana koji bi poslužio kao putovnica za slobodno kretanje građana, prvenstveno radnika između država članica. Stoga je koncept europskoga građanstva vezan ponajprije uz načelo unutarnjeg tržišta EU-a. Tek potpisivanjem Ugovora o Europskoj uniji pravo na europsko građanstvo dobivaju svi državljani. Dakle, to pravo više ne pripada samo ekonomski aktivnim dionicima unutarnjeg tržišta. Ugovorom je također uvedena participativna dimenzija europskoga građanstva. No, participacija u odlučivanju odnosila se samo na sudjelovanje građana u izbornom procesu, tj. na aktivno i pasivno pravo glasa. Pravo na slanje pritužbi Europskom ombudsmanu može se isto tako protumačiti kao oblik participacije građana vezano uz njihovu interakciju s upravnim tijelima. Međutim, budući da se u ovom slučaju radi tek o naknadnoj kontroli lošeg postupanja uprave, ne možemo ga ubrojiti u jedan od aspekta „participativnog upravljanja“. ⁷² Potrebno je razraditi širi kontekst participativne demokracije te ga ugraditi u složeni politički i pravni sistem Europske unije. Stalna uključenost civilnog društva u svakodnevni rad europskih institucija ima za cilj ostvarenje ideala samouprave unutar višerazinske europske vladavine. ⁷³

Bijela knjiga o europskoj vladavini dala je veliki doprinos povećanju uloge civilnog društva na europskoj razini naglašavajući važnost njegovog sudjelovanja u procesu odlučivanja. Stav je Europske komisije da bi „europsko civilno društvo“ trebala činiti prvenstveno udruženja i mreže organizacija na europskoj razini s kojima može uspostaviti izravnu interakciju i koje su, što je više moguće, uključene u kreiranje europskih javnih politika. Europski gospodarski i socijalni odbor s obzirom na vlastiti sastav, definira „europsko civilno društvo“ kao skup nacionalnih, lokalnih i europskih udruženja. ⁷⁴ Oboje, Europska komisija i GSO, načelno su vezali koncept europskoga civilnog društva uz klasičnu metodu EZ-a, i to posebice uz fazu nacрта novih mjera javnih politika. No, organizacije civilnog društva također

72 S. Smismans, *Narrowing the Gap? Law and New Approaches to Governance in the European Union: New Governance – The Solution for Active European Citizenship, or the End of Citizenship?*, *Columbia Journal of European Law*, 2007., 13 Colum. J. Eur. L. 595, <http://www.cjel.net/online/>.

73 Višerazinsko upravljanje obuhvaća vertikalne odnose i granice između dionika na subnacionalnoj, nacionalnoj i supranacionalnoj razini te horizontalne odnose i interakcije između tijela vlasti i nevladinih dionika. U okviru vertikalnih odnosa razlikujemo dvije dimenzije. Prva je jačanje nadnacionalne europske razine u odnosu na nacionalnu razinu država članica (*bottom-up*). Druga dimenzija predstavlja jačanje subnacionalnih razina upravljanja (lokalna, regionalna) u odnosu na središnju državnu vlast (*top-down*). Na horizontalnoj razini dolazi do multipliciranja subjekata koji sudjeluju u procesu odlučivanja prema modelu „iznutra prema vani“ (*inside-out*). U proces su, dakle, uključene OCD i privatni sektor. (V. Đulabić, *Regionalizam i regionalna politika*, Zagreb, Društveno veleučilište u Zagrebu, 2007., str. 32.)

74 S. Smismans, *European Civil Society: Shaped by Discourses and Institutional Interests*, *European Law Journal*, vol. 9/2003, br. 4, str. 498.

moгу sudjelovati u međuvladinim procedurama vezanim uz pravosuđe, vanjsku i unutarnju politiku ili definiranju smjernica kojima se uspostavlja najbolja praksa metodom otvorene koordinacije. Participacija još uključuje primjenu utvrđenih mjera i davanje povratnih informacija o rezultatima njihove primjene te pravo na određene regulatorne ovlasti i u postupku samoregulacije i u postupku zajedničke regulacije.

Europski parlament potiče češće konzultiranje GSO-a i Europske komisije kako bi se povećala participativna demokracija. Boljim rješenjem smatra jačanje položaja GSO-a nego vođenje civilnog dijaloga putem brojnih odbora i stručnjaka u okviru Europske komisije. Na taj se način povećava neovisnost GSO-a. Vijeće EU-a je 2004. godine usvojilo odluku o pokretanju programa usmjerenog k promoviranju aktivnog europskog građanstva i civilne participacije.⁷⁵ Glavni su ciljevi programa podupirati i širiti vrijednosti i ciljeve EU-a, približiti građane EU-a i njezinim institucijama te ih potaknuti na suradnju s njima, uključiti građane u raspravu o daljnjoj izgradnji Unije te potaknuti kreiranje novih inicijativa od strane dionika koji promiču aktivno građanstvo i civilnu participaciju. Programom se također osiguravaju sredstva za organiziranje javnih rasprava, savjetovanja, debata, edukacija i objavljivanje informacija o institucijama EU-a i njihovim aktivnostima. Izvršna agencija za obrazovanje i kulturu (EACEA) je 2007. godine pokrenula sličnu inicijativu pod nazivom Europa za građane.⁷⁶ Radi se o programu koji je donesen za razdoblje od 2007. do 2013. godine, a glavna mu je svrha poticati razvoj aktivnog europskog građanstva davanjem financijskih potpora organizacijama koje rade na osnaživanju osjećaja europskog identiteta umrežavanjem i razmjenom znanja, iskustava, vizija i napretka. Nastoji se osnažiti interkulturalni dijalog na europskoj razini povezivanjem građana i poticanjem suradnje organizacija civilnoga društva diljem zemalja članica programa. U programu mogu sudjelovati udruge, mreže udruga, zaklade, obrazovne i istraživačke institucije, jedinice lokalne i regionalne samouprave, europske mreže i krovne organizacije te organizacije koje se bave istraživanjem europskih javnih politika (*think tanks*). Njima se putem natječaja može dodijeliti strukturna potpora za vlastite radne programe kao operativna nepovratna sredstva ili financijska potpora za transnacionalne projekte (akcijska nepovratna sredstva).⁷⁷

75 Council Decision establishing action programme to promote active European citizenship (civic participation), 2004/100/EC, 2004 OJ (L 30) 6.

76 Europe for Citizens Programme, http://eacea.ec.europa.eu/citizenship/index_en.php.

77 RH je uključena u Program od listopada 2007. godine. Budući da nije država članica, dužna je za sudjelovanje u Programu, uplaćivati godišnju članarinu od 85 000€. Osim iz državnog proračuna, iznos se dijelom osigurava iz sredstava pretprijetnih fondova EU-a. (Europa za građane, <http://www.uzuvrh.hr/stranica.aspx?pageID=45>)

3. CIVILNO DRUŠTVO I RH

Organizacije civilnoga društva svoj su ugled i snagu u Hrvatskoj stekle u razdoblju neposredno prije, za vrijeme i nakon Domovinskog rata, kada se prvenstveno razvija djelovanje humanitarnih i mirovnih organizacija. Vodeći se načelom da ljudska prava pripadaju svim osobama neovisno o njihovoj etničkoj, rasnoj, vjerskoj ili drugoj pripadnosti, u ovom se razdoblju osnivaju nevladine organizacije za zaštitu i promicanje ljudskih prava u Hrvatskoj. Isto tako, u spomenutom se razdoblju ističu i organizacije za ženska prava, organizacije koje se bave pitanjima očuvanja okoliša, itd. Iako je velika većina organizacija civilnoga društva u Hrvatskoj nikla kao spontani iskaz želje za građanskim organiziranjem oko nekih vrijednosti ili interesa, nedvojbeno je kako su brojne međunarodne organizacije i donatori prisutni u to vrijeme u Hrvatskoj znatno utjecali na razvoj civilnoga društva i rad nekih organizacija, prenoseći im znanja i vještine potrebne za rad i razvoj.⁷⁸ Temeljni pravni oblici OCD-a u RH su udruge, zaklade i fundacije, privatne ustanove i neformalne skupine bez pravne osobnosti (tretirane kao ortakluk). Danas u Hrvatskoj djeluje više od 46.736 registriranih udruga, 188 zaklade, 12 fundacija i više od 1000 privatnih ustanova.⁷⁹

Politički i pravni okvir bivše SFRJ nije omogućavao slobodan razvitak institucija civilnoga društva, zbog čega je Republika Hrvatska u devedesete godine ušla bez jasne predodžbe o njegovoj važnosti. Početak rada na sustavnom stvaranju pravnog i institucionalnog okvira u Republici Hrvatskoj datira od kraja devedesetih godina kada sve više jača svijest o važnosti civilnoga društva kao bitnog čimbenika pluralizma i razvoja demokracije u Hrvatskoj.⁸⁰ Od tada pa do danas jasno je da demokratsko učvršćivanje nije samo pitanje političkih stranaka, izbornih zakona, vlasništva kapitala, dionica i burzi, već i stvaranje snažnog civilnoga društva – građana organiziranih i aktivnih u rješavanju širokoga spektra posebnih i skupnih interesa.

78 Zbog toga se u javnom prostoru govorilo o “uvezenom civilnom društvu”.

79 Točan broj privatnih ustanova autorima nije bio dostupan. Za usporedbu, 2006. godine je u Hrvatskoj djelovalo više od 29000 registriranih udruga, 92 zaklade, 6 fundacija i više od 150 privatnih ustanova.

80 Pozitivnu ulogu u tom pravcu odigrala je rješidba Ustavnog suda RH od 3. veljače 2000. godine, koja je ukazala na nužnost liberalizacije slobode udruživanja, izjednačavanje položaja stranaca i domaćih državljana prilikom osnivanja udruga te priznavanje neformalnih skupina i inicijativa. Odluka i Rješenje Ustavnog suda RH br. U-I-884/1997, U-I-920/1997, U-I-929/1997, U-I-956/1997, U-I-453/1998 i U-I-149/1999, NN br. 20/2000 i 28/2000 (ispravak). Detaljnu analizu pravnog okvira suradnje između nevladinih organizacija i države, odnosno jedinica lokalne samouprave do 2000. godine vidi u: S. Barić, *Pravni sustav suradnje neprofitnih organizacija s vladom i tijelima lokalne samouprave i uprave u Republici Hrvatskoj*, ICNL – B.a.B.e., Zagreb, 2000.

3.1. Institucionalni okvir za potporu razvoja civilnoga društva

Institucionalni okvir koji podupire razvoj civilnoga društva, ali i međusektorsku suradnju u Hrvatskoj obuhvaća brojne dionike, no najvažnije institucije i tijela su: Ured Vlade RH za udruge,⁸¹ Nacionalna zaklada za razvoj civilnoga društva,⁸² Savjet za razvoj civilnoga društva⁸³ i Gospodarsko-socijalno vijeće.⁸⁴ Savjet za razvoj civilnoga društva Vlade RH i Ured za udruge Vlade RH središnje su institucije tog modela koje na operativnoj razini primjenjuju i promiču vrijednosti Programa suradnje Vlade RH i nevladinog, neprofitnog sektora u Hrvatskoj kojeg je Vlada RH usvojila 4. siječnja 2001. godine.⁸⁵ On nije pravno obvezujući, no predstavlja

-
- 81 Ured za udruge osnovan je Uredbom o Uredu za udruge 1998. godine radi obavljanja stručnih poslova iz djelokruga Vlade Republike Hrvatske u vezi sa stvaranjem uvjeta za partnerske odnose i međusektorsku suradnju s neprofitnim sektorom, poglavito s udrugama u Republici Hrvatskoj. Ured ima širok raspon mogućeg djelovanja, od suradnje na kreiranju i predlaganju novih zakonskih okvira za djelovanje nevladinog, neprofitnog sektora u Republici Hrvatskoj, do izrade programa, standarda i preporuka za financiranje djelovanja organizacija civilnoga društva iz državnoga proračuna i drugih javnih izvora, kao i iz pretpripravnih i strukturnih fondova Europske unije. Uredba o Uredu za udruge, NN br. 132/1998., danas NN br. 34/2012.
- 82 Zaklada je osnovana Zakonom o Nacionalnoj zakladi za razvoj civilnoga društva, NN br. 173/2003, s temeljnom svrhom promicanja i razvoja civilnoga društva u Republici Hrvatskoj. Zaklada pruža stručnu i financijsku potporu programima koji potiču održivost neprofitnog sektora, međusektorsku suradnju, građanske inicijative, filantropiju, volonterstvo te unaprjeđuju demokratske institucije društva. Zaklada ima svoj Statut i Strategiju kojom detaljnije određuje svoju strukturu i djelovanje, te javnost rada.
- 83 Savjet za razvoj civilnoga društva osnovan je kao savjetodavno i stručno tijelo Vlade Republike Hrvatske. Djelovanje Savjeta temelji se na Odluci o osnivanju Savjeta za razvoj civilnoga društva, NN br. 140/2009, kojom je propisano da je zadaća Savjeta praćenje i analiza javne politike koja se odnosi na razvoj civilnoga društva u Republici Hrvatskoj i međusektorsku suradnju, sudjelovanje u davanju mišljenja Vladi Republike Hrvatske o nacrtima propisa kojima se utječe na razvoj civilnoga društva te u organizaciji uključivanja civilnog društva u rasprave o tim propisima, suradnja u planiranju prioriteta nacionalnih programa dodjele financijskih potpora projektima organizacija civilnoga društva iz sredstava državnog proračuna i sudjelovanje u programiranju i utvrđivanju prioriteta za korištenje pretpripravnih programa i fondova Europske unije. Stručne i administrativne poslove za Savjet obavlja Ured za udruge, a Savjet svoj rad uređuje Poslovníkom.
- 84 Novi Sporazum o osnivanju Gospodarsko-socijalnog vijeća objavljen je u ožujku 2011. godine. Njime je dodatno naglašena nužnost Vlade da poštuje svoje obveze prema socijalnim partnerima koji sudjeluju u radu Vijeća. Dužna je Vijeću materijale učiniti dostupnima najmanje tjedan dana prije sjednice, kao i uputiti na razmatranje nacрте zakona, strategija, programa i drugih dokumenata prije pokretanja saborske procedure. Predstavnik Vlade bi u Saboru trebao izvijestiti zastupnike o mišljenju Vijeća. Namjera je Sporazuma dodatno osnažiti socijalno partnerstvo i dijalog. Zbog toga je osnovan i Savjet za unaprjeđenje tripartitnog socijalnog dijaloga u RH. (Sporazum o osnivanju Gospodarsko-socijalnog vijeća, NN br. 34/2011)
- 85 Program suradnje Vlade RH i nevladinog, neprofitnog sektora u Hrvatskoj zajednički su izradili Ured za udruge RH, predstavnici nevladinih organizacija te predstavnici jedinica lokalne i regionalne samouprave tijekom šestomjesečnih konzultacija, http://www.uzuvrh.hr/pdf/program_suradnje.pdf.

ključne odrednice za potporu razvitku civilnoga društva te sadrži daljnje smjernice potrebne za njegovo usvajanje i unaprjeđenje. U njemu se ističu prioritete u suradnji Vlade Republike Hrvatske i neprofitnog sektora, odnosno organizacija civilnoga društva. Prvenstveno se odnose na povećanje utjecaja organizacija civilnoga društva u kreiranju, provedbi i praćenju javnih politika. Na temelju prijedloga Programa suradnje, potpisano je oko petnaestak povelja o suradnji gradova i županija s organizacijama civilnoga društva koje djeluju na tim područjima.

Daljnji važan korak u odnosima OCD-a i države učinjen je 12. srpnja 2006. godine kada je Vlada RH usvojila Nacionalnu strategiju stvaranja poticajnog okruženja za razvoj civilnog društva za razdoblje od 2006 do 2011.⁸⁶ Cilj Strategije bio je stvaranje uvjeta za razvoj zajednice u kojoj građani i organizacije civilnoga društva u sinergiji s drugim sektorima, aktivno, ravnopravno i odgovorno na načelima održivog razvoja i djelovanja za opće dobro, sudjeluju u ostvarivanju društva blagostanja i jednakih prilika za sve. U tu svrhu Strategija je identificirala temeljne preduvjete za daljnji razvoj: socijalna kohezija, sudionička demokracija, filantropija i volonterstvo te obrazovanje za demokratsko građanstvo i ljudska prava, uz unaprjeđivanje zakonskog, financijskog, poreznog i institucionalnog okvira za potporu razvoju civilnoga društva. U svakoj od navedenih točaka Strategija je koncizno analizirala postojeće stanje i definirala konkretne ciljeve koje je valjalo postići u petogodišnjem razdoblju. U suradnji s nadležnim tijelima državne uprave i organizacijama civilnoga društva, Ured za udruge Vlade RH izradio je Operativni plan provedbe Nacionalne strategije kojeg je usvojila Vlada RH. U Operativnom planu predviđeni su načine praćenja, izvještavanja i ocjenjivanja uspješnosti izvršavanja pojedinih mjera za postizanje utvrđenih strateških ciljeva.

Glavno postignuće glede sudjelovanja civilnog društva u oblikovanju javnih politika, kao jednog od poglavlja Nacionalne strategije, je usvajanje Kodeksa savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata.⁸⁷ Osim Nacionalne strategije, pravnu osnovu donošenja Kodeksa čini i Strategija reforme državne uprave za razdoblje od 2008. do 2011., a od europskih dokumenata Bijela knjiga o europskoj vladavini i Opća načela i minimalni standardi konzultiranja zainteresiranih strana Europske komisije te Kodeks sudjelovanja civilnog društva u procesu donošenja odluka Vijeća Europe.⁸⁸ Glavni je cilj Kodeksa

86 Nacionalna strategiju stvaranja poticajnog okruženja za razvoj civilnog društva od 2006. do 2011., http://zaklada.civilnodrustvo.hr/files/Strategija_12_07_06.pdf. Spomenimo i to da se Odbor regija EU pozitivno osvrnuo na namjeru hrvatske Vlade da pripremi Nacionalnu strategiju razvoja civilnog društva u svojem mišljenju o Civilnom dijalogu između EU i država kandidatkinja. Vidi točku 1.3.6. *Opinion of the Committee of the Regions on Civil Society Dialogue between the EU and Candidate Countries*, COM (2005) 290 final, <http://coropinions.cor.eu.int/CORopinionDocument.asp>.

87 Kodeks savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata, NN br. 140/2009. Nastao je u suradnji Vlade RH, Ureda za udruge, Savjeta za razvoj civilnog društva i brojnih organizacija civilnog društva.

88 Konferencija nevladinih organizacija Vijeća Europe usvojila je 2009. godine Kodeks sudjelovanja civilnog društva u procesu donošenja odluka. Međusobnom usporedbom vidljivo je kako je Kodeks savjetovanja u velikoj mjeri pisan po uzoru na Kodeks sudjelovanja. Glavna

pružiti smjernice za kvalitetno donošenje propisa temeljem općih načela, standarda i mjera za savjetovanje svih zainteresiranih dionika te aktivnije sudjelovanje građana u javnom životu i njihova lakša interakcija s državnim tijelima. Četiri su mogućnosti sudjelovanja javnosti u postupcima odlučivanja. Informiranje kao prvi stupanj sudjelovanja podrazumijeva jednosmjernan proces u kojemu državna tijela informiraju građane prema vlastitom nahodaњу ili građani dolaze do informacija na vlastitu inicijativu.⁸⁹ Drugi stupanj, savjetovanje, dvosmjerni je proces tijekom kojeg državna tijela traže i primaju povratne informacije od građana u postupku donošenja propisa i akata. Viši stupanj dvosmjernog procesa je aktivno uključivanje predstavnika zainteresirane javnosti u postupak oblikovanja javnih politika.⁹⁰ Partnerstvo pretpostavlja najviši stupanj suradnje i uzajamne odgovornosti Vlade i predstavnika zainteresirane javnosti za proces donošenja i provedbe programa, zakona, drugih propisa i akata. U četvrtom dijelu Kodeksa se, kao opća načela savjetovanja, navode sudjelovanje, povjerenje, otvorenost i odgovornost te djelotvornost. S druge strane, minimalni standardi koje je potrebno primijeniti prilikom savjetovanja su: (1) *pravodobno informiranje o planu donošenja zakona, drugih propisa i akata*, (2) *dostupnost i jasnoća sadržaja postupka savjetovanja*, (3) *rok provedbe internetskog i drugih oblika savjetovanja*, (4) *povratna informacija o učincima provedenog savjetovanja* i (5) *usklađenost primjene standarda i mjera savjetovanja u državnim tijelima*.

U rujnu 2011. godine RH se uključila u globalnu inicijativu pod nazivom Partnerstvo za otvorenu vlast.⁹¹ Njezina je svrha „osigurati konkretan napredak na području transparentnosti i otvorenosti rada tijela javne vlasti, uključivanja i osnaživanja građana i civilnoga društva, borbe protiv korupcije te korištenja novih tehnologija za poboljšanje kvalitete usluga koje javna uprava pruža građanima.“⁹² Načela na kojima se inicijativa temelji jesu fiskalna transparentnost, uključivanje građana, pristup informacijama i javnost imovinskih kartica dužnosnika odnosno rukovodećih službenika. Pridruživanjem inicijativi RH je preuzela obvezu izradbe Akcijskog plana za njezinu provedbu. Akcijski plan donesen je 2012. godine za razdoblje od narednih godinu dana te sadrži preuzete obveze i mjere za

svrha tog dokumenta je doprinijeti stvaranju poticajnog okruženja za djelovanje organizacija civilnoga društva. Njime je, na razini europskih zemalja, propisan set općih načela i smjernica za sudjelovanje organizacija civilnoga društva u procesu donošenja političkih odluka. Primjenjuje se na nacionalnoj i lokalnoj razini, a obuhvaća zemlje članice Vijeća Europe i Bjelorusiju. Najvažniji dijelovi ovog Kodeksa opisuju politički proces donošenja odluka, različite razine sudjelovanja (participacije) te sadrže sažetu tablicu u kojoj je usporedno prikazano „križanje“ („cross“) prve dvije varijable, tj. za koji je korak u procesu donošenja političkih odluka koja razina sudjelovanja (participacije) najpogodnija. (Code of Good Practice for Civil Participation in the Decision-making Process, CONF/PLE(2009)CODE1).

89 Primjerice, pristup javnim aktima, službenim glasilima ili internetskim stranicama državnih tijela.

90 Primjerice, članstvom u radnim skupinama za izradbu propisa ili akta.

91 Inicijativa je predstavljena u Washingtonu, a njezin je idejni začetnik američki predsjednik Barack Obama. <http://www.opengovpartnership.org/>.

92 Partnerstvo za otvorenu vlast, <http://www.uzuvrh.hr/>.

njihovo ostvarenje.⁹³ Uz to, predviđeni su rokovi i sredstva potrebni za provedbu svake od utvrđenih mjera te pokazatelji uspješnosti ispunjenja obveza. Jedno od preuzetih obveza je i osiguranje uvjeta za veće sudjelovanje građana i organizacija civilnog društva u izradi i provedbi javnih politika. Neke od predviđenih mjera za ostvarenje tog cilja su: (1) podupirati otvorene javne rasprave i savjetovanja s građanima i organizacijama civilnoga društva kako bi se identificirali prioriteta u raspodjeli proračunskih sredstava, (2) podupirati programe suradnje jedinica lokalne i područne samouprave i organizacija civilnog društva u jačanju proračunske transparentnosti i sudjelovanja građana u izradbi i praćenju provedbe lokalnih proračuna, (3) provesti javnu raspravu o financijskim izvješćima svih trgovačkih društava od posebnog državnog interesa, (4) uspostaviti jedinstveni internetski sustav za savjetovanje s javnošću u donošenju novih zakona, drugih propisa i akata, (5) provoditi sustavnu izobrazbu koordinatora za savjetovanje i ostalih državnih službenika radi osposobljavanja za učinkovitu primjenu Kodeksa savjetovanja, (6) pripremati godišnje izvještaje o učinkovitosti primjene Kodeksa savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u donošenju novih zakona, drugih propisa i akata.

U srpnju 2012. godine Vlada RH je usvojila Prijedlog Nacionalne strategije stvaranja poticajnog okruženja za razvoj civilnog društva od 2012. do 2016. godine.⁹⁴ Novom se strategijom nastoji unaprijediti pravni, institucionalni i financijski okvir za djelovanje organizacija civilnog društva na području RH, a ubrzo i kao važnog dionika procesa oblikovanja i provedbe javnih politika Europske unije. U Strategiji se najprije navode vrijednosti na kojima je utemeljena te se analizira dosadašnji razvoj civilnog društva u RH i njegova normativno-institucionalna podloga. Nakon toga detaljno su određena temeljna područja Strategije: institucionalni okvir za potporu razvoja civilnog društva, civilno društvo i sudionička demokracija, osnaživanje uloge OCD-a za društveno-ekonomski razvoj te djelovanje i daljnji razvoj civilnog društva u međunarodnom kontekstu. Za svako od prioriteta područja navedeni su ciljevi, mjere i rokovi za njihovo ostvarenje, izvori sredstava te kriteriji vrjednovanja uspješnosti ostvarenja ciljeva. Kao jedan od glavnih ciljeva prvog područja navodi se promicanje i osiguravanje ujednačenog razvoja civilnoga društva u svim regijama Hrvatske. U drugom su području obrađena pitanja uloge građana u političkom procesu, njihove kompetencije za sudjelovanje u procesima donošenja političkih odluka i oblikovanja javnih politika, građanskoga odgoja i obrazovanja, volontiranja i neprofitnih medija. Treće je područje podijeljeno u dvije cjeline od kojih je jedna pružanje socijalnih usluga organizacija civilnoga društva, a druga socijalne inovacije i razvoj socijalnog poduzetništva. Posljednje, četvrto područje opisuje mogućnosti i izazove koji proizlaze iz činjenice pristupanja Hrvatske Europskoj uniji, ali i iz drugih globalizacijskih procesa u sferi ekonomije, politike i kulture.

93 Akcijski plan za provedbu inicijative „Partnerstvo za otvorenu vlast“ u Republici Hrvatskoj za razdoblje 2012.-2013., <http://www.uzuvrh.hr/>.

94 Nacionalna strategija stvaranja poticajnog okruženja za razvoj civilnog društva od 2012. do 2016., <http://www.uzuvrh.hr/userfiles/file/Nacionalna%20strategija%20FINAL.pdf>.

3.2. OCD u RH i regionalna suradnja

U odnosu na međunarodni kontekst Nacionalna strategija iz 2012. godine sadrži izjavu od iznimne vrijednosti za položaj i djelovanje OCD-a: "Imajući u vidu izazove koji proizlaze iz suvremenih odnosa u međunarodnom okruženju, kao i potencijal civilnoga društva da se djelotvorno uključi u njihovo rješavanje, strateški je cilj Vlade stvarati preduvjete za aktivan doprinos OCD-a kao vjerodostojnog i neophodnog partnera u provedbi ciljeva vanjske politike kroz mehanizme prevencije, razrješavanja ili upravljanja regionalnim i/ili globalnim procesima, kao i aktivnu ulogu OCD-a u procesu pristupanja te članstva u EU te uključivanje OCD-a u procese djelovanja RH u međunarodnoj razvojnoj suradnji."⁹⁵

Funkcionalna suradnja između OCD-a i vlada u oblikovanju i provedbi vanjskopolitičkih ciljeva zemalja temelji se na pretpostavci da je vanjska politika izravno važna za sve građane, i da vlade djeluju samo kao koordinator s isključivim ovlastima odlučivanja u manjem broju odabranih područja. Hrvatska je Vlada prepoznala vrijednost koncepta socijalne diplomacije te se u poglavlju o vanjskoj politici izravno poziva na komparativne prednosti OCD-a koje pridonose učinkovitosti nekih nacionalnih programa i jačaju prisutnost Hrvatske u socijalnoj sferi međunarodnih odnosa. Treba imati na umu da je veliki broj organizacija civilnoga društva u Hrvatskoj svojim angažmanom u izgradnji hrvatske države, na pitanjima tranzicije i rješavanja problema nastalih kao posljedica rata, stekao dragocjeno iskustvo i znanje koje se može primijeniti u zemljama i regijama gdje postoje slične potrebe.

U Komunikacijskoj strategiji informiranja hrvatske javnosti o procesu pristupanja EU-a, koju je usvojio Hrvatski sabor 27. siječnja 2006. godine, organizacije civilnoga društva istaknute su kao važni partneri Vlade u promicanju boljeg razumijevanja procesa pristupanja Uniji među hrvatskim građanima.⁹⁶ Od organizacija civilnoga društva očekuje se, između ostalog, da građanima približe tehnička pitanja prilagodbe standardima Unije.⁹⁷ U pregovore o pristupanju bila su uključena 53 predstavnika udruga i veći broj stručnjakinja i stručnjaka izvan državne uprave, kako bi se došlo do što kvalitetnijih i legitimnijih pregovaračkih stajališta i promicalo bolje razumijevanje tog procesa među članstvom i korisnicima usluga udruga i ostalih aktera civilnoga društva predstavljenih u pregovaračkim strukturama. Strategija posebno spominje potrebu pravodobnog uključivanja civilnoga društva u provedbu programa pretpristupne pomoći RH, prvenstveno radi odgovarajuće pripreme za učinkovito korištenje strukturnih fondova nakon pristupanja Uniji (primjerice, Europskog socijalnog fonda). Sasvim konkretno,

95 Nacionalna strategija stvaranja poticajnog okruženja za razvoj civilnog društva od 2012. do 2016., str. 54, <http://www.uzuvrh.hr/userfiles/file/Nacionalna%20strategija%20FINAL.pdf>.

96 M. Horvatić (ur.), Komunikacijska strategija za informiranje hrvatske javnosti o Europskoj uniji i pripremama za članstvo, Zagreb, Ministarstvo vanjskih poslova i europskih integracija, 2006.

97 Napose zbog činjenice što su građani po završetku pristupnih pregovora na referendumu donijeli konačnu odluku o ulasku Hrvatske u punopravno članstvo EU-a.

potporu jačanju dijaloga civilnoga društva Hrvatske i EU Vlada je pružila i pokretanjem inicijative za osnivanje Zajedničkog savjetodavnog odbora između GSO-a i RH, koji je tijekom pregovora o pristupanju Uniji imao važnu ulogu u promicanju stajališta civilnoga društva u tom procesu.

OCD-i u Hrvatskoj provode na regionalnoj razini brojne programe i projekte koji su usklađeni s ciljevima koje je objavila Europska komisija u svojem dokumentu *Regional cooperation in the western Balkans, A policy priority for the European Union (2005)*.⁹⁸ Ti programi obuhvaćaju širok spektar područja, od zaštite i promicanja ljudskih prava, zaštite kulturne i prirodne baštine, suradnje udruga osoba s invaliditetom, razvoja programa zaštite prirode i okoliša te održivog razvoja, suradnje na humanitarnim načelima između veteranskih udruga, izgradnje mira i stabilnosti, povratka izbjeglica, borbe protiv organiziranog kriminala i korupcije te u posljednje vrijeme sve intenzivnije suradnje na pitanjima azila. Nacionalna strategija prepoznaje i ovu sferu djelovanja OCD-a te polazi od shvaćanja da za razliku od države i poslovnog sektora, civilno društvo ima mogućnost približiti ljude. Zato drži da dijalog organizacija civilnoga društva između Hrvatske i susjednih zemalja može pridonijeti bržem rješavanju niza neriješenih pitanja, koja se nerijetko sporo rješavaju tradicionalnim putovima službene diplomacije. Radi poticanja aktivnijeg doprinosa civilnoga društva jačanju regionalne suradnje navode se tri strateška cilja: 1) uključivanje predstavnika civilnoga društva u izradbu nacionalnih strategija i programa regionalne suradnje; 2) poticanje i financiranje programa i projekata civilnoga društva bitnih za ostvarivanje ciljeva regionalne suradnje RH te 3) poticanje i financiranje partnerstva civilnoga društva i lokalne samouprave u provedbi programa i projekata prekogranične suradnje.

3.3. Indeks civilnog društva u Hrvatskoj

Svjetski savez za građansku participaciju (CIVICUS) započeo je 1999. godine s međunarodnim istraživačkim projektom pod nazivom „Indeks civilnog društva“. Projekt je pokrenut radi procjene stanja i razvoja civilnog društva širom svijeta. U Africi je projektom obuhvaćeno 16 zemalja, u Americi 12, Aziji 19, Europi 23 i Oceaniji 2 zemlje. U istraživanju aktivno sudjeluje čitav niz dionika, uključujući nacionalne i lokalne vlasti, organizacije civilnog društva, donatore, akademsku zajednicu, medije i širu javnost. Osnovni instrument istraživanja čine anketni upitnici kojima se, nizom pokazatelja, mjeri pet osnovnih dimenzija: građanska participacija, vrijednosti, razina organizacije, percipirani utjecaj i okolina. U Hrvatskoj je istraživanje tri puta proveo Centar za razvoj neprofitnih organizacija (CERANEO), i to 2001. godine, zatim u razdoblju od 2003. do 2006. godine te od 2008. do 2010. godine.

⁹⁸ Regional cooperation in the western Balkans, A policy priority for the European Union, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/NF5703249ENC_WEB_en.pdf.

Centar je 2011. godine objavio Akcijske preporuke za jačanje djelotvorne uloge civilnog društva koje sadrže pet ključnih nalaza istraživanja te savjete za daljnji razvoj civilnog društva u Hrvatskoj s obzirom na utvrđene prednosti i nedostatke.⁹⁹ Naglasak je najprije stavljen na najslabiji aspekt, a to je opseg civilne zauzetosti. Oko 17% građana članovi su neke organizacije civilnog društva. Posljedica toga je činjenica da se sve veći broj OCD-a registrira s minimalnim brojem članova što dovodi u pitanje njihov legitimitet. Također, osobito je niska razina volontiranja, tek je 7% građana uključeno u volonterski rad. Na lokalnoj razini se više-manje iste osobe pojavljuju kao volonteri. No, s druge strane, većina ustanova pokazuje zatvorenost glede pitanja uključivanja volontera u svoju djelatnost, a organizacije civilnog društva rijetko razvijaju kvalitetne i održive programe za volontere. U drugom se dijelu ukazuje na problem zapošljavanja u organizacijama civilnog društva što, pak, dovodi u pitanje održivost njihovog razvoja. Unatoč različitim izvorima financiranja problem ljudskih resursa je stalno prisutan.¹⁰⁰ Potrebna su, stoga, veća ulaganja u obrazovanje i osposobljavanje mladih stručnjaka koji bi doprinijeli boljem unutarnjem upravljanju, infrastrukturi i sektorskoj komunikaciji OCD-a te stabilnosti financijskih i tehničkih resursa.¹⁰¹ U pogledu dimenzije vrijednosti, OCD su ostvarile niz postignuća kontinuirano promičući temeljne civilne vrijednosti, poput zaštite ljudskih prava, tolerancije, solidarnosti, zaštite okoliša i borbe protiv korupcije. Međutim, takva su postignuća rijetko vidljiva javnosti. Bolja promocija aktivnosti OCD-a u medijima smanjila bi nepovjerenje i sumnju građana u transparentnost njihovog rada. Nadalje, utjecaj civilnog društva na političko odlučivanje i oblikovanje javnih politika još je uvijek na niskoj razini. „U reformskim zahvatima država još uvijek dolazi odozgo s gotovim prijedlozima, ne njeguje institut javnih rasprava, te se suradnja ostvaruje kroz sukobljavanja.“¹⁰² Takva okolina ne pogoduje proaktivnom, već reaktivnom djelovanju OCD-a. Također, civilno društvo ima ograničeni utjecaj na jačanje socijalnog kapitala. Istraživanje je pokazalo da ne postoje značajne razlike u razini smisla za javno dobro između članova organizacija civilnog društva i ostalih građana. Naposljetku, dimenzija okoline koja pogoduje razvoju civilnog društva je povoljno ocijenjena, posebice njezin socio-politički kontekst. Značajno je poboljšana zakonski i institucionalni okvir razvoja i uključivanja civilnog društva.

S obzirom na stanje civilnog društva u Hrvatskoj, preporuke za njegov daljnji razvoj i jačanje možemo klasificirati u dvije skupine. U prvu skupinu spadaju mjere koje bi država trebala poduzeti: (1) promovirati veću uključenost volontera u rad socijalnih i zdravstvenih ustanova i odobriti subvencije za financiranje volonterskih

99 G. Bežovan, J. Matančević (ur.), Akcijske preporuke za jačanje djelotvorne uloge civilnog društva, Zagreb, CERANEO/CIVICUS, 2011.

100 Izvori financiranja su, primjerice, dotacije ministarstva i lokalnih jedinica, sredstva iz pretpristupnih fondova i ostalih stranih donatora, financiranje Nacionalne zaklade za razvoj civilnog društva.

101 G. Bežovan, J. Matančević (ur.), op. cit., str. 6.

102 Ibid., str. 7.

programa, (2) promovirati veću uključenost OCD-a u europske politike i jačati dijalog s razvojnim agencijama, (3) institucionalizirati mehanizme sudjelovanja predstavnika civilnog društva u procesu političkog odlučivanja na lokalnoj razini te osposobiti profesionalni kadar koji će pridonijeti suradnji OCD-a s tijelima lokalne i regionalne samouprave, (4) osmisliti politiku financiranja OCD-a na lokalnoj i regionalnoj razini s transparentnim kriterijima alokacije sredstava na razvojna područja prema dogovorenim prioritetima, (5) provesti vrjednovanje postojećih programa financijske potpore OCD-a. Druga skupina mjera odnosi se na organizacije civilnog društva koje bi trebale: (1) više napora uložiti u kvalitetniji dijalog s medijima, (2) proaktivno predstavljati javnosti svoj rad, viziju i ciljeve, sudjelovati u javnim raspravama i osnažiti dijalog s građanima, (3) osmisliti programe koje će ostvarivati na lokalnoj razini pomoću dotacija gradova, (4) poticati umrežavanje i suradnju manjih organizacija koje se bave sličnim problemima radi postizanja boljih rezultata, (5) u suradnji s donatorima izraditi plan zapošljavanja mladih stručnjaka u sektoru civilnog društva, (6) umrežiti bolje razvijene organizacije, koje imaju pristup tehničkim, financijskim i kadrovskim resursima, s organizacijama manjeg kapaciteta, ali čvrstom povezanošću sa zajednicom.¹⁰³

ZAKLJUČAK

Europeizacija civilnog društva postaje aktualna tema otkad se, kao jedno od rješenja demokratskog deficita Europske unije, predlaže uključivanje organizacija civilnog društva u proces oblikovanja i provedbe europskih politika. O legitimaciji europske vladavine ne možemo govoriti jedino na temelju teritorijalnog predstavnništva, već je potrebno osigurati uvjete za postojanje javne sfere na razini EU-a i ostvarenje koncepta aktivnog europskog građanstva. Usprkos ostvarenju prava na biranje članova Europskog parlamenta, građani često smatraju da nedostaje prilika za izražavanje mišljenja o europskim pitanjima i da ne postoji jasan forum unutar kojeg bi mogli međusobno raspravljati o ovim pitanjima. Dakle, u procesu političkog odlučivanja, osim teritorijalnog predstavnništva trebalo bi sudjelovati i funkcionalno predstavnništvo. Temelj za normativno uređenje i institucionalizaciju funkcionalnog predstavnništva čine čl. 10 i 11 Ugovora o Europskoj uniji. Njima se jamči pravo na sudjelovanje svih građana u demokratskom životu Unije, javna rasprava o svim pitanjima europskih politika te socijalni dijalog i prakticiranje postupka konzultacija institucija Unije.

Na nacionalnoj razini potrebno je ulagati napore u smjeru jačanja socijalne kohezije. Društveni kapital odnosi se na broj i kvalitetu interakcija u civilnom području, a to uključuje sudjelovanje građana u radu udruga građana, nevladinih organizacija, članstvo u sindikalnim organizacijama, rad u vjerskim zajednicama, druženja u hobističkim klubovima, dobrosusjedske odnose, i slično. Prema teoriji

103 Croatia CSI Policy Action Brief 2011, http://www.civicus.org/images/stories/csi/csi_phase2/croatia%20csi%20policy%20action%20brief.pdf.

društvenoga kapitala i rezultatima istraživanja u državama zapadne demokracije, horizontalne društvene interakcije (društveni kapital zbližavanja i povezivanja) učvršćuju društveno povjerenje, jačaju društvene veze te proširuju društvene identitete, što sve pridonosi integraciji pluralnog društva. Razvijeno civilno društvo sigurno može dati mnoge i snažne doprinose jačanju socijalne kohezije u Hrvatskoj, ali je prethodno potrebno osigurati uključivanje građana u sve društvene i političke procese putem mjera participativne demokracije. Dosadašnja iskustva organizacija civilnog društva ukazuju na daljnje razloge za zabrinutost u odnosu na ostvarenje načela participacije. Osnovni problemi na koje nailaze pri aktivnom uključivanju u zakonodavni proces obuhvaćaju: (1) nepostojanje konkretne i pravodobne najave aktivnosti predlagatelja zakona i drugih akata, što umanjuje mogućnost kvalitetne pripreme, (2) neobjavljivanje nacrtu prijedloga zakona unaprijed, nego tek po usvajanju na sjednici Vlade Republike Hrvatske, (3) potpuni izostanak ili vrlo rijetke kvalitetne javne rasprave i savjetovanja, bez jasno utvrđenih kriterija za njihovu provedbu, (4) ograničen pristup informacijama, postojanje tek minimalnog pravnog okvira za suradnju, koji je uglavnom deklarativne prirode, (5) donošenje velikog broja zakona po hitnom postupku, što rezultira usvajanjem nekvalitetnih zakonskih rješenja, (6) svođenje uloge parlamenta na najmanju moguću mjeru te (7) nepouzdanost i izostanak informacija o tomu kakav će u konačnici biti sadržaj usvojenog zakona koji se objavljuje u *Narodnim novinama*. Upravo participativna demokracija, odnosno društveni kapital spajanja, predstavlja bitan element vladavinskog sustava kojeg teorija naziva reflektivno deliberativna poliarhija, a koji se primjenjuje i u okviru EU-a.

Republika Hrvatska je među prvim državama u srednjoj i jugoistočnoj Europi koja je sustavno pristupila stvaranju pravnog i institucionalnog sustava za potporu i razvoj civilnoga društva. Vlada RH je prepoznala i priznala važnost OCD-a u Hrvatskoj za razvoj i funkcioniranje demokracije. Između ostalog, prepoznati su potencijali OCD-a u pretpristupnom razdoblju te posebice u području prekogranične i regionalne suradnje. Činjenica je da socijalna kohezija u Hrvatskoj nedovoljno raste zbog nedovršene tranzicije i problema u procesu privatizacije, nedostatne učinkovitosti državnih institucija, osobito pravosuđa te nepovjerenja među ljudima i nepovjerenja u institucije. Izgradnja socijalne kohezije složen je i vrlo dug društveni proces, rezultanta je svih procesa u društvu. To znači da je potrebno kreirati cjeloviti model razvoja civilnoga društva s naglaskom na institucionalizaciju mehanizama političkog sudjelovanja građana te ga povezati s modelom reforme javne uprave i razvoja privrede.

Summary

THE EUROPEIZATION OF CIVIL SOCIETY IN THE REPUBLIC OF CROATIA: TAKING SOCIAL CAPITAL SERIOUSLY

The impact of the European integration process on the creation of public policy in the Member States, as well as on their political and administrative structures, has been constantly increasing. Moreover, it re-defines subjects that participate in the political decision-making. With this in mind, the present paper focuses on civil society organizations as factors of democratization and on models of their involvement in political processes. On the EU level, the so-called reflexive deliberative poliarchy model has been developed as a form of decision-making and power-sharing structure that is most favourable to development of participative democracy. This system is characterized by decentralized influences on political decision-making, since citizens are represented by both elected public officials and numerous civil society organizations that channel particular interests while enabling simultaneous horizontal and vertical communication. In view of strengthening of local civil society, as it was recognized as an important stakeholder in shaping and implementation of EU policies, the Government of the Republic of Croatia adopted this July the new National Strategy for the Creation of an Enabling Environment for Civil Society Development 2012 – 2016. The main issues the authors attempt to resolve are the analysis of social cohesion in Croatia and the existence of prerequisites for participative democracy development in the country.

Key words: social capital, democratic deficit, participative democracy, reflexive deliberative poliarchy, civil society.

Zusammenfassung

EUROPÄISIERUNG DER ZIVILGESELLSCHAFT IN DER REPUBLIK KROATIEN: WIRD DAS SOZIALKAPITAL ERNST GENOMMEN?

Der Einfluss von Prozessen der europäischen Integration auf die Gestaltung der öffentlichen Politik von Mitgliedsstaaten und auf ihre politische Strukturen und Verwaltungsstrukturen wird immer größer. Das bezieht sich auch auf die Feststellung von Subjekten, die an politischen Entscheidungen teilnehmen. Autorinnen dieser Arbeit berücksichtigen die Organisationen von Zivilgesellschaft als Faktoren von Gesellschaftsdemokratisierung und die Arten, wie sie in die politische Prozesse eingeschlossen werden. In der Europäischen Union wird das Modell der reflexiven deliberativen Polyarchie als eine Form von Gewaltorganisation, das am meisten die Entwicklung der partizipativen Demokratie begünstigt, angewendet. In solchem System ist das Fällen von politischen Entscheidungen durch dezentralisierte Einflüsse

geprägt, und die Bürger werden sowohl durch von ihnen ausgewählten öffentliche Funktionäre als auch durch verschiedene Organisationen der Zivilgesellschaft vertreten, welche einzelne Interesse in eine bestimmte Richtung leiten, aber auch eine horizontale und vertikale Angleichung untereinander ermöglichen. Zu Zwecken der Stärkung von Organisationen der Zivilgesellschaft als wichtige Teilnehmer an der Gestaltung und Durchführung der EU-Politik hat die Regierung der Republik Kroatien im Juli dieses Jahres die Nationalstrategie für die Gestaltung eines anregenden Ambientes für die Entwicklung der Zivilgesellschaft im Zeitraum von 2012 bis 2016 angenommen. Die Grundfragen, auf welche der Antwoortsversuch von Autorinnen angeboten wird, sind, die Ebene der sozialen Kohäsion in der Republik Kroatien und, die Voraussetzungen für die Entwicklung der partizipativen Demokratie.

***Schlüsselwörter:** Sozialkapital, Demokratiedefizit, partizipative Demokratie, reflexive deliberative Polyarchie, Zivilgesellschaft.*

RIASSUNTO

EUROPEIZZAZIONE DELLA SOCIETA' CIVILE IN CROAZIA: IL CAPITALE SOCIALE VIENE INTESO SERIAMENTE?

Il processo di integrazione europea esercita una crescente influenza sulla creazione delle politiche pubbliche degli Stati membri, come pure sulle loro strutture politiche ed amministrative. Un tanto si riferisce altresì all'individuazione della cerchia di soggetti che partecipano alle decisioni politiche. Le autrici del lavoro prestano attenzione alle organizzazioni della società civile, quali fattori di democratizzazione della società, come anche alle modalità della loro partecipazione alla vita politica. Sul piano europeo si applica il modello della poliarchia deliberativa riflessiva, quale forma di strutturazione del potere che risulta il più opportuno nello sviluppo della democrazia partecipativa. In un siffatto sistema le scelte politiche sono caratterizzate da un'influenza decentralizzata; mentre i cittadini sono rappresentati sia dai pubblici ufficiali, sia da diverse organizzazioni della società civile che indirizzano i singoli interessi, permettendo altresì il reciproco accordo tanto su piano orizzontale che verticale. Allo scopo di rafforzare le organizzazioni della società civile, quali importanti partecipanti alle formazioni ed all'attuazione della politica dell'Unione europea, il Governo della Croazia nel luglio di quest'anno ha approvato la Strategia nazionale per la realizzazione di un ambiente stimolante per la società civile nel periodo dal 2012 al 2016. L'interrogativo fondamentale al quale le autrici cercano di rispondere è a quale livello si trova la coesione sociale in Croazia e se esistono le precondizioni per lo sviluppo di una democrazia partecipativa.

***Parole chiave:** capitale sociale, deficit democratico, democrazia partecipativa, poliarchia deliberativa riflessiva, società civile.*

VAŽNIJE PROMJENE U HRVATSKOM DRŽAVLJANSKOM PRAVU NAKON NOVELE ZAKONA O HRVATSKOM DRŽAVLJANSTVU IZ 2011.

Dr. sc. Frane Staničić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 342.71(497.5)(094.5)
Ur: 23. veljače 2012.
Pr.: 2. listopada 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Hrvatski sabor je 28. listopada 2011. godine donio Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o hrvatskom državljanstvu. Ovo je treća izmjena navedenoga Zakona i prema mišljenju autora, najznačajnija. Zakonodavac je ovim izmjenama i dopunama pokušao riješiti određene probleme koji su se tijekom primjene Zakona o hrvatskom državljanstvu, koji je od novele iz 1992. godine u primjeni u praktički neizmijenjenom obliku (osim izmjene nakon odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske kojom je ukinut čl. 26. st. 3.), pojavili u upravnoj i upravnosudskoj praksi, a koje je do sada, dijelom neuspješno, rješavao Ustavni sud Republike Hrvatske. Autor će u radu analizirati najznačajnije promjene koje donosi ova novela Zakona o hrvatskom državljanstvu te dati odgovor na pitanje jesu li te promjene riješile otvorena pitanja koja su, dobrim dijelom, manje pravne, a više političke prirode.

Ključne riječi: *državljanstvo, prirođenje (naturalizacija), neprekidni boravak, pripadnik hrvatskoga naroda, iseljenik.*

1. UVOD

Unatoč činjenici da većina stanovnika neke države ujedno pripada i krugu njenih državljana, te posljedično nisu zainteresirani za pitanja vezana uz institut državljanstva,¹ ovaj je institut iznimno značajan u korpusu javnog prava. Naime,

¹ Državljanstvo se može definirati kao posebna pravna spona koja veže pojedinca i državu, a karakterizira ga složeni splet prava i obveza koje nastaju između državljanina i države. V. u: Medvedović, D., Federal and republican citizenship in the former SFR Yugoslavia at the time of its dissolution, *Croatian Critical Law Review*, vol. 3, br. 1-2, 1998., str. 21. Krbek definira državljanstvo kao „pravno pripadanje nekoga čovjeka određenoj državi. Državljanstvo znači naročitu, trajnu pravnu vezu, koja veže pojedinca s određenom državom, dajući mu posebno pravno stanje (status), tj. krug prava i dužnosti“. V. u: Krbek, I., *Upravno*

svaka država „ljubomorno“ čuva pravo na određivanje tko spada među njene državljane i kako se stječe njeno državljanstvo. Državljanstvo je često predmet čežnje osoba koje nemaju niti jedno državljanstvo (apatridi), pa i ne uživaju zaštitu niti jedne države. Osim toga, status državljanina omogućava ostvarenje niza prava koja većinom uzimamo zdravo za gotovo, ali koja su usko vezana uz status državljanina neke zemlje (pravo na ulazak u državnu službu, diplomatska zaštita, pravo boravka na teritoriju, izdavanje osobnih dokumenata, prava na socijalnu, zdravstvenu i drugu zaštitu). S obzirom na stupanj prava koje u određenoj državi mogu ostvariti, položaj državljanina i stranca, unatoč njihovom približavanju tijekom vremena, nipošto nije isti. Zbog toga mnogi stranci koji žive izvan zemlje svog državljanstva podnose zahtjev za primitak u državljanstvo države u kojoj borave. U ovom će radu autor analizirati odredbe Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o hrvatskom državljanstvu iz 2011. godine. Ovim Zakonom izmijenjen je Zakon o hrvatskom državljanstvu po prvi puta nakon 1993. godine. Autor smatra da su te izmjene unijele važne promjene u hrvatsko državljanstvo, te da su riješile određene probleme koji su se javili u njemu od 8. listopada 1991. godine i stupanja na snagu Zakona o hrvatskom državljanstvu. Međutim, isto tako smatra da su određeni problemi, od kojih su neki prvenstveno političke naravi, ostali neriješeni, a prema svemu sudeći, niti neće biti riješeni u dogledno vrijeme.

2. DRŽAVLJANSTVO U REPUBLICI HRVATSKOJ

Ustav Republike Hrvatske iz 1990. godine² propisao je da se hrvatsko državljanstvo, njegovo stjecanje i prestanak uređuju zakonom (čl. 9. st. 1.). Osim toga, naš Ustav³ propisuje da državljanin RH ne može biti prognan iz Republike Hrvatske niti mu se može oduzeti državljanstvo, a ne može biti ni izručen drugoj državi, osim ako se mora izvršiti odluka o izručenju ili predaji donesena u skladu s međunarodnim ugovorom ili pravnom stečevinom Europske unije (čl. 9. st. 2.). Slijedeći ustavnu odredbu, tadašnji Sabor Republike Hrvatske donio je na sjednici 26. lipnja 1991. Zakon o hrvatskom državljanstvu (dalje u radu: ZHD)⁴ koji je stupio na snagu 8. listopada 1991. godine.

pravo FNRJ, Izdanje biroa za izradu obrazaca izdavačko-štamparskog preduzeća, Beograd, 1955., str. 203.

Popović ga definira kao „stalan pravni odnos izvesnog lica (državljanina) prema državi iz kojeg proističu posebna prava i dužnosti za državljane sve dok se po naročitom postupku taj odnos ne raskine...“. V. u: Popović, S., Upravno pravo opšti deo, Savremena administracija, Beograd, 1985., str. 327.

2 NN br. 56/90.

3 NN br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01 i 76/10.

4 NN br. 53/91.

Sukladno ZHD-u, čl. 30. st. 1. hrvatskim su se državljanima smatrale one osobe koje su 8. listopada 1991. bile hrvatski republički državljani,⁵ odnosno koje su taj status stekle prema prije važećim hrvatskim republičkim zakonima o državljanstvu.⁶ Osobe koje nisu bile smatrane hrvatskim državljanima na temelju čl. 30. st. 1. ZHD-a jer ga do tada nisu stekle, niti su iskoristile svoje pravo da im se prizna status hrvatskih državljanina na temelju čl. 30. st. 2. ZHD-a, (dakle nisu dale pisanu izjavu da se smatraju hrvatskim državljanima, a imale su 8. listopada 1991. prijavljeno prebivalište u RH najmanje 10 godina) postale su stranci.

Danas je institut državljanstva u RH uređen ZHD-om, koji je mijenjan tri puta: 1992.,⁷ 1993.⁸ i 2011. godine.⁹ Izmjene i dopune ZHD-a iz 2011. godine predmet su razmatranja u ovom radu.

3. ZAKON O IZMJENAMA I DOPUNAMA ZAKONA O HRVATSKOM DRŽAVLJANSTVU

Hrvatski sabor je na sjednici 28. listopada 2011. godine, većinom glasova (76 glasova za, jedan suzdržan, nitko protiv)¹⁰ donio Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o hrvatskom državljanstvu (dalje u radu: ZIDZHD)¹¹ koji je, sukladno čl. 22., stupio na snagu 1. siječnja 2012. godine.

5 Budući da je tadašnja država bila federacija, postojalo je „dvojno“ državljanstvo – savezno i republičko. Sve su republike donijele svoje zakone o državljanstvu: Zakon o državljanstvu NR Bosne i Hercegovine, Službeni list BiH br. 5/1950, Zakon o državljanstvu NR Crne Gore, Službeni list NRCG, br. 3-4/1950., Zakon o državljanstvu NR Hrvatske, Narodne novine br. 23/1950, Zakon na državljanstvo na NR Makedonija, Službeni vesnik na NRM br. 16/1950., Zakon o državljanstvu LR Slovenije, Uradni list LRS, br. 20/1950 i Zakon o državljanstvu NR Srbije, Službeni list NRS, br. 5/1950. Sve republike donijele su nove zakone o državljanstvu 1965. (nakon donošenja novog saveznog zakona 1964.) i 1977. godine (nakon donošenja novog saveznog zakona 1976.). V. u: Medvedović, D., op. cit., str. 39. i 40.

Prema tome, svaki je jugoslavenski državljanin ujedno bio i državljanin jedne od republika. Naime, prema zakonskom principu ekskluzivnosti republičkog državljanstva, jugoslavenski je državljanin mogao imati samo jedno republičko državljanstvo.

6 Tako i *ibid.*, str. 53.

7 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o hrvatskom državljanstvu, NN br. 28/92.

8 Odluka Ustavnog suda RH U-I-206/1992., U-I-207/1992., U-I-209/1992. i U-I-222/1992. (NN br. 113/1993). Sukladno tadašnjoj odredbi čl. 26. st. 3. ZHD-a, motivi rješenja o odbijanju nisu se morali obrazložiti, nego se u obrazloženju rješenja samo navodilo da, sukladno čl. 26. st. 3. zakona u „obrazloženju rješenja o odbijanju zahtjeva za stjecanje državljanstva ne moraju biti navedeni razlozi za odbijanje zahtjeva“. Ova je odredba dovela do praktične nemogućnosti ocjene zakonitosti takvih rješenja te je stvorila niz političko-pravnih problema, koji su rezultirali ovom važnom odukom Ustavnog suda Republike Hrvatske o ukidanju čl. 26. st. 3. ZHD-a.

9 U NN je objavljen i ispravak ZHD-a, br. 70/91.

10 Dnevni red 24. sjednice Hrvatskog sabora, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?sec=4330>, pristupljeno 17. siječnja 2012.

11 NN br. 130/11.

3.1. Terminološka usklađenja, jasnije određivanje nadležnosti i brisanje „redundantnih“ odredaba

Ovim su Zakonom, s tehničke strane, izvršena usklađivanja s promjenama u terminologiji, pa je, tako, čl. 21. ZIDZHD-a propisano da se u „cijelom tekstu Zakona o hrvatskom državljanstvu ... riječi: »teritorij Republike Hrvatske«, »policajska stanica« i »diplomatsko ili konzularno predstavništvo«, zamjenjuju (se) riječima: »područje Republike Hrvatske«, »policajska postaja« i »diplomatska misija ili konzularni ured« u odgovarajućem broju i padežu“.

Osim toga, budući da je Obiteljskim zakonom iz 2003. godine¹² uklonjena razlika između usvojenja s roditeljskim i usvojenja sa srodničkim učinkom koja je bila propisana Obiteljskim zakonom iz 1998. godine,¹³ te je uspostavljeno jedinstveno posvojenje,¹⁴ čl. 1. ZIDZHD-a je iz čl. 4. st. 2. ZHD-a brisana sintagma „sa srodničkim učinkom“. Sukladno navedenom, zbog promjena koje su se dogodile u zakonodavstvu o položaju stranaca, izmijenjena je i terminologija o mogućnosti stjecanja hrvatskoga državljanstva stranca koji je u braku s hrvatskim državljaninom, tako da se ne traži da stranac ima „stalno nastanjenje“, nego da ima odobren „stalni boravak i živi“ (čl. 4. ZIDZHD-a).

Međutim, donošenjem ZIDZHD-a došlo je i do određene terminološke neusuglašenosti. Naime, u dosadašnjim tekstovima ZHD-a navodi se kao nadležno „Ministarstvo unutarnjih poslova“, dok sada, prema noveli, imamo, uz zadržavanje sintagme „Ministarstvo unutarnjih poslova“ i sintagmu „ministarstvo nadležno za unutarnje poslove“ (čl. 36. noveliranoga ZHD-a), što je nepotrebno. Isto tako, uvodi se dihotomija korištenjem sintagme „ministar unutarnjih poslova“ i „ministar nadležan za unutarnje poslove“. Sve ovo otežava, ili onemogućava izradbu pročišćenoga teksta zakona.

Uklonjene su i određene nejasnoće. Primjerice, umjesto propisivanja da „poslove državljanstva obavlja ministarstvo unutarnjih poslova, a rješenja o stjecanju i prestanku državljanstva donosi ministar unutarnjih poslova“ propisano je da „Ministarstvo unutarnjih poslova obavlja poslove u svezi sa stjecanjem hrvatskog državljanstva prirođenjem i po međunarodnim ugovorima te poslove u svezi s prestankom hrvatskog državljanstva“ (čl. 12. ZIDZHD-a) što je ispravnije, jer je dio poslova državljanstva u nadležnosti tijela državne uprave (matični uredi).¹⁵

12 NN br. 116/03.

13 NN br. 162/98.

14 Alinčić, M.; Hrabar, D.; Jakovac-Lozić, D.; Korać, A., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 321.

15 Sukladno čl. 27. st. 1. ZHD-a, evidencije o državljanstvu vode matični uredi, koji (prema mjestu rođenja osobe), sukladno čl. 27. st. 3. ZHD-a upisuju u evidenciju o državljanstvu osobe rođene u Republici Hrvatskoj, dok se osobe rođene u inozemstvu upisuju u evidenciju državljanstva koja se vodi prema mjestu prebivališta osobe koja podnosi zahtjev za stjecanje hrvatskoga državljanstva (čl. 27. st. 3. ZHD-a). Osim toga, matični uredi, sukladno čl. 28. st. 1. ZHD-a izdaju domovnice kao javne isprave kojima se dokazuje hrvatsko državljanstvo (uz važeću osobnu iskaznicu, putovnicu i vojnu iskaznicu).

Sukladno Obrazloženju koje je bilo sastavni dio Konačnog prijedloga ZIDZHD-a,¹⁶ brisane su određene odredbe koje „nisu nikad zaživjeli u primjeni, odnosno nisu konzumirani kroz praksu“.¹⁷ Radi se o odredbi čl. 13. st. 2. ZHD-a koja je propisivala da hrvatsko državljanstvo stječe prirođenjem maloljetno dijete osobe „koja je rođena na teritoriju Republike Hrvatske“ kada takva osoba prirođenjem stekne hrvatsko državljanstvo te o odredbi čl. 14. ZHD-a koja je propisivala da maloljetno dijete stranog državljanstva ili bez državljanstva, koje je hrvatski državljanin usvojio s roditeljskim učinkom stječe hrvatsko državljanstvo na zahtjev usvojitelja, iako ne udovoljava pretpostavkama iz članka 8. stavka 1. točaka 1.-4. ZHD-a.

3.2. Promijenjeni uvjeti za stjecanje hrvatskoga državljanstva naturalizacijom

Najznačajnije izmjene koje su se dogodile stupanjem na snagu ZIDZHD-a, tiču se stjecanja hrvatskoga državljanstva prirođenjem (naturalizacijom).¹⁸ Naime, zakonodavac je odabrao pooštriti uvjete za stjecanje hrvatskoga državljanstva (redovnim putem, a u određenim slučajevima¹⁹ i kada se državljanstvo stječe pod povoljnijim uvjetima).

3.2.1. Pooštrenje uvjeta boravka u RH

Članak 2. ZIDZHD-a mijenja uvjete za stjecanje hrvatskoga državljanstva na zahtjev stranca tako da uvodi uvjet da se mora raditi o strancu koji u RH ima odobren „status stranca na stalnom boravku“²⁰ te koji u RH *živi* i ima prijavljeni boravak 8 godina neprekidno prije podnošenja zahtjeva za stjecanje hrvatskoga državljanstva. Prije ovih izmjena i dopuna, bilo je dostatno da se radi o strancu „koji je do podnošenja zahtjeva imao prijavljen boravak najmanje pet godina neprekidno na teritoriju Republike Hrvatske“.²¹ Jasno je, na prvi pogled, da su novi uvjeti puno stroži od prijašnjih. Uzmimo, za početak, uvjet da se mora raditi

Uz matične urede, poslove vođenja evidencija o državljanstvu obavlja i gradski ured za opću upravu Grada Zagreba koji vodi središnju evidenciju u koju se upisuju osobe koje stječu hrvatsko državljanstvo temeljem ZHD-a, a nemaju prebivalište u RH (čl. 27. st. 5. i 6.).

16 Dostupno na: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=41501>, pristupljeno: 17. siječnja 2012.

17 Čl. 6. ZIDZHD-a brisan je čl. 13., st. 2. ZHD-a, a čl. 7. ZIDZHD-a brisan je čl. 14. ZHD-a.

18 „Prirođenje je ... poseban način stjecanja državljanstva na vlastitu molbu osobe koja to želi. Za stjecanje državljanstva na temelju prirođenja potrebno je, uz zahtjev zainteresirane osobe, ispunjenje određenih pretpostavki predviđenih zakonom i akt nadležnog državnog tijela“. V. u: Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 180.

19 V. čl. 3. ZIDZHD-a. Osoba koja je rođena na području RH mogla je steći hrvatsko državljanstvo prirođenjem ako je ispunjavala uvjet prijavljenog boravka najmanje pet godina, a sada se za osobu koje je rođena na području RH traži da ima odobren stalni boravak.

20 V. čl. 2. st. 2. ZIDZHD-a.

21 V. čl. 9. t. 3. Zakona o hrvatskom državljanstvu (NN br. 53/91, 70/91, 28/92 i 113/93).

o strancu na stalnom boravku. Položaj stranaca u RH uređuje Zakon o strancima,²² a stalni boravak uređen je čl. 92.-99. ovoga Zakona. Prema Zakonu o strancima, stalni boravak može se odobriti strancu koji do dana podnošenja zahtjeva ima neprekidno²³ 5 godina odobren privremeni boravak u Republici Hrvatskoj, uz uvjet da na dan podnošenja zahtjeva stranac mora imati odobren privremeni boravak u RH.²⁴ Uz navedene uvjete, stranac koji želi dobiti status stranca na stalnom boravku mora zadovoljiti i niz posebnih uvjeta: 1. imati valjanu stranu putnu ispravu, 2. imati sredstva za uzdržavanje, 3. imati zdravstveno osiguranje, 4. poznavati hrvatski jezik i latinično pismo te hrvatsku kulturu i društveno uređenje te 5. ne smije predstavljati opasnost za javni poredak, nacionalnu sigurnost ili javno zdravlje.²⁵

Prije stupanja na snagu ZIDZHD-a, upravna praksa i upravnosudska praksa niz su godina zauzimali stav da je za stjecanje hrvatskoga državljanstva potreban *i* faktični, a ne samo pravni boravak stranca u RH. Ovo zorno pokazuje presuda Upravnog suda RH kojom sud odbija tužbu i potvrđuje rješenje Ministarstva unutarnjih poslova nalazeći da samo faktični boravak u Hrvatskoj može pružiti stranom državljaninu priliku „da se srodi sa hrvatskom kulturom i običajima“.²⁶ Ova praksa²⁷ Upravnog suda RH postojala je niz godina, unatoč vrlo preciznom suprotnom stavu Ustavnog suda RH.²⁸ Najranija odluka²⁹ Ustavnog suda RH u kojoj je izraženo stajalište suprotno onome Upravnog suda RH prema Šprajcu³⁰ potječe iz 1997. godine. Međutim, prema Šprajcu, Upravni sud RH donosio je suprotne presude dugo nakon citirane odluke Ustavnog suda, sve do 17. ožujka 2001., kada je na sjednici sudaca Upravnog suda RH prihvaćena promjena ustaljene prakse. Ipak, pregledom dostupnih odluka Ustavnog suda RH nije pronađena niti jedna odluka kojom se ukida presuda Upravnog suda RH donesena nakon 30. travnja 1997. godine, a u kojoj bi Upravni sud RH zauzeo stav da je za stjecanje hrvatskoga državljanstva potreban *i* faktični, a ne samo pravni boravak stranca u RH. I Šprajc,

22 NN br. 130/11, stupio na snagu (osim odredaba propisanih čl. 238.) 1. siječnja 2012.

23 „Smatra se da je stranac neprekidno boravio u Republici Hrvatskoj i ako je u razdoblju od 5 godina izbivao iz Republike Hrvatske višekratno do 10 mjeseci ukupno ili jednokratno do 6 mjeseci“. V. čl. 92. st. 2. Zakona o strancima.

24 Čl. 92. st. 3. Dakako, postoje i određene iznimke, uređene čl. 93. Zakona o strancima (izbjeglice, stranac koji je imao prebivalište u Republici Hrvatskoj na 8. listopada 1991. godine, a koji je korisnik programa povratka ili obnove ili stambenog zbrinjavanja, što se dokazuje potvrdom nadležnog državnog tijela za izbjeglice i za kojeg je utvrđeno da se vratio s namjerom da trajno živi u Republici Hrvatskoj te djeca stranaca koji imaju odobren stalni boravak).

25 V. čl. 96. st. 1. Zakona o strancima.

26 Presuda Upravnog suda RH br. US-4986/1995 od 24. listopada 1996., v. u: Šprajc, I., Stjecanje hrvatskog državljanstva i praksa Upravnog suda RH, u: Hrvatsko pravosuđe: pouke i perspektive, Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava i *Netherlands Helsinki Comitee*, Zagreb, 2002., str. 231.

27 V. primjerice presude Upravnog suda RH Us-3151/1996-4 od 9. travnja 1997., Us-277/1996-4 od 28. studenog 1996., Us-929/1996-6 od 11. prosinca 1996.

28 Šprajc, I., op. cit., str. 232.

29 U-III-420/1996 od 30. travnja 1997.

30 Šprajc, I., op. cit., str. 232.

premda je citirani rad iz 2002. godine, ne navodi takve presude Upravnog suda RH novijeg datuma od 4. travnja 1997. godine. Međutim, iz Zaključka³¹ sjednice sudaca Upravnog suda Republike Hrvatske od 24. ožujka 2003. mogao bi se izvući zaključak da Upravni sud ni tada nije prihvaćao stav Ustavnog suda RH. Navedeni Zaključak glasi: „Pretpostavka iz članka 8. stavka 1. točke 3. Zakona o hrvatskom državljanstvu (‘‘Narodne novine’’ broj 53/91, 28/92 i 113/93), za stjecanje hrvatskog državljanstva prirođenjem ispunjena je ako je stranac u vrijeme podnošenja zahtjeva imao neprekinuti prijavljeni boravak na području Republike Hrvatske najmanje pet godina, bez obzira što je u tijeku trajanja postupka za primitak u hrvatsko državljanstvo doneseno rješenje o prestanku njegovog trajnog nastanjenja u Republici Hrvatskoj’’.³² Iz navednoga bi se moglo zaključiti da je Upravni sud RH nakon 2003. godine zauzeo stav da prestanak trajnog nastanjenja nije smetnja za stjecanje hrvatskoga državljanstva ako je nastupio *za vrijeme samog postupka*, ali da i dalje smatra da bi prestanak trajnog nastanjenja, odnosno faktičnog boravka, *prije podnošenja zahtjeva* bio³³ zapreka stjecanju hrvatskoga državljanstva. Naime, čak i ako bi trajno nastanjenje prestalo, nitko nije mogao spriječiti stranca da potom prijavi privremeni (kratkotrajni) boravak, odnosno produženi (privremeni) boravak, što je bio boravak koji se računao u neprekidni.³⁴ S druge strane, Upravni je sud RH inzistirao na apsolutnom ispunjavanju svih zakonskih uvjeta, te je, u slučajevima ako stranka ne bi do trenutka podnošenja zahtjeva ispunila uvjet neprekidnog boravka najmanje 5 godina, odbijao tužbe stranke jer je, primjerice, stranci nedostajalo 6 dana do punih 5 godina neprekidnog boravka.³⁵ Neki autori, zato smatraju da je Upravni sud RH pokazivao tendenciju presuđivanja na štetu stranaca - podnositelja zahtjeva.³⁶ Može se reći da je praksa Upravnog suda RH do donošenja odluka Ustavnog suda RH suprotnog stajališta bila stvorena tumačenjem ZHD-a od strane Upravnog suda RH na koju je imao pravo, iako se osobno s takvom praksom autor ne slaže i smatra, da je bila pogrešna i suprotna cilju i svrsi ZHD-a, što je i potvrdio Ustavni sud RH. Naravno, naknadna praksa suprotna stavu Ustavnog suda RH, ako je stvarno postojala, bila je nedopustiva.

31 Dostupan na: <http://www.upravisudrh.hr/praksa/frames.php>, pristupljeno 26. siječnja 2012.

32 Upravni sud RH je u svojoj praksi do donošenja ovog Zaključka zastupao stav, koji zaslužuje kritiku, da ako tijekom postupka za stjecanje hrvatskoga državljanstva prestane neprekidni boravak u RH, prestaje postojati i pretpostavka iz čl. 8. st. 1. t. 3. ZHD-a. V., primjerice, presudu Us-929/1996-6 od 11. prosinca 1996. ZHD je u čl. 8. st. 1. t. 3. izričito propisivao (‘‘da je do podnošenja...’’) da ta pretpostavka mora biti ispunjena *prije* pokretanja postupka, stoga je irelevantno je li nekada u budućnosti, a za vrijeme trajanja postupka, prestane postojati. Jednako stajalište Ustavnog suda RH v. u: U-III/2177/2001 od 15. veljače 2002. (NN br. 19/02).

33 Postupak donošenja rješenja o prestanku trajnog nastanjenja pokretao bi se ako bi stranac napustio RH na dulje od godinu dana o čemu ne bi obavijestio nadležno tijelo, nap. a.

34 V. presudu Us-4588/1993 od 9. lipnja 1993. godine u: Upravni sud Republike Hrvatske Zbornik odluka 1977.-2002., Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 624.

35 Presuda Us-9186/1995 od 3. rujna 1998. V. u: *ibid.*, str. 626.

36 Šprajc, I., op. cit., str. 233.

Ustavni je sud svoje stajalište da je za stjecanje hrvatskoga državljanstva dovoljan „samo“ pravni boravak stranca u RH temeljio na tomu da je ZHD-om napravljena jasna distinkcija kada se traži faktični, a kada samo pravni boravak stranca u RH. Prema tomu, stav upravnog tijela (ministarstva unutarnjih poslova) i Upravnog suda RH bili su suprotni zakonu, odnosno Ustavni je sud smatrao „...da takvo tumačenje navedene odredbe Zakona o hrvatskom državljanstvu ne proizlazi iz njezinog sadržaja jer fizička prisutnost podnositelja zahtjeva na teritoriju Republike Hrvatske u vrijeme rješavanja zahtjeva nije propisana naznačenom odredbom, niti se iz neke druge odredbe tog zakona može zaključiti da je fizička nazočnost osobe u Republici Hrvatskoj uvjet za njezin primitak u hrvatsko državljanstvo prirođenjem.“³⁷ Kada se analiziraju odredbe ZHD-a, jasno je vidljivo da postoji distinkcija između potrebe da se faktički boravi i potrebe da stranac ima „samo“ pravno prijavljen boravak pri stjecanju hrvatskoga državljanstva. Primjerice, čl. 5. st. 1.³⁸ razlikuje pojmove „prijavljenost“ i „nastanjivanje“. Jednako tako, čl. 19. st. 1. ZHD-a (prije novele iz 2011.) referira se na osobu koja je nastavila „živjeti“ u RH.³⁹ Stoga za stjecanje hrvatskoga državljanstva do novele iz 2011. nije bilo potrebno da stranac i faktički boravi u RH, nego je bilo dovoljno, uz zadovoljavanje ostalih zakonom propisanih pretpostavki, da stranac ima prijavljen boravak u RH pet godina.

Donošenjem ZIDZHD-a zakonodavac je zauzeo stav da je za stjecanje hrvatskoga državljanstva neophodno da stranac i pravno *i faktično* boravi na području RH. Naime, ne samo da je propisano da je pretpostavka stjecanja hrvatskoga državljanstva status stranca na stalnom boravku,⁴⁰ nego je izričito propisano da stranac mora *živjeti*⁴¹ u RH s prijavljenim boravkom neprekidno osam godina.

Dotadno, takva je obveza izričito⁴² propisana i za stranca koji je u braku s

37 U-III/2125/2001 od 31. siječnja 2002. (Nn br. 14/02 i 17/02 – ispravak). V. i U-III/898/1997 od 18. prosinca 2000. (NN br. 8/01), U-III/945/1997 od 12. prosinca 2000. (NN br. 1/01) te U-III-1117/1997 od 12. srpnja 2001. (NN br. 67/01).

38 „Podrijetlom stječe hrvatsko državljanstvo dijete rođeno u inozemstvu, čiji je jedan roditelj u trenutku njegova rođenja hrvatski državljanin ako do navršene 18 godine života bude **prijavljeno** (istaknuo autor) radi upisa kao hrvatski državljanin kod nadležnog tijela Republike Hrvatske u inozemstvu ili u Republici Hrvatskoj ili se **nastani** (istaknuo autor) u Republici Hrvatskoj“.

39 Tako i Šprajc, I., op. cit., str. 231.

40 Da bi stranac stekao status stranca na stalnom boravku, neophodno je da faktički živi na području RH najmanje pet godina neprekidno, nap. a.

41 V. čl. 8. st. 1. t. 3. noveliranog ZHD-a.

42 Prema ZHD-u prije ove novele, stranac u braku s hrvatskim državljaninom mogao je steći hrvatsko državljanstvo prirođenjem pod povoljnijim uvjetima, ako mu je bilo odobreno trajno nastanjenje i ako je zadovoljavao pretpostavku u čl. 8. st. 1. t. 5. („uvjet lojalnosti“). Prema tome, iako obveza faktičnog boravka nije bila izričito propisana, ona je proizlazila iz tadašnjeg Zakona o kretanju i boravku stranaca (NN br. 53/91 i 22/1992) jer se strancu koji bi dulje od godinu dana boravio izvan RH, a o tome nije obavijestio nadležno tijelo ili ako bi iselio iz RH donosilo rješenje o prestanku trajnog nastanjenja (v. čl. 47. st. 1. t. 1. i čl. 47. st. 2. ovog Zakona).

hrvatskim državljaninom, kada želi steći hrvatsko državljanstvo prirođenjem pod povoljnijim uvjetima, budući da mora imati odobren stalni boravak i *živjeti* u RH.

Ovakvo zakonsko rješenje, iako odudara od dosadašnjeg stava Ustavnog suda, nije u suprotnosti s njegovom praksom. Naime, Ustavni sud nikada nije ustvrdio da bi postavljanje faktičnog boravka kao uvjeta za stjecanje hrvatskoga državljanstva bilo u suprotnosti s Ustavom RH, već da bi ono moralo izričito biti propisano zakonom.⁴³ Dakako, može se raspravljati o potrebi propisivanja obveze faktičnog boravka u RH radi stjecanja hrvatskog državljanstva, ali ova obveza nije neuobičajena u komparativnom pravu.⁴⁴

Budući da ZIDZHD ne propisuje, kao što to nije bilo uređeno niti ZHD-om, što se smatra neprekidnim boravkom, autor smatra da je potrebno primijeniti definiciju iz čl. 92. st. 2. Zakona o strancima, te posljedično, hrvatsko državljanstvo ne bi mogao steći stranac koji bi u propisanih dodatne najmanje 3 godine (5 godina je morao najmanje boraviti u RH da bi stekao status stranca s odobrenim stalnim boravkom) boravio izvan RH u vremenskom razdoblju koji bi se morao odrediti proporcionalno omjeru propisanom za stjecanje statusa stranca s odobrenim stalnim boravkom (u 5 godina 10 mjeseci u intervalima ili 6 mjeseci odjednom). Predlaže se da se dodatno propiše da neprekidni boravak u smislu čl. 8. t. 3. ZHD-a znači da je stranac u razdoblju od 8 godina izbivao iz RH višekratno do 14 mjeseci ili jednokratno do 8 mjeseci. Naime, u nedostatku izričitog zakonskog rješenja, autor smatra da je potrebno, radi postizanja usustavljene prakse, zauzeti jedinstveno stajalište, da ne bi dolazilo do proizvoljnih, *ad hoc* tumačenja, što se u pojedinom slučaju ima smatrati „neprekidnim boravkom“.

3.2.2. „Ispit znanja“ prilikom stjecanja hrvatskoga državljanstva prirođenjem

Osim navedenoga, u naše uređenje stjecanja državljanstva ZIDZHD uvodi jednu važnu, prema autorovom mišljenju, odavno nasušno potrebnu novinu. Naime, čl. 2. st. 3 ZIDZHD-a propisuje da će se „ispunjenje pretpostavke iz stavka 1. točke 4. ovoga članka...“⁴⁵ utvrditi „...provjerom poznavanja hrvatskog jezika i latiničnog pisma, kulture i društvenog uređenja“. Prema tomu, stranac koji želi steći hrvatsko

43 „Državljanstvo, naprotiv, predstavlja pravni odnos (pravnu vezu) između konkretnog pojedinca i određene države, koje se zasniva i uređuje pod pretpostavkama propisanim posebnim zakonom (Zakonom o hrvatskom državljanstvu) i iz kojeg nastaju uzajamna prava i obveze između dotičnog pojedinca i države. Državljanstvo, prema tome, ne treba miješati niti vezati uz nacionalnu pripadnost pojedinca ili uz njegovo etničko podrijetlo, vjersku pripadnost, osjećaj domoljublja i slično, osim ako posebnim zakonom neko od tih svojstava ne bude utvrđeno kao pravna pretpostavka za zasnivanje određenog pravnog odnosa, sve u skladu s Ustavom i odredbama međunarodnog prava.“ V. u: U-III/500/2000 od 5. srpnja 2000. (NN br. 70/00).

44 V. §. 8. st. 1. njemačkoga *Staatsangehörigkeitsgesetz*, *StAG*, čl. 316. *Immigration and Nationality Act* (SAD), čl. 2 t. a) *Schedule 1 British Nationality Act 1981.*, čl. 15. t. d) *Irish Nationality and Citizenship Act*. i čl. 10. st. 1. t. 3. Zakona o državljanstvu Republike Slovenije.

45 Poznavanje hrvatskoga jezika i latiničnog pisma, hrvatske kulture i društvenog uređenja.

državljanstvo morat će, osim u slučajevima⁴⁶ kada je sukladno zakonu, oslobođen od zadovoljavanja ove pretpostavke, „položiti ispit“ da bi dokazao da zadovoljava ovu pretpostavku. Obvezu poznavanja hrvatskoga jezika i latiničnog pisma propisivao je i Zakon o strancima⁴⁷ da bi stranac mogao dobiti status stranca na stalnom boravku. Propisuje je i važeći Zakon o strancima, ali je i dodatno proširuje i na poznavanje hrvatske kulture i društvenog uređenja. Uređenje prema „starom“ Zakonu o strancima sadržavalo je jednak problem koji je postojao i prema Zakonu o hrvatskom državljanstvu prije izmjena i dopuna iz 2011. godine. Naime, nije bio propisan način provođenja provjere zadovoljavanja ove pretpostavke, osim što je Pravilnikom o statusu i radu stranaca u Republici Hrvatskoj⁴⁸ propisano da stranac pri predavanju zahtjeva za izdavanje odobrenja za stalni boravak prilaže potvrdu visokog učilišta Republike Hrvatske o poznavanju hrvatskoga jezika i latiničnog pisma (čl. 22.). Budući da novi Zakon o strancima sadržava uvjet „poznavanja hrvatskog jezika, latiničnog pisma, hrvatske kulture i društvenog uređenja“ da bi stranac dobio status stranca na stalnom boravku, moglo bi se postaviti pitanje opravdanosti potrebe da stranac koji već ima odobren status stranca s odobrenim stalnim boravkom u trenutku podnošenja zahtjeva za stjecanjem hrvatskoga državljanstva ponovno dokazuje da zadovoljava navedenu pretpostavku.

Ipak, Zakon o strancima propisuje⁴⁹ da se provodi ispit iz poznavanja hrvatskoga jezika i latiničnog pisma kojega mogu provoditi visoka učilišta, srednjoškolske ustanove i ustanove za obrazovanje odraslih koje na temelju odobrenja ministarstva nadležnog za obrazovanje izvode programe iz hrvatskoga jezika. Zakon propisuje obvezu pohađanja tečaja hrvatskoga jezika za strance koji ne poznaju hrvatski jezik u trajanju od 150 sati (čl. 97. st. 5.). Osim toga, Zakon propisuje da će nadležni ministri propisati program učenja hrvatskog jezika i latiničnog pisma, način polaganja ispita i visinu troškova koji su obvezni snositi polaznici (čl. 232. st. 3.). Nažalost, Zakonom o strancima dani rok za donošenje provedbenih propisa je dug (10 mjeseci⁵⁰ od njegovog stupanja na snagu, čl. 233.), te oni još nisu doneseni, pa je čl. 237. st. 2. produljeno važenje provedbenih propisa donesenih na temelju starog Zakona o strancima (ako nisu u suprotnosti s odredbama novog zakona).

Međutim, čl. 97. st. 2. Zakona o strancima propisuje da se poznavanje hrvatske kulture i društvenog uređenja dokazuje „popunjavanjem upitnika u postupku odobrenja stalnog boravka“. Osim toga, stranac koji je samostalno popunio navedeni upitnik ne mora polagati ispit iz hrvatskoga jezika i latiničnog pisma (čl. 97. st. 4.). Stoga, Zakon o strancima ne osigurava stvarno utvrđivanje da stranac koji traži ostvarenje statusa stranca s odobrenim stalnim boravkom zaista poznaje hrvatski jezik i latinično pismo te hrvatsku kulturu i društveno uređenje. Iz navedenoga slijedi da je opravdano i u postupku prirođenja provesti postupak dokazivanja poznavanja

46 Kada se, sukladno čl. 8. st. 5. noveliranog ZHD-a, radi o osobama starijima od 60 godina.

47 NN br. 79/07 i 36/09.

48 NN br. 36/08.

49 Čl. 97. st. 1.

50 Najkasnije 1. studenog 2012. godine, nap. a.

hrvatskoga jezika, latiničnog pisma, hrvatske kulture i društvenog uređenja.

Način provjere poznavanja hrvatskoga jezika i latiničnog pisma, kulture i društvenog uređenja propisat će, sukladno čl. 18. st. 3. ZIDZHD-a, ministar nadležan za unutarnje poslove pravilnikom, uz suglasnost ministara nadležnih za obrazovanje i kulturu i to u roku od šest mjeseci⁵¹ od dana stupanja na snagu ZIDZHD-a. Ova odredba može prouzrokovati određene praktične probleme u primjeni Zakona. Naime, nakon izmjena i dopuna, čl. 8. Zakona o hrvatskom državljanstvu glasi:

„Prirođenjem može steći hrvatsko državljanstvo stranac koji je podnio zahtjev za primanje u hrvatsko državljanstvo ako udovoljava ovim pretpostavkama:

1. da je navršio 18 godina života te da mu nije oduzeta poslovna sposobnost;
2. da ima otpust iz stranog državljanstva ili da podnese dokaz da će otpust dobiti ako bude primljen u hrvatsko državljanstvo;
3. da živi u Republici Hrvatskoj s prijavljenim boravkom 8 godina neprekidno do podnošenja zahtjeva i ima odobren status stranca na stalnom boravku;
4. da poznaje hrvatski jezik i latinično pismo, hrvatsku kulturu i društveno uređenje;
5. da se iz njegova ponašanja može zaključiti da poštuje pravni poredak i običaje u Republici Hrvatskoj.

Smatrat će se da je udovoljeno pretpostavci iz točke 2. stavka 1. ovoga članka, ako je zahtjev podnijela osoba koja je bez državljanstva ili koja će ga prema zakonu zemlje čiji je državljanin izgubiti samim prirođenjem.

Ako strana država ne dopušta otpust ili za otpust postavlja pretpostavke kojima se ne može udovoljiti, dovoljna je izjava osobe koja je podnijela zahtjev da se pod pretpostavkom stjecanja hrvatskog državljanstva odriče stranog državljanstva.

Ispunjenje pretpostavke iz stavka 1. točke 4. ovoga članka, utvrđuje se provjerom poznavanja hrvatskog jezika i latiničnog pisma, kulture i društvenog uređenja.

Osobe starije od 60 godina ne moraju ispunjavati pretpostavke iz stavka 1. točke 4. ovoga članka.“

Prema tomu, hrvatsko državljanstvo, osim u slučajevima kada je zabačen uvjet zadovoljavanja pretpostavke propisane čl. 8. st. 1. t. 4., ne može se steći bez obavljene provjere poznavanja hrvatskoga jezika i latiničnog pisma, kulture i društvenog uređenja, čiji rezultati moraju biti pozitivni. Stoga, dok ministar ne donese pravilnik iz čl. 18. st. 3. ZIDZHD-a, neće biti moguće stjecanje hrvatskoga državljanstva prirođenjem (redovitim putem). Naime, budući da ZIDZHD propisuje samo da će se *započeti* postupci stjecanja hrvatskoga državljanstva „završiti po odredbama Zakona o hrvatskom državljanstvu (»Narodne novine«, br. 53/91., 70/91. – ispravak, 28/92. i 113/93.)“, nema mogućnosti da se do donošenja pravilnika hrvatsko državljanstvo stekne prema prijašnjim pravilima, ako postupak nije pokrenut prije 1. siječnja 2012. Ovdje se ukazuje na „vječnu“ boljku hrvatskoga sustava donošenja zakona. Zakoni i provedbeni propisi potrebni za uspješno provođenje zakona morali bi se donositi

51 Prema tome, najkasnije do 1. srpnja 2012. godine.

simultano, inače zakon ostaje neprovediv – mrtvo slovo na papiru. Nažalost, u našoj je zemlji iznimna rijetkost ne da se provedbeni propisi donesu simultano sa zakonom, nego da se donesu u zakonom propisanom roku. O tom problemu se u našoj pravnoj znanosti već pisalo⁵², ali nažalost, ne vidi se pomak u pravom smjeru.

3.2.3. Pripadnik hrvatskoga naroda i iseljenik iz RH

Značajne novosti propisane ZIDZHD-om tiču se i definiranja „pripadnika hrvatskog naroda“ i „iseljenika iz RH“. Naime, Zakon o hrvatskom državljanstvu propisivao je da „pripadnik hrvatskog naroda koji nema prebivalište u Republici Hrvatskoj, može steći hrvatsko državljanstvo ako udovoljava pretpostavkama iz članka 8. stavka 1. točke 5. ovoga zakona i daje pisanu izjavu da se smatra hrvatskim državljaninom“.⁵³ Dakle, pripadnik hrvatskoga naroda može steći hrvatsko državljanstvo pod povoljnijim uvjetima.⁵⁴ Međutim, nikada nije bilo propisano koga se može smatrati „pripadnikom hrvatskog naroda“, što je ispravljeno ZIDZHD-om. Budući da do donošenja ZIDZHD-a nije bio propisan način utvrđivanja pripadnosti hrvatskom narodu, praksa je morala uspostaviti neke „svoje“ načine kojima se može utvrditi je li neka osoba pripadnik hrvatskoga naroda. Uobičajeno je bilo dokazivanje pripadnosti hrvatskom narodu na temelju isprava u koje je bio upisan podatak o narodnosti. Ustavni sud RH također je prihvatio ovu praksu kao ustaljenu, te ju nije dalje problematizirao.⁵⁵ Međutim, ovo je često bio *jedini* kriterij za dokazivanje pripadnosti hrvatskom narodu. Tako je Upravni sud RH nalazio

52 Ovaj problem postojao je i u Jugoslaviji, v. primjerice: Ivančević, V., *Institucije upravnog prava*, Informator, 1983., str. 92., 104.-105. te je nastavio egzistirati i u RH. V., primjerice u: Džinić, J., *Regulacijska tijela i regulacija: neki problemi u pogledu (ne)donošenja uredbi za izvršenje zakona, Hrvatska i komparativna javna uprava*, vol. 11, br. 3., 2011., str. 651.-680.

53 Dakle, ako zadovoljava „uvjet lojalnosti“. Ovakav tekst proizvod je izmjena i dopuna ZHD-a iz 1992. Izvorni tekst zakona propisivao je i obvezu zadovoljavanja uvjeta poznavanja hrvatskoga jezika i latiničnog pisma, nap. a.

54 Ovakve su odredbe uobičajene u zakonima o državljanstvu država koje imaju raširenu dijasporu. V., primjerice, čl. 16. *Irish nationality and Citizenship Act*, čl. 5. st. 2. t. a) grčkog Zakona o državljanstvu.

Hrvatski sabor je na sjednici 21. listopada 2011. donio Zakon o odnosima Republike Hrvatske s Hrvatima izvan Republike Hrvatske (NN br. 124/2011 i 16/2012) u kojem je propisano da će se „Sukladno Zakonu o hrvatskom državljanstvu, ubrzat (će se) primitak u hrvatsko državljanstvo Hrvata izvan Republike Hrvatske“ (čl. 36.). Navedeni Zakon razlikuje tri kategorije osoba koje se smatraju „Hrvatima izvan RH“:

– pripadnici suverenog i konstitutivnog hrvatskoga naroda u Bosni i Hercegovini (u daljnjem tekstu: Hrvati u Bosni i Hercegovini),

– pripadnici hrvatske manjine u europskim državama (u daljnjem tekstu: hrvatska manjina) i

– Hrvati iseljenici u prekomorskim i europskim državama i njihovi potomci (u daljnjem tekstu: hrvatsko iseljenišvo/dijaspora) (čl. 2.).

55 „Stoga, donesenim odlukama, u konkretnom slučaju, na temelju tako utvrđenih činjenica, nadležna tijela nisu odstupila od ustaljene pravne prakse u ovakvim predmetima, koja se temelji upravo na shvaćanju da dokaz stvarne pripadnosti nekom narodu jest deklariranje te pripadnosti u pravnom prometu, osobito navođenjem te pripadnosti u pojedinim ispravama.“ V. u: U-III/2826/2006 od 24. ožujka 2009. (NN br. 50/09).

da se „**iako se pripadnost biću hrvatskog naroda ne izražava samo pisanim izjašnjavanjem u pojedinim ispravama, jer je pripadnost određenom narodu primarno subjektivna kategorija** (istaknuo autor), ona se ipak *mora iskazati i* (istaknuo autor) određenim ponašanjem osobe koja se deklarira kao pripadnik hrvatskog naroda, *osobito* (istaknuo autor) navođenjem svoje hrvatske narodnosti u pojedinim dokumentima, a što očito kod tužitelja nedostaje.“⁵⁶

Sukladno navedenom, upravna tijela i sam Upravni sud RH odbijali su zahtjeve za stjecanje hrvatskoga državljanstva ukoliko zahtjevatelj ne bi mogao predočiti ispravu iz koje je „razvidno da je hrvatske narodnosti“.⁵⁷ Ustavni sud RH nije prihvatio takvo shvaćanje Upravnog suda RH, budući da je „utvrđivanje pretpostavki propisanih zakonom predmet dokazivanja u upravnom postupku, u kojem se kao dokazna sredstva ne propisuju samo i isključivo isprave.“⁵⁸ No, nije se zaustavio na tome, nego je dodatno ustvrdio da se ne može odbiti zahtjev ako „nema dokumentacije iz koje bi se dalo nedvojbeno zaključiti da je podnositelj ustavne tužbe pripadnik hrvatskog naroda, ali nisu utvrđene ni okolnosti koje bi ukazivale da podnositelj nije pripadnik hrvatskog naroda“.⁵⁹ Prema tomu, zahtjev za stjecanje hrvatskoga državljanstva nije se smio odbiti samo na temelju činjenice da zahtjevatelj nije predočio ispravu (indeks, svjedodžba, radna knjižica)⁶⁰ iz koje je „razvidno da je hrvatske narodnosti“, nego je upravno tijelo dužno provesti postupak dokazivanja sukladno Zakonu o općem upravnom postupku,⁶¹ pridržavajući se načela utvrđivanja materijalne istine (čl. 8.) i dakako, načela samostalnosti i slobodne ocjene dokaza (čl. 9.).

Novelirani ZHD propisuje da se „pripadnost hrvatskom narodu utvrđuje (se) ranijim deklariranjem te pripadnosti u pravnom prometu, navođenjem te pripadnosti u pojedinim javnim ispravama, zaštitom prava i promicanjem interesa hrvatskog naroda i aktivnim sudjelovanjem u hrvatskim kulturnim, znanstvenim i sportskim udrugama u inozemstvu“.

Stoga, iz noveliranoga ZHD-a je jasno da se nikako ne može postaviti posjedovanje isprave iz koje je „razvidna hrvatska nacionalnost“ kao jedini

56 Presuda Us-9575/1995-4 od 24. listopada 1996., v. u: U-III/938/1997 od 14. veljače 2001. (NN br. 20/01 i 34/01).

57 „...podnositelj nije priložio niti jednu ispravu u kojoj navodi da je hrvatske narodnosti a što je razlog zbog kojeg se odbijanje zahtjeva za primitak u hrvatsko državljanstvo smatra osnovanim.“ Presuda Upravnog suda RH Us-11489/2009-10 od 4. ožujka 2010.

58 U-III/2820/2010 od 9. prosinca 2010. (NN br. 145/10).

59 U-III-2127/2001 od 26. ožujka 2003. (NN br. 64/03). Osim navedenog, Ustavni je sud zauzeo stav da, ako se stranka u zahtjevu za stjecanje hrvatskoga državljanstva ne pozove ni na jednu pravnu osnovu koja je propisana ZHD-om, nadležno tijelo mora ispitati ispunjava li podnositelj pretpostavke za primitak u hrvatsko državljanstvo prema svim osnovama koje su propisane zakonom. V. u: U-III/74/2000 od 10. siječnja 2001. (NN br. 4/01 i 13/01).

60 Navedeno su, prema praksi Ministarstva unutarnjih poslova, bile isprave kojima se moglo dokazati pripadnost hrvatskom narodu. V. u: U-III/1895/2001 od 16. veljače 2005., dostupno na: <http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Pojmovi/C1256A25004A262AC1256FAF00437202?OpenDocument>, pristupljeno: 25. siječnja 2012.

61 NN br. 47/09.

kriterij za dokazivanje pripadnosti hrvatskom narodu. Budući da je u praksi, iako su Ministarstvo unutarnjih poslova i Upravni sud RH bili dužni supsidijarno primjenjivati odredbe Zakona o općem upravnom postupku, a što, očito, nisu činili - kako je navedeno, bilo problema⁶² s dokazivanjem „pripadnosti hrvatskom narodu“ autor smatra da se, unatoč određenim nedostacima⁶³ ovu odredbu treba pozdraviti.

Nakon donošenja ZIDZHD-a, moglo bi se smatrati da je riješen i drugi problem koji se javljao u praksi. Naime, ZHD je prije propisivao da iseljenici iz RH mogu steći hrvatsko državljanstvo pod povoljnijim uvjetima (čl. 11. prije izmjena i dopuna iz 2011.), a iseljenicima su se, prema izričitoj zakonskoj odredbi smatrali osobe koje su se odselile iz Hrvatske u namjeri da stalno žive u inozemstvu (čl. 11. st. 3.). Ovakva je odredba dovela do različite prakse i do problema u definiranju koga možemo smatrati „iseljenikom iz Hrvatske“.

Noveliranim ZHD-om propisano je da povoljnijim putem hrvatsko državljanstvo mogu steći osobe koje su se iselile s područja⁶⁴ Republike Hrvatske u namjeri da stalno žive u inozemstvu (čl. 11. st. 2. noveliranog ZHD-a). Stoga, ovom su odredbom isključene od ovakvog stjecanja hrvatskoga državljanstva osobe koje su se iselile s područja koja su *povijesno* pripadala Hrvatskoj (Boka Kotorska kao dio Kraljevine Dalmacije koja je bila dijelom Trojedne Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, istočni Srijem, zapadna Hercegovina za Banovine Hrvatske), a nepobitno uključene osobe koje su se iselile s područja koje je nakon Drugog svjetskog rata pripalo Jugoslaviji, odnosno tadašnjoj NR Hrvatskoj. Osim toga, propisano je da se iseljenikom ne smatra osoba koja je iselila s područja Republike Hrvatske na temelju međunarodnog ugovora⁶⁵ ili se odrekla hrvatskoga

62 „Budući da je temelj za dodjelu državljanstva tim osobama bilo njihovo hrvatsko etničko porijeklo, postavilo se pitanje kako dokazati da je netko etnički Hrvat. U nekim dokumentima za vrijeme bivše Jugoslavije, kao što su školske svjedodžbe, indeksi i neki drugi administrativni formulari – ali ne i u osobnim iskaznicama i putovnicama – tražilo se od građana da iskažu svoju nacionalnost. No Ministarstvo unutarnjih poslova prihvaćalo je i potvrde i dokumente koje je izdala Rimokatolička crkva kao dokaz da je netko Hrvat. Također, zaposlenici ministarstava koji su radili na pitanjima državljanstva često su koristili opskurne metode kao što je zaključivanje iz imena ili prezimena je li netko Hrvat ili nije. To nije bio jednostavan posao, jer Južni Slaveni različitog etničkog porijekla često dijele ista imena ili prezimena ...“ V. u: Štiks, I., *Uključeni, isključeni, pozvani: politike državljanstva u postsocijalističkoj Europi i Hrvatskoj*, Politička misao, vol. 47., br. 1., 2010., str. 90. Tako i Šprajc, I., op. cit., str. 248.

63 Zašto bi sudjelovanje u hrvatskim kulturnim i inim udrugama u inozemstvu dokazivalo etnicitet? Jesu li te udruge zatvorene za sve koji nisu etnički Hrvati? Osim toga, postoje brojni primjeri osoba koje su „promicale interese hrvatskog naroda“, a sasvim sigurno nisu pripadnici hrvatskoga naroda (počasni konzuli).

Sličnu odredbu sadrži francuski *Code Civil* (knjiga I., o osobama, glava I bis, o francuskom državljanstvu, poglavlje III, o stjecanju francuskog državljanstva, dio I, o načinima stjecanja, paragraf 5., o stjecanju francuskog državljanstva odlukom vlasti, čl. 21-20).

64 Prema tome, s područja granica današnje Republike Hrvatske, nap. a.

65 Bilo je zahtjeva za stjecanje hrvatskog državljanstva osoba koje su na temelju Ugovora o miru s Italijom optirale za talijansko državljanstvo, te je Upravni sud RH i prije novele iz 2011. zauzeo stav da se takve osobe ne smatraju iseljenicima iz Hrvatske. V. u: Us-10993/1993 od 14. listopada 1993, u: *Zbornik odluka...*, op. cit., str. 627.

državljanstva te osoba koja je promijenila prebivalište u druge države koje su u to vrijeme bile u sastavu državne zajednice kojoj je pripadala i Republika Hrvatska (čl. 11. st. 3. noveliranog ZHD-a).⁶⁶ Nadalje, uvedeno je i ograničenje da povoljnijim putem hrvatsko državljanstvo mogu steći potomci iseljenika do 3. stupnja ravne linije, za razliku od ranijeg uređenja koje je to dopuštalo potomcima iseljenika bez ograničenja, što je dovodilo do toga da osobe koje nemaju nikakvu stvarnu vezu s RH stječu hrvatsko državljanstvo pod povoljnijim uvjetima.⁶⁷

Odredba čl. 11. st. 3. noveliranog ZHD-a u dijelu koji glasi: „Iseljenikom se ne smatra... osoba koja je promijenila prebivalište u druge države koje su u to vrijeme bile u sastavu državne zajednice kojoj je pripadala i Republika Hrvatska.“ u sukobu je s višestruko izraženim stajalištem Ustavnog suda RH da se „odredbe Zakona o hrvatskom državljanstvu koje propisuju naturalizaciju stranaca u hrvatsko državljanstvo moraju odgovarajuće tumačiti ako se radi o slučajevima primitka u hrvatsko državljanstvo osoba koje su bile državljani bivše SFRJ, jer se radi o ‘pravnoj situaciji koja ima tranzicijske elemente’“.⁶⁸ Ovo je pitanje povezano s činjenicom da RH nije ratificirala Europsku konvenciju o državljanstvu, iako ju je potpisala. Određen broj europskih država, članica Vijeća Europe, ratificirao je Europsku konvenciju o državljanstvu (dalje u radu: Konvencija),⁶⁹ instrument čiji

66 Ova je odredba, prema mišljenju autora, motivirana i političkim razlozima, posebno u dijelu koji se odnosi na osobe koje su promijenile prebivalište u druge države koje su u to vrijeme bile u sastavu državne zajednice kojoj je pripadala i Republika Hrvatska. Jasno je da se na ovaj način želi spriječiti da hrvatsko državljanstvo na povoljniji način prirođenjem steknu osobe koje su iz RH otišle nakon 1991. godine. Dakako, o opravdanosti ove odredbe može se raspravljati. (Pre)oštru kritiku hrvatske državljanke politike v. u: Štiks, I., op. cit., str. 84.-90.

67 V. obrazloženje iz konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o hrvatskom državljanstvu, dostupno na: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=41501>, pristupljeno 17. siječnja 2012.

68 U-III/4003/2005 od 24. travnja 2008. (NN br. 59/08) i U-III/2820/2010 od 9. prosinca 2010. (NN br. 145/10). Ustavni je sud posebnu težinu ovom svom stavu dao ako se radi o situaciji u kojoj je zahtjevatelj trajno nastanjen u RH, a posebno kada su mu bračni drug i djeca hrvatski državljani, jer tada „pitanje njegova državljanstva prerasta u pitanje njegovih ljudskih prava i njihove zaštite“, pa je potrebno voditi računa o zaštiti jedinstva obitelji.

69 „Europska konvencija o državljanstvu (ETS No. 166) sastavljena je dana 6. studenoga 1997. godine u Strasbourgu, a stupila je na snagu dana 1. ožujka 2000. godine. Europska konvencija o državljanstvu je otvorena za potpisivanje državama članicama Vijeća Europe i državama nečlanicama koje su sudjelovale u njezinoj izradi u Strasbourgu 6. studenoga 1997. godine, a nakon njezinog stupanja na snagu, na poziv Odbora ministara Vijeća Europe, istoj mogu pristupiti i države nečlanice Vijeća Europe koje nisu sudjelovale u njezinoj izradi. Dvadeset šest država članica Vijeća Europe potpisalo je ovu Konvenciju, te ju u ovom trenutku ona na snazi u odnosu na četrnaest država (Albanija, Austrija, Češka Republika, Danska, Njemačka, Mađarska, Island, Moldova, Nizozemska, Portugal, Rumunjska, Slovačka, Švedska, Makedonija). Republika Hrvatska potpisala je Konvenciju dana 19. siječnja 2005. godine, uz rezervu ratifikacije. U ime Republike Hrvatske, Konvenciju je potpisao g. Daniel Bučan, izvanredni i opunomoćeni veleposlanik, stalni predstavnik Republike Hrvatske pri Vijeću Europe.“ V. u: *Prijedlog zakona o potvrđivanju Europske konvencije o državljanstvu*, dostupno na: <http://www.sabor.hr/fgs.axd?id=4284>, pristupljeno 20. siječnja 2012.

je cilj postići suradnju i koordinaciju između državnih zakona o državljanstvu da bi se riješila pitanja bezdržavljanstva (apatridije), sukcesije država i višestrukog državljanstva i njihovih posljedica.⁷⁰ Pred Saborom se našao Prijedlog zakona o potvrđivanju Europske konvencije o državljanstvu, ali nikada se o njemu nije glasovalo.⁷¹

4. NEDOSTATCI PRAVNOG UREĐENJA STJECANJA HRVATSKOGA DRŽAVLJANSTVA U ZIDZHD-u

Unatoč činjenici da je ova novela ZHD-a, prema mišljenju autora, riješila određene probleme koji su niz godina postojali u našoj upravnoj i upravnosudskoj praksi, autor smatra i da će donošenje ZIDZHD-a donijeti nova neriješena pitanja. Članak 24. st. 4. noveliranog ZHD-a glasi: „Zahtjev za stjecanje hrvatskog državljanstva prirođenjem ili za prestanak hrvatskog državljanstva podnosi se osobno u policijskoj upravi, odnosno policijskoj postaji, osim ako je riječ o osobi s invaliditetom, kada se može podnijeti putem zakonskog zastupnika ili ovlaštenog opunomoćenika“.

Prvi problem koji izvire iz ove odredbe nedovoljno je jasna definiranost „invaliditeta“. Kakav je to invaliditet, u kojem opsegu i kakvog tipa? Iščitavajući ovu odredbu, zahtjev ne bi morala osobno predati osoba kojoj je utvrđen bilo kakav oblik invaliditeta, premda je objektivno ništa ne sprječava da ga osobno preda, što nije dobro rješenje, budući da je u postupcima naturalizacije iznimno važan osobni kontakt podnositelja i službenih osoba. Osim toga, mogućnost da u postupku stjecanja državljanstva naturalizacijom zahtjevatelja zastupa punomoćnik, trebalo bi, prema mišljenju autora, restriktivnije tumačiti. Ovo nije u suprotnosti niti sa Zakonom o općem upravnom postupku jer izričito propisuje da službena osoba, unatoč činjenici da stranka ima određenu osobu za zastupanje (punomoćnika u slučaju naturalizacije), može zatražiti neposrednu nazočnost stranke kad je to nužno za utvrđivanje činjenica i okolnosti u postupku (čl. 32. st. 2.).

Danas je stanje sljedeće: Konvenciju je potpisalo 28 država članica Vijeća Europe, a ratificiralo ju je 20 država članica. Od 20 država članica koje su ratificirale Konvenciju, 10 je stavilo rezerve. V. na: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=7&DF=&CL=ENG>, pristupljeno 6. veljače 2012.

70 V. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/default_en.asp, pristupljeno 20. siječnja 2012.

71 Autor smatra da RH nije ratificirala ovu Konvenciju iz razloga što se ne može staviti rezerva na poglavlje VI. Konvencije koje se odnosi na sukcesiju država i državljanstvo. Prema čl. 18. st. 2., Konvencije, prilikom odlučivanja o stjecanju državljanstva u „slučajevima sukcesije države, svaka država stranka na koju se to odnosi, posebno će uzet u obzir: a. izvornu i stvarnu vezu dotične osobe s državom; b. stvarno prebivanje dotične osobe u vrijeme sukcesije država; c. želju dotične osobe; d. teritorijalno podrijetlo dotične osobe.“. Budući da bi prihvaćanje Konvencije značilo da je ona u hijerarhiji pravnih vrela iznad ZHD-a, moglo bi se zaključiti da bi Ministarstvo unutarnjih poslova moralo prihvatiti zahtjev i onih osoba čije primanje u hrvatsko državljanstvo nije u interesu RH, a koje zadovoljavaju uvjete iz čl. 18. st. 2. Konvencije.

Drugi problem koji se javlja jest pitanje „zakonskog zastupnika“. Kada uopće može doći do situacije da osoba koja traži primitak u hrvatsko državljanstvo ima zakonskog zastupnika? Ovo posebno kada se uzme u obzir odredba čl. 8. st. 1. t. 1. ZHD-a u kojoj je izričito propisano da osobi ne smije biti oduzeta poslovna sposobnost te da mora biti punoljetna. Stoga autor smatra da je nemoguće da se kao podnositelj zahtjeva pojavi osoba koja ima zakonskog zastupnika. Dodatno, smatra da zakonodavac i dalje nije riješio problem koji se javlja pred tijelima pri utvrđivanju ispunjava li podnositelj zahtjeva uvjet propisan čl. 8. st. 1. t. 1. ZHD-a – da nije lišen poslovne sposobnosti. Kako će nadležno tijelo ispitati je li, primjerice, podnositelj zahtjeva lišen poslovne sposobnosti u zemlji svog podrijetla? Autor smatra da bi bilo nužno propisati da je podnositelj obvezan dostaviti potvrdu zemlje svog državljanstva da nije lišen poslovne sposobnosti. Naravno, to za sobom povlači pitanje kako bi takav dokument pribavile osobe u statusu azilanta ili osobe bez državljanstva. No za osobe u takvom statusu mogu se propisati blaža pravila te samo propisati da moraju dokazati da im u RH nije oduzeta poslovna sposobnost.

Poseban problem jest i činjenica da ZHD nije, ni nakon ove novele, u skladu s Konvencijom o smanjenju slučajeva bezdržavljanstva⁷² koja je u RH stupila na snagu 21. prosinca 2011. godine.⁷³ Istina, ZIDZHD-om je drukčije uređen institut reintegracije⁷⁴ kada je traži osoba koja je na svoj zahtjev izgubila hrvatsko državljanstvo otpustom, na način da je reintegracija olakšana, budući da nije više potrebno da je osoba koja je hrvatsko državljanstvo izgubila otpustom stvarno iselila iz RH, da bi ponovno mogla steći hrvatsko državljanstvo, te je propisan jedinstveni rok od tri godine od dana prestanka državljanstva, uvećan za daljnje tri godine.⁷⁵ Međutim, i prema noveliranom ZHD-u, ipak može doći do situacije u kojoj se hrvatski državljanin, kojemu je prestalo hrvatsko državljanstvo otpustom, a koji ne dobije strano državljanstvo, te mu prođe zakonom propisani rok, ne može reintegrirati u hrvatsko državljanstvo i ostaje apatrid. Konvencija o smanjenju slučajeva bezdržavljanstva izričito propisuje, čl. 7., da ako pravo države ugovornice dopušta odricanje od državljanstva, takvo odricanje neće dovesti do gubitka državljanstva osim ako dotična osoba posjeduje ili stekne drugo državljanstvo. Budući da primjena odredaba ZHD-a može dovesti do apatridije, autor zaključuje

72 Zakon o potvrđivanju Konvencije o smanjenju slučajeva bezdržavljanstva, NN MU br. 8/11.

73 V. Objavu o stupanju na snagu Konvencije o smanjenju slučajeva bezdržavljanstva, NN MU br. 13/11.

74 Reintegracija je institut ponovnog stjecanja državljanstva, a znači vraćanje državljanstva osobi koja ga je imala, ali ga je na određeni način izgubila. V. u: Borković, I., op. cit., str. 185. Prema ZHD-u, reintegracijom mogu ponovno steći hrvatsko državljanstvo:

1. osoba koja ga je kao dijete izgubila slijedeći roditelje, ako najmanje jednu godinu boravi na području RH i da izjavu da se smatra hrvatskim državljaninom te
2. osoba koja je na svoj zahtjev izgubila hrvatsko državljanstvo otpustom ako ona u roku od tri godine nije stekla strano državljanstvo, a o tome je u roku od naredne tri godine obavijestila diplomatsku misiju ili konzularni ured Republike Hrvatske u inozemstvu ili neposredno tijelo nadležno za donošenje rješenja o otpustu.

75 Prije novele postojala su dva roka: rok od godinu dana za osobe koje su nakon otpusta nastavile živjeti u RH i rok od 3+3 godine za osobe koje su stvarno iselile iz RH.

da novelom nije uklonjena nesukladnost našeg zakona s ovom konvencijom.

Osim toga, i dalje opstaje nejednakost bračnoga druga hrvatskoga državljanina i bračnog druga iseljenika iz RH u stjecanju hrvatskoga državljanstva prirođenjem. Naime, da bi bračni drug hrvatskoga državljanina stekao hrvatsko državljanstvo prirođenjem, mora imati odobren stalni boravak i živjeti u RH. S druge strane, bračni drug iseljenika iz RH može steći hrvatsko državljanstvo prirođenjem bez zadovoljavanja ovog uvjeta. Autor smatra da činjenica da bračni drug hrvatskoga državljanina ne mora zadovoljiti uvjet poznavanja hrvatskog jezika, dok bračni drug iseljenika iz RH mora, ne izjednačava njihov status. Dakle, nužno je izjednačiti njihov status tako da se propiše ili da i bračni drug iseljenika mora zadovoljiti uvjet boravka u RH ili da niti bračni drug hrvatskoga državljanina ne mora zadovoljiti taj uvjet.

I dalje kod naturalizacije postoji problem kojega ističe Omejec,⁷⁶ a koji se tiče postojanja diskrecijske ocjene pri odlučivanju o zahtjevu. Naime, unatoč zadovoljavanju svih zakonom propisanih uvjeta, zahtjev može biti odbijen ako se procijeni da primitak neke osobe ne bi bio u interesu RH. Omejec je isticala da je ovakvo uređenje rezultiralo sustavom u kojem nisu bile rijetke zloporabe, lažne izjave i krivotvorenje.⁷⁷ Ovaj je problem posebno izražen zbog činjenice da i prema novom Zakonu o upravnim sporovima⁷⁸ upravni sudovi nemaju⁷⁹ pravo ulaska u diskrecijsku ocjenu, osim glede zakonitosti odluke koja ju sadržava i o granicama ovlasti i svrsi radi koje je dana ovlast⁸⁰ te je upitna primjerenost sudske zaštite u svim stvarima u kojima nije prethodno osigurana mogućnost žalbe u upravnom postupku.⁸¹ Naime, pravilnost odluke donesene primjenom diskrecijske ocjene može se kontrolirati samo povodom žalbe u upravnom postupku, a ne putem upravnog spora.⁸²

76 Omejec, J., Initial citizenry of the Republic of Croatia at the time of the dissolution of legal ties with the SFRY, and acquisition and termination of Croatian citizenship, *Croatian Critical Law Review*, vol. 3, br. 1-2, 1998., str. 115.

77 Ibid.

78 NN br. 20/10.

79 Upravni sud RH ni prema starom Zakonu o upravnim sporovima (NN br. 53/91, 9/92 i 77/92) nije imao pravo ulaska u diskrecijsku ocjenu.

80 V. čl. 4. st. 2. Zakona o upravnim sporovima.

81 Nažalost, danas u hrvatskom pravu postoji niz područja u kojima se odluke donose diskrecijski, a izričito je zakonom isključena žalba ili u prvom stupnju rješavaju tijela iznad kojih nema hijerarhijski viših. U tim slučajevima iznimno je upitno ostvarenje pravne zaštite stranaka. Međutim, to je tema koja zaslužuje samostalni rad.

82 Tako i Borković, I., op. cit., str. 86. i 87. Iako Zakon o općem upravnom postupku danas ne sadrži odredbu koju je sadržavao čl. 243. starog Zakona o općem upravnom postupku, autor smatra da bi i danas drugostupanjsko tijelo trebalo, ako bi povodom žalbe našlo da je na temelju slobodne ocjene trebalo donijeti drukčije rješenje, svojim rješenjem poništiti prvostupanjsko i samo riješiti stvar.

5. ZAKLJUČAK

Iako je ZHD, u gotovo neizmijenjenom obliku na snazi od 1992. godine, kada je znatnije izmijenjen i dopunjen, to ne znači da u njegovoj primjeni nije bilo brojnih problema i nejasnoća. Najveći političko-pravni problem nastao je zbog niza osoba koje su 8. listopada 1991. godine postali stranci jer nisu, prema do tada važećim propisima bili hrvatski republički državljani, odnosno nisu se izjasnili pripadnicima hrvatskoga naroda koji imaju prebivalište u RH te dali izjavu da se smatraju hrvatskim državljanima. Takve su osobe, kako je već navedeno, mogle steći hrvatsko državljanstvo jedino putem instituta prirođenja. Međutim, ZHD je sadržavao odredbu da „u obrazloženju rješenja o odbijanju zahtjeva za stjecanje državljanstva ne moraju biti navedeni razlozi za odbijanje zahtjeva“ (čl. 26. st. 3.). Ova je odredba dovela do toga da upravna tijela nikada nisu morala navoditi razloge za odbijanje zahtjeva, bez obzira je li riječ o slučajevima kada zahtjevatelj nije ispunio zakonske pretpostavke ili kada su ispunjene pretpostavke, ali postoje razlozi od interesa za RH zbog kojih treba odbiti zahtjev (tj. kada se odlučuje diskrecijskom odlukom). Ustavni je sud u gore citiranoj odluci našao da ovakvo uređenje dovodi do kršenja prava na sudsku zaštitu protiv pojedinačnih akata upravnih vlasti (čl. 19. Ustava RH) i do kršenja načela jednakosti svih pred zakonom (čl. 26. Ustava RH). Stoga rješenje o odbijanju zahtjeva za stjecanje hrvatskoga državljanstva mora jasno navesti razloge koji su doveli do takvog rješenja, da bi upravni sudovi mogli ispitati njegovu zakonitost.

Ovom novelom pooštreni su uvjeti za stjecanje hrvatskoga državljanstva prirođenjem redovitim putem i u određenim slučajevima kada se ono stječe prirođenjem pod povoljnijim uvjetima. Glede prirođenja redovitim putem, produljen je rok u kojem stranac mora neprekidno boraviti u RH s pet na najmanje osam godina, a uvedena je i obveza faktičnog boravka u navedenom razdoblju. Osim toga, propisano je da stranac koji podnosi zahtjev treba imati status stranca s odobrenim stalnim boravkom, koji je uređen odredbama Zakona o strancima. Ovakvo uređenje uklanja dvojbu i sukob koji se javio između Upravnog suda RH i Ustavnog RH budući da je sada izričito zakonom propisano da je za stjecanje hrvatskoga državljanstva neophodan i faktični, uz pravni boravak u RH, te nema mjestu tumačenjima, iako ih nije trebalo biti ni prema tekstu ZHD-a prije ove novele. Autor se slaže s obvezom propisivanja stvarnog boravka u RH u navedenom razdoblju, a da bi se steklo hrvatsko državljanstvo. Smatra da je državljanstvo, ipak, posebna veza između državljanina i države, koja se ne može, unatoč suprotnom stajalištu Ustavnog suda RH, stvoriti bez faktičnog prebivanja na području države upravo radi stvaranja te veze.

Dodatno, propisana je obveza da osoba koja stječe državljanstvo pod povoljnijim uvjetima prema čl. 9.⁸³ ZHD-a mora dokazati da ima otpust iz stranog

83 „Osoba koja je rođena na području Republike Hrvatske i živi u Republici Hrvatskoj te ima odobren stalni boravak, može prirođenjem steći hrvatsko državljanstvo iako ne udovoljava pretpostavkama iz članka 8. stavka 1. točke 1., 3. i 4. ovoga Zakona.“

državljanstva ili dokazati da će u slučaju stjecanja hrvatskoga državljanstva dobiti otpust iz stranog državljanstva, što prije donošenja ZIDZHD-a nije morala. Stoga, prije ove novele stranac koji bi sukladno tada važećem čl. 9.⁸⁴ ZHD-a stekao hrvatsko državljanstvo zadržavao je i strano državljanstvo, odnosno postajao je dvostruki državljanin, što sada nije moguće. Autor smatra da je ovo dobro rješenje, jer se uz status dvostrukog državljanina mogu vezati mnogi problemi (dvostruko oporezivanje, služenje vojnog roka itd.).

Osim toga, postojali su brojni problemi u dokazivanju statusa „pripadnika hrvatskog naroda“ i „iseljenika iz Hrvatske“. Ova novela nesumnjivo će pomoći u rješavanju navedenih problema, ali se ovdje moraju ponoviti već izražene rezerve o kvaliteti odredbe kojom se definira kako se dokazuje status „pripadnika hrvatskog naroda“.

Zaključno, ZIDZHD je uklonio, ili bi trebao ukloniti, mnoge probleme i prijepore koji su od stupanja ZHD-a na snagu, 8. listopada 1991. godine, nastali u hrvatskom državljanском pravu. Međutim, autorovo stajalište je da je stvorio i neke nove dvojbe i nejasnoće, a neki stari problemi nisu riješeni te će i dalje opterećivati upravnu praksu i upravne sudove.

84 „Osoba koja je rođena na teritoriju Republike Hrvatske a do podnošenja zahtjeva ima u Republici Hrvatskoj uredno prijavljeno prebivalište najmanje pet godina može steći hrvatsko državljanstvo iako ne udovoljava pretpostavkama iz članka 8. stavka 1. točaka 1, 2. i 4. ovoga zakona.“

Summary

MAJOR CHANGES IN THE CROATIAN NATIONALITY LAW FOLLOWING THE AMENDMENTS TO THE CROATIAN NATIONALITY ACT OF 2011

On 28 October 2011 the Croatian Parliament passed the Amendments Act to the Croatian Nationality Act. This constitutes not only the third alteration of the Act in question, but also the most important one. By these amendments the legislator tried to solve certain problems which have, during the Croatian Nationality Act that has been applied in the same form since the amendments of 1992 (with the exception of the amendments after the decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, by which Art. 26 (3) was annulled), appeared in administrative practice and in the case law of the Administrative Court of the Republic of Croatia. The author analyzes the most important changes brought about by the Croatian Nationality Act in an attempt to answer the question whether these changes solve open issues which are for the most part less legal and more political. The latter changes concern primarily naturalisation. By these amendments, the naturalisation requirements for Croatian nationality have been scrutinized. In addition, the method of determining membership to the Croatian people has been defined, and the term emigrant re-defined (and improved).

Key words: nationality, naturalisation, continuous stay, member of the Croatian people, emigrant.

Zusammenfassung

WICHTIGE ÄNDERUNGEN IM KROATISCHEN STAATSBÜRGERLICHEN RECHT NACH DER NEUIGKEIT DES GESETZES ÜBER DIE KROATISCHE STAATSBÜRGERSCHAFT AUS DEM JAHR 2011

Der kroatische Sabor hat am 28 Oktober 2011 das Gesetz über die Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über die kroatische Staatsbürgerschaft erlassen. Das ist die dritte Änderung des genannten Gesetzes und, der Meinung des Autors nach, auch die wichtigste. Der Gesetzgeber hat mit diesen Änderungen und Ergänzungen versucht, bestimmte Probleme zu lösen, die während der Anwendung des Gesetzes über die kroatische Staatsbürgerschaft, welches seit der Neuigkeit aus dem Jahr 1992 praktisch ungeändert angewendet wurde (außer der nach der Entscheidung des Verfassungsgerichts der Republik Kroatien gefolgten Ergänzung, mit welcher Artikel 26 Absatz 3 aufgehoben wurde), in der Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspraxis

aufgetreten sind, und über welche, bis zu diesem Zeitpunkt, obwohl nicht völlig erfolgreich, das Verfassungsgericht der Republik Kroatien entschieden hat. Der Autor wird in der Arbeit die wichtigsten durch diese Neuigkeit des Gesetzes über die kroatische Staatsbürgerschaft erlassenen Änderungen analysieren und die Frage, ob diese Änderungen die offenen Fragen, die mehr politisch als rechtlich sind, erledigt haben.

Schlüsselwörter: *Staatsbürgerschaft, Angeborenheit (Naturalisation), ununterbrochener Aufenthalt, Angehöriger des kroatischen Volkes, Auswanderer/Emmigrant.*

RIASSUNTO

RILEVANTI MODIFICHE NELL'AMBITO DEL DIRITTO CROATO ALLA CITTADINANZA IN SEGUITO ALLA NOVELLA INTRODOTTA CON LA LEGGE SULLA CITTADINANZA CROATA DEL 2011

Il Parlamento croato in data 28 ottobre 2011 ha emanato la legge sulle modifiche ed integrazioni alla legge sulla cittadinanza croata. Trattasi della terza modifica della menzionata legge, la quale, secondo l'opinione dell'autore, è anche la più significativa. Il legislatore con queste modifiche ed integrazioni ha cercato di risolvere determinati problemi che a decorrere dal 1992, data dell'ultimo intervento di modifica (fatta eccezione per le modifiche intervenute in seguito alla decisione della Corte costituzionale, che ha abolito l'art. 26, c. 3) si verificavano costantemente nell'ambito del diritto amministrativo e della relativa prassi giurisprudenziale; questioni che fino ad ora, in parte senza successo, ha tentato di risolvere la Corte costituzionale della Croazia. L'autore nel lavoro esaminerà le modifiche più significative introdotte da questa novella della legge sulla cittadinanza croata e darà una risposta all'interrogativo se dette modifiche hanno risolto le questioni aperte, le quali sono più di natura politica, che giuridica.

Parole chiave: *cittadinanza, naturalizzazione, soggiorno ininterrotto, appartenente al popolo croato, emigrato.*

VERSKO ZAKONODAVSTVO KRALJEVINE JUGOSLAVIJE

Dr. sc. Dragan Novaković, znanstveni savjetnik,
Pomoćnik ministra u Vladi Republike Srbije,
Beograd,
Srbija

UDK: 347.471.7(497.1)(094.5)
Ur.: 20. srpnja 2012.
Pr.: 20. studenoga 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Predstavljani su uslovi u kojima je Kraljevina Jugoslavija rešavala složeno pitanje položaja crkava i verskih zajednica, koje su do ujedinjenja delovale u različitim i često suprotstavljenim pravnim i političkim sistemima. Politički dogovori konkretizovani su kroz ustave u kojima nije primenjeno moderno načelo o odvojenosti crkva i verskih zajednica od države. Izvršeni državni udar uspostavio je novu političku realnost obeleženu promovisanjem koncepcije državnog i nacionalnog jedinstva. Evidentan uticaj verskih zajednica na različite slojeve stanovništva doprineo je njihovom uključivanju u ostvarivanje nove politike, iz čega je proizašlo donošenje posebnog zakonodavstva i intenziviranje pregovora sa Vatikanom o usvajanju konkordata, radi uređivanja položaja Katoličke crkve. Doneti zakoni jasno pokazuju da su crkve u određenoj meri uspele da eliminišu uticaj države i obezbede samostalnost u rešavanju svih pitanja direktno povezanih sa očuvanjem i poštovanjem unutrašnjeg poretka. Opšta koncepcija zakona ne daje za pravo ni jednoj strani da se proglasi za pobednika, jer je režim na prikladan način ostvario kontrolu nad konfesijama i eliminisao nedozvoljen koncept državne crkve, uz zadržavanje rešenja o crkvama i verskim zajednicama kao javnim ustanovama od posebnog značaja.

Ključne reči: *Kraljevina Jugoslavija, versko zakonodavstvo, pravni položaj, crkve i verske zajednice, konkordat.*

UVOD

Zagovornici ideje i kreatori plana o stvaranju države, koja bi posle okončanja Prvog svetskog rata obuhvatila sve Južne Slovence, bili su svesni činjenice da će njena stabilnost u velikoj meri zavisiti od pravilnog rešavanja verskog pitanja. Spor rad Skupštine Kraljevine na donošenju verskog zakonodavstva bio je posledica ukupne nestabilnosti i političkih borbi koje su obeležile prve godine postojanja

nove države, kao i nespremnosti Vlade da uspostavi jedinstvo nekih verskih zajednica na celoj državnoj teritoriji. Izvršeni državni udar početkom 1929. godine, raspuštanje skupštine i suspendovanje Ustava, postavili se pred kreatora nove političke stvarnosti neophodnost traženja saveznika za realizovanje nepopularnih i od najvećeg dela naroda neprihvaćenih rešenja. Procenjujući da će promovisani koncept nacionalnog i državnog jedinstva biti teško ostvariv ukoliko se rasplamsaju i zaoštre verske suprotnosti, nove političke snage su pažljivim manevrima i stalnim nuđenjem koncesija pokušavale da pridobiju vođstva Srpske pravoslavne crkve i Islamske verske zajednice i stave ih u funkciju ostvarivanja svojih interesa. Nastojeći da učvrsti i na neki način garantuje dogovoreno, država je za petnaest meseci od uvođenja diktature donela kompletno versko zakonodavstvo usvajajući zakone o Srpskoj pravoslavnoj crkvi i Islamskoj zajednici, ali i Verskoj zajednici Jevreja i evangeličko-hrišćanskim i reformovanoj hrišćanskoj crkvi. Odgovarajući zakon nije donet o Katoličkoj crkvi, jer su uveliko trajali složeni pregovori čiji je krajnji cilj bio usvajanje Konkordata.

Zakoni usvojeni pre više od osamdeset godina i danas izazivaju određene nedoumice i polemike u stručnim krugovima, a svoj doprinos usložnjavanju nesporazuma daju i političari skloni nerealnom ocenjivanju i nekoj vrsti glorifikovanja svega što je stvoreno u tom periodu. Nekritički odnos prema zakonskim rešenjima iz tog perioda neposredno je uticao na stvaranje atmosfere o njihovoj aktuelnosti i mogućnosti da budu uzor ili neka vrsta polaznog obrasca prema kome i danas mogu biti uređivani odnosi između države i crkava i verskih zajednica. Najčešće se zaboravlja i prećutkuje istorijska istina da se radi o tekstovima nastalim u vreme diktature, proisteklim iz složenih kompromisa i političke filozofije snaga koje su je izvele i podržale i da ponuđena rešenja nisu bila pravi odraz tadašnjih potreba crkava i verskih zajednica na koje se odnose, a ni sveukupnih društvenih okolnosti kojima su bili omeđeni i iz kojih su proizašla.

Smatrajući da navedene zakone treba još jednom pažljivo i kritički preispitati i sa njima upoznati naučnu i stručnu javnost nastao je ovaj tekst. Utvrdivši postojanje brojnih zajedničkih odredaba i rešenja, prvo je predstavljen svaki zakon pojedinačno, a zatim delovi ugrađeni u sve zakone grupisani prema srodnosti materije. Takav pristup omogućava utvrđivanje neke vrste jedinstvene osnove na kojoj su zakoni zasnovani i identifikovanje glavnih ciljeva i namera zakonodavca. Važno je napomenuti da se tekst odnosi samo na četiri zakona o glavnim crkvama i verskim zajednicama donetim 1929. i 1930. godine, a ne i na brojne zakone o različitim segmentima verskog života usvajanim tokom postojanja Kraljevine.

1. REŠAVANJE VERSKOG PITANJA U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

Crkve i verske zajednice zadržale su identičan pravni položaj kao u zemljama koje su ušle u sastav nove države od stvaranja Kraljevine SHS 1. decembra 1918. godine do usvajanja prvog Ustava 28. juna 1921. godine.¹ Postojanje brojnih nacija i različitih vera na teritoriji koju je obuhvatila država Južnih Slovena, odlučujuće su doprineli da regent Aleksandar već 6. januara 1919. godine izda Proklamaciju kojom je garantovana ravnopravnost svih vera u Kraljevini i potvrđeno eliminisanje povlašćenog položaja i državnog statusa pravoslavne crkve u Srbiji i Crnoj Gori dogovoreno Krfskom deklaracijom.² Složena međunacionalna i međukonfesionalna situacija u novoj državi uticala je na savezničke sile da još na mirovnim pregovorima postave pitanje zaštite manjinskih zajednica. Privremenim zakonom od 10. maja 1920. godine o Ugovoru između savezničkih sila i Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, potpisanim 10. septembra 1919. godine, nova država se obavezala da svi stanovnici imaju pravo na slobodno javno i privatno vršenje obreda svake religije, čije ispovedanje neće biti u suprotnosti sa javnim poretkom i moralom.³

Preuzete međunarodne obaveze i delovanje različitih veroispovesti u novoj državi, doprineli su formiranju Ministarstva vera Kraljevine SHS o čemu je Kralj izdao ukaz 7. decembra 1918. godine.⁴ Prema uredbi objavljenoj 31. jula 1919. godine, Ministarstvo vera vršilo je vrhovnu nadzornu i najvišu upravnu vlast nad svim verskim poslovima, koji pripadaju državnoj nadležnosti. Uvažavajući faktičko stanje i značajne pravne razlike na pojedinim područjima nove države, prilagođen je upravni delokrug Ministarstva. Kompletnu upravnu nadležnost u poslednjoj instanci, koja je ranije bila u delokrugu rada ministarstava za crkvene poslove, Ministarstvo

- 1 Pravni položaj verskih zajednica u zemljama koje su ušle u sastav Kraljevine SHS predstavljen je detaljno u sledećim tekstovima: Slijepčević, Đ., *Istorija Srpske pravoslavne crkve*, druga knjiga, Minhen, 1966; Veselinović, R., *Pregled istorije karlovačke mitropolije od 1695. do 1919. godine*, str. 221-240; Durković Jakšić, L.J., *Udeo cetinjske mitropolije u borbi za uspostavljanje redovnog stanja u Srpskoj pravoslavnoj crkvi*; Boca, S., *episkop dalmatinski, Srpska crkva u Dalmaciji i Boki Kotorskoj*, str. 271-290; Veselinović, R., *Srpska pravoslavna crkva u Bosni i Hercegovini*, str. 319-330; Veselinović, R., *Pregled istorije crkve u Staroj Srbiji i Makedoniji od 1766. do 1919. godine*, str. 331-336, sve u: *Srpska pravoslavna crkva 1219-1969, spomenica o 750-godišnjici autokefalnosti*, izdanje Svetog arhijerejskog sinoda SPC, Beograd, 1969; Ceranić, I., *Konfesionalne zajednice u Jugoslaviji*, zbornik Vjerske zajednice u Jugoslaviji, Zagreb, 1970, str. 7-44; Šehić, N., *Autonomni pokret muslimana za vrijeme Austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 1980.
- 2 Radić, R., *Verom protiv vere*, Beograd, 1995, str. 20. Videti, takođe, Troicki, S., *Verska politika Kralja Ujedinitelja*, *Letopis matice srpske*, knjiga 343, sveska 1, 1935, str. 13.
- 3 Navedeni Privremeni zakon inkorporiran je u Vidovdanski ustav u odeljak drugi – Osnovna građanska prava i dužnosti iza člana 4, *Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (Vidovdanski ustav)*, *Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, vanredni broj (142a), Beograd, 28. juna 1921.
- 4 Gardašević, B., *Organizaciono ustrojstvo i zakonodavstvo pravoslavne crkve između dva svetska rata, Srpska pravoslavna crkva 1920-1970, spomenica o 50-godišnjici vaspostavljanja Srpske patrijaršije*, izdanje Svetog arhijerejskog sinoda SPC, Beograd, 1971, str. 37-64.

vera je dobilo na teritoriji Srbije i Crne Gore. Kada su u pitanju kraljevine i zemlje zastupane u carevinskom veću, kao i Bosna i Hercegovina, preuzete su nadležnosti koje su pripadale ministarstvu bogoštovlja i nastave, odnosno zajedničkog Ministarstva finansija u Beču, dok je u Hrvatskoj i Slavoniji novom organu pripala uprava u versko-političkim poslovima vršenim od kralja ili vladara kao vrhovnih nosilaca izvršne vlasti.⁵

Krfska deklaracija, Proklamacija regenta Aleksandra i Senžermenski ugovor ukazivali su na mogućnost da Ustavotvorna skupština prihvati načelo odvojenosti crkve od države i tako na jedinstven način reši zatečeno heterogeno stanje u pravnom položaju konfesionalnih zajednica u novoj državi. Ustav od 28. juna 1921. godine napušta sistem državnih crkava, ali ne sprovodi dosledno načelo o odvojenosti verskih zajednica od države. Verske zajednice dobile su status „javnih ustanova sa specijalnim položajem u državi i posebnim privilegijama“ i ovlašćenjem da u ime države vrše neke javno-pravne poslove.⁶ Vidovdanski ustav, a slična rešenja zadržao je i tzv. Oktroisani ustav od 31. septembra 1931. godine, vrši podelu na usvojene i priznate verske zajednice. Položaj usvojenih dobile su sve verske zajednice koje su bile zakonski priznate u bilo kom delu, koji je ušao u sastav Kraljevine. Status priznatih proizlazio je iz naknadnog zakonskog priznanja od organa nove države.⁷ Postoje značajne razlike kod pojedinih autora prilikom utvrđivanja broja usvojenih i priznatih verskih zajednica u Kraljevini Jugoslaviji. Jedna grupa autora smatra da su taj status imale Srpska pravoslavna crkva, Katolička sa grkokatoličkom, Evangelička, Reformirana, Baptistička, Metodistička, Nazarenska, Starokatolička, Islamska i Jevrejska.⁸ Prema drugom stavu, usvojene i priznate bile su samo: Srpska pravoslavna crkva, Katolička sa grkokatoličkom, Evangelistička, Islamska i Mojsijeva.⁹ Ostale verske zajednice bile su zabranjene i njihovi pripadnici progonjeni. Usvojene i priznate veroispovesti imale su jednak status pred zakonom i mogle su svoje obrede da ispovedaju javno. Unutrašnje verske poslove samostalno su uređivale, a zakladama i fondovima upravljale u granicama zakona. Verskim

5 Uredba o ustrojstvu Ministarstva vera od 31. jula 1919. godine, Službene novine Kraljevine SHS, broj 86 od 22. avgusta 1919. godine.

6 Stefanović, J., *Odnosi između crkve i države*, Zagreb, 1953, str. 101. Usvojene i priznate verske zajednice vodile su u ime države matice rođenih, venčanih i umrlih, a bračne sporove presuđivali su crkveni sudovi. Za pripadnike Islamske verske zajednice, šerijatski sudovi rešavali su i imovinsko-pravne sporove.

7 Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (Vidovdanski ustav), član 12, stav 3, Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, vanredni broj (142a), Beograd, 28. juni 1921. i Ustav Kraljevine Jugoslavije, član 11, stav 1. i 3, Službene novine Kraljevine Jugoslavije, broj 200, Beograd, 3. septembar 1931.

8 Lazić, I., *Pravni i činjenični položaj vjerskih zajednica u Jugoslaviji*, zbornik Vjerske zajednice u Jugoslaviji, Zagreb, 1970, str. 47; Unković, V., *Vjerske zajednice u uvjetima nastanka i razvoja nove Jugoslavije*, neobjavljena doktorska teza odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu 1978, str. 12; grupa autora, *Društveno-politički položaj i pravni režim verskih zajednica u Jugoslaviji*, Institut za savremenu istoriju, Beograd, 1972, str. 5; Bjelajac, B., *O istoričnosti malih protestantskih verskih zajednica u Srbiji*, tekst u zborniku *Udar na verske slobode*, Alfa i Omega, Beograd, 2001, str. 33-41.

9 Radić, R., op. cit., str. 21.

predstavnicima bilo je zabranjeno da duhovnu vlast preko bogomolja, napisa verskog karaktera, ili na neki drugi način zloupotrebljavaju u partijske svrhe.

2. ZAKON O SRPSKOJ PRAVOSLAVNOJ CRKVI

Zakon određuje da je Srpska pravoslavna crkva autokefalna sa dostojanstvom patrijaršije. Versko učenje ispoveda javno, slobodno vrši propisana bogoslužjenja i samostalno uređuje crkveno-verske poslove. Obezbeđeno je samostalno upravljanje i raspolaganje crkvenom imovinom, fondovima i zadužbinama, uz propisano ograničenje vršenja u skladu sa Zakonom, crkvenim ustavom i pod vrhovnim nadzorom države. Crkvene vlasti slobodno donose odluke o prihvatanju zadužbina namenjenih ostvarivanju verskih zadataka i ciljeva. Kontrolu prihoda i rashoda vršiče Srpska pravoslavna crkva prema sopstvenom računovodstvu uređenom posebnom uredbom. Vrhovni nadzor nad svim приходima i rashodima Crkve vrši Glavna kontrola, koja preglede obavlja prema ukazanoj potrebi, na zahtev ministra pravde ili samih crkvenih organa. Imovina služi za ostvarivanje ciljeva Crkve i ne može se oduzimati osim u slučaju eksproprijacije predviđene zakonom. Crkva kao celina, uključujući njene sastavne delove i ustanove, ima svojstvo pravnog lica i sposobnost sticanja i raspolaganja pokretnom i nepokretnom imovinom.

Duhovna, crkveno-disciplinska i crkveno-sudska vlast pripada samo jerarhiji i sprovodi se preko odgovarajućih organa i predstavnika. Imovinske, zadužbinske i fondovske poslove vrši episkopska vlast u zajednici sa sveštenstvom i narodom preko samoupravnih tela što će se bliže urediti crkvenim ustavom. Crkvena krivična dela i kazne definišaće i propisati crkveni ustav. Crkvu pred državom predstavlja patrijarh ili njegov zamenik, a pojedine eparhije nadležni arhijereji. Postupak za izbor patrijarha utvrdiće se posebnim zakonom, dok će način izbora episkopa predvideti crkveni ustav. Izbor patrijarha i episkopa potvrđuje kralj ukazom na predlog ministra pravde sastavljen u saglasnosti sa predsednikom ministarskog saveta. Imovinsko-pravne interese Crkve pred državom zastupaće crkveni organi utvrđeni ustavom. Crkvene potrebe finansiraju se приходima od crkvenih dobara i fondova, sredstvima od državne naknade, crkvenim taksama, razrezima na prihode od manastirskih i crkvenih imanja, državne pomoći i posebnim prirezima.

Prelazna i završna naređenja regulišu status crkvenih ustanova, nadležstava i lica, koja sa državnog prelaze na budžet Srpske pravoslavne crkve i položaj eparhija u inostranstvu. Crkveni ustav donosi Sveti arhijerejski sabor i predlaže ministru pravde, koji ga posle usvajanja prosleđuje kralju radi ozakonjenja. Ministar pravde ovlašćen je da posebnom uredbom, donetom uz saslušanje predloga Svetog arhijerejskog sinoda, propiše sve potrebne odredbe za izvršenje Zakona. Organizacija Srpske crkve predviđena Zakonom i crkvenim ustavom mora se uspostaviti u roku od dve godine od donošenja Zakona. Stupanjem na snagu Zakona i Ustava, prestaje važnost svih uređaba i propisa čiju materiju su obuhvatili navedeni akti.¹⁰

¹⁰ Zakon o Srpskoj pravoslavnoj crkvi, Službene novine Kraljevine Jugoslavije, broj 269, 1929, str. 2010-2013.

3. ZAKON O ISLAMSKOJ VERSKOJ ZAJEDNICI KRALJEVINE JUGOSLAVIJE IZ 1930. GODINE

Prema Zakonu svi muslimani sačinjavaju jednu samostalnu Islamsku versku zajednicu na čijem čelu je reis ul ulema kao vrhovni poglavar. Islamska verska zajednica javno ispoveda i uči svoju veru, slobodno vrši verske obrede i samostalno uređuje verske, versko-prosvetne i vakufske poslove. Ustanovljeni su sledeći organi Islamske verske zajednice: džematski medžlisi na čelu sa džematskim imamom, sreska vakufsko-mearifska poverenstva sa šerijatskim sudijom kao predsedavajućim, muftijstva, ulema medžlisi i vakufsko-mearifska veća u Sarajevu i Skoplju, Vrhovno versko starešinstvo u Beogradu sa reis ul ulemom kao predsednikom. Sastav navedenih organa, njihov delokrug rada i nadležnosti predvideće Ustav IVZ. Postupak za izbor reis ul uleme, članova Ulema medžlisa i muftija propisaće se posebnim zakonom. Reis ul ulemu, članove Ulema medžlisa i muftije, na predlog ministra pravde sastavljenog u saglasnosti sa predsednikom Ministarskog saveta, postavlja kralj ukazom. Menšuru za obavljanje verskih poslova reis ul ulema dobija u Beogradu od posebnog Saveta, koji sačinjavaju članovi oba Ulema medžlisa, po tri člana iz sastava vakufsko-mearifskih veća i svi članovi vrhovnih šerijatskih sudova.

Zajednica samostalno upravlja i slobodno raspolaze verskom imovinom i vakufima (zadužbinama) u granicama Zakona, sopstvenog Ustava i pod vrhovnim nadzorom države. Nadležne islamske verske vlasti slobodno odlučuju o prijemu zadužbina namenjenih verskim ciljevima. Kontrolu prihoda i rashoda Islamska verska zajednica vrši samostalno, preko svojih nadležnih vlasti, po postupku o računovodstvu, koji će se propisati uredbom i pod nadzorom Glavne kontrole. Dodatni pregledi vrše se na zahtev ministra pravde ili nadležnih tela Islamske verske zajednice. Imovina služi isključivo ostvarivanju verskih ciljeva i ne može se oduzimati osim u slučaju eksproprijacije predviđene zakonom. Svojstvo pravnog lica ima Islamska verska zajednica i pojedine ustanove predviđene Ustavom iz čega proizlazi i sposobnost da stiču pokretna i nepokretna dobra i njima raspolaze. Islamsku versku zajednicu pred državom predstavlja reis ul ulema ili njegov zamenik, a pojedina muftijstva muftije ili zamenici, odnosno šerijatske sudije u mestima gde nisu postavljeni. Imovinsko-pravne interese IVZ pred državnim organima zastupaju organi predviđeni ustavom. Materijalne potrebe Islamska verska zajednica podmiruje prihodima od verskih i vakufsko-mearifskih dobara i fondova, verskim taksama, naročitim razrezima na pojedine samostalne vakufe, dobrovoljnim prilozima i visajetima, stalnom državnom pomoći i verskim prizrezima.

Prelazna i završna naređenja propisuju da se stupanjem na snagu Zakona, reis ul ulema za Bosnu i Hercegovinu i vrhovni muftija za Srbiju i Crnu Goru, kao i svi članovi Ulema medžlisa, vrhovnog muftijstva i sve muftije stavljaju na raspolaganje. Kraljevim ukazom, na predlog ministra pravde sastavljenim u saglasnosti sa predsednikom Ministarskog saveta, postaviće se prvi reis ul ulema u Beogradu, četiri člana Ulema medžlisa sa sedištem u Sarajevu i četiri člana Ulema medžlisa sa sedištem u Skoplju, kao i devet muftija, kojima će ministar odrediti mesto

službovanja. Ustav Islamske verske zajednice doneće na zajedničkoj sednici, pod predsedništvom reis ul uleme, svi članovi ulema medžlisa, sve muftije i svi članovi vrhovnih šerijatskih sudova. Predviđeno je da ministar pravde posebnim pravilnikom propiše način rada te sednice. Ministar pravde je ovlašćen da uredbom propiše sve bliže odredbe potrebne za pravilno izvršavanje Zakona vodeći računa o predlozima Vrhovnog verskog starešinstva. Zakonom i Ustavom propisanu organizaciju IVZ treba sprovesti u roku od jedne godine od stupanja na snagu Ustava. Austrougarski Statut od 15. aprila 1909. godine prestao je da važi, kao i svi drugi zakoni, propisi i uredbi kojima je regulisana delatnost i položaj Islamske verske zajednice. Poslove koje su vršila dotadašnje vakufsko-mearifске i druge verske vlasti, obavljaće do donošenja Ustava IVZ i uspostavljanja organizacije novih vlasti naročita poverenstva postavljena od ministra pravde. Posebnom uredbom ministar pravde će utvrditi nadležnost i delokrug rada poverenstva i drugih vlasti, do donošenja Ustava IVZ.¹¹

3.1. Zakon o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije iz 1936. godine

Zbog poznatih međunarodnih i unutrašnjih okolnosti (pojava fašizma i nacizma, ubistvo kralja Aleksandra), tadašnje državno rukovodstvo moralo je da promeni taktiku i način pridobijanja muslimanskog stanovništva za ostvarenje svojih planova. Predsednik Vlade Milan Stojadinović postigao je dogovor sa Mehmedom Spahom o njegovom ulasku u Vladu i priključenju Jugoslovenskoj radikalnoj zajednici. Kao uslov za realizaciju dogovorenog, M. Spaho je tražio stavljanje van snage zakonodavstva o Islamskoj verskoj zajednici, čime bi se iz rukovodstva odstranili njegovi politički protivnici. Uredbom Vlade od 28. februara 1936. godine, stavljeni su van snage Zakon o Islamskoj verskoj zajednici i Ustav Islamske verske zajednice u Kraljevini Jugoslaviji.¹²

Uredbom sa zakonskom snagom o izmenama i dopunama Zakona o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije, kao i kasnije objavljenim prečišćenim tekstom Zakona o IVZ Kraljevine Jugoslavije, muslimansko vođstvo uspelo je u značajnoj meri da IVZ oslobodi tutorstva države. Vraćena su prava islamskim vernicima da neposredno biraju predstavnike u najvažnije organe i da samostalno raspolazu vakufskim dobrima, uz utvrđen opšti nadzor države. Ukinuto je Vrhovno versko starešinstvo i ustanovljena funkcija reis ul uleme sa užim i širim savetom. Vakufsko mearifска veća postala su vakufsko mearifски sabori. Umesto muftije uvedena je funkcija glavnog imama sa ograničenim nadležnostima. Sastav glavnih organa i delokrug njihovog rada trebalo je da propiše novi Ustav IVZ. Članove Ulema medžlisa bira posebno izborna tela od deset članova, koje određuje vakufsko-mearifски sabor posle konstituisanja. Izborna tela sa oba područja biraju

¹¹ Zakon o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije, Službene novine Kraljevine Jugoslavije, broj 99-X, od 7.2.1930.

¹² Grupa autora, op. cit., str. 12.

reis ul ulemu na zajedničkoj sednici. Zadržana je odredba da reis ul ulemu i članove ulema međžlisa postavlja kralj ukazom. Vrhovni poglavar dobija menšuru za vršenje verskih poslova od posebnog saveta, koji biraju oba vakufsko mearifška sabora.

Organizacija Islamske verske zajednice predviđena Zakonom, trebalo je da se uspostavi u roku od šest meseci od dana donošenja Ustava IVZ. Stupanjem na snagu Zakona prestali su da važe svi propisi suprotni njegovim osnovnim odredbama, a reis ul ulema, svih osam članova ulema međžlisa i devet muftija stavljeni su na raspolaganje kraljevskoj vladi. Poslove, koje su do tada obavljali verski i vakufsko-mearifski organi, vršili su do donošenja Ustava IVZ naibi (poverenici), imenovani od ministra pravde. Prvi naib postavljen je u Beogradu i njegova dužnost bila je da sprovede likvidaciju Vrhovnog verskog starešinstva. Izborom reis ul uleme i predajom kompletne dokumentacije prestaje njegova dužnost. Naibi su postavljeni u Sarajevu i Skoplju sa zadatkom da preuzmu sve poslove vakufsko-mearifskih veća i njihovih upravnih odbora. Dužnost naiba prestaje izborom vakufskih sabora.¹³

4. ZAKON O EVANGELIČKO-HRIŠĆANSKIM CRKVAMA I O REFORMANOJ HRIŠĆANSKOJ CRKVI U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

Evangelici augsburške veroispovesti (luterani) u Kraljevini Jugoslaviji sačinjavaju dve zasebne i jednu od druge nezavisne evangeličko-hrišćanske crkve: slovačku i nemačku. Pripadnici reformovanog veroispovedanja (kalvini) čine posebnu Reformovanu hrišćansku crkvu u Kraljevini. Slovačka i nemačka evangelička crkva mogu da organizuju Savez radi unapređenja zajedničkih crkvenih interesa. Evangeličke i Reformovana crkva imaju punu slobodu javnog ispovedanja vere i vršenja verskih obreda. Crkveno-autonomna tela, vlasti i ustanove i njihova organizacija predvideće se crkvenim ustavima. Crkve samostalno uređuju verske, prosvetne, dobrotvorne i ostale kulturne poslove i upravljaju imovinom u skladu sa utvrđenim načelima, a u granicama državnih zakona i pod vrhovnim nadzorom države. Odluke o prijemu zadužbina namenjenih crkvenim ciljevima donose samostalno i upravljaju njima pod nadzorom državnih zadužbinskih vlasti.

Crkve i njihova autonomna tela imaju svojstvo pravnog lica i saglasno tome mogućnost sticanja i korišćenja pokretnih i nepokretnih dobara u skladu sa ustavima i u granicama zakona. Imovina samoupravnih tela i ustanova služi samo ostvarivanju verskih ciljeva i ne može se oduzimati, osim u slučajevima eksproprijacije predviđene zakonom. Kontrola prihoda i rashoda vrši se samostalno po postupku o crkvenom računovodstvu, koji će se propisati crkvenim ustavima i pod nadzorom Glavne kontrole. Uključivanje Glavne kontrole u pregled poslovanja moguće je na

¹³ Uredba sa zakonskom snagom o izmenama i dopunama Zakona o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije, Službene novine Kraljevine Jugoslavije, broj 52-X od 5.3.1936. i Zakon o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije, Službene novine Kraljevine Jugoslavije, broj 74-XVI od 31.3.1936.

zahtev crkvenih vlasti ili ministra pravde. Materijalna sredstva potrebna autonomnim telima i ustanovama za ostvarivanje planiranih ciljeva podmiruju se prihodima od njihove imovine, crkvenih taksi i prinosa, priloga i poklona, zadužbina i fondova, političko-upravnih opština, iz stalne državne pomoći i crkvenih prireza. Pripadnici navedenih crkava dužni su da plaćaju sve dažbine i prireze za pokriće potreba nadležnih autonomnih tela i ustanova. Obaveze prema crkvama treba da ispunjavaju i vernici koji na određenoj teritoriji imaju imanje ili se bave trgovinskim i drugim poslovima, nezavisno od mesta gde stanuju.

Duhovne i autonomne vlasti i ustanove svih crkava međusobnu prepisku i zapisnike mogu da vode na maternjem jeziku. Isti princip važi i za matrikule i izvode i uverenja iz njih, ali uz ograničenje da ne mogu predstavljati javni dokument. Prepiska sa državnim vlastima i izdavanje dokumenata za službenu upotrebu, kao i pismeno opštenje sa drugim crkvama u državi, vršiće se isključivo na državnom jeziku. Državni i opštinski službenici, vojnici i đaci tih veroispovesti imaju odmor u smislu zakona u sledeće dane: Badnji dan, Božić – dva dana, Nova godina, Veliki Petak, Uskrs – dva dana, Spasov dan, Duhovi – dva dana i Praznik reformacije (31. oktobar).

Crkveno zakonodavstvo vrši Sinod svake crkve. Crkvenim ustavom predvideće se način biranja vrhovnih duhovnih starešina (biskupa, vrhovnog seniora), glavnih svetovnih starešina, kao i drugih duhovnih i autonomnih službenika. Izbor vrhovnih duhovnih starešina potvrđuje kralj ukazom na predlog ministra pravde sastavljenim u saglasnosti sa predsednikom Ministarskog saveta, dok ministar pravde odobrava izbor vrhovnih svetovnih starešina. Duhovnici (sveštenici) moraju potpuno vladati jezikom kojim govore članovi crkvene opštine. Raspoređivanje lica bez znanja određenog jezika moguće je ukoliko izbor izvrši opština, a ministar pravde odobri. Službeno versko zvanje može privremeno dobiti i lice stranog državljanstva, uz prethodno odobrenje ministra pravde. Osuđena ili lica pod istragom za krivična dela beščašća ili koja padnu pod stečaj ili starateljstvo ne mogu vršiti dužnost u autonomnoj službi dok traju te okolnosti.

Crkvene opštine nesrodne po jeziku iste crkve sa ostalim opštinama mogu da obrazuju zaseban seniorat, ako to omogućava broj vernika i njihovo ekonomsko stanje. Osnivanje se vrši na zahtev dve trećine crkvenih opština, koje to žele i takav seniorat se samostalno opredeljuje u sastavu koje crkve svog veroispovedanja će biti. Ukoliko jedna trećina vernika neke crkvene opštine govori drugim jezikom, obavezno se utvrđuje redosled bogosluženja na njihovom jeziku. Istupanje zbog jezika iz stare i formiranje nove ili filijalne opštine, obavezuje vernike da pet godina plaćaju sve doprinose staroj opštini. Nemogućnost izgradnje nove bogomolje omogućava korišćenje stare, uz utvrđivanje redosleda bogosluženja i prihvatanje troškova održavanja. Crkve su dužne da u roku od dve godine na sinodima donesu ustave o celokupnom uređenju, u skladu sa propisima Zakona. Izrađene ustave sinodi dostavljaju ministru pravde, koji ih posle usvajanja podnosi kralju na ozakonjenje. Ministar pravde je ovlašćen da propiše odredbe za izvršavanje zakona vodeći računa o predlozima autonomnih upravnih vlasti. Eventualne sporove između dve crkve

rešava Savez, a ukoliko ne bude obrazovan, ministar pravde. Stupanjem na snagu Zakona prestaju da važe svi zakoni, uredbе i drugi propisi po predmetu zakona. Propisi kojima je uređivan život i rad crkva prestaju da važe kad se uspostavi organizacija predviđena Zakonom.¹⁴

5. ZAKON O VERSKOJ ZAJEDNICI JEVREJA U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

Versku zajednicu Jevreja obrazuju svi pripadnici jevrejske veroispovesti, koji žive u Kraljevini Jugoslaviji i njima je zagarrantovana puna sloboda javnog ispovedanja vere. Jevreji su organizovani po veroispovednim opštinama čiji je zadatak briga o verskim i kulturnim potrebama članstva. Veroispovedne opštine organizuju Savez, a ortodoksne Udruženje, s tim da oba organizaciona oblika, kao i pojedine opštine, posebnim pravilima utvrđuju unutrašnje uređenje, delokrug rada, prava i dužnosti. Ministar pravde odobrava pravila Udruženja i Saveza, kao i pojedinih opština. Jevrejske veroispovedne opštine i njihov Savez, odnosno Udruženje, predstavljaju samoupravna tela, koja samostalno upravljaju kulturnim i dobrotvornim ustanovama, uključujući i versku imovinu i fondove, a pod vrhovnim nadzorom države. Utvrđeno je pravo da slobodno odlučuju o prijemu zadužbina namenjenih verskim zadacima i da njima rukovode u skladu sa odgovarajućim zakonom, kao i da raspolazu i stiču pokretna i nepokretna dobra. Navedeni subjekti samostalno vrše kontrolu prihoda i rashoda po postupku o računovodstvu propisanom od ministra pravde posebnom uredbom. Kompletna imovina i poslovanje podležu nadzoru državne Glavne kontrole, koji se obavlja na zahtev ministra pravde, Saveza, Udruženja ili pojedinih opština.

Savez i Udruženje predstavljaju centralne organe jevrejskih veroispovednih opština svog verskog pravca u Kraljevini. Njihova je obaveza da posreduju u službenoj komunikaciji između državnih vlasti i pojedinih opština i na zahtev Ministarstva pravde daju mišljenja o projektima zakona i uredba koje se tiču verske zajednice. Jevrejske organizacije izvršavaju svoje odluke i prikupljaju prihode. Svaka veroispovedna opština jednog ili drugog verskog pravca ima precizno utvrđeno područje i njeni pripadnici su svi Jevreji, koji tu žive. Razdvajanje i spajanje opština može se izvršiti na zahtev dvadeset punoletnih i samostalnih pripadnika, ako se dokaže da je postupak proistekao iz verskih razloga i da novi organizacioni oblik raspolaže sredstvima za izdržavanje službenika i rad potrebnih ustanova. Ukoliko neke opštine ostanu bez sredstava za rad dozvoljeno je ukidanje ili pripajanje njihovih područja susednim opštinama. Odluke o osnivanju, izdvajanju, spajanju i ukidanju donosi ministar pravde na predlog Saveza ili Udruženja u sporazumu sa zainteresovanom opštinom.

¹⁴ Zakon o evangeličko-hrišćanskim i o reformovanoj hrišćanskoj crkvi u Kraljevini Jugoslaviji, Službene novine Kraljevine Jugoslavije, 17.4.1930.

Predviđeno je da pravila veroispovednih opština sadrže sledeće odredbe: područje i sedište opštine, predstavništva i matičnog ureda; prava i dužnosti pripadnika; sastav i način izbora uprave, rok trajanja funkcija i delokrug pojedinih organa; način postavljanja – izbora rabina, odredbe o njegovim pravima i dužnostima, postupak izbora drugih službenika, njihova prava i disciplinske propise; način izvođenja verske obuke; odredbe o privatnim bogomoljama i verskim sastancima; materijalno obezbeđenje verskih ustanova; postupak razrezivanja prinosa i prikupljanja sredstava za izdržavanje opštine i njenih ustanova; penzioni status službenika i njihovih porodica i način izmene pravila.

Materijalna sredstva za potrebe pojedinih veroispovednih opština, Saveza i Udruženja obezbeđuju se prihodima od imovine, verskih taksi, priloga i poklona, sredstvima od zadužbina i fondova, davanja političkih opština i stalne državne pomoći. Jevreji oba pola, koji imaju imovinu ili prihod, dužni su da plaćaju sve vrste verskih prinosa i dažbina namenjenih za pokriće potreba opštine i njenih ustanova. Ukoliko neki član istupi iz svoje i pređe u drugu jevrejsku opštinu, koja postoji u istom mestu, obavezan je da do kraja pete budžetske godine plaća određene doprinose ranijoj opštini.

Duhovni poglavar Verske zajednice Jevreja u Kraljevini Jugoslaviji je vrhovni rabin sa sedištem u Beogradu. Postavlja se kraljevim ukazom na predlog ministra pravde, između tri kandidata koje zajednički biraju Glavni odbori Saveza i Udruženja, predstavnici veroispovednih opština svih pravaca iz Beograda, Zagreba, Skoplja, Sarajeva, Novog Sada, Subotice i Osijeka ukoliko nisu zastupljeni u glavnim odborima i svi rabini na službi u jevrejskim ustanovama u Kraljevini. Upraznjeno mesto vrhovnog rabina popunjava se u roku od šest meseci, a do izbora funkciju vrši rabin određen od ministra pravde na predlog Saveza i Udruženja sastavljen u sporazumu sa oba rabinska sinoda. Prinadležnosti vrhovnog rabina i materijalni rashodi Vrhovnog rabinata pokrivaju se iz stalne državne pomoći Verskoj zajednici Jevreja. Vrhovni rabin ima pravo na penziju činovnika prve grupe prve kategorije i ona se isplaćuje iz državnog budžeta po propisima Zakona o činovnicima.

Vrhovni rabin predsednik je oba rabinska sinoda od kojih jedan sačinjavaju tri člana i dva zamenika iz reda rabina ortodoksnog verskog pravca, a drugi pet članova i tri zamenika izabranih između ostalih rabina. Članove rabinskih sinoda biraju skupštine rabina jednog i drugog verskog pravca. Rabinski sinodi, pod predsedništvom vrhovnog rabina, daju mišljenja o svim verskim pitanjima, koja se sprovode kroz Glavni odbor Saveza i Udruženja. Ukoliko Glavni odbor Saveza ne usvoji mišljenje svoga rabinskog sinoda, konačnu odluku donosi specijalni odbor u koji ulazi šest članova rabinskog sinoda, među kojima je Vrhovni rabin i šest članova nerabina Glavnog odbora određenih od uprave Saveza. Specijalnom odboru predsedava Vrhovni rabin i odluka se donosi prostom većinom glasova.

Duhovni poglavari veroispovednih opština su rabini i oni su virilni (postavljeni) članovi opštinskih odbora prilikom rešavanja verskih pitanja. Kada se radi o ortodoksnim opštinama rabini su virilni članovi opštinskih odbora uopšte. Opštinski odbori rešavaju verska pitanja u prvom stepenu. Postavljanje (izbor) rabina i svih

službenika veroispovedne opštine vrše samostalno. Rabin i ostali verski službenici postavljaju se dekretom predsedništva veroispovednih opština privremeno ili trajno. Privremenost za rabina može trajati tri godine, a za ostale službenike ne duže od pet godina. Trajno postavljeni rabin ili drugi verski službenik ne može biti otpušten iz službe, osim na osnovu izvršne disciplinske presude, izrečene prema pravilima dotične opštine, Saveza i Udruženja. Službeno versko zvanje u opštini ili državnoj službi dobijaju lica sa kvalifikacijama pripisanim od Vrhovnog rabina i određenog rabinskog sinoda. Strani državljani mogu samo privremeno biti postavljeni za činovnike i službenike veroispovednih opština i to na osnovu odobrenja ministra pravde. Zvanja predstavništava Saveza i Udruženja, kao i pojedinih opština, su počasna. Osuđena i lica pod krivičnom istragom za određena dela ne mogu biti birana ni vršiti dužnost dok traju te okolnosti.

Disciplinske krivice rabina i ostalih službenika rešavaju se na osnovu pravila pojedinih veroispovednih opština, Saveza i Udruženja. Veroispovedne opštine Saveza rešavaju disciplinske krivice svojih verskih službenika, osim rabina. Savez jevrejskih veroispovednih opština odlučuje u drugom i poslednjem stepenu o žalbama na odluke opština, a kao prva i poslednja instanca disciplinske krivice rabina. Kada su u pitanju disciplinske krivice ortodoksnih rabina i drugih verskih službenika ortodoksnih opština tog pravca, presuđuje rabinski sinod. Disciplinski postupak protiv rabina i ostalih verskih službenika može pokrenuti i Rabinski sinod po službenoj dužnosti.

Službeni jezik jevrejskih veroispovednih opština i njihovih centralnih ustanova je državni jezik i na njemu se vode matrikule i iz njih izdaju dokumenta sa karakterom javnih isprava. Jevrejska veroispovedna opština ne može vršiti verske obrede za pripadnika druge opštine, osim u slučaju sahrane, dok vernik ne dostavi potvrdu o ispunjenju svih obaveze prema prethodnoj opštini. Državni i opštinski službenici, vojnici i đaci imaju odmor tokom sledećih jevrejskih verskih praznika: Pasha – prva dva dana i poslednja dva dana; Ševout – dva dana; Roš Ašana (Nova godina) – dva dana; Jom Kipur – jedan i po dan (polo dana uoči praznika) i Sukot – prva dva i poslednja dva dana. Jevrejske veroispovedne opštine obavezane su da u roku od tri meseca donesu pravila utvrđena Zakonom i da ih podnesu Savezu, odnosno Udruženju, a oni ministru pravde na potvrdu. Stupanjem na snagu, prestaju da važe svi zakoni, uredbe i drugi propisi identični predmetu Zakona.¹⁵

15 Zakon o verskoj zajednici Jevreja u Kraljevini Jugoslaviji, Službene novine Kraljevine Jugoslavije, broj 301, od 24. decembra 1929.

6. ZAJEDNIČKE ODREDBE

6.1. Državna pomoć i verski prirez

Budući da je Zakon predvideo da određen broj crkvenih ustanova, nadležstava i lica sa državnog pređu na budžet SPC u Prelaznim i završnim naređenjima određeno je da ministar pravde i ministar finansija donesu posebnu uredbu radi regulisanja tog pitanja.¹⁶ Obaveze države za potraživanja Crkve u Srbiji i Crnoj Gori urediće se sporazumno između ministara pravde i finansija i Svetog arhijerejskog sabora. Iznos naknade, koja će se isplaćivati otkom ili u godišnjim sumama, utvrdiće se posebnom uredbom čija će promena biti moguća samo uz prethodnu saglasnost Arhijerejskog sabora. Gotovo identična situacija predviđena je i u slučaju prelaska islamskih verskih nadležstava i lica sa državnog na budžet IVZ. Uredbom dva ministra utvrdiće se državna pomoć IVZ iz budžeta uzimajući u obzir sve rashode po finansijskom zakonu, kao i iznos bira (propisano naturalno davanje svešteniku za obavljene verske usluge) u Srbiji zagwarantovanog dotadašnjim propisima, uključujući i sumu potrebnu za pokriće ličnih i materijalnih rashoda Vrhovnog verskog starešinstva u Beogradu i Ulema medžlisa u Skoplju. Islamski verski prirez, koji se prema dotadašnjim zakonskim propisima, naplaćivao u Bosni i Hercegovini, prikupljaće se i dalje i trošiti za propisane namene dok se ne primene odgovarajuće odredbe Zakona.

Zakonom je predviđena stalna državna pomoć evangeličkim i reformovanoj crkvi, koja će se urediti posebnom uredbom donetom od nadležnih ministara, po saslušanju vrhovnih crkvenih vlasti, a na osnovu stvarnih potreba. Pomoć će se isplaćivati preko vrhovnih crkvenih vlasti srazmerno broju njihovih pripadnika. Ukoliko političko-upravne opštine planiraju pomoć za verske sadržaje, potrebno je da uključe i ove crkve vodeći računa o broju njihovih pripadnika na određenom području. Kada je u pitanju Jevrejska zajednica, državna pomoć urediće se posebnom ministarskom uredbom donetom uz saslušanje Saveza i Udruženja. Prilikom određivanja sume imaće se u vidu stvarne potrebe, a pomoć će se uplaćivati Savezu i Udruženju prema broju pripadnika u opštinama. Ukoliko političke opštine predvide pomoć za verske potrebe, dužne su da uključe i jevrejsku opštinu srazmerno broju vernika.

Prirez na neposredni porez, koji pravoslavni vernici, pripadnici islamske vere i poreski obveznici evangeličko-hrišćanskih crkava i reformovane crkve plaćaju državi, imaju pravo da za svoje potrebe raspišu patrijaršija, eparhije, pojedine crkvene opštine, Vakufsko-mearifsko veće, Sresko vakufsko-mearifsko veće i džematski medžlis, kao i evangelička i reformovana crkveno-autonomna tela predviđena crkvenim ustavima, ali samo pod uslovom da redovni prihodi ne

¹⁶ Više o zakonodavstvu u tom periodu, Pantić, D., *Srpska pravoslavna crkva u Kraljevini Jugoslaviji 1929-1941*, Istočno Sarajevo, 2006, Imamović, M., *Opšte karakteristike vjerskog zakonodavstva šestojanuarske diktature*, Glasnik Vrhovnog islamskog starješinstva, Sarajevo, 1991/2, str. 151-159.

podmiruju planirane rashode. Odluku o raspisivanju prireza za tačno određeno vreme donose organi ovlašćeni crkvenim i verskim ustavom i ona postaje punovažna kada je odobri ministar finansija u sporazumu sa ministrom pravde. Ministarsko odobrenje nije potrebno ukoliko prirez raspisuje crkvena opština po zaključku crkveno-opštinskog zbora, džematski medžlisi po zaključku džematskog zbora i evangelička i reformovana crkvena opština po zaključku opštinskog zbora pod uslovom da očekivana suma ne prelazi 10% od utvrđenog državnog poreza i za odluku se izjasne predstavnici koji čine 75% ukupnog poreskog zaduženja. Odobrenje za takav prirez daju crkvene vlasti određene ustavom, nadležno Vakufsko-mearifsko veće i evangeličke i reformovane vlasti predviđene ustavom. Odobrene crkvene prireze prikupljaju organi državne poreske administracije na identičan način kao ostale poreze i uplaćuju ih tromesečno nadležnim crkvenim i verskim vlastima.

6.2. Olakšice

Zvanične radnje crkvenih vlasti u jerarhijskom i samoupravnom delokrugu podležu plaćanju taksi u korist SPC, koje propisuju nadležni organi posebnim pravilnikom odobrenim od ministra pravde u sporazumu sa ministrom finansija. Kada je u pitanju IVZ, takse se plaćaju za sve zvanične radnje verskih i vakufsko-mearifskih organa, propisanih od vakufsko-mearifskih veća posebnim pravilnikom odobrenim od nadležnih ministara. Državne i samoupravne vlasti, na zahtev crkvenih i verskih organa, pružaju administrativnu pomoć neophodnu za izvršavanje zakonitih naređenja i punovažnih odluka i presuda donetih od nadležnih crkvenih tela i islamskih vlasti. Crkveni sudovi Srpske pravoslavne crkve mogu u cilju izvođenja dokaza tražiti pravnu pomoć redovnih sudova. Kada je u pitanju Jevrejska zajednica, Zakon dodatno utvrđuje obavezu državnih i samoupravnih vlasti da naplaćuju pravilno razrezane dažbine i takse. Službena prepiska i amanetna pošta svih crkvenih i verskih vlasti i ustanova oslobođeni su plaćanja poštarine i telegrafske takse. Zgrade namenjene bogosluženjima, crkveno-prosvetnim i dobrotvornim ustanovama, zavodi za crkvene i verske potrebe, arhijerejski, biskupski, manastirski, parohijski i župnički domovi, stanovi aktivnih verskih službenika, groblja, dvorišta, kao i kulturno-istorijski spomenici svih crkava i verskih zajednica, oslobođeni su javnih dažbina. Sveštena lica mirskog i monaškog reda, osobe koje po postavljenju obavljaju islamsku versku službu, duhovna lica (sveštenici) i rabini nisu obavezna da lično vrše javne poslove, koji se prema propisima vere ne slažu sa njihovim činom i pozivom. Ukoliko državne vlasti iz svoje nadležnosti pokrenu krivični postupak protiv nekog sveštenog lica ili islamskog versko-samoupravnog službenika dužne su odmah da obaveste nadležnu crkvenu i versku vlast. Obaveza blagovremenog obaveštavanja nadležnog arhijereja, muftije, vrhovnog duhovnog starešine, Vrhovnog rabina, Saveza i Udruženja postoji i posle donošenja odluke o krivici. Sveštenike, imame i evangeličke i reformovane duhovnike (sveštenike) u državnim bolnicama, kaznenim i sličnim zavodima i drugim državnim ustanovama na predlog

arhijereja, Ulema medžlisa i vrhovnog duhovnog starešine, postavlja nadležni ministar.

6.3. Verske škole

Upravu i nadzor nad crkvenim verskim autonomnim duhovnim školama Srpske pravoslavne crkve i Islamske verske zajednice vrše nadležne crkvene i verske vlasti. Odluku o osnivanju donosi Sveti arhijerejski sabor i nadležna islamska verska vlast, koji propisuju nastavni plan i program predavanja i postavljaju i razrešavaju upravnike. Ukoliko dođe do osnivanja evangeličkih i reformovanih škola biće pod upravom i nadzorom ustavom određene crkvene vlasti, koja rešava o osnivanju, propisuje nastavni plan i program predavanja i postavlja i razrešava upravnike. Jevrejski srednji teološki zavod ima status priznate verske škole kojim upravlja Savez jevrejskih veroispovednih opština. Ukoliko sličan zavod osnuje ortodokсни pravac njime će upravljati odgovarajuće Udruženje. Diplome stečene na inostranim zavodima ceniće nadležni rabinski sinod. Ministar prosvete daje odobrenje za osnivanje škola i posebnom odlukom potvrđuje nastavne planove. Sveti arhijerejski sinod, nadležni islamski verski organi i crkvene vlasti za evangelike i reformovane utvrđuju potrebnu spremu nastavnika i vaspitača u tim školama i donosi odluke o njihovom postavljenju i razrešenju. Neposredni nadzor nad radom verskih škola vrši nadležni arhijerej, odgovarajući verski organ za IVZ, a za evangelike i reformovane vrhovni duhovni starešina, koji imaju obavezu da podnose redovne izveštaje Svetom arhijerejskom sinodu, Ulema medžlisu i crkveno-autonomnoj vlasti, kao i pravo da upućuje predloge za postavljanje profesorskog i vaspitačkog kadra. Evangelici i reformovani svoje kadrove školovaće u inostranstvu dok se ne steknu uslovi za otvaranje odgovarajućih škola. Ministru prosvete poveren je vrhovni nadzor nad radom svih verskih škola u Kraljevini.

Zakon propisuje da usaglašenost predavanja na bogoslovskim fakultetima u sastavu državnih univerziteta sa pravoslavnom verom kontroliše Sveti arhijerejski sinod. Uočavanje velikih nesaglasnosti daje pravo Sinodu da pokrene inicijativu kod ministra prosvete za njihovo otklanjanje. Profesori i docenti bogoslovskih fakulteta, koji se biraju po Zakonu o univerzitetu, postavljaju se pošto Sveti arhijerejski sinod ocenom utvrdi i versku podobnost kandidata. Ukoliko dođe do osnivanja državnog šerijatsko-pravnog, odnosno islamskog verskog fakulteta ili neke druge škole u tom rangu, Vrhovno islamsko starešinstvo je ovlašćeno da preduzme mere radi usaglašavanja predavanja sa islamskom verom. Pojava problema te vrste podrazumeva pokretanje postupka kod ministra prosvete u cilju njihovog otklanjanja. Profesori i docenti takvih fakulteta, a koji se biraju po zakonu o Univerzitetu, postaviće se pošto Ulema medžlis posebnom ocenom utvrdi njihova verska podobnost.

6.4. Verska nastava

Verska nastava predaje se u svim državnim i privatnim školama uz saglasnost nadležnih crkvenih i verskih organa i poštovanje odredaba školskih zakona.¹⁷ Nastavne planove i programe propisuje nadležni ministar uzimajući u obzir potrebe verskog obrazovanja po predlogu Svetog arhijerejskog sabora za decu pravoslavne i Ulema medžlisa za decu islamske veroispovesti. Kada je u pitanju evangelička, reformovana i jevrejska verska nastava polazi se od predloga nadležnih crkvenih vlasti određenih ustavom i Saveza jevrejskih veroispovednih opština i Sinoda ortodoksnih rabina. Udžbenici veronauke izdaju se u skladu sa zakonom, a Sveti arhijerejski sinod, Ulema medžlis, nadležne evangeličke i reformovane crkvene vlasti i Savez jevrejskih veroispovednih opština i Sinod ortodoksnih rabina daju odobrenje u pogledu verske sadržine. Nastavu veronauke u državnim osnovnim školama mogu izvoditi kvalifikovani parohijski sveštenici, imami, župnici, duhovna lica ili posebno osposobljeni veroučitelji, u smislu propisa Zakona o narodnim školama. Ukoliko ne postoji mogućnost angažovanja takvog kadra, veronauku će predavati učitelji škola pravoslavne i islamske veroispovesti, odnosno evangeličkog i reformovanog veroispovedanja. Veroučitelje iz reda sveštenih lica, imama i duhovnih lica u svim narodnim školama postavlja ministar prosvete sa spiska kandidata predloženih od nadležne crkvene i verske vlasti, Saveza jevrejskih veroispovednih opština i Sinoda ortodoksnih rabina. Kada su u pitanju srednje škole veroučitelje, takođe, postavlja ministar uz obavezu kandidata da podnesu pismeno odobrenje nadležnih crkvenih organa, verskih vlasti, Saveza jevrejskih veroispovednih opština i Sinoda ortodoksnih rabina da mogu predavati taj predmet. Ministar prosvete premešta i razrešava dužnosti sve veroučitelje po odredbama školskih zakona. Veroučitelje u svim privatnim školama postavlja i premešta uprava škole po odobrenju nadležnog episkopa, verskih i crkvenih vlasti i nadležne jevrejske veroispovedne opštine i na njih se primenjuju sve odredbe školskih zakona. Nadležna crkvena i verska vlast može oduzeti već izdato odobrenje onim veroučiteljima koji nastavu izvode suprotno pravoslavnoj veri, evangeličkom i reformovanom veroispovedanju, ili za koje se oceni da životom i radom ne zaslužuju obavljanje te dužnosti. Kada je u pitanju neusklađenost predavanja sa jevrejskom verom, izdato uverenje oduzima Savez jevrejskih veroispovednih opština i Sinod ortodoksnih rabina.

Zakon o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije od 31. marta 1936. godine sadrži značajne izmene u odnosu na rešenja iz prethodnog Zakona. Veronauka je obavezan predmet i izvodi se pod nadzorom nadležnih verskih vlasti. Izaslanici Ulema medžlisa imaju pravo da dva puta godišnje izvrše pregled svih škola i utvrde izvođenje veronauke saglasno pravilima. Nastavne planove i programe veronauke propisuje ministar prosvete uz sporazum sa nadležnim verskim organima i po saslušanju Glavnog prosvetnog saveta. Ministar prosvete propisuje i udžbenike

17 Član 17. stav 2. Zakona o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije propisuje da učenici islamske vere ne mogu saradivati ni prisustvovati bilo kojoj svečanosti u školi i van nje, koja nosi obeležja svečanosti isključivo druge vere.

veronauke, ali samo ukoliko je odobren od verskih vlasti. Verska nastava predaje se dva časa nedeljno u odeljenjima gde postoji dovoljan broj učenika, a ukoliko je u pitanju suprotan slučaj sastavlja se više odeljenja i organizuju zajednički časovi. Ulema medžlis može oduzeti pravo nastave veroučitelju ako se utvrdi da je radio protivno islamskim propisima. Uprava škole dužna je da takvog veroučitelja udalji iz nastave po dobijanju obaveštenja od Ulema medžlisa. Odluka Ulema medžlisa prosleđuje se i ministru prosvete, koji sa takvim veroučiteljem postupa u skladu sa zakonom. Školske vlasti mogu razrešiti veroučitelja za koga se ustanovi da je nesposoban za nastavničku službu ili čije ukupno ponašanje nije u skladu sa dužnošću koju obavlja, uz obavezu prosleđivanja takve odluke Ulema medžlisu. Nastava i ponašanje nastavnika u javnim i privatnim školama, kao i sadržaj školskih udžbenika, moraju poštovati versko osećanje učenika islamske vere. Predavanja moraju biti tako organizovana da ne sprečavaju učenike islamske vere u obavljanju njihovih verskih dužnosti. Odredbe o tome propisaće nadležni ministar u sporazumu sa reis ul ulemom.¹⁸

Budući da odgovarajući zakon nije donet o Katoličkoj crkvi i da se zbog brojnosti i uticaja katoličke zajednice neposredno posle formiranja nove države pristupilo donošenju Konkordata, potrebno je predstaviti proces njegovog donošenja i konkordatsku krizu, koja je na manifestan način pokazala teškoće, pa i nesposobnost, države da rešava važna pitanja. Bilo bi celishodno, takođe, naznačiti i činjenicu da je ujedinjenjem pokrajinskih crkava i ponovnim uspostavljanjem Srpske patrijaršije, prestala da postoji i pravoslavna crkva u Knjaževini Crnoj Gori, čime je podelila i sudbinu države u kojoj je postojala.

7. KATOLIČKA CRKVA

Konkordati Svete Stolice zaključeni sa pojedinim državama nastavili su pravno dejstvo u granicama teritorija, koje su posle završetka Prvog svetskog rata uključene u sastav Kraljevine SHS, ali kao unutrašnji državni zakoni bez snage međunarodnog ugovora. Austrougarski konkordat zaključen u Beču 18. avgusta 1855. godine, a stavljen van snage odlukom cara Franje Josifa 30. jula 1870. godine i dalje je važio u Hrvatskoj: „U Hrvatskoj se smatralo, da austrijski konkordat iz 1855. u Hrvatskoj i Slavoniji i dalje vrijedi kao državni zakon, jer je banska konferencija odlučila, da svi zakoni iz apsolutističkog razdoblja ostaju u Hrvatskoj na snazi, dok ne budu izrijekom derogirani”.¹⁹ Složeno pitanje uređenja Katoličke crkve u Bosni i Hercegovini definisano je potpisivanjem Konvencije između Svete Stolice i Austro-Ugarske 8. juna 1881. godine. Položaj katoličke manjine u Crnoj Gori uređen je

18 Zakon o Islamskoj verskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije, Službene novine, broj 74-XVI od 31.3.1936. godine.

19 Mužić, I., *Katolička crkva u Kraljevini Jugoslaviji*, Split, 1978, 16. Videti, takođe, E. Lovrić, E., *Vrijednost konkordata u Hrvatskoj prije i nakon sloma Austro-Ugarske*, Mjesečnik, 47/1921, 4-5, str. 197-216.

Konkordatom, koji u originalu ima naziv „Ugovor“, potpisanim 18.8.1886. godine, a ratifikovanim od crnogorske skupštine 7.10.1886. godine.²⁰ Posle dugogodišnjih pregovora Kraljevina Srbija je odnose sa Svetom Stolicom uredila Konkordatom ratifikovanim na zasedanju Skupštine u Nišu 26.7.1914. godine.²¹ Zakon o konkordatu između Srbije i Svete Stolice u Rimu, kako glasi puni naziv tog akta, relativno je kratak i sadrži 21 član.²²

7.1. Donošenje Konkordata

Tokom januara 1919. godine Vlada Kraljevine SHS zatražila je notifikaciju kod Vatikana, ali je priznanje odbijeno sa motivacijom da se sačeka ishod pregovora u Versaju. Posle propasti planova o spasavanju Austro-Ugarske na čemu je insistirao Vatikan, notom državnog sekretara kardinala De Gasparija od 6.11.1919. godine Sveta Stolica priznala je novu državu. Izvanredni izaslanik i opunomoćeni ministar Kraljevine SHS predao je akreditive 13.3.1920. godine, a apostolski nuncij 6.4.1920. godine, čime su uspostavljeni redovni diplomatski odnosi. Donošenjem Vidovdanskog ustava stekli su se uslovi da papa Benedikt XV posebnom izjavom od 21. novembra 1921. godine stavi van snage ugovore Vatikana sa državama kojima je do konferencije u Versaju pripadala teritorija nove države.²³ Posle izvršene verske ankete sa predstavnicima Katoličke crkve (16.11.1921. godine) i upoznavanja sa glavnim problemima u odnosima i težišnim zahtevima podnetih od biskupa KC i uvažavajući činjenicu o brojnosti katolika u Kraljevini, državni organi doneli su 1922. godine odluku o otpočinjanju pregovora sa Vatikanom radi zaključenja Konkordata. Jačanje i dolazak fašista na vlast u Italiji, progoni hrvatskog i slovenačkog naroda na teritorijama pripojenim Rapalskim ugovorom i nespremnost Vatikana da se distancira od takve politike, praktično onemogućavaju realizovanje planiranih odluka.²⁴ Pregovori su započeli 1925. godine i trajali sa prekidima punih deset godina. Konkordat su u Rimu 25. jula 1935. godine potpisali Ljudevit Auer, ministar pravde i čuvar državnog pečata u Vladi Milana Stojadinovića i državni sekretar Eugenije Pacelli (budući papa Pije XII).

Tekst Konkordata u vreme potpisivanja nije bio javno publikovan. Sadržao je 38 članova i njime su bila obuhvaćena sledeća pitanja: opšte odredbe; crkvene pokrajine; hijerarhija, kler i redovništvo; imovinski položaj; školstvo i vaspitanje; molitva za vladara; narodne manjine; bračno prvo; katolička akcija, nuncij i završne odredbe. Konkordatom je Katoličkoj crkvi priznato potpuno pravo slobodnog i

20 Ugovor između Svete Stolice i Crnogorske vlade, Izdavačko i knjižarsko preduzeće Gece Kona a.d., Beograd 1934, str. 30-34.

21 Zakon o konkordatu između Srbije i Svete Stolice, Srpske novine, broj 199 od 3. septembra 1914.

22 Videti, Novaković, D., Konkordati Knjaževine Crne Gore i Kraljevine Srbije sklopljeni sa Vatikanom 1866. i 1914. godine, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 2002, broj 4, str. 533-558.

23 Radić, R., Život u vremenima: Patrijarh Gavriilo (Dožić) 1881-1950, Beograd, 2011, str. 273.

24 Unković, V., op. cit., str. 21.

javnog vršenja misije u Kraljevini. Poštujući kodeks kanonskog prava, država je priznala pravnu sposobnost i sva prava Katoličkoj crkvi i njenim ustanovama. Državne vlasti bile su dužne da pruže svaku vrstu pomoći Katoličkoj crkvi radi izvršavanja naredaba, odluka i presuda donetih od nadležnih crkvenih tela. Stupanjem na snagu Konkordata prestajali su da važe i ukinuti su svi akti suprotni njegovim odredbama. Pitanja neuređena Konkordatom, a koja se odnose na crkvene osobe, rešavaće se na osnovu Kodeksa kanonskog prava.²⁵

7.2. Konkordatska kriza

Potpisujući konkordat dr Ljudevit Auer obavestio je Vatikan da Vlada Milana Stojadinovića namerava da pokrene postupak ratifikacije već na jesenjim zasedanjima Parlamenta. Definitivnim rešavanjem tog pitanja Vlada je nameravala da na unutrašnjem planu preko katoličkog klera i vernika čvršće veže najšire hrvatske mase za državnu zajednicu, a na spoljopolitičkom planu obezbedi dobre odnose sa Italijom i podršku Vatikana ukoliko dođe do internacionalizacije hrvatskog pitanja u Kraljevini. Navedeni plan o ratifikaciji nije ostvaren, jer je Sveti arhijerejski sabor Srpske pravoslavne crkve, smatrajući da su Katoličkoj crkvi data veća prava nego drugim veroispovestima, septembra 1935. godine uputio oštar protest Vladi. Pritisak na Vladu dodatno je pojačan u jesen 1936. godine, kada je Sveti arhijerejski sabor na vanrednom zasedanju konstatovao da se krše ustavna načela o ravnopravnosti priznatih vera i SPC stavlja u nepovoljan položaj prema drugim crkvama. Delegacija od tri episkopa predala je predsedniku Vlade pismeni protest iz koga proizlazi protivljenje ratifikaciji i upozorenje da se državni suverenitet žrtvuje zbog interesa jedne crkve čije je sedište u inostranstvu. Proučivši predstavku, predsednik Vlade je saopštio da ne može prihvatiti iznete primedbe i da će se postupak ratifikacije nastaviti.²⁶ Procenjajući da sve žešći otpor može pokolebati Vladu da popusti pred pritiscima, Katolička biskupska konferencija održala je u Zagrebu 8. januara 1937. godine zasedanje sa koga je poručeno da se očekuje ratifikacija već potpisanog konkordata.

Koristeći okupljanje episkopa na zasedanje Sabora, predsednik Vlade M. Stojadinović je 1. juna 1937. godine svim arhijerejima objasnio da se Konkordat ozakonjuje zbog normalizacije odnosa sa Vatikanom, izjednačavanja Katoličke crkve u pravima sa ostalim priznatim konfesijama i suzbijanja separatističkih težnji u državi. Nastojeći da prevaziđe spor i pokaže dobru nameru, sabranim arhijerejima ponudio je da se sva prava Konkordatom data Katoličkoj crkvi zakonom osiguraju i za Srpsku pravoslavnu crkvu i njene vernike. Sabor je saslušao predsednika Vlade, ali kompromis nije nađen, jer su obe strane ostale na svojim pozicijama.

Raspravu o tekstu Konkordata započeo je specijalno formiran odbor 8. jula 1937. godine i tada je predsednik Vlade M. Stojadinović u izlaganju naglasio da

25 Korišćen tekst iz Mužić, I., op. cit., str. 85-121.

26 Mišović, M., Srpska crkva i konkordatska kriza, Beograd, 1983, 46.

Konkordat neće uticati na ustavnu ravnopravnost konfesija i da nema razloga za uznemirenost i proteste Srpske crkve. Prilikom razmatranja Konkordata u Skupštini 19. jula 1937. godine, ekspozije je poslanicima podneo ministar pravde dr Niko Subotić. Zahvaljujući čvrstom stavu Vlade nastavljena je rasprava o Konkordatu i završena 23. jula kada se pristupilo i glasanju. Prilikom konačnog glasanja za predloženi tekst izjasnilo se 167 poslanika, dok je 129 bilo protiv. Izjavom predsednika Skupštine da je zakon primljen, tekst je, saglasno Ustavu, prosleđen na dalju nadležnost Senatu.

Uoči otvaranja rasprave o Konkordatu u Skupštini, nadležne crkvene vlasti pozvale su Beograđane da se 19. jula okupe u sabornoj crkvi u Beogradu u pet sati po podne gde će se prvo održati molitva za bolesnog patrijarha, a zatim litija do hrama Sv. Save. Procenjujući da se radi o rizičnom skupu zbog činjenice da će litija proći centralnim gradskim ulicama posle podne, upravnik Grada Beograda doneo je rešenje o zabrani održavanja. Uprava policije stupila je kontakt sa crkvenim velikodostojnicima od kojih je dobijeno uveravanje da se od litije odustaje i da će se održati samo planirana molitva. Želeći da naglasi svoju odlučnost policija je rešenje o zabrani održavanja litije u vidu plakata izlepila po celom gradu.

Posle održane molitve, veliki broj građana predvođenih episkopima i sveštenstvom napustio je portu saborne crkve i krenuo prema centru grada sa ciljem da održi zabranjenu litiju. Izvršavajući naredbu žandarmerija je zaustavila kolonu i tom prilikom došlo je do manjih sukoba tokom kojih je lakše povređen jedan episkop. Kompletnu situaciju dramatično je usložila smrt patrijarha Varnave do koje je došlo u ponoć između 23. i 24. jula 1937. godine. Pokretane parlamentarne rasprave i pokušaj utvrđivanja odgovornosti nisu davali rezultate zbog različitih opstrukcija vlasti, ali je cela konkordatska kriza „krvavom litijom“ i smrću vrhovnog poglavara uverila Vladu M. Stojadinovića da su otpori znatno veći nego što je očekivala i da rešenje treba tražiti napuštanjem dotadašnje strategije.

Uviđajući složenost situacije Vlada je odlučila da privremeno odloži upućivanje Konkordata u Senat, smatrajući da prethodno treba izvršiti sahranu preminulog patrijarha i tako otkloniti mogućnost većih i organizovanijih protesta protiv konkordatske, ali i ukupne politike Stojadinovićevoeg režima. Nespremna na dalje zaoštavanje situacije Vlada je novembra 1937. godine konačno povukla tekst Konkordata iz skupštinske procedure, čime je privremeno okončana jedna velika kriza, ali i na dramatičan način otvoreno pitanje položaja Katoličke crkve u državi koja je neprekidno urušavala temelje na kojima je počivala.²⁷

27 Videti, Mužić, I., op. cit., Ilić, P., Vatikan i slom Jugoslavije u Drugom svetskom ratu, Beograd, 1995; Mišović, M., op. cit., Kušej, R., Konkordat, ustava in verska ravnopravnost, Ljubljana, 1937; Stefanović, J., op. cit., Cemović, M., Konkordat između Svete Stolice i Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1937, Vurdelja, D., Obezglavljena crkva, I deo; Trst, 1964, Simić, S., Vatikan protiv Jugoslavije, Titograd, 1958; Memoari patrijarha srpskog Gavrila, Pariz, 1974, Lazić, I., op. cit.

8. PRAVOSLAVNA CRKVA U CRNOJ GORI

Početakom XX. veka državni organi Knjaževine Crne Gore usvojili su više važnih akata kojima je administrativno stabilizovana crkvena organizacija. Prema „Ustavu Svetog sinoda u Knjaževini Crnoj Gori“ od 30. decembra 1903. godine svim crkvenim poslovima upravljao je Sveti sinod kao najviša crkvena vlast u pitanjima vere, bogoslužjenja i crkvenog morala.²⁸ Dalje administrativno sređivanje ukupnog verskog života u Crnoj Gori postignuto je „Ustavom pravoslavnih konsistorija u Knjaževini Crnoj Gori“, koji je usvojen 1904. godine.²⁹ Prema Ustavu Knjaževine Crne Gore iz 1905. godine državna vera je istočno pravoslavna, koja održava jedinstvo u dogmama sa Vaseljenskom patrijaršijom. Unutrašnja organizacija pripada mitropoliji crnogorskoj, odnosno Arhijerejskom saboru. Crkvene vlasti i bogoslovije istočno pravoslavne crkve uređuju se zakonom, po dogovoru sa ministrom prosvete i Arhijerejskim saborom. Sveštenici istočno pravoslavne crkve imaju poseban fond iz koga primaju penzije u skladu sa sredstvima uplaćivanim na osnovu visine plate.³⁰ Socijalna sigurnost sveštenika i njihovih porodica bliže su uređene u „Zakonu o fondu za izdržavanje iznemoglijih sveštenika i đakona pravoslavne crkve u Crnoj Gori i njihovijeh udovica i djece“, koji je stupio na snagu 8. aprila 1901. godine i „Zakonom o parohijskom sveštenstvu“, koji je crnogorska skupština usvojila, a knjaz potvrdio 31. avgusta 1909. godine.³¹

Posle završetka Prvog svetskog rata pravoslavnu crkvu u Crnoj Gori treba posmatrati u kontekstu nastojanja dominantnih političkih snaga da stvore novu državu koja bi obuhvatila sve južne Slovene i obnove od Turaka ukinute Pečke Patrijaršije. Na inicijativu Vlade Stojana Protića već 18. decembra 1918. godine sazvana je Prva konferencija svih episkopa oblasnih crkava u Sremskim Karlovcima na kojoj nisu učestvovali predstavnici Crkve iz Crne Gore. Učesnici konferencije bili su jednoglasni u stavu da je potrebno izvršiti ujedinjenje, ali uz uslov da se to učini na način potpuno usaglašen sa kanonima i vekovnim običajima koji vladaju u pravoslavnoj crkvi. Procenjujući da će do konačnog ujedinjenja biti potrebno obaviti brojne i složene poslove, Konferencija je ustanovila Privremeni odbor u čiji sastav je uključeno više episkopa.³² Donošenjem pozitivne odluke Svetog arhijerejskog sabora Crkve u Srbiji 27. februara 1919. godine o ujedinjenju i davanjem saglasnosti Crkve u Crnoj Gori na odluke iz Sremskih Karlovaca, stekli su se uslovi i zakazana Druga Konferencija episkopa u Beogradu za 24. maj 1919. godine pod predsedništvom crnogorskog mitropolita Mitrofana Bana. Utvrdivši jednoglasnu volju svih pokrajinskih crkava, Konferencija je 26. maja donela odluku kojom je

28 Ustav Svetoga sinoda u Knjaževini Crnoj Gori, Državna štamparija, Cetinje, 1904.

29 Ustav pravoslavnih konsistorija u Knjaževini Crnoj Gori, Državna štamparija, Cetinje, 1904.

30 Ustav za Knjaževinu Crnu Goru, Državna štamparija, Cetinje, 1907.

31 Zakon o fondu za izdržavanje iznemoglijih sveštenika i đakona pravoslavne crkve u Crnoj Gori i njihovijeh udovica i djece, Cetinje, 1901; Zakon o parohijskom sveštenstvu, Cetinje, 1909.

32 Perić, D., Crkveno pravo, Beograd, 1999, 244.

utvrđeno „duhovno, moralno i administrativno jedinstvo svih Srpskih oblasti, koje će se jedinstveno definisati i urediti svojim putem kada se ceo Arhijerejski sabor Ujedinjene Srpske crkve kao jedno nezavisno (autokefalno) telo sastane pod predsedništvom svog Patrijarha“.³³ Nastojeći da se ubrzaju i što uspješnije reše mnogobrojni i složeni poslovi oko ujedinjenja izabrano je uže operativno telo kao izvršni organ Konferencije pod nazivom Središnji arhijerejski sabor Ujedinjene Srpske crkve na čijem čelu je bio crnogorski mitropolit Mitrofan Ban. Navedeni organ trebalo je da vrši dužnost do izbora patrijarha i njegov glavni zadatak bio je da zastupa ujedinjenu crkvu, priprema potrebna dokumenta za uspostavljanje Patrijaršije i izbor patrijarha, rešava tekuća pitanja i otklanja eventualne probleme i zakazuje episkopske konferencije ukoliko se ukaže potreba.³⁴

Dobivši odobrenje države za sve preduzete mere i posle pribavljanja potrebnih saglasnosti od Vaseljenske patrijaršije, predsednik Središnjeg arhijerejskog sabora mitropolit Crkve u Srbiji Dimitrije, koji je zamenio teško bolesnog crnogorskog mitropolita Mitrofana Bana (preminuo 17. septembra 1920.), zakazao je za 27. avgust 1920. godine novu konferenciju episkopa na kojoj je doneta odluka da se Konferencija proglasi Svetim arhijerejskim saborom i Autokefalna ujedinjena pravoslavna crkva podigne na stupanj Patrijaršije. Istog dana ministar vera Pavle Marinković pročitao je ukaz kralja Petra I kojim je potvrđena odluka Svetog arhijerejskog sabora o uspostavljanju Patrijaršije i određena titula – Srpski patrijarh Pravoslavne Crkve u Kraljevini SHS.³⁵ Navedenim odlukama, donetim uz pomoć dvora i potpunu saglasnost srpske političke elite, prestala je da postoji pravoslavna crkva u Crnoj Gori čije poreklo vodi od zetske eparhije osnovane 1219. godine od Svetog Save i koja je od 1776. godine bila nastavljajući rada i čuvar svesti o ukinutoj Pečkoj Patrijaršiji.

ZAKLJUČAK

Obuhvatajući delove Austro-Ugarske u kojima su živela dva konstitutivna naroda rimokatoličke vere, kao i Bosnu i Hercegovinu sa brojnom muslimanskom zajednicom, nova država bila je multikonfesionalna što je isključivalo mogućnost uspostavljanja državne vere na način kako je to bilo uređeno u kraljevinama Srbiji i Crnoj Gori. Prihvaćena obaveza poštovanja pravnog položaja stečenog u pokrajinama uključenim u sastav nove države, ograničila je mogućnost novih rešenja i uslovlila priznavanje potpune ravnopravnosti islama i tradicionalnog

33 Veselinović, R., Ujedinjenje pokrajinskih crkava i vaspostavljanje Srpske Patrijaršije, „Srpska pravoslavna crkva 1920-1970, spomenica o 50-godišnjici vaspostavljanja Srpske Patrijaršije“, Beograd, 1971, 15-16.

34 Regent Aleksandar je posebnim ukazom 28. avgusta 1919. godine potvrdio Uredbu o ustrojstvu Središnjeg arhijerejskog sabora, „Glasnik USPC“, broj 1, 1920, 4-5.

35 Ukaz kralja Petra I (1903-1921) od 30. avgusta (12. septembra) 1920. kojim se potvrđuje odluka Svetog arhijerejskog sabora o podizanju autokefalne ujedinjene pravoslavne srpske crkve na stupanj Patrijaršije. prilog uz članak, Veselinović, R., Ujedinjenje..., cit., str. 29.

protestantizma. Dogovoreno i u različite dokumente uneto i potpisano počelo je da se zaboravlja i bleđi od trenutka kada je država konstituisana i počele su žestoke političke borbe, koje je svaka nacionalna grupacija koristila sa ciljem da zauzme što bolju i čvršću poziciju.

Donošenjem Zakona o Srpskoj pravoslavnoj crkvi završen je gotovo desetogodišnji rad obeležen nesnalaženjem i neprilagođenošću episkopata novoj društvenoj stvarnosti, protestima naroda nespornog da izgubi kroz istoriju stečen uticaj na crkvene poslove, teorijskim dilemama i žestokim polemikama stručnjaka oko ustavne pozicije Crkve i njenog novog odnosa sa državom. Analiza Zakona jasno pokazuje da je Crkva u značajnoj meri uspela da eliminiše uticaj države i obezbedi samostalnost u rešavanju svih pitanja direktno povezanih sa očuvanjem i poštovanjem kanonskog poretka. Omeđena ustavnim odredbama, uz korišćenje pozicije jače pregovaračke strane, država je zadržala odlučujuću ulogu prilikom izbora patrijarha i episkopa, omogućila uvid u crkvene finansije i uspostavila fleksibilne mehanizme kontrole u sektorima verskog života koji su bili predmet zajedničkog rada.

Položaj i organizacija Islamske verske zajednice i kompletiranje zakonodavstva o njoj, moraju se posmatrati u kontekstu tadašnjih zbivanja i odnosa snaga na političkoj sceni. Sasvim je izvesno da su muslimani zahvaljujući brojnosti predstavljali realnu političku snagu o kojoj se moralo voditi računa. Zbog toga se godinama odugovlačilo sa stvaranjem jedinstvene Islamske zajednice, a kada je stvorena, stavljena je pod potpunu kontrolu države. Jedan od ciljeva promena izvršenih 6. januara 1929. godine, bio je da se uz pomoć verske organizacije dobije podrška muslimanskog stanovništva za ostvarenje državnog i nacionalnog jedinstva. Uspjeh je bio moguć samo ukoliko se bosanski muslimani odvoje od tadašnjeg neospornog vođe dr Mehmeda Spaha. Usvojeno zakonodavstvo o Islamskoj verskoj zajednici omogućilo je da se u prvoj fazi u najvažnije organe i tela uključe pojedinci spremni na angažovanje radi ostvarivanja ciljeva državne politike, dok su u drugoj prioritet dobile aktivnosti usmerene na oslobađanje od uspostavljene državne kontrole.

Zakon o evangeličko-hrišćanskim crkvama i reformovanoj hrišćanskoj crkvi i Zakon o verskoj zajednici Jevreja u Kraljevini Jugoslaviji, u velikoj meri sadrže rešenja karakteristična za zakone o SPC i IVZ uz dodatne odredbe kojima se uređuju složeni međusobni odnosi nemačke i slovačke evangeličke crkve, kao i Saveza jevrejskih veroispovednih opština i Udruženja, kao organizacionog oblika ortodoksnih opština. Zadržani su svi mehanizmi državne kontrole, ali i pokazana značajna fleksibilnost u pitanjima autonomije i upravljanja imovinom, jer se radilo o manjinskim crkvama i verskim zajednicama, koje su uvek imale mogućnost da svoj položaj internacionalizuju i dobiju adekvatnu pomoć od pokrovitelja iz inostranstva. Složeno pitanje odnosa sa Katoličkom crkvom i njenog položaja u novoj državi ostalo je neuređeno zbog nespornosti vladajuće elite i otpora Srpske pravoslavne crkve da se do kraja dovede ratifikacija već potpisanog konkordata.

Sumirajući izneseno može se konstatovati da osnovnu karakteristiku usvojenog verskog zakonodavstva predstavljaju zajedničke odredbe, kojima je potvrđeno da

su verske zajednice deo državnog sistema i da država vrši kontrolu njihovog rada. Zakoni su predvideli da najviše poglavare bira posebno izborna telo ili drugi nadležni organ, a da izbor ukazom potvrđuje kralj na predlog ministra pravde i predsednika ministarskog saveta. Usvojeni zakoni i odredbe Ustava od 31. septembra 1931. godine u kome se precizira da „vere mogu biti priznate samo zakonom“, razrešavaju dilemu i potvrđuju pravo na legalno postojanje u Kraljevini Jugoslaviji Srpskoj pravoslavnoj crkvi, Katoličkoj crkvi, Islamskoj verskoj zajednici, Evangeličkoj crkvi a.v. (slovačka i nemačka), Reformovanoj crkvi i Verskoj zajednici Jevreja.

Summary

THE LEGISLATURE ON RELIGION DURING THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA

This paper illustrates the conditions under which the Kingdom of Yugoslavia solved the complex issue of the position of churches (denominations) and religious communities, which up to the period of Unification (the establishment of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes), functioned under different and often opposing legal and political systems. Political agreement was made more concrete through the existing Constitutions in which the modern principle of the separation of church and religious communities from the State had been neither applied nor realized. The executed *coup d'état* inaugurated a new political reality characterized by its promotion of the concept of state and national unity. The visible influence of religious communities on various social strata within the population contributed to their participation in the implementation of the new policy, as a result of which a special legislature was passed and the negotiations with the Vatican on the adoption of a Concordat, in order to regulate the position of the Catholic Church intensified. The adopted Laws clearly show that churches had, to a certain extent, succeeded in eliminating the influence of the state and in turn ensured independence in the resolution of all issues directly related to the respect of and safeguarding of the existing internal order. The general conception of the Laws did not give warranty to either side for proclaiming itself victorious, because the regime had in an appropriate manner achieved control over the existing confessions (denominations) and had eliminated the impermissible concept of a State Church, while retaining, at the same time, the solution under which churches (denominations) and religious communities had been given the status of Public Institutions of Special Significance.

Key words: *Kingdom of Yugoslavia, legislature on religion, legal position, Churches (denominations) and Religious Communities, the Concordat.*

Zusammenfassung

RELIGIONSGESETZGEBUNG DES KÖNIGREICHS JUGOSLAWIEN

Es werden Voraussetzungen dargestellt, in welchen das Königreich Jugoslawien über die komplexe Frage der Stellung der Kirche und Religionsgemeinschaften entschieden hat, welche bis zur Vereinigung in unterschiedlichen und oft entgegengesetzten rechtlichen und politischen Systemen ihre Wirkung ausgeübt haben. Politische Vereinbarungen wurden durch Verfassungen konkretisiert, in welchen der moderne Grundsatz über die Trennung von Kirche und Religionsgemeinschaften vom Staat nicht angewendet wurde. Der durchgeführte Staatsstreich hat die neue politische Realität begründet, welche durch Promovierung der Konzeption von staatlicher und nationaler Einheit gekennzeichnet ist. Der offensichtliche Einfluss von Religionsgemeinschaften auf verschiedene Einwohnerschichten hat derer Betätigung bei der Verwirklichung neuer Politik beigetragen, woraus Erlassung der besonderen Gesetzgebung und intensivierte Verhandlungen mit Vatikan, das Konkordat wegen Regelung der Stellung von katholischer Kirche abzuschließen, hervorgegangen sind. Die erlassenen Gesetze zeigen, dass den Kirchen einigermaßen gelingen ist, den Einfluss des Staates zu eliminieren und die Selbstständigkeit beim Entscheiden über alle mit Wahrung und Achtung der inneren Ordnung direkt verbundenen Fragen zu sichern. Die allgemeine Gesetzeskonzeption gibt keiner Partei das Recht, sich zum Sieger zu erklären, weil das Regime auf eine angemessene Art und Weise die Kontrolle über Konfessionen gewonnen und das unerlaute Konzept der Staatskirche eliminiert hat, wobei die Beschlüsse über die Kirchen und Religionsgemeinschaften als öffentliche Institutionen von besonderer Bedeutung ihre Gültigkeit behalten haben.

Schlüsselwörter: *das Königreich Jugoslawien, Religionsgesetzgebung, rechtliche Stellung, Kirchen und Religionsgemeinschaften, Konkordat.*

Riassunto

LEGISLAZIONE RELIGIOSA DEL REGNO DI JUGOSLAVIA

Vengono espone le condizioni nelle quali il Regno di Jugoslavia risolveva la complessa questione della posizione delle chiese e delle comunità religiose, le quali fino all'unità operavano in sistemi legali e politici sovente diversi e contrastanti tra loro. Gli accordi politici vennero concretizzati mediante le costituzioni nelle quali non venne applicato il moderno principio della separazione della chiesa e delle comunità religiose dallo stato. Il colpo di stato avvenuto fondò una nuova realtà politica caratterizzata dalla promozione del concetto dell'unità statale e nazionale. L'evidente influenza delle comunità religiose sui diversi strati della cittadinanza condusse alla loro inclusione nella realizzazione della nuova politica; di qui l'emanazione di una legislazione speciale e l'intensificarsi delle trattative con il Vaticano circa l'attuazione del concordato per disciplinare la posizione della chiesa cattolica. Le leggi emanate dimostrano chiaramente che le chiese sono riuscite in una certa misura ad eliminare l'influenza dello stato e ad assicurare l'indipendenza nella soluzione di tutte le questioni direttamente collegate alla protezione ed al rispetto dell'ordinamento interno. La concezione generale della legge non dà a nessuna delle parti ragione di proclamarsi vincitrice, poiché il regime ha realizzato in maniera adeguata il controllo sulle confessioni ed ha eliminato il non permesso concetto di chiesa dello stato, mantenendo le soluzioni relative alle chiese ed alle comunità religiose quali enti pubblici di particolare interesse.

Parole chiave: *Regno di Jugoslavia, legislazione religiosa, posizione giuridica, chiese e comunità religiose, concordato.*

ADHEZIJSKO RJEŠAVANJE IMOVINSKOPRAVNOG ZAHTJEVA U KAZNENOM POSTUPKU

Dr. sc. Dinka Šago, znanstvena novakinja,
Marija Pleić, dipl. iur., znanstvena novakinja,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 343.296
Ur.: 10. siječnja 2012.
Pr.: 16. listopada 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Autorice u radu daju pregled adhezijskog postupka kao pridružene parnice kaznenom postupku u okviru koje se rješavaju imovinskopravni sporovi proizašli iz počinjenog kaznenog djela. Vođenje adhezijskog postupka u okviru kaznenog postupka izraz je načela ekonomičnosti, odnosno nastojanja da se izbjegne dvostruko suđenje kada odluku o imovinskopravnom zahtjevu proizašlom iz kaznenog djela može donijeti sud već u kaznenom postupku. Rješavajući kazneni predmet sud utvrđuje sve činjenice važne za donošenje odluke o krivnji, a izvedeni dokazi o kaznenom djelu i kaznenoj odgovornosti istovremeno su pravno relevantni i za građanski spor nastao povodom počinjenog kaznenog djela pa se odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu u kaznenom postupku pokazuje racionalnim rješenjem. Nakon objašnjenja pojma i svrhe razrađuje se predmet adhezijskog postupka, subjekti, pretpostavke te odluke i pravni lijekovi. Autorice ističu da položaj stranaka u adhezijskom postupku nije izjednačen s položajem u parničnom postupku čime se povrjeđuje pravo na jednaku pravnu zaštitu, a što nije otklonjeno ni donošenjem novog ZKP-a.

Ključne riječi: *adhezijski postupak, imovinskopravni zahtjev, kazneni postupak, oštećenik.*

1. UVODNO O ODNOSU PARNIČNOG I KAZNENOG POSTUPKA

Najraniji oblici zaštite subjektivnih prava nisu poznavali razliku između kaznenog i građanskog postupanja pa za isti događaj nisu postojale odvojene tužbe i postupci. Razvitak društva i pojačana uloga države kao nositelja vlasti, dovela je do podjele kaznenog i građanskog delikta, a potom i sudskog postupka.¹ Unatoč tomu

1 Vidi Garraud, R., *Traité theorique et pratique d' instruction criminelle et de procedure penale*, Recueil Sirey, Paris, 1907., no. 1., str. 151.

pravosudni sustav je jedna jedinstvena cjelina te je nedopustivo da pojedina tijela tog sustava različito sude o istim pravnim pitanjima. Jedan od temeljnih ciljeva svih dijelova pravosudnog sustava je ostvarivanje ekonomičnosti i pravne sigurnosti, preciznije u ovom kontekstu izbjegavanje kontradiktornih odluka što nužno dovodi do potrebe vezanosti državnih tijela za pravomoćne akte drugih državnih tijela.

Kazneni postupak je prema ustroju sličan građanskom postupku. I jedan i drugi služe ostvarivanju sudske funkcije samo na različite načine i na različitim područjima društveno-pravnih odnosa. Razlike između kaznenog i građanskog postupka uvjetovane su razlikama njihovih predmeta. Kao dio jedinstvenog pravosuđa u kaznenom postupku sud prvenstveno treba utvrditi je li određena osoba počinila neko kazneno djelo predviđeno zakonom i ako utvrdi njegovu krivnju, izreći će mu odgovarajuću sankciju.² U parničnom postupku sud raspravlja i odlučuje o tužbenom zahtjevu, dakle o tužiteljevoj tvrdnji da je nastala određena pravna posljedica u građanskopravnom ili drugom odnosu u kojem se rađaju subjektivna prava.³ Razdvajanjem kaznenog od građanskog prava putem postupnog izdvajanja građanskopravnih elemenata od kaznenih u dvije posebne grane sa svojim vlastitim, posebnim propisima i principima, razdvajao se polako i dotada jedinstveni oblik krivnje.

Kazneno i građansko pravo, međutim, nisu strogo odvojeni jedno od drugog. Primjerice, ako jedna osoba nanese tjelesnu ozljedu drugoj, u tom je slučaju počinjeno kazneno djelo opisano kaznenim zakonom, a istovremeno je počinjen i građanskopravni delikt, te postoji i građanskopravna odgovornost za nastalu štetu. Tako se za jedan životni događaj istovremeno pokreću oba postupka.

Iz razlike u predmetu proistječu i razlike u načelima na kojima se temelji jedan i drugi postupak. S obzirom na to da se u parnici radi o zaštiti jednog subjektivnog prava, dakle takvog kojim njegov nositelj slobodno raspolaže, to je i podnošenje tužbe sudu isključivo stvar njegove dispozicije. Suprotno tomu, kazneno djelo je društveno opasna radnja kojom se pravni poredak vrijeđa, u pravilu, u većoj mjeri nego povredom subjektivnog prava. Zbog toga javni interes redovito nalaže da se postojanje takvog djela utvrdi i da se počinitelju izrekne kaznenopravna sankcija. Kazneni postupak se, dakle, suprotno parničnom pokreće po službenoj dužnosti (oficijelna maksima).⁴ S druge strane, parnični i kazneni postupak imaju i neka zajednička načela, kojim se izražavaju iste pravopolitičke težnje. To su načela

2 Usporedi Poznić, B., *Građansko procesno pravo*, 8. izmjenjeno i dopunjeno izd., Savremena administracija, 1982., Beograd, str. 74.

3 Tako Kunštek, E., u Pavišić, B., *Kazneno postupovno pravo*, 4. izd., Dušević & Kršovnik, Rijeka, 2011., str. 51. (dalje: Kunštek u Pavišić, KPP)

4 Iako se načelno ne može govoriti o primjeni dispozicijskih načela u kaznenom postupku, osim kod privatne tužbe i supsidijarnog tužitelja, kroz međusobni odnos u oba postupka ovaj princip ima posredni utjecaj u tzv. adhezijskom postupku, u kojem oštećenik ima mogućnost disponiranja procesnim radnjama koristeći raspoloživa sredstva, uključujući i zahtjev za osiguranje tražbine koji se rješava po pravilima pridruženog ovršnog postupka. Usporedi Omanović, S., *Dispositio* u građanskom sudskom postupku, Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić", Mostar, 2002., str. 17.

usmenosti, javnosti i slobodne ocjene dokaza. Nadalje, dužnost utvrđivanja istine sud ima i u parničnom i u kaznenom postupku, ali se njen opseg i značaj razlikuju kod ova dva postupka. U parnici se sud u pravilu kreće u granicama onih činjenica i dokaznih sredstava koje su stranke pred njega iznijele, dok u kaznenom postupku sud može određene dokaze izvoditi po službenoj dužnosti.

Za odnos između ova dva postupka značajno je i pitanje utjecaja građanske presude na odluku kaznenog suda, kao i obrnuto pitanje, kakvo djelovanje ima kaznena presuda u parnici.

Naposljetku, po završetku kaznenog i parničnog postupka razlika postoji i u području ovrhe te izvršenja kazne. U građanskom postupku ovrha presude ostavljena je na dispoziciji stranke koja je dobila parnicu i vrši se uglavnom na imovini ili računu protivne strane, dok se u kaznenom postupku izvršenje provodi po službenoj dužnosti.

U odnosu na dodirne točke između parničnog i kaznenog postupka moramo istaknuti da u okviru kaznenog postupka postoje tri sporedna predmeta građansko-pravne naravi: a) imovinskopravni zahtjev, b) prejudicijelna pitanja⁵ i c) troškovi kaznenoga postupka. Do raspravljanja o tim predmetima unutar kaznenog postupka dolazi samo ako su povezani s kaznenim djelom (imovinskopravni zahtjev i prejudicijelna pitanja) ili s odvijanjem kaznenoga postupka (troškovi postupka). S glavnim predmetom postupka sporedni predmeti tvore heterogeni koneksitet.

U nastavku ovog rada predmet našeg razmatranja bit će adhezijsko rješavanje građanskih sporova u kaznenom postupku.

2. POJAM I SVRHA ADHEZIJSKOG⁶ (PRIDRUŽENOG) POSTUPKA

2.1. Pojam adhezijskog postupka

Uz osnovni predmet, a to je odlučivanje o kaznenoj stvari, kaznenom postupku mogu biti pridruženi i sporedni predmeti različiti od kaznenopravnog zahtjeva, a koji su s njim povezani.⁷ Posljedica je to mogućnosti da isti događaj u stvarnosti proizvede različite pravne učinke, odnosno da bude istovremeno predmet raspravljanja građanskog i kaznenog postupanja. Zakonodavac stoga dopušta da

5 Doticaj između ove dvije grane pravosuđa ogleda se i u tomu što odlučivanje o osnovnosti tužbenog zahtjeva u parnici može ovisiti o rješenju nekog prejudicijelnog pitanja kaznenopravne naravi, o kojemu, kao o glavnom pitanju, odlučuju kazneni sudovi i obrnuto. *Op. cit.*, Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 86. (dalje: Triva - Dika, GPPP).

6 Riječ adhezija potječe od latinske riječi *adhaerere* što znači držati se čega, prijanjati, a u pravnom smislu znači priključenje, vidi Klaić, B., *Rječnik stranih riječi*, Školska knjiga, Zagreb, 2007., str. 12.

7 Vidi više Vasiljević, T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1981., str. 195. (dalje: Vasiljević, Sistem...)

se, unatoč razlikama u predmetu i svrsi kaznenog i parničnog postupka, kaznenom postupku pridruži građanska parnica u okviru koje se rješavaju imovinskopravni sporovi proizašli iz počinjenog kaznenog djela.⁸ Parnični postupak koji se tako vodi u okviru jednog kaznenog predmeta prema pravilima kaznenog postupka naziva se **adhezijski postupak**.⁹

Vođenje adhezijskog postupka, kao izraz načela procesne ekonomije, osim u kaznenom postupku, moguće je i u nekim drugim sudskim postupcima u kojima se izvode dokazi i utvrđuju činjenice bitne i za parnični postupak. Naše zakonodavstvo tako predviđa vođenje adhezijskog postupka i u okviru prekršajnog te upravnog postupka.¹⁰

2.2. Svrha vođenja adhezijskog postupka u okviru kaznenog postupka

Vođenje adhezijskog postupka korisno je s više aspekata: istovremenim odlučivanjem o kaznenom djelu i o imovinskopravnom zahtjevu proizašlom iz tog djela izbjegava se dvostruko suđenje, čime se ostvaruje ekonomičnost postupanja, a osim toga osigurava se učinkovita i brza zaštita osobnih i imovinskih prava oštećenika povrijeđenih kaznenim djelom koje bi ovaj inače morao ostvarivati dužim pravnim putem pred parničnim sudom.

a.) Vođenje adhezijskog postupka odraz je načela ekonomičnosti koje zahtijeva da se sa što manje utroška vremena, društveno korisnog rada i materijalnih sredstava postigne što povoljniji rezultat.¹¹ Rješavajući kazneni predmet sud utvrđuje sve činjenice važne za donošenje odluke o krivnji. Izvedeni dokazi o kaznenom djelu i kaznenoj odgovornosti istovremeno su pravno relevantni i za građanski spor nastao povodom počinjenog kaznenog djela pa se odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu u kaznenom postupku pokazuje racionalnim rješenjem.¹² Na ovaj način

8 Tako Zlatarić, Bogdan, Damaška, Mirjan, Rječnik krivičnog prava i postupka, Novinsko-izdavački, štamparski i birotehnički zavod, Zagreb, 1966., str. 16.

9 Op. cit. Pravni leksikon, grupa autora, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 12.

10 Adhezijski postupak se u prekršajnom pravu vodi na zahtjev oštećenika ako su u zahtjevu navedene sve činjenice i dokazi na kojima se temelji i ako se njegovim raspravljanjem ne bi znatno odugovlačio prekršajni postupak (čl. 141. Prekršajnog zakona, NN br. 107/07). Imovinskopravni zahtjev može se odnositi na naknadu štete, povrat stvari i poništenje pravnog posla, a postupak se vodi i odluke donose na isti način kao i u kaznenom postupku. I u upravnom sporu može se tražiti povrat oduzetih stvari te naknada štete koja je tužitelju nanesena izvršenjem akta koji se osporava (čl. 11. Zakona o upravnim sporovima, NN br. 53/91, 9/92, 77/92). Ako se tužbom traži povrat stvari ili naknada štete, mora se staviti i određen zahtjev u vezi sa stvarima ili visinom pretrpljene štete. Presudom kojom se osporeni upravni akt poništava sud će odlučiti i o zahtjevu tužitelja za povrat stvari, odnosno za naknadu štete, ako podatci iz postupka daju za to pouzdanu osnovu. U protivnom sud će uputiti tužitelja da svoj zahtjev ostvaruje u parnici (čl. 42. st. 4. ZUS).

11 Tako Triva - Dika, GPPP, str. 144.

12 Vidi Tomašević, G., Kazneno procesno pravo, Opći dio: Temeljni pojmovi, Pravni fakultet, Split, 2011., str. 29. (dalje: Tomašević, KPP, 2011.)

se izbjegava utvrđivanje istih činjenica od strane više sudova, odnosno dvostruko angažiranje pravosudnog aparata za rješavanje spora o kojem sud može odlučiti već tijekom kaznenog postupka.

Međutim, ostvarivanje načela ekonomičnosti nije uvijek poželjno niti je u svakom slučaju moguće, jer može doći u sukob sa zahtjevom da sudska zaštita postigne i neke druge neophodne kvalitete.¹³ S obzirom na to da se kazneni postupak za razliku od parničnog vodi u javnom interesu, načelo ekonomičnosti podređeno je važnijim kaznenoprocесnim načelima kojima se nastoje osigurati ciljevi kaznenog postupka, odnosno postići ravnoteža između tendencije za učinkovitošću kaznenog postupka i tendencije za zaštitom prava okrivljenika.¹⁴ Naime, kazneno djelo predstavlja povredu najviših pravnih dobara što zahtijeva brzu reakciju kaznenopravnih tijela radi zaštite povrijeđenog dobra i javnog interesa te primjene kaznenopravne sankcije ako se utvrdi krivnja okrivljenika. Osim toga, zahtjev za ekspeditivnim postupanjem javlja se kao izraz načela pravičnog postupka, a radi zaštite temeljnih prava i sloboda okrivljenika za kojeg tijekom cijelog postupka vrijedi presumpcija nevinosti.¹⁵ Zbog ovih razloga, a imajući u vidu činjenicu da oštećenik može ostvarivati svoj imovinskopravni zahtjev u parnici, o zahtjevu u kaznenom postupku neće biti dopušteno raspravljati uvijek kada bi to bilo ekonomično, već samo ako se time ne ugrožava ostvarenje ciljeva kaznenog postupka, odnosno ako se, prema izričaju našeg Zakona o kaznenom postupku¹⁶ time znatno ne odugovlači kazneni postupak (*vidi više infra ad 3.3.1. b*).

b.) Osim što se ostvaruje procesna ekonomija u radu sudova, odlučivanjem o imovinskopravnom zahtjevu u kaznenom postupku oštećeniku se pruža prilika brze i učinkovite zaštite subjektivnih građanskih prava povrijeđenih kaznenim djelom. Na ovaj način se već u kaznenom postupku nastoji uspostaviti potpuna reparacija štete prouzrokovane kaznenim djelom. Počinitelju se, ako se utvrdi krivnja, izriče kaznenopravna sankcija čime se postižu ciljevi generalne i specijalne prevencije te zadovoljavaju javni interesi, a oštećeniku se nadoknađuje šteta prouzročena kaznenim djelom čime se ostvaruju njegovi privatni interesi.

Za oštećenog je ovaj postupak povoljniji od parničnog postupka jer crpi koristi od aktivnosti unutar kaznenog postupka, posebno od aktivnosti tijela javnog progona na kojima je teret dokazivanja.¹⁷ Postupak je jeftiniji jer oštećeni ne snosi troškove

13 Vidi Triva - Dika, GPPP, str. 145.

14 Svrha kaznenog postupka, propisana u čl. 1. st. 1. ZKP-a, je da nitko nečužan ne bude osuđen, a da se počinitelju kaznenog djela izrekne kazna ili druga mjera uz uvjete predviđene zakonom na temelju zakonito provedenog postupka pred nadležnim sudom.

15 Čl. 11. ZKP-a određuje da okrivljenik ima pravo u najkraćem roku biti izveden pred nadležni sud koji će odlučiti o optužbi, te da se postupak mora provesti bez odugovlačenja, a u postupcima u kojima je okrivljeniku privremeno oduzeta sloboda, sud i državna tijela postupat će osobito žurno.

16 Zakon o kaznenom postupku, NN br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, dalje: ZKP.

17 Tako Kunštek, E., *Actio civilis u kaznenom postupku – prijedlog novele, Decennium Moztanicense*, Zbornik radova, Deset godina rada Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 209. (dalje: Kunštek, *Actio civilis*).

dokaza vezanih uz kazneni predmet, ali ni onih koje sam predloži, a isključivo su vezani uz imovinskopravni zahtjev. Osim toga postupak pred kaznenim sudom je brži od parničnog.

Međutim, činjenica da je parnični postupak pridružen kaznenom, odnosno da je imovinskopravni zahtjev sporedan predmet kaznenog postupka ne smije utjecati na mogućnost oštećenika da ostvaruje svoja prava u adhezijskom postupku na isti način kao u parničnom postupku. Premda se vodi u okviru kaznenog postupka i primjenjuju odredbe kaznenoprocenog zakonodavstva, oštećenik mora imati na raspolaganju sva pravna sredstva koja bi imao da je svoj zahtjev postavio u parnici.

3. ADHEZIJSKO RJEŠAVANJE GRAĐANSKOPRAVNIH SPOROVA U HRVATSKOM ZAKONODAVSTVU

Adhezijski postupak koji se vodi u okviru kaznenog postupka povodom imovinskopravnog zahtjeva nastalog zbog počinjenog kaznenog djela u našem je zakonodavstvu uređen u Glavi XI. u čl. 153. do čl. 162. Zakona o kaznenom postupku koja nosi naziv Imovinskopravni zahtjev. Premda ZKP, koji je stupio na snagu 1. rujna 2011. godine, u odnosu na uređenje adhezijskog postupka prema Zakonu o kaznenom postupku iz 1997.¹⁸, donosi novine koje se prije svega odnose na predmet imovinskopravnog zahtjeva, ovaj institut u svojim osnovnim obilježjima i svrsi ostaje isti te slijedi tradiciju sve šireg priznavanja oštećenikovih prava u kaznenom postupku.

3.1. Subjekti adhezijskog postupka

Subjekti adhezijskog postupka su osobe koje sudjeluju u postupku s određenim pravima i obvezama, a bez kojih adhezijski postupak ne bi mogao postojati. To su sud nadležan za odlučivanje o imovinskopravnim zahtjevu, ovlaštenik na imovinskopravni zahtjev i okrivljenik. Stranke, pak, kao uži pojam obuhvaćaju subjekte koji u postupku ostvaruju suprotne interese i raspolažu samostalnim procesnim pravima.¹⁹ Stranke adhezijskog postupka su osobe koje bi u parnici imale položaj tužitelja i tuženika: osoba ovlaštena na postavljanje imovinskopravnog zahtjeva i osoba prema kojoj se imovinskopravni zahtjev postavlja, s ovlaštenjem raspolaganja, odnosno priznavanja tog zahtjeva kao u parnici. Međutim, prema odredbi čl. 202. st. 12. ZKP-a stranke su tužitelj i okrivljenik, dok je tužitelj prema st. 5. državni odvjetnik, oštećenik kao tužitelj i privatni tužitelj. Ovakvo zakonsko određenje pojma stranke ne uzima u obzir specifičnosti adhezijskog postupka jer ovlašteni tužitelj u kaznenom postupku nije uvijek ovlašten na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva (državni odvjetnik kao ovlašteni tužitelj za kaznena

18 Zakon o kaznenom postupku, NN br. 10/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02., 62/03, 115/06, dalje: ZKP/97.

19 Tomašević, KPP, 2011., str. 105.

djela koja se progone po službenoj dužnosti ne može podnijeti imovinskopravni zahtjev) niti se sve osobe ovlaštene na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva mogu pojaviti kao tužitelji u kaznenom postupku.

3.1.1. Sud nadležan za odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu

Za odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu nadležan je sud pred kojim se vodi kazneni postupak neovisno o tomu je li taj sud stvarno i mjesno nadležan za odlučivanje u građanskoj stvari u konkretnom slučaju. Sud koji vodi kazneni postupak bit će nadležan za odlučivanje o zahtjevu i u slučajevima u kojima Zakon o parničnom postupku²⁰ predviđa isključivu mjesnu nadležnost koja eliminira opću i svaku drugu mjesnu nadležnost. Ovo, logično, proizlazi iz svrhe vođenja adhezijskog postupka pa se zbog ostvarenja procesne ekonomije, premda ne nužno uvijek, zaobilaze pravila o stvarnoj i mjesnoj nadležnosti. Međutim, čak i u slučajevima kada se stvarna i mjesna nadležnost parničnog suda preklopi s nadležnošću kaznenog suda u konkretnom postupku, ostaje činjenica da će u okviru istog suda različita sudbena tijela (sudac pojedinac, odnosno sudsko vijeće) odlučivati u kaznenim i građanskim stvarima.

3.1.2. Ovlaštenik na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva

Ovlaštenik na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku je osoba koja je ovlaštena takav prijedlog ostvarivati u parnici (čl. 154. st. 1. ZKP). Najčešće će to biti žrtva, odnosno oštećenik, ali kako ZKP pravi razliku između ovlaštenika i oštećenika, pri čemu je potonji uži pojam, prijedlog za ostvarenje imovinskopravnog zahtjeva osim oštećenika mogu podnijeti i druge osobe koje su prema pravilima parničnog postupka ovlaštene na podnošenje tužbe, ako tu tužbu nisu već podnijele pred parničnim sudom.

Da bi mogao sudjelovati u adhezijskom postupku, ovlaštenik na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva mora imati stranačku sposobnost koja se određuje prema odredbama ZPP-a.²¹ S obzirom na to da je imovinskopravni zahtjev u adhezijskom postupku ekvivalent tužbenom zahtjevu u parnici, postavlja se pitanje treba li ovlaštenik imati pravni interes za podnošenje zahtjeva. U većini slučajeva zahtjev će biti postavljen kao kondemnatorna tužba kod koje se postojanje pravnog interesa presumira, ali budući da je moguće postaviti i deklaratorni zahtjev ovlaštenik bi u tim slučajevima trebao dokazivati pravni interes. Međutim, nije posve jasno je li u slučaju postavljanja imovinskopravnog zahtjeva potrebno postojanje pravnog

20 Zakon o parničnom postupku, NN, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11 (dalje: ZPP).

21 ZPP u glavi četvrtoj propisuje pretpostavke za sudjelovanje stranke u postupku. Stranka u postupku može biti svaka fizička i pravna osoba, a iznimno se može priznati svojstvo stranke i onim oblicima udruživanja koji nemaju stranačku sposobnost (čl. 77. ZPP).

interesa s obzirom na to da ZKP-om nije izričito predviđena mogućnost odbačaja zahtjeva zbog ovog razloga.²²

Budući da vođenje adhezijskog postupka isključuje mogućnost istovremenog ili naknadnog vođenja parničnog postupka o istoj stvari ako je prethodno meritorno odlučeno, prava oštećenika i drugih ovlaštenika na podnošenje zahtjeva propisana odredbama ZKP-a ne bi smjela biti određena u užem opsegu nego što je to propisano odredbama Zakona o parničnom postupku jer bi to predstavljalo povredu Ustavom²³ zajamčenog prava na jednaku pravnu zaštitu. Zakonodavac, međutim, o ovome nije u potpunosti vodio računa jer nije svim osobama ovlaštenima na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva zajamčio jednaka prava u adhezijskom postupku, odnosno nije izjednačio njihov položaj u adhezijskom postupku s položajem tužitelja u parničnom postupku (*vidi infra ad 3.1.2.3.*).

3.1.2.1. Oštećenik

Oštećenik je osoba čije je kakvo osobno ili imovinsko pravo povrijeđeno ili ugroženo kaznenim djelom, a sudjeluje u svojstvu oštećenika u kaznenom postupku (čl. 202. st. 11. ZKP-a). U hrvatskom kaznenom procesnom pravu položaj oštećenika tradicionalno je značajno povoljniji negoli u većini poredbenopravnih zakonodavstava.²⁴

Oštećenik se kao sudionik u kaznenom postupku može javiti u više uloga: kao oštećenik koji nije stranka, kao privatni tužitelj, supsidijarni tužitelj, kao podnositelj

22 Tako Kunštek E. u Pavišić, B., Komentar Zakona o kaznenom postupku, Dušević i Kršovnik., Rijeka, 2011., str. 339. (dalje: Kunštek u Pavišić, Komentar ZKP).

23 Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10.

24 Vidi Tomašević, G.; Pajčić, M., Subjekti u kaznenom postupku: pravni položaj žrtve i oštećenika u novom hrvatskom kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, str. 821. Tako je već Kazneni postupnik iz 1875. godine davao pravo oštećeniku da postavi imovinskopravni zahtjev tijekom kaznenog postupka te je sud u tom smislu bio dužan saslušati oštećenika i učiniti sve što je potrebno da se izvidi i pronađe šteta (čl. 306.). Prvi jugoslavenski kaznenoprocetni zakon, Zakon o sudskom krivičnom postupku iz 1929. godine, u velikoj je mjeri preuzeo rješenja hrvatskog zakona iz 1875. godine. U prvom zakonu u socijalističkoj Jugoslaviji, Zakonu o krivičnom postupku iz 1948. godine, oštećenik je bio bez mogućnosti nadzora nad radom državnog odvjetnika, a imovinskopravni zahtjev mogao je postaviti samo do početka glavne rasprave. Zakonik o krivičnom postupku iz 1953. godine donio je veliko poboljšanje položaja oštećenika. Što se tiče prava u adhezijskom postupku, produljena je mogućnost postavljanja imovinskopravnog zahtjeva sve do završetka glavne rasprave te su prvi put predviđene mjere osiguranja imovinskopravnog zahtjeva. Oštećenik koji nije stranka mnoga je procesna prava aktivnog sudjelovanja u postupku kojima pomaže ostvarivanju ciljeva kaznenog progona prvi put dobio Novelom Zakonika o krivičnom postupku iz 1967. godine: pravo razgledati spise istrage, u istrazi predložiti izvođenje određene istražne radnje, pravo nazočnosti očevidu i ispitivanju vještaka u prethodnom postupku. Na glavnoj raspravi oštećenik je dobio pravo predlaganja da se izvide nove činjenice i novi dokazi. Daljnje poboljšanje položaja oštećenika, i oštećenika koji je stranka u kaznenom postupku i oštećenika u užem smislu, nastupilo je stupanjem na snagu Zakona o krivičnom postupku 1977. godine.

prijedloga za kazneni progon te podnositelj imovinskopravnog zahtjeva.²⁵ Kada nastupa u svojstvu ovlaštenog tužitelja oštećenik ima ista prava koja ima i državni odvjetnik, osim onih koja državnom odvjetniku pripadaju kao državnom tijelu. Međutim, i kada nije stranka u postupku oštećenik ima prava kojima pomaže kaznenom progonu, odnosno kojima ostvaruje zaštitu svojih interesa u kaznenom postupku. Jedno od takvih prava propisanih čl. 47. ZKP -a pravo je na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva te predlaganja privremenih mjera njegova osiguranja. Ovo pravo oštećenik ima neovisno o tomu u kojem svojstvu sudjeluje u kaznenom postupku. Ovlaštenja koja oštećenik ima u adhezijskom postupku po svom sadržaju odgovaraju pravnom položaju stranke. Osim što je ovlašten podnijeti imovinskopravni zahtjev, može upozoriti na činjenice i predlagati dokaze, postavljati pitanja okrivljeniku, svjedocima, vještacima, davati druge izjave i stavljati prijedloge, iznijeti završni govor te obrazložiti imovinskopravni zahtjev i upozoriti na dokaze o krivnji optuženika. Novina u odnosu na ZKP/97 je pravo podnošenja žalbe na odluku o imovinskopravnom zahtjevu, čime se jača njegov pravni položaj u adhezijskom postupku i približava onom u parnici.

3.1.2.2. *Žrtva*

Novi ZKP uvodi u kazneni postupak žrtvu kaznenog djela kao novog i posebnog procesnog sudionika, usko povezanog s institutom oštećenika. Žrtva kaznenog djela prema čl. 202. st. 10. ZKP-a je osoba koja zbog počinjenja kaznenog djela trpi fizičke i duševne posljedice, imovinsku štetu ili bitnu povredu temeljnih prava i sloboda. Iz ZKP-om određenih pojmova žrtve te oštećenika proizlazi da se ne radi o pojmovima kod kojih bi jedan bio širi od drugog na način da bi ga sadržavao, tj. da bi u opseg sadržaja jednog pojma u potpunosti ulazio cijeli sadržaj drugog pojma već se radi o pojmovima čiji je opseg dijelom zajednički.²⁶ Naime, zakonska definicija žrtve obuhvaća samo neposrednu žrtvu, dok pojam oštećenika obuhvaća neposrednu i posrednu žrtvu kada te osobe sudjeluju u kaznenom postupku u svojstvu oštećenika. Ovi se pojmovi, dakle, preklapaju u dijelu u kojem žrtva kao oštećenik sudjeluje u kaznenom postupku.

Sukladno čl. 43. ZKP-a žrtva ima pravo sudjelovati u kaznenom postupku kao oštećenik pa joj, ako se prijavi u postupku kao oštećenik, pripadaju i sva prava koja ZKP jamči oštećeniku, između ostalog i pravo podnošenja imovinskopravnog zahtjeva.²⁷ Budući da žrtva kaznenog djela može naknadu materijalne i nematerijalne štete prouzročene kaznenim djelom, osim u adhezijskom postupku, ostvarivati iz sredstava posebnog državnog fonda, a u skladu s odredbama Zakona o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela,²⁸ dužna je u prijedlogu za ostvarivanje

²⁵ *Ibid.* str. 832.

²⁶ *Ibid.* str. 839.

²⁷ Stoga, kada govorimo o oštećeniku kao podnositelju prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva, podrazumijevamo i žrtvu koja je time što je odlučila sudjelovati u postupku, postala oštećenik u smislu odredbe čl. 202. st. 11. ZKP-a.

²⁸ Zakon o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela NN br. 80/2008, dalje: ZNNŽ.

imovinskopravnog zahtjeva navesti je li već ostvarila naknadu ili podnijela zahtjev za ostvarivanje naknade iz posebnog državnog fonda (čl. 154. st. 2. ZKP-a).²⁹

3.1.2.3. Ostali ovlaštenici na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva

ZKP ne vezuje pravo na postavljanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku samo uz osobu oštećenog, već ga priznaje svakoj ovlaštenoj osobi, odnosno svakome tko je ovlašten takav zahtjev ostvarivati u parnici. To su, osim oštećenika, osobe na koje je, sukladno propisima građanskog prava, prešla tražbina oštećenika nastala počinjenim kaznenim djelom. Može se raditi o univerzalnoj ili singularnoj sukcesiji, a mogućnost prenošenja prava traženja naknade štete za oštećenog na drugu osobu ovisi o odredbama građanskog prava. Ako je imovinskopravni zahtjev nakon stavljenog prijedloga, a prije završetka dokaznog postupka prešao po pravilima imovinskog prava na drugu osobu, pozvat će se ta osoba da se očituje ostaje li pri prijedlogu. Ako se uredno pozvani ne odazove smatrat će se da je odustao od stavljenog prijedloga (čl. 156. ZKP-a).³⁰

Premda ove osobe imaju pravo podnijeti imovinskopravni zahtjev u kaznenom postupku, zakonodavac je propustio osigurati im i ostala procesna prava kojima bi to pravo mogli uspješno ostvariti čime je povrijeđeno ustavno pravo na jednaku pravnu zaštitu. Naime, ovi ovlaštenici za razliku od oštećenika nemaju pravo upozoravati na činjenice, predlagati dokaze, prisustvovati raspravi, iznijeti završni govor niti podnijeti žalbu na odluku o imovinskopravnom zahtjevu, pa je njihov položaj u adhezijskom postupku znatno nepovoljniji nego što bi bio da ostvaruju svoj zahtjev u parničnom postupku. Stoga je nužna izmjena ZKP-a u smislu uklanjanja ovog nedostatka.

29 Naime, Republika Hrvatska, ako isplati naknadu temeljem ZNNŽ, ima pravo regresa od žrtve koja je prethodno ostvarila naknadu štete od štetnika. Potrebno je, međutim, upozoriti na činjenicu da ZKP i ZNNŽ ne definiraju jednako pojam žrtve. ZNNŽ određuje ovaj pojam šire u dijelu u kojem obuhvaća i posrednu i neposrednu žrtvu koje imaju pravo na naknadu štete iz posebnih fondova, ali s druge strane ograničava pravo na naknadu samo na žrtve kaznenih djela nasilja. S obzirom na to da definicija žrtve kako je određuje ZKP obuhvaća samo neposrednu žrtvu to bi značilo da širi krug osoba od žrtve određene odredbama ZKP-a ima pravo na naknadu štete iz posebnih fondova, pa bi se obveza iz čl. 154. ZKP-a trebala odnositi i na oštećenika jer taj pojam obuhvaća sve osobe koje po ZNNŽ imaju pravo naknade, a sudjeluju u kaznenom postupku.

30 Ovakvo rješenje bi se moglo kritizirati jer pravnom sljedniku oštećenika treba omogućiti stupanje u postupak sve do njegovog pravomoćnog okončanja jer se inače dovodi u pitanje uopće mogućnost dosuđivanja imovinskopravnog zahtjeva. Tako Kunštek u Pavišić, Komentar ZKP str. 346. Ova odredba bi se, međutim, trebala tumačiti na način da se od osobe na koju je prešao zahtjev nakon završetka dokaznog postupka ne treba tražiti očitovanje o tome ostaje li pri zahtjevu zbog toga što ni sam podnositelj zahtjeva nema pravo odustati od prijedloga protekom ovog roka pa kako sukcesor stupa u pravnu poziciju podnositelja, ne može ostvarivati više prava od oštećenika. Dakle, sud bi u ovom slučaju trebao odlučiti o imovinskopravnom zahtjevu jednako kao što bi odlučio da do sukcesije nije došlo.

3.1.3. Okrivljenik

Imovinskopravni zahtjev u adhezijskom postupku može se postaviti samo prema okrivljeniku. ZKP nije predvidio mogućnost sudjelovanja u kaznenom postupku treće osobe, građanskopravno odgovorne za štetu koju je prouzrokovao okrivljenik, ni u kojem svojstvu pa se prema takvoj osobi ne može podnijeti ni imovinskopravni zahtjev, odnosno ona ne može biti stranka adhezijskog postupka.³¹ Nesporno je da bi sudjelovanje treće osobe bilo svrhovito s aspekta ostvarivanja načela efikasnosti i ekonomičnosti te zaštite prava oštećenika,³² međutim postavlja se pitanje je li takvo rješenje u skladu s ostvarenjem ciljeva kaznenog postupka. Ne možemo se u potpunosti složiti sa stajalištima da bi sudjelovanje trećih osoba opteretilo kazneni postupak i izmijenilo mu karakter³³ jer sud ima ovlast odbiti odlučivati o imovinskopravnom zahtjevu oštećenika pa ako procjeni da bi utvrđivanje odgovornosti treće osobe opteretilo kazneni postupak, oštećenika će uputiti na parnicu. Naravno, ostaje pitanje u kojoj bi mjeri kazneni sudovi raspravljali o odgovornosti treće osobe za imovinskopravni zahtjev, kada se i sada rijetko odlučuju na vođenje adhezijskog postupka i dosuđivanje imovinskopravnog zahtjeva protiv okrivljenika koji je proglašen krivim u postupku.

3.2. Predmet adhezijskog postupka

Najvažnija novost u pogledu predmeta adhezijskog postupka koju je donio ZKP iz 2008. je proširenje mogućnosti podnošenja imovinskopravnog zahtjeva na svaki zahtjev koji se može postaviti u parnici (čl. 154. st. 1. ZKP-a) čime je izjednačeno podnošenje imovinskopravnog zahtjeva s podizanjem građanske tužbe.³⁴ Imovinskopravni zahtjev se tako *ratione materiae* približava koncepciji *actio civilis*.³⁵, ³⁶ Na taj način se ujedno općenito pridonosi poboljšanju položaja

31 Uspoređujući ovakvo rješenje s rješenjima europskih država uočava se da zakonodavstva koja omogućuju aktivnu ulogu oštećenika u postupku, kao što je Francuska, a i Italija, predviđaju sudjelovanje osobe odgovorne po građanskom pravu, dok je naše rješenje na tragu njemačkoga koje dosuđivanje imovinskopravnog zahtjeva dopušta samo u odnosu na okrivljenika (vidi *infra ad* 4.2.).

32 Vidi Kunštek u Pavišić, Komentar ZKP, str. 335.

33 Vidi Vasiljević, T., Grubač, M.: Komentar Zakona o krivičnom postupku, Savremena administracija, Beograd, 1982., str. 189. (dalje: Vasiljević-Grubač, Komentar ZKP).

34 Ovo je rješenje znatno kvalitetnije od onoga koje je bilo sadržano u tekstu ZKP/1997 prema kojem se zahtjev mogao odnositi na "naknadu štete, povrat stvari i poništaj određenog pravnog posla" čime su bili isključeni svi deklaratorni zahtjevi što je za posljedicu moglo imati situaciju po kojoj se mogao tražiti poništaj nekog pravnog posla, a da se ne može tražiti utvrđenje njegove ništetnosti.

35 *Op. cit.* Kunštek u Pavišić, Komentar ZKP, str. 333.

36 *Loc. cit.* Imovinskopravni zahtjev bi se mogao postaviti i na način da se u njemu istakne više zahtjeva, pa čak i da se oni eventualno kumuliraju (v. čl. 188. ZPP-a). Isto vrijedi i za suparničarstvo ako je u pitanju više okrivljenika (v. čl. 196. i 197. ZPP-a). U svezi s ovime bi mogle nastati izvjesne dvojbe, budući da sud u kaznenom postupku nije ovlašten odbiti imovinskopravni zahtjev. Tako ako bi ovaj smatrao da treba usvojiti onaj zahtjev koji je eventualno kumuliran, trebao bi u pogledu onoga za kojeg "smatra da nije osnovan" uputiti oštećenika u parnicu, premda je to besmisleno.

žrtve kao oštećenika u postupku,³⁷ a u skladu s nastojanjima iz preporuka R(85)11³⁸ o položaju žrtve u području kaznenog prava (posebno toč. 9. alineja 2.) i R(87)21³⁹ o pomoći žrtvama i prevenciji viktimizacije.

Premda je mogućnost podnošenja imovinskopravnog zahtjeva znatno proširena ovdje ćemo se osvrnuti na one koji su najčešći u praksi:

1) **Naknada štete**

Izvršenje kaznenog djela u svakom slučaju rezultira društveno štetnim posljedicama. Kazneno djelo je štetno po sebi, jer predstavlja povredu ili ugrožavanje pravnog poretka. Međutim, osim posljedice koja je u zakonu predviđena kao kazneno djelo, istom ljudskom radnjom može biti prouzročena i šteta u smislu građanskog prava. Šteta čija se naknada traži u adhezijskom postupku mora potjecati neposredno iz kaznenog djela, kao odnosa uzroka i posljedice i mora se zasnivati na pravnom interesu zaštićenom zakonom.⁴⁰

Zakon o obveznim odnosima⁴¹ razlikuje imovinsku i neimovinsku štetu.⁴² Bitna razlika između definicija štete po ZOO 1978. i ZOO-u odnosi se na neimovinsku štetu. Prema staroj definiciji neimovinska se šteta sastoji u pretrpljenim fizičkim i psihičkim bolima te strahu, a nova u povredi prava osobnosti. Izmijenjen je i naziv nematerijalna u neimovinska šteta. Prema toj koncepciji, neimovinsku štetu čini već sama povreda prava osobnosti. Za odlučivanje o naknadi neimovinske štete u adhezijskom postupku značajna je činjenica da je jednom štetnom radnjom moguće istodobno povrijediti više prava osobnosti tako da se ista fizička ili duševna bol ili strah može vrednovati za svaki oblik neimovinske štete. Ovdje je nužno izbjeći kumulaciju, odnosno da se ista fizička ili duševna bol ili strah koristi kao kvalifikatorna okolnost za povredu dvaju ili više prava osobnosti. U adhezijskom

37 Vidi obrazloženje Prijedloga Zakona o kaznenom postupku, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, lipanj, 2008., str. 211-212.

38 Preporuka R(85)11 načelno upućuje da se prema žrtvi postupi s razumijevanjem, konstruktivno i zaštitnički. Ako se o kaznenom progonu odlučuje prema načelu oportuniteta, trebalo bi prethodno zahtijevati izjašnjenje žrtve, a uz to da žrtva ima mogućnost pobijanja odluke o obustavi kaznenog progona. Posebno se postavljaju uvjeti za ispitivanje žrtve tijekom istrage (točka 8.) i rasprave (točka 9.), zaštite privatnog života (točka 15.) i posebne zaštite (točka 16.). Zatim se predviđa informiranje žrtve o njenim pravima i mogućnostima dobivanja pomoći, sudjelovanja u svojstvu oštećenika, a posebno pravo biti obaviještena o okončanju istrage.

39 Preporuka R(87)21 odnosi se na pomoć žrtvama i sprječavanje viktimizacije, a opsežna Preporuka (06)8, općenito na pomoć žrtvama kaznenih djela. Smjernice iz navedene konvencije i preporuka razrađene su u novim odredbama Nacrta o žrtvi (čl. 43. do 46. i dr.).

40 Više Majstorović, D., Naknada neimovinske štete u adhezijskom postupku, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 13, 2006., str. 461.

41 Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05, 41/08.

42 Zakon o obveznim odnosima iz 1978. (čl. 155.) definirao je štetu kao umanjenje nečije imovine (obična šteta) i sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist), a i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta). Zakon o obveznim odnosima izmijenio je definiciju štete i u čl. 1046. propisao da je šteta umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta).

postupku u takvom će se slučaju trebati dosljedno koristiti jednim od temeljnih načela kaznenog prava, odnosno zabranom dvostrukog vrednovanja kvalifikatornih okolnosti.⁴³

Naknada štete je uz naturalnu restituciju i satisfakciju jedan od oblika popravljivanja štete koji se sastoji u novčanom ekvivalentu. Pod visinom naknade štete podrazumijeva se vrijednost štete izražena u novcu prema određenim cijenama (redovna, izvanredna, afekcijska).⁴⁴

Podnošenje imovinskopravnog zahtjeva za naknadu štete u kaznenom postupku izjednačuje se s redovitim podnošenjem parnične tužbe pa se time prekida zastara. Ako se donese presuda kojom se optužba odbija ili rješenjem obustavi postupak (npr. zbog zastare ili odustanka tužitelja izvan glavne rasprave), oštećeni se upućuje na parnicu radi ostvarivanja svog imovinskopravnog zahtjeva. Tada dolazi do “*uvjetnog prekida*” zastare potraživanja ako oštećeni podnese redovitu parničnu tužbu u roku od tri mjeseca od pravomoćnosti presude ili rješenja (čl. 243. ZOO).^{45,46}

2) Povrat stvari⁴⁷

Sud naređuje povrat stvari ako utvrdi da stvar pripada oštećenom po nekoj pravnoj osnovi. Bitno je naglasiti da o povratu možemo govoriti samo ako se

43 Tako Majstorović, D., str. 461.

44 Pravilo je da se visina štete utvrđuje redovitom, tržišnom cijenom, neovisno o vrsti i stupnju krivnje štetnika. No, to ne isključuje potrebu da se visina odredi i s pomoću izvanredne cijene kako bi se u određenom slučaju udovoljilo načelu potpune naknade. *Op. cit.* Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, 11. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 633.

45 Tako Vizner, B., *Građansko pravo u teoriji i praksi*, knjiga prva, Osijek, 1966., str. 316-317.

46 Ako je pak okrivljenik pravomoćnom kaznenom presudom oslobođen od optužbe jer nije dokazano da je učinio predmetno kazneno djelo ili se u njegovu ponašanju ne stječu bitna obilježja kaznenog djela za koje je optužen, onda će sud oštećenika uputiti na parnicu koju može pokrenuti jedino ako mu nije protekao rok zastare za podizanje iste, i to tri godine od saznanja za štetu i štetnika. Smatrat će se da je zastarijevanje prekinuto podnošenjem imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku ako oštećeni podigne tužbu u parničnom postupku u roku od tri mjeseca od dana kada je odlukom kaznenog suda upućen da svoje potraživanje ostvaruje u parnici. Rok teče od dana dostave pravomoćne presude ili rješenja u kojem se oštećenik upućuje u parnicu te se pritom može raditi i o prvostupanjskoj odluci na koju nije uložena žalba. Ako bi pravomoćna presuda bila ukinuta po izvanrednim pravnim lijekovima, došlo bi do prekida zastarijevanja potraživanja za naknadu štete do nove pravomoćne odluke u kaznenom postupku. U skladu s čl. 231. ZOO-a kada je šteta prouzročena kaznenim djelom, a za kazneni progon je predviđen dulji rok zastare, zahtjev za naknadu štete prema odgovornoj osobi zastarijeva kad istekne vrijeme određeno za zastaru kaznenog progona. Riječ je o apsolutnoj zastari kaznenog progona ako je isti pokrenut, odnosno o relativnoj zastari ako kazneni postupak nije pokrenut. Sam prekid zastarijevanja kaznenog progona povlači za sobom i prekid zastarijevanja zahtjeva za naknadu štete, što vrijedi i za zastoj zastarijevanja (čl. 231. st. 2. i 3. ZOO).

47 Od zahtjeva za povrat stvari treba razlikovati širi zahtjev za povrat u prijašnje stanje koji obuhvaća svako uspostavljanje materijalnog stanja koje je postojalo prije izvršenja kaznenog djela i prestanak stanja stvorenog kaznenim djelom (npr. kod kaznenog djela samovlasti). ZKP ne predviđa mogućnost postavljanja ovakvog imovinskopravnog zahtjeva, ali Zakon o obveznim odnosima poznaje naknadu materijalne štete uspostavom ranijeg stanja. Vidi Vasiljević, Sistem...str. 199.

stvar još nalazi *in specis*, i ako po nekoj punovažnoj pravnoj osnovi nije dospjela u ruke treće osobe, kada bi se od okrivljenika mogla tražiti samo naknada štete. Zahtjev za povrat stvari može postaviti svaka osoba koja smatra da joj stvar pripada, prema tomu i više osoba u odnosu na istu stvar, tako način da isključuju jedan drugog. Sud u kaznenom postupku raspravlja imovinski zahtjev između okrivljenika i osobe ovlaštene na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva. Spor o predmetu između oštećenog i treće osobe ili spor između više oštećenih raspravlja se uvijek putem parnice. U tom slučaju kazneni sud može samo narediti čuvanje stvari kao privremenu mjeru osiguranja. Imovinskopravnim zahtjevom ne može se tražiti povrat stvari koju je okrivljenik nabavio novcem pribavljenim kaznenim djelom izvršenim prema oštećenom, tj. povrat stvari koja nije pripadala oštećenom, ali okrivljenik može pristati da se oštećenom preda kao obeštećenje stvar koju je pribavio protupravno prisvojenim novcem ili da mu se preda novac dobiven prodajom protupravno prisvojene stvari koji se našao kod njega.

Odvojeno od kaznenog rješavanja imovinskopravnog zahtjeva o povratu stvari presudom na kraju postupka, postoji i mogućnost predaje stvari oštećenom tijekom postupka, koja ima drugi pravni značaj (čl. 161. ZKP). U mnogim slučajevima bi bilo nepravično i štetno za oštećenog, ako bi se s povratom stvari čekalo do pravomoćnosti presude. Okrivljenik može pristati da se ove stvari vrate oštećeniku i tada imovinskopravni spor postaje bespredmetan. Okrivljenik može odbiti taj pristanak, i u tom slučaju stvari koje nesumnjivo pripadaju oštećenom, a ne služe kao dokaz, predat će mu se i prije završetka postupka. Ovakva predaja stvari oštećenom nema karakter konačnog rješavanja spornog pitanja kome stvar pripada, koji ima povrat stvari po pravomoćnoj presudi ili po pristanku okrivljenika.⁴⁸

3) Poništaj određenoga pravnog posla⁴⁹

U kaznenom postupku može biti poništen onaj pravni posao koji je neposredno nastao uslijed izvršenja kaznenog djela.⁵⁰ Ako se imovinskopravni zahtjev odnosi na poništaj određenoga pravnog posla, a sud nađe da je zahtjev osnovan, izreći će u presudi potpun ili djelomičan poništaj tog pravnog posla. U slučaju poništaja pravnog posla sud utvrđuje i pravne posljedice poništaja, tj. nalaže činidbe i radnje koje nastupaju kao posljedica poništaja, ali pri tom ne može dirati u prava trećih osoba jer te osobe ne sudjeluju ni u kaznenom ni u pridruženom postupku, stoga

48 Predaja stvari tu se vrši rješenjem suda koje je privremene naravi. Pitanje je li stvar konačno treba pripasti oštećenom nije riješeno. Sud se nije upuštao u meritorno ispitivanje osnova po kojoj stvar pripada oštećenom. Pri donošenju presude kojom se optuženi oglašava krivim, naređuje se konačna predaja stvari oštećenom ili se oštećeni upućuje na parnicu. Ako do takve presude ne dođe, okrivljeni usprkos donesenom rješenju može u parnici tražiti da mu se stvar vrati bilo kao vlasniku ili na osnovi nekoga drugog pravnog temelja. U tom slučaju stvar ostaje kod oštećenog do okončanja kaznene stvari, odnosno građanskog spora.

49 Ne bilo kojeg pravnog posla već isključivo imovinskopravnog. Dakle, ne bi se, primjerice, mogao tražiti poništaj braka.

50 Primjerice pravni posao sklopljen prijevarom, iznudom, i slično, ali ne i pravni posao okrivljenog u svezi s prikrivanjem imovine radi osujećenja kaznenog izvršenja, pravni poslovi koje je okrivljeni poduzeo s novcem pribavljenim kaznenim djelom i slično.

nemaju ni mogućnosti ulaganja žalbe na presudu. Poništaj pravnog posla u odnosu na treće osobe i određivanje pravnih posljedica u odnosu na njih, može se postići samo u parnici koja bi se vodila protiv njih.

3.3. Postupak povodom imovinskopravnog zahtjeva

3.3.1. Pretpostavke za odlučivanje

Da bi se o imovinskopravnom zahtjevu moglo raspravljati u kaznenom postupku kumulativno se moraju ispuniti dvije temeljne pretpostavke: a) mora postojati prijedlog ovlaštene osobe za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva kao pozitivna pretpostavka i b) raspravljanjem o imovinskopravnom zahtjevu ne smije se znatno odugovlačiti kazneni postupak kao negativna pretpostavka.

a) Pozitivna pretpostavka

Raspravljanje o imovinskopravnom zahtjevu u kaznenom postupku, s obzirom na građanskopravnu prirodu adhezijskog postupka, ovisi isključivo o dispoziciji stranaka, odnosno ovlaštenika na podnošenje zahtjeva, pa iako se vodi u okviru kaznenog postupka sud nije ovlašten odlučivati o zahtjevu po službenoj dužnosti.⁵¹ Osim toga ni državni odvjetnik kao nositelj funkcije kaznenog progona za kaznena djela koja se progone po službenoj dužnosti nije ovlašten podnijeti prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva budući da se ovaj postupak ne pokreće i ne vodi u javnom interesu već u privatnom interesu oštećenika.

Osim što sam odlučuje hoće li i kada postaviti zahtjev (tijekom kaznenog postupka ili odvojeno, u parnici), ovlaštenik je slobodan odustati od već podnesenog zahtjeva sve do završetka dokaznog postupka pred prvostupanjskim sudom i ostvarivati ga u parnici, ali u tom slučaju ne može prijedlog ponovno postavljati u kaznenom postupku već samo u parnici.⁵² Suprotno, oštećenik može sve do završetka rasprave u parničnom postupku odustati od tužbe i ostvarivati imovinskopravni zahtjev u kaznenom postupku, a ako u kaznenom postupku bude upućen u parnicu, opet može podići građansku tužbu.

51 Za razliku od adhezijskog postupka, postupak za oduzimanje imovinske koristi koji je po svom predmetu sličan adhezijskom postupku, sve do donošenja Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem (NN 145/10), odnosno posljednjih izmjena ZKP-a iz 2011., vodio se po službenoj dužnosti, a sada po prijedlogu tužitelja. Ako je oštećenik postavio imovinskopravni zahtjev koji, s obzirom na svoju osnovu, isključuje oduzimanje imovinske koristi pribavljene kaznenim djelom, ta korist utvrđivat će se samo u onom dijelu koji nije obuhvaćen imovinskopravnim zahtjevom (čl. 557. st. 3. ZKP). Oštećenik koji najkasnije u roku od tri mjeseca od dana utvrđenja pravomoćnosti odluke o oduzimanju imovinske koristi pokrene parnični postupak radi ostvarenja svojih prava, može se namiriti iz oduzete imovinske koristi u roku od tri mjeseca od dana pravomoćnosti odluke o njegovom pravu (čl. 42. Kaznenog zakona, NN, br. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 105/04, 84/05, 71/06, 110/0, 152/08, 57/11, dalje: KZ).

52 U parničnom postupku tužitelj može odustati od tužbe, odnosno povući je sve dok se tuženi ne upusti u raspravljanje, a nakon toga, uz pristanak tuženika, do završetka glavne rasprave (čl. 193. ZPP).

Vođenje adhezijskog postupka ograničeno je pravilima o litispendenciji tako da se, dok parnica teče, ne može voditi adhezijski postupak o istom zahtjevu i obratno. Ograničeno je i pravilima o pravomoćnosti tako da se o zahtjevu o kojem je odlučeno u adhezijskom postupku ne može ponovno meritorno raspravljati i odlučivati.⁵³ Ako je raspravljanje o imovinskopravnom zahtjevu u kaznenom postupku u tijeku, parnični sud će odbaciti podnesenu tužbu.

Prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku može se podnijeti tijelu kojem se podnosi kaznena prijava⁵⁴ ili sudu koji vodi postupak najkasnije do završetka dokaznog postupka pred prvostupanjskim sudom (čl. 155. ZKP-a). Novi ZKP skraćuje rok u kojem ovlaštenik može podnijeti zahtjev u odnosu na ZKP/97 prema kojem se prijedlog mogao podnijeti sve do zaključenja glavne rasprave, dakle i nakon završetka dokaznog postupka. Ovim skraćivanjem roka za podnošenje prijedloga ograničavaju se prava oštećenika jer se onemogućuje odlučivanje o zahtjevu u slučajevima kada bi sud mogao na temelju prethodno izvedenih dokaza oštećeniku dosuditi imovinskopravni zahtjev, premda je podnesen nakon dovršenog dokaznog postupka. Međutim, s pozicije prava okrivljenika aktualno rješenje je pravilnije jer se u stadiju iznošenja završnih govora stranaka okrivljeniku ne mogu osigurati oni procesni instrumenti s kojima bi mogao raspravljati o imovinskopravnom zahtjevu,⁵⁵ odnosno okrivljenik ne bi imao mogućnost iznošenja dokaza i suprotstavljanja navodima suprotne stranke.

Ako ovlaštena osoba nije stavila prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku do podizanja optužbe, izvijestit će se u skladu s procesnim načelom pomoći neukojoj stranci, izraženom u čl. 15. ZKP-a da taj prijedlog može staviti do završetka dokaznog postupka. O ovom pravu ovlaštenu osobu može izvijestiti policija ili državno odvjetništvo budući da sud u ovoj fazi prethodnog postupka još ne sudjeluje.

Prijedlog za ostvarenje imovinskopravnog zahtjeva ne može se postaviti tek u žalbi ili izvanrednom pravnom lijeku. No, ako je došlo do ukidanja presude i vraćanja predmeta na ponovno suđenje, ovlaštena osoba će moći u ponovljenom postupku (opet do završetka dokaznog postupka) postaviti zahtjev premda ranije nije postavljen.

Što se tiče sadržaja zahtjeva ovlaštenik je dužan u prijedlogu određeno naznačiti svoj prijedlog i podnijeti dokaze. Označenje zahtjeva je potrebno jer zahtjev zamjenjuje tužbu u parničnom postupku, a sud se pri odlučivanju kreće u granicama postavljenog zahtjeva.⁵⁶

53 Tako Žuvela, M., Parnični postupak i krivični postupak, Naša zakonitost, 9-10/1989., str. 1192.

54 Kaznena prijava se podnosi nadležnom državnom odvjetniku, a može se podnijeti i policiji, sudu ili nenadležnom državnom odvjetniku koji će je onda proslijediti nadležnome (čl. 205. ZKP-a).

55 Tako Kunštek u Pavišić, Komentar ZKP, str. 341.

56 Vidi Vasiljević, Sistem..., str. 211.

b) Negativna pretpostavka

Sud će raspravljati o imovinskopravnom zahtjevu na prijedlog ovlaštenih osoba samo ako se time ne bi znatno odugovlačio postupak. Ova pretpostavka za odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu proizlazi iz svrhe kaznenog postupka koja zahtijeva ekspeditivno vođenje postupka. Ako vođenje adhezijskog postupka negativno utječe na ostvarenje te svrhe, sud neće odlučivati o zahtjevu nego će oštećenika uputiti u parnicu. Međutim činjenica da su ciljevi kaznenog postupka pretpostavljeni subjektivnim građanskim pravima oštećenika u kaznenom postupku, ne predstavlja povredu tih prava s obzirom na to da oštećeniku može ostvarivati svoja prava u parnici.

Kada je riječ o načinu na koji zakonodavac u čl. 153. st. 1. postavlja ovaj uvjet, treba naglasiti da ZKP ne daje odgovor na pitanje kada bi se raspravljanjem o zahtjevu *znatno odugovlačio postupak*, već je to stvar sudske ocjene u svakom konkretnom slučaju.^{57,58} Ova pretpostavka nije određena precizno kako bi se omogućilo oštećeniku da u svakom slučaju kada je to moguće ostvari svoj zahtjev u okviru kaznenog postupka. Time se sudovima ostavlja mogućnost da pod izlikom odugovlačenja kaznenog postupka upute oštećenika u parnicu i u slučajevima kada vođenje adhezijskog postupka ne bi naštetilo ostvarenju ciljeva kaznenog postupka. Važno je naglasiti da nije svako odugovlačenje postupka razlog za upućivanje oštećenika na parnicu, već se mora raditi o odugovlačenju u znatnoj mjeri.⁵⁹ Pozivanjem na odugovlačenje kaznenog postupka, kazneni sudovi u pravilu ne rješavaju imovinskopravni zahtjev tako da položaj oštećenika u sudskoj praksi nije ni približno tako povoljan kao što to proizlazi iz odredbi ZKP-a.⁶⁰

57 Tako Kaleb, Z., Odluka o imovinskopravnom zahtjevu u kaznenom postupku (adhezijski postupak), Hrvatska pravna revija, br. 7-8, 2008., str. 107.

58 Primjerice ako se utvrdi potreba za provođenjem, npr. financijskog vještačenja radi utvrđenja visine štete, a isto nije bitno za utvrđivanje obilježja samog kaznenog djela. Također ti troškovi vještačenja bili bi u kaznenom postupku plaćeni iz proračunskih sredstava, dok bi ih u parničnom postupku morao predujmiti sam oštećeni (tužitelj).

59 Sud, dakle, ne bi smio odbiti odlučivati o zahtjevu, odnosno uputiti oštećenika u parnicu samo zbog toga što bi odlučivanje zahtjevalo izvođenje dodatnih dokaza koji se inače ne bi izvodili, već samo ako bi to dovelo do nerazmjernog produljenja trajanja postupka u odnosu na ciljeve koji se tim postupkom žele ostvariti.

60 Sudska praksa, dakle, upućuje na suprotno od htijenja zakonodavca, jer se u velikom broju postupaka imovinskopravni zahtjev ne dosuđuje u pretežnom dijelu zbog toga što se radi o neimovinskoj šteti, a otvara se mogućnost sporijeg okončanja kaznenog postupka kod imovinske štete zbog utvrđivanja njene visine po zahtjevu oštećenika kada se, primjerice, mora utvrđivati opravdanost visine kamata i slično. Zbog toga su česti slučajevi da jedan dio imovinskopravnog zahtjeva oštećenika bude dosuđen, a da oštećenik u preostalom dijelu zahtjeva bude upućen na parnicu, što rezultira ne samo jednom nego dvjema vrstama postupka u istom predmetu i svakako ne ide u prilog oštećeniku i efikasnosti postupka. Tako Grubić Radaković, L., Procesni položaj oštećenika u redovnom kaznenom postupku, Aktualnosti hrvatskog kaznenog zakonodavstva, 2006., str. 65-66.

3.3.2. Specifičnosti tijeka adhezijskog postupka

Imovinskopravni zahtjev se može u procesnom smislu izjednačiti s tužbom u parničnom postupku pa će podnošenje zahtjeva imati procesne posljedice podnošenja tužbe.⁶¹ Međutim, iako se radi o pridruženoj građanskoj parnici, adhezijski postupak se vodi prema odredbama ZKP-a te važe sva pravila ZKP-a o izvođenju i ocjeni dokaza. Tijelo koje vodi postupak ispitat će okrivljenika o činjenicama navedenim u prijedlogu te ispitati okolnosti koje su važne za utvrđivanje imovinskopravnog zahtjeva (čl. 157. ZKP-a.). Ovom odredbom su bitno smanjene inkvizitorne dužnosti suda u odnosu na ZKP/97 prema kojem je sud i prije postavljanja prijedloga bio dužan prikupiti dokaze i izvidjeti što je potrebno za odlučivanje o zahtjevu.⁶² Iako će sud oštećenika ispitati samo o činjenicama navedenim u prijedlogu, oštećenik može, sukladno odredbi čl. 52. ZKP-a koja uređuje njegova opća prava u postupku, upozoriti na sve druge činjenice te predlagati sve dokaze važne za utvrđivanje njegovog imovinskopravnog zahtjeva. Oštećenik osobno ili njegov opunomoćenik mogu u svom završnom govoru obrazložiti imovinskopravni zahtjev i upozoriti na dokaze o krivnji optuženika, pod uvjetom da su prije završetka dokaznog postupka podnijeli zahtjev.⁶³

3.3.3. Privremene mjere osiguranja imovinskopravnog zahtjeva

Na prijedlog ovlaštene osobe mogu se u kaznenom postupku prema odredbama koje vrijede za ovršni postupak⁶⁴ odrediti privremene mjere osiguranja imovinskopravnog zahtjeva nastalog zbog počinjenog kaznenog djela. I u odnosu na određivanje mjera osiguranja tražbine u kaznenom postupku primjenjuje se načelo dispozitivnosti pa se ove mjere nikad neće moći odrediti po službenoj dužnosti.⁶⁵ O prijedlogu za određivanje privremenih mjera odlučuje sud: u istrazi rješenje donosi sudac istrage, nakon podignute optužnice optužno vijeće, a na raspravi sud koji vodi raspravu. Žalba na rješenje o privremenoj mjeri ne zadržava njegovo

61 Tako Kunštek u Pavišić, Komentar ZKP, str. 354.

62 *Ibid.*, str. 347.

63 Važno je još jednom spomenuti, kao značajan nedostatak, da odredbe ZKP-a o pravima oštećenika u adhezijskom postupku ne obuhvaćaju sve osobe koje su ovlaštene na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva.

64 Ovršni zakon NN br. 139/10 sadrži odredbe o privremenim mjerama u čl. 313. – 320.

65 U tom smislu presuđeno: „...U predmetnom slučaju slučaju istražni sudac nije bio ovlašten odrediti privremenu mjeru po službenj dužnosti, a niti na prijedlog državnog odvjetnika dok je postupanje po službenoj dužnosti moguće kad dolazi u obzir oduzimanje imovinske koristi (čl. 467. st. 1. ZKP). Nadalje, budući da se privremena mjera u kaznenom postupku postupku u smislu odredbe čl. 136. st. 1. ZKP određuje prema odredbama koje vrijede za ovršni postupak, tada prijedlog u smislu odredbe čl. 193. OZ (za novčana potraživanja) i čl. 198. OZ (za nenovčana potraživanja), uz ostalo, mora sadržavati točno označenu tražbinu, odnosno mora se činiti vjerojatnim postojanje tražbine, koja se privremenom mjerom osigurava, a rješenje o određivanju privremene mjere mora biti obrazloženo.“ ŽS Zagreb, Kv 165/00, Izbor odluka VSRH 2001 – 2:239, prema Krapac, D., Kazneno procesno pravo, Prava knjiga, Institucije, IV. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 265.

izvršenje (čl. 160. ZKP-a). Privremene mjere osiguranja sud može donijeti tijekom kaznenog postupka, ali i prije početka postupka. Premda iz odredbe st. 1. čl. 160. ZKP-a proizlazi da se mogu odrediti tek od onog trenutka kada je kazneni postupak započeo,⁶⁶ suprotno možemo zaključiti iz st. 2. koji određuje da sudac istrage može na zahtjev donijeti rješenje tijekom istrage, dakle već u prethodnom postupku, odnosno prije formalnog početka kaznenog postupka.⁶⁷ Iako se imovinskopravni zahtjev može postaviti samo prema okrivljeniku, a ne i prema trećoj osobi, ZKP dopušta određivanje privremenih mjera osiguranja i prema trećoj osobi, a kada se kod nje nalaze stvari pribavljene kaznenim djelom ili je zbog kaznenog djela došla do imovinske koristi. Ovdje se međutim postavlja pitanje kako osoba koja nije stranka ni sudionik kaznenog postupka može biti stranka u postupku osiguranja koji se provodi unutar kaznenog postupka. S obzirom na to da odluka o imovinskopravnom zahtjevu nema učinak prema trećoj osobi, sud će kada donese osuđujuću presudu ukinuti mjere ili će oštećenika uputiti na parnicu.

3.4. Odluke suda povodom zahtjeva

Oštećenik nije dužan postaviti imovinskopravni zahtjev u kaznenom postupku. Ako ga postavi, kazneni sud nije dužan riješiti to pitanje ako smatra da bi se time znatno odugovlačio postupak. U tom slučaju ne raspravlja o imovinskopravnom zahtjevu i upućuje oštećenika na parnicu. Međutim, ako kazneni sud ipak odluči riješiti imovinskopravni zahtjev, on može:

1. zahtjev usvojiti u cijelosti (samo u osuđujućoj presudi),
2. zahtjev usvojiti djelomično, a za ostatak ga uputiti na parnicu (također samo u osuđujućoj presudi),
3. uputiti oštećenika da zahtjev u cijelosti može ostvariti u parnici (u oslobađajućoj presudi ili ako podatci kaznenog postupka ne daju pouzdanu osnovu za presuđivanje). Dok teče parnica o imovinskopravnom zahtjevu, nije dopušteno pokretanje adhezijskog postupka i obrnuto.

Odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu u kaznenom postupku bitno je obilježeno: a) prirodom osnove zahtjeva; b) mogućnošću postavljanja svakog zahtjeva koji bi mogao biti postavljen u parničnom postupku (čl. 153. st. 2.); c) posebnim ograničenjima koja se odnose na odluku o imovinskopravnom zahtjevu,

⁶⁶ Prema čl. 17. ZKP-a, kazneni postupak započinje: 1) potvrđivanjem optužnice, 2) određivanjem rasprave na temelju privatne tužbe, 3) donošenjem presude o izdavanju kaznenog naloga.

⁶⁷ Međutim, kako je vođenje istrage obvezno samo za kaznena djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zavora, u većini predmeta istraga se neće voditi pa se postavlja pitanje mogućnosti određivanja privremenih mjera u prethodnom postupku u slučajevima kada se ne vodi istraga. S aspekta osiguranja jednake pravne zaštite svih ovlaštenika u postupku koji podnose imovinskopravni zahtjev, odnosno prijedlog za osiguranje tražbine potrebno je osigurati i jednake mogućnosti ostvarenja neovisno o težini kaznenog djela pa je u tom smislu potrebno *de lege ferenda* izrijekom propisati mogućnost određivanja privremenih mjera tijekom cijelog prethodnog postupka.

napose onima koje onemogućavaju sud da imovinskopravni zahtjev odbije, kao i da ga usvoji ako okrivljenik nije osuđen (čl. 158.); d) postojanjem posebnog zahtjeva glede mogućeg utjecaja na tijek postupka (čl. 153. st. 1.) i e) prethodnim ostvarenjem naknade štete.

Imovinskopravni zahtjev ne može biti odbijen.⁶⁸ Sud ne može odlučiti samo o osnovanosti zahtjeva, a glede njegove visine uputiti ovlaštenu osobu u parnicu (međupresuda). Prigovor kompenzacije nije moguć, jer sud nije ovlašten utvrđivati postojanje bilo koje tražbine okrivljenika u kaznenom postupku.

S obzirom na to da oštećeniku nisu na raspolaganju nikakva pravna sredstva, ako se unutar kaznenog postupka ne raspravlja i ne odluči o njegovu zahtjevu, smatramo da bi radi zaštite njegovih interesa trebalo predvidjeti kako je sud, u nekom kraćem roku nakon podnošenja imovinskopravnog zahtjeva, dužan donijeti obrazloženu odluku o tomu hoće li se o njemu raspravljati i odlučivati i na tu odluku bi stranke trebale imati mogućnost uložiti žalbu. To i zbog toga što bi oštećenik bio u boljem položaju nego što je to prema aktualnom zakonskom rješenju, čak i ako odluka o tomu da se o njegovu zahtjevu neće raspravljati postane pravomoćna, jer bi na parnicu bio upućen prije donošenja odluke o glavnoj stvari u kaznenom postupku. Kad sud, prema sadašnjem rješenju, presudom kojom je odlučio i o glavnoj stvari, uputi oštećenika da svoj zahtjev u cjelini ili djelomično ostvari u parnici, ne može se smatrati da se radi o odluci o imovinskopravnom zahtjevu, već o odluci s kojom se odbija odlučivati o njemu. Odbijanje odlučivanja o imovinskopravnom zahtjevu, međutim, ne predstavlja povredu prava na pravično suđenje iz čl. 29. st. 1. Ustava RH, odnosno članka 6. st. 1. Konvencije⁶⁹ jer i dalje postoji nadležnost suda u parničnom postupku. Ovakvo rješenje donekle podsjeća na doktrinu *forum non conveniens*.⁷⁰ Nadalje, s obzirom na to da je položaj oštećenika glede njegova imovinskopravnog zahtjeva u pravilu daleko povoljniji unutar kaznenog postupka nego u parničnom postupku, posebice u odnosu na troškove postupka i lakše dokazivanje činjenica na kojima je imovinskopravni zahtjev utemeljen, mislimo da bi ovlaštenje suda, da ne raspravlja i ne odlučuje o postavljenom imovinskopravnom zahtjevu trebalo ili onemogućiti ili barem restriktivnije regulirati.

Kada kazneni sud odlučuje o imovinskopravnim zahtjevima tada se takvi zahtjevi u slučaju osuđujuće presude ne mogu rješavati mimo pravila građanskog prava i na odgovarajući način propisa građanskog procesnog prava, no tijekom kaznenog postupka sud se neće pozivati na odredbe ZPP-a, a niti u obrazloženju

68 Postoje stajališta kako bi trebalo omogućiti odbijanje imovinskopravnog zahtjeva, kao i omogućiti sudu da o njemu odluči čak i kada je okrivljenik oslobođen. To bi bilo korisno prvenstveno zbog ekonomičnosti. Ako je u adhezijskom postupku nedvojbeno utvrđeno da je oštećenikov zahtjev neosnovan, zašto ga upućivati u parnicu? S druge strane, ako je sud odlučio da okrivljenik nije kriv, to još uvijek ne znači da ne postoji njegova građanskopravna odgovornost. Primjerice slučajevi građanskopravne odgovornosti za štete od opasnih stvari ili opasne djelatnosti.

69 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN – MU, br. 6/99, 8/99, 14/02, 9/05.

70 *Op. cit.* Kunštek u: Pavišić, Komentar ZKP, str. 336.

presude na odredbe ZOO-a. Kaznena presuda u kojoj je dosuđen imovinskopravni zahtjev predstavlja ovršni naslov za ovrhu i prinudnu naplatu dosuđenog potraživanja, te je stoga izjednačena s pravomoćnom presudom parničnog suda.

Sud može donijeti odluku samo unutar granica postavljenog zahtjeva, odnosno ovlaštenoj osobi ne bi mogao dosuditi nešto drugo ili više od onoga što je tražila, čak i ako utvrđene činjenice upućuju na takav zaključak.

Treba razlikovati situacije kada sud može i mora ovlaštenu osobu uputiti na parnicu. Sud **mora** uputiti ovlaštenu osobu na parnicu čak i ako je okrivljenik priznao imovinskopravni zahtjev ako: 1) donese oslobođajuću presudu ili presudu kojom se optužba odbija, 2) rješenjem obustavi kazneni postupak i 3) u postupku protiv maloljetnika izrekne odgojnu mjeru ili obustavi postupak zbog svrhovitosti izuzev ako maloljetnik ima prihode ili imovinu.^{71, 72}

Sud **može** uputiti ovlaštenu osobu na parnicu u svim ostalim slučajevima, odnosno: 1. ako smatra da bi raspravljanje i odlučivanje o njemu znatno oduljilo kazneni postupak, 2. kada postoji spor više oštećenika u svezi s vlasništvom stvari, jer nije ovlašten raspravljati zahtjeve između različitih oštećenika i 3. kada činjenice koje je utvrdio ne daju pouzdanu osnovu za presuđenje.⁷³

Sud bi u slučaju da se oglasi nenadležnim **trebao** uputiti ovlaštenu osobu da podnese svoj imovinskopravni zahtjev nadležnom sudu. Ova odredba nije kogentna, tako da bi izrijeком trebalo predvidjeti da se smatra da je imovinskopravni zahtjev podnesen onda kada je zaprimljen u nenadležnom sudu.

ZKP nigdje izrijeком ne predviđa mogućnost odbačaja imovinskopravnog zahtjeva zbog nepostojanja procesnih pretpostavki (ako je zahtjev nepravodoban, nepotpun, podnesen od strane neovlaštene osobe i slično). Jedina mogućnost koja sudu sada stoji na raspolaganju je analogno primjeniti odredbu čl. 78. st. 3., ZKP-a, te stranku čiji je podnesak nepotpun pozvati da isti dopuni ili ispravi, a ako to ne učini u ostavljenom roku donijeti rješenje o odbačaju. Temeljem čl. 46. st. 2. ZKP-a žrtva koja nije obaviještena o pravu da u postupku sudjeluje kao oštećenik ima pravo prijaviti se kao oštećenik do podizanja optužnice, policiji ili državnom odvjetništvu, a do završetka rasprave sudu. Ako je očigledno neosnovana ili je podnesena nakon okončanja rasprave sud će je odbaciti, a s obzirom na to da prijava može predstavljati imovinskopravni zahtjev ovo je ujedno i jedini slučaj kada je izričito propisana mogućnost odbačaja imovinskopravnog zahtjeva.

71 Međutim, u postupku protiv maloljetnika sud ne bi mogao dosuditi imovinskopravni zahtjev ako je maloljetniku izrečena odgojna mjera ili je doneseno rješenje o obustavi postupka prema načelu svrhovitosti. Uvjet je da maloljetniku bude izrečena kazna. Iznimka bi jedino bila ako maloljetnik ima prihode ili imovinu. U tom bi slučaju i za slučaj izricanja odgojne mjere sud mogao dosuditi imovinskopravni zahtjev.

72 *Op. cit.* Kunštek u Pavišić, Komentar ZKP, str. 349.

73 *Loc. cit.*

3.5. Pravni lijekovi na odluku o imovinskopravnom zahtjevu

Temeljem čl. 464. st. 4. ZKP-a oštećenik može podnijeti žalbu i pobijati presudu zbog odluke suda o troškovima kaznenog postupka i odluke o imovinskopravnom zahtjevu, ali ako je državni odvjetnik preuzeo progon od oštećenika kao tužitelja, oštećenik može podnijeti žalbu zbog svih osnova zbog kojih se presuda može pobijati. Navedena odredba u dijelu u kojem se oštećeniku daje pravo žalbe na odluku o imovinskopravnom zahtjevu predstavlja novinu u odnosu na rješenje ZKP/97 po kojem je oštećenik mogao podnijeti žalbu samo iz osnove odluke o troškovima kaznenog postupka.⁷⁴ Upravo je logično da ako oštećenici tijekom čitavog prvostupanjskog postupka mogu disponirati pravom na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva i čak štoviše, imati određena procesna prava pri utvrđenju njegove osnove i visine, da to pravo imaju i kasnije, u drugostupanjskom postupku.⁷⁵

Odluka o imovinskopravnom zahtjevu može se pobijati ako je sud o tim pitanjima donio odluku suprotno zakonskim propisima (čl. 471. st. 3. ZKP-a). Međutim, može se dogoditi da sud pogreškom propusti odlučiti o imovinskopravnom zahtjevu u cjelini ili u jednom dijelu, odnosno da propusti donijeti odluku kojom oštećenika upućuje da svoj imovinskopravni zahtjev ostvaruje u parnici. Sud u kaznenom postupku ne može ispraviti taj propust, jer se u kaznenom postupku ne može donijeti dopunska presuda, a oštećenik je u situaciji da o njegovom zahtjevu nije odlučeno u cijelosti ili dijelu. Oštećeniku je na raspolaganju mogućnost ostvarivanja svog prava u parnici, ali taj zahtjev u parnici ne može postaviti prije pravomoćnog okončanja kaznenog postupka zbog zabrane dvostruke litispendencije. Ako u ovom slučaju podnese parničnu tužbu, s njom će uspjeti samo ako mu nisu protekli rokovi iz čl. 230. ZOO-a za podizanje iste. Stoga bi ovdje *de lege ferenda* predložili omogućavanje oštećeniku prava žalbe i zbog bitnih povreda kaznenog postupka kada sud svojom odlukom nije u cijelosti riješio predmet imovinskopravnog zahtjeva, odnosno kada uopće nije odlučio o zahtjevu.

Temeljem čl. 159. st. 1. ZKP-a pravomoćnu presudu kojom je odlučeno o imovinskopravnom zahtjevu sud u kaznenom postupku može izmijeniti samo

74 U ZKP/97 zakonodavac je u stadiju pravnih lijekova uskratio oštećeniku koji nije stranka pravo ulaganja žalbe protiv presude, osim zbog odluke o troškovima postupka. Nelogičnost ovog rješenja bila je u tomu da su se oštećeniku tijekom postupka davala određena procesna prava, osobito u stadiju glavne rasprave, a zatim ga se u stadiju pravnih lijekova potpuno onemogućavalo da sadržajno prigovori donesenoj presudi i tako izvrši svoj utjecaj na izmjenu presude. Još veća nedosljednost žalbenih odredbi u odnosu na tijek postupka bilo je pravilo prema kojem oštećenik ne može uložiti žalbu zbog odluke o imovinskopravnom zahtjevu, tj. osoba koja je jedina ovlaštena na podnošenje tog zahtjeva i u čijem je jedino interesu donošenje odluke o tome zahtjevu nije mogla uložiti žalbu zbog odluke o tom zahtjevu. Kao razlog takvog zakonodavnog rješenja obično se navodila nemogućnost kaznenog suda da odbije imovinskopravni zahtjev, tj. procesne odredbe prema kojima sud taj zahtjev, ako ga je smatrao neosnovanim, nije odbijao, nego upućivao na parnicu. Opširnije kod Tomašević, G., Pajčić, M., str. 834.

75 Tako Grubić Radaković, L., str. 65-66.

povodom izvanrednog pravnog lijeka,⁷⁶ i to zahtjeva za obnovu postupka, zahtjeva za zaštitu zakonitosti i zahtjeva za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude. Ako se rezultat postupka po izvanrednim pravnim lijekovima, po svom utvrđenju odnosi i na odluku o imovinskopravnom zahtjevu, tu odluku također treba izmijeniti, što neće narušiti autoritet presude kaznenog suda.⁷⁷ Međutim, ako se ne podnese izvanredni pravni lijek u kaznenom postupku nije moguće izmijeniti odluku o imovinskopravnom zahtjevu, a oštećenik nije ovlašten podnijeti nijedan izvanredni pravni lijek.

Pravomoćna presuda kaznenog suda u kojoj je odlučeno o imovinskopravnom zahtjevu može se izmijeniti u parničnom postupku samo ako postoje uvjeti za ponavljanje postupka prema odredbama ZPP-a (čl. 421 - 428. a).^{78, 79} Ponavljanje postupka može zahtijevati osuđenik, njegovi nasljednici, ali ne i osoba ovlaštena na postavljanje imovinskopravnog zahtjeva jer se smatra da ona nema pravnog interesa da ga traži jer po njenom zahtjevu nije bilo moguće donijeti odluku kojom se odbija.^{80,81}

4. OSVRT NA POJEDINA POREDBENOPRAVNA RJEŠENJA U UREĐENJU ADHEZIJSKOG POSTUPKA

4.1. Osobitosti uređenja adhezijskog postupka u državama nastalim raspadom SFRJ

Analizirajući adhezijski postupak u ZKP-u RH i zakonima koji uređuju kazneni postupak u državama nastalim raspadom SFRJ treba istaknuti kako nema velikih razlika u njihovim uređenjima.

Jedna od značajnijih razlika je što se prema ZKP-u imovinskopravni zahtjev može odnositi na bilo koji zahtjev koji se može podnijeti u parnici, dok u čl.

76 Ovu odredbu smatramo nepotrebnom jer se svaka pravomoćna presuda, neovisno o tome je li njome odlučeno o imovinskopravnom zahtjevu ili ne može pobijati samo izvanrednim pravnim lijekom. Isto smatra i Kunštek. Vidi Kunštek u: Pavišić, Komentar ZKP, str. 350.

77 Usporedi Stanojević, D., Da li je građanski sud vezan pravosnažnom presudom krivičnog suda, Pravni život, br. 12/54, str. 15.

78 Vidi Triva - Dika, GPPP, str. 92.

79 Razloge za ponavljanje propisuje čl. 421. ZPP-a, dok rokove propisuje čl. 423.

80 Tako Kunštek u: Pavišić, KPP, str. 89-90.

81 Zanimljiv je i stav sudske prakse prema jednoj starijoj odluci Vrhovnog suda koja glasi "ako ne postoje uvjeti za izmjenu pravomoćne presude u kaznenom dijelu prema odredbama kaznenog postupka ne može se tražiti niti izmjena presude u dijelu o imovinskopravnom zahtjevu iako se iz novih činjenica i dokaza vidi da je ona u tom dijelu nepravilna". Umjesto toga, ako postoje uvjeti za ponavljanje prema odredbama parničnog postupka, okrivljenik ili njegovi nasljednici mogu zahtijevati u parnici da se pravomoćna presuda kaznenog suda u pogledu odluke o imovinskopravnom zahtjevu izmjeni u ponovljenom postupku. Odluka VsV, Kž 947/57 cit. iz Glasnik 9/57, Jemrić, M., Zakon o krivičnom postupku, Zagreb, 1987., str. 110. (dalje: Jemrić, ZKP).

207. st. 2. ZKP-a Federacije Bosne i Hercegovine⁸² i čl. 100. ZKP-a Republike Slovenije⁸³, postoji ograničenje, tako da se imovinskopravni zahtjev može odnositi na naknadu štete, povrat stvari ili poništavanje određenog pravnog posla.⁸⁴ Također i ZKP Republike Makedonije⁸⁵ u čl. 97. st. 2., ZKP Crne Gore⁸⁶ u čl. 234. st. 2. i čl. 232. st. 2. ZKP Republike Srbije⁸⁷ propisuju zatvoreni krug (*numerus clausus*) imovinskopravnih zahtjeva.

Nadalje, ZKP propisuje da se prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva može podnijeti najkasnije do završetka dokaznog postupka pred prvostupanjskim sudom, dok je u čl. 209. st. 4. ZKP-a FBiH, ZKP-a RM i ZKP-a RS⁸⁸ propisano kako se takav prijedlog može podnijeti najkasnije do završetka glavne rasprave, odnosno ročišta za izricanje kaznenopravne sankcije.⁸⁹ Zbog propuštanja da se pravovremeno podnese prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku ne gubi se pravo za ostvarivanje tog zahtjeva u parničnom postupku.⁹⁰ Iz toga je razvidno da je bez obzira na to što sud ne odlučuje o imovinskopravnom zahtjevu po službenoj dužnosti ipak obavezan poučiti ovlaštenu osobu na mogućnost postavljanja imovinskopravnog zahtjeva, ako ga ona već ne postavi. Ovlaštena osoba može odustati od prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku i ostvarivati ga u parnici, s time da taj odustanak prema čl. 156. st. 1. ZKP-a može biti do završetka dokaznog postupka, a prema čl. 210. st. 1. ZKP-a FBiH i ZKP-a RS⁹¹ može biti do završetka

82 Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 i 12/10, dalje: ZKP FBiH.

83 Zakon o kazenskom postupku, Uradni list RS, br. 32/2007; dalje: ZKP SL.

84 Vidi Ude, L., *Civilno procesno pravo, Založba, Uradni list, Ljubljana, 2001*, str. 95.

85 Zakon o krivičnata postupka, Službeni vesnik Republike Makedonije, br. 15/97, 44/02, 74/04, 83/08; dalje: ZKP RM.

86 Zakonik o krivičnom postupku, Službeni list Crne Gore, br. 57/09 od 18. kolovoza 2009. godine, dalje: ZKP CG.

87 Zakonik o krivičnom postupku, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 46/06; dalje: ZKP RS.

88 Tako Poznić, B., Rakić-Vodineć, V., *Građansko procesno pravo*, 16. izmjenjeno i dopunjeno izd., Savremena administracija, Beograd, 2010., str. 74. (dalje: Poznić, Rakić Vodineć, GPP)

89 Postavlja se pitanje, što ako je okrivljenik kaznenim djelom pribavio protupravnu imovinsku korist, a ovlaštena osoba nije postavila imovinskopravni zahtjev. Već ranije je rečeno kako se o imovinskopravnom zahtjevu ne odlučuje po službenoj dužnosti, nego jedino po prijedlogu ovlaštene osobe. U tom slučaju, KZ RH u čl. 82., KZ FBiH (Kazneni zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04 i 18/05) u čl. 114. u čl. 94., propisuju kako nitko ne može zadržati imovinsku korist ostvarenu kaznenim djelom te će se ta korist oduzeti sudskom odlukom kojom se utvrđuje da je kazneno djelo počinjeno. Iz toga je vidljivo kako, za razliku od imovinskopravnog zahtjeva, na protupravnu imovinsku korist sud pazi po službenoj dužnosti.

90 Više kod Janevski, A., Zoroska Kamilovska, T., *Građansko procesno pravo, knjiga prva, parnično pravo*, Skopje, 2009., str. 28-29.

91 Odustanak je moguć do završetka glavne rasprave (*Electa una via, non datur recursus ad alteram*). *Op. cit.* Poznić, Rakić Vodineć, GPP, str. 74.

glavne rasprave, odnosno ročišta za izricanje kaznenopravne sankcije.⁹² U slučaju odustanka od prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva, ZKP i ZKP FBiH propisuju kako se takav prijedlog više ne može ponovno staviti.⁹³

Svim ovim zakonodavstvima je zajedničko da je raspravljanje i odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu u kaznenom postupku uvjetovano samo ako to značajno ne odugovlači kazneni postupak. Dakle, ako se zbog zajedničkog raspravljanja građanske i kaznene stvari značajno odugovlači rješavanje kaznenog predmeta sud je ovlašten da ne prihvati prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku i uputi ovlaštenike da svoja prava ostvaruju u parničnom postupku.⁹⁴

Svim zakonodavstvima je zajedničko i to da je na podnošenje prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku ovlaštena osoba koja je ovlaštena na ostvarivanje takvog zahtjeva u parničnom postupku. Međutim, ZKP CG sadrži i odredbe koje uređuju slučaj kada su uslijed kaznenog djela oštećena sredstva u državnom vlasništvu.⁹⁵

Kada su u pitanju treće osobe, prema ZKP-u i ZKP-u FBiH i ZKP CG⁹⁶ postoji jedino mogućnost da se prema trećim osobama, ako se kod njih nalazi stvar

92 Vidi Stanković, G., Račić, R., *Parnično procesno pravo*, GrafoMark, Banja Luka, 2010., str. 30.

93 Jednako kao i u parničnom postupku, ovlaštena osoba nije dužna navoditi razlog odustanka budući da on nije značajan. Dakle, važno je istaknuti kako u slučaju odustanka od prijedloga za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva, ovlaštena osoba gubi mogućnost ponovnog postavljanja takvog prijedloga u kaznenom postupku, ali ne gubi pravo da takav zahtjev postavi u parnici. Tako Vasiljević-Grubač, *Komentar ZKP, op. cit.*, str. 200.

94 Usporedi Matovski, N., *Kazneno procesno pravo, opšt del, Skopje*, 2003., str. 35-36.

95 Organ koji je zakonom ovlašten da se skrbi o zaštiti tih sredstava može u kaznenom postupku sudjelovati u skladu s ovlaštenjima koja ima temeljem odredaba ZKP CG. Temeljem čl. 236. st. 1. prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva podnosi se državnom tužitelju, odnosno sudu pred kojim se vodi kazneni postupak. Prijedlog se može podnijeti najkasnije do završetka glavne rasprave pred prvostupajnskim sudom. Osoba ovlaštena za podnošenje prijedloga dužna je određeno označiti svoj zahtjev i podnijeti dokaze. Ako ovlaštena osoba nije podnijela prijedlog za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku do podizanja optužbe, obavijestit će se da može taj prijedlog podnijeti do završetka glavne rasprave. Ako su uslijed kaznenog djela oštećena sredstva u državnom vlasništvu, a prijedlog nije podnesen, sud će o tomu obavijestiti organ iz čl. 235. st. 2.

96 Na prijedlog ovlaštenih osoba iz čl. 235. ZKP CG u kaznenom postupku se mogu, po odredbama zakona kojim je uređen ovršni postupak, odrediti privremene mjere osiguranja imovinskopravnog zahtjeva nastalog uslijed izvršenja kaznenog djela. Navedeno rješenje u istrazi donosi sudac istrage. Poslije podignute optužnice rješenje donosi, izvan glavne rasprave, predsjednik vijeća, a na glavnoj raspravi vijeće. Žalba protiv rješenja vijeća o privremenim mjerama osiguranja nije dopuštena. U ostalim slučajevima o žalbi rješava vijeće iz čl. 24. st. 7. ZKP CG. Žalba ne zadržava izvršenje rješenja. Ako oštećeni ima zahtjev prema trećoj osobi zbog toga što se kod njega nalaze stvari pribavljene kaznenim djelom ili što je ono uslijed kaznenog djela došlo do imovinske koristi, sud može u kaznenom postupku, na prijedlog osoba iz čl. 235. i po odredbama zakona kojim je uređen ovršni postupak, odrediti privremene mjere osiguranja i prema toj trećoj osobi. U presudi kojom se okrivljeni oglašava krivim sud će ukinuti navedene mjere ako već ranije nisu ukinute ili će oštećenog uputiti na parnični postupak i ove mjere ukinuti ako parnični postupak ne bude pokrenut u roku koji odredi sud. Tako i Čizmović, M., Đurićin, B., *Građansko procesno pravo*, 4. dopunjeno i izmijenjeno izd., Podgorica, 1997., str. 105.

pribavljena kaznenim djelom, a na zahtjev ovlaštene osobe, odredi privremena mjera osiguranja i to prema odredbama koje vrijede za ovršni postupak. Dakle, kada ovlaštena osoba postavi zahtjev prema trećoj osobi radi određivanja privremene mjere, tada sud odlučuje samo o takvom zahtjevu, ali ne i o imovinskopravnom zahtjevu prema toj osobi. O imovinskopravnom zahtjevu usmjerenom prema trećoj osobi može se raspravljati samo u građanskom postupku, i to u roku koji odredi sud. Ako kojim slučajem u tom roku parnica ne bude pokrenuta, onda će se ukinuti privremena mjera koja je određena u kaznenom postupku.⁹⁷

Za razliku od ZKP-a prema ZKP-u FBiH (čl. 212. st. 2.) i ZKP-u RS (čl. 237. st. 5.) sud može predložiti oštećenom i optuženiku, odnosno branitelju, provođenje postupka medijacije putem medijatora u skladu sa zakonom, ako ocijeni da je imovinskopravni zahtjev takav da je svrhovito da ga uputi na medijaciju.⁹⁸ Provođenje postupka medijacije može se zatražiti do završetka glavne rasprave. Dakle dopušta se oštećeniku i okrivljeniku da svoj međusobni spor riješe na miran način, izvan suda, uz pomoć medijatora.⁹⁹ Također i temeljem odredaba ZKP-a CG sud može tijekom kaznenog postupka ili po njegovom okončanju, bez obzira na vrstu odluke koju je donio, uputiti oštećenog, odnosno osobu koja je podnijela imovinskopravni zahtjev i okrivljenog da pokušaju svoj sporni odnos koji je predmet tog zahtjeva riješiti u postupku posredovanja u skladu sa zakonom kojim se uređuju pravila postupka posredovanja.

U odnosu na odluke koje se donose povodom imovinskopravnog zahtjeva nema razlika između navedenih država.¹⁰⁰

97 Tako Jemrić, ZKP, str. 112.

98 Vidi Sijerčić Čolić, H., Krivično procesno pravo, Knjiga I., Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005., str. 205-206.

99 Usporedi Simović N. M., Simović, M. V., Todorović, L.J., Krivični postupak Bosne i Hercegovine, Federacije BiH i Republike Srpske, Biblioteka Mostovi, Sarajevo, 2009., str. 203. U odnosu na klasičan sudski postupak, koji je formaliziran, koncipiran tako da služi javnom interesu, prinudan barem za jednu stranu u sporu (tuženik, okrivljenik) i, po pravilu, javan (osim u zakonu predviđenim slučajevima), postupak medijacije karakterizira dobrovoljnost (potrebna je suglasnost obje strane), neformalnost i fleksibilnost u tom smislu što same stranke određuju tijek i ishod postupka, rukovodeći se isključivo osobnim interesima, privatnost (u postupku medijacije javnost je uvijek isključena) i povjerljivost (sve informacije, prijedlozi i izjave iznesene tijekom postupka su tajna i ne mogu se koristiti u drugom postupku, niti priopćiti na drugi način, osim ako se stranke drukčije ne sporazumiju). Jedan od alternativnih načina rješavanja sporova koji već dulje vrijeme postoji i uspješno se primjenjuje u pravnim sustavima SAD-a i Europe je medijacija ili posredovanje.

100 U okviru kaznenog postupka sud može u osuđujućoj presudi usvojiti zahtjev u cijelosti ili djelomično a ovlaštenu osobu uputiti na parnicu za nedosuđeni dio imovinskopravnog zahtjeva, kao i u slučaju ako podatci kaznenog postupka ne pružaju pouzdan temelj za djelomično ili potpuno dosuđivanje imovinskopravnog zahtjeva. U slučaju donošenja oslobađajuće presude ili presude kojom se optužba odbija, te rješenja kojim se obustavlja postupak, sud je obavezan raspravljati i donošenje odluka o imovinskopravnom zahtjevu uputiti na parnicu.

4.2. Osobitosti uređenja adhezijskog postupka u pojedinim državama kontinentalnoeuropskog pravnog kruga

Europska kaznenoprocena zakonodavstva usvajaju različite procesne instrumente kojima je cilj oštetiti žrtvu kaznenog djela već tijekom kaznenog postupka. Način ostvarivanja imovinskih prava žrtve u okviru kaznenog postupka ovisi o tomu kako i u kojem opsegu pojedina država dopušta sudjelovanje žrtve u kaznenom postupku.¹⁰¹ U tom smislu možemo uočiti tri temeljna modela uloge žrtve u kaznenom postupku u Europi: francuski pristup građanske stranke (*partie civile*) koji predviđa aktivnu ulogu oštećenika sa značajnim mogućnostima utjecaja na tijek kaznenog postupka; njemački model u kojem oštećenik ima postupovna prava kojima pomaže kaznenom progonu kao tzv. nuzgredni tužitelj (*Nebenklager*) te engleski model specifičan za zemlje *common law* sustava u kojima žrtva, osim ako ne nastupa kao privatni tužitelj nema značajnijih prava kojima bi utjecala na tijek postupka.

Francuski Zakon o kaznenom postupku¹⁰² već u uvodnim odredbama ističe načelo zaštite prava žrtve u kaznenom postupku, a kazneni progon se može pokrenuti, osim na inicijativu državnog odvjetnik (*l'action publique*) i na inicijativu osobe oštećene kaznenim djelom ako ona pred kaznenim sudom postavi svoj zahtjev za naknadu štete. Građanska parnica koja se odvija pred kaznenim sudom usporedno sa kaznenim postupkom naziva se građanska tužba (*l'action civile*). Stoga, u francuskom pravu, ustanova odštetne parnice pred kaznenim sudom služi, uz ostalo i tomu da dođe do kaznenog progona kada državni odvjetnik propusti vršiti kazneni progon.¹⁰³ Prema čl. 2. CPP FR građansku parnicu radi naknade štete prouzročene zločinom, prijestupom ili prekršajem može pokrenuti svatko tko je osobno pretrpio štetu neposredno prouzročenu kaznenim djelom čime ta osoba postaje privatna stranka (*partie civile*) u kaznenom postupku.¹⁰⁴ Prema najnovijim izmjenama CPP FR tužbi za uspostavu građanske stranke u kaznenom postupku koja se podnosi sucu istrage mora prethoditi podnošenje zahtjeva državnom odvjetniku. Tužba za uspostavu građanske stranke bit će dopuštena samo u slučaju ako osoba dokaže da ju je državni odvjetnik, nakon podnošenja zahtjeva upoznao s činjenicom da neće pokrenuti kazneni progon ili ako ne odgovori u roku od tri mjeseca od podnošenja zahtjeva (čl. 85. CPP FR).

Imovinskopravni zahtjev može se odnositi na svaku štetu, materijalnu i nematerijalnu, prouzročenu kaznenim djelom za koji se vrši kazneni progon. Oštećenik može podignuti građansku tužbu u okviru kaznenog postupka samo ako nije već započeo postupak pred parničnim sudom. Nakon što sud asiza odluči o kaznenoj

101 Opširnije Volger, Richard, Huber, Barbara, *Criminal procedure in Europe*, Duncker and Humboldt, Berlin, 2008., str. 23.

102 Code de procedure penal (dalje CPP FR).

103 Vidi više Krapac, D.; Lončarević, D., *Oštećenik kao tužitelj u krivičnom postupku*, Pravni fakultet u Zagrebu, „Zrinski“ – Čakovec, Zagreb, 1985., str. 5.

104 Vidi opširnije Franchimont, M.; Jacobs, A i Masset, A., *Manuel de procedure penal*, 2e editon, Larcier, 2006. str. 181-183.

stvari, o građanskoj tužbi odlučuje bez sudjelovanja porote, a nakon prethodnog saslušanja stranaka i državnog odvjetnika (čl. 371. CPP FR). Sud može prihvatiti zahtjev građanske stranke i u slučaju oslobađajuće presude.¹⁰⁵

Talijanski Zakonik o kaznenom postupku¹⁰⁶ također predviđa mogućnost uspostave građanske stranke kaznenom postupku. Međutim, za razliku od francuskoga rješenja, građanska tužba se može podnijeti samo kada je kazneni postupak već započet te oštećenik nema ovlast svojim zahtjevom inicirati kazneni progon. Članak 74. CPP IT predviđa mogućnost vođenja građanskog postupka za povrat stvari ili naknadu štete prema čl. 185. Kaznenog zakonika u okviru kaznenog postupka.¹⁰⁷ Aktivnu legitimaciju za podnošenje građanske tužbe u kaznenom postupku ima osoba oštećena kaznenim djelom, odnosno njezini univerzalni sljednici dok su pasivno legitimirani optuženik i građanski odgovorna stranka.¹⁰⁸ Uspostava građanske stranke može se izvršiti tijekom prethodnog ročišta, ali i naknadno sve dok sud ne utvrdi pravilnost uspostave stranaka prije početka rasprave. Kada donese osuđujuću presudu, sudac odlučuje i o zahtjevu za povrat i naknadu štete ako je podnesen u skladu sa zakonom, te u istoj presudi odlučuje o visini štete.¹⁰⁹ Ako zaprimljeni dokazi ne omogućuju utvrđenje visine štete, sud donosi opću osudu i upućuje stranke građanskom sucu. Građanska stranka može zatražiti da se optuženik i građanski odgovorna osoba osude na plaćanje privremenog iznosa, u granicama one štete za koju se smatra da je dokazana (čl. 539. CPP IT). Ista odredba slična je djelomičnom dosuđenju imovinskopravnog zahtjeva te upućivanja s viškom u parnicu u našem zakonodavstvu.¹¹⁰ U slučaju ukidanja dijela kaznene

105 O pravima oštećenika u građanskom postupku pridruženom kaznenom odlučivao je i ESLJP koji je tradicionalno odbijao pružiti zaštitu tih prava oštećeniku u kaznenom postupku, ističući da oštećenik u adhezijskom postupku (a ne u kaznenom postupku kojem se pridružio svojim zahtjevom) treba uživati jamstva kvalitetnog parničnog postupka sukladna načelu „pravičnog postupka“. Međutim, u presudi od 12. II. 2004. u predmetu *Perez c/a Francuske* ESLJP je utvrdio novo stajalište u pitanju primjenjivosti procesnih jamstava iz čl. 6. Konvencije na položaj oštećenika u kaznenom postupku, izrekavši da je u slučaju u kojem nacionalno pravo izjednačava učinak podnošenja imovinskopravnog zahtjeva s učinkom zahtjeva za pokretanjem kaznenog postupka, kao što je slučaj u Francuskoj, oštećeniku moraju pripasti jamstva kvalitetnog parničnog postupka čak i ako je propustio istaknuti svoj imovinskopravni zahtjev, pod uvjetom da bi pravo na takav zahtjev inače imao prema svom nacionalnom pravu i nije ga se izričito i nedvosmisleno odrekao, odnosno njegovo pokretanje kaznenog postupka ne predstavlja izraz puke „privatne osvete“. Tako Krapac, D., *Kazneno procesno pravo*, Prva knjiga: Institucije, 4. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb 2010., v. *Perez v France*, app. no. 47287/99 §§ 60-71

106 Codice di procedura penale (dalje: CPP IT).

107 Vidi opširnije Garofoli, V., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2008., str. 167-169.

108 Osoba odgovorna za radnje optuženika po građanskom pravu može se pozvati u kazneni postupak na zahtjev građanske stranke, iznimno i na zahtjev državnog odvjetnika, a može se i sama dragovoljno umiješati u postupak.

109 Ako je građanski odgovorna osoba bila pozvana ili je sudjelovala u suđenju, presuda o povratu stvari ili naknadi štete donosi se ako se utvrdi njegova odgovornost protiv njega kao solidarnog dužnika.

110 Vidi Kaleb, Z., str. 110.

presude u pogledu odluke o imovinskopravnom zahtjevu, viši će sud uputiti predmet građanskom sudu na daljnje odlučivanje o tom zahtjevu (622. CPP).

Njemački ekvivalent francuskom *action civile* je pridruženi, odnosno adhezijski postupak (*Adhasionsverfahren*) koji omogućuje oštećeniku da u okviru kaznenog postupka podnese zahtjev za naknadom štete u skladu s čl. 403. – 406 c Zakona o kaznenom postupku.¹¹¹ Oštećenik ili njegov nasljednik mogu u kaznenom postupku podnijeti imovinskopravni zahtjev proizašao iz kaznenog djela ako se radi o predmetu iz nadležnosti redovnih sudova i ako postupak nije u tijeku pred drugim sudom. Zahtjev se može podnijeti u pisanom ili usmenom obliku tijekom cijelog postupka, a najkasnije prije početka završnih govora stranaka. U zahtjevu mora biti određen predmet zahtjeva, osnove i dokazi na kojima se temelji zahtjev, a može se odnositi na svako imovinsko potraživanje proizašlo iz kaznenog djela.¹¹² Ako kazneni sud ustanovi da je imovinskopravni zahtjev osnovan u presudi kojom okrivljenika proglašava krivim određuje iznos naknade štete koji treba platiti. Sud neće odlučiti o imovinskopravnom zahtjevu ako je nedopušten ili ako se pokaže da nije osnovan, a može se suzdržati od odlučivanja, odnosno uputiti oštećenika u parnicu ako zahtjev nije prikladan za odlučivanje u kaznenom postupku što će biti posebno onda kada bi odlučivanje o zahtjevu odugovlačilo kazneni postupak (čl. 406. StPo).

Uspoređujući rješenja pojedinih europskih država može se zaključiti da je način ostvarivanja imovinskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku kod nas najbliži njemačkom adhezijskom postupku.

4.3. Osobitosti uređenja adhezijskog postupka u common law sustavu

U zemljama, tzv. *common law* sustava ne postoji ekvivalent građanskoj stranci (*partie civile*) koju poznaju mnoge države *civil law* sustava.¹¹³ Žrtva kaznenog djela u Velikoj Britaniji nema pravo u kaznenom postupku tražiti naknadu štete proizašlu iz kaznenog djela ali sud može, kada donosi osuđujuću presudu, narediti okrivljeniku da plati naknadu za osobnu ozljedu, gubitak ili štetu nastalu kaznenim djelom. Ovdje je riječ o kaznenoj sankciji tako da o volji oštećene osobe uopće ne ovisi hoće li zahtjev biti postavljen, premda joj se u praksi dopušta da se očituje glede okolnosti želi li naknadu štete. Radi se dakle o diskrecijskom pravu suda da dodjeli takvu naknadu, a ne o pravu žrtve. Riječ je o sustavu koji je za žrtvu nepovoljan, s obzirom na to da nema nikakvih procesnih mogućnosti interveniranja u postupku

111 Strafprozeßordnung, dalje: StPo.

112 Podnošenje imovinskopravnog zahtjeva kaznenom sudu proizvodi iste pravne učinke kao podnošenje tužbe pred parničnim sudom, a oštećenik može povući podneseni imovinskopravni zahtjev sve do izricanja presude.

113 Greer, Desmond: *Compensating Crime Victims, A European Survey*, Freiburg im Breidgau, 1996., str. 581.-582.

ako sud ne naloži počinitelju kaznenog djela naknadu štete.^{114, 115} Dodjela naknade štete u kaznenom postupku ne sprječava oštećenika da podnese tužbu pred parničnim sudom, ali će se u tom slučaju od iznosa naknade štete koju dosudi parnični sud oduzeti iznos koji je okrivljenik već platio.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Mogućnost vođenja adhezijskog postupka predviđena je iz razloga procesne ekonomije i s aspekta sudova koji ne moraju utvrđivati više puta isto činjenično stanje i s aspekta oštećenika kojem se omogućuje brže i jeftinije ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva bez pokretanja građanske parnice na njegov trošak.

Iako se radi o sporednom predmetu kaznenog postupka ovlašteniku na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva trebaju stajati na raspolaganju svi procesni instrumenti koje bi imao da svoj zahtjev ostvaruje u parnici. Međutim, ovaj zahtjev za osiguranjem jednake pravne zaštite nije u cijelosti ostvaren niti nakon donošenja novog ZKP-a iz 2008. jer položaj svih ovlaštenika u adhezijskom postupku nije izjednačen s položajem tužitelja u parničnom postupku. Stoga bi zakonodavac de lege ferenda trebao i ovlaštenicima koji nisu oštećenici, odnosno osobama na koje je prešao imovinskopravni zahtjev zajamčiti sva ona prava koja bi inače imali u parničnom postupku: pravo predlagati dokaze, ispitivati svjedoke i posebice pravo na ulaganje žalbe na odluku o imovinskopravnom zahtjevu koje sada ima samo oštećenik.

Osim toga iz ZKP-om određenog pojma stranke nije potpuno jasno tko su stranke adhezijskog postupka jer, s obzirom na razliku u svrsi i predmetu, stranke adhezijskog i kaznenog postupka nisu i ne mogu biti uvijek iste osobe. Stoga bi ZKP trebao izrijeком sadržavati definicije pojmova stranaka u kaznenom postupku i stranaka u adhezijskom postupku. Mišljenja smo da bi u tom smislu stranke adhezijskog postupka trebale biti ovlaštenik na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva i okrivljenik, odnosno osoba odgovorna po pravilima građanskog prava. Omogućavanje postavljanja imovinskopravnog zahtjeva i prema trećim osobama bilo bi korisno i s aspekta efikasnosti i ekonomičnosti i radi bolje zaštite prava oštećenika.

114 Opširnije Ashworth, A., *The Criminal Process, An Evaluative Study* 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 1998.; Fenwick, *Procedural Rights of Victims of Crime: Public or Private Ordering of the Criminal Justice Process?*, *Modern Law Review*, Volume 60, May 1997., No. 3.

115 S druge strane, ako se naknada štete i naloži u obliku spomenutog naloga, oštećeni ne može, ali i ne mora pokretati ovršni postupak, jer se kaznena sankcija izvršava po službenoj dužnosti. S ovog aspekta njegov položaj bi se, u ovom slučaju, mogao smatrati povoljnijim od položaja oštećenog u *civil law* sustavu, u kojem je jedino on taj koji može tražiti ovrhu presude s kojom je usvojen njegov imovinskopravni zahtjev, a to za njega može biti skopčano s različitim teškoćama, kao i znatnim troškovima. Vidi Kunštek, *Actio civilis*, str. 209-210.

Pitanje mogućnosti jednake pravne zaštite otvara se i glede temeljne pretpostavke za vođenje adhezijskog postupka, a to je da se vođenjem adhezijskog postupka znatno ne odugovlači kazneni postupak. Ovako određena formulacija je nejasna i otvara mogućnost preširokom tumačenju što sudovi u praksi i koriste pa odbijaju odlučivati o imovinskopravnom zahtjevu i u situacijama kada bi to mogli. Osim što bi radi ostvarivanja zakonskih odredbi u praksi ovu pretpostavku trebalo preciznije formulirati trebalo bi izrijekom propisati dužnost suca da čim procijeni, da bi odlučivanje o zahtjevu znatno odugovlačilo kazneni postupak, donese obrazloženu odluku, odnosno rješenje o upućivanju na parnicu na koje bi stranke morale imati pravo žalbe.

Nadalje, u odnosu na odluke koje kazneni sud može donijeti na podneseni imovinskopravni zahtjev trebalo bi izrijekom propisati donošenje rješenja o odbačaju u svim slučajevima postojanja procesnih smetnji za odlučivanje.

Prijedlozi po kojima bi sud trebao imati ovlast odbiti imovinskopravni zahtjev ako utvrdi njegovu neosnovanost su, s aspekta procesne ekonomije svakako svrhoviti, ali budući da je u tom slučaju isključeno odlučivanje u parnici o istom pitanju, ovlašteniku bi tada trebalo omogućiti podnošenje svih i redovitih i izvanrednih pravnih lijekova koji mu stoje na raspolaganju u parničnom postupku.

Naposljetku, bilo bi svrhovito predvidjeti mogućnost upućivanja oštećenika i okrivljenika na medijaciju radi rješavanja imovinskopravnog spora u kaznenom postupku uz pomoć medijatora odnosno izmiritelja, što se već dulje vrijeme primjenjuje u razvijenim demokratskim državama i postiže iznimne rezultate, a isti je predviđen i u nekim zakonodavstvima država nastalih raspadom SFRJ (vidi *supra ad 4.1.*).

Premda zakonodavac daje mogućnost obeštećenja oštećeniku već u kaznenom postupku čime se ne ostvaruju samo imovinski interesi oštećenika već i javni interes pravosudnog aparata za ekonomičnošću u postupanju očigledno je da ostvarivanje ovih odredbi u praksi gotovo u potpunosti izostaje. Stoga prije bilo kakvih radikalnih izmjena koje bi išle u pravcu širenja mogućnosti odlučivanja suda o imovinskopravnom zahtjevu, trebalo bi utjecati i na svijest kaznenih sudaca u praksi da, ako je imovinskopravni zahtjev postavljen, premda se radi o sporednom predmetu kaznenog postupka građanskopravne naravi, o njemu odlučuju s jednakom pažnjom i savjesnošću kao o kaznenom predmetu.

Summary

**ANCILLARY ADJUDICATION OF CIVIL CLAIMS FOR
COMPENSATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

The present paper provides an overview of ancillary proceedings in the Croatian law system as an opportunity for the injured party to assert a claim for compensation within the pending criminal proceedings. The underlining idea is that the court's time can be saved by the determination of civil claims arising from a criminal offence in the same proceedings. The civil jurisdiction of a criminal judge leads to a consolidation of the two forms of dispute arising from the offence and avoids a duality of proceedings. The most evident advantages of using the civil claim within an existing criminal action for the injured party are simplicity, speed and cost-effectiveness. Furthermore, the authors analyze the object of ancillary proceedings, subjects, decisions and legal remedies. The victim may put forth any pecuniary claim against the defendant arising from the offence. When the guilty verdict is delivered the court may grant an indemnity claim in full or in part and direct the injured party to sue for balance in a civil procedure. In practice, however, judges and legal professionals tend to avoid ancillary proceedings, considering it to render a foreign element within criminal proceedings.

Key words: ancillary proceedings, civil claim, criminal proceedings, injured person.

Zusammenfassung

**DURCHFÜHRUNG DES ADHÄSIONSVERFAHRENS ZUR
GELTENDMACHUNG VOM VERMÖGENSRECHTLICHEN
ANSPRUCH IM STRAFVERFAHREN**

In der Arbeit wird die Übersicht des Adhäsionsverfahrens als ein an das Strafverfahren anschließendes Prozess, in dessen Rahmen die aus der Straftat erwachsenden vermögensrechtliche Streitigkeiten beigelegt werden. Die Durchführung des Adhäsionsverfahrens im Rahmen des Strafverfahrens ist der Ausdruck des ökonomischen Prinzips bzw. der Bemühung, doppelte Gerichtssitzung zu vermeiden, da das Gericht die Entscheidung über den aus der Straftat entstandenen vermögensrechtlichen Anspruch schon im Strafverfahren fällen kann. Bei der Erledigung der Strafsache stellt das Gericht alle für das Fällen der Entscheidung über die Schuld wichtigen Tatsachen fest, und die abgeleiteten Beweise über die Straftat und strafrechtliche Verantwortlichkeit sind gleichzeitig auch für den durch die Straftat verursachten Zivilstreit rechtsrelevant, so dass es sich gezeigt hat, dass

die Entscheidung über den vermögensrechtlichen Anspruch im Strafverfahren eine vernünftige Lösung ist. Nach der Erklärung des Begriffs und des Zwecks vom Adhäsionsverfahren werden dessen Gegenstand, Subjekte, Vermutungen, Entscheidungen und Rechtsmittel bearbeitet. Die Autorinnen betonen, dass die Parteien im Adhäsionsverfahren denen im Strafverfahren nicht gleichgestellt sind, wobei das Recht auf den gleichen Rechtsschutz verletzt wird, was mit der Erlassung des neuen Gesetzes über das Strafverfahren nicht beseitigt wurde.

Schlüsselwörter: *Adhäsionsverfahren, vermögensrechtlicher Anspruch, Strafverfahren, Geschädigter.*

Riassunto

SOLUZIONE ADESIVA DELLA DOMANDA DI CONTENUTO PATRIMONIALE NEL PROCEDIMENTO PENALE

Le autrici del lavoro illustrano il procedimento adesivo quale causa accessoria al procedimento penale nel contesto della soluzione delle questioni giudiziali di carattere patrimoniale che derivano dal reato commesso. Lo svolgimento del procedimento adesivo nell'ambito del procedimento penale è espressione del principio di economia processuale, ossia del tentativo di evitare un doppio processo quando la decisione circa le questioni patrimoniali che derivano dal reato commesso può essere pronunciata dal tribunale già nel processo penale. Risolvendo la controversia penale, il tribunale accerta tutte le circostanze rilevanti per la pronuncia della decisione circa la colpevolezza; se le prove portate circa il reato e la responsabilità penale al contempo sono giuridicamente rilevanti anche per la pronuncia sulla controversia giuridica patrimoniale sorta in conseguenza del reato commesso, la pronuncia sulla questione patrimoniale in seno al procedimento penale si dimostra la scelta più razionale. Dopo avere esposto la nozione e lo scopo si prende in esame l'oggetto del procedimento adesivo, i soggetti, i presupposti, come pure le decisioni ed i mezzi di impugnazione. Le autrici rilevano che la posizione della parte nel procedimento adesivo non è parificata a quella nel processo civile e con ciò si viola il diritto alla parità di protezione giuridica; disparità che permane anche dopo l'approvazione della nuova legge sulla procedura penale.

Parole chiave: *procedimento adesivo, domanda patrimoniale, procedimento penale, persona offesa.*

OSOBITOSTI PRVOSTUPANJSKIH POSTUPAKA U PATERNITETSKIM PARNICAMA

Milan Franić, dipl.iur., sudski savjetnik
Županijski sud u Splitu
Marko Perkušić, student
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.63::347.91/.95
Ur.: 19. srpnja 2012.
Pr.: 15. studenoga 2012.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Ovaj je rad plod istraživanja provedenog na temelju vjerodostojnog uzorka prvostupanjskih paternitetskih parnica.

Prvi problem koji se istražuje je praktična uloga izvođenja dokaza medicinskim vještačenjem DNK metodom u praksi. Neprijeporno dominantnu snagu dokaza medicinskim vještačenjem DNK metodom promatra se u svjetlu učestalosti izvođenja tog dokaza u usporedbi s izvođenjem drugih dokaza.

Drugi problem koji se istražuje je stvarna razina opterećenosti pravosudnog aparata paternitetskim stvarima. Utvrđuju se i objašnjavaju osobitost prvostupanjskih postupaka u paternitetskim parnicama analiziranjem iz uzorka dobivenih podataka o brojnosti i trajanju tih parnica te vrstama sudskih odluka.

U sadržaju rada se, slijedom pojedinih točaka, uvodno navode problemi kojima se istraživanje bavi i formuliraju teze istraživanja, objašnjava formiranje vjerodostojnog uzorka i metodologija istraživanja, uz sažeto iznošenje pravno-regulacijskog okvira paternitetskih postupaka te se analiziraju iz uzorka prikupljeni podatci radi dokazivanja uvodno formuliranih teza rada.

Ključne riječi: *utvrđivanje očinstva, osporavanje očinstva, paternitetske parnice, općinski sudovi, dokazivanje, medicinsko vještačenje DNK metodom.*

1. UVOD

U uvodnom djelu autori će navesti razloge odabira paternitetskih parnica za predmet istraživanja, definirat ćemo probleme i teze istraživanja te pojasniti strukturu istraživanja.

Dovođenje u vezu osnovnih činjeničnih, materijalnopравnih i procesnopравnih osobitosti paternitetskih postupaka vodi ka zaključku da se radi o primjeru «lakih

slučajeva».¹ Činjenično, utvrđuje se tek jedna sporna činjenica (biološko porijeklo djeteta od oca), a za što stoji na raspolaganju jedan nepobitan dokaz (medicinsko vještačenje DNK metodom).² Materijalno, radi se o potencijalnoj primjeni svega dvanaest zakonskih članaka³, dosta konkretnijih u usporedbi s odredbama propisa općeg građanskog prava, pa time, uvjetno rečeno, i interpretativno manje zahtjevnijih. U procesnom pravnom smislu, susrećemo inkvizitorne procesne ovlasti suda u pogledu utvrđivanja činjenica i izvođenja dokaza, elemente formalne dokazne teorije (obveza provođenja medicinskog vještačenja kada izvanbračno očinstvo utvrđeno priznanjem osporava muškarac koji sebe smatra ocem) te jasno zakonsko određivanje stranaka i njihovih stranačkih uloga kroz institut jedinstvenog suparničarstva.⁴

Već je ovdje nužno gornji zaključak o lakoći paternitetskih predmeta ublažiti dvama prigovorima.

Prvo, spomenuta «lakoća» nikako ne znači manju relevantnost činjenice koja se utvrđuje ili osporava u ovim postupcima (očinstvo). Ovo je (samo)razumljivo već iz paušalne liste pravnih učinaka očinstva (roditeljska skrb, uzdržavanje, nasljedopravni učinak), a o izvanpravnoj relevantnosti da i ne govorimo.

Drugo, iako bi se na prvi pogled reklo da «lakoća» ove slučajeve čini, kadrovski i materijalno, manje opterećujućim po pravosuđe, tu treba posebno uzeti u obzir brojnost i troškove koje ovi postupci iziskuju. Veća brojnost iziskivala bi veći kadrovski angažman, a zakonsko pravilo o isplati predujma za troškove vještačenja iz sredstava suda⁵, povezano sa skupoćom ovih vještačenja, na neki način relativizira i manje materijalno opterećenje pravosuđa ovim predmetima.

Polazeći baš od «lakoće» i pretpostavljene manje brojnosti paternitetskih predmeta, čime se dotičemo prve teze formulirane nastavno, nužno je istražiti brojnost paternitetskih postupaka, duljinu trajanja prvostupanjskih postupaka, vrste prvostupanjskih odluka, kao i provođenje dokaznog postupka, s naglaskom na medicinska vještačenja.

Dakle, dva su zadatka koja si postavlja ovo istraživanje.

Prvi je zadatak istražiti koliko je je li dokaz medicinskim vještačenjem DNK metodom, specifičan za ove postupke, umanjio potrebu izvođenja drugih dokaza.

1 O Hartovu razlikovanju *plain cases-penumbral cases* v. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961., str. 123 i d. O Dworkinovu razlikovanju *easy cases-hard cases* v. Dworkin, R., *Law's Empire*, London, 1986., str. 265 i d. Općenito o razlikovanju lakih i teških slučajeva kao problemu teorije pravne argumentacije, v. Harašić, Ž., *Problem razgraničenja lakih slučajeva (easy cases) i teških slučajeva (hard cases)*, Zagreb, ZPFZG, 1/2006, str. 85-116.

2 Tako i Korać, A., *Izbjegavanje medicinskog vještačenja i razumni rok u paternitetskim sporovima*, Zagreb, ZPFZG, vol. 52, 6/2002, str. 1253-1284, u *Hrestomatija hrvatskog obiteljskog prava*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 510.

3 Čl. 71.-74. i 79.-86. Obiteljskog zakona, NN br. 116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11. i 61/11.; dalje: ObZ.

4 Čl. 83. st. 3., 270. st. 2., 286. st. 2. i 3., 287. st. 2. i 3. i čl. 289.-290. ObZ.

5 Čl. 286. st. 4. ObZ.

Drugi zadatak je dobiti konkretne podatke o parametrima koji određuju angažman pravosuđa u ovim predmetima. Stoga je nužno utvrditi podatke o trajanju ovih postupaka. Interpretativno, zbog manje brojnosti i «lakoće» ovih predmeta, ovi podatci imat će širi domet. Podatak o trajanju ovih postupaka koji su po svojoj naravi manje brojni i laki, služiti će kao osnova za pretpostavku o tomu kako složeniji postupci traju dulje od toga. U tom smislu, nalaz duljeg trajanja ovih postupaka od pretpostavljenog bio bi jako nepovoljan.

Na tragu ovih zadataka, formulirat će se i obrazložiti teze koje se žele dokazati ovim istraživanjem.

Prva je teza o paternitetskim parnicama kao kvantitativno malom segmentu obiteljskih parnica, s udjelom manjim od 10%. Kako je pitanje očinstva regulirano mehanizmom oborive zakonske predmnjeve može se očekivati da će se potreba utvrđivanja očinstva u parničnom postupku manje pojavljivati od potrebe za konstitutivnom (razvod i poništaj braka) i kondemnatornom (uzdržavanje) obiteljskopравnom zaštitom.

Druga je teza o relativnoj kratkotrajnosti prvostupajnskih postupaka osporavanja i/ili utvrđivanja očinstva, u smislu da je od podnošenja tužbe do donošenja prvostupajnske odluke potrebno manje od 12 mjeseci. Razlog se uočavao u sinergiji „lakoće“ i načela hitnosti⁶ u ovim predmetima. Dok „lakoća“ motivira suca na postupanje radi zadovoljenja Okvirnih mjerila za rad sudaca, hitnost ga na to prisiljava. Kako je sudska praksa u pogledu tumačenja standarda „suđenje u razumnom roku“ izgradila stav o paušalnom trogodišnjem trajanju ovoga roka, ovdje smo, opet cijeneći „lakoću“ i hitnost, za tezu o trajanju prvostupajnskog postupka uzeli trećinu toga vremenskog intervala.

Treća je teza kako se dokaz medicinskim vještačenjem provodi u više od dvije trećine paternitetskih parnica. Ovdje polazimo od notorne nepobitnosti ovoga dokaza.⁷ U tom smislu ovaj dokaz svojom spoznajnom ulogom u postupku nelojalno konkurrira drugim dokazima, u prvom redu iskazima. Stoga zaključujemo da je njegovo izvođenje u ovim parnicama učestalo i da znatno umanjuje potrebu za izvođenjem dokaza saslušanjem. Nadalje, polazimo i od obveze izvođenja ovog dokaza u postupcima osporavanja izvanbračnog očinstva utvrđenog priznanjem muškarca koji sebe smatra ocem.

Četvrta je teza kako je u više od dvije trećine nemeritornih odluka razlog njihova donošenja procesna dispozicija tužitelja. Može se pretpostaviti da profesionalno zastupanje stranaka ostavlja malo mjesta razlozima negativnih procesnih odluka kao što su pomanjkanje ili promašenost legitimacije, nepravodobnost tužbe i slično.

Podatke korištene i analizirane u ovom radu autori su za potrebe ovog istraživanja prikupili pregledom odgovarajućih upisnika, evidencija i spisa predmeta Općinskog suda u Splitu. Svi korišteni i analizirani podatci iz ovog rada odgovaraju stanju u spisima predmeta, Pob i III P upisnicima i e-Spisu Općinskog suda u Splitu na dan 31. siječnja 2011. godine.

6 Čl. 265. – 266. ObZ.

7 Tako i Korać, A., op.cit., str. 498.

2. FORMIRANJE UZORKA I METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA

Za svaku pojedinu godinu izdvojili smo iz odgovarajućeg upisnika Općinskog suda u Splitu (III P/2008, Pob/2009 i Pob/2010) podatke o parnicama radi utvrđivanja i/ili osporavanja očinstva. Nalazimo 29 od ukupno 492 predmeta zavedena u upisnik III P za 2008., 37 predmeta od ukupno zavedenih 770 u upisniku Pob za 2009. i 34 predmeta od zavedenih 623 u upisniku Pob za 2010. Tako smo izdvojili paternitetske (ukupno 100) od ostalih (ukupno 1885) parnica u obiteljskopравnim stvarima u relevantnom razdoblju.

Sukladno podacima u spisu, e-Spisu i Upisniku, svakom paternitetskom predmetu dodijelili smo oznaku „*prvostupajnski odlučeno*“ (ukupno 60, od čega 27 iz 2008., 25 iz 2009. i 8 iz 2010.) ili „*u tijeku*“ (ukupno 40, od čega 2 iz 2008., 12 iz 2009. i 26 predmeta iz 2010.).

Predmetima „*prvostupajnski odlučeno*“ priložili smo presliku odluke, formirajući tako uzorak od ukupno 60 prvostupajnskih odluka, u kojem smo odvojili nemeritorne odluke (ukupno 16, od čega 7 iz 2008. i 2009. i 2 iz 2010.) od meritornih (ukupno 44, od čega 20 iz 2008., 18 iz 2009. i 6 iz 2010.). U ovako dobivenom poduzorku meritornih odluka razlučili smo obrazložene (ukupno 30, od čega 16 iz 2008., 9 iz 2009. i 5 iz 2010.) od onih neobrazloženih pozivom na čl. 338. st. 6. Zakona o parničnom postupku⁸ (ukupno 14, od čega 4 iz 2008., 9 iz 2009. i 1 iz 2010.).

Predmetima „*u tijeku*“ priložili smo izvadak iz e-Spisa, iz kojeg je razvidan datum zaprimanja tužbe, dodjela predmeta u rad sucu, održavanje ročišta i lokacije u kretanju spisa predmeta.

Ovako formiran uzorak vjerodostojan je za istraživanje osobitosti prvostupajnskih paternitetskih parnica u Republici Hrvatskoj, imajući u vidu da je Općinski sud u Splitu po veličini drugi općinski sud u Republici Hrvatskoj, odnosno najveći od svih općinskih sudova na kojima građanska i kaznena oblast sudovanja nisu organizirane kroz posebne općinske sudove.⁹

Nastavno, objašnjavamo metodu koju smo primijenili na ovako formiran uzorak kako bismo istražili dinamiku postupanja, osobitosti provođenja dokaznog postupka i razloge donošenja nemeritornih prvostupajnskih odluka.

8 Zakon o parničnom postupku, NN br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 84/08., 96/08., 123/08., 57/11. i 148/11. (pročišćeni tekst); dalje: ZPP.

9 Ovdje se ima u vidu građanska oblast sudovanja, u koju spadaju paternitetske parnice. U toj je oblasti sudovanja Općinski sud u Splitu drugi po veličini općinski sud u Republici Hrvatskoj. Prvi je po veličini Općinski građanski sud u Zagrebu. Kaznena i građanska oblast sudovanja samo su u Zagrebu organizirane kroz posebne općinske sudove, a iz građanske oblasti sudovanja izdvojena je radnopravna podoblast sudovanja, koja je također organizirana kroz poseban općinski sud, pa tako postoje Općinski građanski sud u Zagrebu, Općinski kazneni sud u Zagrebu i Općinski radni sud u Zagrebu, a u osnivanju je i Općinski sud u Novom Zagrebu (v. čl. 2. Zakona o područjima i sjedištima sudova, NN br. 144/10. i 84/11.; dalje: ZPSS).

Po godinama (2008., 2009. i 2010.) dajemo sljedeće podatke:

- ukupno obiteljskih parničnih predmeta,
- apsolutni i relativni broj paternitetskih predmeta,
- apsolutni i relativni broj paternitetskih predmeta u kojima je odlučeno prvostupajnski,
- apsolutni i relativni broj paternitetskih predmeta u kojima je meritorno prvostupajnski odlučeno,
- apsolutni i relativni broj paternitetskih predmeta u kojima je nemeritorno prvostupajnski odlučeno,
- apsolutni i relativni broj paternitetskih predmeta u tijeku.

Razlog tomu je kako bismo utvrdili koliki je udio paternitetskih predmeta u segmentu obiteljskih parnica i kako se kreće u vremenu kroz relevantno razdoblje, koliko je ovih predmeta iz 2008. i 2009. ostalo neriješeno te kolika je učestalost pojedinih vrsta odluka donesenih u ovim predmetima u relevantnom razdoblju.

Na uzorku paternitetskih predmeta zavedenih u 2008. i 2009. u kojima je donesena prvostupajnska meritorna odluka za svaki predmet uzimamo datum podnošenja tužbe i datum donošenja prvostupajnske meritorne odluke radi računanja prosječnog vremena trajanja prvostupajnskog paternitetskog postupka po godinama i za relevantno razdoblje.

Ovo kako bismo utvrdili prosječno vrijeme potrebno za donošenje prvostupajnske meritorne odluke u ovom razdoblju te usporedili podatak za 2008. s podatkom za 2009.

Na poduzorku obrazloženih meritornih odluka za relevantno razdoblje (ukupno 30) istražujemo koje je dokaze sud izvodio te kako ih je ocijenio s obzirom na spornu činjenicu očitstva, tako što smo za svaki predmet utvrdili:

- je li izveden dokaz pregledom ili čitanjem isprava različitih od potvrda iz državnih matica,
- je li izveden dokaz saslušanjem stranaka,
- je li izveden dokaz saslušanjem svjedoka,
- je li određeno izvođenje dokaza medicinskim vještačenjem DNK metodom,
- koliko je puta upućen poziv radi uzorkovanja krvi za potrebe medicinskog vještačenja DNK metodom,
- je li s uspjehom izveden dokaz medicinskim vještačenjem DNK metodom;
- je li očitstvo s uspjehom osporeno ili utvrđeno ili oboje.

Razlog tomu je kako bismo utvrdili koliko je učestalo izvođenje dokaza medicinskim vještačenjem te isključuje li ovaj dokaz svojom nepobitnošću potrebu izvođenja drugih dokaza u ovim predmetima.

Na uzorku od 16 procesnih odluka istražiti ćemo vrste tih odluka i zakonske razloge donošenja istih. Ovo kako bismo utvrdili razloge nemeritornog okončavanja paternitetskih parnica.

3. NACRT PRAVNOREGULACIJSKOG OKVIRA SUDSKOG OSPORAVANJA I UTVRĐIVANJA OČINSTVA

Biološko porijeklo djeteta od oca pravni poredak oborivo predmnjeva, slijedom prirodne i društvene uobičajenosti, redovitosti i tipičnosti situacije da ljudi sklapaju brak i imaju vlastito potomstvo te da djeca rođena u braku zaista biološki potječu od majčina muža.¹⁰ U hrvatskom pravnom poretku stipulirala ju odredba čl. 54. ObZ-a propisujući kako se djetetovim ocem smatra majčin muž, ako je dijete rođeno za vrijeme trajanja braka ili tijekom tristo dana od prestanka braka.

Razumljivo je da u slučaju djeteta neudane majke neće biti mjesta primjeni ove predmnjeve, kao i da primjena iste neće odgovarati stvarnosti ukoliko djetetov otac nije majčin muž.

U prvom slučaju podatak o očinstvu djeteta ostao bi neupisan u maticu i bilo bi ga moguće utvrditi priznanjem ili sudskim utvrđivanjem. U drugom slučaju kao jedina opcija preostalo bi sudsko osporavanje i utvrđivanje izvanbračnog očinstva sudskim putem ili priznanjem.

Podatak o očinstvu koji je upisan u maticu na temelju priznanja također ne mora odgovarati stvarnosti, pa i u tom slučaju pravni poredak dopušta osporavati i utvrđivati izvanbračno očinstvo sudskim putem.

Od dopustivosti sudskog osporavanja i utvrđivanja očinstva propisane su iznimke i iznimke od iznimki. Konkretno, u sudskom postupku nije dopušteno utvrđivati ili osporavati očinstvo djeteta začetog u postupku oplodnje uz medicinsku pomoć i suglasnost darivatelja (iznimka).¹¹ Ipak, dopušteno je majčinu mužu podići tužbu radi osporavanja bračnog očinstva djeteta začetog uz medicinsku pomoć sjemenom drugog bez ovjerovljenog muževog pristanka. Tužbu može podnijeti u subjektivnom roku od 6 mjeseci, računajući od dana saznanja odnosno rođenja djeteta ako je saznao prije rođenja, i u objektivnom roku do navršene sedme godine života djeteta (iznimka od iznimke).¹² Nadalje, nije dopušteno osporavati niti utvrđivati očinstvo posvojenog djeteta, kao ni osporavati očinstvo utvrđeno pravomoćnom presudom.

Pravo na tužbu radi utvrđivanja očinstva imaju dijete (do navršene dvadeset i pete godine života), majka (do navršene osamnaeste godine djetetova života), muškarac koji sebe smatra ocem (u roku od godine dana od obavijesti da nije pribavljen pristanak, odnosno suglasnost na njegovo priznanje, a najkasnije do navršene osamnaeste godine života djeteta) i centar za socijalnu skrb (do navršene osamnaeste godine djetetova života).¹³

Tužba radi utvrđivanja očinstva podnosi se protiv osobe za koju se tvrdi da je otac djeteta. Ako ova nije živa onda protiv njenih nasljednika, u roku od 6 mjeseci od dana smrti ili pravomoćnosti odluke o nasljeđivanju.¹⁴

10 Usp. Alinčić, M. i dr., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, Narodne novine d.d., 2007., str. 150.

11 Čl. 86. st. 1. ObZ.

12 Čl. 86. st. 4. i 5. ObZ.

13 Sistematski ex čl. 71. st. 1., čl. 72. st. 2. i 3. i čl. 73. ObZ.

14 Čl. 74. ObZ.

Stranke u parnici radi utvrđivanja očinstva su dijete, djetetova majka i muškarac čije se očinstvo utvrđuje. Centar za socijalnu skrb stranka je u postupku kojeg je pokrenuo, a može imati položaj stranke i u postupcima koje nije pokrenuo.¹⁵

Pravo na tužbu radi osporavanja očinstva imaju dijete, radi osporavanja bračnog očinstva ili izvanbračnog očinstva utvrđenog priznanjem (do navršene dvadeset i pete godine života); majčin muž, radi osporavanja bračnog očinstva (u roku od šest mjeseci od dana saznanja za činjenicu koja dovodi u sumnju istinitost upisanog očinstva, a najkasnije do navršene sedme godine života djeteta); majka, radi osporavanja bračnog očinstva (u roku od šest mjeseci od rođenja djeteta), muškarac koji je priznao očinstvo, radi osporavanja izvanbračnog očinstva utvrđenog priznanjem (u roku od šest mjeseci od dana saznanja za činjenicu koja isključuje njegovo očinstvo, a najkasnije do navršene sedme godine života djeteta); muškarac koji je priznao očinstvo pod prisilom, radi osporavanja izvanbračnog očinstva utvrđenog priznanjem (u roku od šest mjeseci od priznanja, a najkasnije do sedme godine života djeteta) i muškarac koji sebe smatra ocem, radi osporavanja izvanbračnog očinstva utvrđenog priznanjem (ako istovremeno traži da se utvrdi njegovo očinstvo, u roku od godine dana od upisa priznanja).¹⁶

Tužba radi osporavanja očinstva podnosi se protiv osobe za koju se tvrdi da nije otac djeteta.

Stranke u parnici radi osporavanja očinstva su dijete, djetetova majka, muškarac čije se očinstvo osporava. Kada se osporava izvanbračno očinstvo utvrđeno priznanjem stranke je i muškarac koji osporava to očinstvo.¹⁷

S procesne strane, i na paternitetske sporove kao statusne parnice odnose se osobitosti obiteljskih sporova, u smislu isključenja javnosti, hitnosti postupka, ograničene dispozicije stranaka (stranke se ne mogu odreći svojih zahtjeva, priznati zahtjev protivnika, nagoditi se) inkvizitornih ovlasti suda u pogledu utvrđivanja činjenica i izvođenja dokaza (sud je ovlašten utvrđivati činjenice koje stranke nisu iznijele ili su ih priznale, a time i izvoditi dokaze koje stranke nisu predložile) i nemogućnosti donošenja određenih sudskih odluka (presuda na temelju priznanja, presuda na temelju odricanja, presuda zbog izostanka i presuda zbog ogluhe).¹⁸

Što se tiče relativne nadležnosti, stvarno su nadležni općinski sudovi proširene nadležnosti, dok je mjesno nadležan sud koji je općemjesno nadležan (prebivališta tuženika). Kada tužbu podiže dijete, izberivo je mjesno nadležan, pored općemjesno nadležnog, i sud prebivališta odnosno boravišta djeteta.¹⁹

15 Čl. 286. st. 2. i 3. ObZ.

16 Sistematski ex čl. 75. st. 1. i 2., čl. 79., čl. 81., čl. 82. i čl. 83. st. 1. i 2. ObZ.

17 Čl. 287. st. 2. i 3. ObZ.

18 Čl. 263., 270., 271. st. 1. ObZ.

Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, Narodne novine d.d., 2004., str. 759-760.

19 Sistematski ex čl. 34. st. 1. t. 3., čl. 47. st. 1., čl. 55. st. 1. ZPP i čl. 3. ZPSS.

Navedenom odredbom Zakona o područjima i sjedištima sudova zakonski je delegirana stvarna nadležnost u paternitetskim stvarima s otočnih općinskih sudova sužene nadležnosti (redom: Rab, Krk, Mali Lošinj, Pag, Stari Grad i Supetar) na kopnene općinske sudove

Stranke u paternitetskoj parnici su nužni i jedinstveni suparničari. Odredba čl. 290. ObZ-a izričito propisuje da se radi o jedinstvenom suparničarstvu. Da se radi o nužnom suparničarstvu proizlazi iz odrebe čl. 289 ObZ-a, koja propisuje kako tužbom moraju biti obuhvaćene sve osobe koje moraju biti stranke u postupku, jer će u protivnom sud poučiti tužitelja da tuži neobuhvaćenu osobu ili ju pozove da se pridruži tužbi kao novi tužitelj. Ako tužitelj u određenom sudskom roku tako ne postupi, sud će odgovarajuće primijeniti odredbe parničnog postupka. Odgovarajuća primjena odredbi parničnog postupka znači da će sud s tužbom postupiti kao s neurednim podneskom vraćenim radi ispravka. Slijedom navedenoga, ako tužba ne bude vraćena sudu u roku, smatrat će se da je povučena, a ako bude vraćena neispravljena, sud će ju odbaciti rješenjem.²⁰

Regulirano je i utvrđivanje očinstva izvođenjem dokaza medicinskim vještačenjem sukladno postignućima suvremene znanosti, u pravilu kao fakultativno (čl. 292. st. 1. ObZ), a iznimno, u postupku osporavanja izvanbračnog očinstva utvrđenog priznanjem, kao obligatorno (čl. 83. st. 3. ObZ).

Baš u kontekstu dokaznog postupka, neobično su važne odredba čl. 292. ObZ.

Sukladno odredbama čl. 292. st. 2. do 5. ObZ-a, sud će u rješenju o izvođenju dokaza medicinskim vještačenjem sukladno postignućima suvremene znanosti odrediti rok do kojeg će se čekati izvođenje tog dokaza, koji ne može biti dulji od 6 mjeseci računajući od dana dostave tog rješenja strankama. Uz rješenje se strankama osobno dostavlja poziv na izvođenje medicinskog vještačenja, s obveznim navođenjem ustanove koja će izvršiti medicinsko vještačenje, vremena vještačenja i upozorenja na posljedice izostanka.

Posebnu pažnju iziskuju odredbe čl. 292. st. 5. i 6. ObZ-a, propisujući da će se rasprava provesti i kad bezuspješno protekne rok određen za izvođenje dokaza medicinskim vještačenjem sukladno postignućima suvremene znanosti, bez obzira što taj dokaz nije izveden. Ako je tomu razlog to što se jedna od stranaka nije odazvala pozivu na izvođenje medicinskog vještačenja ili je uskratila izvođenje vještačenja, sud će ocijeniti od kakvog je značaja to što stranka nije došla na izvođenje vještačenja ili je uskratila izvođenje vještačenja.

Citirane odredbe sadrže procesno pravilo o dokaznom postupku koje ovlašćuje sud tretirati neodaziv ili uskratu izvođenja vještačenja kao indiciju.²¹ Naime, ocijeni li sud ovu indiciju u svjetlu pravila iskustva po kojem osoba koja nije otac nema razlog ne pristupiti vještačenju, prethodno se (u pravilu višestrukim neuspješnim pozivanjem) uvjerivši da ne postoji opravdan razlog za izostanak ili uskratu,

proširene nadležnosti (redom: Crikvenica, Rijeka, Rijeka, Zadar, Split i Split), a Općinski sud u Korčuli jedini je otočni općinski sud neobuhvaćen tom zakonskom delegacijom stvarne nadležnosti.

20 Sistematski ex čl. 289. ObZ i čl. 109. ZPP.

Tako i Triva, S., Dika, M., op.cit., str. 777.

Tako i Alinčić, M. i dr., *Obiteljski zakon. Redakcijski pročišćen tekst zakona s napomenama, uputama, sudskom praksom i pojmovnim kazalom*, Zagreb, Narodne novine d.d., 2009., str. 395-396.

21 Alinčić, M. i dr., *Obiteljsko ...*, cit., str. 175-176.

a dovodeći to u vezu s ostalim izvedenim dokazima i rezultatima cjelokupnog postupka, sud bi time imao dokaznu podlogu na osnovi koje bi mogao utvrditi činjenicu očitstva.

Dakle, radi se o pravilu iskustva (nepotrebno) pretočenom u obliku pravne norme pa se, u tom smislu, priklanjamo gotovo suglasnoj kritici suvremene hrvatske znanosti obiteljskog prava koja propisivanje ovakve postupovne odredbe smatra nepotrebним, a poticaj za njeno propisivanja nalazi u obrazloženju odluke Europskog suda za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u predmetu *Mikulić vs. Croatia*.²² U njemu je odugovlačenje postupka, u mjeri koja predstavlja povredu prava na suđenje u razumnom roku iz članka 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda²³, prouzrokovano neodazivanjem tuženog muškarca na krvnu ekspertizu i kolebanjem drugostupajnskog suda da prvostupajnsku presudu potvrdi u smislu dokaza o očitstvu u slučaju neodazivanja vještačenju.^{24,25}

Kao zanimljivo i interpretacijski kreativno, izdvajamo rješenje po kojem se tuženikovo višekratno neodazivanje medicinskom vještačenju moglo ocijeniti i analognom primjenom pravila iz čl. 269. ZPP-a o ocjeni neodazivanja stranke na saslušanje, odnosno uskraćivanja stranačkog iskaza.²⁶

Nije prijeporno da su tužbe radi utvrđivanja i osporavanja očitstva deklaratorne naravi, kao ni to da su presude kojim se odbijaju tužbeni zahtjevi radi utvrđenja i/ili osporavanja očitstva negativne deklaratorne presude. Prijeporna je u znanosti građanskog parničnog procesnog prava procesna narav presuda kojima se prihvaća tužbeni zahtjev na osporavanje i/ili utvrđivanje očitstva. Priklanjamo se stajalištu da se tu ne radi o konstitutivnim odlukama, već pozitivnim deklaratornim odlukama s parakonstitutivnim učincima.²⁷

Protiv drugostupajnskih odluka u paternitetskim stvarima revizija je dopuštena.²⁸

4. DINAMIKA POSTUPANJA

U ovom dijelu rada bavimo se prvim dvjema tezama postavljenim u uvodu.

Prva je teza o paternitetskim parnicama kao kvantitativno malom dijelu obiteljskih parnica (manje od 10% u ukupnom broju obiteljskih parnica). Kako je pitanje očitstva regulirano mehanizmom oborive zakonske predmnjeve, potreba utvrđivanja očitstva u parničnom postupku rjeđe se javlja od potrebe za

22 O slučaju *Mikulić vs. Croatia*, v. Korać, A., op. cit., str. 501-530.

23 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU br. 18/97., 6/99. (pročišćeni tekst), 8/99. (ispravak), 14/02. i 1/06., dalje: EKZLJP.

24 Hrabar, D., *Što je s podrijetlom djeteta ako mater non semper cesrta est?*, u: *Obiteljski zakon - novine, dvojbe i perspektive*, Zagreb, Narodne novine, 2003., str. 27-28.

25 Korać, A., op. cit., str. 519, 526, 528 i 530.

26 Loc. cit., str. 512.

27 Triva, S., Dika, M., op. cit., str. 780-782.

28 Čl. 292 ObZ.

konstitutivnom (razvod i poništaj braka) i kondemnatornom (uzdržavanje) obiteljskopравnom zaštitom. Slijedom toga, ovih parnica je manje, čemu pridonosi i zakonska mogućnost utvrđivanja izvanbračnog očinstva u upravnom postupku (priznanje izvanbračnog očinstva).²⁹

Što se tiče udjela paternitetskih parnica u ukupnom broju obiteljskih parnica, u našem uzorku ukupno je:

- 492 obiteljske parnice u 2008. godine, od čega 29 (5,89%) paternitetskih;
- 770 obiteljskih parnica u 2009. godine, od čega 37 (4,81%) paternitetskih;
- 623 obiteljske parnice u 2010. godine, od čega 34 (5,46%) paternitetskih.

Iz navedenih podataka je razvidno kako po pojedinim godinama promatranog razdoblja nije bilo većih odstupanja, osim što je u 2009. ukupan broj obiteljskih parnica (733) bio znatno veći nego u 2008. (463) i 2010. (569) godini. Udio paternitetskih parnica u promatranom razdoblju bio je relativno stalan. Zavedeno je oko 30 paternitetskih parnica godišnje, što je oko 5% godišnje zavedenih obiteljskih parnica. U promatranom razdoblju (2008.-2010.) prosječno je zavedeno 628 obiteljskih parnica godišnje, od čega je prosječno 33 ili 5,39% paternitetskih.

Proizlazi kako smo dokazali prvu tezu o kvantitativnom udjelu paternitetskih u obiteljskim parnicama manjem od 10%.

Druga je teza o relativnoj kratkotrajnosti prvostupajnskih postupaka osporavanja i/ili utvrđivanja očinstva, u smislu da je od podnošenja tužbe do donošenja prvostupajnske odluke potrebno manje od 12 mjeseci. Razlog se može potražiti u sinergiji „lakoće“ i načela hitnosti³⁰ u ovim predmetima. Dok „lakoća“ motivira suca na postupanje radi zadovoljenja „okvirnih mjerila rada“, hitnost ga na to prisiljava. Kako je sudska praksa u pogledu tumačenja standarda „suđenje u razumnom roku“ izgradila stav o paušalnom trogodišnjem trajanju ovog roka, ovdje smo, opet cijeneći „lakoću“ i hitnost, za tezu o trajanju prvostupajnskog postupka uzeli trećinu toga vremenskog intervala.

Pored trajanja postupaka, analiziran je i drugi indikator efikasnosti sudskog postupanja u ovim predmetima, a to je broj neriješenih predmeta.

Tablica 1. na uzorku meritorno riješenih predmeta iz 2008. i 2009. godine sadrži podatke o trajanju svakoga pojedinog postupka u mjesecima, od podnošenja tužbe do donošenja prvostupajnske presude, iz kojih je izračunato prosječno vrijeme trajanja postupka u mjesecima.³¹

29 Čl. 54. – 70. ObZ.

30 Čl. 265. – 266. ObZ.

31 Autori su trajanje računali brojeći mjesece kalendarski i preračunavajući preostale dane u mjesec kako slijedi:

0,25=1-10 dana

0,50=11-17 dana

0,75=18-26 dana

1,00=27-31 dana

Tablica 1. *Trajanje paternitetskih postupaka*

2008.		2009.	
Br. predmeta	Trajanje	Br. predmeta	Trajanje
III P 8/08	8,25	Pob 97/09	14,25
III P 22/08	19,75	Pob 108/09	3
III P 34/08	6,25	Pob 137/09	8,25
III P105/08	5,25	Pob 148/09	2
III P 117/08	28	Pob 179/09	3
III P 143/08	25	Pob 198/09	7,75
III P 147/08	7,75	Pob 282/09	5,75
III P 161/08	1,75	Pob 298/09	4,75
III P 186/08	2	Pob 346/09	11,75
III P 219/08	1,25	Pob 427/09	0,5
III P 253/08	3,25	Pob 461/09	13,25
III P 346/08	5,25	Pob 610/09	7
III P 396/08	12,75	Pob 652/09	5,25
III P 403/08	15,5	Pob 695/09	4,25
III P 410/08	6	Pob 739/09	4,75
III P 412/08	45	Pob 753/09	4,5
III P 466/08	2	Pob 754/09	4,25
III P 468/08	4	Pob 763/09	4
III P 475/08	5,75		
III P 492/08	10,75		
Prosječno mjeseci	10,775		6,013889

Iako se iz *Tablice 1.* iščitava podatak o prosječnom trajanju postupka 10, 78 mjeseci za 2008. i 6 mjeseci za 2009. godinu, navedene podatke treba uzeti s rezervom, imajući u vidu 2 preostala neriješena predmeta za 2008. i (čak) 12 takvih predmeta za 2009. godinu.

S obzirom na znatno manji broj neriješenih predmeta, kao vjerodostojniji možemo uzeti podatak za 2008. godinu i na njemu temeljiti daljnju interpretaciju. Upravo zbog očekivanog većeg broja neriješenih predmeta od onih riješenih ne analiziramo podatke za predmete iz 2010. godine.

Realniju sliku dat će nam ispravak podatka za 2008. godinu uzimajući u obzir vrijeme dosadašnjeg (31. siječnja 2011.) trajanja dvaju postupaka koji su još u tijeku. Tako dolazimo da podatka o prosječnom trajanje postupka od 12, 63 mjeseca.

Slijedom ovakve interpretacije, teza o trajanju postupka kraćem od 12 mjeseci bila bi tek prividno dokazana, i to samo ako ne bismo uzeli u obzir dosadašnje trajanje postupaka koji su u tijeku. Ocjenjujući ove podatke, može se zaključiti kako spomenuta sinergija „lakoće“ ovih predmeta i motiviranosti suca da na njima radi kako bi (lakše i jednostavnije) ispunio svoje obveze iz Okvirnih mjerila za rad sudaca ipak nije pridonijela skraćivanju trajanja postupka na razdoblje kraće od godinu dana.

Proizašlo bi, dakle, kako je teza dokazana, uzme li se podatak o neko-rigiranom prosječnom trajanju predmeta iz 2008. kao vjerodostojniji. No, ispravimo li taj podatak računanjem dosadašnjeg (31. siječnja 2011.) trajanja dvaju neriješenih postupaka, teza ne bi bila dokazana.

Promatrano u intervalima trajanja postupka, proizlazi kako je, od ukupno promatranih 38 predmeta iz 2008. i 2009. godine, njih 30 riješeno u razdoblju kraćem od 12 mjeseci, dok tek za 8 predmeta to nije slučaj. Za kraće trajanje postupaka govori i podatak o 50% predmeta iz 2008. i 67% predmeta iz 2009. koji su se vodili 6 mjeseci ili kraće.

Dakle, proizlazi kako je, promatrajući postupke iz uzorka pojedinačno, teza o trajanju postupka kraćem od 12 mjeseci ipak dokazana. Iako za to govori i relativno velik udio postupaka koji su potrajali 6 mjeseci ili kraće, obeshrabruje velik postotak (30%) predmeta iz 2008. godine koji su potrajali dulje od 12 mjeseci.

Pregledali smo meritorne odluke u osam postupaka iz 2008. i 2009. godine koji su potrajali dulje od 12 mjeseci.

Tri su neobrazložene (III P 22/08 od 1. rujna 2009., III P 396/08 od 20. studenog 2009. i Pob 461/09 od 1. rujna 2010.) pozivom na odredbu čl. 338. st. 6. ZPP-a. Četiri odluke (III P 117/08 od 16. srpnja 2010., III P 143/08 od 14. svibnja 2010., III P 403/08 od 10. veljače 2010. i Pob 97/09 od 10. ožujka 2010.) su u predmetima u kojima je izveden dokaz medicinskim vještačenjem DNK metodom, dok iz jedne odluke (III P 412/08 od 29. svibnja 2009.) proizlazi kako su u postupku saslušavana čak četiri svjedoka.³² Kako se, osim u citirane četiri odluke, dokaz DNK metodom izvodio još u svega dva predmeta (presude III P 8/08 od 15. rujna 2008. i III P 143/08 od 14. svibnja 2010.), može se zaključiti da je izvođenje ovog dokaza čimbenik koji utječe na produljeno trajanje postupka.

Što se tiče udjela neriješenih paternitetskih parnica, u je uzorku ostalo neriješenih:

- 2 (6,9%) od ukupno zaprimljenih 29 paternitetskih parnica iz 2008. godine,
- 12 (32,43%) od ukupno zaprimljenih 37 paternitetskih parnica iz 2009. godine,
- 26 (76,47%) od ukupno zaprimljenih 34 paternitetske parnice iz 2010. godine.

Veći broj neriješenih predmeta iz 2010. (76, 47%) očekivan je. Zadovoljava podatak od svega dva preostala neriješena predmeta iz 2008. godine. No, to da je gotovo trećina (32,43%) predmeta iz 2009. ostala neriješena ne govori u prilog trajanju postupka kraćem od 12 mjeseci.

32 V. bilj. 44.

5. OSOBITOSTI PROVOĐENJA DOKAZNOG POSTUPKA

Prije no što prijedemo na iznošenje i interpretiranje podataka utvrđenih istraživanjem, u najkraćim crtama općenito ćemo se osvrnuti na izvođenje dokaza u paternitetskim parnicama.

Dokazi koji se izvode su, pored personalnih dokaza (saslušanje stranaka i svjedoka), uvijek pregledavanje javnih isprava (rodni list, vjenčani list), ali i, u ovim stvarima neobično važna, medicinska vještačenja.

Što se tiče personalnih dokaza, iskustveno je jasno da u ovim postupcima oni ne mogu imati bitniju spoznajnu ulogu. Dok stranačke iskaze relativizira zainteresiranost stranaka za ishod postupka, svjedočki su upitne vjerodostojnosti, iz razloga što je seksualni život u sferi intime, pa tako vjerodostojna saznanja o istom nisu ili su teže dostupna trećima.³³

Isprave se uvijek pojavljuju kao dokazna sredstva u ovim postupcima. To su potvrde koje se izdaju na temelju državnih matrica (rodni list, vjenčani list).³⁴ Ovim javnim ispravama dokazuju se činjenice stranačke legitimacije, vremena rođenja djeteta, majčinstva djeteta i bračnog ili izvanbračnog očinstva koje se osporava u postupku. Druge javne isprave koje se pojavljuju su odluke ili zapisnici državnih tijela. Velika je spoznajna uloga javnih isprava općenito, pa tako i u ovim postupcima, a iscrpljuje se iz oborive predmnjeve istinitosti njihovog sadržaja.³⁵ Od privatnih isprava bitniju spoznajnu ulogu ima medicinska dokumentacija.

Ovdje posebnu pažnju zaslužuju medicinska vještačenja.

Metode koje su se ranije primjenjivale su ispitivanje krvnih grupa i faktora, ispitivanje HLA sustava i antropometrijske metode.

Metoda ispitivanja krvnih grupa i faktora rezultirala je tek isključivanjem ili uključivanjem muškarca u krug potencijalnih očeva budući da se njome očinstvo nije moglo utvrđivati. Temeljila se na usporedbi krvne grupe i faktora djeteta, majke i muškarca čije se očinstvo osporava ili utvrđuje, kako bi se utvrdilo može li se kombinacijom krvne grupe majke i tog muškarca pojaviti krvna grupa djeteta.

Metoda ispitivanja HLA sustava razvijena je u transfuzijskoj i transplantacijskoj medicini, gdje se provodila za utvrđivanje tkivne podudarnosti davatelja i primatelja prilikom transfuziji krvi ili transplantaciji organa. Pouzdanija je od metode ispitivanja krvnih grupa i davala je rezultat u postotku vjerojatnosti.³⁶

Antropometrijske metode služile su kao pomoćne u kombinaciji s prethodno opisanim metodama. Način provođenja antropometrijske pretrage s današnje pozicije izgleda smiješno, a svodio se na usporedbi boje očiju, mjerenje uške, mjerenje kuta kojeg zatvaraju uške na osi glave i slično.

33 Usp. Alinčić, M. i dr., *Obiteljsko ...*, cit., str. 176.

34 O ispravama (izvadci i potvrde) koje se izdaju na temelju državnih matrica, v. Hrabar, D., Korać, A., *Obiteljsko pravo s matičarstvom*, Zagreb, Narodne novine, str. 161-163.

35 Triva, S., Dika, M., op. cit., str. 513-514.

36 Alinčić, M., *Obiteljsko...*, cit., str. 179-180.

Od početka devedesetih godina prošlog stoljeća u Republici Hrvatskoj u dokazne svrhe u paternitetskim stvarima izvodi se medicinsko vještačenje DNA metodom.³⁷

Jednostavnost provođenja i pouzdanost rezultata posve je potisnula ostale metode medicinskog vještačenja. U usporedbi s drugim i dotadašnjim metodama, DNA metoda predstavlja kvalitativni skok, odnosno nešto drugo i neusporedivo bolje, a ne tek poboljšanje dotadašnjih metoda.³⁸ Prednost je ove metode što izlučivanjem nasljedne tvari iz uzorka i elektroforetskim snimanjem omogućuje izravan uvid u nasljednu tvar. Provodi se na način da se od djeteta, majke i potencijalnog oca istovremeno uzorkuje krv i napravi obrisak sluznice usne šupljine. Iz uzorka se izdvaja, umnožava i elektroforetski snima nasljedna tvar. Potom se, na osnovi elektroforetskih snimki, statistički utvrđuje postotak vjerojatnosti pronalaska istog genotipa u populaciji Hrvatske.³⁹ Nalaz se iskazuje u postotku, a iznos postotka od 99, 73 i više govori za praktično dokazano očinstvo.⁴⁰

Nepobitnost ovoga dokaza uvažio je i zakonodavac, propisujući obvezu njegova izvođenja ako muškarac koji sebe smatra ocem osporava izvanbračno očinstvo utvrđeno priznanjem tražeći da se utvrdi njegovo očinstvo, dok je u ostalim slučajevima propisana mogućnost njegova izvođenja.⁴¹

Sud će, dakle, *morati* odrediti izvođenje ovog dokaza uvijek ako muškarac koji sebe smatra ocem osporava izvanbračno očinstvo utvrđeno priznanjem tražeći da se utvrdi njegovo očinstvo.

No, u prethodno dotaknutom kontekstu nedostataka personalnih dokaza i neprimjenjivanja drugih metoda medicinskog vještačenja, sud će, u praksi, *morati* odrediti izvođenje ovog dokaza, na prijedlog stranke ili po službenoj dužnosti, i uvijek kada je činjenica očinstva ostala sporna.

Pored toga, sud će, polazeći od istražnih ovlasti koje mu zakon podjeljuje u statusnim parnicama, po službenoj dužnosti *moći* odrediti izvođenje ovog dokaza i kada su stranke činjenicu očinstva učinile nespornom.

Nužno je navesti i je to kako je Europski sud za ljudska prava, u nekim svojim (novijim) odlukama vezano uz problematiku očinstva u svjetlu primjene čl. 8. EKZLJP, a pod pritiskom pouzdanosti rezultata DNA metode, ublažio imperativ procesnopravnih rokova za traženje pravne zaštite i podnošenje pravnih lijekova u situacijama kada nalaz DNA analize govori za netočnost upisanog ili pravomoćno

37 Iz vještačkog iskaza dr. med. Antonija Alujevića u predmetu Općinskog suda u Splitu poslovni broj III P 117/08 proizlazi kako se pri Kliničkoj bolnici Split ova metoda provodi od 1993. godine.

38 Jakovac-Lozić, D., *Prosudbe Europskog suda za ljudska prava temeljene na dosezima suvremenih dokaznih sredstava u paternitetskim postupcima*, Zagreb, ZPFZG, vol. 61, 4/2011, str. 1151.

39 Iz svjedočkog iskaza dr. Davorke Sutlović na okolnost načina provođenja DNA metode vještačenja u predmetu Općinskog suda u Splitu pod poslovnim brojem III P 117/08.

40 Alinčić, M. i dr., *Obiteljsko ...*, cit., str. 180.

41 Sistematski ex čl. 83. st. 3. i čl. 292. st. 1. ObZ.

utvrđenog očinstva, a protekli su propisani rokovi za podnošenje paternitetske tužbe ili izjavljivanje pravnog lijeka.⁴²

Na tragu svega navedenoga naša je treća teza o tomu kako se dokaz medicinskim vještačenjem provodi u više od dvije trećine paternitetskih parnica. Zbog daljnje analize i interpretacije, tabelarno se daju podaci o dokazima izvedenim u parnicama iz uzorka, posebno o izvođenju dokaza medicinskim vještačenjem DNA metodom, i o ishodu tih postupaka.

Tablica 2. *Izvođenje pojedinih dokaza i ishod postupka*

Broj predmeta (radi)	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.
III P 8/08 (UIO)	da (presuda o osporenju bračnog očinstva)	da	ne	da	1	da	odb.
III P 34/08 (OBO+UIO)	da (presuda o razvodu braka)	da	ne	ne	/	/	pri.
III P 117/08 (UIO)	da (razno)	ne	da	da	1	da	pri.
III P 143/08 (OBO)	da (nalaz - spermogram)	da	ne	da	2	ne	pri.
III P 147/08 (OBO)	da (presuda o razvodu braka)	da	da	ne	/	/	pri.
III P 161/08 (OBO+UIO)	ne	da	ne	ne	/	/	pri.
III P 186/08 (OBO)	da (razno)	ne	ne	ne	/	/	pri.
III P 219/08 (OBO)	ne	da	ne	ne	/	/	pri.
III P 253/08 (OBO+UIO)	da (presuda o razvodu braka)	ne	ne	ne	/	/	pri.
III P 346/08 (OBO+UIO)	da (nalaz DNK analize; presuda o razvodu braka)	da	ne	ne	/	/	pri.
III P 403/08 (OBO+UIO)	ne	da	ne	da	1	da	pri.
III P 410/08 (OBO)	ne	da	ne	ne	/	/	pri.
III P 412/08 (OBO)	da (sudski zapisnik)	ne	da	ne	/	/	pri.

42 O slučajevima *Grönmark vs. Finland*, *Backlund vs. Finland*, *Paulik vs. Slovakia* i *Tavli v. Turkey* v. Jakovac – Lozić, D., op.cit., str. 1158-1161 i 1164-1169.

Broj predmeta (radi)	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.
III P 468/08 (OBO)	da (presuda o razvodu braka)	ne	ne	ne	/	/	pri.
III P 475/08 (OBO)	da (Nalaz DNK analize; presuda i razvodu braka)		da	ne	/	/	pri.
III P 492/08 (OBO)	ne	da	da	ne	/	/	pri.
Pob 97/09 (OIO)	ne	ne	ne	da	1	da	odb.
Pob 148/09 (OBO)	da (presuda o razvodu braka)	da	da	ne	/	/	pri.
Pob 298/09 (OBO)	da (presuda o razvodu braka)	da	ne	ne	/	/	pri.
Pob 346/09 (OBO)	da (presuda o razvodu braka)	da	da	ne	/	/	pri.
Pob 610/09 (OBO)	da (presuda o razvodu braka)	da	ne	ne	/	/	pri.
Pob 652/09 (OBO)	da (presuda o razvodu braka)	da	ne	ne	/	/	pri.
Pob 695/09 (OBO)	da (Zapisnik CZS Split o priznanju očinstva)	da	ne	ne	/	/	pri.
Pob 739/09 (OBO)	ne	da	ne	ne	/	/	pri.
Pob 753/09 (OBO)	da (rj. o nasljeđivanju, Zapisnik CZS Split o priznanju očinstva)	ne	da	ne	/	/	pri.
Pob 63/10 (OBO+UIO)	da (brakorazvodna tužba)	da	ne	ne	/	/	pri.
Pob 75/10 (OBO+UIO)	da (presuda o razvodu braka)	da	ne	ne	/	/	pri.
Pob 111/10 (OBO)	da (rješenje CZS split o priznanju očinstva)	da	da	ne	/	/	pri.
Pob 220/10 (OBO)	da (Zapisnik CZS Omiš o određivanju osobnog imena djetetu)	da	da	ne	/	/	pri.
Pob 233/10 (OBO+UIO)	da (stručno mišljenje CZS Split iz posredovanja pred razvod braka)	da	ne	ne	/	/	pri.

Legenda:

1. Je li izveden dokaz pregledom ili čitanjem isprava različitih od potvrda iz državnih matrica i kojih?
2. Je li izveden dokaz saslušanjem stranaka?
3. Je li izveden dokaz saslušanjem svjedoka?
4. Je li određeno izvođenje dokaza medicinskim vještačenjem DNK metodom?
5. Koliko je puta upućivan poziv radi uzorkovanja krvi u medicinskoj ustanovi za potrebe vještačenja DNK metodom?
6. Je li s uspjehom izveden dokaz medicinskim vještačenjem DNK metodom?
7. Ishod prvostupanjskog postupka.

Kratice:

- UIO – utvrđivanje izvanbračnog očinstva
OBO – osporavanje bračnog očinstva
OIO – osporavanje izvanbračnog očinstva
pri. – prihvaćen tužbeni zahtjev
odb. – odbijen tužbeni zahtjev

U nastavku rada analizirat će se tabelarno prikazane podatke o provođenju dokaznog postupka po podvrstama paternitetskih predmeta i po pojedinim dokaznim sredstvima.

U tabelarno prikazanom uzorku od 30 odluka (sve meritorne obrazložene odluke u predmetima iz 2008.-2010.) 2 su predmeta radi utvrđivanja izvanbračnog očinstva, 1 radi osporavanja izvanbračnog očinstva, 19 radi osporavanja bračnog očinstva i 8 radi osporavanja bračnog očinstva i utvrđivanja izvanbračnog očinstva. Proizlazi kako se u 90% predmeta u uzorku radi o osporavanju bračnog očinstva, čiji zahtjev se najčešće pojavljuje samostalno (63% predmeta u uzorku) ili, što je rjeđi slučaj, objektivno kumuliran sa zahtjevom za utvrđivanje izvanbračnog očinstva (27% predmeta u uzorku).

U segmentu 19 postupaka radi osporavanja bračnog očinstva utvrdili smo sljedeće pravilnosti:

1. U svim postupcima prihvaćen je tužbeni zahtjev radi osporavanja bračnog očinstva.
2. U svim postupcima brak između majke i predmnjevanog bračnog oca djeteta pravomoćno je razveden ili je brakorazvodna parnica u tijeku.
3. Stranke u tužbi i odgovoru na tužbu i/ili u stranačkim iskazima učine nespornom činjenicu da (bivši) bračni drug nije otac djeteta.⁴³

43 Slijede četiri iznimke kada stranke nisu učinile nespornim da bivši bračni drug majke nije otac djeteta.

Presudom III P 143/08 od 13. svibnja 2010. bračno je očinstvo osporeno na temelju iskaza tužitelja – bračnog oca, nalaza njegova spermograma te činjenice da tužena - majka nije pristupala na ročišta i nije s djetetom pristupila na uzorkovanje krvi za provođenje DNK analize, iako je dvaput bila pozivana.

Presudom III P 468/08 od 27. ožujka 2009. bračno je očinstvo osporeno na temelju iskaza tužene – majke koja je tvrdila da je otac osoba koja je u postupku saslušana u svojstvu svjedoka, koja osoba je to potvrdila svojim svjedočkim iskazom.

4. U svojstvu svjedoka saslušavane su isključivo osobe u izravnoj vezi s očinstvom djeteta i koje u svojim iskazima priznaju očinstvo ili navode kako su već priznale očinstvo na zapisnik kod centra za socijalnu skrb ili kako su spremne to učiniti po pravomoćnom okončanju postupka.⁴⁴

I u segmentu 8 predmeta radi osporavanja bračnog očinstva i radi utvrđenja izvanbračnog očinstva vrijede prve tri prethodno navedene pravilnosti. S četvrtom to nije slučaj budući da u ovim predmetima nisu saslušavani svjedoci.⁴⁵

U preostalim dvama predmetima utvrđivanja izvanbračnog očinstva i u jednom predmetu radi osporavanja izvanbračnog očinstva utvrđenog priznanjem, stranke nisu učinile nespornom činjenicu očinstva, svjedoci, u pravilu, nisu saslušavani te je uspješno izveden dokaz medicinskim vještačenjem DNK analizom.⁴⁶

Slijedi analiza predmeta po pojedinim dokaznim sredstvima.

Od personalnih dokaza veću spoznajnu ulogu imaju stranački iskazi u postupcima osporavanja bračnog očinstva i utvrđivanja izvanbračnog očinstva koji uslijede nakon pravomoćnog razvoda braka. Svjedočki iskazi specifični su po tomu što se pojavljuju samo u parnicama radi osporavanja bračnog očinstva, a u svojstvu svjedoka osoba je koja tvrdi da je otac i čiji iskaz ima spoznajnu ulogu. U postupcima utvrđivanja izvanbračnog očinstva koje nije skopčano s prethodnim osporavanjem predmnjeve bračnog očinstva i osporavanja izvanbračnog očinstva koje je utvrđeno priznanjem personalni dokazi u pravilu se nisu izvodili.

Što se tiče javnih isprava različitih od potvrda iz državnih matrica, u postupcima osporavanja bračnog očinstva jedanaest puta su se pojavljivale pravo-

Presudom III P 475/08 od 26. svibnja 2009. bračno je očinstvo osporeno na temelju privatno učinjenog nalaza DNK analize, kao i svjedočkog iskaza osobe na očinstvo koje upućuje ovaj nalaz.

Presudom III P 492/08 od 19. studenog 2009. osporeno je bračno očinstvo na temelju sukladnih iskaza tužene – majke i svjedoka, u kojima se tvrdi da je svjedok otac djeteta, a tuženi - bračni otac nije se odazivao na ročišta.

44 Iznimno, u predmetu III P 412/08, sud je opširno saslušao četiri svjedoka i njihove iskaze opširno „prepričao“ u presudi. Ovi svjedoci nisu bili u izravnoj vezi s očinstvom djeteta, već se radilo o srođnicima i prijateljima bivših bračnih drugova, koji su poprilično slobodno i opširno iskazivali na pravno irelevantne okolnosti privatnog života majke djeteta. Njihovo saslušanje iznenađuje tim više uzme li se u obzir kako su stranke već u tužbi i odgovoru na tužbu učinile nespornim da bivši bračni drug nije otac djeteta, a umješač podneskom izjavio da je on na zapisnik kod Centra za socijalnu skrb priznao očinstvo. Predmet je izniman i utoliko što je najdulje vođen postupak u našem uzorku, koji je potrajao 45 mjeseci, usprkos tomu što već od stadija odgovora na tužbu nije preostalo spornih činjenica. Slijedom navedenog, može se zaključiti kako u ovom postupku nije bilo mjesta izvođenju dokaza salužanjem svjedoka gotovo je suvišno. Sud je bio ovlašten i trebao je, ukoliko je ocijenio potrebnim provjeriti istinitost činjenica koje su stranke i umješač priznali, po službenoj dužnosti odrediti izvođenje dokaza medicinskim vještačenjem DNK metodom.

45 U dva iznimna slučaja (presude III P 346/08 od 4. ožujka 2009. i III P 403/08 od 10. veljače 2010.) stranke nisu učinile nespornim kako bivši bračni drug nije otac, a da je otac druga stranka. U oba je slučaja s uspjehom izveden dokaz medicinskim vještačenjem DNK analizom.

46 Iznimno, u predmetu III P 117/08 saslušana je u svojstvu svjedokinje dr. Davorka Sutlović, i to baš na okolnosti načina izvođenja medicinskog vještačenja DNK metodom.

moćne brakorazvodne presude kao dokaz prestanka braka, a tri puta zapisnik Centra za socijalnu skrb koji sadrži izjavu o priznanju očinstva. U jednom postupku vođenom radi utvrđenja izvanbračnog očinstva pojavila se pravomoćna presuda o osporavanju bračnog očinstva. Od privatnih isprava dvaput se javlja medicinska dokumentacija, imajući bitnu spoznajnu ulogu, i to jednom nalaz spermograma i jednom nalaz privatno učinjene DNK analize.

U tek 6 od ukupno 30 predmeta iz uzorka je određeno izvođenje dokaza medicinskim vještačenjem DNK analizom. Radi se o 2 predmeta radi osporavanja bračnog očinstva i utvrđivanja izvanbračnog očinstva, o jednom predmetu radi utvrđivanja izvanbračnog očinstva po osporenom bračnom očinstvu, o jednom predmetu radi osporavanja izvanbračnog očinstva utvrđenog priznanjem i o jednom predmetu radi utvrđivanja izvanbračnog očinstva koje nije povezano s obaranjem predmjeve bračnog očinstva. Nadalje, u jednom predmetu radi osporavanja bračnog očinstva izvođenje dokaza nije uspjelo, jer se tužena nije odazvala zajedno s djetetom. Zajedničko je ovim predmetima da stranke podnescima i stranačkim iskazima nisu učinile nespornom činjenicu očinstva.

U tek petini slučajeva određeno je izvođenje dokaza medicinskim vještačenjem DNK metodom, pa proizlazi da naša četvrta teza o izvođenju ovog dokaza u više od dvije trećine paternitetskih parnica nije dokazana.

Razlog je u tomu što se u 90% slučajeva iz našeg uzorku radi o osporavanju bračnog očinstva. U svim ovim slučajevima brakorazvodna parnica bila je pravomoćno okončana ili u tijeku. Stranke su podnescima i svojim stranačkim iskazima redovito učinile nespornom činjenicu kako bivši bračni drug nije otac djeteta, ne predlažući medicinsko vještačenje. To je, uz eventualni svjedočki odnosno stranački iskaz osobe koja tvrdi da je otac, sudu bilo dostatno za prihvaćanje tužbenog zahtjeva. Pritom je sud ocjenjivao kako nije potrebno provjeriti činjenice koje su stranke priznale određivanjem medicinskog vještačenja po službenoj dužnosti.

6. RAZLOZI DONOŠENJA NEMERITORNIH ODLUKA

U ovom dijelu rada iznose se i interpretiraju podatci o vrstama odluka donesenih u paternitetskim stvarima u promatranom razdoblju i razlozi donošenja nemeritornih odluka.

Što se tiče vrsta odluka u paternitetskim stvarima, iz uzorka proizlazi da je prvostupajnski odlučeno u:

- 27 paternitetskih parnica iz 2008. godine, od čega je 20 (74,07%) meritornih i 7 (25,93%) nemeritornih odluka,
- 25 paternitetskih parnica iz 2009. godine, od čega je 18 (72%) meritornih i 7 (28%) nemeritornih odluka,
- 8 paternitetskih parnica iz 2010. godine, od čega je 6 (75%) meritornih i 2 (25%) nemeritorne odluke.

Dakle, u našem uzorku ukupno je 16 nemeritornih odluka - 4 rješenja o odbacivanju tužbe (2 zbog nepravovremenosti, 1 zbog nedostatka aktivne legitimacije i 1 zbog pravomoćno presuđene stvari) i 12 rješenja o utvrđivanju povlačenja tužbe.

Ovi podatci govore za pravilnost po kojoj se u četvrtini predmeta godišnje nemeritorno odluči, dok se u oko tri četvrtine donese meritorna odluka. Ovako utvrđena učestalost pojavljivanja navedenih razloga donošenja nemeritornih odluka govori za dokazanost naše četvrte teze o tomu kako je razlog donošenja više od dvije trećine nemeritornih odluka u paternitetskim stvarima procesna dispozicija tužitelja. Rijetko pojavljivanje drugih razloga za donošenje nemeritornih odluka obrazlažemo profesionalnim zastupanjem stranaka u ovim postupcima.

7. ZAKLJUČAK

Možemo zaključiti da je prva teza o udjelu paternitetskih u obiteljskim parnicama manjem od 10%, dokazana nalazom pojavljivanja ovih parnica u prosječno 33 slučaja godišnje, što je prosječno 5,39% godišnje zavedenih obiteljskih parnica.

Druga teza o trajanju postupaka kraćem od dvanaest mjeseci je dokazana uzme li se u obzir prosječno trajanje postupka (10,78 mjeseci za 2008. i 6,01 mjeseci za 2009.) i broj postupaka koji su trajali kraće od 12 mjeseci (14 od ukupno 20 za 2008. i 16 od ukupno 18 za 2009.). No, ne bi bila dokazana korigirala li se prosječno trajanje postupka dosadašnjim trajanjem (31. siječnja 2011.) neriješenih postupaka (12, 63 mjeseci za 2008.).

Treća teza o određivanju izvođenja dokaza medicinskim vještačenjem DNK metodom u više od dvije trećine slučajeva, opovrgnuta je nalazom kako je u svega petinu (6 od ukupno 30 predmeta) uzorkovanih slučajeva određeno izvođenje ovog dokaza.

Četvrta teza kako je u više od dvije trećine slučajeva donošenja nemeritorne odluke razlog procesna dispozicija tužitelja, dokazana je time što se u 12 od ukupno 16 nemeritornih odluka iz uzorka radilo o rješenju o utvrđivanju povlačenja tužbe.

Dovođenje u vezu iznesenih rezultata ovog istraživanja vodi ka zaključku o zadovoljavajućem stanju prvostupajskih paternitetskih parnica, koje svojim malim udjelom u ukupnoj strukturi parnica, pa i u strukturi obiteljskih parnica, ne predstavljaju veće opterećenje za sustav pravosuđa. Ipak, teza o trajanju postupka kraćem od 12 mjeseci nije dokazana bez zadržke pa tu ima mjesta za pomake na bolje.

Poseban zaključni osvrt iziskuje nalaz malobrojnosti slučajeva u kojima je izveden dokaz medicinskim vještačenjem DNK analizom.

Kao što je već i navedeno, uočena malobrojnost slučajeva u kojima je izveden dokaz medicinskim vještačenjem DNK analizom posljedična je strukturi uzorkovanih paternitetskih predmeta, u kojoj 90% otpada na predmete osporavanja bračnog očinstva između bivših bračnih drugova. Tu prvostupajski sud nije osjećao potrebu izvoditi druge dokaze, pored toga što bi mu stranke učinile nespornim kako bivši bračni drug nije otac, odnosno kako je otac treća stranka, ukoliko se postupak vodi i radi utvrđivanja izvanbračnog očinstva.

No opravdana je potreba suda provjeriti činjenicu očitstva utvrđenu priznanjem. Kao takvu je uvažava zakonodavac, dajući sudu u ovakvim slučajevima istražne ovlasti.

Tu potrebu opravdava višestruka relevantnost očitstva, i to ne samo u smislu pravnih učinaka nego i onih socijalnih i psiholoških; kao i opasnost od ozbiljnih i teško protupravnih zlouporaba (trgovina ljudima, nasljednopravne manipulacije).

Ipak, u našem uzorku ne nalazimo slučaj u kojem bi sud po službenoj dužnosti odredio izvođenje dokaza medicinskim vještačenjem DNK metodom. Stoga se nameće zaključak da i tu ima prostora za poboljšanja.

Najzad, sve i da na strani suda ostane i najmanja sumnja u očitstvo koje su mu stranke učinile nespornim, zbog spomenute višestruke relevantnosti te činjenice i mogućnosti zlouporaba, sud bi tu sumnju morao otkloniti određivanjem izvođenja medicinskog vještačenja DNK metodom po službenoj dužnosti, pa i na uštrb znatno duljeg trajanja prvostupanjskog postupka.

Summary

SPECIAL FEATURES OF PATERNITY PROCEEDINGS BEFORE FIRST-INSTANCE COURTS

This paper is the result of a research conducted on an authentic sample of first-instance paternity proceedings. The first problem it deals with is the practical role of DNA-paternity tests as irrefutable evidence presented to first-instance courts in paternity proceedings. The latter raises the question if the need for providing any other evidence besides DNA-paternity tests still exists. The second problem poses the engagement level of first-instance courts in these proceedings, taking into account indicative data collected from the authentic sample of first-instance paternity proceedings, such as the total number and duration of the proceedings at the first-instance, as well as types of judicial decisions brought by first-instance courts in these proceedings. With this in mind four research theses are explained, as well as the formation of the authentic sample and research methodology, followed by a brief presentation of regulations on paternity issues and the analysis of the data collected from the authentic sample, in order to validate the research theses.

***Key words:** determination of paternity, challenge of paternity, paternity proceedings, first-instance courts, proving, evidence, DNA - paternity tests.*

Zusammenfassung

DIE BESONDERHEITEN VON ERSTINSTANZLICHEN VERFAHREN IN PATERNITÄTSPROZESSEN

Diese Arbeit ist das Ergebnis einer aufgrund des glaubwürdigen Musters von erstinstanzlichen Paternitätsprozessen durchgeführten Forschung.

Das erste Problem, das geforscht wird, ist die praktische Rolle der Beweisführung mit Hilfe des ärztlichen Gutachtens nach der DNA-Methode in Praxis. Dominante Kraft der Beweisführung mit Hilfe des ärztlichen Gutachten nach der DNA- Methode wird in der Häufigkeit dieser Beweisführung im Vergleich zu anderen Beweisführungen sichtbar.

Das zweite Problem, das geforscht wird, ist das tatsächliche Niveau der Belastung von Rechtspflege durch Paternitätssachen. Die Besonderheit von erstinstanzlichen Verfahren in Paternitätsprozessen wird mit Hilfe der Analyse von aus dem Muster resultierten Ergebnissen über die Nummer und Dauer dieser Prozesse und Arten von Gerichtsentscheidungen festgestellt und erklärt.

Einleitend werden in der Arbeit die Probleme, mit welchen sich die

Forschung befasst, angegeben, und die Thesen der Forschung formuliert, wonach die Gestaltung des glaubwürdigen Musters und die Methodologie der Forschung erklärt wird, einschließlich der kurzen Darstellung des rechtsregulativen Rahmens von Paternitätsprozessen, und, die aus dem Muster gesammelten Daten zu Zwecken der Beweisführung von in der Einleitung formulierten Thesen der Arbeit analysiert werden.

Schlüsselwörter: *Vaterschaftsbestimmung, Vaterschaftsbestreitung, Paternitätsprozesse, Gemeindeggerichte, Beweisführung, ärztliches Gutachten nach der DNA-Methode.*

Riassunto

PECULIARITA' DEI PROCEDIMENTI DI PRIMO GRADO NELLE CONTROVERSIE RELATIVE ALLA PATERNITA'

Il presente lavoro è il frutto di un'indagine condotta in base ad un campione verosimile di procedimenti relativi alla paternità in prima istanza.

Il primo problema che viene esaminato è il ruolo pratico della presentazione delle prove mediante perizie mediche con il test del DNA. L'indiscutibile predominanza della forza probatoria della perizia medica mediante il test del DNA viene osservata alla luce della frequenza con la quale viene eseguito detto esame rispetto agli altri.

Il secondo problema che viene esaminato è il reale sovraccarico dell'apparato giudiziario nelle questioni relative alla paternità. Si constatano e si spiegano le peculiarità del procedimento di primo grado nelle controversie relative alla paternità analizzando il campione di informazioni di cui si dispone quanto al numero ed alla durata di questi processi e circa i tipi di decisioni giudiziali.

Nel lavoro si indicano per ordine i problemi di cui si occupa l'indagine e si formulano le tesi dell'indagine; si spiegano le modalità di formazione del campione e la metodologia dell'indagine unitamente ad una breve illustrazione del quadro normativo dei procedimenti di accertamento della paternità; si analizzano i dati raccolti nel campione al fine di dimostrare le tesi formulate in precedenza.

Parole chiave: *accertamento della paternità, disconoscimento della paternità, processi relativi alla paternità, tribunali conteali, prove, perizia medica mediante test del DNA.*

JESU LI ODREDBE O JEDNAKOM POSTUPANJU PREMA DIONIČARIMA I ZAŠTITI MANJINSKIH DIONIČARA IZRAZ OPĆEG NAČELA PRAVA EU? – PRESUDA ECJ C-101/08 *AUDIOLUX*

Tea Hasić, mag. iur., znanstveni novak,
Sveučilište Jurja Dobrile u Puli,
Odjel za ekonomiju i turizam „Dr. Mijo Mirković“

UDK: 347.72.031::061.1EU
Ur.: 11. svibnja 2012.
Pr.: 26. listopada 2012.
Stručni rad

Sažetak

U radu je prikazana presuda Europskog suda ECJ C-101/08 Audiolux, gdje je Sud, povodom zahtjeva za prethodno tumačenje, trebao odrediti postoji li u pravu EU opće načelo koje pruža zaštitu manjinskim dioničarima, tako što nameće obvezu većinskom da pri stjecanju nadzora nad društvom ponudi otkup preostalih dionica po cijeni po kojoj je stekao dionice koje su mu omogućile nadzor nad društvom. Sud je ustanovio kako opće načelo opisanog sadržaja ne postoji. Analizirajući odluku Suda, koju meritorno smatra ispravnom, autorica upozorava na opasnost od zadiranja Suda u zakonodavnu sferu. Naime, Europski sud nije ovlašten utvrđivati nova opća pravna načela, već samo može potvrditi kako u pravu EU već postoji određeno opće načelo u nepisanom obliku. Stoga, ukoliko bi Sud ustanovio da određeno načelo postoji, iako ustvari ne postoji, konstituirao bi novu normu te na sebe preuzeo zakonodavne ovlasti. Autorica smatra da bi mogućnost zadiranja Suda u zakonodavnu sferu bila bitno smanjena kada bi se diskrecijsko odlučivanje Suda od slučaja do slučaja, zamijenilo objektivno zadanim i unaprijed poznatim uvjetima koje bi Sud morao ispitivati pri svakom odlučivanju o tome postoji li u pravu EU određeno opće načelo ili ne.

Ključne riječi: *opća načela prava EU, načelo jednakog postupanja prema dioničarima, zaštita manjinskih dioničara, Europski sud – prekoračenje ovlasti.*

1. UVOD

Cilj je ovog rada odrediti što su to opća načela prava EU, kako nastaju te kakvo značenje imaju za rad Europskog suda.¹ Nadalje, pokušat će se iznaći odgovor na pitanje je li pred nacionalnim sudovima država članica moguće tražiti zaštitu subjektivnih prava pozivajući se na opća načela prava EU. Prikazom presude Europskog suda u predmetu C-101/08 *Audiolux*,² pokušat će se utvrditi što sve Europski sud ispituje prilikom odlučivanja postoji li u pravu EU određeno opće načelo. Iscrpnom analizom obrazloženja navedene presude nastojat će se dočarati sfera unutar koje sud *razmišlja* prilikom odlučivanja o općim pravnim načelima. Naime, kako još nije utvrdio kriterije koji moraju biti ispunjeni prilikom donošenja odluke o tome postoji li u EU određeno opće načelo prava ili ne, Europski sud navedenu odluku donosi temeljem diskrecijske ocjene tj. ovisno o tome koliko je određeno načelo, prema njegovoj slobodnoj procjeni, inherentno europskom pravnom poretku. Zbog toga je bitno da presude Europskog suda o općim načelima prava budu iscrpno obrazložene kako bi se u budućim presudama moglo pozivati na prethodna obrazloženja. To će jednog dana vjerojatno dovesti do ustaljivanja, a možda čak i do izričitog ustanovljivanja (tj. propisivanja) uvjeta koji će se morati ispitivati i koji će morati biti zadovoljeni kako bi se mogla donijeti odluka kojom se potvrđuje postojanje određenog općeg načela unutar pravnog sustava EU. Cilj je ovog rada, *inter alias*, ukazati na opasnost od mogućnosti zadiranja u zakonodavnu sferu, čemu se Europski sud izlaže pri svakom odlučivanju o općim pravnim načelima. Preuzimanjem zakonodavnih ovlasti, Europski bi sud ozbiljno povrijedio

1 Sud, kao institucija Europske unije naziva se engl. *Court of Justice of the European Union*, odnosno u prijevodu na hrvatski *Sud Europske unije*. Ponegdje se može pronaći i prijevod *Sud pravde Europske unije*, ali budući da svaki sud po svojoj definiciji i svrsi mora biti sud pravde, isticanje epiteta «pravda» u njegovom nazivu predstavlja pleonazam. Stoga se i autorica ovog rada priklanja autorima koji u prijevodu naziva Suda na hrvatski jezik ne koriste riječ „pravda“. Sud Europske unije, kao institucija Europske unije, sastoji se od:

a) engl. *The Court of Justice* - doslovan prijevod na hrvatski jezik bio bi Sud pravde, ali u prijevodu se najčešće iz već navedenih razloga izostavlja riječ „pravda“, a dodaje riječ „europski“ kako bi se ukazalo o kojem je sudu riječ. Za potrebe ovog rada koristit će se naziv *Europski sud*, a skraćeno *Sud*.

b) engl. *The General Court* - hrv. *Opći sud*, koji se do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora nazivao Sud prvog stupnja, te

c) engl. *specialised courts* - hrv. *specijalizirani sudovi*, od kojih je za sada osnovan samo *službenički sud*.

Više o Sudu Europske unije, njegovom ustrojstvu, nazivima i prijevodima naziva vidjeti u: Čapeta, Tamara, Sudska zaštita u Europskoj uniji nakon Lisabonskog ugovora, iz: Čapeta, T., Đurđević, Z., Goldner Lang, I. i dr., *Reforma Europske unije - Lisabonski ugovor*, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 90. – 93.

2 Presuda Europskog suda, od 15. listopada 2009. godine, u predmetu C-101/08, *Audiolux SA and Others v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and Others, Bertelesmann AG and Others*, (2009) ECR I-09823

Osnivačke ugovore³ i narušio ravnotežu (tzv. *institutional balance*) koja postoji među institucijama EU.

Analizom presude C-101/08 *Audiolux*, prikazat će se odgovor Europskog suda na pitanje koje mu je prije nekoliko godina postavljeno putem postupka za prethodno tumačenje, a glasilo je: «Postoji li u pravu EU opće načelo koje jamči zaštitu manjinskih dioničara, prilikom stjecanja nadzora nad društvom, i to nametanjem obveze dioničaru koji stječe nadzor da ponudi otkup svih preostalih dionica, po cijeni po kojoj je stekao udio koji mu je omogućio nadzor?» Nadalje, u radu će se pokušati utvrditi, ako se uzme da opće načelo s opisanim sadržajem postoji, je li riječ o općem načelu jednakog postupanja prema dioničarima (koje se osim na odnos društva prema dioničarima, ima primjeniti i na međusobne odnose dioničara - što uključuje i odnos većinskih prema manjinskim dioničarima), o općem načelu zaštite manjinskih dioničara, ili možda, o posebnom vidu općeg načela jednakog tretmana?

2. OPĆA NAČELA PRAVA EU

2.1. Pojmovno određenje

Opća načela prava, pravne su norme, koje utjelovljuju temeljne vrijednosti nekog pravnog poretka. Svaki pravni poredak ima svoja opća pravna načela,⁴ pa tako i europski.⁵ Dok se ponegdje u pravnoj literaturi⁶ može pronaći podatak

3 Od 1. prosinca 2009. godine na snazi je tzv. Lisabonski ugovor (odnosno lisabonska verzija osnivačkih ugovora) – *Treaty of Lisbon amending The Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, potpisan u Lisabonu 13. prosinca 2007., OJ C 306 od 17. prosinca 2007. godine.

Od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, Osnivačke ugovore čine: Ugovor o Europskoj uniji (dalje: UEU) i Ugovor o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU) koji imaju jednaku pravnu vrijednost.

4 Gotovo je nemoguće pronaći dva pravna poretka koja u sebi sadrže apsolutno identičan sustav općih pravnih načela, iako valja naglasiti da su sustavi općih pravnih načela u onim pravnim poretcima koje nazivamo demokratskim vrlo slični i značajno se razlikuju od sustava općih pravnih načela koja su imanentna tzv. totalitarnim poretcima.

5 O načelima europskog prava, vidjeti više u: Josipović, Tatjana, Načela europskog prava u presudama Suda Europske zajednice, Narodne novine, Zagreb, 2005.

Opća načela karakteristična za pravni poredak EU jesu, primjerice: *n. ograničenih ovlasti EU*, *n. supsidijarnosti*, *n. proporcionalnosti*, *n. lojalnosti*, *n. samostalnosti prava EU*, *n. jedinstvenog važenja i primjene prava EU*, *n. izravne primjene prava EU*, *n. izravnih učinaka prava EU*, *n. prvenstva prava EU*, dok su opća načela koja su inherentna kako pravnom poretku EU, tako i pravnim porecima većine ili svih država članica, primjerice: *n. zaštite temeljnih ljudskih prava*, *n. pravne sigurnosti*, *n. zabrane retroaktivnosti*, *n. zabrane diskriminacije* i dr.

6 Termin *utvrditi* korišten je, primjerice, u: Omejec, Jasna, Vijeće Europe i Europska unija – institucionalni i pravni okvir, Novi informator, Zagreb, 2008., str. 132.: „Opća pravna načela (...) utvrđuje Sud pravde Europskih zajednica.“ ili Vujičić, Tijana, Škola osnovnih pojmova Europske unije, Hrvatska pravna revija, travanj 2011.: „Opća načela prava EU utvrđuje Sud EU u svojoj praksi.“

kako Europski sud *utvrđuje* opća načela prava EU, autorica ovog rada smatra da je pravilnije kazati kako Europski sud *potvrđuje* koja opća načela već postoje u pravnom poretku EU.⁷ Naime, Sud svoju odluku, bilo o postojanju, bilo o sadržaju ili učinku općeg pravnog načela, donosi putem presude koja ima deklaratoran, a ne konstitutivan učinak.⁸

Opća načela prava EU, što je već istaknuto, inherentna su europskom pravnom poretku, ona postoje sama po sebi i izraz su temeljnih vrijednosti europskog prava. Njihov broj raste razmjerno s razvojem europskog prava,⁹ ali teško je utvrditi

7 Autori koji umjesto termina utvrditi koriste druge termine su (primjerice): Čapeta, Tamara i Rodin, Siniša, *Osnove prava Europske unije na temelju Lisabonskog ugovora – gradivo za cjeloživotno obrazovanje pravnika*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 16.: „Opća načela prava EU artikuliraju se kroz praksu Europskog suda.“ ili „Europski je sud u svojoj praksi **priznao** postojanje većeg broja načela.“

Također i Josipović, T., op. cit. u bilj. 5, na str. 5. ističe: „Najveći broj načela, definirao je, međutim, Sud u svojim presudama tumačeći odredbe osnivačkih ugovora i sekundarnih pravnih akata Zajednice u okviru svojih ovlasti da osigura poštivanje prava u tumačenju i primjeni odredbi Ugovora sukladno ciljevima Zajednice.“ Iako autorica koristi termin „definirati“, ipak pojašnjava da Sud definira načela samo tumačenjem odredbi EU u okviru svojih ovlasti, čime se uklanja eventualna mogućnost da izraz „definirati“ u ovom kontekstu bude shvaćen kao izraz „utvrditi“.

8 Europski sud, osim što donosi presude kojima potvrđuje postojanje općih načela, donosi i presude kojima tumači, odnosno pojašnjava sadržaj i učinak pojedinih općih načela za koja nije sporno da uistinu postoje. Odluka Suda o pojedinom načelu može se primijeniti i na situacije koje su nastale prije njenog donošenja, budući da Sud svojom presudom samo potvrđuje da određeno načelo s određenim sadržajem i učinkom zaista postoji (od ranije). Kada bi odluka Suda bila konstituirajuća, tada bi se moglo reći da sud utvrđuje koja pravna načela postoje u EU, odnosno da utvrđuje njihov sadržaj i učinak.

9 Josipović, T., op. cit. u bilj. 5., str. 5.: „*Ta su se načela u okviru pravnog poretka Zajednice razvijala postupno i nisu u svim razdobljima razvoja prava Zajednice imala istu važnost za funkcioniranje pravnog poretka Zajednice*“

Inače, najeklatantniji primjer kako određeno pravilo s vremenom postaje opće pravno načelo predstavlja *načelo zaštite temeljnih prava*. Europska unija, stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora (1. prosinca 2009. godine), zamijenila je, odnosno postala pravni sljednik Europske zajednice, koja je utemeljena još davne 1951. godine Pariškim ugovorom (kojim je osnovana Europska zajednica za ugljen i čelik) te 1957. Rimskim ugovorima (kojima su osnovane Europska zajednica za atomsku energiju i Europska ekonomska zajednica). Iz opisanog proizlazi da je cilj formiranja Europske unije, odnosno Europske zajednice koja joj je prethodila, bio prije svega razvoj ekonomske suradnje između zemalja članica. U tom najranijem stadiju, dakle, nije bilo ni govora o načelu zaštite temeljnih ljudskih prava kao o jednom od općih načela prava Zajednice. Međutim, daljnjim razvojem Zajednice, šire se i njezini ciljevi, stoga Europski sud počinje pružati zaštitu temeljnih ljudskih prava pozivajući se na to da su navedena prava opća načela prava u svim pravnim poretcima zemalja članica EU te da su sve zemlje članice ujedno i potpisnice Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Rim, 1950. godina). Europski je sud, naime, uvidio kako je razmjerno s proširenjem funkcija i ciljeva Zajednice za europski pravni poredak inherentno postalo i načelo zaštite temeljnih prava te je njegovo postojanje svojim presudama odlučio i potvrditi (npr. Predmet 29/69 *Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt*, (1969) ECR 419. te Predmet 4/73 *J. Nold, Kohlen – und Baustoffgroßhandlung v Commission of European Communities*, (1974) ECR 491.). Konačna potvrda ovog načela nastupila je stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora koji u čl. 2. UEU naglašava da su temeljna ljudska prava jedna

trenutak u kojem pojedino načelo nastaje. U većini literature ističe se kako su opća načela prava nepisane pravne norme.¹⁰ Međutim, nužno je naglasiti da ona samo nastaju kao nepisana pravila, ali nema zapreke da s vremenom dobiju potvrdu u pisanom obliku, bilo putem primarnih ili sekundarnih izvora prava, bilo putem presuda Europskog suda. Transformacijom iz nepisane u pisanu, norma ne gubi svojstvo općeg pravnog načela, već se samo otežava mogućnost njezinog negiranja, odnosno pobijanja, te se olakšava mogućnost pozivanja na istu.¹¹

Ako uzmemo da se izvori prava EU dijele na primarne i sekundarne, pri čemu primarne izvore čine tzv. Osnivački ugovori, a sekundarne akti institucija EU koji su doneseni na temelju i u skladu s primarnim izvorima (dakle sekundarni izvori su: uredbe, smjernice, odluke, preporuke i mišljenja), tada opća načela prava treba pribrojati primarnim izvorima. Naime, opća načela su norme koje postoje same po sebi i koje nadopunjuju eventualne praznine u Osnivačkim ugovorima. Uz to, svako tumačenje normi europskog prava, bile one sadržane u sekundarnim izvorima ili u Osnivačkim ugovorima, mora se vršiti u skladu s općim načelima.¹² Iz toga se može zaključiti kako opća pravna načela, ne samo da su hijerarhijski najmanje na razini Osnivačkih ugovora (jer ih upotpunjuju), nego su i iznad njih (jer i odredbe sadržane u Osnivačkim ugovorima treba tumačiti u skladu s općim pravnim načelima).

U konačnici, iako nezavisna odvjetnica Trstenjak u Mišljenju povodom predmeta *Audiolux*, naglašava kako u pravnoj literaturi postoji problem ne samo glede definiranja općih pravnih načela, nego i glede uporabe termina kojima se ona nazivaju,¹³ ipak se *pojmovna određenja* (tj. definicije) *općih pravnih načela* većine

od vrednota EU te se u čl. 6. UEU poziva na Povelju temeljnih prava EU, kojoj se pridaje značaj, odnosno učinak Osnivačkog ugovora. Više o temeljnim ljudskim pravima kao općim načelima prava EU vidjeti u Čapeta, T. i Rodin, S., op. cit. u bilj. 7., str. 17. – 19.

- 10 Vidjeti npr. Čapeta, T. i Rodin, S., op. cit. u bilj. 7., str. 17.: „*Opća načela prava su predpozitivne norme*“; Omejec, J., op. cit. u bilj. 6., str. 132.; Vujičić, Tijana, op. cit. u bilj. 6.
- 11 O tome vidjeti više u: Lecheler, Helmut, *Doprinos općih pravnih načela europskoj integraciji, osvrt i perspektiva*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 42, 2005., str. 157. i 158.: „*Opća pravna načela nisu nužno samo ona nepisanog prava, (...) njihovo preuzimanje u pisani tekst ne mijenja u osnovi ništa na karakteru dotičnog općeg pravnog načela. (...) Brisanje općeg pravnog načela iz jednog pisanog pravnog poretka, ne može to opće načelo uništiti; ono se samo ponovno pojavi na području iz kojeg je i nastalo, na području nepisanog prava.*“
- 12 O ulozi općih načela prava EU pri popunjavanju pravnih praznina i tumačenju pisanog prava EU, vidjeti više u: ibidem, str. 159.; Mifsud - Bonnici, Aron, *The role of the Court of Justice in the development of the General Principles of Community Law*, str. 1, <http://www.mifsudbonnici.com/lexnet/articles/artgenprinc.html>, zadnji put posjećeno 15. siječnja 2012.: „*General principles of law can be found in all legal systems. Their function is clerly to assist where written sources of law have failed to provide an answer, since the latter can hardly cover all questions which come before the Courts*“
- 13 Mišljenje nezavisne odvjetnice Trstenjak u predmetu C - 101/08 *Audiolux*, par. 67. Mišljenja: „*Mnoge odluke Europskog suda potvrđuju postojanje općih načela prava EU. Ipak, i danas je definiranje općih načela prava EU problematično pitanje («a thorny issue»).* Terminologija nije konzistentna, kako u pravnim izvorima tako ni u pravnoj literaturi, gdje se za isti pojam koriste sljedeći termini: *generally-accepted rule of law* (opće prihvaćeno pravno pravilo), *a principle generally accepted* (opće prihvaćeno načelo), *a basic principle of law* (osnovno

autora sadržajno poklapaju te se mogu svesti na sljedeće:

Opća načela dio su svakog pravnog poretka. Njihova je svrha, budući da utjelovljuju vrijednosti inherentne određenom pravnom poretku, omogućiti popunjavanje tzv. pravnih praznina te olakšati teleološko tumačenje nejasnih normi. Nastaju kao nepisana pravila, ali nema zapreke da dobiju potvrdu u pisanom obliku. Opća načela prava EU valja smatrati dijelom Osnivačkih ugovora, a njihovo postojanje potvrđuje Europski sud deklaratornim presudama.¹⁴

2.2. Opća načela prava EU i Europski sud

Prema Osnivačkim ugovorima, postoji nekoliko vrsta postupaka koji se mogu voditi pred Europskim sudom.¹⁵ Prvo, Europski sud isključivo je nadležan donositi odluke u tzv. prethodnim postupcima, kada se od njega zahtijeva tumačenje ili ocjenjivanje valjanosti prava EU. Drugo, Europski je sud u drugom stupnju¹⁶ ovlašten donijeti presudu kojom poništava akt kojeg je donijela institucija EU, ukoliko je takav akt protivan pravu EU. Treće, ovlašten je, u pravilu povodom zahtjeva Komisije, a rjeđe povodom zahtjeva druge države članice, presudom utvrditi da je određena država članica svojim postupanjem povrijedila pravo EU te joj slijedom toga izreći financijsku sankciju. Ako navedene ovlasti Europskog suda dovedemo u korelaciju s općim načelima prava, tada Sud ima sljedeće ovlasti:

U okviru prethodnog postupka Sud je ovlašten tumačiti kakav sadržaj, odnosno učinak, ima određeno opće načelo prava EU. Uz to, ovlašten je donijeti odluku o tome može li se, temeljem određenih činjenica, zaključiti da u europskom pravnom poretku postoji određeno opće pravno načelo. Tako, primjerice, Sud može ustanoviti kako su određene norme europskog pozitivnog prava ustvari izraz općeg pravnog načela. Nadalje, Sud je ovlašten proglasiti nevaljanom svaku normu europskog prava koja nije u skladu s nekim od općih načela. Uz to, u postupku za poništenje, ovlašten je poništiti svaki akt institucije EU koji se kosi s nekim od općih pravnih načela EU. Konačno, Sud može donijeti i presudu kojom utvrđuje da je zemlja članica povrijedila pravo EU jer nije postupila u skladu s općim načelom europskog prava.

pravno načelo), a *fundamental principle* (temeljno načelo), a *principle* (načelo), a *rule* (pravilo/odredba/norma), a *general principle* (opće načelo).“

- 14 Za definiciju pojma *opća načela prava EU* vidjeti: Čapeta, T. i Rodin, S., op. cit. u bilj. 7., str. 16.; Josipović, T., op. cit. u bilj. 5., str. 1. – 6.; Omejec, J., op. cit. u bilj. 6., str. 132.; Vujičić, Tijana, op. cit. u bilj. 6; Lecheler, H., op. cit. u bilj. 11., str. 152.; Wopera, Zsuzsa, *The general principles of law at the practice of the European Court of Justice*, str. 29. i 30., <<http://www.upm.ro/proiecte/EEE/Conferences/papers/S1A04.pdf>> zadnji put posjećeno 15. siječnja 2012.; Mišljenje n.o. Trstenjak u predmetu C - 101/08 *Audiolux*, par. 69. Mišljenja, u kojem se poziva na definiciju sadržanu u: Schweitzer, M., Hummer, W., Obwexer, W, *Europarecht*, str. 65., par. 240.
- 15 Ugovor o Europskoj uniji (UEU) u čl. 19. uređuje Sud EU kao instituciju, a Ugovor o funkcioniranju Europske unije (UFEU) u čl. 251. – 281. detaljnije razrađuju ovlasti i djelovanje Suda EU, odnosno njegovih instanci.
- 16 U prvom stupnju nadležan je tzv. Opći sud, koji se do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora i nazivao Sud prvog stupnja (vidjeti bilj. 1.).

Iz navedenoga proizlazi ono što je u ovom radu već nekoliko puta istaknuto: *temeljem Osnivačkih ugovora, Europski sud nije ovlašten utvrđivati opća pravna načela, odnosno, donositi odluke o postojanju općih pravnih načela koje bi imale konstitutivan učinak.* Time bi, naime, Sud na sebe preuzeo zakonodavne ovlasti, čime bi istupio iz okvira ovlasti koje su mu Osnivačkim ugovorima dodijeljene. Stoga mnogi autori upozoravaju,¹⁷ kako prilikom odlučivanja u prethodnom postupku, gdje treba protumačiti može li se određena norma smatrati općim načelom prava, odnosno izrazom općeg načela prava, Europski sud mora biti veoma oprezan. Naime, ukoliko pogrešno ustanovi da određeno opće načelo postoji unutar pravnog sustava EU, takvom odlukom na sebe preuzima ulogu zakonodavca – budući da konstituirao pravilo, tj. opće načelo kakvo dotad nije postojalo, odnosno, nije bilo inherentno pravnom poretku EU.¹⁸ Preuzimanjem zakonodavnih ovlasti, Europski sud povrijedio bi temeljne odredbe Osnivačkih ugovora - odredbe o podjeli ovlasti Europske unije na njezine institucije.

Autorica smatra kako bi se presuda kojom se pogrešno potvrđuje postojanje općeg načela, odnosno, *de facto* - utvrđuje postojanje nepostojećeg općeg načela, ne samo mogla zamijeniti novom presudom drugačijeg sadržaja, prilikom odlučivanja o činjenično istom ili sličnom predmetu, nego bi se, budući da je presuda Europskog suda akt institucije EU, mogla i pobijati u tzv. *postupku za poništenje akata EU* zbog suprotnosti s pravom EU. Naime, ukoliko Sud svoje pravno shvaćanje sadržano u ranijoj presudi može zamijeniti potpuno drugačijim pravnim shvaćanjem u drugoj presudi (gdje odlučuje o činjenično istom ili sličnom predmetu), nema razloga, radi tzv. *Kompetenz-Kompetenz*, onemogućiti Sudu da, u postupku za poništenje, poništi

17 Autori koji upozoravaju kako Europski sud pri odlučivanju o općim načelima prava, veoma lako može zakoračiti u zakonodavnu sferu, su sljedeći:

Dragomir, Stan, A new approach of Court of Justice of the European Union over the principles of EU law. C-101/08 *Audiolux SA and others vs Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and others, Bertelsmann AG and others*, dostupno na: http://www.law-europe.com/articles/art_26.pdf, zadnji put posjećeno 15. siječnja 2012.; Mucciarelli, Federico Maria, Equal treatment of shareholders and European Union law – Case note on the Decision „Audiolux“ of the European Court of Justice, ECFR 1/2010, str. 7. i 8., dostupno na: http://unimore.academia.edu/FedericoMucirelli/Papers/314899/Equal_treatment_of_shareholders_and_European_Union_law, zadnji put posjećeno: 15. siječnja 2012.; Mifsud - Bonnici, Aron, op. cit. u bilj. 12; AG Trstenjak, par. 103. – 107. Mišljenja povodom predmeta *Audiolux*; AG Ruiz – Jarabo Colomer u Mišljenju povodom predmeta *joined cases C-55/07 i C-56/07*, par. 18. – 25.

18 Odluku o tome da u pravu EU postoji određeno opće pravno načelo, Europski sud izvodi iz onih odredbi Osnivačkih ugovora, ali i iz odredbi sekundarnih izvora, pa čak i iz ustavnih načela zemalja članica, koje prema njegovoj ocjeni predstavljaju poseban izraz općeg pravnog načela i dokaz su njegovog postojanja. Kada Europski sud izvodi zaključak o postojanju općeg načela prava EU iz načela koja postoje u zemljama članicama, ne mora nužno biti riječ o načelima koja su inherentna nacionalnim poretcima svih zemalja članica, već je dovoljno da budu opće prihvaćena u većini zemalja članica. (Vidjeti presudu ECJ *joined cases C – 46/87 and C – 227/88 Hoechst AG v. Commission of the European Communities.*) Upravo na temelju općih pravnih načela koja je sam „kreirao“, Europski sud donosi brojne odluke, što se može shvatiti kao objedinjavanje zakonodavne i sudske funkcije u jedno te istoj osobi, tj. instituciji, čime dolazi do povrede načela trodiobe vlasti koje je na razini EU nešto malo izmijenjeno te se naziva načelom institucionalne ravnoteže.

svoju ranije donesenu presudu. Kao što je već navedeno, razlog za poništenje akta kojeg je donijela institucija EU, a slijedom upravo navedenog pojašnjenja, i razlog za poništenje presude Europskog suda, može biti i nesuglasnost akta, odnosno presude, s općim načelom prava EU.¹⁹

Budući da Osnivački ugovori niti jednom odredbom ne ovlašćuju Europski sud da odluke temelji na općim načelima prava EU, doktrinarno rješenje prema kojem su i opća načela izvor europskog prava, Sud je pronašao u čl. 19. UEU (ranije čl. 164. UEZ), prema kojem: «*The Court of Justice shall ensure that in the interpretation of the Treaty the Law is observed*».²⁰ Kako se u navedenom članku koristi termin *law* (pravo), očito je riječ o pojmu koji je širi od Osnivačkih ugovora i sekundarnih izvora, odnosno o pojmu koji obuhvaća i opća načela kao izvor europskog prava.²¹

Koliko su opća načela prava bitna za rad Europskog suda, najbolje očitavaju riječi nezavisne odvjetnice Trstenjak sadržane u Mišljenju povodom predmeta *Audiolux*:

“(...) postoji konsenzus o tome da opća načela prava imaju značajan utjecaj na rad Europskog suda i to dvojak: popunjavaju pravne praznine i pomažu pri interpretaciji odredbi pozitivnog prava EU.”²²

Iz ovog se navoda nedvojbeno može utvrditi kako je osnovna svrha općih načela prava EU: omogućiti popunjavanje tzv. pavnih praznina te služiti kao „navigator“ prilikom teleološkog tumačenja nejasnih normi europskog prava.

Međutim, pitanje koje se pri utvrđivanju funkcija općih načela prava nemišljeno javlja jest sljedeće: mogu li iz općih načela prava proizići subjektivna prava, čiju zaštitu njihovi nositelji mogu tražiti upravo pozivanjem na opća načela? Na ovo pitanje pokušat će se odgovoriti u dijelu 2.3. ovoga rada.

Zanimljivo je da Europski sud još uvijek nije utvrdio kriterije, odnosno, uvjete koji moraju biti ispunjeni da bi mogao donijeti odluku o tome da je za pravni poredak EU određeno opće načelo prava inherentno. Iako je nezavisna odvjetnica Trstenjak, u Mišljenju povodom predmeta C-101/08 *Audiolux*, predložila kriterije²³

19 Više o ulozi koju Europski sud ima za razvoj općih načela prava EU, vidjeti u: Mifsud - Bonnici, Aron, op. cit. u bilj. 12; Roggemann, Herwigg, Einführung in die Grundlagen des Rechtssystems und die Institutionen der EU, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, 1/2007., str. 9. – 24.

20 Čl. 19. UEU u prijevodu na hrv. „*Sud EU osigurava da se u interpretaciji i primjeni Osnivačkih ugovora poštuje pravo.*“

21 Vidjeti više u: Mifsud - Bonnici, Aron, op. cit. u bilj. 12., str. 2.

22 Mišljenje nezavisne odvjetnice Trstenjak u predmetu C - 101/08 *Audiolux*, par. 68. Mišljenja

23 Mišljenje nezavisne odvjetnice Trstenjak u predmetu C-101/08 *Audiolux*, par. 125. Mišljenja: „*Da bi se neka norma mogla smatrati općim načelom prava EU, odnosno izrazom općeg pravnog načela, treba zadovoljiti barem jedan od sljedeća tri uvjeta:*

1.) *norma mora imati ustavni status ili u pravnom poretku EU (što ustvari znači da norma mora biti sadržana u Osnivačkim ugovorima, budući da EU još uvijek nema Ustav, op.a.) ili u pravnom poretku država članica,*

2.) *u pravnoj literaturi mora postojati konsenzus oko toga da u pravu EU određeno opće pravno načelo postoji,*

3.) *norma mora biti općenita, tj. mora imati „general validity“, jer je to svojstveno svim općim načelima“.*

koje treba uzeti u obzir pri odlučivanju o tome što se može smatrati općim načelom prava, a što ne, Sud niti u presudi *Audiolux*, niti u bilo kojoj drugoj presudi nije potvrdio predložene kriterije kao uvjete koji se nužno moraju ispitati pri odlučivanju o općim pravnim načelima, već i dalje odluku donosi temeljem diskrecijske ocjene koju nastoji što preciznije obrazložiti. Razlog za ovakvo postupanje Suda možda najbolje objašnjava navod n.o. Trstenjak iz par. 68. Mišljenja povodom predmeta *Audiolux*:

„(...) Europskom sudu nije u interesu strogo definirati pojam općih pravnih načela, kako bi zadržala fleksibilnost koja je potrebna da bi se mogla primijeniti u najrazličitijim situacijama.“

2.3. Opća načela prava EU i nacionalni sudovi

Nacionalni sudovi zemalja članica dužni su primjenjivati pravo EU. Primarni izvori prava EU (Osnivački ugovori i Ugovori o pristupanju EU), kao i uredbe, izravno se primjenjuju, tj. obvezuju sve države članice od trenutka njihovog stupanja na snagu, bez potrebe implementacije u nacionalne pravne sustave.²⁴ Dok je načelo izravne primjenjivosti uredbi izričito propisano Osnivačkim ugovorima,²⁵ izravna primjenjivost primarnih izvora, budući da je riječ o ugovorima, logično proizlazi iz njihove pravne prirode.²⁶ Kao što je već navedeno, opća načela prava EU treba smatrati primarnim izvorima (štoviše, dijelom Osnivačkih ugovora), iz čega proizlazi da države članice moraju poštivati opća načela prava EU bez potrebe da ih se prethodno implementira u nacionalne pravne poretke. Međutim, to što su navedeni izvori prava izravno primjenjivi, ne znači da sve norme koje su u njima sadržane imaju izravan učinak. Naime, izravan učinak mogu imati samo norme čiji je sadržaj takav da određenim subjektima *jasno i bezuvjetno* jamče određena prava, odnosno nameću određene obveze. Stoga, subjektivna prava za fizičke ili pravne osobe koje su državljani zemalja članica EU, mogu proizlaziti samo iz normi koje su izravno primjenjive (u pravilu)²⁷ te koje uz to imaju izravan učinak. Dakle, pred nacionalnim

24 Izravno se primjenjuju i odluke, ali samo na njihove adresate, dok direktive nemaju svojstvo izravne primjenjivosti, već se moraju implementirati, tj. recipirati u nacionalni pravni sustav da bi bile primjenjive (čl. 288. st. 3. i 4. UFEU).

25 Čl. 288. st. 2 UEU (ranije čl. 249. UEZ): “Uredba ima opću primjenu. Obvezujuća je u cijelosti i izravno primjenjiva u svim državama članicama.”

26 Naime, sve članice EU, potpisnice su ili Osnivačkih ugovora ili Ugovora o pristupanju EU, čime su svojevóljno na sebe preuzele prava i obveze koje iz tih ugovora proizlaze. To znači da se sve odredbe sadržane u navedenim ugovorima izravno primjenjuju na države članice bez potrebe njihovog dodatnog preuzimanja u nacionalne pravne sustave.

27 Prema shvaćanju Europskog suda, moguće je izravan učinak priznati i normama koje nemaju svojstvo izravne primjenjivosti, tj. koje su sadržane u direktivama, ukoliko država direktivu u zadanom roku nije implementirala, odnosno ukoliko ju je pogrešno ili nepotpuno implementirala. I ovdje mora biti riječ o normi koja jasno i bezuvjetno dodjeljuje određena subjektivna prava određenim subjektima. Međutim, kada je riječ o normama koje su sadržane u direktivama, može im se priznati samo izravan vertikalni učinak, ali ne i horizontalni. To znači da se radi zaštite subjektivnih prava, izravno na neimplementirane, odnosno na

sudovima, subjekti se mogu pozivati samo na norme europskog prava iz kojih jasno i bezuvjetno proizlaze njihova subjektivna prava, tj. samo na norme koje imaju tzv. izravan učinak. Norme sadržane u uredbama u pravilu imaju izravan učinak, jer cilj uredbi i jest osigurati određena prava, odnosno nametnuti određene obveze ujednačeno, tj. u jednakom sadržaju, svim subjektima koji za to ispunjavaju uvjete, na prostoru cijele EU. Suprotno tome, norme sadržane u Osnivačkim ugovorima u pravilu su općenitog karaktera, tj. definiraju ciljeve EU, temeljne slobode (općenito) i sl., ali rijetko kada dodjeljuju određena prava, odnosno nameću određene obveze, točno određenim subjektima. Slično je i s općim načelima prava EU. Već sam njihov naziv *opća* načela prava, ukazuje na to da njihov primarni cilj nije dodjeljivanje subjektivnih prava niti nametanje konkretnih obveza. Najslikovitije bi opća načela prava mogli opisati kao norme koje *lebde* nad cjelokupnim pravom EU s ciljem da, s jedne strane, europskom zakonodavcu ukažu u kojem smjeru dalje razvijati pravo EU, te da s druge strane, svima onima koji primjenjuju pravo EU pruže odgovor na pitanja kada, u kojoj mjeri i na koji način ga primjeniti.

U presudi Europskog suda koja se analizira u ovom radu (C-101/08 *Audiolux*), tužitelj iz predmeta koji se vodio pred luksemburškim sudovima, zahtijevao je pred nacionalnim sudom zaštitu subjektivnih prava, odnosno, naknadu štete zbog povrede subjektivnih prava za koja je tvrdio da proizlaze iz *općeg načela jednakog postupanja prema dioničarima*, koje prema njegovoj tvrdnji, *jamči zaštitu manjinskih dioničara pri stjecanju nadzora nad društvom, i to nametanjem obveze dioničaru koji stječe nadzor da ponudi otkup svih preostalih dionica po cijeni po kojoj je stekao udio koji mu je omogućio nadzor*. Budući da postojanje načela koje bi imalo takav sadržaj Osnivački ugovori ne predviđaju, a njegovo postojanje nije potvrdio ni Europski sud, luksemburški kasacijski sud odlučio je zastati s postupkom te zatražiti od Europskog suda odgovor na pitanje postoji li u pravu EU uopće opće načelo takvog sadržaja? O tome će više govora biti u daljnjem dijelu rada, ali ovdje treba ukazati na sljedeći problem: da je Europski sud donio potvrdnu odluku i ustanovio kako u pravu EU postoji opće načelo prava na koje se pozvao tužitelj u postupku pred nacionalnim sudom, bi li to značilo da navedeno načelo ima svojstvo izravnog učinka? Najvjerojatnije ne. Naime, teško je zamisliti da bi Europski sud tako precizno definirao načelo, tj. da bi ga uobličio u normu kojom se jasno i bezuvjetno određuje tko su adresati, koja prava i pod kojim uvjetima stječu i slično, budući da norme takvog sadržaja donose zakonodavci, a ne sud. Sud je eventualno mogao potvrditi kako u pravu EU postoji ili *opće načelo jednakog postupanja prema dioničarima* ili *opće načelo zaštite manjinskih dioničara*, ali niti jedno od ta dva načela ne ukazuju jasno, primjerice, tko su manjinski dioničari i kako se ostvaruje njihova zaštita, što znači jednakost dioničara – jednakost apsolutno svih ili samo onih dioničara koji su u jednakom položaju i sl. Iz navedenog proizlazi sljedeće: da je, kojim slučajem, Europski sud u predmetu *Audiolux* potvrdio da opće pravno načelo postoji, to gotovo sigurno ne bi bilo načelo koje ispunjava uvjete za izravan učinak. Odnosno,

pogrešno implementirane norme iz direktiva, mogu pozvati samo oni subjekti koji su u odnosu s državom (ili tijelom koje ima javne ovlasti), a ne i subjekti privatnopravnog odnosa.

Sud gotovo sigurno ne bi potvrdio kako u pravu EU postoji načelo čiji je sadržaj takav da se subjekti izravno mogu pozivati na njega radi zaštite subjektivnih prava. Štoviše, čak i kada bi Europski sud potvrdio da postoji načelo koje ispunjava uvjete za izravan učinak, tuženik iz glavnog spora mogao bi tvrditi suprotno. U tom bi se slučaju luksemburški sud ponovno morao obratiti Europskom sudu sa zahtjevom da odluči o eventualnom izravnom učinku dotičnog načela. Stoga bi bilo svrhovito da je luksemburški sud u zahtjevu za prethodno tumačenje, uz pitanje postoji li u pravu EU opisano načelo, upitao i ima li (u slučaju pozitivnog odgovora na prvo pitanje) navedeno načelo izravan učinak.

3. PRESUDA EUROPSKOG SUDA C-101/8 AUDIOLUX

3.1. Činjenično stanje i postupak pred luksemburškim sudovima

Europski je sud, 15. listopada 2009. godine, donio presudu u predmetu C-101/08 *Audiolux*, povodom zahtjeva za prethodno tumačenje, kojeg je početkom 2008. godine podnio luksemburški kasacijski sud. Prije navođenja s kojim se konkretnim pitanjima luksemburški sud obratio Europskom sudu, ukratko ćemo pojasniti kako je uopće došlo do spora te kako je tekao postupak pred luksemburškim sudovima.

Desetak godina unazad, točnije 2000. godine, *RTL Group SA* (RTL), dioničko društvo s registriranim sjedištem u Luxemburgu, čije su dionice bile uvrštene na luksemburškoj, briselskoj i londonskoj burzi, imalo je dva veća i nekolicinu manjih dioničara. RTL-ovi dioničari sa značajnijim udjelima bili su: belgijsko društvo *Groupe Bruxelles Lambert* (GBL) s 30% te njemačko društvo *Bertelesmann Westdeuche TV GMBH* s 37% udjela u temeljnom kapitalu. Pritom treba naglasiti da je *Berelesmann GMBH* (Bertelesmann) u *Bertelesmann Westdeuche TV GMBH* sudjelovao s 80% udjela.

Od ostalih RTL-ovih dioničara treba još spomenuti britansko društvo *Pearson Television Group* (Pearson TV) s udjelom od 22%. Preostale dionice, koje su činile 11% udjela, bile su podijeljene među ostalim RTL-ovim dioničarima, uključujući i *Audiolux*.

Problem se pojavio početkom 2001. godine kada je, kao posljedica nekoliko transakcija, došlo do promjene nadzora nad RTL-om. Naime, GBL je svoj tridesetpostotni udio u RTL-u prenio na Bertelesmann, za što je u zamjenu dobio 25% udjela u samom Bertelesmannu. Tom transakcijom Bertelesmann je postao jedini većinski dioničar RTL-a. Naime, 30% dionica držao je izravno, a 37% neizravno, tj. preko *Bertelesmann Westdeuche TV GMBH*-a nad kojim je imao nadzor budući da je u njemu imao 80% udjela. Udio u temeljnom kapitalu RTL-a od 67% (što izravno, što neizravno) omogućio je Bertelesmennu samostalno odlučivanje o svim pitanjima za koja je bila potrebna obična ili dvotrećinska većina. Međutim, ne smije se zanemariti sljedeće: iako nakon opisane transakcije GBL više nije bio izravni dioničar RTL-a, stekao je 25% udjela u samom Bertelesmannu, što mu je pružalo

mogućnost „blokiranja“ donošenja bilo koje odluke unutar Bertelesmanna za koju je bila potrebna tročetvrtinska većina glasova, koja je u pravilu potrebna za donošenje najvažnijih odluka. Slijedom navedenog, iako GBL više nije bio izravni dioničar RTL-a, stekao je mogućnost „blokiranja“ svih najvažnijih odluka koje donosi Bertelesmann, pa tako i onih koje se odnose na RTL.²⁸

Nije teško zaključiti kako su, transakcijom koja je zadovoljila interese obaju nekad najvećih RTL-ovih dioničara, nezadovoljni bili manjinski dioničari. Upravo su oni, predvođeni Audiolumom, pred prvostupanjским luksemburškim sudom (*Tribunal d'arrondissement du Luxembourg*) pokrenuli postupak u kojem su zahtijevali alternativno: ili poništenje sporazuma između GBL-a i Bertelesmanna ili priznavanje prava na naknadu štete koja im je dotičnim sporazumom prouzročena. Njihov zahtjev odbili su i prvostupanjски i žalbeni luksemburški sud. Oba su suda istaknula kako u luksemburškom pravu ne postoji pozitivna pravna norma, niti opće pravno načelo koje bi moglo poslužiti kao pravni osnov za usvajanje tužbenog zahtjeva, tj. koje osigurava zaštitu manjinskih dioničara prilikom stjecanja nadzora nad društvom i to nametanjem obveza dioničaru koji stječe nadzor. Inače, iako je *London City Code on Takeover and Merger* sadržavao takvo pravilo (*rule 9*), a RTL u vrijeme sporne transakcije bio uvršten na londonsku burzu, manjinski se dioničari niti na njega nisu mogli pozvati, jer se odredbe navedenog pravilnika nisu primjenjivale na strana društva, kao što je bio RTL - budući da je imao registrirano sjedište u Luxemburgu.²⁹ Nakon što im je žalba odbijena, manjinski dioničari nisu odustali nego su se odlučili obratiti kasacijskom sudu s tvrdnjom da je došlo do povrede *općeg načela jednakog postupanja prema dioničarima*,³⁰ koje je prema njihovoj tvrdnji *opće načelo prava EU* i koje između ostalog pruža zaštitu manjinskim dioničarima prilikom stjecanja nadzora nad društvom. Kasacijski je sud odlučio zastati s postupkom i obratiti se Europskom sudu s nekoliko pitanja, putem zahtjeva za prethodno tumačenje.

28 Nakon opisnih transkcija RTL je donio odluku o *izlistavanju* s Londonske burze, a netom prije te odluke, točnije u prosincu 2001. godine, *Bertelesmann* je stekao i dionice *Pearson TV-a*, čime je njegov udio u RTL-u porastao sa 67% na 89% (što izravno što neizravno).

29 Vidjeti više u: Mucciarelli, Federico Maria, op. cit. u bilj. 17., str. 160.

30 Audiolum i ostali manjinski dioničari pritom koriste termin *«equality of shareholders»*, prema tome, doslovan prijevod bio bi *«načelo jednakosti dioničara»*, ali smatramo kako je u duhu hrvatskog jezika i u skladu s nazivom kojeg za to načelo koristi ZTD (čl. 211.), adekvatniji termin *«načelo jednakog položaja dioničara»*, budući da navedeno načelo ne jamči jednako postupanja prema svim dioničarima, nego samo prema onima koji su u jednakom položaju, tj. koji ispunjavaju iste uvjete. Takav naziv koristi i akademik Barbić, Jakša, u djelu *Pravo društava*, knjiga druga, *Društva kapitala*, Svezak I. dioničko društvo, peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2010., str. 502., iako u tekstu koji se odnosi na navedeno načelo (str. 504.-509. istog djela), koristi i termin *«načelo jednakog postupanja s dioničarima»* koji će se za dotično načelo uglavnom koristiti u ovom radu.

3.2. Zahtjev za prethodno tumačenje

U okviru zahtjeva za prethodno tumačenje, luksemburški kasacijski sud, obratio se Europskom sudu s tri pitanja:

1.) Prvo pitanje

Može li se iz pojedinih odredbi o *jednakom postupanju prema dioničarima* ili još preciznije, iz pojedinih odredbi o *zaštiti manjinskih dioničara* koje su sadržane u sekundarnim izvorima prava EU, izvesti zaključak kako su navedene odredbe izraz *općeg načela prava EU*?

Prvo pitanje koje je kasacijski sud postavio Europskom sudu ključno je pitanje, jer upravo o odgovoru na njega ovise i odgovori na preostala dva pitanja. Da bi odgovorio na navedeno pitanje, Europski je sud, prije svega, trebao pronaći odredbe europskog prava koje pružaju zaštitu manjinskim dioničarima ili jamče jednakost svih dioničara. Potom je trebao ispitati sadržaj, učinak i cilj koji se, navedenim odredbama, želio postići. U konačnici, Sud je, primjenom logičkog *argumenta a minori ad maius*, trebao izvesti zaključak o postojanju općeg pravnog načela kojeg su navedene odredbe izraz.

Kako bi Europskom sudu skratio vrijeme potrebno da unutar čitave sile sekundarnih izvora prava EU pronađe odredbe koje osiguravaju zaštitu manjinskih dioničara ili jednakost svih dioničara, kasacijski je sud, u zahtjevu za prethodno tumačenje, naveo odredbe iz kojih se, prema mišljenju tužitelja iz glavnog postupka, može izvesti zaključak o postojanju općeg načela koje pruža zaštitu manjinskih dioničara pri stjecanju nadzora nad društvom. Riječ je o sljedećim odredbama:

a) Čl. 20. i čl. 42. Druge Direktive Vijeća 77/91 EEZ, od 13. prosinca 1976. godine o usklađivanju zaštitnih mjera glede osnivanja dioničkih društava te održavanja i promjene njihova temeljnog kapitala³¹ (dalje: *Direktiva 77/91 EEZ*):

Navedene odredbe obvezuju države članice na donošenje propisa kojima se jamči jednako postupanje prema dioničarima, pod jednakim uvjetima, prilikom osnivanja dioničkog društva te prilikom poduzimanja mjera za održavanje ili promjenu temeljnog kapitala društva.

b) Opće načelo br. 3 i dopunsko načelo br. 17 Preporuke Komisije, od 25. srpnja 1977. godine, koja se odnosi na Pravilnik postupanja pri transakcijama prenosivih vrijednosnih papira³² (dalje: *Preporuka Komisije*):

Riječ je o odredbama koje preporučaju jednako postupanje prema dioničarima koji se nalaze u istom položaju te kao poželjnu mjeru zaštite manjinskih dioničara predviđaju otkup njihovih dionica pri stjecanju nadzora nad društvom.

31 Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by the Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (OJ 1977 L 26, p. 1.).

32 Commission Recommendation of 25 July 1977 concerning European Code of Conduct relating to transactions in transferable securities (OJ 1977 L 212 p. 37.).

c) Točka 2(A), dijela C, aneksa na Direktivu Vijeća 79/279/EEC, od 5. ožujka 1979. godine o usklađivanju uvjeta za uvrštavanje dionica na uređena tržišta³³ (dalje: *Direktiva 79/279 EEC*):

Jamči jednako postupanje prema dioničarima koji su u istom položaju, ukoliko je riječ o pristupu i obavještavanju o relevantnim informacijama.

d) Članak 3(1)(a), sagledan zajedno s osmim recitalom preambule Direktive 2004/25 EC od 21. travnja 2004. godine o ponudama za preuzimanje (dalje: *Direktiva o ponudama za preuzimanje ili Direktiva 2004/25 EC*)³⁴:

Jamči zaštitu manjinskih dioničara ukoliko dođe do stjecanja nadzora nad društvom.

U daljnjem tekstu ovog rada, pozornost će biti usmjerena upravo na odgovor Europskog suda na prvo pitanje te na argumente kojima je odgovor potkrijepljen i obrazložen.

Podnositelj zahtjeva za prethodno tumačenje, luksemburški kasacijski sud, postavio je pitanje: Može li se iz pojedinih odredbi o *jednakom postupanju prema dioničarima*, odnosno iz pojedinih odredbi o *zaštiti manjinskih dioničara* izvesti zaključak o postojanju *općeg načela* kojeg su te odredbe izraz? Međutim, kasacijski sud kao podnositelj zahtjeva, nigdje nije imenovao, odnosno, nije odredio precizno o kojem bi općem načelu ovdje moglo biti riječ. Dakle, nigdje nije naveo je li opće načelo kojeg su navedene odredbe možebitan izraz *načelo jednakog tretmana*, *načelo jednakog postupanja prema dioničarima*, *načelo zaštite manjinskih dioničara* ili možda neko drugo načelo. Europski sud u obrazloženju svoje odluke, što ćemo kasnije vidjeti, za opće načelo o čijem postojanju odlučuje najčešće uopće ne koristi naziv, već se na njega referira opisujući ga kao *opće načelo koje pruža zaštitu manjinskih dioničara pri stjecanju nadzora nad društvom* ili *opće načelo jednakog postupanja prema dioničarima koje se proteže i na odnos većinskih prema manjinskim dioničarima*. Ipak, i Sud ponegdje koristi nazive *načelo jednakog tretmana* (npr. par. 53. *Audiolux*), *načelo jednakog postupanja prema dioničarima* (npr. par. 32., 37. i 38. *Audiolux*) i *načelo zaštite manjinskih dioničara* (npr. par. 34., 36., 43., 46. *Audiolux*). Trebalo je napraviti distinkciju između ova tri (eventualna) načela, a ne sva tri naziva koristiti za isti pojam, odnosno, u istom kontekstu. (op.a.)

2.) *Drugo pitanje*

Primjenjuje li se opće načelo prava EU, o kojem je u ovom predmetu riječ, samo na odnos društva prema dioničarima ili se, suprotno tome, navedeno načelo može primijeniti i na odnos između samih dioničara (što uključuje i odnos većinskog prema manjinskim dioničarima)?

Europski sud na ovo pitanje mora odgovoriti samo ukoliko potvrdno odgovori na prvo postavljeno pitanje, odnosno, ukoliko potvrdi da u pravu EU postoji

33 Council Directive 79/279/EEC of 5. March 1979. coordinating the conditions for the admission of securities to official stock exchange listing and carried over in the consolidating directive of 28 May 2001. (OJ 1979 L 66, p. 21.).

34 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids, (OJ 2004 L 142, p. 12.).

opće načelo koje pruža zaštitu manjinskih dioničara pri stjecanju nadzora nad društvom. U svakom slučaju, odgovor na drugo pitanje uvelike ovisi o odgovoru na prvo pitanje. Stoga, ukoliko bi Sud zaključio da u pravu EU postoji *opće načelo jednakog postupanja prema dioničarima*, na drugo bi pitanje trebao odgovoriti negativno. Naime, u pravnoj literaturi postoji konsenzus oko toga da se načelo jednakog postupanja prema dioničarima primjenjuje samo na odnos društva prema dioničarima.³⁵ Za razliku od toga, ako bi Sud u odgovoru na prvo pitanje zaključio da u pravu EU postoji *opće načelo zaštite manjinskih dioničara*, nema zapreke da se navedeno načelo primjeni i na međusoban odnos dioničara, posebice na odnos većinskog prema manjinskim dioničarima.³⁶ (op.a.)

3.) Treće pitanje

Ukoliko je odgovor na oba prethodno postavljena pitanja pozitivan (odnosno ako je Sud zauzeo stajalište da postoji opće načelo prava EU koje jamči zaštitu manjinskih dioničara, a primjenjuje se i na odnos većinskih dioničara prema manjinskim), nužno je odgovoriti i na treće pitanje, koje glasi: Može li se smatrati da je opće načelo prava EU o kojem je ovdje riječ (imajući u vidu razdoblje u kojem su na snazi odredbe navedene u prvom pitanju) postojalo i bilo obvezujuće za odnos većinskih prema manjinskim dioničarima (što je u skladu s potvrdnim odgovorom na drugo pitanje) i prije stupanja na snagu *Direktive 2004/25/EC* te prije nego što su nastale činjenice koje su dovele do spora iz kojeg je proizašao zahtjev za prethodno tumačenje (a one su nastale tijekom prve polovice 2001. godine)?

Naime, samo *Direktiva 2004/25/EC*, odredbom o *obveznoj ponudi za preuzimanje* (eng. *mandatory bid rule*)³⁷ te *odredbom o pravu prodaje dionica manjinskih*

35 Vidjeti: Barbić, J., op. cit. u bilj. 30., str. 503. (gdje se akademik poziva na Hüffer, U., Aktiengesetz, München, 2006., str. 262.): «Propis (tj. načelo jednakog položaja dioničara, op.a.) je usmjeren samo prema društvu. Dioničar se temeljem njega može braniti od mjera organa društva, ali ne može tražiti od ostalih dioničara da s njime postupaju jednako kao i s ostalim dioničarima. Tako se, primjerice, ne može tražiti da drugi dioničari kada otuđuju dionicu to na jednak način ponude drugim dioničarima...».

Mucciarelli, F. M., op. cit. u bilj. 17., str. 5.: «The plaintiff (Audiolux, op.a.) blurs the distinction between equal treatment vis-à-vis the corporation and equality upon a change of control. The former is a duty burdened to the company, which applies to decisions that affects shareholders' interests, while the latter is a duty of the majority shareholder to share the control premium with minority shareholders».

36 O načinima zaštite dioničara, kako od djelovanja organa društva, tako i od postupanja drugih dioničara, vidjeti više u: akademik Barbić, Jakša, Načini zaštite dioničara, Zbornik radova – 44. susret pravnika, Opatija, 2006.

37 Članak 5. st. 1. *Direktive o ponudama za preuzimanje*, regulira *obveznu ponudu za preuzimanje društva* (eng. *Mandatory bid rule*). Čl. 5. st. 1. u prijevodu na hrvatski jezik, glasi: „Kad fizička ili pravna osoba, kao rezultat vlastitog stjecanja ili stjecanja od strane osoba koje s njom djeluju zajednički, drži dionice društva čije su dionice uvrštene na uređeno tržište, a koje joj, uz bilo koje postojeće dionice koje ona drži ili uz dionice koje drže osobe koje s njom zajednički djeluju, izravno ili neizravno, daju određeni postotak glasačkih prava na glavnoj skupštini, omogućujući joj nadzor nad tim društvom – države članice osigurat će da takva osoba bude obvezna objaviti ponudu radi zaštite manjinskih dioničara tog društva. Takva će ponuda biti što je prije moguće, upućena svim imateljima tih dionica za sve njihove udjele,

dioničara (eng. *right to sell out*),³⁸ jamči zaštitu manjinskih dioničara pri stjecanju nadzora nad društvom i to nametanjem obveze dioničaru koji stječe nadzor da otkupi preostale dionice po fer cijeni. Stoga, ukoliko Sud zaključi kako navedene odredbe predstavljaju izraz općeg pravnog načela, znači da potvrđuje kako u pravu EU postoji *opće načelo zaštite manjinskih dioničara*, koje se slijedom toga, (budući da je riječ o deklaratornoj odluci koja potvrđuje da navedeno načelo postoji od ranije, tj. i prije nego što je dobilo pisani izričaj u *Direktivi 2004/25 EC*), ima primijeniti i na spor koji je proizašao u prvoj polovici 2001. godine. Međutim, ukoliko Sud, temeljem odredbi sadržanih u tri prvonavedena akta, izvede zaključak kako u pravu EU postoji načelo kojeg su te odredbe izraz, tada eventualno može izvesti zaključak o postojanju *općeg načela jednakog postupanja prema dioničarima*, a nikako o postojanju općeg načela zaštite manjinskih dioničara. Naime, odredbe na koje se poziva u tri prvonavedena akta, spominju samo jednako postupanje prema dioničarima, a nigdje zaštitu manjinskih dioničara. I opće načelo jednakog postupanja prema dioničarima može se primjeniti „retroaktivno“,³⁹ ali problem je primjena navedenog načela *ratione materiae* i *ratione personae*. Naime, navedeno se načelo primjenjuje samo na odnos društva prema dioničarima, pa ako bi Sud odlučio da se ono ima primijeniti na međusoban odnos dioničara, takva odluka imala bi konstitutivan učinak te bi se mogla primijeniti samo na buduće situacije, a nikako na spor nastao 2001. godine. Tu se opet javlja problem o kojem smo govorili u dijelu rada koji se odnosi na odnos Europskog suda i općih načela prava. Naime, ako bi Sud donio takvu konstitutivnu presudu kojom proširuje polje primjene određenog općeg načela, na sebe bi preuzeo zakonodavne ovlasti, čime bi prekršio Osnivačke ugovore. (op.a.)

Iz svega navedenog proizlazi kako je veoma bitno hoće li Sud zaključak o postojanju općeg pravnog načela izvesti iz *Direktive 2004/25 EC* ili iz nekog drugog predloženog akta. Naime, samo iz *Direktive 2004/25 EC* može se izvesti zaključak

po pravednoj cijeni koja je definirana člankom 4. Direktive o ponudama za preuzimanje kao: najviša cijena koju za iste dionice plati ponuditelj, ili osobe koje s njim djeluju zajednički, tijekom razdoblja koje će utvrditi države članice, ali ne duljeg od 6 mjeseci, niti kraćeg od 12 mjeseci prije ponude za otkup dionica, smatrat će se pravednom cijenom.“

38 Pravo prodaje dionica manjinskih dioničara (eng. *Right to sell out*) sadržano je u čl. 16. Direktive o ponudama za preuzimanje, i u prijevodu na hrvatski jezik glasi: st. 1.) „Države članice osigurat će da se nakon objavljivanja ponude svim imateljima dionica društva izdavatelja za sve njihove dionice primjenjuju st. 2. i 3.“, st. 2.) „Države članice osigurat će da imatelji preostalih dionica imaju mogućnost zatražiti od ponuditelja da otkupi njihove dionice po pravednoj cijeni, pod istim uvjetima kakvi su navedeni u čl. 15. st. 2., tj. kada osoba kojoj se dionice nude drži najmanje 90% temeljnog kapitala društva s pravom glasa i 90% glasačkih prva na glavnoj skupštini društva izdavatelja ...“.

39 U nedostatku primjerenijeg termina, koristimo termin „retroaktivno“, u smislu: u vremenu prije stupanja na snagu presude kojom se postojanje dotičnog načela potvrđuje. Međutim, budući da je riječ o deklaratornoj presudi, nema ni retroaktivne primjene načela, jer se ono ima primijeniti na razdoblje u kojem je već postojalo, samo što o tome još nije bilo izričite potvrde (op.a.).

o postojanju općeg načela zaštite manjinskih dioničara, dok se iz svih drugih akata može izvesti samo zaključak o postojanju općeg načela jednakog postupanja prema dioničarima. Budući da je riječ o bitno različitim načelima koja imaju različito polje primjene kako *ratione materiae*, tako i *ratione personae*, autorica smatra kako bi bilo poželjno da je Europski sud učinio jasniju distinkciju između dvaju navedenih načela.

3.3. Izreka presude

Sud je u konačnici odlučio:

„U pravnom poretku Europske unije ne postoji opće načelo prava prema kojem su manjinski dioničari zaštićeni obvezom većinskog dioničara da, prilikom ostvarivanja ili stjecanja nadzora nad društvom, ponudi otkup svih preostalih dionica i to pod uvjetima identičnim onima koji su bili dogovoreni prilikom preuzimanja udjela kojim je stekao ili ojačao mogućnost nadzora nad društvom.“⁴⁰

Kojim je argumentima Sud obrazložio navedeni odgovor, slijedi u idućem dijelu ovoga rada.

3.4. Obrazloženje presude

Kao što je već navedeno, niti Europski sud nije imenovao načelo o čijem je postojanju odlučivao, već ga je samo opisao kao *načelo koje pruža zaštitu manjinskim dioničarima namećući obvezu većinskim dioničarima pri stjecanju nadzora nad društvom*. Prema mišljenju autorice, ovakav sadržaj eventualno bi mogla imati tri načela i to: *načelo jednakog postupanja prema dioničarima*, *načelo zaštite manjinskih dioničara* te *opće načelo jednakog tretmana (tj. zabrane diskriminacije)*.⁴¹ U nastavku rada, vidjet ćemo da je Sud ispitao sve tri mogućnosti,

40 Vidjeti: Operative part of the judgement in Case C-101/08 *Audiolux*.

41 Bertelesmann - tuženik iz glavnog postupka, u pisanom podnesku kojim se osvrće na pitanja postavljena u zahtjevu za prethodno tumačenje povodom predmeta *Audiolux*, prvi raščlanjuje načelo o kojem Europski sud treba odlučiti na tri eventualno moguća načela: načelo jednakog postupanja prema dioničarima, načelo zaštite manjinskih dioničara i načelo jednakosti. Bertelesmann ističe sljedeće: „Kao prvo, Direktiva 77/91 i Direktiva 79/279 u pojedinim svojim odredbama spominju samo načelo jednakog postupanja prema dioničarima koje se primjenjuje samo na odnos društva prema dioničarima i to samo u specifičnim situacijama unutar uskog polja primjene tih Direktiva. Kada je riječ o obveznoj ponudi za preuzimanje društva (eng. mandatory bid rule), iz koje *Audiolux* također izvodi zaključak o postojanju općeg načela, Bertelesmann ističe da je riječ o pravilu koje je ograničeno na primjenu u veoma specifičnoj i precizno određenoj situaciji te da ništa ne ukazuje na to kako je ono izraz općeg načela prava. Uz sve to, Bertelesmann ističe kako se zaštita manjinskih dioničara ne bi mogla postići niti primjenom načela jednakosti čije je postojanje Europski sud već potvrdio jer je ono preopćenito da bi iz njega mogla proizići obveza davanja ponude za preuzimanjem.“

I Komisija u svom podnesku naglašava različitost između načela jednakog postupanja prema dioničarima i načela zaštite manjinskih dioničara: „*jednakost dioničara i zaštita manjinskih*

tj. da je sva tri načela uzeo u obzir kao eventualno moguća opća načela iz kojih su proizašle norme sekundarnih izvora koje su navedene u zahtjevu za prethodno tumačenje.⁴²

Sud je najprije ustanovio kako su prva dva pitanja međusobno povezana i kako ih je prikladno rješavati zajedno. U suštini, oba se pitanja mogu svesti na sljedeće: *Postoji li unutar pravnog poretka EU opće načelo jednakog postupanja prema dioničarima koje manjinskim dioničarima pruža zaštitu nametanjem obveze većinskom dioničaru da prilikom ostvarivanja ili stjecanja nadzora nad društvom mora ponuditi otkup svih preostalih dionica i to pod uvjetima identičnim onima koji su bili primijenjeni prilikom stjecanja udjela kojim je većinski dioničar stekao ili povećao svoj nadzor nad društvom?*⁴³

Europski sud izričito je naglasio kako sama činjenica da sekundarni izvori prava EU sadrže određene odredbe kojima se jamči zaštita manjinskih dioničara, odnosno jednakost svih dioničara, nije dostatna da se iz nje izvede neupitan zaključak o postojanju općeg pravnog načela iz kojeg su te odredbe proizašle, tim više ako je polje primjene navedenih odredbi ograničeno na strogo definirane situacije, odnosno, ako se za njihovu primjenu moraju ispuniti strogo propisani uvjeti ili ako te odredbe osiguravaju zaštitu samo strogo određenih subjektivnih prava. Pritom je posebno istaknuo kako se jedino iz odredbi koje imaju obvezujućí učinak može izvesti zaključak o postojanju općeg pravnog načela čiji su one izraz, što je već potvrdio u brojnim svojim presudama.⁴⁴ Prema tome, budući da *Preporuka Komisije 77/534* na koju se poziva u zahtjevu za prethodno odlučivanje, kao niti *Code of Conduct* (na kojeg se navedena Preporuka odnosi) nemaju obvezujućí učinak, Europski sud uopće nije trebao razmatrati može li se iz odredbi koje su u njima sadržane izvesti zaključak o postojanju općeg pravnog načela. Ipak, Sud se i na te odredbe kratko osvrnuo, budući da mu je to bio još jedan od argumenata za pobijanje teorije o postojanju općeg pravnog načela koje pruža zaštitu manjinskim dioničarima namećući obvezu većinskim.

dioničara ne mogu se smatrati općim načelom prava EU. Kao što je jasno izraženo u presudama europskog suda, samo se određena temeljna načela mogu smatrati tako visoko rangiranim u odnosu na sekundarne izvore prava da prema tome mogu spadati u tzv. opća načela prava EU. Načelo jednakosti dioničara i načelo zaštite manjinskih dioničara suviše su precizna pravna pravila da bi se mogla smatrati općim načelima prava EU. Komisija uz to naglašava da niti jedno od ta dva načela, niti je načelo zajedničko pravnim poretcima zemalja članica niti je temeljno načelo izraženo u tzv. Osnivačkim sporazumima. (...) Komisija tvrdi da Direktiva 2004/25EC ne spominje niti opće načelo jednakog postupanja prema dioničarima, niti opće načelo zaštite manjinskih dioničara kao načela koja su postojala prilikom njenog donošenja.“

42 Sud čak i koristi nazive: *general principle of equal treatment of shareholders*, *general principle of protection of minority shareholders* te *general principle of equality* (equal treatment), iako nigdje izričito ne naglašava da je riječ o tri različita načela s različitim sadržajem.

43 Videti C-101/08 *Audiolux*, par. 32.

44 U presudi C-101/08 *Audiolux*, par. 34., Sud se, kako bi opravdao navedeno stajalište, pozvao na presude: Predmet C-149/96 *Portugal v. Council* (1999) ECR I-8395, par. 86; Predmet C-189/01 *Jippes and Others* (2001) ECR I-5689, par. 73. and 74.

Europski sud je analizu pojedinačnih odredbi, na koje se kasacijski sud pozvao u zahtjevu za prethodno tumačenje, započeo analizom odredbi sadržanih u *Direktivi 77/91* i *Direktivi 79/279*. Polje primjene *ratione materiae* za obje je Direktive strogo definirano i veoma ograničeno i ni u kojem slučaju ne pokriva predmet spora iz glavnog postupka.⁴⁵

Direktiva 77/91 predviđa primjenu načela jednakog postupanja prema svim dioničarima koji su u jednakom položaju. Ali, iz daljnjeg izričaja jasno proizlazi da se ovo načelo ima primijeniti samo u svrhu implementacije *Direktive 77/91* i samo unutar polja primjene iste, a to je (prema 5. recitalu preambule) povećanje i smanjenje temeljnog kapitala. Uz to, načelo jednakog postupanja prema dioničarima, propisano člankom 42.,⁴⁶ primjenjuje se samo uz ispunjenje strogo određenih uvjeta (tj. samo na one dioničare koji su u jednakom položaju). Stoga je riječ o odredbi koja nema svojstvo općenitosti i sveobuhvatnosti koje je po prirodi stvari svojstveno svim općim pravnim načelima, pa se takva odredba ne može smatrati niti specifičnim izrazom općeg pravnog načela.⁴⁷

Slično tome i iz *Direktive 79/279* proizlazi da društva moraju osigurati jednako postupanje prema svim dioničarima koji su u istom položaju, ali samo ako je riječ o objavljivanju relevantnih informacija.

Iz svega navedenog, nesporno se može zaključiti kako odredbe *Direktive 77/91*, baš kao i odredbe *Direktive 79/279*, koje je u zahtjevu za prethodno tumačenje naveo kasacijski sud, imaju strogo ograničeno polje primjene *ratione materiae* pod koje se ni na koji način ne bi mogao podvesti predmet iz postupka koji se vodi pred luksemburškim sudovima. Štoviše, kao što je i nezavisna odvjetnica Trstenjak posebno istaknula u paragrafu 84. njenog Mišljenja, navedene odredbe na koje se pozvao kasacijski sud, ograničene su na uređivanje konkretnih situacija i to samo unutar grane «Pravo društava», a cilj im je obvezati društva na zaštitu svojih dioničara. Prema tome, navedenim odredbama nedostaje općenit i sveobuhvatan karakter koji je nužan da bi se norma mogla smatrati izrazom općeg pravnog načela.

Glede odredbi koje su sadržane u *Preporuci Komisije*, odnosno u *Kodeksu Postupanja* na kojeg se preporuka poziva, a koje je u zahtjevu za prethodno tumačenje

45 Kada se tužitelj, u postupku pred luksemburškim sudom, pozvao na navedene Direktive, znao je da one uređuju pitanja koja se ne mogu dovesti u vezu s predmetom spora, ali je iz odredbi navedenih u Direktivama htio izvesti zaključak o postojanju općeg načela kojeg su te odredbe samo specifičan izraz, a koje se kao opće načelo može primijeniti na bilo koju drugu situaciju, pa tako i na predmet spora iz glavnog postupka. Međutim, problem je što odredbe koje su sadržane u izvorima koji imaju usko polje primjene *ratione materiae*, u pravilu nisu općenite i sveobuhvatne nego dodjeljuju strogo određena subjektivna prava ili nameću strogo određene obveze, a kao što će u ovom radu naknadno biti objašnjeno, iz odredbi koje nemaju općenit i sveobuhvatan karakter ne može se izvesti zaključak kako one predstavljaju izraz općeg načela. Naime, da bi odredba bila izraz općeg načela ona mora biti sveobuhvatna i općenita, u suprotnom je riječ o «običnoj» pravnoj normi.

46 Čl. 42. *Direktive 77/91* glasi: "Radi provedbe ove Direktive, države zakonima moraju osigurati jednak položaj svih dioničara pod jednakim uvjetima."

47 Vidjeti C-101/08 *Audiolux*, par. 37.

također naveo kasacijski sud, Europski je sud naglasio kako tzv. opće načelo br. 3 i dopunsko načelo br. 17, nigdje izričito ne spominju postojanje općeg načela prava EU koje bi se odnosilo na zaštitu manjinskih dioničara.⁴⁸ Stavak 2. dopunskog načela br. 17. tek navodi kako bi bilo poželjno ponuditi svim dioničarima otkup njihovih dionica, ali samo ukoliko manjinskim dioničarima nije već pružena ekvivalentna zaštita putem nekog drugog sredstva (odnosno na drugačiji način). Uzimajući u obzir presude na koje se Sud pozvao u par. 34 presude *Audiolux*⁴⁹ takav način izražavanja (tj. preporučivanje umjesto obvezivanja), isključuje svaku mogućnost za eventualno izvođenje zaključka o tome kako su navedene odredbe izraz općeg pravnog načela koje pruža zaštitu manjinskim dioničarima.

Direktiva 2004/25 o ponudama za preuzimanje predviđa da dioničar koji stekne nadzor nad društvom mora postupiti u skladu s *odredbom o obveznoj ponudi za preuzimanje* te u skladu s *odredbom o pravu prodaje dionica manjinskih dioničara*. Ovdje najprije treba istaknuti kako recitali iz preambule navedene *Direktive* koji se odnose na *obveznu ponudu za preuzimanje* te na *pravo prodaje dionica manjinskih dioničara*,⁵⁰ ni eksplicitno ni implicitno ne navode da odredbe sadržane u *Direktivi* proizlaze iz općeg načela prava EU. Štoviše, navedeni recitali ne referiraju se niti na *Code of Conduct*, niti na *Direktive 77/91 i 79/279*, stoga se ne može izvesti ni zaključak da je *Direktiva 2004/25* kulminacija projekta započetog sedamdestih godina prošlog stoljeća kada su donesene navedene *Direktive i Code of Conduct*.

Nadalje, prema čl. 1. *Direktive o ponudama za preuzimanje*, odredbe o *obveznoj ponudi za preuzimanje* te o *pravu prodaje dionica manjinskih dioničara*, primjenjuju se samo na društva koja su uvrštena na uređena tržišta. Uz to, odredba o *obveznoj ponudi za preuzimanje* primjenjuje se samo kada dioničar ima udio koji mu omogućuje nadzor nad društvom,⁵¹ dok se odredba o *pravu prodaje dionica manjinskih dioničara* primjenjuje samo ako osoba preuzimanjem stječe preko 90% udjela u temeljnom kapitalu društva koji osigurava barem toliki udio u glasačkim pravima.⁵² Iz svega navedenog proizlazi da se i odredbe *Direktive o ponudama za preuzimanje* primjenjuju samo unutar veoma ograničenog polja primjene *ratione materiae* te im nedostaje svojstvo općenitosti i sveobuhvatnosti da bi se mogle smatrati izrazom općeg načela prava EU.⁵³

48 Vidjeti C-101/08 *Audiolux*, par. 43.

49 Presude na koje se ECJ pozvao u par. 34. presude *Audiolux*, navedene su u fusnoti br. 44.

50 Riječ je o recitalima br. 2, 9, 10, 11 i 24 preambule *Direktive 2004/25 o ponudama za preuzimanje*.

51 Vidjeti čl. 5. st. 1. *Direktive o ponudama za preuzimanje* (prijevod na hrvatski jezik u fusnoti br. 37).

52 Vidjeti čl. 15. i čl. 16. *Direktive o ponudama za preuzimanje* (dijelovi članaka 15. i 16. prevedeni su na hrvatski jezik u fusnoti br. 38).

53 GBL – tuženik iz glavnog postupka, u pisanom podnesku kojim se osvrće na pitanja postavljena u zahtjevu za prethodno tumačenje povodom predmeta *Audiolux*, tvrdi sljedeće: „donošenje *Direktive 2004/25* ukazuje upravo na to da načelo jednakog postupanja prema dioničarima koje bi pružalo zaštitu manjinskim dioničarima ne postoji kao opće načelo prava. Naime, brojna različita sredstva zaštite manjinskih dioničara koja su se primjenjivala u državama članicama, a radi čijeg je usklađivanja između ostalog i donesena *Direktiva 2004/25 EC*, ukazuju na to kako ne postoji takvo opće načelo na nivou EU.“

Uzimajući u obzir sve do sada navedeno, Europski sud je utvrdio kako mora zaključiti da odredbe sekundarnog prava EU, na koje se u zahtjevu za prethodno tumačenje pozvao luksemburški kasacijski sud, ni na koji način ne pružaju dokaze da u pravnom sustavu EU postoji opće načelo koje osigurava jednako postupanje prema manjinskim dioničarima.⁵⁴

Europski sud se pri kraju obrazloženja svoje odluke osvrnuo i na sljedeće: Može li se, eventualno, *opće načelo jednakog postupanja prema dioničarima koje osigurava zaštitu manjinskih dioničara kako od strane društva, tako i od strane većinskog dioničara*, uzeti kao *specifičan izraz općeg načela jednakog tretmana* (engl. *general principle of equal treatment* ili *general principle of equality*)?⁵⁵ Postojanje i sadržaj općeg načela jednakog tretmana Europski sud već je potvrdio svojom praksom. Naime, Sud je ustanovio kako *načelo zabrane diskriminacije na temelju državljanstva/nacionalnosti*, koje je izričito predviđeno Osnivačkim ugovorom, predstavlja samo *poseban vid općeg načela jednakog tretmana*⁵⁶ koje zahtijeva jednako postupanje prema subjektima koji se nalaze u usporedivim situacijama (i obratno), osim ukoliko je odstupanje opravdano iz objektivnih razloga.⁵⁷ Brojnim presudama Europski je sud pojasnio sadržaj i opseg ovog načela (*Skimmed – Milk Powder C-84/04, ARGE Gewässerschutz v. Bundesministerium für Land – und Forstwirtschaft C-94/99, Storebaelt C-243/89, Walloon Buses C-87/94, Sabbatini v. European Parliament C-20/71, Airolo v. Commission, Prais v. Council*).⁵⁸

U predmetu koji se vodio pred luksemburškim sudovima, tužitelj - Audiolux, smatrao je kako nastup određene situacije (konkretno: stjecanje udjela koji pruža mogućnost nadzora nad društvom), povlači za sobom i nastanak određene obveze (konkretno: za osobu koja stječe nadzor nad društvom nastaje obveza davanja ponude za preuzimanjem svih preostalih dionica i to pod uvjetima identičnim onima koji su bili dogovoreni pri stjecanju udjela koji joj je omogućio nadzor). Prema

54 Vidjeti C-101/08 *Audiolux*, par. 52.

55 Vidjeti C-101/08 *Audiolux*, par. 53.

56 Više o načelu jednakog tretmana vidjeti u: Aviani, Damir, Temeljna opća načela u pravu europske zajednice relevantna za tržišno djelovanje javno pravnih tijela, str. 7. i 8., gdje između ostalog, pozivajući se na presudu od 8. listopada 1980. godine Case 810/79 *Überschär*, navodi sljedeće: «*Opće načelo jednakog tretmana, iako nije izričito definirano niti u Osnivačkom ugovoru niti u sekundarnom pravu EU, jedno je od temeljnih načela prava EU, a zabrana diskriminacije na temelju nacionalnosti (koja je izričito propisana u Osnivačkom ugovoru), samo je pojavni oblik ovog načela.*», dostupno na: http://www.vus.hr/uploads/file/zbornik/damir_aviani_clanak.pdf, zadnji put posjećeno: 15. siječnja 2012.

57 U predmetu C-101/08 *Audiolux*, par. 54., Europski sud se pozvao na presudu C-27/07 *Arcelor Atlantique and Lorraine and Others* (2008) ECR I-19895, par. 23, u kojoj je objašnjen sadržaj načela jednakog tretmana

58 Zanimljiva je presuda C-144/04 *Mangold*, u kojoj je Europski sud ustanovio da nacionalne norme koje dovode do diskriminacije na temelju godina, nisu u skladu s pravom EU jer proturječe općem načelu prava EU – načelu jednakog tretmana. Stoga, za neprimjenu nacionalnih diskriminirajućih normi, nije bila bitna činjenica da još nije bio istekao rok za implementaciju *Direktive 2000/78 EC* kojom se zabranjuje diskriminacija prilikom zapošljavanja (uključujući i diskriminaciju pri zapošljavanju na temelju godina).

tužitelju, pravni osnov za nastanak navedene obveze jest opće načelo prava EU. Nakon što je Europski sud, u predmetu *Audiolux*, najprije ustanovio da se iz odredbi sekundarnih izvora na koje se pozvalo u zahtjevu za prethodno tumačenje ne može izvesti zaključak o postojanju općeg načela koje jamči jednakost manjinskih dioničara nametanjem obveze većinskom dioničaru da pri stjecanju nadzora nad društvom otkupi sve preostale dionice (tj. da **ne postoji opće načelo zaštite manjinskih dioničara, niti opće načelo jednakog postupanja prema dioničarima**), odlučio je ispitati može li takva zaštita manjinskih dioničara proizići iz *općeg načela jednakog tretmana*, tj. htio je provjeriti može li se uzeti da postoji specifičan vid tog načela koji pruža zaštitu manjinskih dioničara na opisan način. Međutim, Sud je naposljetku zaključio da je *opće načelo jednakog tretmana* toliko općenito i sveobuhvatno da ne može u konkretnoj situaciji, odnosno pri ispunjenju određenih uvjeta, nametnuti konkretnu, odnosno određenu obvezu. Pogotovo ne može izvršiti odabir između više raspoloživih obveza, odnosno između više raspoloživih zaštitnih mjera. Iz toga jasno proizlazi da se niti konkretne pravne norme koje za nastup određene situacije vežu konkretnu obvezu, odnosno zaštitnu mjeru (kao što to čine odredba o *obveznoj ponudi za preuzimanje* i odredba o *pravu prodaje dionica manjinskih dioničara*) ne mogu smatrati izrazom općeg načela jednakog tretmana.⁵⁹

Europski sud naveo je kako opća načela prava EU imaju „ustavni status“, ali nije pojasnio što podrazumijeva pod pojmom «ustavni status». Autorica smatra da navedenu sintagmu treba shvatiti na sljedeći način: ili je riječ o načelima koja su izričito navedena u Osnivačkim ugovorima ili je riječ o osnovnim, temeljnim vrijednostima, koja su toliko svojstvena europskom pravnom poretkom da se mogu smatrati dijelom primarnog prava EU, tj. dijelom Osnivačkih ugovora čak i ukoliko nisu u njima izričito navedena. Takva nepisana opća načela, ukoliko s vremenom i postanu „materijalizirana“ putem tzv. sekundarnih izvora, uvijek zadržavaju svoj karakter općenitosti i sveobuhvatnosti. Stoga je Sud, upravo iz razloga što im nedostaje navedeno svojstvo, zaključio kako se odredbe sekundarnog prava koje su navedene u zahtjevu za prethodno tumačenje, ne mogu smatrati izrazom općeg pravnog načela. S druge strane, načelo jednakog tretmana, jest opće načelo prava, što je već potvrđeno brojnim presudama europskog suda, ali se upravo radi svoje općenitosti ne može primjeniti u konkretnim situacijama, tj. na odnose među pojedincima, što znači da iz njega ne mogu niti proizaći pravne norme koje dodjeljuju subjektivna prava ili nameću određene obveze (kao što to, primjerice, čini odredba o *obveznoj ponudi za preuzimanje* ili odredba o *pravu prodaje dionica manjinskih dioničara*).

Budući da je Sud na prvo i drugo pitanje iz zahtjeva za prethodno odlučivanje odgovorio negativno, nije bilo potrebe odgovarati na treće pitanje.

59 Više o odnosu općeg načela jednakog tretmana i pravila o obveznoj ponudi za preuzimanje društva, vidjeti u: Mucciareli, Federico Maria, *Exclusion of US holders in cross-border takeover bids and the principle of equality in takeover offers*, CEFIN Working papers No 18, May 2009., str. 12. i 13., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1399496>, zadnji put posjećeno 15. siječnja 2012. Godine.

4. ZAKLJUČAK

Autorica smatra da je Europski sud ispravno zaključio kako u pravu EU ne postoji opće načelo prava prema kojem su manjinski dioničari zaštićeni obvezom većinskog dioničara da pri stjecanju nadzora nad društvom ponudi otkup svih preostalih dionica i to pod uvjetima identičnim onima koji su bili dogovoreni pri preuzimanju udjela kojim stekao ili ojačao mogućnost nadzora nad društvom.

Međutim, autorica vjeruje kako bi bilo svrsishodno da Europski sud svojom presudom jasno utvrdi uvjete koji moraju biti ispunjeni da bi se mogla donijeti odluka o tome da u pravu EU postoji opće načelo određenog sadržaja. Primjerice, nezavisna odvjetnica iz predmeta *Audiolux*, predložila je sljedeće uvjete (od kojih barem jedan mora biti ispunjen, da bi Sud mogao zaključiti kako u pravu EU postoji opće načelo određenog sadržaja): a) norma koja je izraz općeg načela ima ili ustavni status ili općenit i sveobuhvatan karakter, odnosno, b) pravni teoretičari suglasni su da određeno opće načelo prava EU postoji. Nažalost, u predmetu *Audiolux*, kao ni u bilo kojem drugom predmetu do sada, Europski sud niti je potvrdio predložene kriterije, niti je sam utvrdio druge kriterije koje bi bilo potrebno ispitati. Tek kada Sud jasno utvrdi kriterije temeljem kojih će odlučivati postoji li u pravu EU određeno opće načelo ili ne, smanjit će se opasnost da uslijed odlučivanja temeljem diskrecijske ocjene donese pogrešnu odluku. Pogrešnom odlukom, tj. odlukom kojom bi utvrdio postojanje određenog općeg načela, koje nije inherentno za europski pravni poredak, konstituirao bi novu normu kakva dotad nije postojala u nepisanom obliku. Time bi ušao u zakonodavnu sferu, čime bi uvelike povrijedio Osnivačke ugovore.

Nadalje, ukoliko bi Sud, svojom eventualnom pogreškom, određenu normu «uzdignuo» na razinu općeg pravnog načela, takva bi norma dobila mogućnost primjene i na one situacije koje su nastale prije donošenja sporne sudske odluke. Primjerice, da je Europski sud u predmetu *Audiolux* zaključio kako je odredba o *obveznoj ponudi za preuzimanje*, koja je sadržana u *Direktivi o ponudama za preuzimanje*, izraz općeg pravnog načela, tada bi se opće pravno načelo (koje po svom sadržaju odgovara navedenoj odredbi), moglo primjenjivati i na predmete koji su nastali prije nego što je odredba o *obveznoj ponudi za preuzimanje*, putem *Direktive o ponudama za preuzimanje*, stupila na snagu i postala obvezujuća. Ovo bi *de facto* omogućilo retroaktivnu primjenu odredbe o *obveznoj ponudi za preuzimanje*, ali pod «krinkom» općeg pravnog načela, čime bi se povrijedila opća pravna načela *zabrane retroaktivnosti, pravne sigurnosti te zaštite legitimnih očekivanja*.

Kako bi se smanjila opasnost od zadiranja u zakonodavnu sferu, koja prijeto pri odlučivanju o općim pravnim načelima, autorica vjeruje da će Europski sud uskoro ustanoviti uvjete koji će morati biti ispunjeni da bi se mogla donijeti odluka o tome kako u pravu EU određeno opće načelo postoji.

Pravno bi najispravnije bilo da se navedeni uvjeti utvrde Osnivačkim ugovorima, u dijelu kojim se uređuju ovlasti Europskog suda. Međutim, kako se skorašnja izmjena Osnivačkih ugovora ne očekuje, zadovoljavajući bi, za prvo vrijeme, bili i uvjeti koje utvrdi Europski sud.

Summary

MAY PARTICULAR PROVISIONS OF EU LAW ON EQUAL TREATMENT OF SHAREHOLDERS AND PROTECTION OF MINORITY SHAREHOLDERS BE INFERRED FROM A GENERAL PRINCIPLE OF LAW? – CASE AUDIOLUX

This paper analyses the judgement of the European Court of Justice (hereinafter: the ECJ) in the case Audiolux C-101/08. In the preliminary ruling procedure the ECJ had to decide whether EU law includes any general principle of law from which certain provisions of secondary EU law on equal treatment of shareholders and protection of minority shareholders (such as the mandatory bid rule) can be inferred. The ECJ ruled that EU law does not include any such general principle. The author does not dispute the validity of the Court's decision as to its merits, but outlines the threat inherent in the Court's efforts to determine a general principle of EU law. In such a scenario the Court may infringe legislative powers which are conferred to the EU Parliament and the Council by the Treaty on European Union. In this regard, it should be noted that the ECJ is not entitled to establish any new general principle of law. Instead, it may only establish that there are already certain unwritten principles in EU law. Consequently, should the ECJ create an unwritten rule where there is none, it would generate a new legal norm and thereby confer upon itself legislative powers. This would inevitably breach the „institutional balance rule” implied under the Treaty. Therefore, the author argues that the risk of this occurring will be reduced if the discretionary ruling on a case-by-case basis would be replaced by the ruling in accordance with predefined rules. The ECJ would thus have to examine in each case whether a general principle of law already exists in EU law or not.

Key words: *general principles of EU law, equal treatment of shareholders, protection of minority shareholders, ECJ and “institutional balance rule”.*

Zusammenfassung

SIND DIE VERORDNUNGEN ÜBER DIE GLEICHBEHANDLUNG DER AKTIONÄRE UND DEN SCHUTZ DER MINDERAKTIONÄRE EIN AUSDRUCK DES ALLGEMEINEN GRUNDSATZES VOM EU-RECHT? – DAS URTEIL ECJ C – 101/08 AUDIOLUX

In der Arbeit wird das Urteil des Europäischen Gerichtshofs ECJ C-101/08 *Audiolux* dargestellt, wobei das Gericht, anlässlich des Antrags auf die präliminarische Auslegung feststellen musste, ob es im EU-Recht den allgemeinen Grundsatz für den Schutz der Minderaktionäre gibt, so dass es dem Mehrheitsaktionär die Pflicht anzwingt, bei der Erwerbung der Gesellschaftsaufsicht den Aktienrückkauf zu dem Preis der erworbenen Aktien, welche ihm die Gesellschaftsaufsicht ermöglichten, anzubieten. Das Gericht stellte fest, dass es den allgemeinen Grundsatz des beschriebenen Inhalts nicht gibt. Indem die Autorin die Gerichtsentscheidung, die sie meritorisch richtig findet, analysiert, warnt sie vor der Gefahr der Einmischung des Gerichts in die gesetzgebende Sphäre. Der Europäische Gerichtshof, nämlich, ist nicht befugt, neue allgemeine Rechtsgrundsätze festzustellen, sondern er kann nur bestätigen, dass es im EU-Recht den entsprechenden allgemeinen Grundsatz in ungeschriebener Form schon gibt. Demzufolge, falls das Gericht den entsprechenden Grundsatz feststellen würde, obwohl es es nicht gibt, würde das Gericht die neue Norm konstituieren und so die gesetzgebenden Befugnisse übernehmen. Die Autorin ist der Meinung, dass die Möglichkeit der Einmischung des Gerichts in die gesetzgebende Sphäre wesentlich reduziert würde, wenn das diskretionäre Entscheiden des Gerichts vom Fall zum Fall durch objektiv bestimmte und im Voraus bekannte Voraussetzungen ersetzt würde, wobei das Gericht bei jedem Entscheiden prüfen müsste, ob es im EU-Recht den entsprechenden Grundsatz gibt oder nicht.

Schlüsselwörter: *allgemeine Grundsätze des EU-Rechts, Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre, Schutz der Minderaktionäre, der Europäische Gerichtshof – Überschreitung der Befugnisse.*

Riassunto

RAPPRESENTANO LE DISPOSIZIONI CIRCA IL TRATTAMENTO PARITARIO DEGLI AZIONISTI E DEGLI AZIONISTI DI MINORANZA ESPRESSIONE DI UN PRINCIPIO GENERALE DEL DIRITTO EUROPEO? LA SENTENZA CGE C-101/08 AUDIOLUX

Nel lavoro viene esaminata la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea C-101/08 *Audiolux*, dove la Corte, nel pronunciarsi su una questione pregiudiziale, dovette stabilire se esiste nel diritto dell'UE un principio generale che offre tutela agli azionisti di minoranza, imponendo l'obbligo all'azionista di maggioranza, nel rilevare il controllo della società, di offrire l'acquisto delle rimanenti azioni al prezzo al quale ha rilevato le azioni che gli hanno permesso di ottenere il controllo della società. La Corte ha stabilito che un siffatto principio generale non è rinvenibile. Analizzando la decisione della Corte, che l'autrice quanto al merito ritiene corretta, si fa notare il pericolo dell'interferenza della Corte nella sfera legislativa. Precisamente, la Corte europea non è autorizzata ad individuare nuovi principi generali, bensì unicamente a confermare se nel diritto europeo già esista un determinato principio non scritto. Pertanto, qualora la Corte accertasse che un determinato principio esiste, per quanto esso in realtà non esista, costituirebbe una nuova norma, attribuendosi così il potere legislativo. L'autrice ritiene che la possibilità di interferenza della Corte nella sfera legislativa verrebbe notevolmente limitata allorquando il potere discrezionale della Corte di decidere da caso a caso, venisse sostituito da parametri oggettivi fissati da condizioni prestabilite che la Corte dovrebbe applicare in occasione di ogni decisione che riguarda l'interrogativo se nel diritto europeo esiste o no un determinato principio generale.

Parole chiave: *principi generali dell'UE, principio del trattamento paritario nei confronti degli azionisti, tutela degli azionisti di minoranza, Corte europea – superamento dei poteri.*