

UDK 34 + 3

ISSN 1330-349X
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 43

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.
vol. 43, br. 1, str. VI + 1-266, Rijeka, 2022.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI
COLLECTED PAPERS OF THE FACULTY OF LAW OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

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

Glavni urednik/Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Željko Bartulović

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Edita Čulinović Herc, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, prof. dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, prof. dr. sc. Dario Đerđa, prof. dr. sc. Sanja Barić, prof. dr. sc. Budislav Vukas, prof. dr. sc. Maja Bukovac Puvača (svi s Pravnog fakulteta u Rijeci), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento, Italija), prof. dr. sc. Tomislav Borić (Graz, Austrija), prof. dr. sc. Elina N. Moustaira (Atena, Grčka), prof. dr. sc. Pasquale Pistone (Salerno, Italija/IBFD, Nizozemska), prof. dr. sc. Saša Prelič (Maribor, Slovenija), izv. prof. dr. sc. László Heka (Szeged, Mađarska)

Izvršni urednici/Executive Editors: izv. prof. dr. sc. Maša Marochini Zrinski, doc. dr. sc. Martina Bajčić

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

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

za UDK/for UDC: dr. sc. Dejana Golenko, knjižničarska savjetnica

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel. + 385 51 359-500, faks. + 385 51 675-113

e-pošta: zbornik@pravri.hr

mrežno mjesto/web: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/zpfsr/about>

Časopis izlazi tri puta godišnje.

Naklada: 300 primjeraka

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

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za Web of Science Core Collection (WoSCC), podbaza Emerging Sources Citation Index (ESCI), HeinOnline Law Journal Library (William S. Hein & Co., Inc., USA), Index to Foreign Legal Periodicals, Berkeley, California, USA (HeinOnline), Sociological Abstracts - CSA (ProQuest), Worldwide Political Science Abstracts - CSA (ProQuest), Linguistics and Language Behavior Abstracts, San Diego, California, USA - CSA (ProQuest), Political Science Complete – EBSCO, Directory of Open Access Journals (DOAJ).

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

ISSN 1330-349X
<https://doi.org/10.30925/zpfsr>



SVEUČILIŠTE U RIJECI
PRAVNI FAKULTET

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 43

BROJ 1

RIJEKA, 2022.

SADRŽAJ

Članci:*Anita Petrović, Tomislav Novačić*Pravo na odustanak od ugovora o osiguranju života
(izvorni znanstveni rad)..... 1*Matija Miloš*Susprezanje autonomije političkog predstavništva građanskim
inicijativama
(izvorni znanstveni rad)..... 21*Dejan Popović*Unakrsno uspoređivanje prijavljenoga poreza na dohodak s povećanjem
imovine: zakonodavstvo Srbije u usporednopravnom kontekstu
(prethodno priopćenje)..... 43*Ana Čertanec*Omogućavanje jednakih uvjeta u poslovanju uz poštovanje ljudskih
prava
(prethodno priopćenje)..... 63*Kristian Turkalj, Adela Turkalj*Kriteriji za razgraničenje radnog vremena od vremena odmora u praksi
suda EU-a
(prethodno priopćenje)..... 83*Robert Podolnjak*Temeljne značajke polupredsjedničkog sustava
(pregledni rad)..... 103*Barbara Herceg Pakšić**Quo vadis*, sramoćenje? O (ne)opravdanosti umanjenja opsega
kaznenopravne zaštite časti i ugleda u Republici Hrvatskoj - europski
standardi kao smjernice za uređenje
(pregledni rad)..... 129*Adriana Vincenca Padovan, Mirela Duvnjak*Neke dvojbe u praktičnoj primjeni pravila o slobodi pružanja usluga
osiguranja na jedinstvenom unutarnjem tržištu Europske unije
(pregledni rad)..... 147*Dijana Gracin, Ivan Dešić*Utjecaj mjera protiv bolesti COVID-19 na pojavne oblike kažnjivih
ponašanja tijekom pandemije COVID-19
(pregledni rad)..... 167

Davor Muhvić, Ivana Rešetar Čulo

Fake news u kriznim vremenima u kontekstu članka 10. Europske konvencije o ljudskim pravima
(pregledni rad)..... 189

Tea Hasić, Ana Rački Marinković

Zaštita tradicijskih kulturnih izričaja od neprimjerenog iskorištavanja u okviru konvencionalnog sustava žigovnoga prava
(pregledni rad)..... 209

Ivan Zeko-Pivač

Uloga makroregionalnih strategija Europske unije – između čvrste obveze zemalja sudionica i *ad hoc* pristupa
(pregledni rad)..... 231

Valentino Kuzelj, Emina Jerković, Renata Perić

Predanost zakonodavca temeljnim (socijalnim) poreznim načelima Ustava pri uređenju sustava oporezivanja dohotka u Republici Hrvatskoj
(pregledni rad)..... 247

TABLE OF CONTENTS

Articles:

<i>Anita Petrović, Tomislav Novačić</i>	
The Right to Withdraw from a Life-Insurance Contract	1
<i>Matija Miloš</i>	
Counteracting the Legislative Autonomy with Ballot Measures	21
<i>Dejan Popović</i>	
Cross-Checking of Income Tax Returns with Worth Accretion: Serbia's Legislation in the Comparative Law Context.....	43
<i>Ana Čertanec</i>	
Enabling a Level Playing Field in Business with Respect for Human Rights	63
<i>Kristian Turkalj, Adela Turkalj</i>	
Criteria for Distinguishing between Working Time and Rest Period in Jurisprudence of the European Court of Justice	83
<i>Robert Podolnjak</i>	
Basic Features of the Semi-Presidential System.....	103
<i>Barbara Herceg Pakšić</i>	
<i>Quo Vadis</i> , Vilification? On the (Un)Justified Cutback of Criminal Law Protection of Honor and Reputation in the Republic of Croatia European Standards as Directions for Regulation.....	129
<i>Adriana Vincenca Padovan, Mirela Duvnjak</i>	
Certain Dilemmas in the Practical Application of the Rules on Freedom to Provide Insurance Services on the Single Market of the European Union.....	147
<i>Dijana Gracin, Ivan Dešić</i>	
Influence of Social Distance on Phenomenology of Criminal Offences during the Covid-19 Pandemic.....	167
<i>Davor Muhvić, Ivana Rešetar Čulo</i>	
“Fake News” in Times of Crisis in the Context of Article 10 of the European Convention on Human Rights.....	189
<i>Tea Hasić, Ana Rački Marinković</i>	
Protection of Traditional Cultural Expressions from Inappropriate Use within the Framework of Conventional Trademark Law Systems.....	209
<i>Ivan Zeko-Pivač</i>	
The Role of the European Union Macro-Regional Strategies – Between the Steadfast Commitment of Participating Countries and an <i>ad hoc</i> Approach	231

Valentino Kuzelj, Emina Jerković, Renata Perić

Legislator's Commitment to the Fundamental (Social) Tax Principles
in the Context of the Design of Income Tax System in the Republic of
Croatia 247

Članci
(Articles)

PRAVO NA ODUSTANAK OD UGOVORA O OSIGURANJU ŽIVOTA

Izv. prof. dr. sc. Anita Petrović*
Dr. sc. Tomislav Novačić**

UDK 368.911
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.1>
Ur.: 16. studenoga 2021.
Pr.: 12. prosinca 2021.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

*Posljednjih nekoliko desetljeća neupitan je utjecaj potrošačkog *acquisa* na sve grane prava, pa tako i na pravo osiguranja. Određena autonomna rješenja direktiva iz područja potrošačkog prava preselila su se i u ugovorno pravo osiguranja, kao što su dužnost informiranja, savjetovanja i pravo na odustanak. Pravo na odustanak mehanizam je zaštite potrošača od ishitrenih i nepromišljenih odluka jer omogućava informiran izbor nakon što je ugovor zaključen. U tom je cilju po prvi put prihvaćeno u Drugoj direktivi o životnom osiguranju, a obuhvaća ga i Direktiva Solventnost II. Ugovori o osiguranju života pravno su složeni financijski proizvodi i mogu uključivati znatne dugoročne financijske obveze, stoga pravo na odustanak nalazi svoje opravdanje s pozicije ugovaratelja životnog osiguranja kao slabije ugovorne strane. U radu se daje prikaz prava na odustanak u Direktivi Solventnost II i presudama Suda EU-a. Autori kritički analiziraju pravo na odustanak u hrvatskom i bosanskohercegovačkom pravu osiguranja.*

Ključne riječi: *pravo na odustanak; Direktiva Solventnost II; ugovor o osiguranju života.*

1. UVOD

Pravo na odustanak zastupljeno je kod određenog broja potrošačkih ugovora.¹ Smisao je zaštita potrošača od ishitrenih odluka jer pruža naknadno vrijeme za razmišljanje unutar kojeg potrošač, oslobođen bilo kakvog utjecaja ili psihološkog pritiska suprotne strane, može povući svoju izjavu koja je rezultirala punovažnim

* Dr. sc. Anita Petrović, izvanredna profesorica, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli; anita.petrovic@untz.ba. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4164-3876>.

** Dr. sc. Tomislav Novačić, Agram life osiguranje, d.d., Zagreb; Tomislav.Novacic@agramlife.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-00032-3953-8636>.

1 Više Marco Loos, „The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 15, br. 1 (2007): 9-11.

ugovorom, pa čak i nakon što je ugovor ispunjen.² Upravo tu se ogleda posebnost prava na odustanak. Odustankom potrošač uskraćuje ili opoziva svoj slobodan pristanak, koji je oslobođen bilo kakvih mana volje čime oduzima ugovoru *sporazum* i obvezujući učinak³ jednostavno zato jer se predomislio ili je možda dobio bolju ponudu ponuda.⁴ Za razliku od jednostranog raskida ugovora kako ga uređuje obvezno pravo,⁵ premda pravo na odustanak po svojoj biti jeste jednostrani raskid, potrošaču ovdje nije potreban niti jedan valjan razlog. Jednostavno jer je promijenio svoju odluku, bez ikakvih negativnih posljedica i odgovornosti potrošač završava jedan ugovorni odnos. Pravo na odustanak bezrezervno štiti jednu ugovornu stranu.⁶ Imperativnog je karaktera i teret toga prava zakonodavac je prebacio na suprotnu stranu, profesionalca, koji je ekonomski, financijski te stručno u boljem položaju na tržištu negoli *prosječan* potrošač.⁷

Ugovorni potrošački *acquis* posredno utječe na djelatnost osiguranja te se javlja kao korektiv ugovornog prava osiguranja.⁸ Pojam potrošača različito se shvaća u *acquisu* prava osiguranja u odnosu na potrošački. U prvom je široko postavljen jer je oblikovan trima direktivama iz područja životnog i neživotnog osiguranja.⁹ Potrošački karakter ugovora o osiguranju ovisi o prirodi rizika, tzv. *veliki rizici* naspram, tzv. *masovnih rizika*, a ne isključivo o svojstvima osobe koje ga sklapa, što ima i veliku praktičnu važnost.¹⁰ Budući da se veliki rizici odnose ponajprije na osiguranike koji obavljaju trgovačku i industrijsku djelatnost, a masovni rizici na osiguranike potrošače.¹¹ Određeni ugovori o osiguranju po svojoj prirodi bez sumnje imaju karakter potrošačkog ugovora. To su, primjerice, svi oblici pojedinačnih ugovora o osiguranju

- 2 Marco Loss, „*Rights of Withdrawal*“, u: *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, eds. Geraint Howells i Reiner Schulze (Munich: Sellier, 2009.), 239; Radovan Vukadinović, „*Pacta non sunt servanda* i pravo na povlačenje potrošačkog ugovora u pravu EU“, *Pravo i privreda* 46, br. 1-4 (2009): 258 i dalje.
- 3 Dragan Vujisić, „Pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora“, *Pravni život* 548, br. 10 (2011): 816.
- 4 Horst Eidenmüller, „Why Withdrawal Rights?“, *European Review of Contract Law* 7, br. 1 (2011): 5.
- 5 O odnosu prava na odustanak i instituta obveznog prava v. Damjan Možina, „Razdor, odpoved in odstop od pogodbe“, *Pravni letopis* br. 1 (2011): 57-73.
- 6 Peter Rott, „Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?“, *German Law Journal* 7 br. 12 (2006): 1114; Loss, *Rights of Withdrawal*, 245-250.
- 7 O pojmu *prosječan* potrošač vidi Vanessa Mak, „Standards of Protection: In Search of the „Average Consumer“ of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive“, *TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services* br. 4 (2010): 4 i dalje. O pristupima u definiranju pravnog koncepta potrošača v. Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, „Economic Law, Consumer Interest, and EU Integration“, u: *European Consumer Law*, eds. Norbert Reich *et al.* (Cambridge: Intersentia, 2014.), 45-52.
- 8 Nataša Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2015.), 58-60.
- 9 Ana Keglević, *Ugovorno pravo osiguranja obveza obavještavanja i zaštite potrošača u domaćem, europskom i poredbenom pravu* (Zagreb: Školska knjiga, 2016.), 17 i dalje.
- 10 Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja*, 80.
- 11 Loris Belanić, „Harmonizacija prava osiguranja u Europskoj uniji s osvrtom na ugovorno pravo osiguranja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 60, br. 6 (2010): 1342.

života, osiguranje od nezgode, zdravstveno osiguranje, osiguranje od automobilske odgovornosti i sl. S druge strane, ugovori osiguranja imovine te osiguranje od odgovornosti mogu biti potrošački ako ih sklapaju fizičke osobe izvan okvira svoje profesionalne ili poslovne djelatnosti.

Zaštita potrošača ugovaratelja osiguranja ostvaruje se iz dva izvora i to na temelju odredbi zakona o ugovoru o osiguranju te na temelju odredbi o zaštiti potrošača ako neko pitanje nije posebno uređeno u sklopu zakona o ugovoru o osiguranju.¹² Konkretno imajući u vidu nacionalna zakonodavstva u Republici Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini to su zakoni o zaštiti potrošača¹³ i zakoni o osiguranju.¹⁴ Istodobno, ugovor o osiguranju tradicionalno je uređen zakonom o obveznim (obligacionim) odnosima,¹⁵ koji se time javlja kao treći izvor prava ugovora o osiguranju.¹⁶

2. PRAVO NA ODUSTANAK U DIREKTIVI SOLVENTNOST II I PRESUDAMA SUDA EU-A

Direktiva Solventnost II¹⁷ uređuje pravo na odustanak od zaključenog ugovora o osiguranju života. S tim da čl. 186. nosi naziv „otkazno razdoblje“ (engl. *cancellation period*), a njome je u st. 1. uređeno: *države članice propisuju da ugovaratelji osiguranja koji sklope pojedinačne ugovore o životnom osiguranju mogu otkazati te ugovore u razdoblju od 14 do 30 dana od datuma zaprimanja obavijesti da je ugovor sklopljen. Dostavljanje obavijesti o otkazu od strane ugovaratelja osiguranja ima za učinak oslobađanje ugovaratelja osiguranja od bilo kojih budućih obveza koje proizlaze iz ugovora. Drugi pravni učinci i uvjeti za otkazivanje ugovora se utvrđuju prema pravu koje se primjenjuje na ugovore, posebno u pogledu sporazuma o obavještanju ugovaratelja osiguranja da je ugovor sklopljen.* Ova se odredba sadržajno ne razlikuje od odredaba iz direktiva prethodnica, tj. Direktive 2002/83/EEZ o životnim osiguranjima¹⁸ (čl. 35.) i Direktive 90/619/EEZ o životnim osiguranjima (čl. 15.).¹⁹

12 Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja*, 59.

13 Zakon o zaštiti potrošača, Narodne novine, br. 41/14., 110/15., 14/19. (dalje: ZZZP), Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini, Sl. glasnik BiH, br. 25/06., 88/15. (dalje: ZZZP BiH).

14 Zakon o osiguranju, Narodne novine, br. 30/15., 112/18., 63/20., 133/20. (dalje: ZOS), Zakon o osiguranju Sl. novine FBiH, br. 23/17. (dalje: ZOS FBiH), Zakon o društvima za osiguranje, Sl. glasnik RS, br. 17/05., 01/06., 64/06., 74/10., 47/17., 58/19. (dalje: ZDO).

15 Zakon o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 45/89. i 57/89., Sl. list R BiH, br. 2/92., 13/93., 13/94., Sl. glasnik RS, br. 17/93., 3/96. (dalje: ZOO 1978), Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18. (dalje: ZOO).

16 Vidi Ana Keglević, „Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 34, br. 1 (2013): 211-215.

17 Direktiva 2009/138/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o osnivanju i obavljanju djelatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II) (preinačeni tekst), SL L 335, 17.12.2009. (dalje: Direktiva Solventnost II)

18 Direktiva 2002/83/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. studenoga 2002. o životnom osiguranju, SL L 345/1, 19.12.2002.

19 Direktiva Vijeća 90/619/EEZ od 8. studenoga 1990. o usklađivanju zakona i drugih propisa povezanih s izravnim životnim osiguranjem i o utvrđivanju odredaba za olakšavanje učinkovitog ostvarivanja slobode pružanja usluga i izmjeni Direktive 79/267/EEZ, SL L 330, 29.11.1990.

Direktiva Solventnost II koristi nazivlje ugovornog prava osiguranja, no smisao je zaštita individualnog ugovaratelja kao potrošača i slabije ugovorne strane. Svrha je prava na odustanak omogućiti ugovaratelju životnog osiguranja izbor ugovora koji najbolje odgovara njegovim potrebama.²⁰ Većina financijskih proizvoda složene je prirode jer obuhvaćaju financijske i pravne pojmove katkad vrlo teške razumljive. Posljedica je to *financijske nepismenosti* potrošača koja označava izostanak stručnih znanja nužnih za pravilno razumijevanje složenih financijskih pojmova i donošenje odgovorne odluke u vezi s pravnim poslom.²¹ Zbog čega potrošač nije siguran odgovara li ponuda takvoga financijskog proizvoda njegovim potrebama?²² Ugovor o osiguranju života²³ teretan je ugovor s trajnim činidbama. Njime pojedinac kao ugovaratelj preuzima vrijedne i dugogodišnje obveze, a da možda u trenutku sklapanja nije bio svjestan svih uvjeta ugovora i preuzetih obveza. U presudi *Endress*²⁴ Sud EU-a naglasio je da su ugovori o osiguranju pravno složeni financijski proizvodi, koji se mogu znatno razlikovati ovisno o osiguratelju koji ih nudi i mogu uključivati velike dugoročne financijske obveze. Također, prema mišljenju Suda, ugovaratelj je kod tako složenih proizvoda izložen rizicima s kojima se susreće i potrošač koji ugovor sklopa izvan poslovnih prostorija, kod kojih nerijetko može biti izložen čimbeniku iznenađenja i agresivnijim tehnikama pregovaranja, što ga time čine slabijom stranom.²⁵

Pravo na odustanak u teoriji ima opravdanje kada je riječ o složenim financijskim ugovorima, jer nakon što je ugovor sklopljen sadržaj prava i obveza ugovaratelja osiguranja postao je jasan i nepromjenjiv. Stoga u roku za odustanak koji teče nakon sklapanja ugovora ugovaratelj može tražiti neovisan savjet, sagledati svoje mogućnosti i potrebe te eventualno iskoristiti svoje pravo.²⁶

2.1. Obavještavanje o pravu na odustanak

Pravo na odustanak zajedno s obvezom obavještavanja mehanizam je kojim se postiže transparentnost u postupku ugovaranja, budući da se informiranje vezuje za

20 Ovo je vidljivo u točki 79. preambule Direktive Solventnost II gdje je odlučujući razlog za uvođenje obaveze predugovornog i post-ugovornog informiranja omogućiti potrošačima informiran izbor. Potrošači su suočeni s velikim brojem raznovrsnih ugovora o osiguranju, zbog pojačanoga tržišnog natjecanja osiguravajućih društava, informiranje će im stoga omogućiti izbor ugovora koji najbolje odgovara njihovim potrebama.

21 Više Vanessa Mak i Jurgen Braspenning, „*Errare humanum est*: Financial Literacy in European Consumer Credit Law“, *Journal of Consumer Policy* 35 (2012): 316 i dalje.

22 Loss, *Rights of Withdrawal*, 249.

23 O specifičnostima ugovora osiguranja života v. Wolfgang Rohrbach, „Problemi i šanse životnog osiguranja – „kraljevske“ vrste osiguranja“, *Evropska revija za pravo osiguranja* br. 2 (2012): 8-18.

24 Presuda od 19. prosinca 2013., *Endress*, C-209/12, EU:C:2013:864, para. 29.

25 *Endress*, para. 28-29.

26 Loss, *Rights of Withdrawal*, 249. Neki autori izražavaju sumnju u učinkovitost prava na odustanak kod složenih ugovora, kao što je npr. *timesharing*, potrošački kredit. Kod ovih ugovora korisnije bi bilo potrošačima omogućiti izmjenu ili otkaz ugovora ako se pojave naknadni problemi tijekom dugoročnog ugovornog odnosa. Rott, *Harmonising Different Rights of Withdrawal*, 1113.

predugovornu, a pravo na odustanak za postugovornu fazu.

Direktiva Solventnost II u čl. 185. uređuje obvezu obavještanja ugovaratelja osiguranja prije sklapanja ugovora o životnom osiguranju i tijekom njegova trajanja.²⁷ Riječ je o odredbi minimalnog usklađivanja, koja ostavlja prostor državama članicama da minimalne informacijske zahtjeve prošire ako je to potrebno radi pravilnog razumijevanja bitnih elemenata obveze.²⁸ To se održava i na unutarnje tržište životnog osiguranja, jer bez obzira na usklađivanje i dalje se uočavaju razlike u pravnom uređenju pojedinih ugovornih aspekata osiguranja života. To, s jedne strane, implicira i različite razine zaštite ugovaratelja, a s druge ne djeluje poticajno na prekogranično poslovanje osiguravajućih društava.²⁹ Jedna od predugovornih informacija iz čl. 185. st. 3. sl. j) je o *postupku primjene prava na odustanak*. Ugovaratelj osiguranja osim što mora biti obaviješten o samom pravu, mora dobiti i pouku o postupku njegova korištenja. Pouka o pravu na odustanak, kao i ostale informacije, treba biti formulirana jasno i precizno, u pisanom obliku te na službenom jeziku države članice obveze.³⁰

Sporno pitanje povezano s preciznošću ili točnosti pouke o ostvarivanju prava na odustanak, koje se na kraju našlo i pred Sudom EU-a glasilo je: Je li pouka pogrešna ako je osiguravajuće društvo u pouci točno navelo postojanje prava na odustanak, rok za primjenu, ali je navelo da se izjava o odustanku mora dostaviti isključivo u pisanom obliku, što je pogrešno, budući da nacionalno pravo ne propisuje nikakav formalni uvjet za izjavu o odustanku? Naime u konkretnim slučajevima ugovori o životnom osiguranju koji su ugovaratelji sklopili s osiguravajućim društvima obuhvaćali su pouku da se izjava o odustanku, da bi bila valjana, mora dati u pisanom obliku. Austrijsko pravo, s druge strane, nije propisivalo da se izjava o odustanku mora izjaviti u nekom posebnom obliku.

Odgovor na pitanje Sud je iznio u presudi u spojenim predmetima *Rust-Hackner*,³¹ u kojima je zahtjev za prethodnu odluku upućen u sklopu sedam sporova koji su vodili pred austrijskim sudovima. Sud je utvrdio da rok za ostvarivanje prava na odustanak od ugovora o životnom osiguranju počinje teći od trenutka kada je ugovaratelj osiguranja obaviješten da je ugovor sklopljen, čak iako je društvo za osiguranje u pouci koju je dalo ugovaratelju: a) propustilo navesti da nacionalno pravo ne propisuje nikakve formalne zahtjeve izjave o odustanku ili je b) navelo formalne zahtjeve koji se nacionalnim pravom ne traže ako takav navod ne lišava ugovaratelje osiguranja mogućnosti da ostvaruju svoje pravo na odustanak pod istim uvjetima kao da je pouka bila točna. Međutim, na nacionalnim je sudovima koji su uputili

27 Direktiva Solventnost II u Odjeljku 5. *Informacije ugovarateljima osiguranja* uređuje obavezu predugovornog informiranja te razlikuje informacije za neživotno (čl. 183. i 184.) i životno osiguranje (čl. 185.).

28 V. čl. 185. st. 7. Direktive Solventnost II. O primjeni klauzule minimalne harmonizacije vidi *Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law*, 2014, 61-63. (dalje: *Final Report of the Expert Group*), pristup 22. rujna 2021.

29 Vidi Jürgen Basedow, „Towards a European Insurance Contract Law? The Commission Expert Group, its Antecedents and Consequences“, *Max Planck Private Law Research Paper Series* br. 15 (2018): 14.

30 Čl. 185. st. 6. Direktive Solventnost II.

31 Presuda od 19. prosinca 2019., *Rust-Hackner*; spojeni predmeti C-355/18 do C-357/18 i C-479/18, EU:C:2019:1123.

zahtjeve da ih ispitaju, tj. procijene težinu formalnih nedostataka u pouci i odluče jesu li nedostaci uskratili ugovaratelju osiguranja mogućnost korištenja pravom na odustanak.

U daljnjem obrazloženju presude zaključuje se da pouka u pogledu formalnih zahtjeva izjave o odustanku, mora biti u skladu s nacionalnim pravom ili ugovornim odredbama koje su strane ugovorile poštujući pravo koje se primjenjuje na taj ugovor.³² Konkretno, pouku osiguravajućeg društva da se izjava o odustanku mora dostaviti u pisanom obliku, u protivnom nije punovažna, treba smatrati pogrešnom.³³ U odnosu na presudu *Endress*, gdje je pogrešna pouka o pravu na odustanak izjednačena s nepostojanjem pouke, Sud je u ovoj presudi pojasnio da se svaka pogreška u pouci, a posebice ako se odnosi na neke formalne zahtjeve ne može izjednačiti s nepostojanjem pouke, ako ne lišava ugovaratelja u ostvarivanju prava na odustanak, pod istim uvjetima kao i da je pouka bila točna. U protivnom bilo bi neproporcionalno omogućiti ugovaratelju osiguranja da se oslobodi obveza koje proizlaze iz ugovora sklopljenog u dobroj vjeri.³⁴ Time je Sud EU-a vodio računa da se ne izgubi svrha mjera zaštite ugovaratelja osiguranja, tako što bi se omogućio odustanak od ugovora nakon što je proteklo predugo vremena od njegovog sklapanja ili nakon što je ugovor prestao na drugi način, samo zbog naknadno primijećenoga neznatnoga, tehničkog nedostataka, nevažnog za primjenu prava na odustanak.³⁵

Šest godina prije donošenja presude *Rust-Hackner* u predmetu *Endress*, Sud se bavio obvezom obavještanja ugovaratelja osiguranja o pravu na odustanak. U konkretnom slučaju njemačkim Zakonom o ugovorima o osiguranju (dalje: VVG) bilo je propisano da „ugovaratelj osiguranja gubi pravo na otkaz godinu dana nakon uplate prve premije, čak i ako nije pravilno obaviješten o uvjetima korištenja tog prava“. Sud je odlučio da čl. 15. st. 1. Direktive 90/619/EEZ, u vezi s čl. 31. Direktive 92/96/EEZ treba tumačiti tako da je s njim u suprotnosti nacionalna odredba koja ugovaratelju osiguranja, kada o tom pravu nije bio obaviješten, priznaje pravo na odustanak najduže godinu nakon uplate prve premije. U obrazloženju presude *Endress* pojašnjava se da je sporna odredba VVG-a u suprotnosti s ostvarivanjem ključnoga cilja informiranja iz preambula predmetnih direktiva.³⁶ Taj je cilj omogućiti, kod složenih financijskih ugovora kao što je osiguranje, izbor ugovora koji najbolje odgovara potrebama ugovaratelja. Uspoređujući položaj ugovaratelja osiguranja s položajem potrošača koji je ugovor o kreditu zaključio izvan poslovnih prostorija što je bio slučaj u presudi *Heininger*,³⁷ Sud EU-a odbacio je argument osiguravajućeg društva da razlozi pravne sigurnosti zahtijevaju odredbu kao što je sporna iz VVG-a. U presudi *Heininger* Sud je pojasnio da se potrošač ne može koristiti pravom na odustanak ako ne zna da mu pripada, pa ga neće moći ostvariti ni u razdoblju od godinu dana. Iz presude *Endress* proizlazi da rok za odustanak treba početi teći tek kada je ugovaratelj osiguranja pravilno poučen o svom pravu, koje se tako može ostvarivati bez ikakva vremenskog

32 *Rust-Hackner*, para. 72.-76.

33 *Rust-Hackner*, para. 77.

34 *Rust-Hackner*, para. 79.

35 Vujisić, *Pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora*, 817.

36 *Endress*, para. 26.

37 Presuda od 13. prosinca 2001., *Heininger*; C-481/99, EU:C:2001:684.

ograničenja, uključujući i nakon prestanka ugovora otkazom.³⁸ Opređeljenje o beskonačnosti prava na odustanak u slučaju kršenja propisane obveze informiranja Sud EU-a ponovio je i u presudi *Rust-Hackner*. Tako sve dok ugovaratelj osiguranja nije dobio obavijest koja se odnosi na pravo na odustanak, prekluzivni rok predviđen za njegovo ostvarivanje ne može početi teći,³⁹ što je u skladu s ciljem informiranja iz t. 79. preambule Direktive Solventnost II.⁴⁰ Osim toga, u presudi *Rust-Hackner* Sud je riješio dvojbu ako je ugovaratelj osiguranja za svoje pravo na odustanak saznao iz nekoga drugog izvora, a ne od osiguravajućeg društva s kojim je zaključio ugovor, pa tako i u ovom slučaju rok za ostvarivanje prava na odustanak ne može početi teći.⁴¹

2.2. Rok za odustanak

Rok za odustanak (engl. *cooling off period*) kao najvažniji element prava na odustanak iznosi od 14 do 30 dana i teče od dana kada je ugovaratelj osiguranja obaviješten da je ugovor o osiguranju života sklopljen. Čl. 186. st. 1. Direktive Solventnost II odredba je minimalnog usklađivanja pa države članice određuju dužinu roka, koji ne može biti kraći od 14 niti duži od 30 dana. Različita dužina roka na unutarnjem tržištu u području osiguranja, tzv. masovnih rizika jedna je od prepreka za odvijanje prekograničnih transakcija. Osiguravajuća društva koja posluju prekogranično, često se odlučuju općim uvjetima dati i duži rok negoli to predviđaju nacionalni propisi, jer tako utječu na troškove prekograničnog poslovanja, a istodobno je dokazano da duži rok ne znači i veći broj odustanaka od ugovora.⁴²

Rok je prekluzivan i protekom ugovaratelj osiguranja gubi pravo na odustanak. Gornja granica roka od 30 dana iznimka je u pravu EU-a budući da usklađena dužina roka iznosi 14 dana. No, iako na prvi pogled može izgledati da je rok predug, ipak u odnosu na složenost ugovora, dugoročne činidbe koje proizlaze iz njega kao i vrijeme na koji se ugovor o osiguranju života sklapa, cijenimo da rok za odustanak od 30 dana i nije tako dug.⁴³ Relevantan trenutak za početak računanja roka trebao bi biti trenutak sklapanja ugovora kao objektivno jasan i lako dokaziv kriterij.⁴⁴ Međutim, Direktiva Solventnost II u interesu ugovaratelja osiguranja dodatno normira navedeni trenutak na dan „kada je zaprimio obavijest da je ugovor sklopljen“. Imajući u vidu raznolikost nacionalnih prava u određivanju *kada* je ugovor o osiguranju sklopljen, te mogućnost da rok za odustanak tako i protekne, a da ugovaratelj nije bio svjestan njegovog postojanja, to Direktiva Solventnost II inzistira na obavještavanju ugovaratelja o sklopljenom ugovoru. Pritom ostavlja državama članicama uređivanje svih pitanja o

38 *Rust-Hackner*, para. 24.

39 *Rust-Hackner*, para. 67.-68.

40 *Rust-Hackner*, para. 65.-66.

41 *Rust-Hackner*, para. 90.

42 *Final report of the Expert Group*, 46.

43 Primjerice rok za odustanak od ugovora o prodaji sklopljenog putem interneta gdje je potrošač kupio neki odjevni predmet iznosi 14 dana, dok s druge strane rok za odustanak od ugovora o osiguranju života iz kojeg proizlaze vrlo složeni odnosi i koji traju dugo vremena, iznosi 30 dana. Složenost, ozbiljnost i posljedice jednog i drugog ugovora su neusporedive, pa time rok od 30 dana i nije pretjerano dug.

44 Loss, *The case for a uniform and efficient right of withdrawal*, 29.

načinu obavještanja ugovaratelja osiguranja da je ugovor sklopljen.

Određivanjem dana primitka obavijesti o sklopljenom ugovoru kao relevantnog za početak računanja roka nastojalo se otkloniti razlike u pravnim poredcima država članica vezano za trenutak sklapanje ugovora.⁴⁵ Nije nepoznato da se ugovor o osiguranju života sklapa prihvaćanjem osiguratelja pismene ponude ponuditelja. Međutim, sam proces sklapanja obuhvaća često i medicinske provjere te procjene rizika. Zbog toga se ugovaratelju odmah ne izdaje polica osiguranja niti druga pisana isprava. To ugovaratelja može ostaviti u neizvjesnosti je li ugovor sklopljen i ako jest kada je sklopljen, posebno jer se i sam trenutak sklapanja ugovora i početka trajanja osiguranja najčešće ne podudaraju. Zbog toga osiguratelj treba na odgovarajući način obavijestiti ugovaratelja osiguranja o sklopljenom ugovoru, a rok za odustanak počinje teći nakon što ugovaratelj primi obavijest. U konačnici to može značiti i duži rok za razmišljanje od propisanih 30 dana.⁴⁶ Dobar primjer integracije navedenog instituta u materijalne odredbe, nalazimo u njemačkom Zakonu o ugovorima osiguranju (VVG), jasno i nedvojbeno normira uvjete početka roka, vezujući ih uz trenutak dostave u pisanoj formi ugovaratelju police osiguranja, uvjeta osiguranja i pouke o pravu na opoziv s pravnim posljedicama opoziva.⁴⁷

2.3. Dodatno o sankciji u slučaju povrede obveze informiranja

U sankcioniranju kršenja obveze predugovornog informiranja o pravu na odustanak postoje dva različita pristupa, jedan ima Sud EU-a, a drugi europski zakonodavac.

Naime, presudama *Endress* i *Rust-Hackner* Sud potvrđuje svoje stajalište o neograničenom pravu na odustanak. Rok za odustanak se produžava i traje tako dugo dok osiguratelj ne obavijesti ugovaratelja osiguranja o njegovom pravu, a kada to učini, počinje teći redovni rok. Neograničeno trajanje roka najstroža je građanskopravna sankcija u slučaju povrede obveze informiranja o tom pravu. Takvu sankciju nalazimo u Direktivi 2002/65/EZ⁴⁸ gdje se u čl. 6. st. 1. propisuje da rok za odustanak od 14 dana, odnosno od 30 dana u slučaju ugovora na daljinu o životnom osiguranju, počinje teći od dana kada potrošač primi obavijest o ugovornim uvjetima i informacijama. Premda je Direktiva 2002/65/EZ trebala biti putokaz daljnjega razvoja potrošačkog *acquisa*, neograničeno odlaganje *cooling off* razdoblja nije prihvaćeno u kasnijim potrošačkim direktivama. Primjerice u Direktivi 2011/83/EU iz razloga pravne sigurnosti uvodi se, tzv. *cut-off period*⁴⁹ te se ograničava dužina roka najduže na 12 mjeseci i 14 dana ako trgovac ne pruži potrošaču obavijest o pravu na odustanak.⁵⁰ Zbog pravne sigurnosti

45 U tom smislu vidi komparativni prikaz kako su ključna područja ugovornog prava osiguranja, u ovom slučaju sklapanje i forma ugovora o osiguranju te pravo na odustanak, uređeni u pojedinim državama članicama, pristup 14. rujna 2021.

46 Loos, *The case for a uniform and efficient right of withdrawal*, 13.

47 Jürgen Prölss *et al.*, *Versicherungsvertragsgesetz*, 28. Aufl. (München: C.H. Beck, 2010.), 149.

48 Direktiva 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o trgovanju na daljinu financijskim uslugama koje su namijenjene potrošačima i o izmjeni Direktive Vijeća 90/619/EEZ i direktiva 97/7/EZ i 98/27/EZ, SL L 271/16, 9.10.2002. (dalje: Direktiva 2002/65/EZ).

49 Loss, *Rights of Withdrawal*, 252.

50 V. t. 43. preambule i čl. 10. st. 1. Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25.

potrošaču se uskraćuje da godinama nakon sklapanja ugovora odustane od njega, bez obzira na to što nije propisno informiran o pravu na odustanak. Pravna je sigurnost postavljena kao krajnja granica kojom se sprječavaju i moguće zloupotrebe prava na odustanak. Europski zakonodavac nije prihvatio ideju neograničenoga prava na odustanak, pa je tako odstupio i od prakse Suda EU-a.⁵¹ Direktiva Solventnost II štiti o posljedicama neobavještanja ugovaratelja osiguranja o pravu na odustanak, pa tako ne ostavlja ni nacionalnim zakonodavcima da to urede. Sličnu situaciju nalazimo u Direktivi 85/577/EEZ o prodaji na vratima stana koja nije predviđala produženje roka u slučaju nedavanja informacije o pravu na odustanak, ali je zato nacionalnim zakonodavcima ostavila da to pitanje urede. Sporne odredbe Direktive 85/577/EEZ Sud je tumačio u pravcu neograničenog odlaganja početka roka za odustanak sve dok trgovac ne ispuni svoju obvezu. Na tragu takve prakse Sud je vidimo ostao i kada je u pitanju tumačenje Direktive Solventnost II i direktiva koje su joj prethodile, s tim da je prihvatio neizvjesnom sudbinu svakoga sklopljenog ugovora o osiguranju života

Stoga bi sasvim razložno bilo ograničiti rok za odustanak do jedne godine i kod ugovora o osiguranju života. Pravilo godine dana, koje prihvaća i Direktiva 2011/83/EU, razumna je građanskopravna sankcija kojom se postiže ravnoteža između visokog stupnja zaštite potrošača i pravne sigurnosti.

2.4. Posljedice odustanka od ugovora

Sve dok traje rok osiguratelj nije siguran hoće li izjavom o odustanku ugovaratelj oduzeti pravni učinak sklopljenom ugovoru. No, kao što je vidljivo iz presuda Suda EU-a od ugovora o osiguranju života može se odustati ako ugovaratelj nije nikako ili nije precizno poučen o tom pravu, pa i dugo vremena nakon što je ugovor prestao postojati.

Čl. 186. st. 1. Direktive Solventnost II propisano je da: *dostavljena obavijest o odustanku od strane ugovaratelja osiguranja ima za učinak njegovo oslobađanje od bilo kojih budućih obveza koje proizlaze iz ugovora*. Nakon što je ugovaratelj osiguranja na vrijeme izjavio da odustaje od ugovora, osiguratelj više ne može tražiti ispunjenje ugovornih obveza, odnosno dolazi do prestanka ugovora s učinkom *ex nunc*. Uz to, istim je člankom propisano *drugi pravni učinci i uvjeti za otkazivanje ugovora se utvrđuju prema pravu koje se primjenjuje na ugovore*. To znači da su sva ostala pitanja kao što su, npr. formalni zahtjevi izjave o odustanku, relevantan trenutak od kojeg izjava o odustanku proizvodi učinke (teorija prijem ili teorija odašiljanja), pravne posljedice odustanka kao što je, npr. obveza vraćanja primljenog i dr., ostavljena nacionalnim zakonodavcima. Pri donošenju svojih pravila, posebice ako obuhvaćaju i neka ograničenja, države članice obvezne su voditi računa o tome da

listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 304, 22.11.2011. (dalje: Direktiva 2011/83/EU).

51 Vidi presudu *Heininger*, zatim kasniju presudu od 10. travnja 2008. *Hamilton*, C-412/06, EU:C:2008:215, potom presudu od 17. prosinca 2009. *Martin Martin*, C-227/08, EU:C:2009:792.

je, uzimajući u obzir cilj pravila, osiguran koristan učinak Direktive Solventnost II.⁵²

Zbog potpunog izostanka regulacije uvjeta i pravnih posljedica primjene prava na odustanak u Direktivi Solventnost II, utoliko veću važnost imaju odluke Suda EU-a, gdje tumačeći odredbe relevantnih direktiva Sud postavlja jasne granice nacionalnim zakonodavcima i daje smjernice kako normativno oblikovati pravo na odustanak.

Činjenice jednoga predmeta C-479/18 koji se vodio pred Okružnim trgovačkim sudom u Beču spojenog u predmet *Rust-Hackner* ukazivale su na to da je tužiteljica inicijala L.K. sklopila s osiguravajućim društvom DONAU ugovor o životnom osiguranju s trajanjem od 1. prosinca 2003. do 1. prosinca 2022. Prije sklapanja ugovora tužiteljica nije dobila pouku o pravu na odustanak. Nakon što je 2013. otkazala ugovor i slijedom toga dobila njegovu otkupnu vrijednost, tužiteljica je 4. siječnja 2018. obavijestila društvo DONAU da odustaje od ugovora o osiguranju s obrazloženjem da nije bila dostatno informirana u odnosu na svoje pravo na odustanak. Budući da društvo DONAU nije odgovorilo, tužiteljica L.K. zahtijevala je povrat svih uplaćenih premija, bez troškova rizika, uvećano za kamate i umanjeno za iznose otkupne vrijednosti koji su joj isplaćeni 2013. kada je otkazala ugovor. Jedno od pitanja koje je uslijedilo iz činjeničnog opisa bilo je može li se ugovaratelj osiguranja poslužiti svojim pravom na odustanak i nakon što je ugovor otkazan i ispunjene sve ugovorne obveze, uključujući, posebno, obvezu plaćanja vrijednosti otkupa police? Slično je pitanje uputio i Zemaljski sud u Salzburgu, koji je odlučivao u predmetima C-355/18 do C-357/118, koji je istaknuo da bi odustanak nakon otkaza ugovora omogućio ugovaratelju mogućnost špekulacije na račun društva za osiguranje i zajednice osiguranika, što ne služi namjeravanoj zaštiti potrošača.⁵³ Sud EU-a odgovorio je da nakon što je ugovor otkazan i ispunjene sve uzajamne obveze, posebno, plaćanje vrijednosti otkupa, ugovaratelj osiguranja može još uvijek ostvarivati svoje pravo na odustanak, ako nacionalno pravo ne uređuje pravne posljedice nepostojanja pouke o pravu na odustanak ili davanja pogrešne pouke.

Naime, Direktiva Solventnost II jedino propisuje da se ugovaratelj odustankom oslobađa svih budućih ugovornih obveza, dok druge učinke pa i vraćanja primljenog ostavlja nacionalnim zakonodavcima, koji bi, prema mišljenju Suda EU-a, mogli naložiti jednu takvu obvezu osiguravajućim društvima.⁵⁴ Austrijski zakonodavac nije donio odredbu kojom bi mogućnost odustanka od ugovora ili pravne učinke pravodobne izjave o odustanku, poput eventualne obveze povrata, učinio ovisnima o stadiju izvršenja tog ugovora o životnom osiguranju.⁵⁵ Drugim riječima, nije propisano da se pravo na odustanak u određenim okolnostima ne može ostvariti, pa time ni njegovi učinci *ex tunc* ako je ugovor ispunjen i ne postoje više obostrane obveze.

Sljedeće pitanje koje je proizašlo iz činjeničnoga stanja u predmetu C-479/18 odnosilo se na vraćanje primljenog u slučaju odustanka od ugovora, koji je prestao ispunjenjem, odnosno *ex tunc* učinak prava na odustanak. Pitanje je glasilo mora li društvo za osiguranje ugovaratelju koji je ostvario svoje pravo na odustanak

52 *Rust-Hackner*, para. 62.

53 *Rust-Hackner*, para. 29.

54 *Rust-Hackner*, para. 92-95.

55 *Rust-Hackner*, para. 96.

nadoknaditi samo otkupnu vrijednost osiguranja?⁵⁶

Austrijsko pravo predviđalo je, naime, ako ugovor o osiguranju života prestane odustankom, otkazom ili se pobije, društvo za osiguranje mora nadoknaditi otkupnu vrijednost osiguranja. Takvom zakonskom odredbom izjednačen je ugovaratelj osiguranja, koji je odlučio odustati od ugovora jer ne odgovara njegovim potrebama, s ugovarateljem koji je otkazao ugovor iz drugih razloga.⁵⁷ Sud EU-a ocijenio je da u dijelu u kojem navedena odredba pripisuje iste pravne učinke i odustanku i otkazu ugovora, lišava svakoga korisnog učinka pravo na odustanak predviđeno pravom Unije. Time je Sud priznao *ex tunc* učinak prava na odustanak i nije ograničio obvezu osiguratelja jedino na nadoknadu otkupne vrijednosti. Stoga ugovaratelj osiguranja ima pravo na iznos svih plaćenih premija s pripadajućom kamatom umanjen za troškove rizika i isplaćenog otkupa osiguranja. Sud nije smatrao opravdanim argument osiguravajućeg društva da će kod povrata plaćenih premija nepovoljan financijski položaj snositi zajednica osiguranika. U obrazloženju je pojašnjeno ako društvo za osiguranje ugovaratelju pruži točnu pouku o pravu na odustanak, ugovaratelj raspoloživo relativno kratkim rokom za ostvarivanje toga prava, pa se financijske posljedice eventualnog odustanka na zajednicu osiguranika mogu smatrati dijelom općeg upravljanja osiguranim rizicima. Suprotno tome, ako je odustanak nepravodoban zbog nepostojeće ili pogrešne pouke na društvu za osiguranje je da ispravi situaciju koju je prouzročila vlastitim kršenjem prava Unije.⁵⁸

Sud EU-a u presudi *Rust-Hackner* bavio se i pitanjem ostvarivanja prava ugovaratelja osiguranja na zateznu kamatu koja se obračunava na plaćene premije osiguranja, odnosno pitanjem zastare prava na zatezne kamate kao sporednog potraživanja uz glavno potraživanje iznosa plaćenih premija osiguranja u slučaju odustanka od ugovora. Austrijsko pravo predviđalo je da ostvarivanje prava na odustanak podrazumijeva obvezu povrata izvršenih plaćanja uvećanih za zateznu kamatu. Pravo na isplatu zatezne kamate zastarijeva za tri godine, a rok je zastare općenito predviđen Austrijskim građanskim zakonikom za povremena potraživanja. Stoga je Okružni trgovački sud u Beču pitao je li navedena nacionalna odredba o trogodišnjem roku zastare povremenih potraživanja u što spada i zatezna kamata protivna čl. 186. st. 1. Direktive Solventnost II? Sud EU-a pojasnio je da rok zastare ne utječe izravno na pravo na odustanak, ali je istodobno ostavio obvezu nacionalnom sudu da provjeri može li rok zastare potraživanja zatezne kamate dovesti u pitanje učinkovitost samog prava na odustanak, time što bi potencijalna zastara potraživanja dospjele kamate odvrtila ugovaratelja od odustanka, iako ugovor ne odgovara njegovim potrebama.⁵⁹ S tim da se potrebe tog ugovaratelja moraju cijeliti u trenutku sklapanja ugovora, ne uzimajući u obzir buduće koristi koje bi on tako mogao ostvariti od nepravodobnog odustanka, pa čak i špekuliranjem na razliku stvarnoga prinosa ugovora i zateznih kamata.⁶⁰

56 *Rust-Hackner*, para. 99.

57 *Rust-Hackner*, para. 106.

58 *Rust-Hackner*, para. 109.

59 *Rust-Hackner*, para. 116-117.

60 *Rust-Hackner*, para. 119-120

3. PRAVO NA ODUSTANAK U HRVATSKOM I BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVU OSIGURANJA

3.1. Hrvatsko pravo osiguranja

Primjenu čl. 186. Direktive Solventnost II, u hrvatskom ZOS-u nalazimo kao dio obveze predugovornog informiranja u poglavlju II. *Informacije ugovaratelju osiguranja*. U čl. 380. st. 5. t. 5. ZOS-a propisano je da je osiguratelj koji pruža usluge životnih osiguranja dužan prije sklapanja ugovora predati osiguratelju obavijest u kojoj je sadržana *informacija da ugovaratelj osiguranja može odustati od ugovora o životnom osiguranju najkasnije u roku od 30 dana od dana primitka obavijesti društva za osiguranje o sklapanju ugovora, pri čemu ugovaratelj osiguranja ne snosi obveze koje proizlaze iz tog ugovora*. Pažljivijom usporedbom rješenja nailazimo, međutim na bitna odstupanja ZOS-a u odnosu na Direktivu, ali i materijalne odredbe ZOO-a koji uređuju sklapanje ugovora osiguranja.

Osim prava na odustanak, koje se vezuje za ugovor životnog osiguranja kako ga predviđa i Direktiva Solventnost II, hrvatski zakonodavac otišao je korak dalje te je za sve ugovore osiguranja predvidio pravo na odustanak. Naime, u čl. 380. st. 1. ZOS-a navodi se da je *društvo za osiguranje dužno na propisan način, prije sklapanja ugovora o osiguranju predati ugovaratelju osiguranja obavijest koja sadržava, između ostalih informacija i podataka rok u kojem ponuda obvezuje ponuditelja, pravo na opoziv ponude za sklapanje ugovora za osiguranje i pravo na odustanak od sklopljenog ugovora o osiguranju* (čl. 380. st. 1. t. 4. ZOS). Navedeno možemo pripisati utjecaju potrošačkoga *acquisa* na sklapanje ugovora osiguranja sredstvima komunikacije na daljinu za koji su relevantne isključivo odredbe ZZP-a o sklapanju na daljinu ugovora o prodaji financijskih usluga,⁶¹ gdje se konkretnije u čl. 87.-92. uređuju rokovi, postupak i posljedice prava na jednostrani raskid ugovora.

Nažalost, ZOS je ostao u dijelu samog instituta odustanka od ugovora životnog osiguranja na strani izričaja Direktive Solventnost II. S tim da pravo na odustanak nije podveo pod postojeće institute obveznog prava niti je početak računanja roka za odustanak vezao za materijalne odredbe ZOO-a koje uređuju sklapanje ugovora osiguranja. Istodobno, ZZP, navedeni institut ne izdvaja kao samostalni, već ga integrira unutar ZOO-u poznatog instituta jednostranog raskida ugovora. Tako u hrvatskom pravu osiguranja kod prava na odustanak nailazimo na pravni dualizam uređenja, koji generira pravnu nesigurnost primjenom različitih instituta kod ugovora životnog osiguranja u odnosu na ugovore neživotnih osiguranja.

Prva je razlika u posljedicama koje za ugovorne strane proizlaze iz odustanka od ugovora. Kod ugovora životnog osiguranja, norma sintagmom *pri čemu ugovaratelj ne snosi obveze koje proizlaze iz tog ugovora* upućuje na primjenu načela potpune restitucije *ex tunc*. S tim da je osiguratelj obvezan nakon odustanka ugovaratelju vratiti sve što je na temelju ugovora primio, dakle ukupno primljenu premiju. Suprotno, kod ugovora neživotnog osiguranja, jasno je izraženo načelo *ex nunc*, tako da će ugovaratelj (potrošač) biti oslobođen svih budućih davanja, ali ne i onih tijekom

61 V. čl. 80. - 94. ZZP-a.

trajanja ugovora, odnosno u razdoblju kad je ugovor proizvodio učinke.⁶² Navedenu logiku obuhvaća i odredba čl. 186. st. 1. Direktive Solventnost II koja jasno izražava cilj da se ugovaratelja oslobodi svih budućih obveza nakon odustanka, ali ne i onih koji su nastale dok je ugovor bio na snazi. Nije poznato zašto je ZOS u tom dijelu otišao dalje od Direktive Solventnost II, čime je zapravo formirao novi institut.

Navedeno u praksi sklapanja ugovora životnog osiguranja umjesto uspostavljanja ravnoteže, unosi neravnotežu ugovornih strana. Kao što je već prethodno rečeno, ugovori životnog osiguranja pripadaju u dugoročne ugovore, koji se s aspekta poslovanja osiguratelja smatraju *long tail businessom* i kod kojih je rizik pričuva, izraženiji zbog dugoročnosti.⁶³ Posljedica su navedenoga različite sastavnice (komponente) za formiranje cijene premije životnih od neživotnih osiguranja posljedično i troškova, poput troškova akvizicije, izdavanja police i uvjeta koji osiguratelja redovito terete na početku trajanja ugovora. Također, osiguratelji će za pokriće preuzetih obveza iz sklopljenih ugovora morati formirati ili steći novu imovinu na što ih i obvezuje kogentna odredba ZOS-a, a što se redovito ostvaruje u praksi unutar prvih 30 dana od sklapanja ugovora.⁶⁴ Tako u praksi, odustankom od ugovora životnog osiguranja, ugovaratelj potraživanjem potpune restitucije dolazi u pravni položaj u kojem je bio prije sklapanja ugovora. Istodobno druga ugovorna strana potencijalno trpi štetu u vidu prethodno pretrpljenih troškova koji su se odnosili na buduće dugoročno razdoblje, ali i cijene premije za preuzeti rizik trajanja ugovora. Praktično, ugovaratelju je omogućeno stjecanje koristi korištenjem usluge osiguranja koju na kraju nije dužan platiti.⁶⁵

Druga je razlika vidljiva u uređenju trenutka početka roka za odustanak. Tako će kod neživotnih ugovora osiguranja sklopljenih na daljinu mjerodavan biti trenutak sklapanja ugovora.⁶⁶ Međutim, kod ugovora životnog osiguranja, mjerodavan je trenutak primitka obavijesti društva za osiguranje o sklapanju ugovora. Ovu sintagmu koristi i Direktiva Solventnost II. Pri transponiranju zakonodavac nije našao shodnim analizirati materijalnu odredbu čl. 925. ZOO-a, kojom se uređuje sklapanje ugovora osiguranja, i kojom se upravo kod ugovora životnih osiguranja primjenjuje načelo *ad solemnitatem*, odnosno isključivo pismenog oblika ugovora u formi police osiguranja, pri čemu je ugovor sklopljen kada ugovorne strane potpišu policu osiguranja.⁶⁷ Naime, proces sklapanja ugovora životnog osiguranja obuhvaća više koraka, poput davanja informativne ponude, procjene rizika osigurane osobe, potpisa pisane ponude koja ima sve elemente ugovora i u kojoj se ugovorne strane usuglašavaju o svim bitnim elementima ugovora te na kraju police osiguranja koja se izdaje nakon uplate premije izražene na pismenoj ponudi.⁶⁸ Neki od osiguratelja uvjetima osiguranja

62 V. čl. 90. st. 3. ZZP-a.

63 Karel van Hulle, *Solvency Requirements for EU Insurers: Solvency II is Good for You* Cambridge: Intersentia, 2019.), 275.

64 Čl. 180. st. 3. ZOS-a.

65 V. Katarina Ivančević, „Zaštita korisnika finansijske usluge osiguranja pri zaključenju ugovora na daljinu u Srbiji“, *Evropska revija za pravo osiguranja* br. 1 (2016): 17.

66 Čl. 87. st. 2. ZZP-a.

67 V. čl. 925. st. 1. i st. 3. ZOO-a.

68 Marijan Čurković, *Ugovor o osiguranju osoba* (Zagreb: Inženjerski biro, 2009.), 50.

prilagodili su proces sklapanja ugovora u skladu s odredbama ZOO-a. Tako se ugovor smatra sklopljenim kad ugovorne strane potpišu policu osiguranja uz uvjet da je uplaćena premija osiguranja.⁶⁹ Usporedno, primjetna je i dalje suprotna praksa gdje će osiguratelji izdavati policu kao dokaz o sklopljenom ugovoru usprkos kogentnoj odredbi, dok će se ugovor sklapati prihvatom ponude, potpisom na ponudi i uplatom premije osiguranja.⁷⁰

Uz to, u praksi se primjećuje, pored nedosljednog pristupa prema sklapanju ugovora, i različiti pristup primjene kogentne odredbe čl. 380. st. 5. t. 5. ZOS-a o trenutku početka roka za odustanak. Općenito, niti u odredbama ZOO-a niti u uvjetima osiguranja nema obveze osiguratelja davanja „obavijesti o sklopljenom ugovoru“ niti je osigurateljna praksa prakticirana. Upitno je stoga kako tumačiti odredbu ZOS-a, te kako na temelju uvjeta osiguranja utvrditi točan početak roka. Mnogi su osiguratelji jednostavno odredbu ZOS-a integrirali u svoje uvjete osiguranja, odnosno u dokumentaciju kojom ispunjavaju predugovornu obvezu informiranja potrošača. Međutim, nije poznato na koji ju način ispunjavaju, te što se mora smatrati *obavijesti o sklapanju ugovora*. Je li to dostava police osiguranja kao dokaz da je ugovor sklopljen ili trenutak potpisa police ostaje nejasno, kao i trenutak kada je ugovaratelj osiguranja „obaviješten“ da je ugovor sklopljen? Samim time, u duhu presuda suda EU-a, posebice *Endress*, nije sporno (ne)davanje obavijesti o pravu na odustanak koje je integrirano u predugovorno informiranje ugovaratelja kogentnim odredbama ZOS-a,⁷¹ već sam početak tijeka roka za odustanak kojega ZOS veže za davanje obavijesti da je ugovor sklopljen. Posljedično, neprilagođenost odredbe ZOS-a obveznom pravu i postupanje osiguratelja u praksi koji navedeno ne prakticiraju, pa čak niti ne vežu početak roka za davanje obavijesti već za trenutak sklapanja ugovora,⁷² izlaže svakodnevno osiguratelje stvarnom riziku tumačenja koje je zauzeo Sud EU-a. Prema stajalištu Suda rok nije niti počeo teći, s posljedicom da se zapravo ugovaratelj može koristiti pravom na odustanak bez ograničenja tijekom trajanja ugovora osiguranja, što u samoj biti mijenja institut prava na odustanak i cilj radi kojeg je formiran.

3.2. Bosanskohercegovačko pravo osiguranja

Bosanskohercegovačko pravo osiguranja čine entitetski propisi kojima, nažalost, nedostaje međusobne usklađenosti, jer entiteti imaju različite pristupe usklađivanje s pravom EU-a. U FBiH 2017. usvojen je novi ZOS FBiH usklađen s Direktivom Solventnost II, dok ovaj korak još nije napravio zakonodavac u RS-u gdje je u primjeni ZDO iz 2005., koji u čl. 23.-25. skromno uređuje *Zaštitu osiguranika*

69 V. čl. 5. st. 2. Općih uvjeta za životno osiguranje AG-18 Agram life osiguranja d.d. Također i čl. 2. st. 11. Općih uvjeta za osiguranje života 119-0308 Generali osiguranje d.d.

70 Praksa da se nakon sklapanja ugovora izdaje policu bez obveze mora biti potpisana može se pronaći u Općim uvjetima za životno osiguranje Triglav osiguranja d.d. PG-Z-ZIV/18-1, čl. 1. st. 3., čl. 2. st. 4., također i Opći uvjeti životnog osiguranja Grawe osiguranja vezanog za investicijske fondove (FLV AB/2017) u čl. 3. st. 1.

71 Vidi čl. 436. ZOS kojim se uređuju „Uvjeti dostave informacija“.

72 Takav primjer nalazimo u uvjetima za životno osiguranje čl. 3. st. 5. Triglav osiguranja d.d. PG-Z-ZIV/18-1.

putem obveze informiranja ugovaratelja osiguranja. Već na prvi pogled odredba čl. 200. st. 3. sl. d) ZOS-a FBiH kojom se pravo na odustanak uređuje kao jedna od predugovornih informacija, na način da *ugovaratelj osiguranja može odustati od ugovora o životnom osiguranju najkasnije u roku 14 dana od dana primitka obavijesti osiguratelja o sklapanju ugovora, pri čemu ugovaratelj osiguranja ne snosi obveze koje proizlaze iz tog ugovora*, upućuje više na odredbe ZOS-a RH negoli na odredbe Direktive Solventnost II.

Podzakonskim aktom,⁷³ Agencija za nadzor osiguranja FBiH detaljnije je propisala provedbu glave XI. ZOS FBiH - *Zaštita potrošača*. Pravilnikom je naglasak stavljen na ispunjavanje obveze pisanog informiranja ugovaratelja osiguranja te na sadržaj obavijesti kod sklapanja ugovora o osiguranju i tijekom trajanja ugovora o osiguranju.⁷⁴ Tako je osim obveze da je informiranje i o pravu na odustanak u pismenoj formi, uvedena i jedna specifična obveza za osiguratelje, a tiče se dokazivanja da je obavijest predana ugovaratelju. Osiguratelji će tako morati izdati obavijest u dva primjerka od kojih će onaj za osiguratelja morati biti ovjeren potpisom ugovaratelja i datumom predaje.⁷⁵ Tako specifično formirana obveza za osiguratelje, barem u dijelu potencijalne neinformiranosti ugovaratelja o pravu na odustanak štiti same osiguratelje od stajališta Suda EU-a izraženih u presudama *Endress i Rust-Hackner* o neograničenom trajanju roka za odustanak od ugovora, ako ugovaratelj nije bio propisno upoznat.

Međutim, kao i u hrvatskoj praksi, niti u bosanskohercegovačkoj zakonodavac nije uzimao u obzir materijalne odredbe ZOO-a koje uređuju sklapanje ugovora o životnom osiguranju. Za razliku od hrvatskoga ZOO-a, u BiH važeći ZOO 1978 bez obzira na zahtjev *forme ad solemnitatem* ugovora o osiguranju,⁷⁶ ostavlja mogućnost da ugovor o osiguranju, pa tako i životnom može biti sklopljen primitkom ponude, pri čemu polica osiguranja nije ugovor osiguranja, već isprava o sklopljenom ugovoru.⁷⁷ Navedeni način sklapanja ugovora, u praksi znači da će osiguratelj ako prihvati ponudu ugovaratelja dostaviti mu policu osiguranja kao dokaz da je ugovor sklopljen.⁷⁸ Takav bi pristup, u svjetlu ispunjavanja obveza iz ZOS FBiH i Direktive Solventnost II, trebao imati prednost pred hrvatskim jer će se dostava police osiguranja smatrati i dostavom isprave o sklopljenom ugovoru. Posljedično ako se ugovaratelju dostavlja dokaz (isprava) da je ugovor sklopljen, tada se navedeno može smatrati i davanjem *obavijesti da je ugovor sklopljen*. Međutim, do takvoga zaključka nužno ne mora doći prosječan potrošač koji će u uvjetima osiguranja tražiti odredbe o odustanku od ugovora, i načinu na koji će dobiti obavijest o sklapanju ugovora.⁷⁹ Stoga bi bilo

73 Pravilnik o obavezi informisanja ugovarača osiguranja, Sl. novine FBiH, br. 1/18., 10/21. (dalje: Pravilnik).

74 Čl. 1. i 2. Pravilnika.

75 Čl. 6. st. 2. Pravilnika.

76 Čl. 901. st. 1. ZOO 1978.

77 Čl. 901. st. 3. i 4. ZOO 1978. Više Ivan Bukljaš i Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima* (Zagreb: Riječka dionička tiskara, 1979.), 2584-2586.

78 V. čl. 3. st. 3. te čl. 4. st. 6. Općih uvjeta za životno osiguranje AG-14 C Adriatic osiguranje d.d., Sarajevo.

79 Opći uvjeti za životno osiguranje AG-14 C Adriatic osiguranje d.d., Sarajevo ne spominju

svrsishodnije podrobnije urediti u uvjetima osiguranja, način davanja obavijesti i što se smatra danom obavijesti o sklopljenom ugovoru i time uvjete osiguranja i ugovor učiniti jasnijim za obje ugovorne strane.

4. ZAKLJUČAK

Direktiva Solventnost II u čl. 186. uređuje pravo na odustanak. No, kako je riječ o odredbi minimalnog usklađivanja države članice imaju dosta prostora ovaj institut urediti drukčije i povisiti stupanj zaštite ugovaratelja životnog osiguranja. Time se usklađeno pravo na odustanak i dalje razlikuje na unutarnjem tržištu i to u dužini trajanja roka, raspon je od 14 do 30 dana; početka računanja i isteka roka ako ugovaratelj osiguranja nije bio propisno informiran o svom pravu te na kraju posljedica, posebno restitucije iznosa, što ih je ugovaratelj osiguranja platio za vrijeme trajanja ugovora. Minimalna harmonizacija razlog je zašto su se ta i slična pitanja našla pred Sudom EU-a, koji je tumačeći odredbe relevantnih direktiva za ugovor osiguranja života upozorio nacionalne zakonodavce na svrhu prava na odustanak, a to je omogućiti ugovarateljima informiran izbor i nakon što je ugovor zaključen.

Ugovor o osiguranju života u nacionalnim pravnim okvirima uređen je usporedno u tri propisa (ZOS, ZOO, ZZP), što stvara dvojbe osigurateljima pri redigiranju općih i posebnih uvjeta osiguranja, a s druge strane ugovarateljima može otežati primjenu prava na odustanak. Dobar primjer kako urediti institut prava na odustanak, odnosno kako integrirati potrošački *acquis* u materijalne odredbe propisa o osiguranju jest njemački Zakon o ugovorima o osiguranju,⁸⁰ koji je reformiran upravo pod utjecajem prava EU-a, presuda Suda EU-a, Njemačkog ustavnog suda i saveznih sudova.⁸¹ Pravo opoziva ugovaratelja sastavni je dio općih odredbi Općeg dijela VVG-a, gdje se u para. 8. i 9. podrobnije uređuje pravo opoziva i posljedice. Opozvati se, na temelju para. 8. VVG-a, mogu svi ugovori o osiguranju u roku od 14 dana, a rok za opoziv počinje teći u trenutku kad ugovaratelj u pisanoj formi dobije policu osiguranja s uvjetima osiguranja i jasno formuliranu pouku o pravu na opoziv i pravnim posljedicama opoziva.⁸² Ovime je jedno od temeljnih prava potrošača prošireno i na ugovaratelje koji nemaju status potrošača, a opozvati se mogu svi ugovori o osiguranju bez obzira na način sklapanja.⁸³ Dodatno u posebnom dijelu VVG-a u glavi 5. *Osiguranje života*, integrirana su u para. 152. odstupanja od prava opoziva iz para. 8. i 9. vezano za ugovor o osiguranju života. Obveza osiguratelja, općenito je formirana uvažavajući načelo *ex nunc*, tako da će savjesni i uredni osiguratelj koji je postupio sukladno sa zakonskom obvezom informiranja vratiti samo dio premije koji se odnosi na vrijeme

pojam odustanak od ugovora, niti obavijest o sklopljenom ugovoru niti propisuju obvezu predugovornog informiranja.

80 Zakon o ugovorima o osiguranju (*Versicherungsvertragsgesetz - VVG*). Zakon je objavljen u službenom glasilu BGBL I 29.11.2007., 2631, a stupio je na snagu 1. siječnja 2008.

81 Darko Samardžić, „Jačanje položaja potrošača u njemačkom privatnom pravu osiguranja“, *Analni Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 7, br. 14 (2014): 175.

82 Slavko Đorđević i Darko Samardžić, *Nemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom zakona (VVG)*, (Beograd: IRZ, 2014.), 112.

83 Đorđević i Samardžić, *Nemačko ugovorno pravo osiguranja*, 77.

nakon izjavljenog opoziva, odnosno u slučaju životnog osiguranja otkupnu vrijednost police osiguranja, uključujući udjele u dobiti. Tek ako pouka o pravu na opoziv nije bila dana ugovaratelju u skladu sa zakonom, osigurateljeva obveza može obuhvatiti povrat cijele godišnje premije, odnosno potpunu restituciju. Premda je VVG nametnuo znatne obveze osigurateljima, učinio je i veliki iskorak ka transparentnosti procesa sklapanja ugovora osiguranja, što će rezultirati kvalitetnijim pristupom osiguratelja, jačom tržišnom utakmicom i na kraju boljom zaštitom potrošača. Cijenimo ovaj put koji bi trebali slijediti i nacionalni zakonodavci kako bi pravo na odustanak moglo ispuniti svoju ulogu.

LITERATURA

Knjige i članci

1. Basedow, Jürgen. „Towards a European Insurance Contract Law? The Commission Expert Group, its Antecedents and Consequences“. *Max Planck Private Law Research Paper Series* br. 15 (2018): 1-17.
2. Belanić, Loris. „Harmonizacija prava osiguranja u Europskoj uniji s osvrtom na ugovorno pravo osiguranja“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 60, br. 6 (2010): 1336-1368.
3. Bukljaš, Ivan i Vizner, Boris. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb: Riječka dionička tiskara, 1979.
4. Conclusion and form of the contract, Withdrawal. Pristup 14. rujna 2021. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/conclusion_and_form_of_the_contract_en.pdf, https://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/withdrawal_en.pdf
5. Ćurković, Marijan. *Ugovor o osiguranju osoba*. Zagreb: Inženjerski biro, 2009.
6. Đorđević, Slavko i Darko Samardžić. *Nemačko ugovorno pravo osiguranja sa prevodom zakona (VVG)*. Beograd: IRZ, 2014.
7. Eidenmüller, Horst. „Why Withdrawal Rights?“. *European Review of Contract Law* 7, br. 1 (2011): 1-24.
8. *Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law*, 2014. Pristup 22. rujna 2021. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/final_report_en.pdf
9. Ivančević, Katarina. „Zaštita korisnika finansijske usluge osiguranja pri zaključenju ugovora na daljinu u Srbiji“. *Evropska revija za pravo osiguranja* br. 1 (2016): 10-19
10. Keglević, Ana. *Ugovorno pravo osiguranja obveza obavještavanja i zaštite potrošača u domaćem, europskom i poredbenom pravu*. Zagreb: Školska knjiga, 2016.
11. Keglević, Ana. „Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 34, br. 1 (2013): 209-237.
12. Loss, Marco. „Rights of Withdrawal“. U: *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, eds. Geraint Howells i Reiner Schulze, 237-277. Munich: Sellier. Europaena Law Publishers, 2009.
13. Loos, Marco. „The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law“. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 15, br. 1 (2007): 5-36.
14. Mak, Vanessa. „Standards of Protection: In Search of the „Average Consumer“ of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive“. *TISCO Working Paper Series on Banking, Finance and Services* br. 4 (2010): 1-16. <http://www.ssrn.com/link/Tilburg-TISCO-Banking-Financing.html>
15. Mak, Vanessa i Jurgen Braspenning. „Errare humanum est: Financial Literacy in European Consumer Credit Law“. *Journal of Consumer Policy* 35 (2012): 307-332.

16. Možina, Damjan. „Razdor, odpoved in odstop od pogodbe“. *Pravni letopis* br. 1 (2011): 57-73.
17. Petrović Tomić, Nataša. *Zaštita potrošača usluga osiguranja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2015.
18. Prölss Jürgen, Christian Armbrüster, Dominik Klimke, Ingo Koller, Winfried-T Schneider, Heinrich Dörner, Ulrich Knapmann, Werner Lücke, Peter Reiff i Wolfgang Voit, *Versicherungsvertragsgesetz*. 28 Aufl. München: C.H. Beck, 2010.
19. Reich, Norbert i Hans-W. Micklitz. „Economic Law, Consumer Interest, and EU Integration“. U: *European Consumer Law*, eds. Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Peter Rott i Klaus Tonner, 6-67. Cambridge: Intersentia, 2014.
20. Rohrbach, Wolfgang. „Problemi i šanse životnog osiguranja- „kraljevske“ vrste osiguranja“. *Evropska revija za pravo osiguranja* br. 2 (2012): 8-18.
21. Rott, Peter. „Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?“. *German Law Journal* 7, br. 12 (2006): 1110-1136.
22. Samardžić, Darko. „Jačanje položaja potrošača u njemačkom privatnom pravu osiguranja“. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 7, br. 14 (2014): 171-204.
23. Van Hulle, Karel. *Solvency Requirements for EU Insurers: Solvency II is Good for You*. Cambridge : Intersentia, 2019.
24. Vujisić, Dragan. „Pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora“. *Pravni život* 548, br. 10 (2011): 813-824.
25. Vukadinović, Radovan. „*Pacta non sunt servanda* i pravo na povlačenje potrošačkog ugovora u pravu EU“. *Pravo i privreda* 46, br. 1-4 (2009): 257-270.

Pravni izvori

1. Direktiva 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o trgovanju na daljinu financijskim uslugama koje su namijenjene potrošačima i o izmjeni Direktive Vijeća 90/619/EEZ i direktiva 97/7/EZ i 98/27/EZ, SL L 271/16, 9.10.2002.
2. Direktiva 2002/83/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. studenoga 2002. o životnom osiguranju, SL L 345/1, 19.12.2002.
3. Direktiva 2009/138/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o osnivanju i obavljanju djelatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II) (preinačeni tekst), SL L 335, 17.12.2009.
4. Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 304, 22.11.2011.
5. Direktiva Vijeća 90/619/EEZ od 8. studenoga 1990. o usklađivanju zakona i drugih propisa povezanih s izravnim životnim osiguranjem i o utvrđivanju odredaba za olakšavanje učinkovitog ostvarivanja slobode pružanja usluga i izmjeni Direktive 79/267/EEZ, SL L 330, 29.11.1990.
6. Pravilnik o obavezi informisanja ugovarača osiguranja, Sl. novine FBiH, br. 1/18., 10/21.
7. Zakon o društvima za osiguranje, Sl. glasnik RS, br. 17/05., 01/06., 64/06., 74/10., 47/17., 58/19.
8. Zakon o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 45/89. i 57/89., Sl. list R BiH, br. 2/92., 13/93., 13/94., Sl. glasnik RS, br. 17/93., 3/96.
9. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18.
10. Zakon o osiguranju Sl. novine FBiH, br. 23/17.
11. Zakon o osiguranju, Narodne novine, br. 30/15., 112/18., 63/20., 133/20.
12. Zakon o ugovorima o osiguranju (Versicherungsvertragsgesetz - VVG). Zakon je objavljen u službenom glasilu BGBl I 29.11.2007., 2631, a stupio je na snagu 1. siječnja 2008.
13. Zakon o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini, Sl. glasnik BiH, br. 25/06., 88/15.
14. Zakon o zaštiti potrošača, Narodne novine, br. 41/14., 110/15., 14/19.

Presude Suda EU-a

1. Presuda od 10. travnja 2008., *Hamilton*, C-412/06, EU:C:2008:215
2. Presuda od 13. prosinca 2001., *Heininger*, C-481/99, EU:C:2001:684
3. Presuda od 17. prosinca 2009., *Martin Martin*, C-227/08, EU:C:2009:792
4. Presuda od 19. prosinca 2013., *Endress*, C-209/12, EU:C:2013:864
5. Presuda od 19. prosinca 2019., *Rust-Hackner*, spojeni predmeti C-355/18 do C-357/18 i C-479/18, EU:C:2019:1123

Anita Petrović*
Tomislav Novačić**

Summary

THE RIGHT TO WITHDRAW FROM A LIFE INSURANCE CONTRACT

In the last few decades the consumer acquis has had a significant impact on all branches of law, including insurance law. Certain autonomous solutions to the directives in the field of consumer law have also moved into contractual insurance law, such as duty to inform, counsel and the right of withdrawal. The right of withdrawal is a mechanism to protect consumers from hasty and reckless decisions because it allows informed choice after the contract has been concluded. For this purpose it has been accepted for the first time in the Second Life Insurance Directive, and is also contained in the Solvency II Directive. Life insurance contracts are legally complex financial products and can involve significant long-term financial obligations, therefore the right to withdraw is justified by the position of the life insurance policyholder as a weaker party. This paper presents the right of withdrawal in the Solvency II Directive and the judgments of the Court of Justice of the EU. Finally, the authors critically analyze the right of withdrawal in Croatian and Bosnian insurance law.

Keywords: *right of withdrawal; Solvency II Directive; life insurance contract.*

* Anita Petrović, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Tuzla; anita.petrovic@untz.ba. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4164-3876>.

** Tomislav Novačić, Ph.D., Agram life Insurance, Zagreb, d.d.; Tomislav.Novacic@agramlife.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-00023-3953-8636>.

SUSPREZANJE AUTONOMIJE POLITIČKOG PREDSTAVNIŠTVA GRAĐANSKIM INICIJATIVAMA

Dr. sc. Matija Miloš*

UDK 323.2

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.2>

Ur.: 3. veljače 2022.

Pr.: 26. ožujka 2022.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Ovaj rad ispituje pravne odraze autonomije političkog predstavništva u kontekstu tekuće pandemije. U njemu se iz vizure ustavne teorije razmatraju dva događaja. Jedan je odluka Ustavnog suda o izbornosti uvjeta ograničenja temeljnih prava. Drugi su građanske inicijative kojima se Sabor nastoji prisiliti na pridržavanje tih uvjeta. Koristeći koncept ustavne šutnje kao instrument, ova se dva razvoja povezuje kako bi se istražilo prostore koje Ustav Republike Hrvatske ostavlja političkim praksama, ali i moguće djelovanje građanskih inicijativa na njih. Svrha je toga tvrditi da se građanske inicijative ne može smatrati neustavnima ako ne pokušavaju nadglasati legitimne ustavne šutnje političkog predstavništva.

Ključne riječi: *ustavne tišine; građanske inicijative; neposredna demokracija; ljudska prava; ustavna teorija.*

1. UVOD

Ovim se radom razmatra autonomiju političkog predstavništva, i to iz perspektive ustavne teorije usmjerene na promišljanje „razlika između racionalnosti postupaka političkog i pravnog odlučivanja“. ¹ Autonomiju predstavničkoga procesa istražuje se u vezi s ograničavanjem ljudskih prava s jedne te referendumima s druge strane. S tim ciljem koristimo koncept ustavne šutnje. On obuhvaća pitanja koja temeljni akti prepuštaju političkoj praksi zbog toga što njihovo normiranje nije moguće ili nije poželjno. ² Pokazat ćemo da se pretpostavljanjem ustavne šutnje poslužio i Ustavni sud Republike Hrvatske kada je utvrdio da Hrvatski sabor ima ovlast izabrati između „redovnog“ i „izvanrednog“ okvira ograničavanja ljudskih prava, odnosno čl. 16. i 17.

* Dr. sc. Matija Miloš, postdoktorand, Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet; matija.milos@pravri.uniri.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3839-0273>.

Ovaj rad financiralo je Sveučilište u Rijeci projektom uniri-mladi-drustv-20-6.

- 1 Christoph Möllers, „Les Gardiennes d’une Séparation: Les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique“, *Jus Politicum* 7, br. 1 (2012): 7.
- 2 Michael Foley, *The Silence of Constitutions. Gaps, „abeyances” and Political Temperament in the Maintenance of Government* (New York: Routledge, 1989.).

Ustava Republike Hrvatske.³ Zatim ćemo promijeniti perspektivu i istražiti kako se građanskim inicijativama može preispitivati ustavne šutnje povezane s predstavničkim procesom.

Svrha takvoga premošćivanja dviju tema nije samo intervencija u raspravu o referendumskim inicijativama kojima se želi utjecati na pandemijske mjere. Iako je rad i komentar te situacije, njegov je središnji cilj položiti osnove za teorijski okvir koji će omogućiti sustavno razmatranje sraza između referenduma i predstavničkog tijela. Njime se želi zakomplicirati pojednostavljeno odlučivanje takvih sporova pozivanjem na kategorije koje su samo isprovocirane pojedinim referendumima, kao što su „isključive ovlasti“ Sabora. Smatramo da ozbiljnije promišljanje autonomije predstavničkog procesa kao ustavnopravne kategorije može pomoći jasnije razlučiti neustavne inicijative od onih ustavnih, a da se time apriorno ne žrtvuje parlament ili oblike neposredne demokracije.

U prvom dijelu rada raspravljamo ustavnu šutnju kao sastavnicu parlamentarne autonomije i u hrvatskom konstitucionalizmu. Zatim utvrđujemo da referendumima mogu imati višedimenzionalni utjecaj na autonomiju predstavničkog procesa, djelujući kao sredstvo izražavanja, osporavanja i normiranja. Ocjenu ustavnosti referenduma stoga treba razumjeti sredstvom posredovanja između spomenute tri referendarske uloge. Nakon tih razmatranja okrećemo se inicijativama aktualnima tijekom pisanja rada, koristeći predložena referendarska pitanja kao podlogu za raspravu o odnosu ocjene ustavnosti i triju referendarskih uloga. Iz toga izvodimo zaključke o ustavnosti referenduma aktualnih u vrijeme pisanja rada. Zaključak je kako se ocjenu neustavnosti može opravdati samo kada se referendumima nastoji arbitrarno normirati ustavne šutnje autonomije predstavničkog procesa.

2. USTAVNA ŠUTNJA AUTONOMIJE PREDSTAVNIČKOG PROCESA: IZMEĐU NUŽNOSTI I IZGOVORA

Kao što smo naznačili u uvodu, ustavna šutnja obuhvaća pitanja koja se propušta normirati, što istodobno doprinosi održavanju određenog ustavnog poretka.⁴ One su prazna mjesta ustavnog uređenja neophodna za fluidne i katkada međusobno suprotstavljene političke prakse, unaprijed neodređene pravom. Prema Foleyevom izvornom tumačenju koncepta, one sadrže pitanja čija neriješenost osigurava održivost ustavnog poretka, koja, kada na njih pokušamo konačno odgovoriti, izazivaju krize i potencijalno urušavanje postojećega stanja.⁵ Zato se ne radi o pukim pravnim prazninama.

Da bismo mogli u autonomiji predstavničkog procesa pronaći ustavne šutnje, moramo razumjeti što je autonomija. Gardašević je o njoj već raspravljao u kontekstu

3 Rješenje Ustavnog suda RH u predmetu U-I-1372/2020 i dr. od 14. rujna 2020., Narodne novine, br. 105/20. (dalje: Odluka USRH o pandemijskim mjerama), para. 28.

4 Richard Albert, David Kenny, „The Challenges of Constitutional Silence: Doctrine, Theory, and Applications,“ *International Journal of Constitutional Law* 16, br. 3 (2018): 884.

5 Foley, *The Silence of Constitutions. Gaps, “abeyances” and Political Temperament in the Maintenance of Government.*

pandemije. Upozorio je da nedavno dopunjavanje Poslovnika Hrvatskog sabora posebnim režimom rada namijenjenim pandemijskim uvjetima potencijalno narušava samostalnost zakonodavca naspram izvršne vlasti.⁶ Takvo što bi bilo problematično utoliko što je Sabor nositelj zakonodavne vlasti pa se, u skladu s načelom diobe vlasti,⁷ opravdano može smatrati da će imati ustavno osiguran prostor djelovanja. Dioba vlasti ne znači samo da je svaka državna funkcija⁸ ograničena drugima, već i da svaka ima mogućnost ostvarivati svoje zadaće.⁹ To se u slučaju zakonodavca ne odnosi samo na usvajanje poslovnčkih odredbi, što bismo mogli označiti unutarnjom autonomijom, već i na njegovo djelovanje prema drugim granama vlasti i građanima. Ne treba zaboraviti niti da je Sabor, kao i svaki drugi parlament, ujedno i predstavničko tijelo građana,¹⁰ a političko je predstavljanje moguće samo ako se utjelovljuje u određenom autonomnom djelovanju.¹¹ Autonomiju predstavničkog procesa stoga treba smatrati važnim obilježjem ostvarivanja narodnoga suvereniteta, ali i ustavne vladavine uopće.

Kada je Ustavni sud u svojem rješenju iz 2020. utvrdio da autonomija Sabora obuhvaća ovlast izbora dvotrećinske većine iz čl. 17. Ustava,¹² nedvojbeno je pretpostavio da u tom pitanju leži neka vrsta ustavne šutnje. Naime, sigurno je da Ustav vezuje Sabor izrijekom propisanim većinama,¹³ a čl. 17. već obuhvaća takvu većinu i ne daje naznačiti da od nje postoji mogućnost odstupanja.¹⁴ Da bi se zanemarili ovi jasni tekstualni okviri djelovanja zakonodavca, bilo je potrebno pretpostaviti da supostojanje „redovitih“ i „izvanrednih“ uvjeta ograničenja temeljnih prava čini okvir političke prakse koji je u stanju otkloniti ono što je propisano temeljnim aktom.

- 6 Đorđe Gardašević, „Izvanredna stanja, „velike prirodne nepogode“ i promjene Ustava Republike Hrvatske“, u: *Ustavne promjene i političke nagodbe. Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma*, ur. Arsen Bačić (Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2021.), 264–265.
- 7 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98. [pročišćeni tekst], 113/00., 124/00. [pročišćeni tekst], 28/01., 41/01. [pročišćeni tekst], 55/01. [ispravak], 76/10., 85/10. [pročišćeni tekst]) i Promjena Ustava RH (narodna ustavotvorna inicijativa), Narodne novine, br. 5/14., Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 (dalje: Ustav RH), čl. 4.
- 8 Tu se ponajprije misli na zakonodavnu, izvršnu i sudsku funkciju, koje se obično nazivaju „vlastima“. Ivo Krbek, *Dioba vlasti* (Zagreb: Hrvatski izdavački bibliografski zavod, 1943.), 15.
- 9 András Sajó, Renata Uitz, *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 130, <https://doi.org/https://doi.org/10.1093/oso/9780198732174.001.0001>; Ivo Krbek, *Upravno pravo. I. knjiga - Uvodna i osnovna pitanja* (Zagreb: Tisak i naklada jugoslovenske štampe, 1929.), 46–47.
- 10 Čl. 71. Ustava RH.
- 11 Hannah Pitkin, *The Concept of Representation* (Berkeley: University of California Press, 1967.), 65.
- 12 Odluka USRH o pandemijskim mjerama, para. 28.
- 13 Čl. 82. Ustava RH.
- 14 Člankom 17. Ustava RH propisano je da u „doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države, te velikih prirodnih nepogoda pojedine slobode i prava zajamčena Ustavom mogu se ograničiti. O tome odlučuje Hrvatski sabor dvotrećinskom većinom svih zastupnika...“. Primjetno je da niti sam ustavotvorac ne razlikuje odluke o proglašenju izvanrednog stanja i ograničavanja ljudskih prava. Tekst čl. 17. propisuje da se odlučuje „o tome“ kao da su oba čina ujedinjena u istoj odluci, koju treba potvrditi dvotrećinskom većinom.

Takvo što nije dvojbeno samo stoga što postoje jasne ustavne odredbe čiji smisao Ustavni sud nema ovlast obeznačiti, već i iz gledišta svojeg cilja. Iako naizgled usmjereno na snaženje položaja Sabora, definiranje čl. 16. i 17. kao predmeta izbora omogućuje vladajućoj većini da marginalizira manjinske političke opcije u usuglašavanju ograničenja temeljnih prava. Ako dvotrećinska većina nije potrebna, i glasovi tih opcija imat će manju težinu.¹⁵ Time se zakonodavčeva autonomija ograničava, jer ju se izlaže snažnijem utjecaju izvršne vlasti koja u predstavničkom tijelu ima potporu kvalificirane većine. Ona stoga može osigurati donošenje i običnog i većine organskoga zakonodavstva¹⁶ i bez dvotrećinske većine.

Iako je Ustavni sud pogrešno locirao ustavnu šutnju, ona ipak karakterizira autonomiju predstavničkog procesa. Ako se usmjerimo samo na problem ograničenja temeljnih prava, nedvojbeno je da temeljni akt ne može iscrpno predvidjeti granice zajamčenih sloboda. Temeljna prava i njima suprotstavljeni interesi koji motiviraju pojedina ograničenja mogu imati različitu težinu koja traži drukčije odmjeravanje ustavnosti ograničenja.¹⁷ Nadalje, razmjernost kao temeljna metoda procjene ustavnosti granica prava i sloboda prihvaća da je u nizu situacija moguće donijeti različite odluke koje iz vizure temeljnog akta mogu biti prihvatljive.¹⁸ Konačno, okolnosti u kojima se temeljna prava ograničavaju podložne su promjeni, baš kao i interesi koji se odražavaju u formuliranju granica sloboda, zbog čega se i ograničenja sloboda moraju moći stalno iznova politizirati i preispitivati. Hrvatski je sabor u tom smislu nositelj određene autonomije koja mu je nužna da bi mogao obnašati zakonodavnu vlast, ali i da bi se u pogledu vršenja te vlasti mogle formirati različite i dugoročno promjenjive demokratske većine koje predviđa Ustav.¹⁹ Većine predviđene temeljnim aktom nisu puke proceduralne granice politike, već su naznaka potrebe za političkim praksama. Kao što Spitz ističe, demokratske većine su „društvena praksa, strukturirani načini ponašanja usmjereni na poticanje kolektivnog djelovanja bez kršenja političke ravnopravnosti i narodnog suvereniteta“.²⁰ Proces političkog

15 Zoltán Pozsár-Szentmiklósy, „Supermajority in Parliamentary Systems – A Concept of Substantive Legislative Supermajority: Lessons from Hungary“, *Hungarian Journal of Legal Studies* 58, br. 3 (2017): 283.

16 Sukladno čl. 83. Ustava RH i relevantnim rješidbama Ustavnog suda. Sanja Barić, „Zakonodavna delegacija i zakonski rezervat“, *Hrvatska javna uprava* 6, br. 1 (2006): 212–216.

17 Šire u Niels Petersen, „How to compare the length of lines to the weight of stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law“, *German Law Journal* 14, br. 8 (2013): 1387–1408.

18 Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012.), 353.

19 Tome je posebno tako budući da zakonodavac nije „forum načela“ kao ustavni sudovi, već se od njega očekuje političke odluke koje nisu u cjelini povezane s vrijednosnim principima. Cristina Lafont, *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2020.), 235. O nemogućnosti ranijeg saziva Sabora da vezuje naredni vidi i izdvojeno mišljenje ustavnog suca Selanca podupiruće odluci Ustavnog suda RH u predmetu U-VIIR-343/2020 od 19. svibnja 2020., Narodne novine, br. 73/20., 8-9.

20 Elaine Spitz, *Majority Rule* (Chatham: Chatham House Publishers Inc., 1984.), xiii. Tako i Urbinati: „... u predstavničkoj politici glasovi nikada nisu puke količine i nikada ne daju posljednju riječ o nekoj temi. Njima se odražava složenost mišljenja i političkog utjecaja. Niti jedna od tih stavki nije aritmetički mjerljiva veličina i obje su inherentno povezane s prethodnim

predstavljanja iz svih se ovih razloga ne može potpuno zamijeniti pravničkim rasuđivanjem niti ustavnopravnim normiranjem. Stoga je mjera ustavne tišine u ovom pogledu nužna te njezino mijenjanje potencijalno izaziva transformaciju ustavnog poretka.

Pitanje je u kakvom su odnosu ustavne tišine s političkim praksama koje nadilaze zakonodavno tijelo i usuglašavanje njegovih članova o pojedinim odlukama. Takve su prakse pravno moguće zbog toga što bi, iako Ustav propisuje da biračko tijelo vlada „izborom svojih predstavnika“,²¹ bilo nesuglasno smislu Ustava tvrditi kako birači mogu biti politički aktivni samo nekoliko puta u desetljeću. Takvo tumačenje moralo bi zanemariti da oni imaju punu slobodu, posebno konkretiziranu u nizu političkih prava zajamčenih temeljnim aktom,²² djelovati i između izbora te utjecati na predstavnički proces i njegove ishode. Nadalje, ono bi moralo ignorirati i mogućnost „neposrednog odlučivanja“²³ koju omogućuje Ustav. Normativno su intervencije biračkog tijela u legitimne ustavne šutnje predstavničkog procesa poželjne jer, kao što ističe politička teorija, političko predstavljanje nije jednostrana pojava u kojoj birači do izbora stoje po strani. Naprotiv, od biračkog se tijela očekuje da sudjeluje u stvaranju i preoblikovanju uloge predstavnika.²⁴ Zato ustavne šutnje povezane s predstavljanjem nisu tek zaštita nekog elitističkog poimanja političkog predstavništva,²⁵ već otvaraju reprezentativni proces uplivima koji nadilaze predstavljanje u užem smislu, svedivo na periodične izbore i redovno djelovanje parlamenta.

3. GRAĐANSKA INICIJATIVA U SLUŽBI PROPITIVANJA USTAVNE ŠUTNJE: NORMIRANJE, IZRAŽAVANJE I OSPORAVANJE

Usmjerimo li se na referendum kao način propitivanja ustavnih šutnji predstavljanja, zapazit ćemo da je Ustavni sud RH 2013. utvrdio kako je osnovni smisao tog oblika neposredne demokracije unijeti određenu promjenu u postojeće pravo. Sud je istaknuo „da se državni ustavotvorni referendum raspisuje s ciljem određenih promjena u ustavnom poretku zemlje“ te da mu je „pravna svrha“ „u pravnom poretku promijeniti nešto što već postoji ili u pravni poredak unijeti nešto

i kasnijim glasovanjima. Kada prevedemo ideje u izborne glasove obično zaboravljamo tu temporalnu složenost. Pretpostavljamo da glasovi odražavaju pojedinačne preferencije, a ne mišljenja o njima“ Nadia Urbinati, *Me the People. How Populism Transforms Democracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2019.), 166.

21 Ustav RH, čl. 1(2).

22 Posebno će u tom smislu biti relevantne sloboda mišljenja i izražavanja misli, pravo na pristup informaciji sloboda javnog okupljanja i mirnog prosvjeda te sloboda udruživanja. Vidi Ustav RH, čl. 38., 42. i 43.

23 Ustav RH, čl. 1(2).

24 Vidi tako Nadia Urbinati, *Representative Democracy. Principles & Genealogy* (Chicago: The University of Chicago Press, 2006.), 227–228.

25 Schumpeter je jedan od poznatijih zagovornika takvoga poimanja političkog predstavljanja, po kojem se ono izjednačuje s činom izbora. Joseph Schumpeter, *Kapitalizam, socijalizam i demokracija* (Zagreb: Globus, 1981.), 342–343.

novu, što do sada nije postojalo²⁶. Ova kvalifikacija postavlja normotvornu inovaciju kao osnovno sredstvo upliva referenduma u predstavnički proces. Nadalje, iz nje bi slijedilo da valjani referendum mora isticati „nešto pravno novo“ ne bi li bio prihvatljiv.

Iako je razvidno kako je već u svojem Priopćenju Ustavni sud naglasio pravnu komponentu referenduma, ostaje činjenica da se u svojoj praksi nije bavio samo njome. Ovo je razvidno već i iz Priopćenja, u kojem Sud u razmatranju ustavnosti referenduma o braku cijeni i to što je Hrvatski sabor dvotrećinskom većinom usvojio odluku da se raspiše referendum.²⁷ Sud je slično činio i u pogledu nikada održanog referenduma o Zakonu o radu, utvrdivši da ga nije potrebno održati jer se odustalo od prijedloga izmjena zakona na kojega se njime reagiralo.²⁸ Sud to pravilo nije samo iznova primijenio, već ga je i proširio u inicijativama koje su pokrenute o izdvajanju pomoćnih poslova iz javnih službi te monetizaciji javnih cesta.²⁹ Konačno, i u slučaju referenduma o isticanju ćirilice pisma Sud je uzeo u obzir okolnosti života u Vukovaru koje su mu bile povod.³⁰ Time ocjena ustavnosti nije samo izašla iz okvira strogo pravnih sadržaja, već je postavila pitanje dodatnih načina na koje se inicijativama utječe na predstavnički proces.

Nužno je imati na umu da su u hrvatskoj praksi upravo građanske inicijative bile sredstvo utjecaja na predstavnički proces i propitivanja njegove autonomije. Takvi oblici neposredne demokracije ne omogućuju tek predlaganje pravnih sadržaja, već i izražavanje određenih političkih poruka i osporavanje političkih procesa i aktera.³¹ Pišući o građanskim inicijativama u njemačkom pravu, Schott dolazi do istoga zaključka. U njegovom tumačenju takav oblik angažmana puka tek jednim dijelom služi pravnoj promjeni, jer istodobno se njome potencira određena javna rasprava te nadzire političke institucije.³² Zato u razmatranju interakcije ustavne šutnje

26 Priopćenje Ustavnog suda Republike Hrvatske o narodnom ustavotvornom referendumu o definiciji braka broj: SuS-1/2013 od 14. studenoga 2013., Narodne novine, br. 138/13. (dalje: USUD – priopćenje), para. 9.

27 USUD – priopćenje, paras. 4 i 11.

28 Odluka Ustavnog suda RH u predmetu U-VIIR-4696/2010 od 20. listopada 2010., Narodne novine, br. 119/10., para. 23.

29 Tako je po tim odlukama dostatno da političke grane vlasti promijene programske najave da bi referendum koji je reakcija na njih bio proglašen nepotrebnim. Ana Horvat Vuković, „Ustavni sud Republike Hrvatske i referendumi narodne inicijative 2013.-2015.“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 37, br. 2 (2016): 816–819.

30 Odluka Ustavnog suda RH u predmetu U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014., Narodne novine, br. 104/14.-2021 (dalje: USUD – ćirilica), para. 28-29.

31 Štoviše, moglo bi se tvrditi da je ovo prostor koji se javlja i kod drugih oblika neposredne demokracije, iako u nešto drukčijem obliku i u drukčijoj mjeri. Iako tu tvrdnju ovdje nećemo istraživati, ističemo kako nam tu mogućnost naznačuje i termin „plebiscit“. On predstavlja i referendum koji, osim što služi kao odluka o određenoj temi, obuhvaća izražavanje o (ne) povjerenju nositelju funkcije vlasti, posebno one predsjednika države. Iako to nije jedino značenje plebiscita jer, prema Denquinu, taj koncept i nije moguće jednostavno odvojiti od referenduma, ono nam daje naznačiti da čin neposredne demokracije može nadići svoj pravni oblik. Vidi šire o izazovima koje ovaj problem postavlja pred uređenje referenduma u Jean-Marie Denquin, *Referendum et plebiscite. Essai de theorie generale* (Pariz: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1976.), 331.

32 Stéphane Schott, *L'Initiative populaire dans Les États Fédérés Allemands: Contribution à la*

predstavničkog procesa i građanskih inicijativa pravna promjena tvori samo jedan upliv na političke procese. On je ustavnopravno iznimno važan, ali za naše je svrhe nužno imati u vidu i izražavajuću i osporavajuću dimenziju građanskih inicijativa. Njima se ne poriče da referendum treba u hrvatskom pravu težiti pravnoj promjeni. Naprotiv, iz rasprave će biti razvidno na koji način inzistiramo upravo na jurističkoj dimenziji tog oblika neposredne demokracije.

U nastavku ćemo izražavajuću i osporavajuću funkciju prikazati primjerima iz usporednog prava i iz hrvatskog iskustva. Njihova svrha nije pružiti sustavno usporedno istraživanje funkcija osporavanja i izražavanja. Ponajprije, dio jednoga rada ne može biti dostatan da bi se provelo takvo istraživanje. Drugo, takvo istraživanje argument iznesen u ovom radu niti ne zahtijeva. Nemamo namjeru normativno ocjenjivati pojedine funkcije niti način na koji bi ih pravno trebalo urediti. Takve pothvate ostavljamo za buduće radove. Stoga niti ovdje iznesene prikaze ne treba čitati kao podržavanje ili kritiziranje pojedinih putanja ustavne vladavine. Za naše je svrhe neophodno samo imati u vidu da građanske inicijative mogu nastojati djelovati na predstavnički proces i izražavanjem i osporavanjem koje nadilazi pravnu promjenu i referendum koji je vezan za nju.³³ To je i dimenzija koju se želi zahvatiti novim Zakonom o referendumu. Njime se želi osnažiti prostor dogovora kojima bi se manje vjerojatnima učinili referendumi i njima izazvane promjene u pravu.³⁴ Stoga je za naše potrebe dostatno istaknuti primjere ovih funkcija u domaćem i stranom pravu kako bi se pokazalo da se isprepliću s onom normotvornom. Ovo treba smatrati najslabijim mogućim upošljavanjem usporednog ustavnog prava³⁵ koje treba poslužiti kao poveznica između dijela rada koji se odnosio na autonomiju predstavničkog procesa i onoga dijela koji će našu pažnju svrnuti na trenutačno aktualne građanske inicijative u Republici Hrvatskoj.

U usporednom pravu nalazimo primjere građanskih inicijativa koje prati određeno izražavanje političkih poruka. Njima se ili opravdava pravna promjena ili ih se pokušava temeljiti na takvoj promjeni te tako ostvariti utjecaj. Inicijativa i time djeluje na predstavnički proces, jer njome se stvara spor „za predstavljenost i reprezentativnost jednih naspram predstavljenosti ili reprezentativnosti drugih“.³⁶

connaissance d'une institution démocratique (Pariz: LGDJ, 2012.), 235–330.

33 Takav pristup nije protivan konstitucionalizmu jer ne odustaje od potrebe pristajanja uz temeljne obveze neophodne da bi se ustavni poredak održao, ali istodobno ne poriče kako je ustavni jezik uvijek jednim dijelom nepotpun, jer mora ostaviti prostora i „pluralnosti vrijednosnih posvećenosti“. Howard Schweber, *The Language of Liberal Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007.), 324.

34 Omejec tako tvrdi da se novim zakonom uvodi neizravna građanska inicijativa, lišena referenduma, umjesto one izravne. Jasna Omejec, „Referendum kao instrument političkog dijaloga“, u: *Referendum i neposredna demokracija u Hrvatskoj*, ur. Ivan Koprić i Frane Staničić (Zagreb: Institut za javnu upravu, 2021.), 41-79.

35 Štoviše, Hirschl navodi da takvo opisivanje stranih iskustava samo po sebi nije dostatno za sustavno usporedno ustavno istraživanje kojim bi se pružala dublja objašnjenja u istraživanju prava. Ran Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014.), 225. Ponavljamo, naš argument takvo istraživanje niti ne traži i bilo bi izvan njegova opsega na tome inzistirati.

36 Massimo Villone, „Il Forum: Quale Spazio per Il Referendum Abrogativo, Oggi?“, *Rivista Di*

Tako se u Kaliforniji početkom devedesetih godina prošlog stoljeća organiziralo inicijativu „Spasimo našu državu“, čiji je cilj bio izglasavanje Prijedloga 187 i strože uređivanje položaja ilegalnih imigranata.³⁷ Službeno je opravdanje inicijative bila zaštita kalifornijske ekonomije, ali pratile su je i poruke kojima se htjelo potisnuti rasnu različitost.³⁸

Slično tomu, u Republici Hrvatskoj je inicijativu o ćirilicnom pismu pratila poruka „da se ćirilica u Gradu Vukovaru „doživljava kao simbol stradanja“, koju je Ustavni sud opravdano ocijenio kao „uznemirujući čin koji napada pismo kao univerzalnu civilizacijsku tekovinu čovječanstva koja određuje sam identitet hrvatske ustavne države“.³⁹ Nadalje, u pogledu kasnije inicijative o monetizaciji javnih cesta, Sud je istaknuo kako je prikupljenim potpisima biračko tijelo, i usprkos protuustavnosti konkretnog referenduma, dalo do znanja kako smatra da bi sporna pitanja trebalo staviti pred neposrednu odluku puka.⁴⁰ Iz ovih je primjera vidljiva i komunikacijska uloga inicijativa,⁴¹ ali i da ju se uzima u obzir u razmatranju upliva tih postupaka na predstavnički proces.

Usporedno iskustvo bilježi i primjere funkcije osporavanja. Zanimljiv slučaj nalazimo u talijanskom pravu. Iako tamošnji pravници ne smatraju abrogativni referendum istovjetan građanskoj inicijativi, jer se njime mogu samo ukidati pojedini zakoni,⁴² takvim se postupkom građani mogu u bilo koje vrijeme usmjeriti na ostvarivanje određene pravne promjene na način sličan inicijativi prisutnoj i kod nas. U jednom od takvih pokušaja nastojalo se izazvati ukidanje jednoga od talijanskih ministarstava. Talijanske su regije stajale iza ovog prijedloga te su tvrdile kako će se time osporiti postojeći proces centralizacije zdravstva i osigurati njegova decentralizacija, koja je jednim dijelom već bila izvršena. Tvrdilo se da će se referendumom taj postupak ubrzati. U tom je konkretnom slučaju Ustavni sud odbio uzeti ovaj učinak u obzir, utvrđujući da će se usmjeriti samo na pravnu promjenu.⁴³

Diritto Costituzionale 14, br. 1 (2009): 322.

37 Michael L. Alvarez and Tara L. Butterfield, „The Resurgence of Nativism in California? The Case of Proposition 187 and Illegal Immigration“, *Social Science Quarterly* 81, br. 1 (2000): 167–179.

38 Ruben J. Garcia, „Critical Race Theory and Proposition 187: The Racial Politics of Immigration Law“, *Chicano-Latino Law Review* 17, br. 1 (1995): 139.

39 USUD - ćirilica, para. 29.

40 Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske u predmetu U-VIIR-1158/2015 od 21. travnja 2015., para. 63.

41 Usmjereni smo na djelovanje inicijativa prema predstavničkom procesu, ali jasno je da inicijative imaju i unutarnju izražavajuću dimenziju utoliko što su privremeni forumi slobode govora. To je izraženo u kampanjama koje ih prate. Time se Ustavni sud RH djelomično bavio u svojem razmatranju postupka prikupljanja potpisa. Rješenje Ustavnog suda u predmetu U-VIIR-1960/2018 od 5. lipnja 2018., Narodne novine, br. 8/2019.-183; Priopćenje za javnost Ustavnog suda RH SuP-O-9/2019 od 9. svibnja 2019., pristup 2. siječnja 2022., <https://bit.ly/35rNSDg>.

42 Alessandro Gigliotti, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale* (Milano: Giuffrè editore, 2009.), 45.

43 Odluka Ustavnog suda Talijanske Republike u predmetu 17/1997 (ECLI:IT:COST:1997:17) od 30. siječnja 1997., objavljena u *Gazzetta Ufficiale* br. 7 od 12. veljače 1997., Considerato in diritto, para. 5.

Ipak, sama činjenica da je takav učinak prepoznat i da se jedan ustavni sud prema njemu odredio daje nam primjer osporavajućega djelovanja po određene političke aktere, njihove politike ili njihov izostanak te, konačno, vrijeme u kojem se odluke donose ili propuštaju donijeti.

Tome je bilo tako i u Republici Hrvatskoj, kada se već inicijativom o izmjenama i dopunama Zakona o radu htjelo dokinuti postojeće djelovanje predstavničkih procesa, a pojedini su akteri nastojali to nastojanje protumačiti i kao izglasavanje nepovjerenja tadašnjoj Vladi.⁴⁴ Manje je dramatično, ali svakako bitno bilo osporavanje koje su utjelovljivale dvije inicijative posvećene socio-ekonomskim pitanjima, izdvajanju pomoćnih poslova iz javnih službi te monetizaciji javnih cesta. U tim se slučajevima pojavila bojazan da bi uspjeh referenduma mogao djelovati otegotno po proračunsku stabilnost te destabilizirati političke procese koji nadilaze konkretne pravne promjene.⁴⁵ Slično kao i kod funkcije izražavanja, pravnu se promjenu tumačilo kao sidro širega političkog učinka inicijative.

Iz ovog se prikaza izražavajuće i osporavajuće funkcije građanskih inicijativa mogu izvesti barem dvije pouke. Možemo zapaziti kako je riječ o ulogama kojima se može utjecati na predstavnički proces i mimo prava, ali i da one mogu imati različiti odnos prema pravnom prijedlogu inicijative. S jedne strane spektra nalazimo slučajeve poput neodržanoga referenduma o izmjenama Zakona o radu, u kojem je tvrdnja kako je riječ o izglasavanju nepovjerenja vladi potpuno nevezana za pravne učinke predloženog referenduma. S druge pak strane možemo pronaći primjere u kojima je pravna promjena usko isprepletena s izražavanjem i osporavanjem koje se nastoji usmjeriti prema predstavničkom procesu. Primjerice, u inicijativama posvećenima monetizaciji i izdvajanju moglo se tvrditi kako zabrana određenog djelovanja vlasti nužno dovodi do problema s proračunskom stabilnošću.

Druga je pouka u tome što se u nadzoru ustavnosti inicijativa može voditi računa i o izražavanju i o osporavanju koje inicijativa proizvodi, ali i da se nadzorom ustavnosti definira odnos normiranja, izražavanja i osporavanja utjelovljenih u građanskoj inicijativi. Upitno je, međutim, kako se to točno može činiti. Po našem se sudu može dati odgovor na ovo pitanje ako se poveže različite funkcije inicijativa s ustavnim šutnjama koje pokrivaju političke prakse obuhvaćene autonomijom predstavničkog procesa. Tada ćemo moći razlučiti inicijative u kojima je osporavajući i izražavajući učinak građanskih inicijativa stvar ponajprije političke prakse uvjetovane autonomijom predstavničkog procesa te inicijative u kojima se osporavanju i izražavanju nastoji pružiti pravna forma. Izražavanje i osporavanje sporno je u mjeri u kojoj mu se pravom pokušava dati fiksna forma. Ako ekspresivni i pobijajući učinci građanske inicijative nisu istovjetni onom pravnom, korištenje pravnog jezika za njihovo proskribiranje treba biti daleko ograničenije. U suprotnome se autonomiju predstavničkog procesa može izolirati od legitimnih izvanparlamentarnih upliva. Da bismo potkrijepili ove tvrdnje, u sljedećem se dijelu vraćamo na inicijative aktualne za pisanja ovog rada.

44 Branko Smerdel, *O ustavima i ljudima* (Zagreb: Novi informator, 2012.), 15–17.

45 Posebno se u tom pogledu ističe kako se Ustavni sud neuvjerljivo i nedostavno bavio argumentom (mogućeg) upliva predložene pravne na „funkcionalnost proračunskog okvira“. Horvat Vuković, „Ustavni sud Republike Hrvatske i referendumi narodne inicijative 2013.-2015.“, 820–821.

4. USTAVNOST U SLUŽBI OBLIKOVANJA UPLIVA GRAĐANSKIH INICIJATIVA U USTAVNE ŠUTNJE PREDSTAVNIČKOG PROCESA

U vrijeme pisanja ovog rada aktualne su dvije građanske inicijative. Jednom se želi u čl. 17. Ustava RH u izvanredna stanja uvrstiti i „epidemiju, odnosno pandemiju“.⁴⁶ Drugom se, zakonodavnom inicijativom, želi ukinuti mjeru obveznog testiranja i COVID potvrda te osigurati da Hrvatski sabor odlučuje o svakom pandemijskom ograničenju sloboda.⁴⁷ Obje su inicijative reakcija na „stožerokraciju“.⁴⁸ Ovom se kovanicom kritiziralo pandemijski režim uspostavljen nizom izmjena zakonodavnog okvira i potvrđen djelovanjem Ustavnog suda.⁴⁹ U tom se smislu u obrazloženju zakonodavne inicijative posebno naglasilo da treba osnažiti autonomiju predstavničkog procesa okrnjenu djelovanjem države u uvjetima pandemije.⁵⁰

Središnja je os koja vezuje obje ove inicijative bifurkacija između političke prakse i pravnog uređenja te prakse i njezinih ishoda. Inicijativama se reagira na položaj zakonodavca koji nije plod postojećega prava, već političkih praksi koje su svoje opravdanje našle i u tumačenjima Ustavnog suda.⁵¹ Ipak, zagovornici ustavotvorne inicijative smatraju da će Hrvatski sabor biti prisiljen djelovati ako se promijeni postojeće pravo.⁵² To ne pogađa bit problema. Normiranje ne može samo po sebi zamijeniti činjenje. Da je tome tako razvidno je iz Kelsenove teorije normi. Treba se pridržavati normi koje su valjane, a ako ih se krši, norme treba primjenjivati.⁵³ Bez tog čina primjene, norma koju se krši ne može biti učinkovita.⁵⁴ Ako Hrvatski sabor ne promijeni svoje djelovanje ili ga ne prisili na to Ustavni sud, inicijative neće promijeniti ništa osim postojećeg prava. Ipak, građanske inicijative imaju funkcije izražavanja i osporavanja od kojih se možda očekuje drukčiji rezultat.

Ako se usmjerimo na ustavotvornu inicijativu, zapaziti ćemo da ona razdvaja normiranje i djelovanje, jer predviđa samo dodavanje dviju riječi u temeljni akt i bez ikakva pravnoga prejudiciranja djelovanja predstavničkog tijela. Takav pravni

46 *Most nezavisnih lista*, pristup 3. siječnja 2022., <https://most-hrvatska.hr/2021/11/25/most-ukida-stozerokraciju-a-o-pravima-i-slobodama-gradana-ne-moze-odlucivati-stozer/>.

47 *Inicijativa „Dosta je stožerokracije“*, pristup 3. siječnja 2022., <https://dostaje.info/inicijativa>.

48 *Grmoja i Bulj: „Jedan istaknuti HDZ-ovac priznao je da covid potvrde služe treniranju ljudi“*, pristup 3. siječnja 2022., <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/grmoja-i-bulj-jedan-istaknuti-hdz-ovac-priznao-je-da-covid-potvrde-sluze-treniraju-ljudi-15130457>.

49 Đorđe Gardašević, „Business as Unusual: Pandemic Concentration of Executive Powers in Croatia“, *Pravni zapisi* 12, br. 1 (2021): 102.

50 *Inicijativa „Dosta je stožerokracije“*, pristup 3. siječnja 2022., https://dostaje.info/wp-content/uploads/2021/12/dosta-je_pitanje.pdf.

51 Literatura o izvanrednim stanjima uči nas da je jedan od njihovih najvećih izazova upravo snaženje izvršne vlasti naspram parlamenta. Đorđe Gardašević, *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima* (Zagreb: Hrvatska udruga za ustavno pravo, 2014.), 504; Đorđe Gardašević, „American Lessons Learned - European Future Rethought“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 66, br. 1 (2016): 69.

52 *Most nezavisnih lista*, pristup 3. siječnja 2022., <https://most-hrvatska.hr/2021/11/25/most-ukida-stozerokraciju-a-o-pravima-i-slobodama-gradana-ne-moze-odlucivati-stozer/>.

53 Hans Kelsen, *Opća teorija normi* (Zagreb: Naklada breza, 2015.), 17–18.

54 Luka Burazin, „Učinkovitost kao uvjet važenja u Kelsenovoj Općoj teoriji normi“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 70, br. 2–3 (2020): 319.

učinak valja postaviti u temeljno pravilo po kojem Ustavni sud RH odlučuje o ustavnosti ustavnih amandmana. U svojem je Priopćenju u povodu referenduma o braku Sud utvrdio da je ustavna promjena neustavna ako se utvrdi „takvu formalnu i/ili materijalnu protuustavnost referenduskog pitanja ili tako tešku proceduralnu pogrešku koje prijete narušavanjem strukturalnih obilježja hrvatske ustavne države, to jest njezina ustavnog identiteta, uključujući najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske“.⁵⁵ U slučaju koji razmatramo pravni je učinak toliko uzak da je teško govoriti o ozbiljnoj formalnoj ili materijalnoj protuustavnosti.⁵⁶ Ovo može potvrditi usporedba aktualne ustavotvorne inicijative i referenduma o braku iz 2013. Dok definicija braka izaziva pridržavanje toga termina za zajednice različitoga spola, time neposredno vezujući djelovanje Hrvatskog sabora kao zakonodavca samo u njegovoj ovlasti imenovanja registriranih partnerstava brakovima,⁵⁷ ustavno proširenje osnova izvanrednoga stanja dvama podvrstama „velike prirodne nepogode“ nikako ne vezuje Sabor niti u jednoj njegovoj ulozi.

Neustavnost inicijative stoga je moguća samo uz barem jednu od dvije pretpostavke. Prvo, moramo smatrati da su građanske inicijative problematične i onda ako proizvode neznatan pravni učinak. Drugo, moramo tvrditi da temeljem njihove neustavnosti mogu biti moguće kolateralne posljedice njegovog održavanja, kao što je politički pritisak na zakonodavca ili poruka koju se odlukom puka šalje. Drugim riječima, moramo tvrditi da bismo ustavni amandman trebali cijiniti zbog njegovih osporavajućih i izražavajućih dimenzija nevezanih za pravni učinak.

Obje pretpostavke treba cijiniti u svjetlu teorije neustavnog ustavnog amandmana.⁵⁸ Istina je da ona opravdava sudsko ukidanje ustavnih amandmana, ali takvo je opravdanje ograničeno i, čak kada ga se može primijeniti, sporno. Teorija neustavnog ustavnog amandmana ograničena je zbog toga što može štiti samo ključne postavke ustavnog ustrojstva, njegov ustavni identitet. Širenje zahvata neustavnog ustavnog amandmana izlaže poredak opasnosti pretjeranog ograničavanja mogućnosti

55 USUD – priopćenje, para. 5.

56 Bilo bi potpuno pogrešno tvrditi da pravnog učinka ustavotvorne inicijative uopće nema. Prema čl. 87. Ustava, građanskom se inicijativom, između ostaloga, može tražiti izmjena Ustava. Sama izmjena stoga mora biti moguća pravna promjena. Ako se u tekst odredbe dodaju riječi kojih u njoj nema, tvrditi da to nije „promjena“ otpor je stvarnosti. Tvrdnja da te promjene nema jer se kategorija „prirodne nepogode“ može pravno tumačiti tako da uključuje i pandemiju i epidemiju ne otklanja činjenicu da se tekst temeljnog akta mijenja. Nema razloga da se uopćeno zabrani korištenje ustavnih promjena kako bi se učinilo manje vjerojatnim tumačenje temeljnog akta koje se smatra spornim. Neustavnost ustavotvornog referenduma stoga ne može slijediti zbog toga što se temeljni akt može tumačiti tako da uključuje predloženu promjenu, već zbog toga što promjena koju se predviđa ima neustavne učinke. Kao što je pojašnjeno u nastavku, „nužnost“ nije uvjet ustavnosti referenduma u hrvatskom pravu, već je riječ o političkom pitanju o kojemu trebaju odlučiti političke grane vlasti i građani putem kanala legitimnoga političkog djelovanja. Tvrditi drukčije podrazumijeva instrumentalizaciju ustavnog prava u političke svrhe. Uz takav pristup ne možemo pristati.

57 Ana Horvat Vuković, „Referendum narodne inicijative 2013. - Ustavni identitet kao osnova ustavnosudskog aktivizma,“ u: *Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji*, ur. Robert Podolnjak i Branko Smerdel (Zagreb: Hrvatska udruga za ustavno pravo, 2014.), 168.

58 Najpoznatiju artikulaciju ove teorije vidi u: Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers* (Oxford: Oxford University Press, 2017.).

promjene.⁵⁹ Čak je i odmjereno ograničenje sporno zbog toga što omogućuje zadiranje u ustavotvorne procese. Ove se smatra vrhovnim izražajem volje naroda zbog toga što se suvremene ustave vezuje upravo za narodni suverenitet.⁶⁰ Takvo ograničenje mora polaziti od uvjerljivog opravdanja postojećeg stanja i ustavnog sudovanja koje ga održava ne bi li se legitimno ograničilo trenutačnu generaciju koja želi mijenjati temeljni akt.⁶¹

Stoga, ako bi se tvrdilo da se može ukinuti i ustavni amandman zbog toga što ne unosi neku problematičnu pravnu promjenu,⁶² postoji rizik od neumjerenoga širenja te osnove neustavnosti. Pravilo o pravnoj novini ipak je postavljeno u slučaju referendumu o braku. „Novo“ je u tom slučaju izostajalo zbog toga što je definicija braka već bila dijelom jednog zakona i mijenjao se njezin status u hijerarhiji normi. Sud se načelno protivio „sistemske konstitucionalizaciji“, odnosno sustavnom prenošenju već postojećega pravnog sadržaja u temeljni akt.⁶³ Stoga novina nije zahtjev ustavnosti amandmana *in abstracto*, već je problematična ako se u njezinom izostanku zakonski sadržaj prenosi u temeljni akt te se time mijenja opseg autonomije predstavničkog procesa i oblik ustavne šutnje koja prati ograničavanje temeljnih prava. Razvidno je da u promjeni čl. 17. ne možemo zapaziti takav učinak.

Ako bi se zahtjev novine tumačio na način da Ustavni sud može ocjenjivati pojedine amandmane kao neustavne zbog toga što su „suvišni“ u svjetlu postojećega temeljnog akta, pritom ne identificirajući nepoželjne pravne posljedice takve suvišnosti, teorija neustavnog ustavnog amandmana uvelike bi dobila na širini. Zahtjev suvišnosti tada postaje nevezan za ograničene pravne standarde.⁶⁴ To za posljedicu ima

59 Richard Albert, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions* (Oxford: Oxford University Press, 2019.), 195.

60 Joel Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power* (New York: Routledge, 2012.), 88; Vedran Zlatić, „Razvoj, značaj i uloga nepromjenljivih dijelova ustava,“ *Zagrebačka pravna revija* 9, br. 1 (2019): 36.

61 Oran Doyle, „Constraints on Constitutional Amendment Powers“, u: *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, eds. Richard Albert, Xenophon Contiades i Alkmene Fotiadou (Oxford: Hart Publishing, 2017.), 73.

62 USUD – priopćenje, para. 9.

63 Sud je istaknuo da „inkorporacija zakonskih instituta u Ustav ne smije postati sistemska pojava“. USUD – priopćenje, para. 9.1. Nužno je naglasiti da je njegovo obrazloženje u tom dijelu teorijski loše potkovan te kao ideju vodilju jednostavno posuđuje koncept sistemske konstitucionalizacije istaknut u mišljenju Venecijanske komisije u pogledu Mađarske. U slabo analiziranom dijelu Priopćenja, Ustavni sud proglašava sistemske konstitucionalizaciju nedopustivom tako što citira Venecijansku komisiju, sâm ističe da treba smatrati neprihvatljivim podizanje niza zakonskih instituta općenito u tkivo Ustava da bi zaključio kvalitativno potpuno drukčijim pitanjem, a to je problem podizanja *pojedinih* zakonskih instituta u Ustav. USUD – priopćenje, para. 9.1.

64 Tome je tako jer „suvišnost“ pretpostavlja da ustavni amandman može narušiti ustavnu strukturu samom činjenicom postojanja, bez ikakva pravnog učinka u tom smislu. Moglo bi se tvrditi kako je ustavni amandman i u tom kontekstu neustavan koliko se prati logiku američke ustavne teorije. Neki su američki ustavotvorci tako tvrdili da je ustavotvornu vlast potrebno upošljavati samo iznimno jer da je ona sama po sebi na neki način iznimna ili traži iznimnu prethodnu nepravdu. Louis Michael Seidman, „Constitutional Scepticism and Local Facts,“ *European Constitutional Law Review* 17, br. 3 (2021): 574. Uz to što američki ustavni poredak nije istovjetan hrvatskome, ozbiljniji je prigovor tom gledištu što postavlja problem ocjene

podređivanje ustavotvornog procesa apstraktnoj ocjeni „redundantnosti“ i dugoročno može ugroziti i autonomiju predstavničkog procesa u kojem bi se mogli razviti ustavni amandmani koje bi se apstraktno moglo vidjeti suvišnima. Konačno, ne treba gubiti iz vida da je Ustavni sud utvrdio kako je iznimka od „sistemske konstitucionalizacije“ moguća ako se ustavnom promjenom štiti kakvo „duboko ukorijenjeno“ obilježje društva.⁶⁵ Iako se ne slažemo da postoje apolitička „obilježja društva“ koja se može sasvim izolirati od redovitih političkih procesa,⁶⁶ činjenica da je Sud tu mogućnost priznao i usprkos pravnom učinku ranijeg ustavnog amandmana trebala bi značiti kako je priznao simboličke promjene temeljnog akta. Ne treba gubiti iz vida da temeljni akti igraju i simboličku ulogu u političkim procesima.⁶⁷ Ne postoji razlog zbog kojega bi, u izostanku negativnoga pravnog učinka, u cijelosti trebalo odreći tu dimenziju ustavotvorstva referendumskom odlučivanju. Posebno je tome tako ako se referendumom tek potvrđuje postojeća ustavna odredba.

Pretpostavka o neustavnosti na temelju izvanpravnih učinaka inicijative problematična je stoga što konstitucionalizam izjednačava s političkom ugodom. Činjenica jest da bi pozitivna odluka na referendumu mogla djelovati otegotno po političku poziciju aktera koji smatraju da čl. 17. ne treba primjenjivati u uvjetima pandemije. Međutim, ta politička konstelacija ne može biti razlogom neustavnosti referendumu. Kada bi Ustavni sud odlučio drukčije, pred sebe bi stavio nezahvalnu zadaću ocjene izvanpravnih dimenzija oblika neposredne demokracije bez obzira na to što oni nisu vezani za pravnu promjenu. Time bi se potencijalno ograničio utjecaj građanskih inicijativa na predstavnički proces bez pravnoga predodređivanja njegove autonomije. Podsjećamo da je upravo takvim utjecajem većina inicijativa do sada izvršila svoj upliv, jer samo se u slučaju definicije braka referendum zaista održao.⁶⁸ Posljedica narušavanja izvanpravnih funkcija inicijativa bila bi širenje argumenta

trenutka u kojem bi se trebao voditi ustavotvorni proces. Iako se može tvrditi da se u Ustavu Republike Hrvatske ne može mijenjati sve niti se ustavnim promjenama mogu potencirati bilo kakvi ishodi, isto je tako neodrživa tvrdnja da se u Ustav može zadirati samo ako je to „nužno“. Nužnost nije uvjet valjanosti ustavne promjene koju predviđa naš Ustav. Ako je politička volja kristalizirana u predviđenim procesima izmjene, mora se smatrati da je nužnost utvrđena. Ocjenu njezinog postojanja ustavotvorac je prepustio upravo političkim procesima, pa makar oni bili nesvakidašnje prirode. Ako pravna promjena negativno ne utječe na postojeće pravno tkivo temeljnog akta, tim se procesima ne bi smjeli nametati intenzivni postupovni niti sadržajni preduvjeti valjanosti.

65 USUD – priopćenje, para. 9.1.

66 Vidi i kritiku u: Matija Miloš, „Esej o emancipaciji posredstvom neposredne demokracije“, prihvaćeno za objavu u: *Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ osoba*, ur. Ana Horvat Vuković, Valentino Kuzelj, Antonija Petričević (Zagreb: Udruga ZA-Pravo, 2022.).

67 Hans Vorländer, „Ustav kao simbol i instrument“, *Politička misao* 38, br. 4 (2001): 59. U tom pogledu treba imati u vidu da pravo ima „ekspresivne i komunikativne funkcije“ kojima se posebno može isticati temeljne vrijednosti bitne za pravni poredak. Wibren van der Burg, „The Expressive and Communicative Functions of Law, Especially with Regard to Moral Issues,” *Law and Philosophy* 20, br. 1 [2001]: 31–59. U tom svjetlu ne bi smjela biti sporna promjena koja inzistira na legitimnom i ustavnom tumačenju opsega izvanrednog stanja, a da čini obveznim ikakav konkretan ishod.

68 Dario Čepo, Dario Nikić Čakar, „Direct Democracy and the Rise of Political Entrepreneurs“, *Anali Hrvatskog politološkog društva* 16, br. 1 (2019): 27–48.

neustavnosti, kojega bi politički akteri s većinom u predstavničkom tijelu mogli uvjerljivije usmjeravati protiv svake inicijative, čak i ako su one pravno nesporne. Stoga smatramo da djelovanje Ustavnog suda treba ograničiti na pravnu dimenziju inicijative, dok njezino izražavajuće i osporavajuće djelovanje treba prepustiti političkoj praksi.

Jedna nepoželjna pravna posljedica predloženog ustavotvornog referenduma mogla bi se ogledati u tome što bi Ustav, po održavanju referenduma, bilo nemoguće promijeniti u dijelu koji se odnosi na termine „pandemija“ i „epidemija“ bez ponovnog referenduma, dok bi ostatak čl. 17. bio promjenjiv bez referenduma. Takvo tumačenje ne proizlazi iz jasne kodifikacije takve posljedice, već iz tumačenja trenutačno važećega zakonskog okvira referenduma koje dominira i do sada nije bilo osporavano u teoriji niti u praksi. Prema općeprihvaćenom tumačenju drugih teoretičara ustavnog prava, promjene izazvane referendumima građanskih inicijativa ne mogu se mijenjati bez raspisivanja novog referenduma.⁶⁹ Međutim, ovo je tumačenje u napetosti s ustavnim okvirima referenduma. Hrvatski temeljni akt ne predviđa obvezne normotvorne referendume, već samo obvezni referendum o stupanju države u saveze s drugim državama ili istupanju iz njih.⁷⁰ Zakonodavac o referendumu usvaja zakon te ima ovlast urediti „uvjete za održavanje savjetodavnog referenduma“, ali nije mu povjereno posredno ili neposredno stvaranje novih obveznih referenduma.⁷¹ Referendumska inicijativa temeljnim je aktom podijeljena tako da ovlaštenici „mogu“, ali ne moraju raspisati referendum o nekoj pravnoj promjeni ili srodnom pitanju.⁷² Iz toga slijedi da je, tzv. paralelizam formi, po kojem se promjenu izazvanu referendumom ne može otkloniti bez ponovnog referenduma, može uvoditi samo promjenom temeljnog akta, a ne činom zakonodavca niti tumačenjem zakona. Zakonom je moguće ograničiti ovlast raspisivanja referenduma na neko vrijeme, ali ne može se uvoditi obvezne referendume za pitanja za koja to temeljni akt nije predvidio.⁷³ U tom je pogledu i bojazan u vezi s trenutačno aktualnom ustavotvornom

69 Horvat Vuković, *Ustavni sud Republike Hrvatske i referendumi narodne inicijative 2013.-2015.*, bilj. 49; Robert Podolnjak, „Odgovornost neposredne demokracije: nužnost ustavnih Checks and Balances“, u: *Ustavna demokracija i odgovornost*, ur. Arsen Bačić (Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2012.), 134.

70 Čl. 142(4) Ustava RH.

71 Čl. 87(6) Ustava RH.

72 Čl. 87(1) Ustava RH. Nije odlučno to što čl. 87(3), kojom se uređuje građanska inicijativa, predviđa drukčiju formulaciju: „Hrvatski sabor *će raspisati* referendum u skladu sa zakonom ako to zatraži deset posto od ukupnog broja birača u Republici Hrvatskoj“ (*istaknuo autor*). Zbog toga bi se moglo tvrditi kako referendumima utemeljeni na građanskoj inicijativi imaju viši stupanj obveznosti nego referendumima koje se samo „može“ raspisati. Međutim, i referendumima građanske inicijative su fakultativni referendumi. Činjenica da se propisuje obveza Sabora da raspiše taj oblik neposrednog odlučivanja ako mu je taj zahtjev upućen u skladu s Ustavom i zakonom samo priznaje organiziranom biračkom tijelu referendumsku inicijativu, ali sama po sebi njihovoj neposrednoj odluci ne daje posebno obvezni tretman.

73 To je razvidno i iz tumačenja koje utjelovljuje novi Zakon o referendumu, kojim je Saboru dana ovlast da o ustavnoj promjeni izvršenoj referendumom raspisuje referendume i prije isteka roka „zakonodavne prednosti“ od osam godina od uspješne promjene temeljnog akta referendumom ako to traže „objektivni ili opravdani razlozi povezani s državnim interesom“. Frane Staničić, „Prikaz prijedloga Zakona o referendumu“, u: *Referendum i neposredna demokracija u*

inicijativom himera koju bi Ustavni sud trebao otkloniti, jer niti jedan referendum ne bi mogao biti sredstvom uvođenja obveznog neposrednog izražavanja biračkog tijela osim ako to nije neposredan predmet referendumskog pitanja. U suprotnome, tobožnja „trajnost“ referendumске odluke može poslužiti za ustavnosudsko zaustavljanje svakog referenduma kojega se smatra politički nepodobnim. Takvi su ishodi nespojivi s konstitucionalizmom.

Zakonodavna inicijativa traži drukčiji pristup, jer se njome nastoji predodrediti političko djelovanje pravom tako što osporavanje i izražavanje hoće upisati u postojeći zakonski okvir. Time se jezikom prava želi ispuniti ustavne šutnje autonomije predstavničkog procesa. No, ti su pokušaji u tom kontekstu sporni jer se njima fiksira djelovanje zakonodavca u prostoru legitimne političke diskrecije te se predlažu promjene protivne temeljnoj racionalnosti predstavničkog procesa. Zbog toga ova inicijativa ne pobija samo prostor političkih praksi, već i njihov ustavni okvir.

Zakonodavna inicijativa svojim pravnim djelovanjem ponajprije djeluje suprotno temeljnoj racionalnosti predstavničkog procesa. Ako se usmjerimo na pitanje koje je u njezinoj srži, zapažamo da se jednim njegovim dijelom dokidaju COVID potvrde, a da u obrazloženju referendumskog pitanja uopće ne nalazimo racionalno opravdanje zbog čega je tome tako.⁷⁴ Ustavni je sud u svojoj odluci o ustavnosti inicijative posvećene statusu ploča s ćirilčnim napisima upozorio da pravna promjena ne može obuhvaćati neutemeljeno odstupanje od postojećih pravnih standarda.⁷⁵ Kao što smo ranije naznačili, ograničenja temeljnih prava trebaju se i moraju preispitivati, ali takvo preispitivanje mora biti poduprto argumentima. Političko predstavljanje nije samo odlučivanje, već mora uključivati formuliranje i usuglašavanje razloga za odluke, ali ih i učiniti javno dostupnima.⁷⁶ Kada bi se bilo kojem referendumu dopustilo da odstupa od toga zahtjeva, neposredno bi odlučivanje moglo postati prostorom monološkog i neartikuliranog veta, sličnijeg instinktivnoj reakciji nego demokratskoj odluci. Moglo bi se, drugim riječima, odlučivati kao da bit političkoga predstavljanja ne postoji, što bi bila teška povreda njegove autonomije.

Druga se dimenzija iracionalnosti zakonodavne inicijative ogleda u tome što

Hrvatskoj, ur. Ivan Koprić i Frane Staničić (Zagreb: Institut za javnu upravu, 2021.), 29. Nije predviđen paralelizam formi. Time se potvrđuje fakultativnost referendumskog ustavotvorstva u našem pravnom poretku.

74 Ne tvrdimo da je temelj neustavnosti neprimjereno obrazloženje samo po sebi. Slažemo se s Horvat Vuković da se takav nedostatak može ispraviti i naknadnim dopunjavanjem obrazloženja na zahtjev Ustavnog suda. Horvat Vuković, *Ustavni sud Republike Hrvatske i referendumi narodne inicijative 2013.-2015.*, 809. Problem je što obrazloženje ne daje naznačiti racionalnu osnovu za razlikovanje mjera u pitanju. Drugim riječima, pravna promjena sadržana u građanskoj inicijativi mora počivati na logici prihvatljivoj vladavini prava.

75 Iako je u toj inicijativi predmet bio zaštita prava manjina, temelji na koje se Ustavni sud poziva treba smatrati univerzalno primjenjivima jer odražavaju zaglavne granice ograničenja ljudskih prava, ucrtane u najvišim vrednotama hrvatskoga ustavnog poretka te opredmećene čl. 16. i 17. Ustavni sud tako utvrđuje da zahtjevnije uređenje postojećeg režima isticanja ploča s manjinskim pismima na tijelima javne vlasti „mora biti razumno opravdano isključivo razlozima za koje se može reći da izviru iz demokratskog društva utemeljenog na vladavini prava i zaštiti ljudskih prava“. USUD - ćirilica, para. 13.2.

76 Christoph Möllers, *The Three Branches* (Oxford: Oxford University Press, 2013.), 85.

sužava prostor alternativa koji utjelovljuje predstavnički proces. U tom se slučaju od birača traži da Hrvatskom saboru nalože odlučivanje o svakoj pojedinoj mjeri, osim o COVID potvdama. Zamislivo je da postoje birači koji su voljni podržati odlučivanje o mjerama u Saboru, a da nemaju prigovor na COVID potvrde i obrnuto. Zbog toga bi se moglo tvrditi da je pitanje nejasno u svojem sadržaju jer ne pruža biračima mogućnost da se odvojeno izraze o ta dva problema.⁷⁷ Takva nejasnoća pitanja pogađa parlamentarnu autonomiju. Kada utvrđuje je li pitanje u svojem sadržaju nejasno, od Ustavnog se suda očekuje da utvrdi mogu li birači jednom odlukom razriješiti probleme koje pitanje obuhvaća ili treba umnožiti prilike za odlučivanje, zbog čega je pitanje preširoko postavljeno te pretjerano ograničava političke procese.⁷⁸ Po našem je sudu to problem zakonodavnog pitanja, jer ne omogućuje parlamentarno razmatranje COVID potvrda otvoreno za sve druge mjere. Nemoguće je racionalno rekonstruirati cjelinu referendumskog pitanja tako da bude razvidno zbog čega treba Hrvatski sabor posebno ograničiti u pogledu jedne mjere i dopustiti veći prostor djelovanja u pogledu svih ostalih, zbog čega pitanje neopravdano zadire u autonomiju predstavničkog procesa.

Dotadni je problem iz vizure legitimnih ustavnih tišina predstavničkog procesa razvidan u tome što se predstavničko tijelo vezuje za jedan model ograničavanja temeljnih prava. Predloženom se referendumskom odlukom u glavnini ne predodređuje ishod procesa odlučivanja jer zakonodavac nije obvezan niti prihvatiti niti odbiti mjeru, ali Sabor ne bi mogao delegirati ovlasti nad pojedinim ograničenjima uz izbor načina nadzora nad izvršavanjem ustupljenih ovlasti. Iako je riječ o ograničenju koje bi si Sabor mogao legitimno odrediti samostalno, referendumom bi se njegov prostor djelovanja vezao više negoli što bi to činila takva njegova odluka ako se ne odstupi od već kritiziranog tumačenja čl. 8. (4) još uvijek važećega zakona.⁷⁹ Već smo istaknuli kako bi iz općeprihvaćenog tumačenja spomenutoga članka slijedilo kako se ne može mijenjati odluka na referendumima pokrenutima na temelju građanskih inicijativa bez ponovnog raspisivanja referenduma o tome. Zato bi Sabor bio trajnije vezan i odlukom o prestanku važenja COVID potvrda, ali i obvezom da svaku mjeru odvojeno izglasava, a da utvrđivanje pojedinih mjera prepusti izvršnoj vlasti. Ponovno, Ustavni bi sud takvo tumačenje trebao otkloniti, ali čak niti tada ne bi mogao izbaviti ovdje problematizirani zakonodavni referendum od njegovih drugih neustavnih srazova s autonomijom predstavničkog tijela.

Iz ovih je argumenata razvidno kako usmjeravanje na autonomiju predstavničkog

77 Općenito o zahtjevu materijalne jasnoće u Biljana Kostadinov, „Načelo jasnoće referendumskog pitanja u Europi i SAD-u,” *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 65, br. 1 (2015): 56.

78 Matija Miloš, „Ustavnosudski nadzor jasnoće referendumskih pitanja,” *Hrvatska i komparativna javna uprava* 20, br. 4 (2020): 783–784. Nužno je istaknuti da forma pitanja nije odlučna. Ako se predlaže zakon, ne može se tvrditi da je sve u njemu, ma koliko raznorodno, materijalno jasno zbog toga jer je riječ o jednom propisu. Zakonom se mogu urediti raznorodna pitanja, ali njemu obično prethodni parlamentarni proces koji omogućuje raspravu o njima, kao i odlučivanje o njihovoj doradi ili uklanjanju. Referendum ne obuhvaća takvo što.

79 Zakon o referendumu i drugim oblicima osobnog sudjelovanja u obavljanju državne vlasti i lokalne i područne (regionalne) samouprave?, *Narodne novine*, br. 33/96., 92/01., 44/06., 58/06., 69/07., 38/09., 100/16., 73/17.

procesa i ustavne šutnje o kojima ona zaista ovisi omogućuju tumačenje oblika neposredne demokracije koje ih neće suzbiti već zbog toga što se njima formalno dotiče neka ovlast predstavničkog tijela. Takvo apostrofiranje formalnopravne dimenzije problema moglo bi većinu inicijativa učiniti neustavnima. Naše tumačenje ipak nije prijemčivo niti na dokidanje svih granica građanskih inicijativa u ime izražavanja i osporavanja. Ono ih priznaje baš kao i njihovu pravnu dimenziju, ali inzistira na njihovoj međusobnoj odvojenosti, kao i na odvojenosti u konstitucionalizmu utemeljene ocjene ustavnosti od političke ocjene oportunisti.

5. ZAKLJUČAK

Na prvi su pogled dvije aktualne inicijative utjelovljenje demokratskog larpurlartizma, u kojem je bitno da se Sabor samo kontinuirano određuje s „da“ ili „ne“. Njima se zaista jednim dijelom neprimjereno okoštava autonomija političkog predstavništva koju je Ustavni sud propustio problematizirati kada je svojim tumačenjem nametnuo ustavnu šutnju tamo gdje joj nije bilo mjesto. Ipak, supostojanje tih dviju inicijativa pruža priliku za izvođenje korisnih lekcija. Prva je da građanske inicijative, uz normotvornu, obuhvaćaju osporavajuće i izražavajuće dimenzije. Druga je u potrebi tumačenja ovih triju uloga koje neće dopustiti njihovo cjelovito poistovjećivanje. Kao što nas uči aktualna ustavotvorna inicijativa, građanske inicijative nisu isključivo pravna stvorenja i njihovi izvanpravni sadržaji sami ih po sebi ne bi trebali učiniti neustavnima. Time se može izbjeći preširoko tumačenje ograničenja oblika neposredne demokracije, ali i urušavanje autonomije političkog predstavništva u ime zamišljene čiste neposredne vlasti puka.

LITERATURA

1. Albert, Richard. *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
2. Albert, Richard, David Kenny. „The Challenges of Constitutional Silence: Doctrine, Theory, and Applications.“ *International Journal of Constitutional Law* 16, br. 3 (2018): 880–86. <https://doi.org/10.1093/icon/moy066>
3. Alvarez, Michael L., Tara L. Butterfield. „The Resurgence of Nativism in California? The Case of Proposition 187 and Illegal Immigration.“ *Social Science Quarterly* 81, br. 1 (2000): 169–179.
4. Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
5. Barić, Sanja. „Zakonodavna delegacija i zakonski rezervat.“ *Hrvatska javna uprava* 6, br. 1 (2006): 191–222.
6. Burazin, Luka. „Učinkovitost kao uvjet važenja u Kelsenovoj Općoj teoriji normi.“ *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 70, br. 2–3 (2020): 315–339. <https://doi.org/10.3935/zpřz.70.23.05>
7. Colón-Ríos, Joel. *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. New York: Routledge, 2012.
8. Čepo, Dario, Dario Nikić Čakar. „Direct Democracy and the Rise of Political Entrepreneurs.“ *Anali Hrvatskog Politološkog Društva* 16, br. 1 (2019): 27–48. <https://doi.org/10.20901/an.16.02>

9. Denquin, Jean-Marie. *Referendum et Plebiscite. Essai de Theorie Generale*. Pariz: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1976.
10. Doyle, Oran. „Constraints on Constitutional Amendment Powers.“ U: *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, eds. Richard Albert, Xenophon Contiades, and Alkmene Fotiadou, 73–96. Oxford: Hart Publishing, 2017.
11. Foley, Michael. *The Silence of Constitutions. Gaps, “abeyances” and Political Temperament in the Maintenance of Government*. New York: Routledge, 1989.
12. Garcia, Ruben J. „Critical Race Theory and Proposition 187: The Racial Politics of Immigration Law.“ *Chicano-Latino Law Review* 17, br. 1 (1995): 118–154.
13. Gardašević, Đorđe. „American Lessons Learned - European Future Rethought.“ *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 66, br. 1 (2016): 61–86.
14. Gardašević, Đorđe. „Business as Unusual’: Pandemic Concentration of Executive Powers in Croatia.“ *Pravni zapisi* 12, br. 1 (2021): 91–122. <https://doi.org/10.5937/pravzap0-32129>
15. Gardašević, Đorđe. „Izvanredna stanja, „velike prirodne nepogode“ i promjene Ustava Republike Hrvatske.“ U: *Ustavne promjene i političke nagodbe. Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma*, ur. Arsen Bačić, 274–295. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2021.
16. Gigliotti, Alessandro. *L’ammissibilità dei referendum in materia elettorale*. Milano: Giuffrè editore, 2009.
17. *Grmoja i Bulj*: „Jedan istaknuti HDZ-ovac priznao je da Covid potvrde služe treniranju ljudi“. Pristup 3. siječnja 2022. <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/grmoja-i-bulj-jedan-istaknuti-hdz-ovac-priznao-je-da-covid-potvrde-sluze-treniraju-ljudi-15130457>
18. Horvat Vuković, Ana. „Referendum narodne inicijative 2013. – Ustavni identitet kao osnova ustavnosudskog aktivizma.“ U: *Referendum Narodne Inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji*, ur. Robert Podolnjak i Branko Smerdel, 149–177. Zagreb: Hrvatska udruga za ustavno pravo, 2014.
19. Horvat Vuković, Ana. „Ustavni sud Republike Hrvatske i referendumi narodne inicijative 2013.-2015.“ *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 37, br. 2 (2016): 805–835. <https://doi.org/10.30925/zpfsr.37.2.2>
20. *Inicijativa „Dosta je stožerokracije“*. Pristup 3. siječnja 2022. <https://dostaje.info/inicijativa>
21. Kelsen, Hans. *Opća teorija normi*. Zagreb: Naklada Breza, 2015.
22. Kostadinov, Biljana. „Načelo jasnoće referendumskog pitanja u Europi i SAD-u.“ *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 65, br. 1 (2015): 55-85.
23. Krbek, Ivo. *Dioba vlasti*. Zagreb: Hrvatski izdavački bibliografski zavod, 1943.
24. Krbek, Ivo. *Upravno pravo. I. knjiga - Uvodna i osnovna pitanja*. Zagreb: Tisak i naklada jugoslovenske štampe, 1929.
25. Lafont, Cristina. *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
26. Miloš, Matija. „Esej o emancipaciji posredstvom neposredne demokracije.“ Prihvaćeno za objavu u: *Razvoj i zaštita prava LGBTIQ+ Osoba*, eds. Ana Horvat Vuković, Valentino Kuzelj, i Antonija Petričušić. Zagreb: Udruga ZA-Pravo, 2022. Rukopis u posjedu autora.
27. Miloš, Matija. „Ustavnosudski nadzor jasnoće referendumskih pitanja.“ *Hrvatska i komparativna javna uprava* 20, br. 4 (2020): 761–793. <https://doi.org/10.31297/hkju.20.4.7>
28. *Most nezavisnih lista*. Pristup 3. siječnja 2022. <https://most-hrvatska.hr/2021/11/25/most-ukida-stozerokraciju-a-o-pravima-i-slobodama-gradana-ne-moze-odlucivati-stozer/>
29. Möllers, Christoph. „Les Gardiennes d’une séparation: les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique.“ *Jus Politicum* 7, no. 1 (2012): 1–16.

30. Möllers, Christoph. *The Three Branches*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
31. Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014.
32. *Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima*. Zagreb: Hrvatska udruga za ustavno pravo, 2014.
33. Omejec, Jasna. „Referendum kao instrument političkog dijaloga“. U: *Referendum i neposredna demokracija u Hrvatskoj*, ur. Ivan Koprić and Frane Staničić, 41-79. Zagreb: Institut za javnu upravu, 2021.
34. Petersen, Niels. „How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law.“ *German Law Journal* 14, br. 8 (2013): 1387–1408. <https://doi.org/10.1017/S2071832200002315>
35. Pitkin, Hannah. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.
36. Podolnjak, Robert. „Odgovornost neposredne demokracije: nužnost ustavnih Checks and Balances.“ U: *Ustavna Demokracija i Odgovornost*, ur. Arsen Bačić, 111–144. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2012.
37. Pozsár-Szentmiklósy, Zoltán. „Supermajority in Parliamentary Systems – A Concept of Substantive Legislative Supermajority: Lessons from Hungary.“ *Hungarian Journal of Legal Studies* 58, br. 3 (2017): 281–90. <https://doi.org/10.1556/2052.2017.58.3.3>
38. *Representative Democracy. Principles & Genealogy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.
39. Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
40. Sajó, András, Uitz Renáta. *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
41. Schott, Stéphane. *L'initiative populaire dans Les États Fédérés Allemands: Contribution à la connaissance d'une institution démocratique*. Pariz: LGDJ, 2012.
42. Schumpeter, Joseph. *Kapitalizam, socijalizam i demokracija*. Zagreb: Globus, 1981.
43. Schweber, Howard. *The Language of Liberal Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
44. Seidman, Louis Michael. „Constitutional Scepticism and Local Facts.“ *European Constitutional Law Review* 17, br. 3 (2021): 566–579. <https://doi.org/10.1017/S1574019621000316>.
45. Smerdel, Branko. *O ustavima i ljudima*. Zagreb: Novi informator, 2012.
46. Spitz, Elaine. *Majority Rule*. Chatham: Chatham House Publishers Inc., 1984.
47. Staničić, Frane. „Prikaz Prijedloga Zakona o Referendumu.“ U: *Referendum i neposredna demokracija u Hrvatskoj*, ur. Ivan Koprić and Frane Staničić, 15–40. Zagreb: Institut za javnu upravu, 2021.
48. Urbinati, Nadia. *Me the People. How Populism Transforms Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2019.
49. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98. [pročišćeni tekst], 113/00., 124/00. [pročišćeni tekst], 28/01., 41/01. [pročišćeni tekst], 55/01. [ispravak], 76/10., 85/10. [pročišćeni tekst]) i Promjena Ustava RH (narodna ustavotvorna inicijativa), Narodne novine, br. 5/14.
50. Ustavni sud RH, odluka u predmetu U-VIIR-4696/2010 od 20. listopada 2010., Narodne novine, br. 119/10.
51. Ustavni sud RH, Priopćenje o narodnom ustavotvornom referendumu o definiciji braka broj: SuS-1/2013 od 14. studenoga 2013., Narodne novine, br. 138/13.
52. Ustavni sud RH; odluka u predmetu u predmetu U-VIIR-4640/2014 od 12. kolovoza 2014., Narodne novine, br. 104/14.-2021.
53. Ustavni sud RH, rješenje u predmetu U-VIIR-1960/2018 od 5. lipnja 2018., Narodne novine br. 8/19.-183.

54. Ustavni sud RH, Priopćenje za javnost SuP-O-9/2019 od 9. svibnja 2019., dostupno na <https://bit.ly/35rNSDg>, pristup 2. siječnja 2022.
55. Ustavni sud RH, odluka u predmetu U-VIIR-343/2020 od 19. svibnja 2020., Narodne novine, br. 73/20.
56. Ustavni sud RH, Rješenje u predmetu U-I-1372/2020 i dr. od 14. rujna 2020., Narodne novine, br. 105/20.
57. Ustavni sud Talijanske Republike, odluka u predmetu 17/1997 (ECLI:IT:COST:1997:17) od 30. siječnja 1997., objavljena u Gazzetta Ufficiale br. 7 od 12. veljače 1997.
58. Van der Burg, Wibren. "The Expressive and Communicative Functions of Law, Especially with Regard to Moral Issues." *Law and Philosophy* 20, br. 1 (2001): 31–59.
59. Villone, Massimo. "Il Forum: Quale spazio per il referendum abrogativo, oggi?." *Rivista Di Diritto Costituzionale* 14, br. 1 (2009): 322–330.
60. Vorländer, Hans. "Ustav kao simbol i instrument." *Politička misao* 38, br. 4 (2001): 53–61.
61. Zlatić, Vedran. "Razvoj, značaj i uloga nepromjenljivih dijelova ustava." *Zagrebačka pravna revija* 9, br. 1 (2019): 1–21.

Matija Miloš*

Summary

COUNTERACTING THE LEGISLATIVE AUTONOMY WITH BALLOT MEASURES

In this paper author explores the legal dimensions of the autonomy of the legislature in the context of the current pandemic. The paper is situated in Croatian constitutional theory and is written against the background of two developments. The first one is a decision of the Constitutional Court of Croatia that authorized the Croatian parliament to avoid a more demanding procedure for adopting the restrictions of fundamental rights enacted in the pandemic. The second development is the use of ballot initiatives to force the parliament to adhere to this procedure. Using the concept of constitutional silences as a tool, I bring these two developments together to explore what are the spaces for unwritten political rules left by the Croatian Constitution and how does the ballot initiative challenge them. I do this to argue that ballot initiatives should not be considered unconstitutional when they do not attempt to override legitimate constitutional silences of parliamentary representation.

Keywords: *constitutional silences; ballot measures; direct democracy; human rights; constitutional theory.*

* Matija Miloš, Ph.D., Postdoctoral Fellow, University of Rijeka, Faculty of Law; matija.milos@pravri.uniri.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3839-0273>.
This paper is supported by University of Rijeka within the project uniri-mladi-drustv-20-6.

CROSS-CHECKING OF INCOME TAX RETURNS WITH WORTH ACCRETION: SERBIA'S LEGISLATION IN THE COMPARATIVE LAW CONTEXT

Prof. emer. dr. sc. Dejan Popović*

UDK 336.215

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.3>

Ur.: 21. lipnja 2021.

Pr.: 15. veljače 2022.

Prethodno priopćenje

Summary

In the paper Serbia's Law on Determining the Origin of Property and the Special Tax is analysed and compared with solutions based on cross-checking of the declared income with the worth accretion, which can be found in comparative tax law. After having established the advantages and limits of the net worth method, the author presents this Serbian statute, pointing out the fact that significant resources have been allocated for its application. The explanation lies in its PR impact and the possibility that detected unreported income of those who are the Government's political opponents could be taxed at a rate of 75%. Net worth method has been present in another Serbian statute since 2003, but it was not applied due to the absence of political will. However, this provision remains in the system, providing for dualism since 2021 – one group of taxpayers is subject to the old regime (with 20% tax), while the others are exposed to new confiscatory 75% tax. The analysis shows that numerous provisions of the 2021 statute contradict constitutional provisions on the unity of legal order, non-discrimination, legality of taxes, and prohibition of retroactivity. Provided these flaws are eliminated, the application of net worth method could make sense.

Keywords: net worth method; unreported income; worth accretion; unity of legal order; confiscatory tax.

1 INTRODUCTION

The recent entering into force of Serbia's Law on Determining the Origin of Property and the Special Tax¹ has initiated a debate on whether the Statute's good side overwhelms its weaknesses, as well as whether it requires a theoretical and comparative law investigation of the mechanism introduced by this piece of legislation. The expectations from it are twofold. On the one hand, during the 1990s and in the

* Dejan Popović, Ph.D., *Professor Emeritus*, Faculty of Law, University of Belgrade; dejan.popovic@ius.bg.ac.rs. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6543-7858>.

1 Official Gazette of the RS, nos. 18/2020, 18/2021 (hereafter: LDOP&ST).

post-Milošević era, a number of Serbia's nationals made fortunes through opaque transition processes and large-scale tax evasion, and widespread expectations still exist that justice must be served – both in the domains of criminal law and taxation. On the other hand, the present Government, which has been in power since 2012, is trying to demonstrate that it is following *vox populi*, with the side effect being that taxing primarily “assets acquired in an unlawful manner” by its political opponents² could generate a significant public relations effect (positive for the Government, adverse for the opposition), while causing material harm to the latter if caught in the “grip of the law”. The tool chosen by Serbia's Government is based on cross-checking the worth accretion of selected natural persons with their declared income. The goal of this article is to examine the theoretical foundations of such an approach, its presence in comparative tax law, and the deeper layers of the established statutory framework in order to test the constitutionality of certain statutory provisions.

The paper is organised in the following manner. The concept of the “best judgment” tax assessment is dealt with in Section 2. Section 3 is dedicated to the analysis of the “net worth” method, which underlies the cross-checking of the income tax returns with the worth accretion, as introduced by the LDOP&ST. Section 4 considers the main features of the procedure for the determination of the origin of a taxpayer's property and examines whether certain provisions of the Law go against Serbia's Constitution³ and certain internationally approved best practices. Section 5 is dedicated to the specificities of the judicial reviewing in this matter. In Section 6 the LDOP&ST's relation with the existing provisions of Serbia's Law on Tax Procedure and Tax Administration⁴ is dealt with. The paper ends with the Concluding Remarks.

2 “BEST JUDGMENT” TAX ASSESSMENTS

The numerous classifications of taxes are based on the selected *criterion divisionis*.⁵ If the mode of determining the taxable base is chosen, one can distinguish factual from presumptive taxes. In the case of factual taxes, the taxable base is determined in accordance with the actually generated taxable event (income, property or transaction). In the case of presumptive taxes, the taxable base is determined based on the presumption that a taxpayer realised, or could have realised, revenue of a certain size. The tax authorities rely on the presumptive taxes in two situations.

The first situation may be described as a “hard-to-tax” one and is based on assessing the “estimated income”. It should be noted that the assessment of the

2 The law is naturally general in its character. It is, however, revealing that the Secretary of State with the Ministry of Justice, Radomir Ilić, while presenting the draft of that piece of legislation on the public service TV, on 29 January 2019, used the examples of two opposition leaders to explain how the law would function, <https://www.youtube.com/watch?v=Rq9O5aVm2Dc>, accessed 8 June 2021.

3 Constitution of the Republic of Serbia, Official Gazette of the RS, no. 98/2006.

4 Official Gazette of the RS, nos. 80/2002, 144/2020 (hereafter: LTPTA).

5 Dejan Popović, *Poresko pravo* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2020), 88 *et seq.*

estimated income is not conducted because the taxpayer failed to disclose the full income. Namely, the tax authorities apply the assessment of the estimated income because the determination of the actual income would be impossible or entail serious obstacles, the removal of which would incur excessive costs. The variety of taxes levied on the estimated income in contemporary tax systems (often known as *Pauschalsteuern* in German) is presented by Pashev.⁶

The second situation occurs when the taxpayer fails to file a tax return despite the statutory obligation to do so, or when the return has been filed but contains the data that the tax authorities have reason to consider inaccurate. In such case the tax authorities are entitled to resort to the “best judgment” assessments.⁷ In Serbia’s tax law literature this approach has been called “*ex officio* determination”⁸ and Section V of the *French Livre des procédures fiscales*⁹ denominates it as “*taxation d’office*”. Unlike estimated income approach, the best judgment assessment does not represent a substitution for actual income but an approximation of it.

The legal authority to make best judgment in some countries is provided in the general statutory terms. For example, pursuant to § 6201 of the U.S. Internal Revenue Code,¹⁰ the assessing officer is authorised and required to make the inquiries, determinations, and assessments of all taxes, while § 6204 specifies that the officer may, at any time within the period prescribed for assessment, make a supplemental assessment whenever it is ascertained that any assessment is imperfect or incomplete in any material respect. On the other hand, there are tax law systems in which the assessing officer is entitled to base the assessment on fairly vague, but in a way indicated, considerations. In Serbia, Art. 58a of the LTPTA provides for an alternative application of three “parification” methods: (1) assessment based on available regular records covering business operations in a specified period (day, week, month) shorter than the taxable period; (2) assessment based on data and facts on turnover; (3) comparison with the data on other taxpayers carrying out the same or similar activities, at the same or similar location, under approximately equal conditions. In Argentina, Art. 18 (1) of *Procedimiento para la aplicación, percepción y fiscalización de impuestos*¹¹ specifies the following indications: the capital invested in the operation, the fluctuations in assets, the volume of transactions and profits of other tax periods, the amount of purchases and sales, the normal yield of the business or operation or of similar enterprises, etc. In some countries a minimum tax approach is followed,

6 Konstantin Pashev, “Presumptive Taxation and Gray Economy: Lessons from Bulgaria”, *Center for the Study of Democracy Working Paper* 0512, no. 1 (2005): 6 *et seq.*

7 Arye Lapidoth, *The Use of Estimation for the Assessment of Taxable Business Income* (Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 1977), 13.

8 Popović, *Poresko pravo*, 95.

9 *French Livre des procédures fiscales* <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069583>, accessed 10 May 2021.

10 U.S. Internal Revenue Code <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/6201>, accessed 10 May 2021.

11 *Ley 11.683 (texto ordenado en 1998 y sus modificaciones)*, accessed 6 May 2021, https://archivo.consejo.org.ar/Bib_elect/mayo03_CT/documentos/L11683.htm.

based on a fixed percentage of the business assets.¹² Some legislations rely on the presumption that the taxable business income can be no less than a specified percentage of the gross receipts.¹³ A number of other methods, mainly not aimed at reconstruction of income (and therefore also linkable to the assessment of the estimated income), can also be found elsewhere in the world.¹⁴

However, the best judgment assessments may be based also on “more sophisticated techniques of estimation”¹⁵ than those embodied in abovementioned methods of “parification”. A quite widespread method for the best judgment assessment is to estimate income by determining the change in the taxpayer’s net worth over the year, while adding to this amount the estimated personal consumption expenses.¹⁶ This procedure is called the net worth method. Its denomination in Serbia’s tax law is “cross-estimation of the taxable base”.¹⁷

3 NET WORTH METHOD

The basic assumption underlying the net worth method is the accretion theory of income (German: *Reinvermögenszugangstheorie*) as developed (independently from each other) by Schanz,¹⁸ Haig,¹⁹ and Simons.²⁰ Income (I) is defined as the sum of a taxpayer’s personal consumption expenses (C) and the change in his/her net worth (∂W) in the given period. If the net worth at the beginning of a taxable year (on 1 January)²¹ is W_1 and on the 31 December W_2 , ∂W is equal the difference between W_2 and W_1 and the income is represented by the equation:

$$I = (W_2 - W_1) + C. \quad (1)$$

It should be noted that income can be reported (I_r) and unreported (I_u), which provides the tax authorities with the starting equations for the application of the net worth method:

$$I_u = I - I_r. \quad (2)$$

12 For example, in Argentina, prior to 2019, a 1% tax on the value of fixed and current assets existed as a tax on minimum notional income. *Ministerio de Hacienda, Secretaría de Ingresos Públicos*, “The Tax System in Argentina”, 1, accessed 6 May 2021, www.argentina.gob.ar/s.../tax_system_in_argentina.pdf.

13 Charles E. McLure, Jr. *et al.*, *The Taxation of Income from Business and Capital in Colombia* (Durham, NC: Duke University Press, 1990), 144–145.

14 Victor Thuronyi, “Presumptive Taxation”, in: *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 1, ed. Victor Thuronyi (Washington, D. C.: International Monetary Fund, 1996), 410 *et seq.*

15 Lapidoth, *The Use of Estimation*, 104.

16 Thuronyi, *Presumptive Taxation*, 408.

17 Art. 59 of the LTPTA.

18 Georg Schanz, “Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze“, *Finanz-Archiv* 13, no. 1 (1896): 1–87.

19 Robert Murray Haig, “The Concept of Income – Economic and Legal Aspects”, in: *The Federal Income Tax*, ed. Robert Murray Haig (New York, NY: Columbia University Press, 1921), 27.

20 Henry C. Simons, *Personal Income Taxation. The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy* (Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1938), 50.

21 Or at the beginning of the control period within the calendar year.

$$I_u = (W_2 - W_1) + C - I_r \quad (3)$$

A fully fledged net worth method has to include several more parameters. Namely, the difference between $[(W_2 - W_1) + C]$, on the one hand, and I_r , on the other, has to be diminished (in other words: the subtrahend has to be increased) by the value of gifts, bequests, and similar items (G) and assets acquired by borrowing (B), the latter parameter serving to ensure that this is all about *net* worth. Thus, the unreported income equals:

$$I_u = [(W_2 - W_1) + C] - (I_r + G + B). \quad (4)$$

In all countries relying on this approach to the best judgment, assessments equation (4) represents the core of the applied procedure. In a number of tax law systems this has been specified in the respective statute: e.g., in Colombia in Art. 236 of *Estatuto Tributario*,²² in Serbia in Art. 59 of the LTPTA, and in India in Articles 68–69D of the Income Tax Act.²³ In other countries the authority to carry out the net worth method is granted indirectly through the general empowerment contained within *taxation d'office* approach (like in Articles L66–L72A of the French *Livre des procédures fiscales*, Articles 145 (a) (2) (b) and 145 (b) of the Israeli Income Tax Ordinance²⁴ or § 6204 of the U.S. Internal Revenue Code).

Since the net worth method is aimed at reconstructing the entire taxable base, the taxpayers are usually given the right to rebut the estimate obtained by cross-checking of the income tax returns with the worth accretion. It should be noted that the increased net worth is not taxed *per se* but only insofar as the actual income has not been reported.²⁵ Taxpayers may rebut the presumption of concealed taxable income which caused the accretion of net worth by furnishing evidence that the increase of their net worth “owes its origin to any source whatever of non-taxable income.”²⁶

Apart from attempting to prove the role of bequests and gifts in the increase in net worth, the taxpayers would, as may be expected, focus on the personal consumption expenses, which are arguably the most rebuttable. Although certain expenses of this kind are verifiable (mortgage, rent, utilities, alimony, etc.), others are difficult to prove (entertainment, holidays, restaurants, foodstuff, etc.). Hence there are tax law systems (like in Colombia²⁷) where personal consumption expenses are simply excluded by the legislator's decision, implying that the unreported income is defined as the increase in net worth reduced by reported income and exempted receipts. The assumption that personal consumption expenses are zero is favourable for the taxpayers, bearing in mind that a significant fraction of income is consumed. In a number of tax law systems this assumption does not exist and the best judgment encompasses also

22 *Decreto 624 (texto ordenado en 1989 y sus modificaciones)*, accessed 7 May 2021, <https://estatuto.co/?e=995>.

23 Income Tax Act <https://www.incometaxindia.gov.in/pages/acts/income-tax-act.aspx>, accessed 7 May 2021.

24 Income Tax Ordinance https://www.icnl.org/research/library/israel_ordinance/, accessed 8 May 2021.

25 Lapidoth, *The Use of Estimation*, 104.

26 Lapidoth, *The Use of Estimation*, 104.

27 Art. 236 of Colombia's *Estatuto Tributario*; Art. 59 (1) of Serbia's LTPTA.

personal consumption expenses. Lapidoth pointed out that estimating the taxpayer's "living expenditure" in Israel often involved "long and tedious examinations and cross-examination of witnesses,"²⁸ both within the administrative and the judicial procedure.

A strange dualism may be found in Serbia's tax law where two pieces of legislation are concurrently regulating the net worth method. While the "standard" net worth method, as prescribed by Art. 59 of the LTPTA (in force since 2003), fails to take into account consumption, since the legislator was aware that it would be difficult to prove these expenses, the recently effectuated LDOP&ST indirectly includes personal consumption expenses. Namely, the provision of its Art. 11 (2) has delegated to the Regulation on Means and Procedure of Determining the Value of Assets and Income of a Natural Person and the Expenses for the Private Needs of a Natural Person²⁹ (hereafter: Regulation) the authority to prescribe how to value these expenses. However, since the LDOP&ST has neither regulated the position of the personal consumption expenses within the net worth method, nor provided a definition of income in the sense of the Schanz–Haig–Simons concept (which, if given, could have posited these expenses), it was left to Art. 31 (1) of the Regulation to stipulate the role of the personal consumption expenses in the application of this method. In doing so the Regulation has overstepped the framework given to bylaws in the tax law, according to Art. 91 (1) of Serbia's Constitution, which proclaims that taxes (i.e. all basic elements of the legal definition of a tax) must be introduced by statutes. The taxable base – one of these basic elements – of the "special tax" (introduced by the LDOP&ST), to be levied after the net worth method has been applied, does contain personal consumption expenses. However, they have been posited in the taxable base correctly (as an addend in equation (4) and not as, for example, a subtrahend), but in a manner that infringes the principle of legality in tax law, since they have been introduced via a sub-statutory regulation and not by a statute.

The statute of limitation can also trigger the problems with the application of the net worth method. There are two ways to bypass them and prevent the taxpayer from avoiding the tax altogether. The first one is to stipulate in the law that *lex generalis*, with respect to the statute of limitation, shall not be applicable. This is the approach followed, for example, in Serbia (Art. 18 (1) of the LDOP&ST). The second one, suggested by Lapidoth,³⁰ is to prescribe in the statute that an unexplained increase of net worth should be taxed in the year in which it was discovered rather than in the year in which it actually accrued.

Another issue arises when a new levy, rather than the income tax, is introduced on unreported income discovered using the net worth method. This is the case with Serbia's "special tax" introduced by the LDOP&ST. The new levy on income realised prior to its entering into force is retroactive and Art. 197 (1) of the Constitution in principle does not allow retroactivity of statutes and other general legal acts. However, Art. 197 (2) of the Constitution exceptionally allows that certain statutory provisions

28 Lapidoth, *The Use of Estimation*, 113.

29 Official Gazette of the RS, no. 23/2021.

30 Lapidoth, *The Use of Estimation*, 104–105.

may have a retroactive effect, if so required by general public interest, as established in the procedure of adopting the statute. The minutes of the parliamentary procedure show that a general public interest that the provisions on the “special tax” should be retroactive was not established in the course of the process of enactment of the LDOP&ST. In order to avoid a dispute before the Constitutional Court, which may lead to the annulment of the provisions on the “special tax”, due to their retroactivity, the legislator opted to denominate the taxable base (I_u) as “property” rather than “income”. Namely, the Constitutional Court decided in a 2002 ruling that in the cases of property taxation the retroactivity cannot be invoked since “such taxes are always levied on the property which existed in the moment of taxation, and it is in the nature of things that it was previously acquired.”³¹ It is yet to be seen whether the incorrect denomination of the taxable base could prevent the detection of retroactivity that violates the Constitutional provisions.³² That it is a matter of incorrect denomination was for the first time pointed out 44 years ago, to the author’s knowledge. “Although people sometimes refer to the ‘the taxation of unexplained capital,’ it should be regarded as a figure of speech only. The increased capital is never taxed *per se*. At the most, it may be indicative of some undisclosed taxable income.”³³ Serbia’s “special tax” should therefore be classified as a tax on unreported income rather than a levy on property (capital).

4 THE PROCEDURAL ISSUES

4.1 The Responsible State Body

Pursuant to Art. 4 of the LDOP&ST, the application of the net worth method and the assessment and collection of the “special tax” are conducted *ex officio* by a special Unit within the Tax Administration (hereafter: Unit). Taking into account none of the results whatsoever of the application of the “standard” net worth method, as stipulated by Art. 59 of the LTPTA since its entering into force in 2003, the establishment of the Unit may be seen as an indication that additional resources have been allocated in order to facilitate discovering of undisclosed income of certain “important” natural persons, potential large tax evaders. However, it is yet to be seen whether such reallocation of the scarce resources that are at the disposal of the Tax Administration (hereafter: TA) will have an adverse impact on how its other functions are carried out.

Furthermore, the legislators decided to expand the resources to be available to the Unit by imposing several obligations on a number of government bodies, as well as on independent entities. Apart from prescribing that all public bodies, natural

31 Decision on the Assessment of Constitutionality and Legality of the Law on One-off Tax on Extra Income and Extra Property Acquired by Drawing Special Advantages, Official Gazette of the FRY, no. 17/2002; Official Gazette of the RS, no. 18/2002. All quotes of texts originally in Serbian language have been translated into English by the author.

32 The “standard” net worth method, prescribed by Art. 59 of the LTPTA, is not exposed to an unconstitutionality challenge since the discovered undisclosed income is subject to the established personal income tax rather than to a “special levy” with retroactive effect.

33 Lapidoth, *The Use of Estimation*, 111.

persons and legal entities are required, upon the Unit's request, to forward data at their disposal and provide support to the Unit's officials in conducting the procedure, the LDOP&ST stipulates that not only ministries and public agencies, but also the National Bank of Serbia, and the Central Securities Depository and Clearing House (hereafter: CSD) are required to assign one or more of their employees as liaison officers with the Unit. Art. 8 (2), (3) of the LDOP&ST envisages that these liaison officers are to be temporarily ("up to a year, with the possibility of extension") transferred or seconded to work in the Unit upon the request of the Director of the TA. The non-consensual temporary secondments of non-governmental employees to the Unit raises serious constitutional issues.³⁴ Namely, with respect to the employees in the National Bank and the CSD, the provisions of Art. 8 (2), (3) of the LDOP&ST contradict provisions of the Law on the National Bank³⁵ and the Law on the Capital Market.³⁶ The rights and duties of the employees are, pursuant to Art. 83 of the LNB, regulated by the Law on Labour.³⁷ Art. 174 (1) of the LL protects an employee against non-consensual temporary secondment to another employer by limiting it only to the cases where the need for his/her work has temporarily ceased, where the business premises have been let, or where an agreement on business cooperation has been concluded – for the duration of these reasons but not longer than a year. Pursuant to Art. 219 of the LCM, the same provisions of the LL apply to the employees of the CSD. The Constitutional Court of Serbia on several occasions established that "the constitutional principle of the unity of the legal order dictates that the fundamental principles and legal institutes envisaged by the laws, which in a systematic manner regulate a sphere of social relations, must be also honoured in specific laws, unless the systematic law explicitly provides for a possibility of different regulation of these issues."³⁸ Since the LL does not provide for any exception from the rule regulating the conditions for non-consensual temporary secondments to other employers, and the LNB and the LCM do not provide for a possibility of non-application of the LL to their respective employees, the constitutionality of the provisions of Art. 8 (2), (3) of the LDOP&ST may be challenged from the point of view of infringement of the constitutional principle of unity of the legal order.

4.2 The Subject-Matter of the Procedure

It is worth mentioning that the denomination of the procedure prescribed by the LDOP&ST is inconsistent. In the title of the Statute the syntagma "determination of the origin of property" is used, while its Art. 1 defines the subject-matter of the Law as "determination of property and increase of property". In spite of the former

34 Dejan Popović and Svetislav V. Kostić, "Predlozi i sugestije na Nacrt zakona o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu", working document (Beograd: Srpsko fiskalno društvo, 2019), 10.

35 Official Gazette of the RS, nos. 72/2003, 44/2018 (hereafter: LNB).

36 Official Gazette of the RS, nos. 31/2011, 153/2020 (hereafter: LCM).

37 Official Gazette of the RS, nos. 24/2005, 95/2018 – other ordinance (hereafter: LL).

38 Constitutional Court, Decision IUz-231/2009 of 22 July 2010.

denomination, there is no provision in the LDOP&ST dealing with the origin of the net worth. Namely, a natural person may, in principle, acquire property in the following ways: (1) saving of income that he/she has declared to the TA in accordance with the Personal Income Tax Law³⁹ (e.g., capital gains, business income /provided that he/she keeps books/); (2) saving of income that he/she did not declare but the taxation of which was in the form of withholding (e.g., dividends distributed by a resident payer, or salaries paid by a resident employer);⁴⁰ (3) saving of income which he/she was required to declare, but did not comply with the statutory obligation; (4) through inheritance, gifts, or borrowing; (5) through theft, corruption, embezzlement, or similar criminal offence; (6) through a combination of these ways. But the LDOP&ST is silent in this respect. Art. 13 (2) the LDOP&ST actually targets the difference between the increase in property and *declared* income. The “origin of property” used in the title of the Statute serves only for propaganda purposes in an environment where the public is filled with expectations that (fiscal as well as general) justice must ultimately be served.

There is, however, a problem with the concept of “declared income” as used in Art. 13 (2) the LDOP&ST. As noted above, there are types of income subject only to withholding taxes and it is questionable whether the natural person included in the procedure prescribed by the LDOP&ST should be responsible for the omission of the withholding agent to report such income (and the tax supposed to be withheld) to the TA.⁴¹ The Government tried to overcome this problem through the sub-statutory Regulation, in which the “declaration of income” is defined widely, encompassing both the obligations of the recipient and the payer of income. The consequence of such an approach is that the responsibility for the payer’s omission to report the income *ex lege* subject to withholding tax is on the recipient – the natural person subject to the procedure established by the LDOP&ST.

To make a taxpayer liable for the omission of the withholding agent is not considered the best practice in current tax law systems. The Observatory on the Protection of Taxpayers’ Rights argues for the opposite.⁴² Just few national tax laws (e.g., the South African) contain a provision prescribing that the recipient should be responsible for the payer’s failure to withhold tax.⁴³ Serbia’s Regulation may be classified as belonging to these rare tax law systems. If the general procedural tax law – the LTPTA – is taken into consideration, the issues related to the application of the norm providing for the recipient’s liability, in the case of the withholding agent’s omission to fulfil its duty, only become aggravated. Namely, although Art. 12 (3) (2) of the

39 Official Gazette of the RS, nos. 24/2001, 153/2020 (hereafter: PITL).

40 Unless the taxpayer’s total annual income (excluding capital income) exceeds three times the average annual salary in Serbia, paid in the year for which the tax is determined, in which case he/she is subject to the complementary annual income tax and is required to file a tax return.

41 In addition, there are receipts excluded from income taxation that also contribute to the increase of the net worth. *Nota bene*, from a theoretical point of view, one cannot qualify inheritance, gifts or borrowing as “income”.

42 Observatory on the Protection of Taxpayers’ Rights, *The IBFD Yearbook on Taxpayers’ Rights 2019* (Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2020), 37, 38.

43 Observatory on the Protection of Taxpayers’ Rights, 38 f.

LTPTA requires that the resident payer apply withholding procedure whenever it pays certain types of income to the taxpayer, it is Art. 100a (3) of the PITL that imposes the obligation for a taxpayer (recipient of income) to self-assess the tax in the case where the payer failed to withhold it. The amendment that introduced such obligation entered into force on 1 January 2018,⁴⁴ but during the three and half years since the beginning of its effectiveness no data on the taxes (and compulsory social security contributions) collected under the above-mentioned circumstances has become available, so it is reasonable to conclude that the collection procedure stemming from the provision of Art. 100a (3) of the PITL has not been applied yet. Before analysing the reason why the TA has not applied this norm yet, it should be noted that Art. 30a of the LTPTA stipulates that a bank is authorised to allow the payment of income subject to withholding taxes to a natural person only if the payment order contains authorisation number issued by the TA upon the receipt of the tax return filed beforehand by the payer of the income. The fact that a significant number of employees eventually realise that their employers did not pay compulsory pension contributions⁴⁵ indicates that the TA is tolerant toward this type of tax evasion, applying volatile and arbitrary, sometimes politically motivated criteria for tacitly granting certain employers the “privilege” of paying salaries without withholding, in clear violation of the Law. It is in such an environment that the TA has been consistently failing to exercise its right to tax the recipient of income subject to withholding tax in cases where the payer failed to conduct the withholding procedure; it would be difficult to explain how it was possible to execute the payment at all, given the statutory obligations imposed on the payers, banks and the TA. However, the sword of initiation of tax execution hangs over the heads of mostly unaware employees and may strike at any time (the statute of limitation is five year).

Once the application of the LDOP&ST provisions commences, in the cases where the payers failed to withhold the tax, the treatment of a natural person subject to the net worth method and a recipient of salaries or other income under Art. 100a (3) of the PITL should be aligned. To consider the former responsible for the payer’s omission to withhold, while leaving the latter untaxed, represents discrimination, which is prohibited by Art. 21 of the Constitution.

4.3 The Procedural Stages

The procedure envisaged by the LDOP&ST is conducted in two phases: (1) preliminary proceedings; (2) audit and assessment of the “special tax”.

The preliminary proceedings can be initiated either based on risk analysis or upon the report of another body or initiative of a natural person or a legal entity. The room for the Unit’s manoeuvring with respect to sequencing the cases to be dealt with, as well as to the appropriateness of their initiation at all, is thus left wide. In the first

44 Art. 42 of the Law on Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, Official Gazette of the RS, no. 113/17.

45 Law on Changes and Amendments to the Personal Income Tax Law, <http://www.inspektor.gov.rs/page/260>, accessed 20 May 2021.

phase the Unit determines the increase in net worth, based on the available data and the data forwarded by other bodies and organisations, legal entities or natural persons, and cross-references them with the declared income. The Unit initiates the audit phase in the case of those natural persons for whom in the preliminary proceedings it has established as probable that within no more than three consecutive calendar years there has been a difference between the increase in net worth (personal consumption expenses being disregarded at this juncture) and declared income in excess of EUR 150,000.

Pursuant to Art. 3 of the LDOP&ST, the burden to prove the increase in the net worth in respect of the declared income is on the TA, but the bar is set rather low: the Unit is required only to “establish as probable” that there is a difference between the increase in net worth and the declared income.⁴⁶ On the other hand, the natural person has the task to “prove” the legality of the assets acquired in the domain where the increase of his/her property does not correspond with the declared income. However, the concept of “legality of acquiring” can be found nowhere in the LDOP&ST, and such omission raises a series of serious legal questions.

Relying on the definition of the phrase “property subject to the special tax” stated in Art. 2 (5), one can only indirectly conclude that legally acquired property could be property acquired from declared income augmented by non-taxable income, as well as property acquired by bequest, gift, borrowing or in other *lawful ways*. It should be pointed out that the usual meaning of the term “lawful way” does not always correspond to “legality of the property acquired” in the sense of the LDOP&ST, which the natural person is required to prove. For example, in the case where a resident natural person legally acquired dividend income from stock in a company that is a resident of Austria, whereby the payer applied the withholding tax at the rate of 15%, as prescribed by Art. 10 (2) (2) of the Double Taxation Treaty between Austria and Serbia,⁴⁷ but the natural person failed to file the tax return in accordance with Art. 100a (2) of the PITL, there is unlawfulness in the procedural sense, but without fiscal consequences for the budget of Serbia.⁴⁸ Namely, pursuant to Art. 24 (2) of the Double Taxation Treaty, Austria’s tax on dividends may be credited against the Serbia’s tax on capital income, whose rate is also 15%.⁴⁹

If one nevertheless follows the above-mentioned indirect (imprecise, but the only one available) conclusion on what “the legality of the property acquired” could be, the natural person subject to the tax audit in the second phase of the procedure prescribed by the LDOP&ST will be required to prove that the difference between $[(W_2 - W_1) + C]$ and $(I_r + G + B)$ in the equation (4) is zero – in other words, that there is no unreported income. The provision on the burden of proof does not include any indication (Art. 3 of the LDOP&ST) who should prove the amount of personal

46 Art. 116 (5) of the Law on the General Administrative Procedure, Official Gazette of the RS, nos. 18/2016, 95/2018, prescribes that an administrative matter may be decided based on facts that are probable only if it is envisaged by a law.

47 Official Gazette of the RS – International Agreements, nos. 8/2010, 3/2018.

48 Popović, Kostić, *Predlozi i sugestije*, 2.

49 Art. 64 of the PITL.

consumption expenses (C). The *lex generalis*, in regard to sharing the burden of proof in tax matters, is Art. 51 of the LTPTA, which stipulates that the TA is required to prove the facts that the existence of the tax liability depends on, while the taxpayer is required to prove the facts diminishing or cancelling of a tax. The personal consumption expenses definitely do not diminish the taxable base – the higher the expenses, the larger the minuend in the equation (4). Therefore, it is the author's opinion that it is on the Unit to prove the amount of personal consumption expenses in the course of the tax audit stage.

Given the fact that no clear definition of “the legality of the property acquired” exists in the LDOP&ST, it is possible that in the course of the audit phase a natural person, who has proved that his/her unreported income (e.g., capital gain) is obtained *lawfully* (e.g., by a sale of the share in a non-resident company), will claim that he/she proved what was required by the Law – the *legality* of acquisition of property (e.g., funds in a bank account) and insist that his/her omission to declare this income actually does not fall within omissions constituting the “illegality of acquisition of property”. They may also file the tax return thus seeking to avoid the reasonable grounds for being suspected of tax fraud, an offence that requires criminal intent.⁵⁰ The imprecision of the norm defining “the legality of the property acquired” may open the door for judicial and/or arbitration disputes with uncertain outcomes.

Pursuant to Art. 14 (3) of the LDOP&ST, non-participation of the natural person in the audit procedure cannot postpone further conduct of the proceedings. In the discussion during the proceedings of passing the Bill, an MP objected that such a provision would affect the natural person who is justifiably prevented from participating in the audit, but the Government's representative replied somehow hastily that in that case the provision of the LTPTA, which provides for appointment of a proxy,⁵¹ would be applied and that in doing so adverse consequences for the natural person would be avoided.⁵² However, Art. 18 (1) of the LDOP&ST prescribes that provisions of the LTPTA are applicable only if the LDOP&ST fails to stipulate differently and in this case it does stipulate differently, proclaiming that any non-participation of the natural person in the audit procedure does not postpone further conduct of the proceedings.

The audit stage is finalised by making minutes of the conducted audit, whereupon the Unit issues the decision on the assessment of the special tax, if the existence of property subject to this levy has been established.

If in the course of the procedure reasonable grounds for believing that a criminal offence was committed are established, the Unit shall notify the police, tax police, public prosecutor's office, and other competent bodies.

The taxable base represents the sum of the indexed⁵³ value of the *property* for

50 Popović, Kostić, *Predlozi i sugestije*, 1.

51 Art. 127 (3) of the LTPTA.

52 RS, Shorthand notes from the 26th extraordinary session of the National Assembly of the Republic of Serbia in 11th convocation, held on 24 February 2020, 20–21, 23, <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-872.html>.

53 The consumer price index is used for the purpose of indexation.

each calendar year subject to the audit, the value of the *property* being the difference between $[(W_2 - W_1) + C]$ in the calendar year, on the one hand, and $(I_r + G + B)$, on the other hand. It should be reiterated that the taxable base is actually unreported income rather than property. The rate of the special tax is 75%. If subsequently, in the course of criminal proceedings, a final judgment is passed determining that certain proceeds are from crime, while the special tax in accordance with the LDOP&ST has already been paid, the court shall offset the tax against the proceeds from crime. The same provision is applicable in the case of confiscation of property resulting from a crime.

The natural person – taxpayer of the special tax may lodge an appeal before the Ministry of Finance. Unlike the “standard” appeal in the tax procedure, envisaged by the LTPTA, the appeal on the decision assessing the special tax postpones the execution of the decision. A taxpayer may initiate judicial proceedings in the Administrative Court against the second instance (final) tax decision within 30 days of the delivery of the second instance decision.

5 THE SPECIFICITIES OF JUDICIAL PROCEEDINGS IN NET WORTH METHOD CASES

Before the LDOP&ST entered into force, the Administrative Court was a catch-all tribunal in a sense that *all* final administrative acts were potentially subject to its judicial review and no specialisation was prescribed.⁵⁴ Art. 24 (1) and (2) of the Law on Judges⁵⁵ prescribes that a judge will receive the cases in a sequence that does not depend on the party’s person and circumstances of the legal matter. A case is assigned to a judge on a basis of the court’s work schedule, in order determined in advance for each calendar year, solely based on the designation number of the case.^{56, 57}

One can argue that at least in the field of taxation, given the complexity of cases, a specialised court would be preferable:⁵⁸ for example, Germany has a separate Tax Court (*Finanzgericht*), while in Slovenia there are two tax departments within the

54 Art. 3 of the Law on Administrative Disputes, Official Gazette of the RS, no. 111/2009 (hereafter: LAD).

55 Official Gazette of the RS, nos. 116/2008, 47/2017 (hereafter: LJ).

56 Art. 25 (1) of the LJ allows that sequencing – but only sequencing – may be altered in the situations envisaged by a law, as well as when a judge is overloaded or justifiably prevented, in accordance with the court’s rules of procedure.

57 Annual Work Schedule of the Administrative Court for 2021, Su I–2 345/20-1 of 23 November 2020, <http://www.up.sud.rs/latinica/godisnji-rasposed-poslova>.

58 Tomić claims that “*it wouldn’t hurt* to establish gradually highly specialised administrative courts (in the first place, court of accounts [sic!], social security court etc.)”. Zoran R. Tomić, “Upravni spor i upravno sudovanje u savremenoj Srbiji”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 47, no 1 (2010): 33. Others are more explicit in their proposals: firstly, specialised chambers, then specialised financial courts. Hrvoje Jelić i Kornelija Miše Bobinac, “Rješavanje sporova iz područja poreznog prava na upravnim sudovima i njihov doprinos pravnoj sigurnosti”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 52, no. 2 (2015): 456.

Supreme Administrative Court.^{59, 60} But achieving this goal requires an intervention in systematic laws. Serbia's legislators, however, decided to follow a different path and through the provision of Art. 21 of the LDOP&ST a specialised corps of judges was created within the Administrative Court, authorised to exclusively deal with the cases concerning final tax decisions issued using the net worth method under the LDOP&ST. These judges must obtain their specialisation through training conducted by the Judicial Academy. This institution is not controlled by the judicial branch of government since out of 9 members of its Management Board, only 4 are nominated by the High Court Council, while the Ministry of Justice supervises the legality of the Judicial Academy's activities.⁶¹ Bearing in mind that the Constitutional Court took the view that the conditions for the election of judges must be prescribed only by the systematic law (i.e., the LJ) and that training at the Judicial Academy cannot be an additional condition introduced by a non-systematic law (the Law on Judicial Academy),⁶² it is possible that the Constitutional Court may also contest Art. 21 of the LDOP&ST, which imposes a new condition for allocating cases to the judges in the Administrative Court, thus violating the provisions of two systematic laws: the LJ and the LAD, while creating discrimination among the judges of the Administrative Court. Art. 21 of the Constitution envisages that the citizens who are in the same legal situation (meeting the criteria prescribed by the LJ) must be treated equally. In addition, the Constitutional Court may challenge Art. 21 of the LDOP&ST against Art. 4 of the Constitution, which prescribes that the legal order is unitive. To summarise: it is the author's opinion that it is inadmissible to change the organisation of a court and the conditions under which already elected judges can carry out their duties by a non-systematic piece of legislation dedicated to a very specific issue.

6 IS THERE STILL A ROOM FOR APPLYING LTPTA ARTICLE 59?

The Government's answer to the poor, practically non-existent results of the best judgment approach under Art. 59 of the LTPTA during more than 18 years of this norm nominally being in effect has not been its improvement followed by allocation of additional resources to the TA in order to enhance this body's performance in this respect, but rather the introduction of a new law to coexist with the previously mentioned Art. 59 of the LTPTA. The creation of the Unit within the TA, which is granted wide ranging competencies, followed by a *de minimis* rule (difference between increase of net worth and reported income exceeding EUR 150,000 in three consecutive calendar years) will contribute to the effectiveness of the procedure

59 AEAJ, "The Role of Administrative Judge in Tax Disputes", accessed 30 May 2021, <https://www.aej.org/page/The-Role-of-Administrative-Judge-in-Tax-Disputes>.

60 Admittedly, there are countries where, like in Serbia (not taking into account Art. 21 of the LDOP&ST), tax cases are dealt with by judges who are not specialised in tax disputes – within administrative courts (e.g., Croatia, Lithuania and Luxembourg [for direct taxes]) or courts of general jurisdiction (e.g., Hungary and Slovakia).

61 Articles 7 (2) and 3 (6) of the Law on Judicial Academy, Official Gazette of the RS, nos. 104/2009, 106/2015.

62 Constitutional Court, Decision IUz-497/2011, Official Gazette of the RS, no. 32/2014.

prescribed by the LDOP&ST, in comparison with the procedure under Art. 59 of the LTPTA, which lacks both elements.

However, given the numerous serious problems of constitutional law, administrative law and tax law nature brought about by the LDOP&ST and discussed above, one may wonder why the existing provisions on cross-checking of the income tax returns with the worth accretion from the LTPTA were simply not amended to include the missing norms, which could overcome the existing obstacles for application of Art. 59 of the LTPTA, instead of establishing a peculiar legal dualism involving the parallel existence of two pieces of legislation actually dealing with the same issue – how to discover and tax unreported income using the net worth method. Under the dualism, two categories of the taxpayers have been created. On the one hand, there are those who can ironically be called “*de luxe* natural persons”, to whom the LDOP&ST is applicable and consequently the special tax at the rate of 75%. On the other hand, there are “standard” taxpayers subject (once the TA decides to apply the Law) to cross-checking of the income tax returns with the worth accretion in accordance with Art. 59 of the LTPTA and consequently subject to the personal income tax on other income, at a rate of 20%. With unreported income of up to EUR 150,000 a taxpayer may be exposed to the 20% rate, while unreported income of EUR 150,001 or more triggers the 75% tax rate, whereby it is not a matter of progressive rates of a single tax, but drastically different rates of two levies. In the author’s opinion, such solution violates the anti-discrimination clause contained in Art. 21 of the Constitution.

7 CONCLUDING REMARKS

The analysis has shown that “best judgment” assessments are widely applied in comparative tax law when taxpayers fail to file tax return, in spite of the statutory requirement to do so, or when the tax return has been filed with inaccurate data. Along with some other countries, Serbia uses the net worth method, based on cross checking of the income tax returns with the worth accretion. As noted above, at the present there are two pieces of legislation concurrently regulating the net worth method: Art. 59 of the LTPTA, which since 2003 has not produced any effect because there was no political will to implement it, and the 2021 LDOP&ST, kept high on the Government’s agenda as a powerful tool in the fight against large (real and alleged) tax evaders, possibly political adversaries. Its effectiveness is yet to be seen, but in spite of the new resources allocated for the purposes of the special Unit within the TA, a number of legal obstacles remains. Apart from the apparent discriminatory dualism, manifested in the existence of two pieces of legislation containing provisions on the net worth method in concurrent but different manners (20% tax for one group of taxpayers vs. 75% tax for the other⁶³), there are numerous norms that, if nothing else, raise the issues of interpretation and application, and at worst can lead to the examination of their compliance with the Constitution, which would eventually mean their annulment on the basis of violation of a number of the constitutional provisions.

63 Additionally, the taxable base for the former group of taxpayers is narrower, since their personal consumption expenses are deemed to be zero.

It is pointed out in the tax law literature that although the net worth method “is a most useful method, it has considerable limitations”.⁶⁴ Namely, whenever the statement of the taxpayer’s capital at the beginning of the tax (calendar) year⁶⁵ is compared with the statement of the taxpayer’s capital at the end of the tax (calendar) year, a problem may arise in cases where the taxpayer submits a capital statement for the first time, because they may “artificially increase it with a view to covering up taxable income, evasion of the tax on which was practised or intended. In those cases where capital statements were suspected to have been overstated, the Revenue [Israeli tax authorities – *author*] found it very difficult to discredit the statements made by the taxpayers”.⁶⁶ In Serbia’s LTPTA the obligation to submit initial capital statement (actually statement on total assets) within 10 months from the Law coming into effect was prescribed by Art. 186 and limited to those natural persons (including entrepreneurs) whose total worldwide assets exceed the value of RSD 20 million (approx. EUR 307,000 at the average 2003 exchange rate).⁶⁷ It is possible that a certain number of these natural persons overstated the value of their assets (W_1) in order to diminish the difference ($W_2 - W_1$), but the response to the statutory requirement for submitting such statement was generally poor, since many preferred to stay low, expecting (we know now, justifiably) that due to an absence of political will no further action by the TA would be initiated. A similar attempt to establish the initial position for the application of the net worth method was conducted in 2007 but it was also in vain. To reiterate: the net worth method envisaged by the LTPTA has not yielded any results yet.

The lawmaker who in 2020 enacted the LDOP&ST decided to skip the stage of submitting the initial capital statement. The new approach resembles the U.S. “thorough investigation” method, which requires that the Internal Revenue Service “make every effort to determine opening assets and liabilities, while not being held to a mathematical certainty”.⁶⁸ In other words, the tax authorities are required to meet the threshold of “reasonable certainty” of the opening net worth figure. Pursuant to Art. 11 of the LDOP&ST, the value of the opening, as well as the closing, assets equals the sum of the values of real estate, financial instruments, interests in companies, business equipment, motor vehicles, vessels and aircraft, savings, cash and other property rights (e.g., intellectual property). The valuation details are prescribed by the Regulation.

In spite of these limitations, the conducted analysis did show that the net worth method is a useful tool in performing best judgment tax assessments. However, the issue is not whether this method should be included in Serbia’s anti-evasion policies, but the quality of the legislative framework and availability of the resources at the TA’s disposal. With respect to the former, adding to the above-mentioned comments on

64 Lapidoth, *The Use of Estimation*, 112.

65 Or at the beginning of the control period within the calendar year.

66 Lapidoth, *The Use of Estimation*, 112.

67 Those natural persons whose worldwide assets exceeded RSD 10 million but did not exceed RSD 20 million were given an option of submitting an initial capital statement.

68 *Brown, PC*, “Net Worth Method of Proving Income”, accessed 5 June 2021, <https://www.browntax.com/tax-law-library/methods-of-proof/net-worth-method-of-proving-income/>

unprecedented legal dualism and the resulting discrimination, there is an inaccuracy in defining the subject-matter of the procedure envisaged by the LDOP&ST (whether it is the *origin of property* or the *difference between the increase in property and declared income*) and the resulting legal consequences that were the subject of the previous analysis. Equally problematic are the examples of violation of the constitutional principle of the unity of legal order, whereby a specific statute such as the LDOP&ST contains provisions that amend the solutions stipulated by the systematic laws, as in the case of the LAD and the LJ (by introducing specialisation of judges solely for disputes resulting from the application of the provisions of the LDOP&ST), or in the case of mandatory transfers or secondments of certain non-governmental employees to the Unit of the TA. With respect to the resources at the TA's disposal, one can only praise the Government's decision to make this version of the net worth method workable. However, once the proceeds from the special tax start to fill the budget, a sophisticated analysis of the impact of such reallocation of resources on the proceeds from other fiscal instruments should be carried out.

BIBLIOGRAPHY

Books and articles:

1. AEAJ. "The Role of Administrative Judge in Tax Disputes." Accessed 30 May 2021. <https://www.aej.org/page/The-Role-of-Administrative-Judge-in-Tax-Disputes>.
2. Brown, PC. "Net Worth Method of Proving Income." Accessed 5 June 2021. <https://www.browntax.com/tax-law-library/methods-of-proof/net-worth-method-of-proving-income/>.
3. Haig, Robert Murray. "The Concept of Income – Economic and Legal Aspects." In: *The Federal Income Tax*, ed. Robert Murray Haig, 1–28. New York, NY: Columbia University Press, 1921.
4. Jelić, Hrvoje and Kornelija Miše Bobinac. "Rješavanje sporova iz područja poreznog prava na upravnim sudovima i njihov doprinos pravnoj sigurnosti." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 52, no. 2 (2015): 449–457.
5. Lapidoth, Arye. *The Use of Estimation for the Assessment of Taxable Business Income*. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 1977.
6. McLure, Jr., Charles E., HYPERLINK "https://www.amazon.com/s/ref=dp_byline_sr_ebooks_2?ie=UTF8&field-author=John+Mutti&text=John+Mutti&sort=relevancerank&search-alias=digital-text" John Mutti, HYPERLINK "https://www.amazon.com/s/ref=dp_byline_sr_ebooks_3?ie=UTF8&field-author=Victor+Thuronyi&text=Victor+Thuronyi&sort=relevancerank&search-alias=digital-text" Victor Thuronyi, and George R. Zodrow. *The Taxation of Income from Business and Capital in Colombia*. Durham, NC: Duke University Press, 1990.
7. Ministerio de Hacienda, Secretaría de Ingresos Públicos. "The Tax System in Argentina." Accessed 6 May 2021. [HYPERLINK "http://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/tax_system_in_argentina.pdf"](http://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/tax_system_in_argentina.pdf) www.argentina.gob.ar/sites/default/files/tax_system_in_argentina.pdf.
8. Observatory on the Protection of Taxpayers' Rights. *The IBFD Yearbook on Taxpayers' Rights 2019*. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2020.
9. Pashev, Konstantin. "Presumptive Taxation and Gray Economy: Lessons from Bulgaria." *Center for the Study of Democracy Working Paper 0512*, no. 1 (2005): 1–24.

10. Popović, Dejan. *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2020.
11. Popović, Dejan and Svetislav V. Kostić. "Predlozi i sugestije na Nacrt zakona o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu." Working document, (Beograd: Srpsko fiskalno društvo, 2019).
12. Schanz, Georg. "Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuer-gesetze." *Finanz-Archiv* 13, no Nr. 1 (1896): 1–87.
13. Simons, Henry C. *Personal Income Taxation. The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy*. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1938.
14. Thuronyi, Victor. "Presumptive Taxation." In: *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 1, ed. Victor Thuronyi, 401–433. Washington, D. C.: International Monetary Fund, 1996.
15. Tomić, Zoran R. "Upravni spor i upravno sudovanje u savremenoj Srbiji." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 47, no. 1 (2010): 21–35.

National legal acts:

Argentina

1. Procedimiento para la aplicación, percepción y fiscalización de impuestos, Ley 11.683 (texto ordenado en 1998 y sus modificaciones). Accessed 6 May 2021. https://archivo.consejo.org.ar/Bib_elect/mayo03_CT/documentos/L11683.htm

Colombia

1. Estatuto Tributario, Decreto 624 (texto ordenado en 1989 y sus modificaciones). Accessed 7 May 2021. <https://estatuto.co/?e=995>

France

1. Livre des procédures fiscales. Accessed 10 May 2021. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069583>

India

1. Income Tax Act. Accessed 7 May 2021. <https://www.incometaxindia.gov.in/pages/acts/income-tax-act.aspx>

Israel

1. Income Tax Ordinance. Accessed 8 May 2021. https://www.icnl.org/research/library/israel_ordinance/

Serbia

1. Annual Work Schedule of the Administrative Court for 2021, Su I-2 345/20-1 of 23.11.2020, <http://www.up.sud.rs/latinica/godisnji-raspored-poslova>
2. Constitution of the Republic of Serbia, Official Gazette of the RS, no. 98/2006.
3. Law on Administrative Disputes, Official Gazette of the RS, no. 111/2009.
4. Law on the Capital Market, Official Gazette of the RS, nos. 31/2011, 112/2015, 108/2016, 9/2020, 153/2020.
5. Law on Determining the Origin of Property and the Special Tax, Official Gazette of the RS, nos. 18/2020, 18/2021.
6. Law on the General Administrative Procedure, Official Gazette of the RS, nos. 18/2016, 95/2018.
7. Law on Judges, Official Gazette of the RS, nos. 116/2008, 58/2009 – Constitutional Court, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – Constitutional Court, 121/2012, 124/2012 – Constitutional Court, 101/2013 – other statute, 111/2014 – Constitutional Court, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – other ordinance, 106/2015, 63/2016 – Constitutional Court, 47/2017.
8. Law on Judicial Academy, Official Gazette of the RS, nos. 104/2009, 32/2014 – Constitutional Court, 106/2015.

9. Law on Labour, Official Gazette of the RS, nos. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – Constitutional Court, 113/2017, 95/2018 – other ordinance.
10. Law on the National Bank, Official Gazette of the RS, nos. 72/2003, 55/2004, 85/2005 – other statute, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 – Constitutional Court, 44/2018.
11. Law on Ratification of the Convention for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income and on Capital between the Republic of Serbia and the Republic of Austria, Official Gazette of the RS – International Agreements, nos. 8/2010, 3/2018.
12. Law on Tax Procedure and Tax Administration, Official Gazette of the RS, nos. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – other statute, 6220/06 – other statute, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – other statute, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020.
13. Personal Income Tax Law, Official Gazette of the RS, nos. 24/2001, 80/2002 – other statute, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011, 93/2012, 114/2012, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 57/2014, 68/2014 – other statute, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020.
14. Regulation on Means and Procedures of Determining the Value of Assets and Income of a Natural Person and the Expenses for the Private Needs of a Natural Person, Official Gazette of the RS, no. 23/2021.

USA

1. Internal Revenue Code. Accessed 10 May 2021. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/subtitle-F/chapter-63/subchapter-A>

Jurisprudence of the Constitutional Court of Serbia:

1. Constitutional Court, Decision IUz–231/2009 of 22 July 2010.
2. Constitutional Court, Decision IUz–497/2011, Official Gazette of the RS, no. 32/2014.
3. Decision on the Assessment of Constitutionality and Legality of the Law on One-off Tax on Extra Income and Extra Property Acquired by Drawing Special Advantages, Official Gazette of the FRY, no. 17/2002; Official Gazette of the RS, no. 18/2002.

Archival material:

1. RS, Shorthand notes from the 26th extraordinary session of the National Assembly of the Republic of Serbia in 11th convocation, held on 24 February 2020, <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-.872.html>

Dejan Popović*

Sažetak

UNAKRSNO USPOREĐIVANJE PRIJAVLJENOGA POREZA NA DOHODAK S POVEĆANJEM IMOVINE: ZAKONODAVSTVO SRBIJE U USPOREDNOPRAVNOM KONTEKSTU

U ovom se radu analizira srpski *Zakon o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu* iz 2021. i uspoređuje s rješenjima koja se pronalaze u usporednom poreznom pravu, a koja se temelje na unakrsnoj procjeni prijavljenoga dohotka i porasta neto imovine. Nakon što su utvrđene prednosti i ograničenja, tzv. *net worth* metode, autor ukazuje na to da je zakonodavac izdvojio znatne resurse za primjenu Zakona, računajući na propagandni učinak i mogućnost da otkriveni neprijavljeni dohodak fizičkih osoba, koja mogu biti i politički oponenti vlasti, bude oporezovan po stopi od 75 %. Još od 2003., tzv. *net worth* metoda je zastupljena u *Zakonu o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, ali se ne primjenjuje zbog nedostatka političke volje. Paradoksalno je što je ta odredba zadržana u sustavu, tako da od 2021. postoji dualizam – za jedne će obveznike i dalje vrijediti odredbe iz 2003. (s porezom od 20 %), a za druge novi zakon, s gotovo konfiskatornom stopom. Analiza pokazuje da su brojne odredbe zakona iz 2021. suprotne s odredbama Ustava – o jedinstvu pravnoga poretka, zabrani diskriminacije, načelu zakonitosti poreza i nedopuštenosti retroaktivnosti zakona. Ako bi se uklonili navedeni nedostaci, primjena, tzv. *net worth* metode bi imala smisla.

Ključne riječi: *metoda unakrsne procjene; neprijavljeni dohodak; povećanje imovine; jedinstvo pravnoga poretka; konfiskatorni porez.*

* Dr. sc. Dejan Popović, *profesor emeritus*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; dejan.popovic@ius.bg.ac.rs. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6543-7858>.

ENABLING A LEVEL PLAYING FIELD IN BUSINESS WITH RESPECT FOR HUMAN RIGHTS

Doc. dr. sc. Ana Čertanec*

UDK 342.7::347.72

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.4>

Ur.: 4. ožujka 2022.

Pr.: 14. travnja 2021.

Prethodno priopćenje

Summary

A level playing field is enabled when business enterprises can freely compete in the market. However, they cannot compete freely if different rules apply to them. Therefore internationally accepted human rights have to be respected by all business enterprises, no matter their size, sector, ownership and the state of operations. The purpose of the paper is to identify three criteria by which it is possible to achieve a level playing field in business and to examine the criteria using respect for human rights as an example. Using a descriptive method and a method of analysis, the author argues that without the universal minimum standards of respect for human rights a level playing field in business cannot be possible. This will be feasible only with the adoption of a binding international instrument and imposing sanctions on the international level. Consequently, establishing of an international judicial mechanism with a power to sanction corporate human rights abuse is of vital importance.

Keywords: *level playing field; corporate responsibility to respect human rights; UNGPs; binding international instrument; international judicial grievance mechanism.*

1 INTRODUCTION

Globalisation and its opening of the market have completely changed the business world. A market race has begun and it often leads to destruction of social values as business enterprises compete for market power and increasing profit. Often social goals are neglected at the expense of financial goals. Therefore it is essential to impose rules that regulate this situation (i.e. competition law). The goal is differentiation on

* Ana Čertanec, Ph.D., Assistant Professor, School of Economics and Business, University of Ljubljana; ana.certanec@ef.uni-lj.si. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1859-5674>.

This article was prepared on the basis of PhD thesis with the title “The protection of human rights in the functioning of business enterprises under the United Nations Guiding principles” that the author defended on 7th March 2016 under the mentorship of Prof. Branko Korže, PhD and co-mentorship of Prof. Ciril Ribičič, PhD at Faculty of Law, University of Ljubljana.

the basis of effectiveness of products and services and not on the basis of exploiting workers and other stakeholders. Internationally accepted human rights have to be respected everywhere and hence appropriate rules are necessary. The responsibility to respect human rights is under the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)¹ imposed on all business enterprises, no matter their size, sector, ownership and the state of operations, as otherwise it would not be possible to ensure all market participants a level playing field and fair competition would not be possible. The purpose of the paper is to identify three criteria by which it is possible to achieve a level playing field in business and to examine the criteria using respect for human rights as an example. Using a descriptive method and a method of analysis, the author argues that without the universal minimum standards of respect for human rights a level playing field in business cannot be possible. This will be feasible only with the adoption of a binding international instrument and imposing sanctions on the international level. Consequently, establishing of an international judicial mechanism with a power to sanction corporate human rights abuse is of vital importance.

Initially, the author theoretically defines the characteristics of a level playing field. On this basis the author identifies three criteria on which it is possible to achieve the level playing field in business – universal minimum standards, a binding international instrument and an international judicial grievance mechanism for abuses. Furthermore, the author aims to find how the level playing field in business can be enabled by the respect for human rights and studies the criteria set on the example of respect for human rights. Based on the prior receding theoretical research the author synthesizes the findings and provides several proposals as to how to meet the challenges and offers recommendations for further regulation.

2 LEVEL PLAYING FIELD IN BUSINESS

The Black's law dictionary² defines the level playing field as “a situation in which different companies, countries etc. can all compete fairly with each other because no one has special advantages”. Or as the Business dictionary³ states “»(e)conomic and legal environment in which all competitors, irrespective of their size or financial strength, follow the same rules and get equal opportunity to compete”. In other word it is a concept about fairness in a market race.

Appelman *et al.*⁴ distinguish two types of the concept of a ‘level playing field’ that originate from two types of asymmetry - asymmetries in rules and asymmetries between enterprises’ characteristics. The first type of the level playing field focuses

1 OHCHR Guiding Principles on Business and Human Rights, endorsed by the Human Rights Council in its Resolution 17/4 of 16 June 2011.

2 Bryan A. Garner, ed., *Black's law dictionary*, 8th ed. (St. Paul, MN: Thomson/West, 2004).

3 “Level playing field,” Business dictionary, accessed May 1, 2021, <http://www.businessdictionary.com/definition/level-playing-field.html>.

4 Marja Appelman *et al.*, “Equal Rules or Equal Opportunities? Demystifying Level Playing Field,” CPB Document No. 34 (October 2003), accessed May 1, 2021, <https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/equal-rules-or-equal-opportunities-demystifying-level-playing-field.pdf>.

on the rules, whereas the second type focuses on different characteristics between enterprises.⁵ It is essential for the rules-based level playing field that all types of government policy (the rules) are the same for all businesses in the market, while it is essential for the outcome-based level playing field that all businesses have the same expected profit.⁶ In this article the author focuses on the first type.

Already in the year 1646 Grotius emphasised the importance of law, equal for all mankind.⁷ A rules-based level playing field exists “if equal rules apply to all (different) firms in a market and the rules treat firms equal in equal situations (no discriminating effect)”, “market forces do the rest”.⁸ Businesses have equal conditions, but not necessarily equal effects.⁹ A rules-based level playing field generally enhances welfare and creates a fair competition, even though there are situations where asymmetric rules are desirable.¹⁰

A level playing field issue can be considered from a different perspective: the perspective of a municipal authority, a national authority, or a supranational body like the European Union.¹¹ In the international market problems exist due to different state regulations as commonly the market is larger than the jurisdiction of one state. Different policies of the various states involved can result in the asymmetry in rules and consequently unfair competition; businesses based in a state with less strict rules and environmental and labour standards have a cost (or competitive) advantage upon businesses in states with stricter rules.¹²

Appelman *et al.*¹³ believe that the impact of asymmetry in rules can be small if businesses can switch between rules by moving their home base to another country. However this is not a good option as it remains a problem for those that stay. Looking from the workers perspective they have a right to demand a level playing field and the state has a responsibility to protect the welfare of their workers. The state is assigned to protect the competition and workers with a prohibition of slave or convict labour.¹⁴

A level playing field is enabled when business enterprises can freely compete in the market. Zabel inferred a legal definition of a market from various Slovenian provisions that is: “... the exchange of goods, services, capital, intellectual achievements and other material values based on the free will of market participants.”¹⁵ The term competition is defined as an activity or a state of effort for achieving a certain goal by enabling superiority above others that want to achieve the same goal.¹⁶ The Black’s

5 Appelman *et al.*, *Demystifying Level Playing Field*, 21.

6 Appelman *et al.*, *Demystifying Level Playing Field*, 83.

7 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres* (University of Michigan Library, 1704).

8 Appelman *et al.*, *Demystifying Level Playing Field*, 83.

9 Appelman *et al.*, *Demystifying Level Playing Field*, 21.

10 Appelman *et al.*, *Demystifying Level Playing Field*, 35.

11 Appelman *et al.*, *Demystifying Level Playing Field*, 19.

12 Appelman *et al.*, *Demystifying Level Playing Field*, 21.

13 Appelman *et al.*, *Demystifying Level Playing Field*, 19.

14 Raleigh Barlowe, “On a Level Playing Field,” *Land Economics* 69, no. 2 (1993): 192.

15 Bojan Zabel, *Tržno pravo: Teorija in praksa pravnega urejanja trga* (Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1999), 65.

16 Judy Pearsall, ed., *The New Oxford Dictionary of English* (Oxford: Clarendon, 1998). Similar Zabel, *Tržno pravo*, 76.

law dictionary defines the term competition as a “struggle for a commercial advantage” or “effort or action of two or more commercial interests to obtain the same business from third parties”.¹⁷ According to Zabel the legal term competition is a “synonym for a constitutionally guaranteed free market”.¹⁸ Competition¹⁹ has to be understood as “enforcement on the market for improving the market”, where the competition does not only represent actions of market participants but also relationships between them.²⁰ The essence of competition is to ensure an advantage over other market participants by using the allowed means as no participant has his market position permanently guaranteed.²¹ Korže²² states that competition can be labelled as independent efforts of businesses to enter into a contract with users or suppliers, where every entity is dependent on individual and collective practices of others in achieving business success – therefore competition only exists if an individual competitor adapts its behaviour to other competitors.

For a long time it was presumed that the market will take care of the level playing field and that the state cannot interfere with business operations and market operation. This system was labelled as a free market economy, i.e. economy in which the majority of business activities are organized via free market where participants trade in the frame of their own quantities and prices without state interference.²³ Smith²⁴ claims that what is in the interest of business enterprises is also in the interest of society. Friedman²⁵ states that the only corporate social responsibility is to use their means to maximise profit until they stay in the frame of the rules of the game, so they are were a subject of open and free competition, without fraud. Consequently already Friedman emphasized the meaning of free competition, yet disregarded that without the level playing field competition²⁶ is not possible. The Friedman’s “rule of the game” captured antitrust and anticorruption but nowadays they should include substantially more, especially respect for human rights.

Globalisation completely changed the international market operation and also domestic markets. Economic deregulation became “a mantra of a new millennium”.²⁷ States started to compete to gain advantage of foreign direct investments and in the desire to gain foreign direct investments developed countries started to lower regulations of international trade and institutions and forced developing countries to

17 Garner, *Black's law dictionary*.

18 Zabel, *Tržno pravo*, 78.

19 Slovenian legislation does not have any legal definition for it.

20 Zabel, *Tržno pravo*, 76, 350.

21 Zabel, *Tržno pravo*.

22 Branko Korže, *Pravna ureditev trženja* (Ljubljana: Ekonomska fakulteta, 2012), 15-16.

23 John Black, *A Dictionary of Economics*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2003).

24 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (Indianapolis: Liberty Fund, 1981).

25 Milton Friedman, “The social responsibility of Business is to Increase its Profits,” *New York Times*, September 13, 1970.

26 Zabel, *Tržno pravo*, 78 argues that the term free competition is oxymoron as competition cannot exist if it is not free.

27 Beth Stephens, “The Amoral of Profit: Transnational Corporations and Human Right,” *Berkeley Journal of International Law* 20 (2002): 58.

do the same.²⁸ This led to low standards of business operations and consequently some businesses exploited this. In different countries different legal and social standards apply that disable the level playing field and thus fair competition became endangered.

According to the Mill's ethical principle "the competitive process should be governed by fairness so that a malicious intent to destroy competitors should be prohibited".²⁹ A competition policy should be set in a way that small and big businesses would have equal chances and a level playing field would be guaranteed.³⁰ "The right of businesses to be ensured a free competition on the market by the state originates from the human right to freedom and dignity and therefore cannot be exercised only as an economic freedom, independent of other rights, but in their connection and independence."³¹ The goal of competition law is to protect competitors, competition and consumers.³² The purpose of competition rules is in direct protection of competition and therefore prohibition of practices that limit or distort competition.³³ Fair competition is ensured mostly by prohibiting agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition; by prohibiting the abuse of a dominant position and by supervision of the aid granted by a state. States have national rules for competition protection and transnational communities as the EU have its common rules. The lack of common international minimum standards is the reason that the level playing field on the international level is hard to achieve. However it is not enough for ensuring the level playing field that universal minimum standards exist but that they are also honoured. This is possible only when an effective system of sanctions in the case of breaking rules exists.³⁴ Brooks³⁵ believes that legal standards without an enforcement mechanism are only an "empty theory", that does not offer appropriate protection to individuals.

As already indicated the level playing field can be seen from different point of views; in this article the author addresses it from the international view. For achieving the level playing field from the international view three criteria have to be fulfilled. Universal minimum standards have to be imposed, the binding international instrument ensuring universal minimum standards has to be adopted and the international judicial grievance mechanism on the international level for cases where minimum standards are violated has to be established.

28 Stephens, *The Amoralty of Profit*.

29 Manfred Neumann, Jurgen Weigand, eds., *The International Handbook of Competition* (Cheltenham, UK and Northampton, MA: Edward Elgar, 2004), 3.

30 Neumann, Weigand, *The International Handbook of Competition*, 14.

31 Korže, *Pravna ureditev trženja*, 21.

32 Zabel, *Tržno pravo*, 129.

33 Zabel, *Tržno pravo*, 121.

34 For an overview of corporate accountability (criminal, civil, administrative) in different legal systems see Stephens, *The Amoralty of Profit*, 64–68.

35 Catherine Brooks, *Healing the blind eye? Using the United Nations Protect, Respect, Remedy Framework to achieve accountability for corporate complicity in human rights abuse* (PhD diss., University of Adelaide, 2011), 185.

3 ENABLING A LEVEL PLAYING FIELD BY ENCOURAGING RESPECT FOR HUMAN RIGHTS

One of the necessary actions to guarantee the level playing field in business is encouraging respect for human rights.³⁶ When the international human rights regime was set up, states were designated as the sole duty-bearers, but now the subject of international human rights law is also non-state actors and among them business enterprises.³⁷ Corporate respect for human rights is about observing at least minimum standards for human existence.³⁸ Business enterprises have a direct responsibility to respect human rights throughout their operations, regardless of the national law or enforcement of such law as this constitutes a ‘necessary cost of doing business’ as Arnold³⁹ calls it. The responsibility of business entities to respect human rights applies to all internationally recognised human rights, since business enterprises can have a direct or indirect effect on virtually any human right.⁴⁰ In developed countries the majority of these rights are already enshrined in law (i.e. employment legislation, social protection legislation, criminal legislation, etc.), while in developing countries they have not yet been adequately enacted. The ambition is that business enterprises in every UN member state should be uniformly accountable for human rights abuses, regardless of the national legislation.

Numerous attempts have been made to secure the adoption of an international binding instrument that would impose a duty on business enterprises to protect human rights (e.g. the UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights⁴¹) but so far every attempt to impose obligations has failed and only voluntary instruments such as the OECD Guidelines for Multinational Enterprises,⁴² International Standard ISO 26000⁴³ and UNGPs have been successful. In 2011 adopted UNGPs are until now the most authoritative framework for the protection of human rights in the business context. According to these, the state has a duty to protect human rights from abuse by third

36 Throughout this article, ‘human rights’ is used in the sense of human rights and fundamental freedoms.

37 Economic and Social Council, ‘Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises’, E/CN.4/2006/97 (February 22, 2006), para 9.

38 Sally Wheeler, “Global production, CSR and human rights: the courts of public opinion and the social licence to operate,” *The International Journal of Human Rights* 19 (2015): 764.

39 Denis G. Arnold, “Transnational Corporations and the Duty to Respect Basic Human Rights,” *Business Ethics Quarterly* 20 (2010): 384.

40 United Nations: Office of the High Commissioner for Human Rights, *The Corporate Responsibility To Respect Human Rights: An Interpretive Guide*, HR/PUB/12/02 (June 2012), 10.

41 E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (August 26, 2003).

42 *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD (May 25, 2011), accessed May 15, 2021, www.oecd.org/daf/inv/mne/oecdguidelinesformultinationalenterprises.htm.

43 *ISO 26000 – Guidance on social responsibility*, International Organization For Standardization (November 1, 2010), accessed May 15, 2021, <https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html> 2010.

parties, and business enterprises have a responsibility to respect human rights, which includes avoiding infringing the human rights of others and addressing adverse human rights impacts.

In the following chapters the previously mentioned criteria for enabling the level playing field is examined on the example of respect for human rights.

3.1 Universal Minimal Standards of Respect for Corporate Human Rights

The market can operate optimally only if it is engaged in broader social and legal norms, rules and institutional practices.⁴⁴ The market needs this for its survival and success, while the society needs this to handle the negative effects of market dynamics and to create public goods that the market lacks.⁴⁵ The market represents the biggest threat to itself and the society when it neglects social goals and starts caring only for economic goals.⁴⁶ For this reason it is necessary to ensure minimal standards of social goals, among others the human rights protection. It is essential that universal minimal standards of respect for human rights are ensured to all businesses, because only then the level playing field is possible. If human rights are not respected, the moral principle of fair play is violated.⁴⁷

Globalization is the reason for many problems in this area. Before the globalization all businesses competed against businesses from the same state, therefore the same rules applied to everyone. Due to the globalization businesses started operating everywhere and became subject to legal rules of different states that differentiate one from another resulting in a non-level playing field. The need for universal minimal standards for achieving the level playing field was created. Only with accepting the universal minimal standards of respect for human rights in business the market will start to operate effectively and a level playing field will be enabled.

Universal minimum standards of respect for human rights help ensure that businesses are not competing for investments with lowering or in maintaining low standards or permitting (or even cooperating) harmful business conduct.⁴⁸ Universal minimum standards prevent relocation of business operations from the countries with high standards to the countries with low standards for the purpose of avoiding higher standards.⁴⁹ It is necessary to ensure universal minimum standards of operations globally as this will limit the run of businesses into developing countries where currently human rights are not respected. In Held's⁵⁰ opinion the resistance of businesses to

44 John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations And Human Rights* (New York and London: Norton, 2013), 201.

45 Ruggie, *Just Business*, 201.

46 It was historically shown that unbalances between the market scope and the ability of society to protect and promote key social values are not sustainable. More about this see Economic and Social Council (Interim Report, *item 18*).

47 Arnold, *Transnational Corporations*, 389.

48 Jernej Letnar Černič, "Corporate Human Rights Obligations: Towards Binding International Legal Obligations?" *Dignitas* 49-50 (2011): 69.

49 Similar Stephens, *The Amorality of Profit*, 59.

50 David Held, "Globalization, Corporate Practice and Cosmopolitan Social Standards,"

follow human rights standards is conditioned mostly by the fact that they change the rules of the game only in one country and put businesses from this state in the worst competing condition compared to businesses from the countries that are not subject to these standards. By imposing universal minimum standards the level playing field is enabled and competitive advantages of businesses that declined to respect human rights limited.⁵¹ The business world needs universal minimum standards applying to all to disable unjustified competitive advantage.⁵²

It is crucial for the levelling playing field that businesses recognize that they have a responsibility to respect human rights.⁵³ Responsible businesses should welcome universal minimum standards of respect for human rights, as they already respect human rights while their competitors do not. As Nicholas Howen, ex Secretary-General of the International Commission of Jurists, said: "Those genuinely committed to respecting rights should have nothing to fear from international standards. But when rules are voluntary, the best companies lose out to competitors who make no investment in compliance with human rights. When clear minimum standards exist, those that do more than the minimum can rightly claim to be even more socially responsible."⁵⁴

A good starting point is a quick and broad adoption of key recommendation of the UNGPs regarding corporate human rights responsibilities. The UNGPs have set a universal minimum standard which can contribute to enabling a level playing field instead of fragmented standards of operation by which clear expectations will be set regarding business operations and consequently contribute to predictability.⁵⁵ The challenges that the states face regarding the UNGPs' implementation (i.e. fear of deterring foreign investment) can be beaten if the same minimum standards for all would apply as consequently the playing field would remain levelled across the world.⁵⁶ One of the organizations that encourages universal minimum standards is the European Commission that dissuades business enterprises from developing their own code of conduct and advises them to accede to the existing international standards formed by UN, International Labour Organization (ILO) and Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).⁵⁷

While universal minimum standards are recommended and wanted it is not

Contemporary Political Theory 1 (2002): 71.

- 51 Letnar Černič, *Corporate Human Rights Obligations*, 69. Similar Changrok Soh, "Extending Corporate Liability to Human Rights Violations in Asia," *Journal Of International And Area Studies* 20 (2013): 25; Nina Seppala, "Business and the International Human Rights Regime: A Comparison of UN Initiatives," *Journal of Business Ethics* 87 (2009): 411.
- 52 Marko Jaklič, *Poslovno okolje podjetja* (Ljubljana: Ekonomska fakulteta, 2005), 278.
- 53 Brooks, *Healing the blind eye?*, 124.
- 54 Nicholas Howen, *Business, human rights and accountability – Speech by Nicholas Howen* (September 2005), accessed March 1, 2020, http://www.ihrb.org/pdf/Business_Human_Rights_and_Accountability.pdf.
- 55 Ruggie, *Just Business*, 126.
- 56 European Parliament: Directorate-General for External Policies, "Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights" (European Union, 2017) 58.
- 57 Aurora Voiculescu, "Challenges and innovation in the legal discourse: Achieving corporate responsibility for human rights," *Society and Business Review* 6 (2011): 282.

permissible to comprehensively regulate the protection of human rights because of the need to harmonise the protection with cultural, historical, social, economic and other conditions as there is a possibility to limit and reduce the level of human rights protection. Therefore modern instruments on human rights protection adopted on the national or international level include provisions that prevent interpretation of any provision in a way that would limit or reduce the already achieved level of human rights protection.⁵⁸ A complete unification of legal standards in the area of human rights protection would lead to a harmful reduction of the achieved level of protection in the countries that adopted higher standards than minimum.⁵⁹ Contrary, the requirement to harmonise the minimum level of human rights protection is not problematic and also not a rise above the minimum standards while maintaining specifics of each state.⁶⁰

3.2 Binding International Instrument for the Respect of Corporate Human Rights

As previously mentioned one of the conditions for a level playing field is that all businesses equally meet the minimum standards on human rights. In Rabet's⁶¹ opinion it is utopian to expect that businesses will voluntarily observe the minimum standards on human rights as they would lower their competitiveness and profitability by for example imposing the right to fair enumeration. Since the market does not guarantee it, binding international rules are necessary to harmonise regulations on human rights and business. De La Vega, Mehra and Wong⁶² claim that creation and implementation of a binding international instrument would create a level playing field in different cultures and circumstances and accordingly universal minimum standards will be imposed on all business enterprises.

The legal systems covering human rights are distinctly different in regions and countries. In comparison to other parts of the world Europe has substantially higher legal standards on human rights and therefore European businesses are, in short-term, often put in a competitively worse situation compared to the competitors from other continents that follow only economic goals. Various states believe that improving social and environmental standards imposes costs on businesses and economy and with that undermines their development and the development of employment strategies in their country.⁶³ Businesses from developing countries often see regulation as a form of protectionism of developed countries that reduces their competitiveness in the

58 Ciril Ribičič, *Evropsko pravo človekovih pravic: izbrana poglavja* (Ljubljana: Pravna fakulteta, 2007), 229.

59 Ribičič, *Evropsko pravo človekovih pravic*, 228.

60 Ribičič, *Evropsko pravo človekovih pravic*, 228.

61 Delphine Rabet, "Human Rights and Globalization: The Myth of Corporate Social Responsibility?", *Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences* 1 (2009): 469.

62 Connie De La Vega, Amol Mehra, Alexandra Wong, *Holding Businesses Accountable for Human Rights Violations – Recent Developments and Next Steps* (Friedrich Ebert Stiftung, July 2011), 11.

63 Scott Jerbi, "Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?", *Human Rights Quarterly* 31 (2009): 320.

international market.⁶⁴ This sort of thinking directly prevented formulating binding international minimum standards of respect for corporate human rights.

No binding international instrument on corporate human rights respect has yet been adopted as the countries have very different interpretations of human rights standards.⁶⁵ Due to the UNGPs voluntary universal minimum standards as the basis for global action were accepted. The requirements from the UNGPs became the minimum standard that can apply to all enterprises. On its basis it is possible to establish a coherent regulation that can clearly define tasks of a state and business enterprises under its jurisdiction. The benefits of harmonizing legal systems on human rights will be considerable in the long-term. The problems of business enterprises in finding out under which national law they are responsible to act will be remedied, what is especially important for multinationals and other subjects that carry out activities in a host state.⁶⁶ Minimum standards will be unified in all states and consequently businesses will not be in the dilemma how to act. With adopting the universal international minimum standard also the resistance of countries to impose standards of human rights protection that was avoided because of the fear of reducing their competitiveness or fear before retaliations of states that otherwise would not be capable or prepared to adopt human rights protection would be overcome.⁶⁷

Some businesses have already found that binding international standards on human rights that apply to all businesses are more in their interest than the voluntary ones that apply only to some businesses. Kinley and Chambers⁶⁸ emphasize that voluntary standards are only used to punish businesses that make an effort, accept and implement voluntary standards as they do not operate in the same conditions as their competitors and create a non-level playing field. Under such conditions the binding international standards on human rights have clear advantages over the voluntary standards from a corporate perspective because they create predictability and a degree of fairness.⁶⁹

An increasing number of states is also becoming aware of the importance of binding international standards on human rights. Already in 2013 Great Britain stated in their action plan for the implementation of the UNGPs that it was essential for the success of Britain's businesses to work on guaranteeing a level playing field, regardless of the state of operation.⁷⁰ With clear demands on mandatory human

64 Seppala, *Business and the International Human Rights Regime*, 414.

65 Seppala, *Business and the International Human Rights Regime*, 406.

66 See Stephens, *The Amoralty of Profit*, 54.

67 Seppala, *Business and the International Human Rights Regime*, 411.

68 David Kinley, Rachel Chambers, "The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law," *Human Rights Law Review* 6 (2006): 447.

69 Wesley Cragg, "Ethics, Enlightened Self-Interest, and the Corporate Responsibility to Respect Human Rights: A Critical Look at the Justificatory Foundations of the UN Framework," *Business Ethics Quarterly* 22 (2012): 30.

70 HM Government, *Good Business - Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (September 2013), accessed May 15, 2021, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236901/BHR_Action_Plan_-_final_online_version_1_.pdf.

rights due diligence states could facilitate a level playing field.⁷¹ The implementation of requirements from the UNGPs in the national legislation and consequently the development of a harmonized legal system on human rights is a reality as legislation in many countries is following the requirements contained in the UNGPs.

In the desire to regulate business activities the UN is developing a legally binding instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to human rights. It started in June 2014 when the UN Human Rights Council's open-ended intergovernmental working group with the mandate to elaborate an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights was established.⁷² After a few years of hard work in July 2018, the UN Human Rights Council's open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (OEIGWG) released the Zero Draft⁷³ of the legally binding instrument and in July 2019, August 2020 and August 2021 the Revised Drafts were published. The draft of the legally binding instrument follows the language of the UNGPs and applies to all business activities and to all human rights. The procedure of accepting this instrument will not happen overnight and patience will be necessary. Nevertheless, it is a good sign that states are showing their readiness to adopt such a legal instrument and businesses are supporting them.

3.3 Ensuring a level playing field by establishing an international judicial grievance mechanism

Even if businesses are operating optimally human rights abuses can occur consequently and an effective grievance mechanism plays an important role in fulfilling the state's duty to ensure human rights protection and corporate responsibility to respect human rights.⁷⁴ With the help of grievance mechanisms an effective human rights protection is ensured which is otherwise weakened. Therefore the task of the state and business enterprises from the UNGPs is also ensuring access to effective remedies to victims of business-related human rights abuse through judicial and non-judicial grievance mechanisms. Unfortunately, international judicial grievance mechanisms are not planned under the UNGPs, even though national judicial mechanisms for business-related human rights abuse are often ineffective. The

71 *Amnesty International, Comments on the United Nations Special Representative of the Secretary General on Transnational Corporations and other Business Enterprises: Draft Guiding Principles and on post-mandate arrangements* (IOR 50/002/2010, December 2010), accessed May 1, 2021, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IO50/001/2010/en/71401e1e-7e9c-44a4-88a7-de3618b2983b/ior500012010en.pdf>.

72 A/HRC/26/L.22/Rev.1.

73 OEIGWG, *Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises* (16 July 2018), accessed May 1, 2021, <https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>.

74 *ISO 26000 – Guidance on social responsibility*, International Organization For Standardization, chapter 6.3.6.1.

International Commission of Jurists⁷⁵ believes that the promise of universal human rights protection will be hard to fulfil until victims of human rights abuse have access to an effective remedy on the international level because on the national level there are too many cases where the state is not capable or willing to ensure a remedy or these remedies are ineffective. Kamatali claims that unavailability of national legal means in some countries and incapacity of economically weaker states to create an independent and unbiased judicial system that examines cases against business enterprises causes that some states cannot appropriately fulfil their duty to protect human rights against business-related abuses.⁷⁶ This mechanism is primarily meant for human rights abuse victims and through it also a level playing field can be established as businesses are punished for not complying with the rules. The author argues that the constitution of an international judicial grievance mechanism is not only useful but urgent for improving human rights protection and with that the level playing field.

The idea of constituting an international judicial grievance mechanism for human rights is not new as it originates in the year 1947, when Australia tabled a motion to constitute a world court of human rights.⁷⁷ With the rejection of the motion the idea ceased but never died.⁷⁸ On the initiative of the Swiss government Kozma, Nowak and Scheinin compiled a draft Statute of the World Court of Human Rights in 2011. The Court would have jurisdiction for deciding in case of any human rights abuses, written in one of the 21 UN treaties regarding human rights (Art 5 of the WCHR Consolidated Draft Statute).⁷⁹ Even though the constitution of the World Court is seen by many as a radical and utopian idea (e.g. Alston,⁸⁰ Trechsel⁸¹), the draft Statute received support from the Association of Human Rights Institutes, experts (e.g. Kirkpatrick,⁸² Ulfstein⁸³) and some states (e.g. Norway), but within the UN the draft is still rejected.⁸⁴

75 *International Commission of Jurists, Towards a World Court of Human Rights: Questions and Answers*, Supporting Paper to the 2011 Report of the Panel on Human Dignity (December 2011), accessed May 1, 2021, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/07/World-court-final-23.12-pdf1.pdf>.

76 Jean-Marie Kamatali, "The new guiding principles on business and human rights' contribution in ending the divisive debate over human rights responsibilities of companies: is it time for an ICJ advisory opinion?", *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 20 (2012): 448.

77 More about historic development of the idea see International Commission of Jurists, *Towards a World Court*, 3-4.

78 See International Commission of Jurists, *Towards a World Court*, 4-5.

79 Panel on Human Dignity, *Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*, 2011 Report (2011) 47-48.

80 Philip Alston, *Against a World Court for Human Rights, Ethics & International Affairs* 28 (2014): 197.

81 Stefan Trechsel, "A World Court for Human Rights?", *Northwestern Journal of International Human Rights* 1 (2004): 19.

82 Jesse Kirkpatrick, "A Modest Proposal: A Global Court of Human Rights", *Journal of Human Rights* 13 (2014): 230.

83 Geir Ulfstein, "Do We Need a World Court of Human Rights?", in: *Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be*, eds. Ola Engdahl, Pål Wrangé (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008), 261-262.

84 Manfred Nowak, "The Right of Victims of Human Rights Violations to a Remedy: The Need

Under the draft Statute the World Court would have jurisdiction also for accepting appeals from appellants who would claim they are victims of human rights abuses by third parties, including international organizations and business enterprises (Art 7 of the WCHR Consolidated Draft Statute).⁸⁵ It is proposed that the court should assess the responsibility of non-state actors for human rights abuses if they explicitly accepted the court jurisdiction in connection to all or certain UN treaties in accordance with the proposed Art 51 of the Statute. The fact that businesses must accede to the Statute contradicts the author's finding that businesses are direct bearers of responsibility to respect human rights. The development will have to lead to a binding jurisdiction, not only to a voluntary one. Moreover, contrary to the author's finding that businesses have to respect all internationally accepted human rights is the proposed solution that under the Statute businesses can exclude the jurisdiction of a certain UN treaty. It is also evident from the draft Statute that the tasks of businesses are not formed in alignment with the UNGPs as they do not differentiate between the state duty to protect human rights and corporate responsibility to respect human rights. In spite of the mentioned weaknesses of the draft Statute regarding corporate responsibility it still represents a massive step forward.

Quite a few legal experts considered also an idea to constitute a special international judicial mechanism just to consider business-related human rights abuses. Already Ruggie wondered during his mandate as the Secretary General if there was a need for an international court of human rights in case of business-related abuses.⁸⁶ Ruggie who declined the idea of constituting an international judicial grievance mechanism shares the view that for the effective judicial protection it is necessary to enhance a national judicial and non-judicial grievance mechanism that should be more effective and accessible to the victims.⁸⁷ The author does not share his view as she believes that an international judicial grievance mechanism for businesses would be useful for the development of human rights protection. The international mechanism for human rights protection would be used only if the internal mechanisms were exhausted and if the national grievance mechanism failed. The victim would have to primarily use the national grievance mechanism, but only in case the mechanism failed, it would have a possibility to recourse to the international mechanism. This solution turned out as extremely effective for human rights protection under the regional ECHR which is enforced by the ECHR. The danger of implementing the grievance mechanism only on a national level is especially evident in the countries with a lower level of respect for human rights. A similar view is shared by Letnar Čerňič who argues that an appropriate international mechanism should be established for ensuring effective international protection or authorise the existing international tribunals for assessing business-related human rights abuses.⁸⁸ De La Vega, Mehra

for a World Court of Human Rights", *Nordic Journal of Human Rights* 32 (2014): 3; Manfred Nowak, "World Court of Human Rights: Utopia?", *Global View* (2012): 6.

85 Panel on Human Dignity, *Protecting Dignity*, 48.

86 Ruggie, *Just Business*, 56.

87 Human Rights Council, "Business and human rights: Towards operationalizing the "protect, respect and remedy" framework," A/HRC/11/13 (22 April 2006), item 87-98.

88 Jernej Letnar Čerňič, "Mednarodnopravna odgovornost multinacionalnih družb za kršenje

and Wong emphasize the need for an international judicial mechanism that would offer an effective help to the victims of business-related human rights abuses and ensure a civil and criminal corporate accountability as they believe that a non-state mechanism provided by businesses and sectoral associations cannot and should not be a replacement for an independent international judicial mechanism.⁸⁹ The creation of the international court that would address business-related human rights abuses is supported also by Monshipouri, Welch Jr. and Kennedy.⁹⁰ Stephens shares the view that a unified international judicial mechanism would prevent businesses to avoid consequences of their actions by avoiding countries with a more effective grievance mechanism.⁹¹ Creating a supranational judicial grievance mechanism would have an important effect on an efficient procedure leading in case of a human rights abuse at a national court and this would have not only repressive but also important preventive effects in term of general prevention of business and human rights as only moral and economic sanctions are not enough.

In spite of the arguments relating to the need to create an international judicial grievance mechanism for human rights protection in business-related human rights abuses it is not possible to expect the creation of such a mechanism anytime soon. The first step in this way should be made by constituting the World court of human rights where individuals could address appeals regarding human right abuses by state and non-state actors, including business enterprises.⁹² The current system of sanctioning abuses under the UN international treaties on human rights is ineffective for victims (and competitors).

Other alternatives are also possible for sanctioning human rights abuses. Rees⁹³ defends the role of a global ombudsman who could help levelling a playing field⁹⁴ between businesses that voluntarily respect human rights and those who do not as he could consider any appeal regarding human rights against any business entity in the world. Rees⁹⁵ also supports the idea that the International Arbitration Court at ICC and Permanent Court of Arbitration should expand their jurisdiction by including mediation or arbitration into disputes between businesses and groups of civil society regarding corporate respect for human rights. Wilde⁹⁶ takes a position that

temeljnih človekovih pravic," *Pamfil* (2003): 27.

89 De La Vega, Mehra and Wong, *Holding Businesses Accountable for Human Rights Violations*, 9-10.

90 See Mahmood Monshipouri et al., "Multinational Corporations and the Ethics of Global Responsibility: Problems and Possibilities," *Human Rights Quarterly* 25 (2003): 984-985.

91 Stephens, *The Amoralty of Profit*, 82.

92 The extending of court jurisdiction on businesses also should be proposed to European Court of Human Rights.

93 Caroline Rees, *Grievance Mechanisms for Business and Human Rights: Strengths, Weaknesses and Gaps*, Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 40, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge (MA) (2008), 40-41.

94 Similar on the role of ombudsman Seppala, *Business and the International Human Rights Regime*, 414.

95 Rees, *Grievance Mechanisms for Business and Human Rights*, 41.

96 More Ralph Wilde, "Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice's Jurisprudence on the Extraterritorial Application of International

the jurisdiction of the International court of Justice is extended to the assessment of human rights abuses.⁹⁷ High Commissioner for human rights defends the idea on constituting a single contracting authority for human rights protection⁹⁸ that all UN contracting authorities for human rights protection could operate as a single authority instead of being divided. De Jonge suggests interconnection of regional authorities for human rights into an international net under the leadership of the UN Council for Human Rights in order to increase effectivity of the international system of human rights.⁹⁹ Ideas on expanding the jurisdiction of the International criminal court on corporate responsibility for most severe form of human rights abuses also appeared. According to the author's opinion these are possible alternatives that can contribute to improving the human rights protection but none could be as effective as establishing the World Court of human rights as experience showed that nonjudicial mechanism do not offer any sufficient human rights protection. The author also believes that only by establishing an international judicial mechanism it would be possible to guarantee corporate respect for human rights as nowadays it is difficult to prevent abuses without a threat of a sanction. Kirkpatrick emphasizes that establishing the World Court of human rights would help ensure the level of unity and consistency across regions and countries.¹⁰⁰ The author agrees with him as regional courts are not powerful enough to ensure the protection of human rights written in fundamental treaties and therefore a material scale of jurisdiction forming non-balance variates through regions regarding the rights that have judicial protection.¹⁰¹ Also the ECHR that is seen as an example of human rights protection, regulates only civil and political rights, while neglecting economic, social and cultural rights that are considered crucial to ensure a level playing field in the international market between businesses. As Kirkpatrick¹⁰² argues, only a unified international judicial mechanism would lead to the goal of universality of human rights and an equal access to remedy could become a reality. This is the only way a level playing field would be possible.

4 CONCLUSION

A level playing field is necessary for a fair competition between market participants. The level playing field between businesses is possible only if the conditions under which businesses operate are the same. In the conditions of globalisation this is a great challenge as states have different legislations. To achieve universal minimum standards of business operations there is always a great tendency for harmonisation

Human Rights Law Treaties," *Chinese Journal of International Law* 12 (2013): 639.

97 Author believes that extension of jurisdiction of ICJ to sanction human rights abuses is not appropriate option as the access to court is possible only to states and not to individuals.

98 UN General Assembly, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all: Report of the Secretary-General*. A/59/2005/Add.3 (26 May 2005), item 147.

99 Alice De Jonge, "Transnational corporations and international law: bringing TNCs out of the accountability vacuum," *Critical perspectives on international business* 7 (2011): 82.

100 Kirkpatrick, *A Modest Proposal*, 243-244.

101 Kirkpatrick, *A Modest Proposal*, 243.

102 Kirkpatrick, *A Modest Proposal*, 243.

of legal regulation¹⁰³ in the areas where this is possible. This also applies to the area of human rights protection, which is one of the most important fields of establishing a level playing field in business.

Business enterprises have to respect human rights, yet many enterprises avoid it. In the article the author analyses three criteria for achieving corporate human rights respect - universal minimum standards, a binding international instrument to ensure minimum standards and international judicial grievance mechanism for violations.

The analysis of the theoretical literature showed that all businesses will operate under non-equal conditions until they respect human rights and businesses that do not respect human rights increase profit in short-term at the expense of other market participants and workers. For establishing a level playing field it is primarily necessary to adopt minimum human rights standards. This was done by adopting the UNGPs that are an instrument of legally non-binding nature that provides universal recommendations in the area of human rights and business. It depends on the implementation of requirements of the UNGPs into national legal systems if the respect for human rights will be ensured to all businesses. The second step is adopting a binding international instrument that would harmonise regulation of human rights and business and impose minimum standards on all UN countries. Such an instrument was not yet adopted but the UN is developing a legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. The third step is establishing an international judicial grievance mechanism that ensures appropriate sanctioning of violators. One of the possibilities is the creation of the World Court that would have jurisdiction also for human rights abuses by business enterprises.

The author has confirmed in the article that a level playing field between business enterprises cannot be enabled without these criteria of respect for human rights. Universal minimum standards have to be accepted, an international binding instrument on them adopted and an international judicial grievance mechanism established. At present, only the first stage is completed. There are universal minimum standards in the form of UNGPs. As they are voluntary, the adoption of the international binding instrument is needed and it is in progress. The greatest challenge will be the establishment of an international judicial grievance mechanism. In spite of various ideas and proposals it is unlikely that this will happen anytime soon. The development depends on the society if a social goal is taken into consideration or is neglected. As long as the last step remains unfulfilled, the non-level playing field will exist.

It is also important to bear in mind that solely harmonisation of legal systems in the area of human rights does not ensure any further development of human rights and therefore it is essential to demand more from business enterprises than only complying with the rules. Actions that exceed the minimal standards are a competitive advantage that does not affect the level playing field. The international community has to continue developing measures for human rights and business to ensure promotion and protection of human rights.¹⁰⁴ Obviously, national legislation is crucial. Only by

¹⁰³ For example EU adopts directives with which it harmonises regulation of member states.

¹⁰⁴ De La Vega, Mehra and Wong, *Holding Businesses Accountable for Human Rights Violations*, 13.

introducing sanctions and an effective system of sanctioning of business enterprises in the case of human rights abuses in their internal relationships and relationships with their business partners it will be possible to achieve human rights protection.

BIBLIOGRAPHY

1. Alston, Philip. "Against a World Court for Human Rights". *Ethics & International Affairs* 28 (2014): 197-212.
2. Amnesty International. "Comments on the United Nations Special Representative of the Secretary General on Transnational Corporations and other Business Enterprises ' Draft Guiding Principles and on post-mandate arrangements". IOR 50/002/2010, December 2010. Accessed May 15, 2019. <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IO50/001/2010/en/71401e1e-7e9c-44a4-88a7-de3618b2983b/ior500012010en.pdf>.
3. Appelman, Marja *et al.* "Equal Rules or Equal Opportunities? Demystifying Level Playing Field." CPB Document No. 34 (October 2003). Accessed May 1, 2021. <https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/equal-rules-or-equal-opportunities-demystifying-level-playing-field.pdf>.
4. Arnold, Denis G. "Transnational Corporations and the Duty to Respect Basic Human Rights". *Business Ethics Quarterly* 20, (2010): 371-399.
5. Barlowe, Raleigh. "On a Level Playing Field". *Land Economics* 69, no. 2 (1993): 189-193.
6. Black, John. *A Dictionary of Economics*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
7. Brooks, Catherine. "Healing the blind eye? Using the United Nations Protect, Respect, Remedy Framework to achieve accountability for corporate complicity in human rights abuse". PhD diss., University of Adelaide, 2011.
8. Business dictionary. "Level playing field." Accessed May 1, 2021. <http://www.businessdictionary.com/definition/level-playing-field.html>.
9. Cragg, Wesley. "Ethics, Enlightened Self-Interest, and the Corporate Responsibility to Respect Human Rights: A Critical Look at the Justificatory Foundations of the UN Framework". *Business Ethics Quarterly* 22, (2012): 9-36.
10. De Jonge, Alice. "Transnational corporations and international law: bringing TNCs out of the accountability vacuum". *Critical perspectives on international business* 7, (2011): 66-89.
11. De La Vega, Connie, Amol Mehra and Alexandra Wong. *Holding Businesses Accountable for Human Rights Violations – Recent Developments and Next Steps*. Friedrich Ebert Stiftung, July 2011.
12. Economic and Social Council. *Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. E/CN.4/2006/97 (February 22, 2006)
13. *European Parliament: Directorate-General for External Policies. Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. European Union, 2017.
14. Friedman, Milton. "The social responsibility of Business is to Increase its Profits." *New York Times*, September 13, 1970.
15. Garner, Bryan A., ed. *Black's law dictionary*. 8th ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004.
16. Grotius, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres*. University of Michigan Library, 1704.
17. Held, David. "Globalization, Corporate Practice and Cosmopolitan Social Standards". *Contemporary Political Theory* 1, (2002): 59-78.

18. HM Government. "Good Business - Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights". September 2013. Accessed May 15, 2021. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236901/BHR_Action_Plan_-_final_online_version_1_.pdf
19. Howen, Nicholas. "Business, human rights and accountability – Speech by Nicholas Howen". September 2005. Accessed March 1, 2020, http://www.ihrb.org/pdf/Business_Human_Rights_and_Accountability.pdf
20. Human Rights Council. "Business and human rights: Towards operationalizing the "protect, respect and remedy" framework". A/HRC/11/13 (22 April 2006)
21. International Commission of Jurists. *Towards a World Court of Human Rights: Questions and Answers*. Supporting Paper to the 2011 Report of the Panel on Human Dignity (December 2011). Accessed May 1, 2021. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/07/World-court-final-23.12-pdf1.pdf>
22. International Organization for Standardization. *ISO 26000 – Guidance on social responsibility*. November 1, 2010. Accessed May 15, 2021. <https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html> 2010.
23. Jaklič, Marko. *Poslovno okolje podjetja*. Ljubljana: Ekonomska fakulteta, 2005.
24. Kamatali, Jean-Marie. "The new guiding principles on business and human rights' contribution in ending the divisive debate over human rights responsibilities of companies: is it time for an ICJ advisory opinion?". *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 20, (2012): 437-464.
25. Kinley, David and Rachel Chambers. "The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law". *Human Rights Law Review* 6, (2006): 447-497.
26. Kirkpatrick, Jesse. "A Modest Proposal: A Global Court of Human Rights". *Journal of Human Rights* 13, (2014): 230-248.
27. Korže, Branko. *Pravna ureditev trženja*. Ljubljana: Ekonomska fakulteta, 2012.
28. Letnar Černič, Jernej. "Corporate Human Rights Obligations: Towards Binding International Legal Obligations?", *Dignitas* 49-50, (2011): 55-104.
29. Letnar Černič, Jernej. "Mednarodnopravna odgovornost multinacionalnih družb za kršenje temeljnih človekovih pravic". *Pamfil* (2003): 25-28.
30. Monshipouri, Mahmood et al. "Multinational Corporations and the Ethics of Global Responsibility: Problems and Possibilities". *Human Rights Quarterly* 25, (2003): 965-989.
31. Neumann, Manfred, and Jurgen Weigand (eds.). *The International Handbook of Competition*. Cheltenham, UK and Northampton, MA: Edward Elgar, 2004.
32. Nowak, Manfred. "The Right of Victims of Human Rights Violations to a Remedy: The Need for a World Court of Human Rights". *Nordic Journal of Human Rights* 32, (2014): 3-17.
33. Nowak, Manfred. "World Court of Human Rights: Utopia?", *Global View* (2012).
34. OEIGWG. *Legally Binding Instrument to Regulate, In International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. 16 July 2018. Accessed May 1, 2021. <https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>
35. Panel on Human Dignity. "Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights". 2011 Report, 2011.
36. Pearsall, Judy, ed. *The New Oxford Dictionary of English*. Oxford: Clarendon, 1998.
37. Rabet, Delphine. "Human Rights and Globalization: The Myth of Corporate Social Responsibility?". *Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences* 1, (2009): 463-475.

38. Rees, Caroline. "Grievance Mechanisms for Business and Human Rights: Strengths, Weaknesses and Gaps". Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper no. 40, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge (MA), 2008.
39. Ribičič, Ciril. *Evropsko pravo človekovih pravic: izbrana poglavja*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2007.
40. Ruggie, John Gerard. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. New York and London: Norton, 2013.
41. Seppala, Nina. "Business and the International Human Rights Regime: A Comparison of UN Initiatives". *Journal of Business Ethics* 87, (2009): 401-417.
42. Smith, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Indianapolis: Liberty Fund, 1981.
43. Soh, Changrok. "Extending Corporate Liability to Human Rights Violations in Asia". *Journal of International and Area Studies* 20, (2013): 23-38.
44. Stephens, Beth. "The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Right". *Berkeley Journal of International Law*. 20, (2002): 45-90.
45. Trechsel, Stefan. "A World Court for Human Rights?", *Northwestern Journal of International Human Rights* 1, (2004): 1-19.
46. Ulfstein, Geir. "Do We Need a World Court of Human Rights?". In: *Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be*, ed. by Ola Engdahl, Pål Wrangé. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.
47. UN General Assembly. "In larger freedom: towards development, security and human rights for all: Report of the Secretary-General." A/59/2005/Add.3 (26 May 2005)
48. United Nations: Office of the High Commissioner for Human Rights. *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide*. HR/PUB/12/02 (June 2012)
49. Voiculescu, Aurora. "Challenges and innovation in the legal discourse: Achieving corporate responsibility for human rights". *Society and Business Review* 6, (2011): 278-291.
50. Wheeler, Sally. "Global production, CSR and human rights: the courts of public opinion and the social licence to operate". *The International Journal of Human Rights* 19, (2015): 757-778.
51. Wilde, Ralph. "Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice's Jurisprudence on the Extraterritorial Application of International Human Rights Law Treaties". *Chinese Journal of International Law* 12, (2013): 639-677.
52. Zabel, Bojan. *Tržno pravo: Teorija in praksa pravnega urejanja trga*. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1999.

Ana Čertanec*

Sažetak

OMOGUĆAVANJE JEDNAKIH UVJETA U POSLOVANJU UZ POŠTOVANJE LJUDSKIH PRAVA

Jednaki su uvjeti omogućeni kada se svi poslovni subjekti mogu slobodno natjecati na tržištu. Međutim, sloboda tržišnog natjecanja ugrožena je, ako se na različite poslovne subjekte primjenjuju različiti propisi. Stoga bi međunarodno prihvaćena ljudska prava trebali poštovati svi poslovni subjekti bez obzira na njihovu veličinu, vrstu gospodarske djelatnosti, vlasništvo i državu djelovanja. Svrha je ovog rada identificirati tri kriterija prema kojima je se mogu postići jednaki uvjeti poslovanja te ih ispitati iz vizure poštovanja ljudskih prava. Koristeći deskriptivnu metodu i metodu analize autorica tvrdi da bez općih minimalnih standarda poštovanja ljudskih prava jednaki uvjeti u poslovanju nisu mogući. Također konstatira kako bi to bilo izvedivo samo uz usvajanje obvezujućega međunarodnog instrumenta i mogućnosti nametanja sankcija na međunarodnoj razini, te je posljedično uspostava međunarodnoga pravosudnog mehanizma s ovlastima za sankcioniranje korporativnih kršenja ljudskih prava od vitalne važnosti.

Ključne riječi: jednaki uvjeti; korporativna odgovornost za poštovanje ljudskih prava; UNGP; obvezujući međunarodni instrument; međunarodni pravosudni žalbeni mehanizam.

* Dr. sc. Ana Čertanec, docentica, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Ljubljani; ana.certanec@ef.uni-lj.si. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1859-5674>.

KRITERIJI ZA RAZGRANIČENJE RADNOG VREMENA OD VREMENA ODMORA U PRAKSI SUDA EU-A

Doc. dr. sc. Kristian Turkalj*
Adela Turkalj, dipl. iur.**

UDK 341.645(4)EU:349.2
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.5>
Ur.: 3. listopada 2021.
Pr.: 26. travnja 2022.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Ulaskom Hrvatske u EU, europski standardi zaštite zdravlja i sigurnosti radnika trebali su se primijeniti i na hrvatske radnike. Hrvatska je uskladila svoje zakonodavstvo prije ulaska, ali se europsko radno pravo nastavilo razvijati posebice u judikaturi Suda EU-a. Pitanja organizacije radnog vremena spadaju u ključna područja zaštite sigurnosti i zdravlja radnika. Sud EU-a razvio je jasne kriterije kojima je moguće na ujednačen način na području EU-a razgraničiti pojmove radnog vremena i vremena odmora. U tekstu se definiraju pojmovi europskoga radnog prava te izvora koji uređuju ovu materiju. Analiziraju se i relevantne presude Suda EU-a kao i njihove implikacije na hrvatsko radno zakonodavstvo, te se daju prijedlozi de lege ferenda o reguliranju radnog vremena i vremena odmora u kontekstu Direktive 2003/88/EZ. Usporedbom zakonodavstva i sudske prakse EU-a s hrvatskim zakonodavstvom i sudskom praksom dolazi se do zaključka da bi se Hrvatska trebala uskladiti s europskim standardima u odnosu na europski koncept radnog vremena i vremena odmora.

Ključne riječi: *Europska unija; radno pravo; Direktiva 2003/88/EZ; dežurstvo / pripravnost; pojam radnog vremena i vremena odmora.*

1. UVOD

Ulaskom u EU Hrvatska je u svoj pravni sustav unijela i europske standarde zaštite sigurnosti i zdravlja radnika. Ti su standardi obuhvaćeni u dvije važne direktive (Direktiva o sigurnosti i zdravlju radnika i Direktiva o određenim vidovima organizacije radnog vremena) te pratećoj sudskoj praksi Suda EU-a.¹ Propisi EU-a kojima se štite

* Dr. sc. Kristian Turkalj, docent, Hrvatsko katoličko sveučilište u Zagrebu; k70turkalj@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6391-4983>.

** Adela Turkalj, dipl. iur., sutkinja Općinskog radnog suda u Zagrebu; aturkalj.at@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9974-9211>.

1 Direktiva Vijeća 89/391/EEZ od 12. lipnja 1989. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu, SL EU L 183, 29.6.1989., str. 1–8 (dalje: Direktiva Vijeća 89/391/EEZ); Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena, SL EU L 299/9, 2003., 33 (dalje: Direktiva

prava radnika preneseni su u hrvatsko zakonodavstvo tijekom pristupnih pregovora i to ponajprije kroz izmjene Zakona o radu.² No, danas je teško utvrditi odredbe Zakona o radu koje su na taj način prenesene iz europskoga zakonodavstva, te koje je Sud EU-a nadogrudio svojom sudskom praksom. Navedeno je važno s obzirom na to da tumačenja Suda EU-a, izražena u njegovima odlukama, postaju sastavni dio norme, te su kao takva obvezatna za sve, uključujući i hrvatske sudove. Stoga je za razumijevanje prava kojima se štiti zdravlje i sigurnost radnika nužno poznavati i relevantnu sudsku praksu Suda EU-a.³ Nažalost, zadnjih godina hrvatska pravna literatura nije posvetila dostatnu pažnju promociji europskih standarda o zaštiti zdravlja i sigurnosti radnika u dijelu koji se odnosi na kriterije razgraničenja radnoga vremena od vremena odmora.

Europsko radno pravo obuhvaća definiciju pojmova „radnog vremena“ i „vremena odmora“. Riječ je o pojmovima koji su autonomni pojmovi prava EU-a, te koji se moraju tumačiti na temelju objektivnih kriterija jednako na cijelom području EU-a. „Vrijeme odmora“ je jedan od načina na koji se štiti zdravlje i sigurnost radnika.⁴ Ono je važno ne samo za radnika, nego i za poslodavca, ali i za radnikovu društvenu zajednicu. Pravila o minimalnom vremenu odmora tvore pravila EU socijalnog prava od posebne važnosti iz kojeg svaki radnik mora imati pogodnosti minimalnih zahtjeva nužnih za zaštitu njihovog zdravlja i sigurnosti.⁵ Naime, bolestan radnik ne pridonosi poslovnoj aktivnosti poslodavca, a za zajednicu znači korištenje zdravstvenoga sustava. Upravo je stoga važno da se radniku osigura odgovarajuće vrijeme odmora, odnosno vrijeme u kojem će se on moći posvetiti vlastitim potrebama i interesima te vrijeme u kojem će obnoviti svoju snagu za nove aktivnosti.⁶ Premda se na prvi pogled može činiti da je jednostavno razgraničiti radno vrijeme od vremena odmora, postoje situacije, ali i profesije kod kojih to nije tako jednostavno. Liječnici, vatrogasci, policajci, vojnici, serviseri odašiljača često moraju ostati na radnom mjestu ili biti na mjestu koje im odredi poslodavac bez mogućnosti korištenja vremena odmora prema svojim potrebama.

Premda je Hrvatska u procesu pristupanja EU-a provela usklađivanje radnog zakonodavstva sa zakonodavstvom EU-a, europski standardi zaštite zdravlja i sigurnosti radnika nastavili su se razvijati. Za navedeno je zaslužan Sud EU-a koji je

Vijeća 2003/88/EZ). Vidi: Dušanka Marinković-Drača, „Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o radnom vremenu i hrvatsko radno zakonodavstvo“, *Radno pravo* br. 3 (2005): 12-17.

2 Vidi: Zakon o radu, Narodne novine, br. 93/14., 127/17. i 98/19. (dalje: Zakon o radu).

3 Vidi: Nada Bodiroga-Vukobrat, Sandra Laleta, i Anton Jukić, „Posebnosti reguliranja radnog vremena u kontekstu smjernice 2003/88/EZ s osvrtom na nacionalna rješenja u Njemačkoj, Austriji i Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 29, br. 1 (2008): 8.

4 Vidi: Presuda od 12. studenog 1996., Velika Britanija v. Vijeća, C-84/94, EU: C:1996:43, para. 26-30.

5 Vidi: Presuda od 14. listopada 2010., Union syndicale Solidaires Isere, C-428/29, EU:C:2010:612, para. 36.

6 Sud EU-a istaknuo je da u svjetlu bitne svrhe Direktive 2003/88, koja cilja na učinkovitu zaštitu zdravlja i sigurnosti radnika, svaki radnik mora uživati primjereno vrijeme odmora kako bi se mogao oporaviti od umora izazvanoga njegovim radom, ali također kako bi se prevenirali rizici za zdravlje i sigurnost radnika. Vidi: Union syndicale Solidaires Isere, C-428/29, EU:C:2010:612, para. 37.

dao tumačenja brojnih odredbi europskoga radnog zakonodavstva. U ovom se radu posebice analizira judikatura Suda EU-a u odnosu na pojmove „radnog vremena“ i „vremena odmora“, kao ključnih pojmova u zaštiti zdravlja i sigurnosti radnika. Usporedbom relevantnoga zakonodavstva i sudske prakse EU-a s hrvatskim zakonodavstvom i sudskom praksom utvrdit će se koliko su primijenjeni europski standardi zaštite radnika, odnosno u kojoj mjeri hrvatsko zakonodavstvo i sudska praksa slijede europske standarde povezane s pojmovima „radnog vremena“ i „vremena odmora“.

2. OPĆENITO O EUROPSKOM RADNOM PRAVU

Europsko radno pravo, u užem smislu, čine svi oni propisi koji su doneseni na razini EU. Riječ je odredbama koje su obuhvaćene u osnivačkim ugovorima EU-a,⁷ te propisima donesenim na temelju ovlasti sadržanih u osnivačkim ugovorima, odnosno u sekundarnim izvorima prava EU-a (posebno u uredbama i direktivama). Važan izvor europskoga radnog prava čini i sudska praksa Suda EU-a.⁸ Presude Suda EU-a iznimno su važan izvor prava budući da one, za razliku od nacionalne judikature, djeluju *erga omnes*.⁹ Petrašević ističe da je prethodni postupak glavni mehanizam predviđen Osnivačkim ugovorom koji služi u svrhu ujednačenog tumačenja i primjene europskog prava u svim državama članicama EU-a.¹⁰ No, nužno je istaknuti da tumačenja pojedinih odredbi prava EU-a, koje Sud iznosi u svojim odlukama, postaju sastavni dio pravne norme i to od nastanka te norme (*ex tunc*) te kao takve obvezuju sve u EU-u.¹¹ Sud EU-a osigurava poštovanje prava pri tumačenju i primjeni Ugovora.¹² Pritom je važno istaknuti da tumačenje koje Sud EU-a daje nekoj odredbi

7 Vidi: Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Službeni list Europske unije, C 202/13, 2016., str. 1-388. Više o izvorima europskog radnog prava vidi: Vilim Herman, i Milorad Čupurdija, „Osnove radnog prava“ (Osijek: Pravni fakultet Osijek, 2011.), 46-54. Vidi također: Kristian Turkalj, „Izvori prava EU“, *Hrvatska pravna revija* br. 8 (2008): 19-29.

8 Više o izvorima prava EU te hijerarhiji pojedinih izvora vidi: Paul Craig and Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2007.), 136-153.

9 Vidi: Iuliana-Mădălina Larion, „The effects of preliminary rulings“, *Challenges of the Knowledge Society* 5 (2015): 447-454; Iris Goldner Lang, „Učinci presuda Europskog suda u prethodnom postupku“, u: *Prethodni postupak u pravu EU – Suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom*, ur. Tamara Čapeta *et al.* (Zagreb: Narodne novine, 2011.), 83-101. O nadređenosti prava EU vidi: Desmond Dinand, ed., *Encyclopedia of the European Union* (London: Lynne Rienner Publishers, 2000.), 441. Također vidi: Emilia Mišćenić, *Europsko privatno pravo* (Zagreb: Školska knjiga, 2019.), 162.

10 Vidi: Tunjica Petrašević, *Prethodni postupak pred Sudom EU* (Osijek: Pravni fakultet u Osijeku, 2014.), 105. Više o prethodnom postupku vidi: Pierre Mathijsen, *A Guide to European Union Law*, 7th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999.), 140-146.

11 Više o tome vidi: Tamara Čapeta i Siniša Rodin, *Osnove prava Europske unije* (Zagreb: Narodne novine, 2018.), 171. Također vidi: Mišćenić, *Europsko privatno pravo*, 163. Više o pravnim učincima presuda Suda EU-a, vidi: Kristian Turkalj, „Ključni aspekti funkcioniranja prethodnog pitanja pred Sudom Europske unije s osvrtom na iskustva hrvatskih sudova“, u: *Modernizacija prava*, (Zagreb: HAZU, 2020.), 182-184.

12 Čl. 19. st. 1. UEU-a propisuje da Sud osigurava poštovanje prava pri tumačenju i primjeni

nije samo deklaratornoga značenja, već ono doprinosi daljnjem razvoju prava EU-a.¹³

U primarne izvore prava EU-a spadaju i opća načela prava EU-a, a koja proizlaze iz ustavnih tradicija koje su zajedničke državama članicama. Ziller ističe da su opća načela prava jednako obvezatna za države članice kao i primarno pravo.¹⁴ U širem smislu Europsko pravo, uz navedeno čine i radno-pravni propisi država članica EU-a.¹⁵ Učur ističe kako je *acquis communautaire* nastao kao rezultat optimalnih rješenja u radnom (i drugom) zakonodavstvu pojedinih država članica EU-a. To se odnosi na pitanje zabrane diskriminacije, prava suodlučivanja radnika, radnoga vremena, isplata plaća i drugih prava. No, i ovdje treba naglasiti veliki utjecaj propisa Međunarodne organizacije rada.¹⁶

Europsko radno pravno ne uređuje radno-pravnu materiju na jedan sveobuhvatan način, kako to nastoje urediti nacionalna zakonodavstva država članica. Za europsko radno pravo moglo bi se reći da pokušava stvoriti djelomičan zajednički pravni okvir za određene posebne aspekte pravnog uređenja radnih odnosa među vrlo raznovrsnim nacionalnim radno-pravnim sustavima.¹⁷ Supranacionalno europsko zakonodavstvo nastoji utvrditi minimalne standarde radnoga vremena kako bi nacionalna gospodarstva, ali i pojedini gospodarski subjekti „imali iste startne osnove” vezano za uvjete rada, pa tako i uvjete tržišnoga natjecanja, prema usporedivim osnovama i pravnoj regulativi.¹⁸ Europsko radno pravo uređuje samo pojedina pitanja za koje je ocjenjeno da se mogu bolje urediti na području EU-a, odnosno kada se postavljeni ciljevi ne mogu dostatno ostvariti na razini država članica.¹⁹ Pritom se vodi računa o poštovanju načela proporcionalnosti, odnosno da usvojeni europski propisi ne prelaze ono što je potrebno za ostvarivanje ciljeva.

Za uređenje radno-pravnih odnosa na razini Unije relevantne su odredbe Osnivačkih ugovora koje govore o vrijednostima i ciljevima EU-a. Vrijednosti na

Ugovora. Vidi: članak 19. UEU-a, 25. Više o ulozi Suda EU vidi: Dinan, *Encyclopedia of the European Union*, 191-194.

- 13 Vidi: Koen Lenaerts, Piet Van Nuffel and Tim Corthaut, „Constitutional Law of the European Union“ (London; Sweet & Maxwell, 2005.), 794. O ulozi koju nacionalni sudovi ostvaruju u europskom pravnom poretku kao i njihovom odnosu sa sudovima uspostavljenim na europskoj razini vidi: Tamara Čapeta, *Sudovi Europske unije, Nacionalni sudovi kao europski sudovi* (Zagreb: Institut za međunarodne odnose, 2002.).
- 14 Vidi: Jacques Ziller, *Hierarchy of Norms Hierarchy of Sources and General Principles in European Union Law* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014.), 346, 349-352.
- 15 Vidi: Viktor Gotovac i Andrea Grgić, „Radni odnosi u presudama Suda Europske unije“, *Pravo u gospodarstvu: časopis za gospodarsko-pravnu teoriju i praksu* br. 55 (2016): 947-984; Dragan Zlatović, „Temeljne odrednice europskog radnog prava i praksa europskih sudova o radno-pravnim pitanjima“, *Radno pravo* br. 5 (2012): 45-46.
- 16 Vidi: Marinko Učur, „Radno zakonodavstvo Republike Hrvatske i *acquis communautaire* – (direktive)“, *Radno pravo* br. 10 (2008): 5.
- 17 Vidi: Nikita Lyutova i Svetlana Golovina, „Development of labor law in the EU and EAEU: How comparable?“, *Russian Law Journal* 5, br. 2 (2018): 93-117.
- 18 Vidi: Bodiroga-Vukobrat, *Posebosti reguliranja radnog vremena u kontekstu smjernice 2003/88/EZ s osvrtom na nacionalna rješenja u Njemačkoj, Austriji i Hrvatskoj*, 2.
- 19 Kao primjer vidi: Preambulu para. 52., Direktive (EU) 2019/1158 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi i o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 2010/18/EU, SL EU L 188, 12.7.2019., 79–93.

kojima je utemeljena Unija su jednakost, ravnopravnost, zabrana diskriminacije te jednakost muškaraca i žena. Navedene vrijednosti ugrađene su u niz odredbi Ugovora o EU (UEU), Ugovora o funkcioniranju EU (UFEU) te Povelje o temeljnim pravima EU-a.²⁰ Kad govorimo o ciljevima EU je usmjeren na visoko konkurentno socijalno tržišno gospodarstvo u cilju pune zaposlenosti.²¹ Također, cilj je Unija promicanje zapošljavanja, poboljšanje životnih i radnih uvjeta, kako bi se na putu napretka omogućilo njihovo usklađivanje, odgovarajuća socijalna zaštita, socijalni dijalog, razvoj ljudskih potencijala u smislu trajne visoke stope zaposlenosti i borbe protiv isključivosti.²² Uz to i Povelja o temeljnim pravima sadrži odredbe koje se odnose na radne odnose, poput odredbe o slobodi izbora zanimanja i pravu na rad, pravu radnika na informiranje i savjetovanje u poduzeću te pravu na kolektivno pregovaranje i djelovanje, zaštitu u slučaju neopravdanog otkaza te pravu na poštene i pravične radne uvjete. Povelja zabranjuje rad djece i štiti mlade pri radu.²³

Kako bi ostvarila navedene ciljeve, Unija je definirala radno-pravna područja u kojima će djelovati, odnosno u kojima će podupirati i dopunjavati djelatnosti država članica. Riječ je o sedam područja djelovanja među kojima je na prvom mjestu navedeno „poboljšavanja radne okoline radi zaštite zdravlja i sigurnosti radnika“.²⁴ U navedenim područjima EU-a djeluje putem direktiva kojima usvaja minimalne uvjete na području Unije.

Direktive su propisi koji se prenose u nacionalno zakonodavstvo, te preko nacionalnih propisa proizvode učinke.²⁵ Dakle, premda direktive u načelu nemaju izravan učinak, sudska je praksa omogućila izravni učinak direktiva u posebnim situacijama. Riječ je o svim slučajevima kada su odredbe neke direktive s obzirom na svoj sadržaj bezuvjetne i dovoljno precizne. Tada se pojedinci mogu pozvati na njih pred nacionalnim sudovima protiv države, bilo zato što je propustila pravodobno prenijeti tu direktivu u nacionalno pravo, bilo zato što ju je nepravilno prenijela. Nadalje, kada se pojedinci mogu pozivati na direktivu protiv države, oni to mogu učiniti bez obzira na svojstvo u kojem ona djeluje, kao poslodavac ili kao javna vlast. U oba slučaja, treba izbjeći situaciju u kojoj bi država mogla imati koristi od nepoštovanja prava Unije.²⁶ U međusobnim odnosima pojedinaca direktiva nema izravan učinak, te se oni ne mogu izravno pozivati na odredbe direktive radi rješavanja međusobnih odnosa budući da direktiva ne može stvoriti obveze za pravne i fizičke osobe.²⁷ Naime, širiti mogućnost pozivanja na odredbu direktive koja nije prenesena ili je nepravilno prenesena na područje odnosa između pravnih i fizičkih osoba značilo

20 Vidi: čl. 2. i 9. Ugovora o EU-u i čl. 10., 18. i 19. Ugovora o funkcioniranju EU-a te čl. 20., 21. i 23. Povelje o temeljnim pravima EU, SL EU, C 202/13., 2016., 1-388.

21 Vidi: čl. 2. st. 2. UEU, 15.

22 Vidi: čl. 151. UFEU, 111.

23 Vidi: čl. 15., 27.-32. Povelje o temeljnim pravima EU, 400-405.

24 Popis svih područja djelovanja EU-a u području radno-pravnih odnosa vidi: čl. 153. UFEU, 111-112. Vidi također: Gotovac, Grgić, *Radni odnosi u presudama Suda Europske unije*, 951.

25 Više o direktivama vidi: Turkalj, *Izvori prava EU*, 19-29.

26 Vidi: Presuda od 6. studenoga 2018., Max-Planck, C-684., EU:C:2018:874., para. 63.

27 Više o tome vidi: Presuda od 21. listopada 2010., Accardo and others, C-227/09., EU:C:2010:624, para. 45-46.

bi priznati Uniji ovlast da s izravnim učinkom utvrđuje obveze na teret pojedinaca. EU može izravno stvarati obveze za pravne i fizičke osobe samo putem uredbi, a ne i putem direktiva.²⁸ Dakle, direktive nemaju horizontalni izravan učinak.²⁹

Europsko radno zakonodavstvo veliku pozornost posvećuje zaštiti sigurnosti i zdravlja radnika. Povelja o temeljnim pravima propisuje da svaki radnik ima pravo na radne uvjete kojima se čuvaju njegovo zdravlje, sigurnost i dostojanstvo. Također, svaki radnik ima pravo na ograničeno najdulje radno vrijeme, na dnevni i tjedni odmor te na plaćeni godišnji odmor.³⁰ Ključni propis kojim se ove odredbe implementiraju je Direktiva 89/391/EEZ o sigurnosti i zdravlju radnika,³¹ na koju se nadovezuje Direktiva 2003/88/EZ koja se odnosi na određene vidove organizacije radnog vremena.³² Cilj je Direktive 2003/88/EZ uspostaviti minimalne odredbe za poboljšanje zaštite zdravlja i sigurnosti na radnim mjestima.³³ Kako bi se ti ciljevi ostvarili, utvrđena su minimalna razdoblja dnevnog i tjednog odmora, kao i najdulje tjedno radno vrijeme.³⁴ U tom je pogledu važna odluka Suda EU-a kojom je presudio da su pravila utvrđena Direktivom 2003/88/EZ pravila socijalnog prava Unije koja su osobita važna i koja se moraju primijeniti na svakog radnika kao minimalne odredbe potrebne radi osiguranja zaštite njegove sigurnosti i zdravlja, koja nije samo u pojedinačnom interesu tog radnika nego i u interesu njegova poslodavca kao i u općem interesu.³⁵

Sud EU je razvio bogatu sudsku praksu povezanu s različitim pitanjima iz radno-pravnih odnosa. Niz se predmeta odnosio na različite aspekte sigurnosti i zdravlja radnika poput prava na plaćeni godišnji odmor,³⁶ najdulje tjedno radno vrijeme,³⁷

28 Vidi: *Accardo and others*, C-227/09., EU:C:2010:624, para. 66.

29 O tome na koje je načine Sud zaobišao činjenicu da direktive nemaju horizontalni izravni učinak vidi: *Gotovac, Grgić, Radni odnosi u presudama Suda Europske unije*, 963-964. Također o tome vidi: *Bodiroga-Vukobrat, Posebnosti reguliranja radnog vremena u kontekstu smjernice 2003/88/EZ s osvrtom na nacionalna rješenja u Njemačkoj, Austriji i Hrvatskoj*, 12-14.

30 Vidi: članak 13. Povelje o temeljnim pravima EU, 393-404.

31 Vidi: Direktiva Vijeća 89/391/EEZ, str. 1-8. Vidi također: *Snježana Šokčević, „Zaštita zdravlja i sigurnosti radnika primjenom pravila o radnom vremenu i odmorima“*, *Sigurnost* br. 54 (2012): 141.

32 Vidi: Direktivu 2003/88/EZ, 33.

33 Vidi: Presuda od 9. studenog 2017., *Malo Marques da Rosa*, C-306/16., EU:C:2017:844., para. 45-46.

34 Direktiva propisuje najdulje tjedno radno vrijeme na način da prosječan broj radnih sati u svakom sedmodnevnom razdoblju, uključujući prekovremene sate, ne prelazi 48. Vidi: čl. 6. Direktive 2003/88/EZ, 33.

35 Vidi: Presuda od 25. studenog 2010., *Mr Fuß*, C-429/09., EU:C:2010:717., para. 79.

36 Vidi: Presuda od 16. srpnja 2020., *Status talijanskih mirovnih sudaca*, C-658/18, EU:C:2020:572, presuda *Max-Planck* C-684/16, Presuda od 6. studenog 2018., *Kreuziger protiv Land Berlin*, C-619/16, EU:C:2018:872, Presuda od 26. ožujka 2015., *Fenoll*, C-316/13, EU:C:2015:200. Vidi također: *Iris Gović Penić, Praksa Suda EU o pravu radnika na naknadu za neiskorišteni godišnji odmor nakon utvrđenja da je otkaz bio nedopušten*, tekst u objavi; *Kristian Turkalj, „Radno-pravna pitanja u praksi Suda EU s osvrtom na ključne aspekte funkcioniranja prethodnog pitanja pred Sudom Europske unije“*, *Radno pravo* br. 12 (2020): 3-15.

37 Vidi: Presuda od 10. rujna 2015., *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* C-266/14, EU:C:2015:578., Presuda od 11. travnja 2019., *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure*, C-254/18, EU:C:2019:318, Presuda od 5. listopada 2004., *Pfeiffer* i dr.

pitanje kvalifikacije pripravnosti kao „radnog vremena“ ili „vremena odmora“³⁸ te prestanak ugovora o radu.³⁹

3. DEFINIRANJE RADNOG VREMENA I VREMENA ODMORA

Dnevno vrijeme radnika može se podijeliti na radno vrijeme i vrijeme odmora. Na kraju 19. stoljeća i početku 20. radno je vrijeme uobičajeno trajalo od ranog jutra do mrklog mraka, a radilo se često i 15 sati dnevno, pa slobodnog vremena radnik gotovo nije i imao. Sindikati su pitanju radnog vremena od početka radničkog organiziranja posvećivali osobitu pozornost. Početak intervencije države u obliku zakonskog uređenja zaštite radnika javlja se u Engleskoj ograničavanjem radnog vremena za žene i djecu.⁴⁰ Razvojem radnog prava dolazi do znatnog skraćivanja radnog vremena i različitih oblika njegova organiziranja te pravnog normiranja različitih oblika rada.⁴¹ Zakonodavstvo EU-a usvajanjem Direktive 93/104/EZ kao i Direktive 2003/88/EZ o određenim vidovima organizacije radnog vremena posvetilo je posebnu pozornost zaštiti zdravlja i sigurnosti radnika reguliranjem radnog vremena i vremena odmora.⁴²

Europsko radno pravo definira pojmove „radnog vremena“ i „vremena odmora“. Radno vrijeme je vremensko razdoblje u kojem radnik radi,⁴³ stoji na raspolaganju poslodavcu i obavlja svoje poslove i zadatke u skladu s nacionalnim propisima i/ili praksom. Za razliku od toga, „vrijeme odmora“ je vremensko razdoblje koje nije radno vrijeme.⁴⁴ Svrha je vremena odmora nadoknaditi umor prouzrokovan razdobljima rada.⁴⁵ Definicija se „radnog vremena“, u smislu čl. 2. t. 1. Direktive 2003/88/EZ, temelji na tri kriterija koji se moraju kumulativno ispuniti. Riječ je o

C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584.

38 Vidi: Presuda od 3. listopada 2000., Simap, C-303/98, EU:C:2000:528, Presuda od 9. rujna 2003., Jaeger, C-151/02, EU:C:2003:437, Presuda od 21. veljače 2018., Matzak, C-518/15, EU:C:2018:82, Presuda od 30. travnja 2020., Készenléti Rendőrség, C-211/19, EU:C:2020:344.

39 Vidi: Presuda od 10. rujna 2015., Holterman Ferho Exploitatie BV i dr. protiv Friedricha Leopolda Freiherra, C-47/14, EU:C:2015:574.

40 Vidi: Verica Jelčić, „Radno vrijeme“, u: *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, ur. Željko Potočnjak (Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007.), 147-149.

41 Vidi: Verica Jelčić, „Radno vrijeme“, 149.

42 Vidi: Direktivu 93/104/EZ o određenim vidovima organizacije radnog vremena, SL EU L 307 iz 1993., 18-24. te Direktivu 2003/88/EZ, 9-33.

43 Sud EU-a u svojim je odlukama polazio od francuske verzije teksta Direktive budući da je više puta analizirao zahtjev za fizičkom nazočnošću na radnom mjestu. Vidi: Presuda Simap, C303/98, paras. 47-49., presuda Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras, C266/14, para. 26-43. Više o radnom vremenu vidi: Vito Leccese, „Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time“, in: *International and European Labour Law*, eds. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier, Kooperationswerke (Baden-Baden: Beck, Hart, Nomos, 2018.), 1285-1321.; Anja Johansson, „Influence sur le droit français de la directive temps de travail 2003/88 (anc. 93/104) et de la jurisprudence de la Cour de justice y afférente (hors congés payés)“, *Droit Social* br. 9 (2012): 821-831.

44 Vidi: čl. 2. Direktive 2003/88/EZ, 11. Također vidi: Jelčić, *Radno vrijeme*, 147-149.

45 Vidi: Mišljenje nezavisnog odvjetnika Bota, u predmetu CC.OO. C-266/14, EU:C:2015:391, para. 60.

prostornom kriteriju (biti na radnom mjestu), kriteriju autoriteta (biti na raspolaganju poslodavcu) i profesionalnom kriteriju (obavljati svoju aktivnost ili svoje dužnosti). Prostorni kriterij zahtijeva da se radnik mora nalaziti na poslu ili na mjestu kojeg odredi poslodavac. Činjenica da poslodavac zahtijeva od radnika fizičku nazočnost na radnom mjestu u prostorijama poslodavca uvijek se mora kvalificirati radnim vremenom bez obzira na intenzitet rada i bez obzira na to je li radniku omogućeno da se odmara, odnosno bez obzira na razdoblja neaktivnosti.

Kad je riječ o kriteriju prema kojem radnik mora stajati na raspolaganju poslodavcu, riječ je ponajprije o kriteriju autoriteta koji pretpostavlja stalan odnos subordinacije radnika u odnosu na poslodavca. Biti na raspolaganju poslodavcu znači biti u pravnoj situaciji koju obilježava činjenica da je radnik podvrgnut uputama i organizacijskoj ovlasti poslodavca neovisno o mjestu na kojem se taj radnik nalazi. Drugim riječima, riječ je o vremenu tijekom kojeg je radnik pravno obavezan pridržavati se uputa svojeg poslodavca i obavljati poslove za njega.⁴⁶ Konačno, prema trećem kriteriju radnik mora obavljati svoje poslove i zadatke. U tom pogledu, u određenim situacijama, radnim vremenom će se smatrati samo vrijeme povezano sa stvarnim pružanjem usluga, dok će se u drugim situacijama pod obavljanjem poslova i zadataka smatrati obveza provođenja vremena dežurstva u prostorijama poslodavca.⁴⁷

Direktiva 2003/88/EZ ne predviđa „siva razdoblja“ koja bi se umetnula između radnog vremena i vremena odmora. U skladu sa sustavom koji je uspostavio zakonodavac Unije, Sud je usvojio dvostrani pristup na temelju kojeg ono što ne ulazi u pojam radnog vremena ulazi u pojam vremena odmora i obrnuto.⁴⁸ Štoviše, u predmetu *Dellas* Sud EU-a je utvrdio da nije prihvatljivo različito računanje vremena dežurstva u odnosu na redovito radno vrijeme, kako je to bilo propisano francuskim zakonodavstvom. Naime, prema francuskom zakonodavstvu samo vrijeme prisutnosti koje je odgovaralo stvarnom radu bilo je uključeno u izračun radnog vremena. Suprotno tome, kvalifikacija radnog vremena, u smislu Direktive 93/104/EZ, vrijeme je tijekom kojega je radnik prisutan na radnom mjestu, neovisno o intenzitetu njegovog rada, a što isključivo proizlazi iz njegove obveze biti na raspolaganju svom poslodavcu.⁴⁹

Sukladno dosadašnjoj judikaturi Suda EU-a, pojmovi „radno vrijeme“ i „vrijeme odmora“ autonomni su pojmovi prava Unije koje treba definirati prema objektivnim značajkama, s obzirom na sustav i cilj Direktive 2003/88/EZ.⁵⁰ Sukladno navedenom te se pojmove „ne može tumačiti s obzirom na odredbe različitih propisa država članica. Samo takvo autonomno tumačenje tog Direktivi može osigurati punu

46 Vidi: Mišljenje nezavisnog odvjetnika Bota, u predmetu CC.OO. C-266/14, EU:C:2015:391, para. 39-41.

47 Vidi: Presuda Jaeger, C-151/02., para. 63.

48 Vidi: Presuda Jaeger, C-151/02., para. 48., te Mišljenje nezavisnog odvjetnika Bota, u predmetu CC.OO. C-266/14, EU:C:2015:391, para. 29.

49 U ovom predmetu, kao i u nizu drugih, Sud EU-a tumačio je pojmove radnog vremena i vremena odmora definirane Direktivom 93/104, a koji su kasnije u cijelosti preuzeti u Direktivi 2003/88, te su stavovi Suda EU-a iz te presude i dalje relevantni. Vidi: Presuda od 1. prosinca 2005., *Dellas*, C-14/04, EU:C:2005:728, para. 58.

50 Vidi: Presuda Matzak C-518/15, para. 62. te presuda Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras C-266/14, para. 27.

učinkovitost i ujednačenu primjenu tih pojmova u svim državama članicama. To znači da države članice ne mogu jednostrano odrediti opseg tog pojma. Bilo kakvo drukčije tumačenje dovelo bi u pitanje svrhu Direktive 2003/88/EZ, koja se odnosi na usklađivanje zaštite sigurnosti i zdravlja radnika minimalnim odredbama.⁵¹ Cilj je EU zakonodavstva zajamčiti bolju zaštitu sigurnosti i zdravlja radnika, osiguravajući im minimalna razdoblja odmora, kao i primjerena razdoblja stanke i predviđajući granicu od 48 sati za prosječno trajanje radnog tjedna.⁵² S obzirom na taj bitan cilj, svaki radnik mora imati pravo na primjerena razdoblja odmora koja ne samo da moraju biti učinkovita, dopuštajući radnicima odmor od umora prouzrokovanog radom, nego i preventivna u smislu da omoguće s manje rizik narušavanje sigurnosti i zdravlja radnika koje može nastati zbog nakupljanja razdoblja rada bez potrebnog odmora.⁵³

4. DEŽURSTVO, ODNOSNO PRIPRAVNOST KAO RADNO VRIJEME

Postoje profesije koje su specifične i kod kojih nije jednostavno razlučiti što bi se trebalo smatrati radnim vremenom, a što vremenom odmora. Primjeri su takvih profesija vatrogasac, liječnik, svjetioničar, policajac, vojnik itd. Sud EU se više puta bavio takvim profesijama te je kroz svoju sudsku praksu razvio jasne kriterije koji nam omogućuju da svaku situaciju možemo ispravno kvalificirati, odnosno utvrditi je li riječ o radnom vremenu ili vremenu odmora. Sud EU-a postupno je širio tumačenje radnog vremena i na one situacije koje nisu bile strogo povezane s prisutnosti na radnom mjestu, ali su zbog uvjeta pripravnosti, kako ih je odredio poslodavac, znatno ograničavale mogućnost obavljanja drugih aktivnosti.⁵⁴

Sud u svojim odlukama polazi od cilja Direktive 2003/88/EZ, odnosno da se njome uspostavljaju minimalne odredbe za poboljšanje zaštite zdravlja i sigurnosti na radnim mjestima. Vodeći se navedenim ciljevima Sud EU-a koristio se teleološkim tumačenjem u odnosu na definicije „radnog vremena“ i „vremena odmora“, a pritom je pojasnio da se pojmovi „radno vrijeme“ i „vrijeme odmora“ međusobno isključuju.⁵⁵ Dakle, prema sadašnjem stanju prava Unije dežurstvo radnika u sklopu aktivnosti što ih je odredio njegov poslodavac treba kvalificirati ili kao „radno vrijeme“ ili kao „vrijeme odmora“. Naime, kada bi se dežurstvo isključilo iz pojma „radno vrijeme“ ovisno o fizičkoj prisutnosti na mjestu rada, ugrozio bi se cilj Direktive 2003/88/EZ koji se tiče zaštite sigurnosti i zdravlja radnika, kojima se osiguravaju minimalna razdoblja odmora i odgovarajuće stanke.⁵⁶

U presudi *Simap* Sud EU-a je prvi put tumačio situaciju da se vrijeme provedeno u dežurstvu, odnosno pripravnosti smatra radnim vremenom. Predmet se odnosio na dežurstvo liječnika u timovima primarne zaštite koji su bili zaposleni u zdravstvenom

51 Vidi: Presuda Jaeger, C-151/02, para. 58-59.

52 Vidi: Presuda Jaeger, C-151/02, para. 46.

53 Vidi: Presuda Jaeger, C-151/02, para. 92.

54 Vidi: Presuda Jaeger, C-151/02, para. 60-66.

55 Vidi: Presuda *Simap*, C303/98, para. 47., presuda *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, C266/14, para. 26.

56 Vidi: Presuda *Simap*, C303/98, para. 49.

centru. Dio su toga vremena morali biti na svojem mjestu rada, dok su u preostalo vrijeme samo morali biti pripravnici odazvati se pozivu. Sud je smatrao da je bitna razlika između ove dvije situacije. Naime, u situaciji u kojoj se tražila fizička nazočnost na radnom mjestu, smatrao je da činjenica da su liječnici morali biti prisutni i dostupni na svojim mjestima rada zbog pružanja profesionalnih usluga znači da su obavljali svoje zadatke neovisno o tome koje su aktivnosti provodili. Međutim, što se tiče situacija u kojima se nije tražila fizička nazočnost već samo dostupnost, Sud je zaključio da su liječnici mogli upravljati svojim vremenom uz manja ograničenja i posvetiti se svojim interesima, iako su bili na raspolaganju svojim poslodavcima onoliko koliko su morali biti pripravnici za odazvati se pozivu. Stoga je Sud EU-a zaključio da to vrijeme potpada pod kategoriju „vrijeme odmora”.⁵⁷ S druge strane, aktivnosti koje su izvršavali po pozivu pripravnosti treba kvalificirati kao radno vrijeme.⁵⁸

U predmetu *Jaeger* Sud EU-a bavio se situacijom dežurstva u kojoj se tražila nazočnost liječnika na radnom mjestu, ali mu je bila osigurana soba za odmor.⁵⁹ Navedena se presuda odnosila na liječnika u bolnici koji je bio obavezan provoditi vrijeme tijekom obveze pripravnosti u prostorijama poslodavca. Prema njemačkom zakonodavstvu, Jaegeru se u radno vrijeme priznavalo samo ono vrijeme dežurstva kada je stvarno radio, dok se ostalo vrijeme kvalificiralo kao vrijeme odmora.⁶⁰ U ovoj je presudi Sud presuđivao o okolnostima u kojima radnik tijekom dežurstva može odmarati ili spavati u prostorijama poslodavca, te je li se vrijeme dežurstva u cijelosti treba kvalificirati kao radno vrijeme, čak i onda kada radnik stvarno ne izvršava svoje profesionalne zadatke, već mu je omogućeno da se odmara.⁶¹ Ono što je Sud smatrao „odlučujućim faktorom” bila je činjenica da je radnik obavezan biti prisutan na mjestu koje odredi poslodavac i stajati na raspolaganju poslodavcu kako bi mogao, po potrebi, odmah pružiti svoje usluge.⁶² Time je dotičnim radnicima bilo znatno ograničeno upravljanje njihovim vremenom te su bili odvojeni od svojih obitelji i društvenog okruženja.⁶³ Za razliku, u predmetu *Grigore* Sud EU-a smatrao je da dodjeljivanje smještaja radniku, nije element na temelju kojeg se može zaključiti da je vrijeme koje se tamo provodi radno vrijeme, budući da se smještaj nalazi na području aktivnosti poslodavca. Međutim, bilo bi udovoljeno definiciji radnog vremena da je radnik bio obavezan stajati na raspolaganju poslodavcu kako bi mogao, po potrebi, odmah pružiti svoje usluge.⁶⁴

U presudi *Dellas*, koja se odnosila na dežurstvo u ustanovi za osobe s posebnim potrebama, francusko je zakonodavstvo propisivalo posebnu metodu preračunavanja takvog dežurstva u radno vrijeme, uzimajući u obzir manji intenzitet rada, odnosno vrijeme neaktivnosti tijekom dežurstva.⁶⁵ Sud je zaključio, kao i u presudi *Jaeger*,

57 Presuda Simap, C303/98, para. 50.

58 Presuda Simap, C303/98, para. 52.

59 Vidi: Presuda Jaeger, C151/02, para. 30. i 35.

60 Presuda Jaeger, C151/02, para. 36.

61 Presuda Jaeger, C151/02, para. 37.

62 Presuda Jaeger, C151/02, para. 63.

63 Presuda Jaeger, C151/02, para. 65.

64 Vidi: Rješenje od 4. ožujka 2011., Grigore, C258/10, EU:C:2011:122, para. 42-45.

65 Vidi: Presuda Dellas, C-14/04, para. 28-34.

da intenzitet rada tijekom dežurstva nije kriterij za kvalifikaciju i obračun radnog vremena.⁶⁶ Dakle, činjenica da dežurstvo uključuje određena razdoblja neaktivnosti u potpunosti je nebitna.

Nakon što je Sud EU-a u predmetu *Simap* pripravnost kvalificirao kao vrijeme odmora, pojavio se predmet *Matzak* u kojem je vrijeme pripravnosti bilo uvjetovano vrlo kratkim vremenom odaziva poslodavcu. Predmet *Matzak*, činjenično se razlikuje od predmeta *Simap* zato što se radnik ne nalazi *na mjestu rada* kako bi se *odmah* mogao odazvati pozivu, nego se nalazi *na mjestu koje je odredio poslodavac* uz obvezu odaziva na poziv *u roku od osam minuta*. Sud EU-a smatrao je da se pripravnost poput one Matzaka u cijelosti treba smatrati radnim vremenom, s obzirom na to da je bila ograničena u zemljopisnom (pripravnost na mjestu koje je odredio poslodavac) i vremenskom smislu (obveza da se nakon poziva vrati na mjesto rada u vrlo ograničenom vremenu). Time se znatno ograničava radnikova sloboda da se tijekom odmora posveti osobnim i društvenim interesima. Sud EU-a smatrao je da je boravak „na mjestu koje je odredio poslodavac” istovjetan boravku „na mjestu rada” s obzirom na činjenicu da se na poziv treba odazvati u roku koji je toliko kratak da je približno jednak kao da se mora „odmah” odazvati.⁶⁷ Obveze koje radniku onemogućuju odabir mjesta boravka u razdoblju pripravnosti, treba smatrati dijelom izvršavanja njihovih dužnosti.⁶⁸ Sud EU-a zaključio je da i pripravnost uz određene uvjete treba kvalificirati „radnim vremenom”.⁶⁹ Do istovjetnoga zaključka Sud EU-a došao je i u predmetu pripravnosti vatrogasca koji se u roku 20 minuta po pozivu morao odazvati na svoje zorno mjesto na rubu grada u punoj opremi.⁷⁰

Sud EU-a u predmetu *Rendorseg* definirao je primjenu Direktive 2003/88/EZ u odnosu na pripadnike oružanih snaga i policije. Pritom je razlikovao redovite i izvanredne okolnosti. Iz sudske prakse proizlazi da se „Direktiva 2003/88 primjenjuje na aktivnosti u području zdravlja, sigurnosti i javnog reda kad se one provode u redovnim okolnostima, u skladu sa zadaćom povjerenom dotičnoj službi, čak i kad ih izvode interventne jedinice na terenu te je njihova svrha pružanje pomoći, pa čak i kad su intervencije koje mogu nastati na temelju tih aktivnosti po svojoj naravi nepredvidljive te mogu izložiti radnike koji ih izvršavaju određenim sigurnosnim ili zdravstvenim rizicima”.⁷¹ Nadalje, neprimjenjivanje propisa o zaštiti sigurnosti i zdravlja radnika „može biti opravdano samo u slučaju izvanrednih događaja, kao što su prirodne ili tehnološke katastrofe, teroristički napadi ili veće nesreće, čija težina i razmjer zahtijevaju usvajanje mjera nužnih za zaštitu života i zdravlja kao i sigurnosti u zajednici te čije bi pravilno izvršenje bilo ugroženo kad bi se morala poštovati sva pravila predviđena Direktivom 2003/88. Takvi slučajevi opravdavaju da se apsolutni prioritet daje cilju zaštite stanovništva, na štetu poštovanja odredaba

66 Presuda *Dellas*, C-14/04, para. 47-50.

67 Vidi: Presuda *Matzak*, C-518/15, para. 53., 60.-65.

68 Vidi: Presuda *Matzak*, C-518/15, para. 59.

69 Vidi: Presuda *Matzak*, C-518/15, para. 66.

70 Vidi: Presuda od 9. ožujka 2021., *RJ v Stadt Offenbach am Main*, C-580/19, EU:C:2021:183, para. 37.

71 Vidi: Presuda *Rendorseg*, C-211/19, para. 41.

potonje Direktive⁷². U predmetu *B.K. v Ministarstvo za obranu*, Sud EU-a definirao je jasne kriterije kada su pripadnici oružanih snaga u potpunosti i trajno isključeni iz područja primjene Direktive 2003/88, a kada se ne može isključiti primjena Direktive na oružane snage.⁷³ Sud EU-a proširio je kvalifikaciju „radnog vremena“ i na vrijeme koje su radnici, koji nisu imali stalno ili uobičajeno mjesto rada, provodili putujući od svojeg doma do klijenata svojeg poslodavca, a kako ih je odredio poslodavac.⁷⁴

5. HRVATSKO ZAKONODAVSTVO I SUDSKA PRAKSA

Definicija radnog vremena iz Direktive 2003/88/EZ prenesena je u hrvatsko zakonodavstvo čl. 60. Zakona o radu. Prema Zakonu o radu „radno vrijeme je vrijeme u kojem je radnik obvezan obavljati poslove, odnosno u kojem je spreman (raspoloživ) obavljati poslove prema uputama poslodavca, na mjestu gdje se njegovi poslovi obavljaju ili drugom mjestu koje odredi poslodavac“. Iz navedene odredbe proizlazi da su sva tri kriterija (prostorni kriterij, kriterij autoriteta te profesionalni kriterij) prenesena u nacionalno zakonodavstvo. Zakon o radu, za razliku od Direktive 2003/88/EZ ne sadrži definiciju slobodnog vremena. No, čl. 60. st. 2. Zakona o radu dodatno propisuje da se radnim vremenom ne smatra vrijeme u kojem je radnik pripravan odazvati se pozivu poslodavca za obavljanje poslova ako se pokaže takva potreba, pri čemu se radnik ne nalazi na mjestu kojem se njegovi poslovi obavljaju niti na drugom mjestu koje je odredio poslodavac.⁷⁵ Dakle, pri prenošenju Direktive 2003/88/EZ zakonodavac je propustio prenijeti dualni koncept radnog vremena i vremena odmora u hrvatsko zakonodavstvo, odnosno propustio je uskladiti hrvatsko radno zakonodavstvo na način kako je te pojmove definiralo zakonodavstvo EU-a i ustaljena praksa Suda EU-a. Pri tome treba ponoviti da sudske odluke djeluju retroaktivno (*ex tunc*) te su sastavni dio pravne norme od njezinoga nastanka. Kako je sudska praksa Suda EU-a već utvrdila da se situacije pripravnosti, uz određene uvjetima, mogu kvalificirati kao radno vrijeme, može se zaključiti da je st. 2. čl. 60. Zakona o radu u suprotnosti s pravom EU-a.⁷⁶ Stoga, sukladno načelu usklađenoga tumačenja hrvatski sudovi ne bi više smjeli primjenjivati tu odredbu Zakona o radu u

72 Presuda Rendorseg, C-211/19, para. 42.

73 Vidi: Presuda od 15. srpnja 2021., *Ministarstvo za obranu*, C-742/19, EU:C:2021:597, para. 60-88.

74 Vidi: Presuda *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, C-266/14, para. 27-46. Više o učincima presude Suda EU-a kojom je u određenim slučajevima proširen pojam „radnog vremena“ i na vrijeme potrebno za dolazak i povratak radnika s posla vidi: Snježana Šokčević, „Radno vrijeme i vrijeme odmora kao čimbenici zaštite zdravlja i sigurnosti radnika u praksi Suda Europske unije“, *Radno pravo* br. 9 (2015): 16-23.

75 Vidi. Zakon o radu, Narodne novine, br. 93/14., 127/17. i 98/19. Također o tome vidi komentar uz čl. 60. Zakona o radu u: Ž. Petrišić, *Zakon o radu – pregled sudske prakse* (Zagreb: Biblioteka Radno pravo, 2020.), 108-109; Ivica Crnić, *Zakon o radu – primjena u praksi* (Zagreb: Organizator, 2017.), 125-126. Više o radnom vremenu vidi: Dušanka Marinković-Drača, „Radno vrijeme“, u: *Zakon o radu s komentarom i sudskom praksom*, ur. Dušanka Marinković-Drača, Marijan Ruždjak (Zagreb: TEB, 2004.), 69-85.

76 Vidi: Presuda od 9. ožujka 2021., *Radiotelevizija Slovenije*, C-344/19, EU:C:2021:182 te presudu u predmetu *Matzak*, C-518/15.

situacijama pripravnosti koje je Sud EU-a okarakterizirao kao radno vrijeme.

Navedeni propust u ispravnom prenošenju pojmova radnog vremena i vremena odmora doveo je do toga da ni sudska praksa hrvatskih sudova do sada nije tumačila navedene pojmove na način kako to proizlazi iz ustaljene sudske prakse Suda EU-a. VSRH je zauzeo pravno shvaćanje oko toga što se ima smatrati radnim vremenom, a što vremenom odmora. U odnosu na definiranje koncepta slobodnoga vremena riječ je o pitanju u odnosu na koje postoji ustaljena sudska praksa revizijskog suda.⁷⁷ Naime, VSRH je svoj stav obrazložio sljedećim riječima: „treba ukazati da u situaciji kad je tužitelj višednevno obavljao poslove dežurstva ili straže i kada je zbog prirode posla 24 sata dnevno neprestano morao biti prisutan na području rada (jer ga nije niti mogao napustiti) - životnim je i razumnim prihvatiti da je tužitelj kao djelatna vojna osoba imao pravo na slobodno vrijeme i da ga je koristio za odmor - i to po osam sati dnevno. Tako provedeno vrijeme, unatoč obveznoj prisutnosti na mjestu rada, ne može se (budući da ga nije proveo na stvarno odrađenim satima rada na poslovima radnog mjesta) smatrati prekovremenim radom tužitelja - jer ne odgovara prirodi prekovremenog rada, te se stoga i prilikom isplate plaće ne može vrednovati kao sastavni dio neprekidnog rada na poslovima radnog mjesta u trajanju od 24 sata“.⁷⁸

Iz tako iznesenoga stajališta VSRH-a uočava se da on u nekoliko elemenata odstupa od ustaljene prakse Suda EU-a. Tako VSRH ističe da „unatoč obveznoj prisutnosti na mjestu rada, ... ne može se vrednovati kao sastavni dio neprekidnog rada na poslovima radnog mjesta“. Suprotno tome u predmetu *Delles*, Sud EU-a istaknuo je da je kvalifikacija radnog vremena vrijeme tijekom kojega je radnik prisutan na radnom mjestu, te ne može ovisiti o intenzitetu njegovog rada, već isključivo proizlazi iz njegove obveze biti na raspolaganju.⁷⁹ Štoviše, u presudi *Simap* Sud EU-a istaknuo je da: „sama činjenica da su liječnici morali biti prisutni i dostupni na svojim mjestima rada znači da su obavljali svoje zadatke neovisno o tome koje su aktivnosti provodili“.⁸⁰ Slična kvalifikacija ovih pojmova poput ove VSRH-a bila je i u njemačkom zakonodavstvu koje je u radno vrijeme priznavalo samo ono vrijeme dežurstva kada je radnik stvarno radio, dok se ostalo vrijeme kvalificiralo kao vrijeme odmora. Sud EU-a istaknuo je da se vrijeme dežurstva mora u cijelosti kvalificirati kao radno vrijeme, čak i onda kada radnik ne izvršava svoje profesionalne zadatke, već mu je omogućeno da se odmara.⁸¹ U svim je tim predmetima ključan element za kvalifikaciju da je riječ o radnom vremenu bila činjenica da se radnik nalazio na mjestu koje je odredio poslodavac. Štoviše to je mjesto moglo biti i različito od

77 VSRH je, rješenjem od 29. rujna 2020., zauzeo stajalište da „nije niti životnim i razumnim prihvatiti da bi ijedan djelatnik rad obavljao kroz neprekidno trajanje od 24 sata dnevno, i to u kontinuitetu od sedam dana uzastopno“. No, takav je stav revizijski sud zauzeo već u svojoj odluci posl. br. Revr-753/09 od 17. studenoga 2009. Vidi: Rješenje VSRH broj: Revr 1972/2020-2 od 29. rujna 2020.

78 Vidi: Odluke VSRH poslovni broj Revr- 875/13-2 od 30. studenog 2016., Revr-133/2015-2 od 3. siječnja 2017., Revr-1317/14-2 od 22. studenog 2016., Revr-413/17, od 24. travnja 2018., Revr 3214/2019-2 od 22. listopada 2019., Revr 319/17-2 od 24. listopada 2017. Također vidi presudu Županijskog suda u Zagrebu poslovni broj 27, Gž R-68/2021-2.

79 Vidi: Presuda *Dellas*, C-14/04, para. 58.

80 Vidi: Presuda *Jaeger*, C151/02, para. 63.

81 Vidi: Presuda *Jaeger*, C151/02, para 30., 35. i 37.

radnog mjesta. Takav je bilo slučaj u predmetu *Matzak* gdje se radnik nije nalazio na mjestu rada, nego se nalazio na mjestu koje mu je odredio poslodavac.⁸² U predmetu *Radiotelevizija Slovenija* Sud EU-a istaknuo je da kvalifikacija pripravnosti kao radnog vremena nije automatska ako se radnik ne mora nalaziti na radnom mjestu.⁸³

Iz takvog pristupa VSRH-a ujedno proizlazi da nije prihvaćen dualni koncept u kojem se pojmovi radno vrijeme i vrijeme odmora međusobno isključuju.⁸⁴ Naime, kod dualnog koncepta svaka se situacija mora kvalificirati ili kao „radno vrijeme“ ili kao „vrijeme odmora“. VSRH je u svom obrazloženju istaknuo da vrijeme u kojem se odmarao, premda je neprestano morao biti prisutan na području rada, ne može smatrati prekovremenim radom budući da ga nije proveo na stvarno odrađenim satima rada na poslovima radnog mjesta. Iz toga implicitno proizlazi da se navedeno vrijeme treba smatrati vremenom odmora. No, takva je kvalifikacija u suprotnosti s ustaljenom praksom Suda EU-a vezanom za pojam „vremena odmora“. Sud EU-a više je puta istaknuo da je to vrijeme u kojem radnik može upravljati svojim vremenom te u kojem se može posvetiti osobnim interesima.⁸⁵ Uz to, kada zbog prirode posla postoji potreba osiguranja pružanja usluga (npr. nadzor i čuvanje djece u ljetnim kampovima) te se ne može organizirati vrijeme odmora, poslodavac je dužan radniku osigurati odgovarajuća razdoblja kompenzacijskog odmora. Takva razdoblja odmora, prema Sudu EU-a, karakterizira činjenica da za to vrijeme radnik nije podvrgnut bilo kojoj obvezi prema svom poslodavcu koja bi ga spriječila da se slobodno i bez smetnji posveti vlastitim interesima u cilju neutraliziranja učinka rada na njegovu sigurnost i zdravlje. Da bi odmor bio učinkovit, radnik mora moći odvojiti se od svoga radnog okruženja na određeni broj sati, a koji moraju biti ne samo konsekutivni već se moraju izravno nadovezivati na radno vrijeme kako bi mu omogućili opuštanje i nestajanje umora nastalog zbog izvršavanja svojih dužnosti.⁸⁶

Na kraju, treba podsjetiti da su pojmovi „radno vrijeme i vrijeme odmora“ autonomni pojmovi prava EU-a te države članice ne mogu jednostrano određivati opseg tih pojmova, već je za to jedino ovlašten Sud EU-a. To vrijedi i za VSRH. Stoga bi se moglo zaključiti da postojeće zakonodavno rješenje i dosadašnja sudska praksa dovode do povrede prava EU-a,⁸⁷ te je stoga hitno potrebno pristupiti zakonodavnim izmjenama, ali i promjeni sudske prakse. Naime, prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda EU-a, sudovi država članica su već sada dužni na takve situacije izravno primjenjivati pravo EU-a, te isključiti iz primjene propis koji nije ispravno prenio odredbe Direktive 2003/88/EZ.⁸⁸

82 Vidi: Presuda *Matzak*, C-518/15, para. 58., ali i Presuda *Simap*, C303/98, para. 49.

83 Vidi: Presuda *Radiotelevizija Slovenije*, C-344/19, para. 38-46.

84 Vidi o tome Presuda *Simap*, C303/98, para. 47.

85 Vidi: Presuda *Matzak*, C-518/15, para. 59.

86 Vidi: Presuda *Union syndicale Solidaires Isere*, C-428/09, 2010., para. 49-51.

87 Predmetni zaključak odnosi se samo na situacije, odnosno tužbene zahtjeve podnesene nakon 1. srpnja 2013., odnosno nakon ulaska RH u EU. Naime, Sud EU-a nadležan je tumačiti pravo Unije u pogledu njegove primjene u novoj državi članici isključivo nakon datuma njezina pristupanja Europskoj uniji. Vidi: Presuda *Vodoopskrba*, C-254/14.

88 Još od Presude u predmetu *Simmental* ustalila se sudska praksa prema kojoj je nacionalni sudac dužan osigurati zaštitu prava priznatih na temelju odredaba pravnog sustava EU-a bez potrebe da zatraži ili čeka da nacionalna tijela stave izvan snage nacionalne mjere koje bi mogle

6. ZAKLJUČAK

Europsko radno pravo uređuje niz pitanja povezanih sa sigurnosti i zaštitom radnika, među kojima se ističe pitanje organizacije radnog vremena. RH je većinu radno-pravnih propisa EU-a prenijela u nacionalno zakonodavstvo.⁸⁹ No, europsko radno zakonodavstvo nije statično, već se stalno razvija, te je navedene promjene važno pratiti usklađivanjem nacionalnoga zakonodavstva, ali i sudske prakse. Važan dio promjena europskoga radnog zakonodavstva upravo nastaje u judikaturi Suda EU-a.

Pojmovi radnog vremena i vremena odmora autonomni su pojmovi europskoga radnog prava, te ih slijedom toga treba tumačiti Sud EU-a. Sud EU je u svojoj bogatoj sudskoj praksi razvio jasne kriterije po kojima se može razgraničiti radno vrijeme od vremena odmora. Primjenom navedenih kriterija, dežurstva koja radnik provodi na radnom mjestu, bez obzira na to odmara li se ili radi, treba uvijek kvalificirati kao radno vrijeme. Već sama činjenica da je radnik obavezan ostati na radnom mjestu znači obavljanje njegovih „poslova i zadataka“. U odnosu na stražarske aktivnosti, a koje nisu isključene iz područja primjene Direktive 2003/88,⁹⁰ pojam „radno vrijeme“ obuhvaća cijelo vrijeme dežurstava tijekom kojeg su ograničenja nametnuta radniku takve prirode da objektivno i uvelike utječu na mogućnost da radnik tijekom tih razdoblja slobodno upravlja vremenom. S obzirom na to da radnik tijekom takvog razdoblja dežurstva mora ostati udaljen od svojeg društvenog i obiteljskog okruženja te ima ograničenu slobodu upravljanja svojim vremenom tijekom kojeg nisu tražene njegove profesionalne usluge, cijelo se dežurstvo mora kvalificirati kao „radno vrijeme“, neovisno o poslu koji je radnik doista obavio tijekom njega.⁹¹ Iz navedenoga jasno proizlazi da Sud EU-a u radno vrijeme uključuje sve oblike rada te ne razlikuje redoviti i prekovremeni rad. Ono što je za Sud presudno je poštovanje minimalnih uvjeta koji su propisani tijekom odmora kako bi se zaštitilo zdravlje i sigurnost radnika. Štoviše, način plaćanja radnika za dežurstvo ne ulazi u područje primjene Direktive 2003/88, nego u područje mjerodavnih odredbi nacionalnoga prava.⁹²

Za razliku od dežurstva, pripravnost je u pravilu isključena iz radnog vremena, osim u dijelu kada je radnik stvarno pružao usluge koje mu je naložio poslodavac. No i razdoblja pripravnosti mogu se kvalificirati radnim vremenom kada se radniku znatno ograničava sloboda da se tijekom vremena odmora posveti osobnim i društvenim interesima.

Hrvatsko radno zakonodavstvo i sudska praksa ne slijede kvalifikacije i dualni

sprječavati izravnu i trenutačnu primjenu pravnih pravila Unije. Vidi: Presuda od 9. ožujka 1978., Simmenthal, C-106/77, EU:C:1978:49, 55., para. 26., Presuda od 19. siječnja 2010., Kucukdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, para. 51-56.

89 Vidi: Zlatović, *Temeljne odrednice europskog radnog prava i praksa europskih sudova o radnom-pravnim pitanjima*, 51; Marinko Učur, „Implementiranje direktiva Europske unije u radno zakonodavstvo Republike Hrvatske“, *Radno pravo* br. 11 (2009): 3-11.

90 Stražarska aktivnost koju obavlja vojnik pod određenim uvjetima isključena je iz područja primjene Direktive 2003/88/EZ. Više o tome vidi: Presuda Ministarstvo za obrambo, C-742/19., para. 88.

91 Vidi: Presuda Ministarstvo za obrambo, C-742/19., para. 93-94.

92 Vidi: Presuda Ministarstvo za obrambo, C-742/19., para. 96-97.

koncept radnog vremena i vremena odmora kako ih definira pravo EU-a. Zakonskim kvalificiranjem pripravnosti kao vremena koje ne ulazi u radno vrijeme protivno je s ustaljenom sudskom praksom Suda EU-a koja isključuje mogućnost takve automatske kvalifikacije pripravnosti kao vremena odmora. Nadalje, stajalište VSRH-a da se kao vrijeme odmora kvalificira dio vremena koje vojna djelatna osoba provodi tijekom višednevnoga obavljanja poslova dežurstva ili straže i kada je zbog prirode posla 24 sata dnevno neprestano prisutna na području rada (jer ga ne smije napustiti) u suprotnosti je s pravom EU-a. Naime, Sud EU-a istaknuo je da je činjenica da se radnik nalazi na mjestu koji mu je odredio poslodavac, zapravo izvršavanje njegovih dužnosti, bez obzira na intenzitet njegovog rada.

Slijedom navedenoga zakonodavac bi što prije trebao pristupiti izmjenama Zakona o radu radi usklađivanja definicija radnog vremena i vremena odmora s definicijama iz Direktive 2003/88/EZ. Pritom je nužno u hrvatsko zakonodavstvo uvesti definiciju vremena odmora kako bi zaživio dualni koncept radnog vremena i vremena odmora.

U odnosu na sudove, treba istaknuti da su oni već sada po važećem EU pravu obvezni uskladiti svoju sudsku praksu bez čekanja na usklađivanje Zakona o radu.⁹³ Sudovi to mogu provesti na način da tumače postojeću odredbu Zakona o radu u skladu sa sudskom praksom Suda EU-a. Ako to nije moguće onda su dužni izuzeti iz primjene odredbu nacionalnog prava koja je u suprotnosti s pravom EU-a, te izravno primijeniti definiciju radnog vremena i vremena odmora iz Direktive 2003/88/EZ. Također, općinski sudovi su obvezni odmah izmijeniti svoju sudsku praksu bez čekanja promjene stajališta VRSR-a budući da bi nastavljanje takve sudske prakse bilo povreda prava EU-a. No, ako bilo koji hrvatski sud i dalje ima dvojbu oko postupanja ili oko primjene Direktive 2003/88/EZ, njemu uvijek ostaje na raspolaganju mogućnost obraćanja Sudu EU-a s prethodnim pitanjem.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Bodiroga-Vukobrat, Nada, Sandra Laleta i Anton Jukić. „Posebnosti reguliranja radnog vremena u kontekstu smjernice 2003/88/EZ s osvrtom na nacionalna rješenja u Njemačkoj, Austiji i Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 29, br. 1 (2008.): 71-109.
2. Craig, Paul and Grainne de Burca. *EU Law, Text, Cases and Materials*. 4th. ed. Oxford Univeristy Press, 2007.
3. Crnić, Ivica. *Zakon o radu – primjena u praksi*. Zagreb: Organizator, 2017.
4. Čapeta, Tamara. *Sudovi Europske unije, Nacionalni sudovi kao europski sudovi*. Zagreb: Institut za međunarodne odnose, 2002.

93 Više o nadređenosti EU prava, potrebi tumačenja nacionalnih propisa u skladu s EU pravom te obvezi sudova da izravno primjenjuju EU pravo vidi: Goldner-Lang, Iris and Mislav Mataija, „Application of EU Law by Croatian Courts and relevant Constitutional provisions“, u: *European Union Law Application by the National Courts of the EU-Membership Aspirant countries from South-East Europe*, eds. Sašo Georgievski and Veronika Efremova (Skopje: South East European Law School Network, 2014.), 92.

5. Čapeta, Tamara i Siniša Rodin. *Osnove prava Europske unije*. Zagreb: Narodne novine, 2018.
6. Dinan, Desmond, ed. *Encyclopedia of the European Union*. London: Lynne Rienner Publishers, 2000.
7. Goldner Lang, Iris. „Učinci presuda Europskog suda u prethodnom postupku“. U: *Prethodni postupak u pravu EU – Suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom*, ur. Tamara Čapeta, Iris Goldner Lang, Tamara Perišin i Siniša Rodin, 83-101. Zagreb: Narodne novine, 2011.
8. Goldner-Lang, Iris and Mislav Matajija. „Application of EU Law by Croatian Courts and relevant Constitutional provisions“. U: *European Union Law Application by the National Courts of the EU-Membership Aspirant countries from South-East Europe*, eds. Sašo Georgievski and Veronika Efremova, 91-97. Skopje: South East European Law School Network, 2014.
9. Gotovac, Viktor i Andrea Grgić. „Radni odnosi u presudama Suda Europske unije“. *Pravo u gospodarstvu: časopis za gospodarsko-pravnu teoriju i praksu* br. 55 (2016): 947-984.
10. Herman, Vilim i Milorad Cupurdija. „Osnove radnog prava“. Osijek: Pravni fakultet Osijek, 2011.
11. Jelčić, Verica. „Radno vrijeme“. U: *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, ur. Željko Potočnjak, 147-181. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007.
12. Johansson, Anja. „Influence sur le droit français de la directive temps de travail 2003/88 (anc. 93/104) et de la jurisprudence de la Cour de justice y afférente (hors congés payés)“. *Droit Social* br. 9 (2012): 821-831.
13. Leccese, Vito. „Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time“. U: *International and European Labour Law*, eds. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier, 1285-1320. Baden-Baden: Beck, Hart, Nomos, 2018.
14. Koen Lenaerts, and Piet Van Nuffel. *Constitutional Law of the European Union*. London: Sweet & Maxwell, 2005.
15. Larion, Iuliana-Mădălina. „The effects of preliminary rulings“. *Challenges of the Knowledge Society* 5, (2015): 447-454.
16. Lyutov, Nikita, and Svetlana Golovina. „Development of labor law in the EU and EAEU: How comparable?“. *Russian Law Journal* 6, br. 2 (2018): 93-117.
17. Marinković-Drača, Dušanka. „Direktiva 2003/88 Europskog parlamenta i Vijeća o radnom vremenu i hrvatsko radno zakonodavstvo“. *Radno pravo* br. 3 (2005): 12-17.
18. Marinković-Drača, Dušanka. „Radno vrijeme“. U: *Zakon o radu s komentarom i sudskom praksom*, ur. Marinković-Drača, Dušanka, Ruždjak, Marijan, 69-85. Zagreb: TEB, 2004.
19. Mathijsen, Pierre. *A Guide to European Union Law*. 7th ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.
20. Mišćenić, Emilija. *Europsko privatno pravo*. Rijeka: Školska knjiga, 2019.
21. Petrašević, Tunjica. *Prethodni postupak pred Sudom EU*. Osijek: Pravni fakultet u Osijeku, Gradska tiskara, 2014.
22. Petrišić, Željko. *Zakon o radu – pregled sudske prakse*. Zagreb: Biblioteka Radno pravo, 2020.
23. Šokčević, Snježana. „Radno vrijeme i vrijeme odmora kao čimbenici zaštite zdravlja i sigurnosti radnika u praksi Suda Europske unije“. *Radno pravo* br. 9 (2015): 16-23.
24. Šokčević, Snježana. „Zaštita zdravlja i sigurnosti radnika primjenom pravila o radnom vremenu i odmorima“. *Sigurnost* (2012): 137-164.
25. Turkalj, Kristian. „Izvori prava EU“. *Hrvatska pravna revija* br. 8 (2008): 19-29.
26. Turkalj, Kristian. „Ključni aspekti funkcioniranja prethodnog pitanja pred Sudom Europske unije s osvrtom na iskustva hrvatskih sudova“, 169-213. Zagreb: HAZU, Zagreb, 2020.

27. Turkalj, Kristian. „Radno-pravna pitanja u praksi Suda EU s osvrtom na ključne aspekte funkcioniranja prethodnog pitanja pred Sudom Europske unije“. *Radno pravo*, br. 12 (2020): 3-15
28. Učur, Marinko. „Implementiranje direktiva Europske unije u radno zakonodavstvo Republike Hrvatske“. *Radno pravo* br. 11 (2009): 3-11.
29. Učur, Marinko. „Radno zakonodavstvo Republike Hrvatske i *acquis communautaire* – (direktive)“. *Radno pravo* br. 10 (2008): 5-15.
30. Ziller, Jacques. *Hierarchy of Norms Hierarchy of Sources and General Principles in European Union Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschafts, 2014.
31. Zlatović, Dragan. „Temeljne odrednice europskog radnog prava i praksa europskih sudova o radnom-pravnim pitanjima“. *Radno pravo* br. 5 (2012): 45-46.

Pravni akti i sudske odluke:

1. Council Directive 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organization of working time, *OJ L 307, 13.12.1993, 18-24*.
2. Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena, *SL EU L 299/9, 2003*.
3. Direktiva 2019/1158/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o ravnoteži između poslovnog i privatnog života roditelja i pružatelja skrbi i o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 2010/18/EU, *SL EU L 188, 12.7.2019., 79-93*.
4. Direktiva Vijeća 89/391/EEZ od 12. lipnja 1989. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu, *SL EU L 183, 29.6.1989*.
5. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Bota, u predmetu CC.OO. C-266/14, *EU:C:2015:391*
6. Presuda od 1. prosinca 2005., *Dellas, C-14/04, EU:C:2005:728*
7. Presuda od 10. rujna 2015., *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras, C-266/14, EU:C:2015:578*
8. Presuda od 11. travnja 2019., *Syndicat des cadres de la securite interieure, C-254/18, EU:C:2019:318*
9. Presuda od 12. studenog 1996., *Velika Britanija v. Vijeća, C-84/94, EU: C:1996:43*
10. Presuda od 14. listopada 2010., *Union syndicale Solidaires Isere, C-428/29, EU:C:2010:612*
11. Presuda od 15. srpnja 2021., *Ministarstvo za obrambo, C-742/19, EU:C:2021:597*
12. Presuda od 16. srpnja 2020., *Status talijanskih mirovnih sudaca, C-658/18, EU:C:2020:572*
13. Presuda od 19. siječnja 2010., *Kucukdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21*
14. Presuda od 21. listopada 2010. *Accardo and others, C-227/09, EU:C:2010:624*
15. Presuda od 21. veljače 2018., *Matzak, C-518/15, EU:C:2018:82*
16. Presuda od 25. studenog 2010., *Mr Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717*
17. Presuda od 26. ožujka 2015., *Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200*
18. Presuda od 3. listopada 2000., *Simap, C-303/98, EU:C:2000:528*
19. Presuda od 30. travnja 2020., *Készenléti Rendőrség, C-211/19, EU:C:2020:344*
20. Presuda od 5. listopada 2004., *Pfeiffer i dr. C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584*
21. Presuda od 6. studenog 2018., *Kreuziger protiv Land Berlin, C-619/16, EU:C:2018:872*
22. Presuda od 6. studenoga 2018., *Max-Planck, C-684, EU:C:2018:874*
23. Presuda od 9. ožujka 1978., *Simmenthal, C-106/77, EU:C:1978:49*
24. Presuda od 9. ožujka 2021., *Radiotelevizija Slovenije, C-344/19, EU:C:2021:182*
25. Presuda od 9. ožujka 2021., *RJ v Stadt Offenbach am Main, C-580/19, EU:C:2021:183*
26. Presuda od 9. rujna 2003., *Jaeger C-151/02, EU:C:2003:437*
27. Presuda od 9. studenog 2017., *Malo Marques da Rosa, C-306/16, EU:C:2017:844*
28. Presuda od od 10. rujna 2015., *Holterman Ferho Exploitatie BV i dr. protiv Friedricha Leopolda Freiherra, C-47/14, EU:C:2015:574*
29. Rješenje od 4. ožujka 2011., *Grigore, C258/10, EU:C:2011:122*
30. Rješenje od 5. studenog 2014., *Vodoopskrba, C-254/14, ECLI:EU:C:2014:2354*

31. Ugovor o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, SL EU, C 202/13., 2016., 1-388.
32. VSRH, Revr 319/17-2 od 24. listopada 2017.
33. VSRH, Revr 3214/2019-2 od 22. listopada 2019.
34. VSRH, Revr-1317/14-2 od 22. studenog 2016.
35. VSRH, Revr-133/2015-2 od 3. siječnja 2017.
36. VSRH, Revr-413/17 od 24. travnja 2018.
37. VSRH, Revr- 875/13-2 od 30. studenog 2016.
38. Zakon o radu, Narodne novine, br. 93/14., 127/17. i 98/19.
39. Županijski sud u Zagrebu, Gž R-68/2021-2

Kristian Turkalj*
Adela Turkalj**

Summary

CRITERIA FOR DISTINGUISHING BETWEEN WORKING TIME AND REST PERIOD IN JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

European Labour Law has laid down minimum safety and health requirements for the organisation of working time and rest period. Most of European labour provisions must transpose into national legislation. For the accurate transposition and application of such legislation, it is necessary to identify and understand relevant jurisprudence of the European Court of Justice of the EU. Working time and rest periods are autonomous concepts of European law and must therefore be applied equally and uniformly throughout the EU. The ECJ used a theological interpretation of these terms and gradually expanded their content. In addition, its jurisprudence provided clear criteria for distinguishing between working time and rest period. Finally, it must be noted that Croatian labour legislation and jurisprudence did not follow the development the EU concept of working time and rest period.

Keywords: *European Union; Labour Law; Directive 2002/88/EZ; on duty time; stand by time; working time; rest period.*

* Kristian Turkalj, Ph.D., Assistant Professor, Catholic University of Croatia, Zagreb; k70turkalj@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6391-4983>.

** Adela Turkalj, dipl. iur., judge, Municipal Labour Court in Zagreb; aturkalj.at@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9974-9211>.

TEMELJNE ZNAČAJKE POLUPREDSJEDNIČKOG SUSTAVA

Prof. dr. sc. Robert Podolnjak*

UDK 342.53

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.6>

Ur.: 3. studenoga 2021.

Pr.: 7. ožujka 2022.

Pregledni rad

Sažetak

U radu se razlažu temeljne značajke sustava polupredsjedničke vlade, kojeg će Maurice Duverger popularizirati kao novi model političkog sustava. Različitost pojedinih definicija polupredsjedničke vlade i njihovi nedostaci naznačuju nepostojanje konsenzusa o temeljnim značajkama toga sustava što posljedično omogućuje da se politički sustavi promatraju ili kao parlamentarni ili kao polupredsjednički, ovisno o značajkama koje se koriste u pojedinim definicijama. Na temelju analize izvornih polupredsjedničkih modela (Weimarski ustav, Ustav francuske Pete Republike) u radu se nastoji ponuditi jednu sveobuhvatniju definiciju polupredsjedničke vlade kao sustava predsjedničke dominacije u političkom sustavu. U tom se smislu taj sustav definira kao sustav u kojem: 1. predsjednika države neposredno izabiru građani, odnosno posredno izborni kolegij u kojem ne prevladava predstavničko tijelo ili je ono isključeno iz njega; 2. njegov se mandat ne može okončati političkom odlukom predstavničkoga tijela; 3. je on stvarni šef izvršne vlasti, a obavlja je osobno i putem vlade koju predlaže parlamentu i 4. temelj njegova ključnoga položaja unutar izvršne vlasti određeni su ustavni prerogativi (raspuštanje parlamenta, imenovanje i razrješenje vlade) i/ili liderski položaj u stranci/stranačkoj koaliciji koja ima većinu zastupnika u parlamentu.

Ključne riječi: *polupredsjednički sustav; Ustav francuske Pete Republike; Weimarski ustav.*

1. UVOD

Klasična dihotomna podjela na predsjedničke i parlamentarne sustave u posljednjih je nekoliko desetljeća često dovedena u pitanje, ponajprije zbog prihvaćanja trihotomne podjele političkih sustava u mnogim ustavnopravnim i politološkim komparativnim studijama. Zasluga je to francuskoga pravnika, politologa

* Dr. sc. Robert Podolnjak, redoviti profesor, Pravni fakultet, Sveučilište u Zagrebu; robert.podolnjak@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6812-5684>.

i sociologa Mauricea Duvergera i njegove elaboracije „novog modela političkog sustava“, tj. polupredsjedničke vlade.¹ Prema Duvergerovoj definiciji, koja je do danas najprihvaćenija i najutjecajnija u literaturi komparativnih političkih sustava, politički će se režim smatrati polupredsjedničkim ako ustav koji ga je uspostavio obuhvaća tri značajke: predsjednik republike izabran je neposredno, posjeduje značajne ovlasti i nasuprot sebi ima premijera i ministre koji imaju izvršne i vladine ovlasti i mogu ostati na položaju tako dugo dok se parlament tome ne protivi.² Ta definicija, kako će naglašavati Duverger, proizlazi isključivo iz „sadržaja ustava“, ne uzimajući u obzir bilo koju drugu varijablu. Iako je od Duvergerove elaboracije polupredsjedničkog sustava prošlo već više od pola stoljeća,³ rasprave o tome može li se govoriti o distinktivnom sustavu, različitom od parlamentarnog i predsjedničkog sustava, koje su njegove temeljne značajke i u kojim je državama ozbiljen taj sustav i danas traju s istim intenzitetom, kao i u vrijeme kada je Duverger objavio svoj članak. Razlog tome su i tvrdnje da je Ustav Pete Republike „jedan od najposuđivanijih ustavnih konstrukcija u svijetu“.⁴ U nas će profesor Smiljko Sokol tvrditi da „većina demokratskih ustava, koji su doneseni nakon Francuskog ustava iz 1958. godine... prihvaća polupredsjednički sustav“, a uz Hrvatsku od „postkomunističkih demokracija polupredsjednički sustav su prihvatile Rusija, Rumunjska i Bugarska, a u određenoj mjeri i Poljska te baltičke države“.⁵ Riječ je o klasičnoj raspravi o originalnim i derivativnim ustavima.⁶ Rasprava o temeljnim obilježjima polupredsjedničkog sustava aktualna je i u nas, jer se u brojnim stranim radovima još uvijek navodi kako Hrvatska ima polupredsjednički sustav vlasti,⁷ premda je hrvatska ustavnopravna znanost jedinstvena u stajalištu da od

1 Maurice Duverger, „A New Political System Model: Semi-presidential Government“, *European Journal of Political Research* 8, br. 2 (1980).

2 Duverger, *A New Political System Model*, 166.

3 Duverger taj koncept prvi put izlaže 1970. u 11. izdanju svoje knjige *Institutions politiques et droit constitutionnel*, iako je sam termin prvi koristio francuski novinar Hubert Beuve-Mwery u *Le Mondeu* 1959. Vidi Vitalino Canas, „The Semi-Presidential System“, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64, br. 1 (2004): 96.

4 Cindy Skach u uvodnim rečenicama svoje knjige navodi kako je u brojnim postkomunističkim državama kao modelski ustav odabran poluprezidencijalizam – „jedan nepoznati model općenito poznat kao ‘francuski tip’“, Cindy Skach, *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic* (Princeton: Princeton University Press, 2005.), 1 i 94. Arend Lijphart je još prije upozoravao da je poluprezidencijalizam privlačan u državama u kojima se uočava nezadovoljstvo djelovanjem predsjedničkoga sustava, primjerice, Argentini, Brazilu, Kolumbiji te drugim zemljama Latinske Amerike. Arend Lijphart, „Introduction“, u: *Parliamentary Versus Presidential Government*, ed. Arend Lijphart (Oxford: Oxford University Press, 1992.), 21.

5 Smiljko Sokol i Branko Smerdel, *Ustavno pravo* (Zagreb: Informator, 1995.), 242.

6 Prema Loewensteinu originalni je ustav onaj koji utjelovljuje novo, istinski kreativno i stoga ‘originalno’ funkcionalno načelo političke vlasti i formiranje državne volje. Derivativni ustav označava ustavni obrazac koji pretežni posuđuje od postojećih ustava prilagodavajući ih nacionalnoj sredini. Vidi Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process* (Chicago: The University of Chicago Press, 1957.), 140.

7 Tako primjerice Robert Elgie, *Semi-Presidentialism: Sub-Types and Democratic Performance* (Oxford: Oxford University Press, 2011.), 122; Thomas Sedelius i Olga Mashtaler, „Two decades of semipresidentialism: issues of intra-executive conflict in Central and Eastern Europe 1991–2011“, *East European Politics* 29, br. 2 (2013): 109-134.

promjene Ustava iz 2000. Hrvatska ima parlamentarni sustav.⁸

Termin polupredsjednički sustav još uvijek nije pretežno prihvaćen među francuskim ustavnim pravnicima,⁹ ali usprkos tome Francuska se često smatra arhetipom toga sustava¹⁰ u brojnim ustavnopravnim i politološkim analizama. To naznačuje nužnost detaljnijega propitivanja sadržaja pojma polupredsjednički sustav, koji se u komparativnoj ustavnopravnoj i politološkoj literaturi ustalio kao onaj koji se najčešće koristi, premda on u svojoj raširenoj uporabi podrazumijeva često sasvim zaseban politički režim, *sui generis* ili 'miješani' sustav, koji ima specifične karakteristike, a često se analizira kao podtip parlamentarnog sustava.

2. FRANCUSKI ARHETIP POLUPREDSJEDNIČKOG SUSTAVA

Kada se postavlja pitanje koje su temeljne značajke francuskoga modela polu-predsjedničkog sustava i može li se uopće govoriti o Francuskoj kao „arhetipu polu-predsjedničkog sustava“ različita su mišljenja u ustavnopravnoj i politološkoj literaturi. Na primjeru Weimarskog ustava (a što se odnosi i na Ustav Pete Republike) Friedrich Rüb će ustvrditi da glavna razlika među ustavima koji uspostavljaju polupredsjedničku vladu „nije ustavno ustrojstvo, nego raznolikost igara koje omogućuju“.¹¹ Michel Debre, pisac francuskog Ustava Pete Republike, i sam će priznati mogućnost njegove različite interpretacije: „Postoje dva moguća čitanja Ustava, tj. dva načina njegova interpretiranja ... Predsjednik republike izabire premijera. Premijer mora uživati povjerenje nacionalne skupštine. Takvo uređenje dovodi do dvije interpretacije ustava, obje potpuno ispravne. Jedna interpretacija čini vladu naročito poslom predsjednika. Ona druga interpretacija daje premijeru značajni osobni autoritet prvenstveno zbog potpore parlamenta. Obje su te interpretacije korištene naizmjenično“.¹² Olivier Duhamel govori pak o „hibridnom ustavnom poretku“: „Formalno, francuski Ustav je parlamentarni, kao u drugim europskim zemljama, jer vladi može biti izglasano nepovjerenje od strane parlamenta. Ali on je također predsjednički, jer je, ako gledamo dalje od formalnog pravnog temelja vlade i umjesto toga promatramo politiku, predsjednik izabran od naroda i u načelu vrši izvršnu vlast“.¹³ Peta republika, zaključuje Yves Meny, „ne odgovara u potpunosti

8 Vidi primjerice Branko Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, 2. izd. (Zagreb: Narodne novine, 2020.), 292.

9 U francuskoj ustavno-pravnoj literaturi sustav Pete Republike karakterizirat će se kao prezidencijalistički (Gicquel), parlamentarno-predsjednički (Pactet), republikanska parlamentarna monarhija ili dualistički parlamentarni sustav (Cadart), parlamentarni sustav s predsjedničkim korektivom (Colliard) itd. Vidi Vitalino Canas, „The Semi-Presidential System“, 114.

10 Robert Elgie, Duverger, „Semi-presidentialism and the Supposed French Archetype“, *West European Politics* 32, br. 2 (2009): 249.

11 Vidi Friedbert W. Rüb, „Šah parlamentu: uloga predsjednika u srednjoevropskim i istočnoevropskim tranzicijama“, *Politička misao* 30, br. 4 (1993): 98.

12 Vidi Michel Debre, „Reflections of a Modern Framer (1978)“, u: *Reforming American Government: The Bicentennial Papers of the Committee on the Constitutional System*, ed. Donald L. Robinson (Boulder: Westview Press, 1985.), 322-323.

13 Olivier Duhamel, „France's New Five Year Presidential Term“, March 1, 2001., pristup 12.

pravilima klasične ustavne ljepote“.¹⁴

De Gaulle će 1964. naglasiti da ustav čine „duh, institucije i praksa“ (*Une constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique*).¹⁵ Imajući u vidu naprijed rečeno autor se okvirno iznijeti značajke francuskoga polupredsjedničkog modela:

- predsjednik republike neposredno je izabran od naroda za utvrđeno mandatno razdoblje¹⁶
- predsjednik republike dijeli izvršnu vlast s premijerom i njegovom vladom, stvarajući time strukturu dvojne izvršne vlasti
- predsjednik imenuje i razrješuje premijera i na njegov prijedlog ostale članove vlade te predsjedava sjednicama vlade
- vlada je prema Ustavu formalno odgovorna Nacionalnoj skupštini i mora uživati njeno povjerenje
- zbiljski je vlada politički odgovorna i predsjedniku republike kada on imenuje premijera i vladu iz redova njegove stranke ili koalicije koja ga podupire
- predsjednik ima važne ovlasti koje ne podliježu supotpisu (donošenje uredbi sa zakonskom snagom, raspisivanje referendum, raspuštanje parlamenta)
- predsjednik države, a ne vlada, stvarni je nositelj izvršne vlasti u situacijama kada postoji trostruko političko suglasje: prvo između vlade i većine u parlamentu, drugo između predsjednika republike i vlade i treće između predsjednika i većine u Nacionalnoj skupštini.¹⁷

Neke među navedenim značajkama proizlaze iz samog ustavnog teksta, neke su rezultat unutarnje dinamike francuskoga političkog sustava, djelovanja političkih aktera, posebno predsjednika Republike, pa i nepisanih pravila (koja se ne bi mogla nedvojbeno okarakterizirati ustavnim konvencijama). Činjenica je, kako ukazuje Gicquel, da je od 1962. predsjednik bio u mogućnosti „dodati svojim ustavnim prerogativima druge *de facto* ovlasti koje su proizlazile iz njegove pozicije lidera

listopada 2021. <https://www.brookings.edu/articles/frances-new-five-year-presidential-term/>.

14 Yves Meny, *Francuski politički sustav* (Osijek: Pan Liber, 1998.), 24.

15 Charles De Gaulle, „Une Constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique“, tiskovna konferencija održana 31. siječnja 1964., pristup 12. listopada 2021., <http://mjp.univ-perp.fr/textes/degaulle31011964.htm>.

16 Neposredni izbor predsjednika nije izvorna značajka Ustava Pete Republike, već je to postao nakon ustavnog referendum 1962.

17 O navedenim značajkama vidi posebno Smiljko Sokol, „Polupredsjednički sustav u Francuskoj V. Republici“, u Branko Smerdel i Smiljko Sokol, *Ustavno pravo* (Zagreb: Narodne novine, 2006.), 365-367.

Ovo trostruko političko suglasje osobito naglašavaju mnogobrojni analitičari kao temeljni preduvjet stabilnoga funkcioniranja polupredsjedničkog sustava. Tako C. Skach misli isto kada govori o „konsolidiranoj većinskoj vladi“, a to je situacija kada predsjednik i premijer imaju istu većinu u parlamentu. To je onaj tip poluprezidencijalizma koji, prema njoj, minimalizira institucionalni sukob predsjednika i premijera. Vidi Skach, *Borrowing Constitutional Designs*, 15-16. Pritom je nužno istaknuti često zanemareni aspekt da je trostruko političko suglasje, koje se u Francuskoj u pravilu ostvaruje, rezultat dvokružnoga većinskog sustava, koji omogućuje slično sustavu relativne većine, ostvarivanje stabilne većine u Nacionalnoj skupštini većinskoj stranci / koaliciji.

većine u parlamentu“.¹⁸

3. POLUPREDSJEDNIČKI SUSTAV KAO NOVI MODEL POLITIČKOG SUSTAVA – DUVERGER I NJEGOVI KRITIČARI

Duverger će biti prvi analitičar koji će nastojati novi francuski sustav Pete Republike smjestiti u šire europsko okružje i definirati ga kao predstavnika jednoga modela prisutnog u većem broju europskih država. Analizirajući određeni skup država koje su ispunjavale temeljni uvjet institucionalnog ustroja (neposredno izabrani predsjednik uz odvojenu vladu odgovornu parlamentu) Duverger je uočio velike razlike između njihova formalnog ustava (polu-predsjedničkog) i funkcioniranja poput klasičnih parlamentarnih sustava. Njegova komparativna analiza sedam država koje su ispunjavale formalne kriterije, koje je sam definirao, pokazala je veliku raznolikost političke prakse, bez obzira na sličnost ustavnog okvira i ovlasti predsjednika države. Tako se ustavni okvir u Duvergera zapravo ispostavlja kao odlika od sekundarnog značenja. Ustavi Austrije, Irske i Islanda u tom su smislu „polupredsjednički“, ali je politička praksa „parlamentarna“. To će reći da se predsjednici u tim državama, bez obzira na to što su neposredno izabrani i što im ustav daje određene značajne ovlasti, u praksi ponašaju poput njemačkog i talijanskog predsjednika ili čak britanske kraljice. U tri slučaja (propala Weimarska Republika, Finska i Portugal) Duverger će uočiti stvarni dualizam izvršne vlasti, prema kojem je u stvarnom smislu uravnotežena podjela izvršnih ovlasti, svojevrsni *power sharing*, između predsjednika i vlade. Treći obrazac polupredsjedničkog sustava Duverger nalazi u Francuskoj, gdje uočava „svemoćno predsjedništvo“ u kojem su francuski predsjednici, od De Gaullea nadalje, „neposredno izvršavali prerogative koji su im dodijeljeni ustavom. Oni su izvršavali posredno prerogative svojih premijera i vlada, svodeći ove potonje na poslušnike. Na taj su način postali vrhovni poglavari izvršne vlasti i stvarni šefovi vlade“.¹⁹

Razlozi varijacija ustavno-političke prakse i položaja predsjednika u pojedinim polu-predsjedničkim sustavima manje su proizlazili iz ustavnih ovlasti šefova država (ovlasti pri formiranju vlade, raspuštanju parlamenta, predlaganju referenduma, sudjelovanja u zakonodavnom procesu, posjedovanja izvanrednih ovlasti, ovlasti imenovanja koje se mogu vršiti samostalno ili uz prijedlog vlade, odnosno supotpis premijera), već ponajprije iz tradicija pojedine zemlje i privrženosti političkih stranaka parlamentarizaciji političke prakse, odnosno njenoj prezidencijalizaciji. Najvažnija je eksplikatorna varijabla različite uloge i položaja predsjednika u pojedinim polupredsjedničkim sustavima za Duvergera njegov odnos prema parlamentarnoj većini: „Ako joj je on na čelu, postaje svemoćan, poput francuskih predsjednika. Ako je njen član, bez da bude na njenom čelu, postaje figura poput sadašnjeg austrijskog predsjednika ili većine irskih predsjednika. Ukoliko je izvan te većine, bilo kao njen protivnik, bilo kao neutralna osoba, on će biti u jednoj regulatornoj poziciji i njegove

18 Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 10. izd. (Paris: Montchrestien, 1989.), 580.

19 Duverger, *A new political system model*, 171.

stvarne ovlasti tada će odgovarati ustavnom nacrtu²⁰.

Duvergerova definicija polupredsjedničkog sustava poslužit će kao temelj svim kasnijim nastojanjima da se taj hibridni sustav pokuša jasnije elaborirati i razlučiti u odnosu prema predsjedničkom sustavu, s jedne i parlamentarnom sustavu, s druge strane. Prvi otklon od njegove definicije išao je smjeru drukčijeg odnosa njegove postavke da predsjednik mora imati „prilično značajne ovlasti“. Duverger sam nije nikada pobliže precizirao koje to predsjedničke ovlasti smatra „značajnim“, odnosno kako bi se pouzdano moglo, čitanjem ustava pojedinih zemalja i praćenjem ustavnopolitičke prakse, utvrditi posjeduje li predsjednik ovlasti koje su dovoljno važne da bi se režim mogao klasificirati kao polupredsjednički.

Stoga je dio analitičara reducirao njegovu izvornu definiciju polupredsjedničkog sustava i iz nje izbacio dio da predsjednik mora imati značajne ovlasti, time ostavljajući samo institucionalne značajke (neposredno izabrani predsjednik, vlada odgovorna parlamentu) kao nužne i dovoljne da bi se neki sustav mogao smatrati polupredsjedničkim. Prednosti takve definicije, kako ističu njeni zagovornici, dopušta uvrštavanje u kategoriju polupredsjedničkih režima točno određene države i maksimalizira priliku da se one uspoređuju kao slične.²¹ Naravno, prema takvoj, najširoj mogućoj definiciji, moguće je kategorizirati čak 55 država kao polupredsjedničke (među njima, dakako, i Hrvatsku), što bi trebalo voditi zaključku da je riječ o vrlo raširenom sustavu vlade, koji zaslužuje veću pažnju, no što mu je do sada pridala akademska zajednica.²² Međutim, jasno je da zagovaratelji takve definicije ne mogu izbjeći ono što je uočio već Duverger – da se zbog vrlo različite političke prakse polupredsjedničke države ne mogu tek tako uspoređivati i da ih je nužno podijeliti na podtipove.²³ No, čemu služi jedna vrlo široka definicija polupredsjedničkih sustava koja potom zahtijeva subpodjelu tih sustava, jer je među njima toliko različita politička praksa, ali još više ustavni položaj i ovlasti predsjednika države, da je nemoguće uspoređivati sve države koje su jednostavno ugrane u Prokrustovu postelju poluprezidencijalizma. Između jedne Slovenije, Irske

20 Duverger, *A new political system model*, 184.

21 Robert Elgie, „A Fresh Look at Semipresidentialism: Variations on a Theme“, *Journal of Democracy* 16, br. 3 (2005): 100.

22 Ne treba čuditi da takva definicija dolazi od Roberta Elgia, autora više zbornika radova o poluprezidencijalizmu u Europi. Vidi npr. Robert Elgie, ed., *Semipresidentialism in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 1999.); Robert Elgie i Sophia Moestrup eds., *Semipresidentialism in Central and Eastern Europe* (Manchester: Manchester University Press, 2008.). Na drugom su kraju Stepan i Skach koji nalaze samo dva polupredsjednička sustava (Francusku i Portugal). Vidi Alfred Stepan i Cindy Skach, *Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism*, *World Politics* 46, br. 1 (1993): 8-9.

23 Tako, primjerice, Elgie nalazi tri podtipa polupredsjedničkih sustava: visoko prezidencijalizirani polupredsjednički režimi koji su vrlo slični čistom prezidencijalizmu (Rusija i niz drugih zemalja bivšega Sovjetskog Saveza), polupredsjednički režimi s ceremonijalnim predsjednicima koji funkcioniraju poput parlamentarnih sustava (misli na Austriju, Island, Sloveniju, Irsku, Bugarsku i Portugal) te polupredsjedničke režime s ravnotežom predsjedničkih i premijerskih ovlasti (vrlo široko definiran podtip u kojem su zemlje poput Finske, Litve, Poljske, Hrvatske i Francuske). Vidi Elgie, *A Fresh Look at Semipresidentialism*, 102-108.

ili Islanda s jedne strane, Poljske, Finske i Litve na drugoj, Francuske na trećoj, a Rusije, Ukrajine i Bjelorusije na četvrtoj izrazite su kvalitativne razlike položaja, uloge i ovlasti predsjednika države, koje se ne mogu svesti tek na političku praksu, kao što je to tvrdio Duverger na znatnom manjem uzorku zemalja, već je riječ o sadržajno drukčijem ustavnom položaju predsjednika i njegovim ovlastima. Neki politički sustavi s neposredno izabranim predsjednikom (Slovenija, Austrija, Irska, Island) sličniji su čisto parlamentarnim sustavima nego onima koji se, poput Francuske, smatraju polupredsjedničkim. To nam potvrđuje da neposredno izabrani predsjednik i vlada odgovorna parlamentu jesu možda nužni, ali svakako nisu dovoljni uvjeti za jednu cjelovitu definiciju polupredsjedničkoga sustava koja bi mogla poslužiti u eksplanatorne svrhe.

Drukčija reformulacija Duvergerove definicije bez uzimanja u obzir varijable „predsjedničke ovlasti“, a na temelju evolucije i iskustava francuske Pete Republike kao prototipa polupredsjedničkog sustava, polazi od toga da je francuski sustav istinski miješani sustav temeljen na fleksibilnoj strukturi dvostruke vlasti, tj. dvoglave egzekutive u kojoj se „prva glava“ mijenja (oscilira) kako se mijenjaju većinske kombinacije.²⁴ U tom smislu nadopunjena Duvergerova definicija polupredsjedničkog sustava u varijanti Giovannija Sartorija glasi:

1. šefa države posredno ili neposredno izabire narod za utvrđeno mandatno razdoblje
2. šef države dijeli izvršnu vlast s premijerom, time stvarajući strukturu dvojne vlasti koja je definirana trima kriterijima:
3. predsjednik je neovisan o parlamentu, ali nije ovlašten vladati sam ili neposredno i stoga njegova volja mora biti provediva putem njegove vlade
4. suprotno tome, premijer i njegov kabinet su neovisni o predsjedniku u tom smislu što su ovisni o parlamentu: podložni su ili parlamentarnom povjerenju ili nepovjerenju (ili objem) i u svakom slučaju trebaju potporu parlamentarne većine
5. struktura dualne vlasti poluprezidencijalizma dopušta različite ravnoteže i također promjenjive nadmoćnosti unutar egzekutive, uz striktno uvjete da postoji ‘potencijal autonomije’ svake sastavne jedinice izvršne vlasti.²⁵

Nestalnost u odnosima predsjednika i vlade zbog mogućnosti promjenjivih stranačkih većina u parlamentu nisu, kao što je to ustvrdio Duverger, izmjena predsjedničkih i parlamentarnih faza u političkom životu,²⁶ već je riječ o fleksibilnim pomjeranjima težišta političke moći u jednom sustavu. Naime, za Sartorija ne postoji nešto kao „parlamentarna faza“ u polupredsjedničkom sustavu, jer i kada ima protivnu vladu i stranačku većinu u parlamentu, francuski predsjednik ima znatno veće ovlasti od predsjednika u čisto parlamentarnom sustavu. On nije tada svemoćan, ali je važan čimbenik izvršne vlasti. Također, predsjednik koji vlada s pomoću „svoje“ vlade ne

24 Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering, An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, 2. izd. (New York: New York University Press, 1997.), 125.

25 Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*, 132.

26 Duverger je prihvatio ocjenu Vedela da poluprezidencijalizam nije „jedna *sinteza* parlamentarnog i predsjedničkog sustava, već jedna *izmjena* između predsjedničkih i parlamentarnih faza“ (Duverger, *A New Political System Model*, 186).

može biti sveden na predsjednika koji, kao u predsjedničkom sustavu, sam čini vladu.

Znatno se češće u komparativnoj literaturi pokušava ispuniti sadržajem Duvergerov uvjet da predsjednik u polupredsjedničkom sustavu ima „značajne ovlasti“. Pojedini autori definiraju veći ili manji niz kategorija predsjedničkih ovlasti. Najvažnije među njima su uloga predsjednika u formiranju vlade, predsjedavanje sjednicama vlade, mogućnost razrješenja vlade, zakonodavne ovlasti (pravo veta, donošenje uredbi sa zakonskom snagom, zakonodavna inicijativa i dr.), mogućnost predlaganja referenduma, ovlasti tijekom izvanrednog stanja, mogućnost raspuštanja parlamenta, samostalne ovlasti imenovanja te uloga u vanjskoj politici i politici nacionalne sigurnosti.

Pojedini analitičari koriste različite pokazatelje predsjedničkih ovlasti, različito ih vrednuju te na temelju konačnoga bodovnog salda definiraju „snagu“ predsjednika u pojedinom sustavu. No, pritom nema unaprijed određenih parametara koji bi se koristili jednoobrazno, niti se posvećuje jednaka pozornost pojedinim ovlastima. Riječ je u pravilu o subjektivnim procjenama „jačine“ pojedinih ovlasti predsjednika, a teško je međusobno uspoređivati različita vrednovanja ovlasti pojedinih analitičara.

U skupinu analitičara koji razdjelnicu parlamentarnih i polupredsjedničkih sustava nalaze u ovlastima predsjednika pripada i Smiljko Sokol, ali za razliku od ostalih, ključnu varijablu razlikovanja dvaju sustava nalazi u prisutnosti ili odsustvu instituta supotpisa: „Dok kod čistog parlamentarnog sustava svaki akt državnog poglavara mora biti supotpisan, kod polupredsjedničkog sustava institut supotpisa je samo iznimka“.²⁷ Upravo primjer francuske Pete Republike ukazuje, prema Sokolu, da znatno snažniji i neovisniji položaj predsjednika Republike prema drugim najvišim državnim tijelima proizlazi iz činjenice da mu nije potreban supotpis predsjednika Vlade u vršenju nekih važnih ustavno-političkih ovlasti (raspisivanje referenduma, raspuštanje Nacionalne skupštine, poduzimanje mjera u izvanrednim prilikama).²⁸

No, činjenica je da je prema Weimarskom ustavu svaki akt predsjednika države morao biti supotpisan (čl. 50. toga ustava),²⁹ a upravo je njime stvoren prvi

27 Smerdel i Sokol, *Ustavno pravo*, 363.

28 Smiljko Sokol, „Temeljna obilježja francuskog ustava iz godine 1958.“, *Vladavina prava* 1, br. 4-5-6 (1997): 114-115.

29 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 9. izd. (Berlin: Duncker & Humblot, 2003.), 352.

Autor Weimarskog ustava Hugo Preuß naglašavao je da su sve odluke predsjednika Reicha podložne supotpisu kancelara ili nadležnog ministra braneći nužnost supotpisa čak i kod ovlasti raspuštanja parlamenta i raspisivanja referenduma. Preuß će argumentirati da je nužnost supotpisa u tim situacijama nužna, jer je time predsjedniku zapriječeno da ide protiv parlamentarne većine i od nje podupirane vlade. Kada bi predsjednik takve akte mogao donijeti bez supotpisa svaka bi odgovorna vlada u tom slučaju morala podnijeti ostavku. Preuß je izrazio dvojbu da bi nakon raspuštanja parlamenta moglo uspjeti stvaranje jednog „politički mogućeg kabineta“. Tada bi se predsjednik našao izoliranim nasuprot biračkom tijelu, njegova bi pobjeda bila „pobjeda jedne čisto osobne politike“, a poraz bi njegov položaj učinio neodrživim. Preuß upozorava: „Ustavom propisani postupak ne čini predsjedniku nemogućim preusmjeriti kormilo države protiv volje dosadašnje (parlamentarne) većine i njenog ministarstva, ali zahtijeva od njega da prethodno oblikuje novi kabinet, koji će preuzeti odgovornost za novi kurs s uvjerenjem da će pri glasačkoj provjeri dobiti većinu. Narod dakle odlučuje između starog i novog kabineta, a ne o osobnoj politici predsjednika“. Vidi Hugo Preuß, *Gesammelte Schriften: Vierter Band: Politik und Verfassung in der Weimarer Republik* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.), 343.

polupredsjednički sustav.³⁰ Dakle, institut supotpisa kao pravilo ili iznimka pri donošenju predsjedničkih akata ne može biti jedina razlikovna značajka između čistoga parlamentarnog sustava i polupredsjedničkog sustava. Ne bi to trebala biti niti politička neodgovornost predsjednika, budući da je Weimarski ustav u čl. 43. predvidio takvu njegovu odgovornost, što nam potvrđuje i autor toga ustava Hugo Preuß.³¹

Posljednja reformulacija izvorne Duvergerove definicije polupredsjedničkog sustava koju daju Mathew Soberg Shugart i John Carey odnosi se na dijeljenje tog sustava na dva podtipa s obzirom na odgovornost vlade prema predsjedniku, odnosno parlamentu, kao ključne varijable. Prvi podtip (premijer - prezidencijalizam) ima iste značajke kao i Duvergerov polupredsjednički sustav, s time da ovlasti predsjednika nisu nužno zakonodavne. Drugi podtip (predsjedničko-parlamentarni sustav) bitno se razlikuje od prvoga po tome što predsjednik ima ovlast i imenovati i razriješiti članove vlade te uz to je ovlašten raspustiti parlament i/ili zakonodavne ovlasti.³² Predsjedničko-parlamentarni sustav u svom bi nazivu trebao predočiti koje institucije imaju ovlast nad vladom tako da se u toj varijanti ističe istodobna dvostruka odgovornost vlade i pojedinih ministara prema predsjedniku i prema parlamentu, dok se u dugoj varijanti (premijer - prezidencijalizam) naglašava primarnost premijera: „Pod premijer - prezidencijalizmom premijer i kabinet su *isključivo* odgovorni skupštinskoj većini, dok su pod prezidencijal - parlamentarizmom premijer i kabinet *dvostruko* odgovorni predsjedniku i skupštinskoj većini“.³³ Predsjedničko-parlamentarna inačica poluprezidencijalizma mnogo je bliža čistom predsjedničkom sustavu, ali ona ipak ostaje u okviru polupredsjedničkog sustava budući da parlament može smijeniti vladu, bez obzira na eventualno protivljenje predsjednika. Tipični slučajevi predsjedničko-parlamentarne inačice poluprezidencijalizma su, prema Shugartu, weimarska Njemačka, Rusija i Austrija(?), a podtipu premijer - prezidencijalizam pripadale bi Francuska, Portugal, Poljska, Litva itd. Hrvatska je do 2000. svrstavana

30 I Smiljko Sokol smatra da se weimarski parlamentarizam može smatrati „pretečom ili čak prvim primjerom polupredsjedničkog sustava“. Vidi Smerdel i Sokol, *Ustavno pravo*, 360.

31 Korelat raspuštanja parlamenta, kako bi o njegovu budućem sastavu i novoj vladi odlučivao narod, je za Preuša odredba čl. 43. Ustava prema kojoj parlament može dvotrećinskom većinom zatražiti opoziv predsjednika putem neposrednog glasovanja. Odbacivanje opoziva od naroda ima dvostruku posljedicu: smatra se reizborom predsjednika na novi sedmogodišnji mandat i rezultira raspuštanjem Reichstaga. Kako ukazuje Preuß, to je „jedini ustavom predviđeni slučaj provedbe političke odgovornosti predsjednika Reicha, u ostalom on je u potpunosti pokriven političkom odgovornošću ministarstava Reicha“ (Preuß, *Gesammelte Schriften*, 343). Preuß će u jednom drugom tekstu čak naznačiti da predsjedničko pravo raspuštanja parlamenta mora biti pravno kompenzirano pravom parlamenta da inicira postupak utvrđivanja političke odgovornosti predsjednika, tj. odlučivanje građana o njegovu opozivu i da se jedno bez drugoga ne može pravno braniti. Vidi Hugo Preuß, *Staat, Recht und Freiheit: Aus vierzig Jahren deutscher Politik und Geschichte* (Hildesheim: Georg Olms Verlag, 2006.), 417.

32 Matthew Soberg Shugart i John M. Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992.), 23-24.

33 Matthew Soberg Shugart, „Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns“, *French Politics* 3, br. 3 (2005): 333.

u predsjedničko-parlamentarnu inačicu poluprezidencijalizma,³⁴ jer je prema čl. 98. tadašnjeg Ustava predsjednik mogao imenovati i razriješiti dužnosti predsjednika i pojedine članove vlade, a nakon ustavne promjene Hrvatska bi pripadala podtipu premijer - prezidencijalizam.³⁵

Iako, naizgled, Shugart-Careyeva klasifikacija bolje izražava različitost polupredsjedničkih sustava, kroz dvije podvrste koje se temelje na odnosu predsjednika i vlade, ona je previše formalistička i ne uzima u obzir političku praksu, odnosno materijalni ustav. Naime, prema njihovoj klasifikaciji Francuska pripada premijer - prezidencijalizmu, u kojem je naglašena uloga premijera i u kojem nije ustavno propisana odgovornost vlade prema predsjedniku, ali politička praksa Pete Republike nedvojbeno ukazuje da je premijer, osim u razdobljima kohabitacije, znatno slabiji dio dvojne egzekutive.³⁶ Upravo će Duverger, premda prije prvoga razdoblja kohabitacije, govoriti o „svemoćnom predsjedništvu“ u Francuskoj, u kojem će premijeri biti svedeni, prema riječima Rene Capitana, na „šefa ureda predsjednika Republike“.³⁷ Predsjednik će države smjenjivati premijere kad god to poželi. Kako će u vrijeme „vladavine“ predsjednika Mitterranda zaključiti Roy Macridis: „Premijer duguje svoju vlast i položaj predsjedniku i izvodi svoje ovlasti ne iz Ustava ili povjerenja Nacionalne skupštine, već od predsjednika. On je predsjednikov čovjek“.³⁸ Nužno je pritom napomenuti da je ustavni običaj da predsjednik može smijeniti predsjednika vlade koji pripada njegovoj stranačkoj, odnosno koalicijskoj, većini.³⁹

34 Vidi Rüb, *Šah parlamentu*, 89.

35 Vidi Thomas Sedelius, *The Tug-of-War between Presidents and Prime Ministers: Semi-Presidentialism in Central and Eastern Europe* (Örebro: Örebro University, 2006.), 57.

U nas Sokol, čije mišljenje dijeli autor, naglašava dvostruku ovisnost vlade kao jednu od temeljnih razlika između ustavnog modela čistoga parlamentarnog i polupredsjedničkog sustava, a ne kao Shugart i Carey između dva podtipa polupredsjedničkog sustava. Vidi Smiljko Sokol, „Suvremeni parlamentarizam, polupredsjednički sustav i novi hrvatski ustav“, *Zakonitost* 44, br. 11-12 (1990): 1425.

Njemački autor Georg Brunner također smatra da je odlučujuća značajka parlamentarnog sustava politička odgovornost vlade isključivo prema parlamentu, dok je značajka miješanih ili polupredsjedničkih sustava dvostruka odgovornost vlade. Vidi Brunner, „Präsident, Regierung und Parlament: Machtverteilung zwischen Exekutive und Legislative“, u: *Neue Regierungssysteme in Osteuropa und der GUS*, hrsg. Otto Luchterhandt, 2. Aufl. (Berlin: Verlag Arno Spitz, 2002.), 79-80, 85.

36 Većina analitičara koji kritiziraju Shugart-Careyev pristup zamjeraju im upravo to što inzistiraju na tome da francuski predsjednik nema formalnu ovlast razrješenja vlade, a nesporno je da *de facto* ta ovlast postoji. Tako, npr. Klaus Von Beyme, *Parliamentary Democracy: Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999* (Houndmills: Basingstoke, Macmillan Press Ltd., 2000.), 14. Prema Sartorijevom mišljenju imajući u vidu francuski ‘materijalni ustav’ taj bi sustav prema Shugart-Careyevoj klasifikaciji pripadao predsjedničko-parlamentarnom, a ne premijersko-predsjedničkom tipu. Vidi Sartori, *Comparative constitutional engineering*, 139. Zanimljivo je da Shugart i Carey te njihovi sljedbenici nikada nisu odgovorili na te kritike.

37 Duverger, *A New Political System Model*, 171-172.

38 Roy Macridis, „Politics of France“, u: *Modern Political Systems: Europe*, ed. Roy Macridis, 7. ed. (Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1990.), 82. Ističu se primjeri smjenjivanja premijera Debrea 1962., Pompidoua 1968., Chaban-Delmasa 1972. i Mauroya 1984., sve po volji predsjednika države, a ne Nacionalne skupštine.

39 Vidi Jon Elster, „Afterward: the making of postcommunist presidencies“, u: *Postcommunist*

Uz to, Shugart i Carey su naznačili da je jedna od značajki predsjedničkog parlamentarnog sustava ovlast predsjednika da samostalno raspusti predstavničko tijelo. Takvu ustavnu ovlast upravo nemaju (ili je nisu imali) predsjednici onih država koje su oni svrstali u taj podtip polupredsjedničkog sustava (weimarska Njemačka, Austrija, Rusija, Hrvatska do 2000.), a ima je francuski predsjednik. Upravo na primjeru Francuske, prototipa polupredsjedničke vlade, pokazuje se puki formalizam Shugart-Careyove konstrukcije. Štoviše, u vrijeme kohabitacije predsjednika s vladom koja uživa povjerenje predsjedniku nenaklonjene (tj. većinski protivne) Nacionalne skupštine francuski sustav bi doista mogao odgovarati premijer - predsjedničkom sustavu. No, to samo znači da bi ovisno o (ne)podudarnosti predsjednika i stranačke većine u skupštini francuski sustav varirao između predsjedničkog parlamentarnog i premijer-predsjedničkog sustava, čime se dokazuje koliko je Shugart-Careyeva konstrukcija neodgovarajuća.

4. POLUPREDSJEDNIČKI SUSTAV KAO MODEL PREDSJEDNIČKE DOMINACIJE U POLITIČKOM SUSTAVU

Mnogi će analitičari na temelju Duvergerove definicije istaknuti da je kombinacija dviju ustavnih značajki – da je šefa države izabrao narod za određeno unaprijed utvrđeno razdoblje i da istodobno postoji šef vlade u vidu premijera, kojeg obično imenuje predsjednik, a odgovoran je parlamentu – upravo ono što države koje imaju takav institucionalni ustroj bitno odvajaju od predsjedničkog i parlamentarnog sustava, u kojima se ne može naći takva institucionalna kombinacija. Dakle, značajka polupredsjedničkog sustava nalazila bi se u dvostrukoj egzekutivi, dvojnomo obnašateljstvu izvršnih ovlasti, koji oboje imaju neposrednu izbornu legitimaciju (predsjednik putem neposrednih predsjedničkih izbora, a premijer putem parlamentarnih izbora). Izvršna je vlast podijeljena između predsjednika i premijera, iako se u pravilu neće moći ustavno-politički definirati parametri te podjele karakteristični za predsjednički sustav.

Analitičari parlamentarnog sustava, od Verneya do von Beymea, u svojim će definicijama navoditi da je jedna od njegovih temeljnih karakteristika „dvojna egzekutiva“, gdje „premijer ili kancelar postaje šef vlade, a monarh ili predsjednik djeluje kao šef države“.⁴⁰ Pritom će Verney dodati da podrazumijeva predsjednika kojeg je izabrao parlament. No, on će sam među prvima istaknuti da tamo gdje predsjednik ima „posebne ovlasti usporedive s ili iznad onih kabineta sustav na toj točki prestaje biti istinski parlamentarni“.⁴¹ Naime, svi će analitičari parlamentarnog sustava, još od Bagehota, ukazivati na to da je kabinet zamijenio monarha kao djelatnog (engl. *efficient*) dijela vlade, prepuštajući mu ulogu (po)časnog (engl. *dignified*) dijela vlade.⁴² Sustav u kojem bi monarh ili predsjednik po svojim ovlastima postao djelatni

Presidents, ed. Ray Taras (Cambridge: Cambridge University Press, 1997.), 226.

40 Verney, *Analysis of Political Systems*, 178.

41 Verney, *Analysis of Political Systems*, 178.

42 U germanskoj će se tradiciji slično tome savezni kancelar smatrati dinamičkim autoritetom, 'aktivnim kraljem' (*dux*), dok je predsjednik integrirajući autoritet, pasivni kralj (*rex*). Vidi

dio vlade bio bi izvan dosega definicije parlamentarnog sustava kako je ona dana u klasičnom djelu *The English Constitution*.⁴³

Nerazriješen spor između pobornika dihotomne i trihotomne podjele političkih režima uvelike proizlazi iz toga može li se pojam, sadržaj i međusobni odnos „dvojne egzekutive“ (šef države u vidu monarha ili predsjednika i premijer) uvijek i u svakom slučaju uklopiti unutar modela jednoga parlamentarnog sustava ili može biti različit (zbog načina izbora šefa države, njegovih ovlasti, odnosa prema vladi i parlamentu) da se može govoriti o *sui generis* sustavu. Kada je njemački ustavnopravni teoretičar Carl Schmitt pisao o položaju i ovlastima predsjednika njemačkoga Reicha prema Weimarskom ustavu (a on je prethodnik Ustava Pete Republike i prvi primjer polupredsjedničkog sustava u suvremenom smislu) zaključio je da je taj ustav „ugradio elemente jednog predsjedničkog sustava pored onih čisto parlamentarnog sustava“, a položaj predsjednika Reicha odgovara „republikaniziranom monarhu parlamentarne monarhije“.⁴⁴ U svom prvom osvrtu na Ustav Pete Republike Karl Loewenstein je napisao da „slično monarhu predsjednik vlada, *audessus de la melee*, iznad potencijalnih sukoba između vlade i parlamentarne većine, nesmjnjiv tijekom njegova mandata, jedan izabrani republikanski monarh, ali svejedno monarh“.⁴⁵

Pitanje koje se nameće je sljedeće: mogu li se monarhijski i republikanski šef države u načelu promatrati kao institucionalni ekvivalenti? Ako da, tada bi režimi s neposrednom izabranim predsjednikom bili samo reinkarnacija dvojne monarhije iz sredine 19. stoljeća. Ako ne, tada možemo govoriti o samosvojnem političkom sustavu. Ako se opredijelimo za ovo prvo tada ćemo u sustavima gdje je neposredno izabran predsjednik imati bezbroj inačica parlamentarnog sustava, mnoštvo hibridnih, miješanih sustava s različitim ovlastima predsjednika i različitim kombinacijama njegova odnosa prema vladi, odnosno parlamentu. Ako se, pak, opredijelimo za potonje rješenje, tada smo prinuđeni definirati jasne granice koje odjeljuju taj novi polupredsjednički sustav od predsjedničkog s jedne, a parlamentarnog s druge strane.

U svojoj ocjeni karaktera i razlikovnih značajki polupredsjedničkih i parlamentarnih političkih sustava autor će krenuti od najranije, premda po njegovu

Hans-Georg Heinrich i Manfred Welan, *Politički sustav Austrije* (Osijek: Pan Liber, 1998.), 203.

43 Vidi Walter Bagehot, *The English Constitution* (London: Oxford University Press, 1963.). U tom smislu i Lijphart ističe potencijalnu nespojivost šefa države kojeg je izabrao narod i parlamentarna vlada: „narodni izbor može dati šefu države demokratski legitimirano opravdanje da zadire u ili preuzme vodstvo nad vladom, na taj način fundamentalno mijenjajući prirodu parlamentarnog sustava“. Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries* (New Haven: Yale University Press, 1984.), 89. Upravo zbog toga Lijphart smatra da francuski sustav, izvan razdoblja kohabitacije, spada u kategoriju predsjedničkih sustava, jer je predsjednik stvarni šef izvršne vlasti. Vidi Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (New Haven: Yale University Press, 1999.), 119. Za istu tezu vidi i Ezra Suleiman, „Presidential Government in France“, u: *Presidents and Prime Ministers*, eds. Richard Rose i Ezra Suleiman (Washington D.C.: AEI, 1980.), 94-138.

44 Schmitt, *Verfassungslehre*, 291-292.

45 Karl Loewenstein, „The Constitution of the Fifth Republic a Preliminary Report“, *The Journal of Politics* 21, br. 2 (1959): 218.

mišljenju, još uvijek najbolje ustavnopravne analize jednoga polupredsjedničkog sustava. Analizirajući Weimarski ustav, koji je, današnjim rječnikom rečeno, prvi *polupredsjednički ustav* i bez mogućnosti usporedbe s bilo kojim sličnim sustavom Carl Schmitt je uočio nekoliko njegovih važnih značajki. Prva je da Weimarski ustav objedinjuje i stapa različite elemente parlamentarnog, premijerskog, kabinetskog i predsjedničkog sustava. U tom smislu parlamentarni sustav je ustavno prisutan u odredbama o ovisnosti vlade i svakog ministra o povjerenju parlamenta i nužnosti supotpisa svih akata predsjednika države od premijera, odnosno nadležnog ministra. Premijerski (odnosno kancelarski) sustav proizlazi iz odredbi o određivanju političkog usmjerenja vlade od strane kancelara *Reicha*, njegova prava predlaganja ministara i predsjedavanja vladom. Kabinetski sustav proizlazi iz imenovanja vlade od predsjednika *Reicha*, a u svezi s nužnošću povjerenja u parlamentu, kolegijalno odlučivanje vlade te njeno donošenje odluka većinom glasova. I na kraju, Schmitt je uočio sljedeće elemente predsjedničkoga sustava: političko vodstvo predsjednika na temelju izbora od čitavog naroda, ovlasti raspuštanja parlamenta, ovlasti raspisivanja referendumata, prava imenovanja i razrješenja premijera te na njegov prijedlog i ministara u vladi.

Na ovom mjestu autor ističe jedan, ali važan, otklon od Schmittove postavke da su u Weimarski ustav ugrađeni elementi predsjedničkoga sustava. Naime, jedino su neposredni izbor predsjednika od naroda i njegov fiksni mandat (uz određene preinake) striktno elementi predsjedničkog sustava,⁴⁶ a ostalo su predsjednički prerogativi (nekada kraljevski), jer u klasičnom predsjedničkom sustavu američkoga tipa predsjednik nema ovlast raspuštanja predstavničkog tijela, raspisivanja referendumata ili imenovanja vlade (kako taj pojam koristimo u opisu parlamentarnog sustava). Najvažniji predsjednički prerogativi u polupredsjedničkoj vladi weimarskoga tipa, dakle, nisu u ustavnopravnom smislu dio jednoga predsjedničkog sustava – oni su čak, štoviše, nespojivi sa samom biti i karakterom predsjedničkoga sustava. Ti predsjednički prerogativi nemaju, dakle svoje izvorište u predsjedničkom sustavu (koji je sustav institucionalne diobe vlasti), već u parlamentarnoj monarhiji. Na drugom mjestu Schmitt je ispravno naznačio, kao što je autor ranije spomenuo, da položaj predsjednika *Reicha* odgovara „republikaniziranom monarhu parlamentarne monarhije“.

Ugradnjom određenih elemenata predsjedničkog sustava i predsjedničkih prerogativa u ustav izvršna je vlast podijeljena između predsjednika *Reicha* i vlade u užem smislu, a Weimarski je ustav „potencijalno priznao“ mogućnost ozbiljenja sva četiri podsustava (parlamentarnog, premijerskog, kabinetskog i predsjedničkog podsustava).⁴⁷ Schmitt će pritom zaključiti: „Međusobni odnos različitih mogućnosti

46 O tome vidi i Juan Linz, „Introduction: some thoughts on presidentialism in postcommunist Europe“, u: *Postcommunist Presidents*, ed. Ray Taras (Cambridge: Cambridge University Press, 1997.), 4.

47 Za ovaj je rad manje važno Schmittovo razlikovanje kancelarskog i kabinetskog podsustava. To razlikovanje proizlazi iz stranačkog sastava parlamentarne većine. Ako će jedna stranka prevladavati u parlamentu njezin će lider imati položaj kancelara u vladi. Ako će, vlada biti koalicijska, s više snažnih stranaka, predsjednik vlade neće imati prevladavajući položaj niti će moći samostalno definirati politiku vlade.

(ozbiljenja tih podsustava) jest istinski problem parlamentarne vlade u njemačkom *Reichu* prema Weimarskom ustavu⁴⁸. Te različite mogućnosti ozbiljenja pojedinih podsustava proizlazi će iz ustavno definiranog postojanja dvaju mogućih političkih vođa, jednoga (kancelar) koji proizlazi iz parlamentarne većine i drugoga (*Reichspräsident*) koji uživa neposredno povjerenje naroda. Njihovo djelovanje može u političkoj stvarnosti u različito vrijeme biti različite snage, bez bilo kakve promjene ustavnoga teksta i može bacati potpuno drukčije svjetlo na ustavni položaj i ovlasti predsjednika države, odnosno predsjednika vlade, nego što bi se to moglo iščitati iz samoga normativnoga sadržaja ustava. Predsjednika može stvarno izabrati narod i tada će u jednom odlučujućem i intenzivnom smislu biti stvarni politički vođa, a ne jedna neutralna, nestranačka osoba, posrednik između političkih stranaka, jedan *pouvoir modérateur*, koji zahvaljujući svom ugledu stvara atmosferu razumijevanja, kako se razumijeva uloga predsjednika u čisto parlamentarnom sustavu. Međutim, za predsjednika može biti izabrana i osoba koju će kandidirati pojedina stranka ili koalicija stranaka, ali ne kao političkog vođe, već kao „stranačkog čovjeka od povjerenja ili jednog bezopasnog čovjeka... koji im neće stajati na putu“. Bilo kakva neutralna ili posrednička uloga koju bi mogao igrati takav predsjednik bila bi bez stvarne vrijednosti i značenja, jer on ne bi bio osoba koja može politički odlučivati i bio bi puki privjesak parlamentu ili vladi. Ali i takva mogućnost ne bi bila protivna ustavu.⁴⁹

Mišljenje je autora da se danas može sa sigurnošću reći da je vrijeme potvrdilo Schmittove postavke koje je izložio u svom djelu *Verfassungslehre* 1928. Ustavi koji objedinjuju elemente parlamentarnog (podrazumijevajući tu i ono što Schmitt naziva kancelarskim i kabinetskim podsustavom) i predsjedničkog sustava u političkoj praksi mogu dopuštati široku lepezu djelovanja pojedinih ustavnih aktera, tako da ustavni tekst ne mora biti određujući čimbenik definiranja sustava i stoga nam je često vrlo teško odrediti karakter pojedinog sustava.

Uz ustavne odredbe, posebno onih kojima se unose određeni elementi predsjedničkog sustava i predsjedničkih prerogativa u ustavni okvir jednoga parlamentarnog sustava, važne su i ustavne konvencije, a pogotovo stranački sustav i način kandidiranja predsjednika. Upravo je ovo potonje često presudno za ozbiljenje normativnog ustavnog položaja i ovlasti predsjednika države.

Kada govorimo o ustavnim odredbama kojima se unose elementi predsjedničkog sustava, odnosno predsjednički prerogativi i koje su najvažnije za moguću uspostavu predsjedničke dominacije u onim sustavima koji se uobičajeno nazivaju *polupredsjedničkim* to su odredbe o

- neposrednom izboru predsjednika, odnosno njegovu izboru odvojenom od zakonodavnoga tijela
- ovlasti predsjednika da raspusti zakonodavno tijelo te

48 Schmitt, *Verfassungslehre*, 341.

49 Schmitt, *Verfassungslehre*, 351-352. Koliko je Schmitt bio u pravu sa svojom analizom odredbi Weimarskog ustava može potvrditi i činjenica da su istovjetne odredbe o položaju i ovlastima predsjednika (neposredan izbor, iste ovlasti imenovanja i razrješenja vlade te raspuštanja predstavničkog tijela) weimarske Njemačke i Druge Republike Austrije omogućile predsjedničku vladu u prvoj, a čisto parlamentarnu vladu u drugoj.

- ovlasti predsjednika da imenuje i razrješava premijera i članove vlade.⁵⁰

Kod definicija predsjedničkog sustava u pravilu se ističu sljedeće njegove karakteristike: neposredan izbor predsjednika te izvršna vlast koncentrirana u osobi predsjednika. Ova prva karakteristika – na kojoj se danas posebno inzistira, jer ponajprije zbog nje se sustavi s neposredno izabranim predsjednikom nazivaju *polupredsjedničcima* – ne mora inherentno biti karakteristika predsjedničkog sustava. To se može lako dokazati upravo na primjeru Sjedinjenih Država, prototipa predsjedničke vlade. Američkog predsjednika izvorno neposredno ne bira narod (tek od 1830.-ih godina predsjedničke elektore u pravilu bira naroda, što opet ne čini izbor predsjednika neposrednim), a niti danas takav izbor nije propisan Ustavom, već je stvar odluke državnih zakonodavnih tijela kako će se izabrati predsjednički elektori. Kada bi kojim slučajem predsjednički elektori bili izabrani u državnim skupštinama bit američkog političkog sustava ne bi bila promijenjena.⁵¹ Predsjednikov demokratski legitimitet bio bi svakako manji, ali se ne bi moglo tvrditi da izbor od elektora izabranih od 50 demokratski izabranih državnih zakonodavnih tijela ne podaruje određeni demokratski legitimitet izabranom predsjedniku. No, i uz takav neizravan izbor predsjednika ostale bi neizmijenjene sljedeće bitne značajke *predsjedničkog sustava*:

- mandat predsjednika i kongresa utvrđen je i niti jedan od ta dva subjekta ne može dovesti do prijevremenog prekida mandata onoga drugog⁵²
- predsjednik čini monokratsku izvršnu vlast, te istodobno obnaša dužnost šefa države i šefa vlade.

Rigidnost predsjedničkoga sustava, zbog odvojenih i utvrđenih mandata, institucionalna odvojenost izvršne i zakonodavne vlasti te sam karakter izvršne vlasti ne bi bili izmijenjeni eventualnim (iako ne vjerojatnim) povratkom na izvorno biranje elektora od državnih zakonodavnih tijela.⁵³ Iz navedenog je evidentno da je

50 Autor Weimarskog ustava Hugo Preuß će reći da je imenovanje kancelara i ministara jedna od najvažnijih ovlasti predsjednika, s obzirom na to da je u svom izboru on slobodan, pa za kancelara ne mora imenovati čak niti člana Reichstaga. Vidi Preuß, *Gesammelte Schriften*, 342. U nekim tekstovima Preuß će čak isticati da je, što se tiče predsjedničkih ovlasti, „njegova najvažnija državopravna funkcija formiranje vlade *Reicha*“. Vidi Preuß, *Staat, Recht und Freiheit*, 417.

51 Steffani dodatno ukazuje da se ni SAD ne bi smio ubrojiti u tip *čistog prezidencijalizma* jer će američki predsjednik (ako nijedan kandidat ne osvoji većinu elektorskih glasova) biti izabran u Kongresu. Vidi Winfried Steffani, „Parlamentarisch-präsidentielle „Mischsysteme“? Bemerkungen zum Stand der Forschung in der politikwissenschaft“, u: *Neue Regierungssysteme in Osteuropa und der GUS*, hrsg. Otto Luchterhandt 2. Aufl. Berlin: Verlag Arno Spitz, 2002, 45-46.

52 Netko bi mogao primijetiti da je postupak *impeachmenta* i osude predsjednika iznimka od toga pravila, ali treba uzeti u obzir dvije činjenice: prvu, što taj postupak nije iniciranje političke odgovornosti (kao što je to u parlamentarnom sustavu slučaj s procedurom izglasavanja nepovjerenja) i drugu, što i njegova uspješna provedba neće dovesti do promjene u stranačkoj pripadnosti novog predsjednika, jer će ta dužnost pripasti dotadašnjem potpredsjedniku. Dakle, određena stranačka većina u oba doma Kongresa može samo smijeniti određenu osobu predsjednika koja pripada drugoj stranci, ali ne može za predsjednika postaviti osobu iz svoje stranke, a bez provedbe predsjedničkih izbora.

53 Ako ćemo se vratiti izvornim shvaćanjima američkih ustavotvoritelja njima je bilo najvažnije

suvremeni izbor predsjednika (posredno) od naroda jedna značajka kojoj se danas pridaje fundamentalno značenje za karakter američkoga sustava, a zapravo nije od suštinskog značenja.

Stoga bih mogao u cijelosti prihvatiti definiciju Shugarta i Careya da je bit prezidencijalizma maksimalna odvojenost izvora (engl. *origin*) i opstanka (engl. *survival*) predsjednika i Kongresa,⁵⁴ ali iz te definicije nikako ne proizlazi da izvor predsjedničkoga mandata mora biti u neposrednom izboru od naroda, kao što elaboriraju u nastavku (premda oni luče neposredan izbor i narodni izbor zbog „američkog slučaja“ posrednoga narodnog izbora).

Kao što neposredan izbor predsjednika od naroda nije od suštinske važnosti za definiranje američkoga predsjedničkog sustava jednako tako nije presudan za definiranje francuskoga polupredsjedničkog sustava. Najčešće se zaboravlja da je francuski predsjednik prema ustavu iz 1958. (dok to nije izmijenjeno ustavnim amandmanom 1962.) biran posredno, od svojevrsnog elektorskog kolegija kojeg je činilo preko 80.000 članova nacionalnog parlamenta, sličnih tijela u francuskim prekomorskim posjedima te vijećnika u lokalnim predstavničkim tijelima. I da se taj način izbora zadržao francuski bi politički sustav bio jednako udaljen od američkoga predsjedničkog i britanskog parlamentarnog sustava.⁵⁵ Najčešće se uz francuski i finski politički sustav (do 2000.) smatrao polupredsjedničkim, a i u njemu se predsjednik birao putem elektorskog kolegija.

Ova razmatranja o mogućem posrednom izboru predsjednika (ali neovisnom o predstavničkom tijelu) od različitih modela elektorskog kolegija autor je iznio zbog toga kako bi pokazao da se polupredsjednički sustav ne može temeljiti isključivo na činjenici da je predsjednik države neposredno izabran, dok ga u čistom parlamentarnom sustavu izabire parlament.

da predsjednik ne bude biran od Kongresa, kako bi mogao biti neovisan. Madison je na Philadelphijskoj konvenciji pledirao protiv zakonodavnog izbora predsjednika naglašavajući kako iz „fundamentalnih principa slobodne vlade o odvojenom i neovisnom vršenju zakonodavne, izvršne i sudbene vlasti proizlazi da egzekutiva mora proizlaziti iz nekog izvora ili imati neki mandat koji će joj dati slobodu prema legislaturi“. Vidi Max Farrand, ed., *The Records of Federal Convention of 1787* (New Haven: Yale University Press, 1966.), 2; 56. Stoga je bilo važno ustavno zajamčiti institucionalnu odvojenost zakonodavne i izvršne vlasti, umjesto britanskog modela fuzije zakonodavne i izvršne vlasti, čije su prve obrise američki ustavotvoritelji već mogli nazrijeti. Svi modeli izbora predsjednika predloženi na konvenciji ponajprije su polazili od nužnosti da je predsjednik svojim izborom neovisan o Kongresu: izbor od elektora, izbor od naroda, izbor od guvernera pojedinih država, izbor od Kongresa, ali bez prava reizbora itd. Vidi o tome opširnije Robert Podolnjak, *Predsjednički izbori i američka demokracija: Stvaranje i evolucija elektorskog kolegija* (Zagreb: Školska knjiga, 2021.).

54 Shugart i Carey, *Presidents and Assemblies*, 19.

55 U jednom od prvih osvrtu na ustav Pete Republike Carl Friedrich će napisati da „novi ustav ne usvaja niti američki ni britanski ili neki drugi presedan kao takav. On nastoji naći novu kombinaciju elemenata tih stranih institucija“. Friedrich će jasno naznačiti središnju ulogu predsjednika u novom ustavu ocjenjujući da „predsjednički sustav novog francuskog ustava u određenom je dosegu povratak na monarhijski konstitucionalizam prve polovice devetnaestoga stoljeća, s važnom razlikom da je monarh jedan izabrani predsjednik, a ne nasljedni kralj“. Vidi Friedrich, „The New French Constitution in Political and Historical Perspective“, *Harvard Law Review* 72, br. 5 (1959): 801-837. Navodi na str. 837 i 816.

Američki, francuski i finski slučaj pokazuju da neposredan izbor predsjednika od naroda ne može biti jedina i isključiva značajka koja će definirati predsjednički i polupredsjednički sustav i biti njihovom poveznicom, kao što danas ističe većina analitičara. Ono što je bilo zajedničko tim sustavima jest odvojenost izbora predsjednika od nacionalnoga zakonodavnog tijela.⁵⁶ No, ono što predsjednički i polupredsjednički sustav bitno odvaja, a odvaja ih i od čistog parlamentarnog sustava jest ona druga značajka, koju navode Shugart i Carey za predsjednički sustav: odvojeni opstanak predsjednika od zakonodavnog tijela, odnosno njihov fiksni mandat koji je ustavom utvrđen i ne može biti narušen političkom odlukom jednog ili drugog tijela. Američki predsjednik ne može raspustiti dva doma Kongresa, a Kongres ne može izglasovati nepovjerenje predsjedniku te ga svojom političkom odlukom razriješiti dužnosti. Upravo je suprotno tome bit parlamentarnog sustava u tome da parlament može izglasavanjem nepovjerenja dovesti do pada vlade, a tada predsjednik vlade može zatražiti od šefa države raspuštanje predstavničkog tijela te raspisivanje novih izbora. Biračko tijelo tada presuđuje u sporu između parlamenta i vlade.

Međutim, drukčije je kada šef države može samostalno raspustiti predstavničko tijelo, kao što je to moguće prema Ustavu Pete Republike (čl. 12.).⁵⁷ Takva ovlast predsjednika nikako se ne može podvesti pod ovlast šefa države u jednom čisto parlamentarnom sustavu. U tom pogledu suglasno je niz klasika ustavno-pravne misli i analitičara političkih sustava.⁵⁸ Kao što je to svojevremeno primijetio Karl Loewenstein, raspuštanje parlamenta osovina je oko koje se okreće pravi parlamentarizam. Raspuštanje i glasovanje o povjerenju vladi međusobno su

56 Ta tvrdnja stoji s obzirom na to da je udio francuskih parlamentaraca u elektorskom kolegiju od preko 80.000 ljudi marginalan. Možda će netko primijetiti da bi se slično moglo reći i za izbor njemačkoga predsjednika, ali pri tom izboru Saveznu skupštinu (tijelo koje bira predsjednika) čine članovi *Bundestaga* i jednaki broj članova iz pokrajinskih parlamenata.

57 Predsjednik je ograničen tek obvezom savjetovanja s predsjednikom Vlade i predsjednicima oba doma prije donošenja odluke o raspuštanju Nacionalne skupštine, kao i nemogućnošću da donese istu odluku prije isteka godine dana od dana izbora koji su održani nakon raspuštanja.

58 U svojoj klasičnoj analizi političkih sustava Douglas Verney navodi kako danas kada je u parlamentarnim državama egzekutiva podijeljena šef države je taj koji raspušta parlament „ali on to čini na zahtjev i samo na zahtjev šefa vlade“. Tamo gdje bi šef države mogao djelovati samostalno u tom pogledu, parlamentarizam prema Verneyevom mišljenju ne bi bio prakticiran. Vidi Verney, „Analysis of Political Systems“, u: *Comparative Politics: A Reader*, eds. Harry Eckstein i David Apter (New York: The Free Press, 1963.), 181. K. von Beyme napominje kako polupredsjednički sustavi republikanskoga tipa normalno zahtijevaju supotpis premijera za odluku predsjednika o raspuštanju i da je samo Francuska u tome iznimka, iako je predsjednik obavezan savjetovati se s predsjednicima domova skupštine i premijerom. Vidi Beyme, *Parliamentary Democracy*, 136-139. No, ranije će napisati da se smjena vlade na inicijativu državnog poglavara putem opoziva šefa vlade koji nije izgubio povjerenje u Velikoj Britaniji nije dogodila od 1834. godine i u modernom je parlamentarizmu teško zamisliva i te iznimke nalazi samo u polupredsjedničkim sustavima Finske i Francuske. Vidi natuknicu *Smjena vlade* u: Dieter Nohlen, *Politološki rječnik: Država i politika* (Osijek: Pan Liber, 2001.), 403.

Lijphart smatra da nemogućnost predsjednika u predsjedničkom sustavu da raspusti predstavničko tijelo i premijera koji ima to pravo u parlamentarnom sustavu nije bitna za razlikovanje prezidencijalizma i parlamentarizma. No, on spada među rijetke analitičare koji francuski sustav smatraju predsjedničkim (kada predsjednik ima stranačku većinu u skupštini). Lijphart, *Patterns of Democracy*, 125-126.

povezani kao klip i cilindar i u njihovu potencijalnom reciprocitetu okreću se kotači parlamentarnog mehanizma.⁵⁹ Međutim, ako je šef države, odnosno predsjednik taj koji samostalno odlučuje o raspuštanju parlamenta onda je to, u pravilu, kako bi osigurao potporu parlamenta svojoj vladi.⁶⁰ No, to znači da je predsjednik stvarni nositelj izvršne vlasti, a vlada je samo izvršitelj njegove politike. Činjenica je da mnogi analitičari razlučuju parlamentarni od predsjedničkoga sustava na temelju samo jedne značajke, a to je pravo parlamenta da može vladu iz političkih razloga u bilo kojem trenutku opozvati. Ali ako vlada nije stvarni nositelj izvršne vlasti, ako ju je postavio predsjednik i provodi njegovu politiku tada se izglasavanjem nepovjerenja vladi sukob izvršne i zakonodavne vlasti ne rješava na način kako je to uobičajeno u čistom parlamentarnom sustavu.⁶¹

Neposredno u svezi s ovlašću raspuštanja parlamenta jest i ovlast predsjednika da imenuje i razrješuje predsjednika vlade i vladu u cjelini prema svojoj volji. Imenujući predsjednika vlade po svom izboru, bez obzira na to uživa li on povjerenje većine u parlamentu, predsjednik se države nameće kao stvarni nositelj izvršne vlasti. Ako se njegovu izboru za predsjednika vlade izglasa nepovjerenje u parlamentu, on uvijek ima na raspolaganju mogućnost raspuštanja parlamenta (i uz eventualni sopotpis premijera), kao što nam je poznato iz povijesti Weimarske Republike. Pritom

59 Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 89. Isto u Schmitt, *Verfassungslehre*, 353. Ovlast predsjednika prema Ustavu Pete Republike da raspusti Nacionalnu skupštinu „politički daleko najvažnijom predsjedničkom ovlasti“. Vidi Loewenstein, *The Constitution of the Fifth Republic*, 217.

60 U tom pogledu relevantna je, primjerice, odluka portugalskoga predsjednika Jorgea Sampaioa o raspuštanju parlamenta 2004., iako je tadašnja vlada uživala povjerenje parlamentarne većine. O toj ovlasti, odnosno prerogativu portugalskoga predsjednika profesorica s Pravnog fakulteta u Lisabonu piše sljedeće: „Doista, ovlast raspuštanja parlamenta razlikuje jedan polupredsjednički sustav od parlamentarnoga. Dok u parlamentarnom sustavu ta ovlast pripada, u načelu, premijeru koji će je vršiti kada mu to odgovara, u polupredsjedničkom nije premijer, već je predsjednik taj koji kontrolira raspuštanje parlamenta, koje može uslijediti u vrijeme nepovoljno za vladajuću stranku. U portugalskom kontekstu predsjednikova ovlast da raspusti parlament predstavlja trajan Damoklov mač nad parlamentarnom većinom i vladom, jer je predsjednik može vršiti po svom nahodanju... Bez te ovlasti, sve ostale ovlasti kao što su pravo veta, priziv Ustavnome sudu za prethodnu ocjenu ustavnosti zakona i pravo predlaganja, ne bi bile tako učinkovite.“ Vidi Ana Martins, „The Portuguese Semi-Presidential System: About Law in the Books and Law in Action“, *European Constitutional Law Review* 2, br. 1 (2006): 96.

61 Iako će Schmitt primijetiti da se raspuštanjem parlamenta predsjednik također obraća narodu da presudi u sukobu između njegove vlade i predstavničkog tijela te će nakon izbora biti prinuđen prihvatiti odluku biračkog tijela i neće moći stalno iznova raspuštati predstavničko tijelo, nezadovoljan odlukom naroda. No, ustavna praksa Weimarske Republike ga je kasnije demantirala. Kako je istaknuo istaknuti Finn, članak 25. koji je predsjedniku davao ovlast raspuštanja *Reichstaga* bio je „najčvršći temelj predsjednikove neovisnosti“. Iako je ta ovlast bila formalno ograničena zahtjevom da do raspuštanja dođe samo jednom „iz istog razloga“, predsjednik je mogao raspustiti parlament u bilo koje vrijeme, a „uzrok“ raspuštanja lako se obrazlagao u predsjedničkim odlukama. Upravo će čl. 25., zajedno s čl. 48. o izvanrednim ovlastima, postati instrumentom transformacije weimarske parlamentarne demokracije u predsjedničku vladu. Vidi John Finn, *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law*, poglavlje „Constitutional Dissolution in the Weimar Republic“ (Oxford: Oxford University Press, 1991.), 142-143.

je manje važno je li predsjednik vlade formalno odgovoran ne samo parlamentu, već i predsjedniku države. Ta formalna odgovornost nije propisana francuskim Ustavom, a nije bila propisana niti u Weimarskom ustavu. Umjesto formalne odgovornosti važnije je može li predsjednik države imenovati i smijeniti, odnosno razriješiti dužnosti predsjednika vlade.⁶² S obzirom na to da je od samoga početka Pete Republike De Gaulle nametnuo svoje stajalište da premijer duguje svoj položaj i drži ga po volji predsjednika republike on je time stvorio „novi sustav odgovornosti“, a ta se odgovornost predsjednika vlade prema predsjedniku republike pokazala mnogo važnijom nego ona prema Nacionalnoj skupštini. Skupština je samo jednom u povijesti Pete Republike izglasala nepovjerenje premijeru, dok su predsjednici često na vlastitu inicijativu smjenjivali premijere. Time, kako zaključuje Sophie Boyron, „izvorni parlamentarni sustav okrenut je naglavce“.⁶³

Kako smo naznačili temeljne značajke jedne polupredsjedničke vlade mogli bismo je sada sažeto definirati. *Polupredsjednički je sustav takav sustav ustrojstva vlasti u kojem je predsjednik države, izabran neposredno od građana, odnosno posredno od izbornog kolegija u kojem ne dominira predstavničko tijelo ili je ono isključeno iz njega, s mandatom koji se ne može okončati političkom odlukom predstavničkog tijela, šef izvršne vlasti, a obavlja je osobno i putem vlade koju predlaže predstavničkom tijelu te ima značajne ustavne ovlasti imenovanja i razrješenja vlade i raspuštanja parlamenta i/ili liderski položaj u stranci/stranačkoj koaliciji koja ima većinu zastupnika u parlamentu.* Bitno je u ovoj definiciji da je predsjednik države stvarni nositelj izvršne vlasti, ali on ne obnaša samostalno sve izvršne ovlasti (kao predsjednik u predsjedničkom sustavu), već ih djelomično vrši *njegov* predsjednik vlade. I druga značajka koja je važna, takva pozicija predsjednika ne mora proizaći samo na temelju njegovih ustavnih ovlasti, nego i položaja stranačkog vođe (ako mu ustav dopušta članstvo u stranci, što nije slučaj u nizu ustava država središnje i istočne Europe), jer mu upravo taj položaj jamči poslušnu većinu u parlamentu i vladu koja će mu (ako ustavom to i nije propisano) politički odgovarati i na njegov zahtjev, ako je potrebno, podnijeti i ostavku (materijalni ustav). U tom se smislu polupredsjednički sustav razlikuje od parlamentarnog sustava u tome:

- što je predsjednik države, a ne vlada stvarni nositelj izvršne vlasti,
- što takav predsjednik države može raspustiti parlament ili samostalno ili u suradnji s predsjednikom vlade kojeg je imenovao prema vlastitoj diskreciji, ali suprotno tome parlament ne može prekinuti mandat predsjednika te
- što predsjednik države ima takve prerogative koje nemaju predsjednici niti u predsjedničkom, a niti u parlamentarnom sustavu.

62 Istu tezu zastupa i Juan Linz: „U sustavima dvostruke egzekutive da bi raspustio parlament predsjednik treba suglasnost – supotpis – premijera, ali budući da predsjednik imenuje premijera, vjerojatno je da će naći nekoga tko će podržati raspuštanje“. Vidi Juan Linz, „Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?“, u: *The Failure of Presidential Democracy*, eds. Juan Linz i Arturo Valenzuela (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994.), 48.

63 Sophie Boyron, *The Constitution of France, A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2013.), 71.

U tom je smislu jasno da ne mogu prihvatiti standardnu definiciju polupredsjedničke vlade prema kojoj su njena suštinska značajka dva nositelja izvršnih ovlasti. To nije dostatno. Upravo primjer francuskoga sustava, kada u parlamentu nema predsjedničke stranačke većine, govori da tada taj sustav funkcionira u biti kao parlamentarni sustav s vladom koja je odgovorna isključivo parlamentu i određuje politiku države i s neposredno izabranim predsjednikom koji ima značajne ovlasti i o toj njegovoj karakteristici postoji opći konsenzus.⁶⁴ No, brojni su sustavi s neposredno izabranim predsjednikom čije su ovlasti stupnjevito veće ili manje, ali ne mijenjaju bitno karakter parlamentarnoga sustava.

Kada govorimo o polupredsjedničkoj vladi kao sustavu predsjedničke dominacije u političkom sustavu tada je takvu vladu bilo moguće ustavnopravno i politički ozbiljiti ili je danas ozbiljena u Weimarskom ustavu, francuskoj Petoj Republici, Finskoj do 2000.,⁶⁵ Portugalu,⁶⁶ Hrvatskoj prema Ustavu iz 1990. sve do ustavne promjene 2000. Rusiji prema Ustavu iz 1993.⁶⁷ te Ukrajini prema ustavu iz 1996.⁶⁸ Za razliku od

64 Iako će neki analitičari govoriti tada o parlamentarnom sustavu, a drugi o parlamentarnoj fazi francuskoga sustava.

65 Vidi Jaakko Nousianen, „From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland“, *Scandinavian Political Studies* 24, br. 2 (2001): 95-109.

66 Prema Ustavu iz 1976. portugalski predsjednik je predsjedavao Vijećem revolucije, vojnom organizacijom koja je trebala jamčiti provedenu revoluciju i politički usmjeravati državu. Uz to Vijeće revolucije je vršilo i funkciju ustavnog suda. Sam je predsjednik bio ovlašten predlagati i razrješavati premijera i članova vlade, raspuštati skupštine, na zakonodavni veto i odgodu potvrđivanja zakona. Taj polupredsjednički model modificiran je ustavnim promjenom 1982., koju je proveo parlament uz protivljenje predsjednika. Vijeće revolucije je ukinuto i zamijenjeno Državnim vijećem, političkim savjetodavnim tijelom predsjednika, čiji su članovi, uz predsjednika, postali predsjednik parlamenta, premijer, predsjednik Ustavnog suda, pučki pravobranitelj i predstavnici drugih institucija te izabrani građani. Predsjednik je izgubio ovlast predlaganja ministara i odgode zakona, ali je zadržao pravo određivanja i smjenjivanja premijera. Njegov je zakonodavni veto nešto ublažen (za preglasavanje je potrebna apsolutna većina parlamenta, a dvotrećinska većina samo kod organskih zakona). Predsjednik je dobio ovlast upućivanja zakona i odluka vlade na ocjenjivanje njihove ustavnosti, odnosno zakonitosti Ustavnom sudu. Dok će neki analitičari, poput Duvergera, tvrditi da je portugalski sustav i nakon ustavnih promjena 1982. polupredsjednički, drugi će ga analitičari nazivati *poluparlamentarnim* ili *premijerskim prezidencijalizmom*. Vidi Josep Colomer, „Spain and Portugal: Rule by party leadership“, u: *Comparative European Politics*, ed. Josep Colomer, 3. ed. (London: Routledge, 2008.), 192-194 i Martins, *The Portuguese Semi-Presidential System*, 81-100. U određenom smislu portugalski je sustav granični slučaj sustava predsjedničke dominacije u parlamentarnom sustavu. Predsjednik ima samostalnu ovlast raspuštanja skupštine (uz određena vremenska ograničenja da je ne može raspustiti šest mjeseci nakon izbora i šest mjeseci prije redovitih predsjedničkih izbora), raspisivanja referenduma, zakonodavnog veta, a vlada mu je prema ustavu politički odgovorna (kao što je odgovorna i skupštini).

67 Različite su definicije ruskog Ustava iz 1993., s obzirom na ustavni položaj i ovlasti predsjednika države. Tako se govori o polupredsjedničkom sustavu: Timothy Colton i Cindy Skach, „The Russian Predicament“, *Journal of Democracy* 16, br. 3 (2005): 113-126, predsjedničko-parlamentarnom sustavu u: Shugart, *Semi-Presidential Systems*, 337 ili jednostavno *superprezidencijalizmu*: Stephen Holmes, „Superpresidentialism and its Problems“, *East European Constitutional Review* 2/3, br. 4/1 (1993/94): 123-126.

68 Autor pritom ne ulazi u analizu nekih političkih sustava izvan Europe koji se često svrstavaju u

niza drugih analitičara mišljenje je autora da druge države središnje i istočne Europe koje se često ubrajaju u polupredsjedničke sustave ne pripadaju u tu skupinu, jer su svojim ustavima propisale da predsjednik ne smije biti članom stranke ili ne smiju biti članovi vodstva stranaka,⁶⁹ što je, suprotno temeljnom preduvjetu jedne učinkovite polupredsjedničke vlade.⁷⁰

Definicija koju autor predlaže - da je polupredsjednički sustav takav politički sustav u kojem je predsjednik države stvarni šef izvršne vlasti, demokratski legitimiran zbog odvojenog izbora od parlamenta (neposredno ili posredno od naroda), s fiksnim mandatom, a tu izvršnu vlast obavlja osobno i putem vlade koju predlaže parlamentu, a na temelju svojih ustavnih prerogativa (raspuštanje parlamenta, imenovanje i razrješenje vlade) i/ili liderskog položaja u stranci/stranačkoj koaliciji koja ima većinu zastupnika u parlamentu – čini se istodobno dovoljno širokom (jer obuhvaća više nužnih značajki), ali i sadržajnom tako da se pojedini politički sustavi mogu obuhvatiti tom definicijom i da ona nije skrojena po mjeri političkog sustava jedne države kao svojevrsnoga ideal tipa.

Tako definirana polupredsjednička vlada ima određene sličnosti sa Shugart-Careyevim konceptom predsjedničkoga parlamentarizma (*president-parliamentary*), Steffanijevim parlamentarnim sustavom s predsjedničkom dominacijom (predsjedničko dominirajući parlamentarizam ili *Präsidential-Parlamentarismus*) ili Brunnerovim predsjedničko-parlamentarnim sustavom (*präsidientell-parlamentarische system*).

tu kategoriju (npr. Šri Lanka i Tajvan).

69 Tako je propisano u ustavima Rumunjske, Bugarske, Litve, Estonije, Makedonije, Slovenije, Poljske i, naravno, Hrvatske. Vidi podrobnije u Podolnjak, *Utjecaj francuskog polupredsjedničkog sustava*, 197-198.

Linz je vrlo dobro uočio da jedan režim može djelovati kao predsjednički kada predsjednik ima potporu stranke ili čvrste stranačke koalicije s većinom u parlamentu. Predsjednik se mora identificirati sa strankom i djelovati u prilog uspjeha svoje stranke u parlamentarnim izborima i, u odsustvu većine za stranku koja je s njime identificirana, raditi na izgradnji koalicije u zakonodavnom tijelu koja će moći poduprijeti *njegov* izbor osobe premijera. Bez ispunjenja navedenih pretpostavki Linz je uvjeren da polupredsjednički sustav neće funkcionirati dobro. Dakle, ako se želi uvesti polupredsjednički sustav treba slijediti francuski primjer, gdje se u jednoj osobi spaja položaj predsjednika i stranačkog vođe. Vidi Juan Linz, „Introduction“, u: *Postcommunist Presidents*, ed. Ray Taras, 10.

Linzovu tezu podupire slučaj Srbije. Josipović dobro primjećuje da u srpskom „načelno parlamentarnom sustavu“ utjecaj predsjednika Tadića i Vučića na rad Vlade je bio i jest takav da je „sustav zaista funkcionirao, a i danas funkcionira faktično, kao polupredsjednički s iznimno jakom pozicijom predsjednika“. Vidi Ivo Josipović, „Predsjednik vs. Kriptopredsjednik (Esej o ustavnom položaju predsjednika/predsjednice Republike)“, u: *Dvadeset pet godina hrvatske neovisnosti – kako dalje?*, ur. Tvrtko Jakovina (Zagreb: Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, 2017.), 32. Pritom nije naveo da je takav položaj predsjednika Srbije upravo zbog položaja vođe prevladavajuće stranke u parlamentu.

70 Jedan je bugarski znanstvenik zaključio da su istočno-europski ustavotvoritelji ugradili kontradiktorne odredbe vezano za dva temeljna pitanja: u većini su slučajeva odlučili da predsjednik bude neposredno izabran, međutim pri takvom izboru predsjednički kandidati trebaju snažnu stranačku potporu da bi pobijedili, ali pobjednik mora prekinuti odnose sa svojom strankom, jer je tako propisano u većini ustava. Vidi Alexander Vezenkov, *From National Leaders to Politicians: The Head-of-State Institution in Southeast European Post-Communist Countries (1989-2004)* (Sofia: Centre for Advanced Study, 2008.), 14.

Nije sporno da se radi o svojevrsnom 'miješanom sustavu'. Uostalom, davno je Carl Schmitt napomenuo, govoreći o Weimarskom ustavu, da su u konstrukciju i odnos zakonodavne i izvršne vlasti uneseni određeni elementi predsjedničkoga sustava, pored onih jedne parlamentarne vlade. I to je upravo temeljni razlog što je kasnije Duverger prvi uporabio termin *polupredsjednička vlada* (a ne recimo poluparlamentarna). Danas, nakon gotovo polustoljetne intenzivne uporabe taj naziv prevladava u raspravama o komparativnim političkim sustavima općenito, a posebice o određenim *miješanim sustavima*. Svaki novi termin, a pokušaja je bilo ne malo, nije doprinio konceptualnom pojašnjavanju toga specifičnog političkog sustava. Mišljenje je autora da je manje važno izmisliti novi termin koji će izražavati specifičnost političkih sustava kakav je primjerice francuski, nego pokušati definirati njegove najvažnije značajke koje ga čine specifičnim u odnosu na predsjednički s jedne, a parlamentarni sustav s druge strane.

5. ZAKLJUČAK

Prevladavajuće suvremene definicije polupredsjedničkog sustava koje se temelje isključivo na određenim institucionalnim značajkama (neposredni izbor predsjednika, vlada odgovorna parlamentu, bipolarna egzekutiva, odnos vlade prema predsjedniku i predstavničkom tijelu ili određenim predsjedničkim ovlastima, u pravilu su nedostatne da bi objasnile veliku šarolikost *miješanih* polupredsjedničkih sustava, koji upravo izrazitom raznolikošću otežavaju svaku generalizaciju. Dijelom je tome uzrok nepostojanje konsenzusa analitičara o tome koje su značajke od suštinske važnosti za karakter određenog sustava, dijelom je uzrok taj što u svim, tzv. polupredsjedničkim sustavima postoji drukčija *mješavina* predsjedničkih i parlamentarnih elemenata, a dijelom je uzrok to što formalni ustavni okvir nije dostatan da bi se o određenom političkom sustavu govorilo kao polupredsjedničkom. Iskustvo niza političkih sustava, koji se često definiraju kao polupredsjednički, pokazuje da se u istom ili vrlo sličnom normativnom ustavnom okviru u praksi mogu ozbiljiti vrlo različiti politički sustavi.

Prema mišljenju autora polupredsjednički se sustav ne može definirati na temelju jedne značajke, ma koliko ona bila važna, a ne može se definirati niti uzimajući u obzir samo formalni ustav, bez uvažavanja materijalnog ustava i njihove interakcije. U tom je smislu taj sustav definirao kao politički sustav u kojem:

1. predsjednika države, izabiru neposredno građani ili posredno izborni kolegij u kojem ne prevladava predstavničko tijelo ili je ono isključeno iz njega
2. njegov se mandat ne može okončati političkom odlukom predstavničkog tijela,
3. on je stvarni šef izvršne vlasti, a obavlja je osobno i putem vlade koju predlaže predstavničkom tijelu,
4. temelj njegova ključnog položaja u izvršnoj vlasti su određeni ustavni prerogativi (raspuštanje parlamenta, imenovanje i razrješenje vlade) i/ili lidarski položaj u stranci / stranačkoj koaliciji koja ima većinu zastupnika u parlamentu.

S obzirom na to da su drugi analitičari već naglasili važnost određenih predsjedničkih ustavnih prerogativa, poput njegova prava da imenuje i razrješuje vladu u cjelini ili pojedine njene članove i političku odgovornost vlade predsjedniku, autor želi tim prerogativima pridodati jedan koji smatra još važnijim, a to je ovlast predsjednika da raspusti predstavničko tijelo, samostalno ili u suradnji s premijerom kojeg imenuje po svom nahođenju. Ta se ovlast gotovo u pravilu javlja u polupredsjedničkim vladama, kako su one ovdje definirane. Kombinacija ovlasti imenovanja vlade i raspuštanja predstavničkog tijela omogućuje predsjedniku položaj iznad predstavničkog tijela i vlade i upravo je u tom pogledu polupredsjednički sustav različit od predsjedničkog i klasičnoga parlamentarnog sustava.

LITERATURA

1. Bagehot, Walter. *The English Constitution*. London: Oxford University Press, 1963.
2. Boyron, Sophie. *The Constitution of France, A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
3. Brunner, Georg. „Präsident, Regierung und Parlament: Machtverteilung zwischen Exekutive und Legislative“. U: *Neue Regierungssysteme in Osteuropa und der GUS*, hrsg. Otto Luchterhandt, 67-122. 2. Aufl. Berlin: Verlag Arno Spitz, 2002.
4. Canas, Vitalino. „The Semi-Presidential System“. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64, br. 1 (2004): 95-124.
5. Colomer, Josep. „Spain and Portugal: Rule by party leadership“. U: *Comparative European Politics*, ed. Josep Colomer, 3. ed., 174-207. London: Routledge, 2008.
6. Colton, Timothy i Cindy Skach. „The Russian Predicament“. *Journal of Democracy* 16, br. 3 (2005): 113-126.
7. De Gaulle, Charles. „Une Constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique“, tiskovna konferencija održana 31. siječnja 1964. Pristup 12. listopada 2021. <http://mjp.univ-perp.fr/textes/degaulle31011964.htm>
8. Debre, Michel. „Reflections of a Modern Framer (1978)“. U: *Reforming American Government: The Bicentennial Papers of the Committee on the Constitutional System*, ed. Donald L. Robinson, 313-327. Boulder: Westview Press, 1985.,
9. Duhamel, Olivier. „France's New Five Year Presidential Term“. March 1, 2001. Pristup 12. listopada 2021. <https://www.brookings.edu/articles/frances-new-five-year-presidential-term/>
10. Duverger, Maurice. „A New Political System Model: Semi-presidential Government“. *European Journal of Political Research* 8, br. 2 (1980): 165-187.
11. Elgie, Robert. „A Fresh Look at Semipresidentialism: Variations on a Theme“. *Journal of Democracy* 16, br. 3 (2005): 98-112.
12. Elgie, Robert. „Duverger, Semi-presidentialism and the Supposed French Archetype“. *West European Politics* 32, br. 2 (2009): 248-267.
13. Elgie, Robert. *Semi-Presidentialism: Sub-Types and Democratic Performance*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
14. Elgie, Robert, ed. *Semipresidentialism in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
15. Elgie, Robert i Sophia Moestrup, eds. *Semi-Presidentialism in Central and Eastern Europe*. Manchester: Manchester University Press, 2008.
16. Elster, Jon. „Afterward: the making of postcommunist presidencies“. U: *Postcommunist Presidents*, ed. Ray Taras, 225-237. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
17. Farrand, Max, ed. *The Records of Federal Convention of 1787*. New Haven: Yale University Press, 1966.

18. Finn, John. *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
19. Friedrich, Carl. „The New French Constitution in Political and Historical Perspective“. *Harvard Law Review* 72, br. 5 (1959): 801-837.
20. Gicquel, Jean. *Droit constitutionnel et Institutions politiques*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 1989.
21. Heinrich, Hans-Georg i Manfred Welan. *Politički sustav Austrije*. Osijek: Pan Liber, 1998.
22. Holmes, Stephen. „Superpresidentialism and its Problems“. *East European Constitutional Review* 2/3, br. 4/1 (1993/94): 123-126.
23. Josipović, Ivo. „Predsjednik vs. Kriptopredsjednik (Esej o ustavnom položaju predsjednika/predsjednice Republike)“. U: *Dvadeset pet godina hrvatske neovisnosti – kako dalje?*, ur. Tvrtko Jakovina, 25-45. Zagreb: Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, 2017.
24. Lijphart, Arend. *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*. New Haven: Yale University Press, 1984.
25. Lijphart, Arend. „Introduction“. U: *Parliamentary Versus Presidential Government*, ed. Arend Lijphart, 1-27. Oxford: Oxford University Press, 1992.
26. Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. New Haven: Yale University Press, 1999.
27. Linz, Juan. „Introduction: some thoughts on presidentialism in postcommunist Europe“. U: *Postcommunist Presidents*, ed. Ray Taras, 1-14. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
28. Linz, Juan. „Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?“. U: *The Failure of Presidential Democracy*, eds. Juan Linz i Arturo Valenzuela, 3-87. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994.
29. Loewenstein, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957.
30. Loewenstein, Karl. „The Constitution of the Fifth Republic a Preliminary Report“. *The Journal of Politics* 21, br. 2 (1959): 211-233.
31. Macridis, Roy. „Politics of France“. U: *Modern Political Systems: Europe*, ed. Roy Macridis, 65-135. 7. izd. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1990.
32. Martins, Ana. „The Portuguese Semi-Presidential System: About Law in the Books and Law in Action“. *European Constitutional Law Review* 2, br. 1 (2006): 81-100.
33. Nohlen, Dieter. *Politološki rječnik: Država i politika*. Osijek: Pan Liber, 2001.
34. Nousianen, Jaakko. „From Semi-presidentialism to Parliamentary Government: Political and Constitutional Developments in Finland“. *Scandinavian Political Studies* 24, br. 2 (2001): 95-109.
35. Podolnjak, Robert. *Predsjednički izbori i američka demokracija: Stvaranje i evolucija elektorskog kolegija*. Zagreb: Školska knjiga, 2021.
36. Preuß, Hugo. *Gesammelte Schriften: Vierter Band: Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
37. Preuß, Hugo. *Staat, Recht und Freiheit: Aus vierzig Jahren deutscher Politik und Geschichte*. Hildesheim: Georg Olms Verlag, 2006.
38. Rüb, Friedbert W. „Šah parlamentu: uloga predsjednika u srednjoevropskim i istočnoevropskim tranzicijama“. *Politička misao* 30, br. 4 (1993): 87-104.
39. Sartori, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering, An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. 2. engl. New York: New York University Press, 1997.
40. Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*. 9. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.
41. Sedelius, Thomas. *The Tug-of-War between Presidents and Prime Ministers: Semi-Presidentialism in Central and Eastern Europe*. Örebro: Örebro University, 2006.

42. Sedelius, Thomas i Olga Mashtaler. „Two decades of semipresidentialism: issues of intra-executive conflict in Central and Eastern Europe 1991–2011“. *East European Politics* 29, br. 2 (2013): 109-134.
43. Shugart, Matthew Soberg. „Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns“. *French Politics* 3, br. 3 (2005): 323-351.
44. Shugart, Matthew Soberg i John M. Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
45. Skach, Cindy. *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
46. Smerdel, Branko. *Ustavno uređenje europske Hrvatske*. 2. izd. Zagreb: Narodne novine, 2020.
47. Smerdel, Branko i Smiljko Sokol. *Ustavno pravo*. Zagreb: Narodne novine, 2006.
48. Sokol, Smiljko. „Suvremeni parlamentarizam, polupredsjednički sustav i novi hrvatski ustav“. *Zakonitost* 44, br. 11-12 (1990): 1411-1431.
49. Sokol, Smiljko. „Temeljna obilježja francuskog ustava iz godine 1958.“. *Vladavina prava* 1, br. 4-5-6 (1997): 113-148.
50. Sokol, Smiljko i Branko Smerdel, *Ustavno pravo*. Zagreb: Informator, 1995.
51. Steffani, Winfried. „Parlamentarisch-präsidentielle „Mischsysteme“? Bemerkungen zum Stand der Forschung in der politikwissenschaft“. U: *Neue Regierungssysteme in Osteuropa und der GUS*, hrsg. Otto Luchterhandt, 17-66. 2. Aufl. Berlin: Verlag Arno Spitz, 2002.
52. Stepan, Alfred i Cindy Skach. „Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism“. *World Politics* 46, br. 1 (1993) 1-22.
53. Suleiman, Ezra. „Presidential Government in France“. U: *Presidents and Prime Ministers*, eds. Richard Rose i Ezra Suleiman, 94-138. Washington D.C.: AEI, 1980.
54. Verney, Douglas. „Analysis of Political Systems“. U: *Comparative Politics: A Reader*, eds. Harry Eckstein i David Apter, 175-184. New York: The Free Press, 1963.
55. Vezenkov, Alexander. *From National Leaders to Politicians: The Head-of-State Institution in Southeast European Post-Communist Countries (1989-2004)*. Sofia: Centre for Advanced Study, 2008.
56. Von Beyme, Klaus. *Parliamentary Democracy: Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999*. Houndmills, Basingstoke: Macmillan Press Ltd., 2000.
57. Yves Meny. *Francuski politički sustav*. Osijek: Pan Liber, 1998.

Robert Podolnjak*

Summary

BASIC FEATURES OF THE SEMI-PRESIDENTIAL SYSTEM

The article elaborates the basic features of the system of semi-presidential government, which was popularized by Maurice Duverger as a "new model of the political system". The diversity of individual definitions of semi-presidential government and their shortcomings indicate a lack of consensus on the fundamental features of the system, which in turn allows individual political systems to be viewed as either parliamentary or semi-presidential, depending on the features used in individual definitions. Based on the analysis of the original semi-presidential models (Weimar Constitution, the Constitution of the French Fifth Republic), the paper seeks to elaborate a more comprehensive definition of semi-presidential government as a system of presidential domination in the political system. In this sense, this system is defined as a system in which 1. the president is elected directly by the citizens, ie indirectly by an electoral college in which a representative body does not dominate or is excluded from it; 2. his term of office may not be terminated by a political decision of the representative body; 3. he is the actual head of the executive and performs it personally and through the government proposed by him to the parliament and 4. the basis of his key position within the executive are certain constitutional prerogatives (dissolution of parliament, appointment, and dismissal of the government) and / or leadership position in the party / a party coalition that has a majority in parliament.

Keywords: *Semi-presidential system; Constitution of the French Vth Republic; Weimar Constitution.*

* Robert Podolnjak, Ph.D., Full Professor, University of Zagreb, Faculty of Law; robert.podolnjak@pravor.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6812-5684>.

QUO VADIS, SRAMOĆENJE? O (NE)OPRAVDANOSTI UMANJENJA OPSEGA KAZNENOPRAVNE ZAŠTITE ČASTI I UGLEDA U REPUBLICI HRVATSKOJ - EUROPSKI STANDARDI KAO SMJERNICE ZA UREĐENJE

Izv. prof. dr. sc. Barbara Herceg Pakšić*

UDK 343.63

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.7>

Ur.: 17. svibnja 2021.

Pr.: 19. studenoga 2021.

Pregledni rad

Sažetak

Zbog sužavanja opsega kaznenopravne zaštite časti i ugleda brisanjem kaznenog djela teškog sramoćenja, učinjenog u petoj noveli Kaznenog zakona potkraj 2019., došlo je do zamjetnih nelogičnosti. Ovo istraživanje preispituje razloge te legislativne intervencije kako bi se ocijenila njezina opravdanost. Zbog potrebnog opsega argumentacije, ova se analiza nadovezuje na prethodno objavljeni rad, odnosno istraživanje povijesnih, pozitivnopravnih i poredbenih argumenata. U ovom radu istražujemo konvencijske standarde i stajališta Europskog suda za ljudska prava u primjeni kaznenopravnog mehanizma na području zaštite časti i ugleda kroz dva konvencijska prava - slobodu izražavanja i pravo na privatni život. Ishod pokazuje da je predviđanje kaznenopravnoga mehanizma zaštite časti i ugleda u skladu s konvencijskim standardima te da, s obzirom na jednaku vrijednost oba prava, njihova kvalitetna zaštita zahtijeva uravnoteženo nacionalno rješenje. Ukazuje se da izazovi poštovanja načela razmjernosti podjednako leže i u području građanskog prava pri određivanju iznosa naknade štete. Sveukupno gledajući, prethodno objavljeni argumenti i ovi koje iznosimo sada pokazuju kako razlozi ukidanja teškog sramoćenja koji su bili dostupni javnosti, ne mogu biti dostatni argumenti za ovu legislativnu intervenciju. Stoga se pledira da pro futuro regulacija u ovom osjetljivom području ne bude vođena naglim kaznenopravnim rezovima bez pažljive stručne i argumentirane procjene i konsenzusa oko društvenih potreba.

Ključne riječi: kaznenopravna zaštita časti i ugleda; sloboda izražavanja; pravo na privatni život; peta novela Kaznenog zakona; teško sramoćenje; mediji; Europski sud za ljudska prava.

* Dr. sc. Barbara Herceg Pakšić, izvanredna profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku; bherceg@pravos.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7052-928X>.

1. UVODNE MISLI

Složenost istraživanja u području reputacije i difamacije uvjetuje prihvaćanje visokovrijednoga statusa slobode izražavanja u kontekstu civilizacijske tekovine te napretka i razvoja društva uz istodobnu potrebu čuvanja privatnoga života pojedinca. Ovaj Janus s dva lica nalazi svoje mjesto i u području medijskih sloboda. Difamacijske odredbe u tom smislu promatraju se medijskim kamenom spoticanja, no čuvanje privatnosti pojedinca u današnjem je preeksponiranom svijetu prvorazredno pravničko pitanje. Petom novelom Kaznenog zakona¹ s kraja 2019. ukinuto je kazneno djelo teškog sramoćenja čime je znatno sužena kaznenopravna zaštita časti i ugleda, ali i potaknuto pitanje o njezinu budućem opsegu. U prethodno objavljenom znanstvenom radu istaknuto je kako hrvatski povijesni, ali i pozitivnopravni te poredbenopravni argumenti ukazuju na nužnost zadržavanja cjelovitoga kaznenopravnog mehanizma zaštite časti i ugleda.² Zakonodavac ima osjetljivu zadaću odabrati pravilno uravnoteženo rješenje koje bi obuhvaćalo reperkusije na slobodu izražavanja i na čast i ugled. To nije duel s jednim pobjednikom. Utoliko i opravdanost postojanja difamacijskog korpusa odredbi ovisi o tome što se njima želi postići i kakav je njihov učinak pa je naglašeno ako „... istinski štite ugled i čast u slučajevima intencije umanjnja poštovanja u društvu, izvirgavanja javnom ismijavanju ili ruglu, njihovo postojanje opravdava svoju svrhu“.³ U radu će se analizirati europska pravna dostignuća vezana za Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁴ (dalje: Konvencija ili EKLJP), koja su razvijena u brojnim odlukama Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP). U raspravama o ovoj tematici vidljiv je izostanak dostatne pažnje u izučavanju europskih standarda i odluka. Zaštita ugleda može se promatrati kroz dva konvencijska prava: slobodu izražavanja (čl. 10.) te pravo na privatni život (čl. 8.). Cilj nam je, imajući u vidu i prethodni dio istraživanja, argumentirano uzvratiti na stalna propitivanja potrebe postojanja kaznenopravne zaštite časti i ugleda te povećati stupanj kvalitetne rasprave kad je riječ o dekriminalizacijskim nastojanjima i stavovima o previše zaštitničkoj, često zlouporabljenoj stigmatizirajućoj kaznenoj proceduri koja ima odvrćajući učinak na slobodu izražavanja i slično. Usklađenost nacionalne legislative i prakse s konvencijskim standardima jasno se ogleda u presudama ESLJP-a te bi postignuti standardi trebali bi biti trajno uključeni u nacionalne sudske i regulatorne mehanizme.⁵

1 Kazneni zakon, Narodne novine, br. 126/19. Novela je stupila na snagu 1. siječnja 2020.

2 Barbara Herceg Pakšić, „Quo vadis, sramoćenje? O (ne)opravdanosti umanjnja opsega kaznenopravne zaštite časti i ugleda u Republici Hrvatskoj- povijesni, pozitivnopravni i poredbeni argumenti“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 42, br. 3 (2021): 799-815.

3 Herceg Pakšić, *Quo vadis, sramoćenje*, 800.

4 (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

5 Council of Europe (2019), *Freedom of Expression in 2018*, Directorate General, Human Rights and the Rule of Law, Information Society Department, Report DGI(2019)3, 5.

2. STAJALIŠTA I STANDARDI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA O ZAŠTITI REPUTACIJE KROZ PRIZMU SLOBODE IZRAŽAVANJA I PRAVA NA PRIVATNOST

Relevantne se konvencijske odredbe svojim tekstovima prema zaštiti ugleda odnose različito. Zaštita reputacije izravno je obuhvaćena tekstem čl. 10. Konvencije, koji se tiče slobode izražavanja, a riječ je o „jedinom članku koji uz konvencijsko pravo veže dužnosti i odgovornosti“.⁶ U njegovom st. 2. nabrajaju se moguća ograničenja, a jedno je od njih i „zaštita reputacije ili prava drugih“. Potonje je, od svih drugih ograničenja unutar čl. 10., najčešće isticao podnositelj.⁷ Prvi slučaj ove tematike ESLJP je rješavao prije tri i pol desetljeća,⁸ a danas je njegova jurisprudencija vezana za čl. 10. dosegla široke razmjere. Tako je samo tijekom, primjerice, 2018. doneseno više od 70 presuda povezanih s čl. 10., a utvrđene su povrede u oko dvije trećine.⁹ S druge strane, unutar čl. 8. Konvencije, koji se tiče prava na privatnost, nema zaštite reputacije, a u istraženoj literaturi nema obrazloženja zašto je tomu tako. Autori pišu kako je u početku planirani sudski pristup bio slijediti slovo konvencijskoga teksta pa se mjerodavnim smatrala sloboda izražavanja čije se ograničenje, u korist zaštite ugleda, imalo smatrati usko protumačenom iznimkom, a o balansiraju dvaju prava jednake važnosti, nije se promišljalo.¹⁰ Ovaj se pristup promijenio 2004. o čemu ćemo pisati u idućem dijelu rada.

ESLJP se u presudama znao pozivati i na aktivnosti Vijeća Europe u području dekriminalizacije difamacije.¹¹ Načelno govoreći, vlada stajalište da je prostor opravdane primjene kaznenopravnog mehanizma znatno sužen, što znači da kaznenim osudama ima mjesta tek ako su tuđa prava ozbiljno narušena ili ako je riječ o poticanju na mržnju.¹² Kontinuirano je stajalište suda kako politički ili javni službenici ne uživaju

6 Zlata Đurđević, „Judikatura Europskog suda za ljudska prava o slobodi izražavanja u Hrvatskoj od 1997. do 2018.: razotkrivanje pravosudnih anomalija“, u: *Kazneno pravo: sinergija teorije i prakse, Liber amicorum Petar Novoselec*, ur. Ksenija Turković, Maja Munivrana Vajda, Marta Dragičević Prtenjača (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2019.), 164.

7 Council of Europe (2021), *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Updated – 31 August 2020, European Court of Human Rights, 27.

8 *Lingens v. Austria*, 9815/82 od 8. srpnja 1986. Sud je zaključio da je kaznena osuda austrijskog novinara za klevetu nastala u povodu njegove kritike političara (tadašnjega predsjednika austrijske socijalističke stranke) povrijedila njegovo pravo na slobodu izražavanja.

9 Council of Europe, *Freedom of Expression in 2018*, 4.

10 Tanya Aplin i Jason Bosland, „The Uncertain Landscape of Article 8 of the ECHR: The Protection of Reputation as a Fundamental Human Right?“, u: *Comparative Defamation and Privacy Law*, ed. Andrew T. Kenyon (Cambridge: Cambridge University Press, 2016.), 265-290.

11 *Primjerice, Otegi Mondragon v. Spain*, 2034/07, od 15. ožujka 2011.

12 U potonjim situacijama, kaznene odredbe povezane s govorom mržnje trebaju biti jasne i precizne kako bi se njima uredilo ponašanje adresata i osigurala prikladna sloboda izražavanja. Više, Barbara Herceg Pakšić, „Holding All the Aces? Hate Speech: Features and Suppression in Croatia“, u: *Balkan Yearbook of European and International Law*, ur. Zlatan Meškić, Ivana Kunda, Dušan V. Popović, Enis Omerović (Switzerland: Springer, 2021.), 225-247 te Barbara Herceg Pakšić i Višnja Lachner, „Hate Speech as a Violation of Human Rights: The Meaning, Implications and Regulation in Criminal Law“, u: *New Developments in EU Labour, Equality*

višu razinu zaštite od kritike i vrijeđanja.¹³ Legitimna kritika treba biti dopuštena kao i rasprave o pitanjima od javnog interesa.¹⁴ Početkom 2019., sud je ponovio ranije zauzeta stajališta kako učinkovito izvršavanje slobode izražavanja podrazumijeva i stvaranje pogodnog okruženja za sudjelovanje u javnim raspravama, što uključuje i učinkoviti sustav zaštite novinara.¹⁵

(Za)drža(va)nje kaznene odgovornosti za povredu časti i ugleda nedvojbeno je u skladu s konvencijskom odredbom iz čl. 10. st. 2., prema kojoj sloboda izražavanja može biti podvrgnuta *inter alia* kaznama propisanim zakonom koje su u demokratskom društvu nužne i radi zaštite ugleda ili prava drugih. Doktrina dopuštenoga dosega slobode procjene (engl. *margin of appreciation*), vezana za način nacionalnog tumačenja EKLJP-a, dopušta diskrecijsku procjenu u regulaciji izražavanja.¹⁶ I zato, uzimajući u obzir „slobodu procjene prepuštenu državama članicama... kaznena mjera kao odgovor na difamaciju ne može se, kao takva, smatrati nerazmjernom cilju kojem se teži”.¹⁷ I Rezolucija 1577 iz 2007. “prema dekriminalizaciji difamacije” ističe da je sloboda izražavanja “kamen temeljac demokracije”, ali da “nije neograničena, pa se i intervencija države može pokazati nužnom... kada je to u javnom interesu”.¹⁸

Zaključak ESLJP-a u predmetima slobode izražavanja neodvojiv je od povezivanja s pojmovima demokracije, pluralizma, tolerancije, uvažavanja i slično, koji pod lupom *in concreto* okolnosti pokazuju je li zadiranje u slobodu izražavanja bilo nužno. Test nužnosti (engl. *necessity test*) uključuje autonomne pojmove (koji nisu dio konvencijskog teksta *per se*, već su razvijeni sudskom praksom): prijeka društvena potreba, doktrina dopuštene slobodne procjene, difamacijski potencijal primjedbe te načelo razmjernosti zadiranja u odnosu na legitimni cilj koji se želi

and Human Rights Law, ur. Mario Vinković (Osijek: University of Osijek, Faculty of Law, 2015.), 295-320.

13 Godine 2018. donio je dvije odluke kojima je podržao pravo simboličkog prosvjeda, a osudu za „uvredu Krune“ ocijenio nepotrebnom: izrečena novčana kazna za paljenje naopako okrenute fotografije španjolskoga kraljevskog para tijekom javnog okupljanja nije nužna u demokratskom društvu jer je riječ o političkom prosvjedu koji nije dosegnuo razinu poticanja na mržnju ili nasilje. *Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain*, 51168/15, od 13. ožujka 2018.; vidjeti i Council of Europe, *Freedom of Expression in 2018*, 6. U drugom je slučaju pjevanje članica ženskoga punk benda u ortodoksoj katedrali i snimanje izvedbe smatrao postupcima zaštićenim pravom na upuštanje u simbolične akte političkog prosvjeda. *Mariya Alekhina and others v. Russia*, 38004/12, od 17. srpnja 2018.

14 Council of Europe, *Freedom of Expression in 2018*, 6.

15 *Khadija Ismayilova v. Azerbaijan*, 65286/13 and 57270/15, od 10. siječnja 2019.

16 Tijekom izvršavanja svoje nadzorne funkcije, Sud ne zamjenjuje nacionalna tijela, već preispituje odluke koje su donijela nacionalna tijela u skladu s njihovom slobodom procjene prema čl.10. Konvencije. Uz doktrinu slobodne procjene, tri su druga interpretativna načela osobito važna: praktična i učinkovita doktrina, doktrina živog instrumenta i doktrina pozitivnih obveza. Više, Tarlach McGonagle, Marie McGonagle te Ronan Ó Fathaigh, *Freedom of Expression and Defamation, A study of the case law of the European Court of Human Rights* (Strasbourg Council of Europe, 2016), 13.

17 *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, 21279/02 and 36448/02 od 22. listopada 2007., § 59.

18 Council of Europe, *Towards Decriminalisation of Defamation*, Resolution 1577 (2007), toč. 1 i 5.

postići.¹⁹ Potonja procjena često će ovisiti o tome je li se moglo posegnuti za drugim (blažim) sredstvima od kaznene sankcije, poput građanskih i disciplinskih²⁰ jer je potrebno pokazati suzdržanost ka kaznenom mehanizmu u onim situacijama gdje je moguće uporabiti druga sredstva u obrani od neopravdanih napada i kritika protivnika ili pak medija.²¹ Kriteriji koji se uzimaju u obzir pri donošenju odluka su: položaj podnositelja, riječi koje je upotrijebio te izrečena sankcija, položaj osobe kojoj je kritika usmjerena, predmet odnosno sadržaj publikacije, karakterizacija odnosno obilježje koje su nacionalni sudovi pridali osporenoj tvrdnji.²²

Kada je o medijima, odnosno novinarstvu riječ, njihov je društveni značaj vrijedan i važan. Mogućnost bivanja u ulozi nadzornika javnosti (engl. *public watchdog*)²³ uvelike je uvjetovana kvalitetno postignutom ravnotežom u regulaciji slobode izražavanja.²⁴ Kod optužbi, ako izostaje nužna društvena potreba, treba omogućiti obranu isticanjem argumenta javnog interesa. Komunikacija i izražavanje novinara podliježe standardu dobre vjere (legitimnost cilja, iskrenost, razboritost i objektivnost),²⁵ što znači da novinari trebaju moći dokazati istinitost njihovih tvrdnji (lat. *exceptio veritatis*).²⁶ Ipak, sukladno shvaćanjima ESLJP-a, dobra vjera dopušta kriticizam temeljen na razumnim osnovama. Ako je pri stvaranju sadržaja publikacije uložena potrebna marljivost, a kasnije pokaže da su navodi bili pogrešni, ESLJP podupire ocjenu objave kao razumnu.²⁷ Recimo, mediji bi, u javnim raspravama o pitanjima legitimnog interesa, trebali imati pravo osloniti se na sadržaje službenih izvješća, bez potrebe provođenja vlastitih neovisnih istraživanja.²⁸ Iako novinarska sloboda pokriva određeni stupanj pretjerivanja pa i provokacije, obveze i odgovornosti izražavanja novinara pri izvještavanju znače postupanje u dobroj vjeri kako bi prenijeli točne i pouzdane informacije sukladne novinarskoj etici uključivši odmak od navoda koji vrijeđaju i štete ugledu, nespojivim s ulogom medija.²⁹ Analize hrvatskih slučajeva obznanjuju da je ESLJP u predmetima slobode izražavanja ukazao na, *inter alia*, neodgovorno novinarstvo, kršenje slobode izražavanja novinara, arbitraran i nestručan rad sudova, nerazmjerno kažnjavanje te nerazmjerno visoke dodjele

19 Council of Europe (2012), *Study On The Alignment Of Laws And Practices Concerning Defamation With The Relevant Case-Law Of The European Court Of Human Rights On Freedom Of Expression, Particularly With Regard To The Principle Of Proportionality*, Directorate General Of Human Rights And Legal Affairs, Media Division, CDMSI(2012) Misc11Rev2, 9.

20 Raichinov v. Bulgaria, 47579/99, od 20. travnja 2006., §50.

21 Castells v. Spain, 11798/85, od 23. travnja 1992.

22 Krasulya v. Russia, 12365/03, od 22. veljače 2007, § 35. Karman v. Russia, 29372/02, od 14. prosinca 2006., § 33.

23 Chauvy and others v. France, 64915/01 od 29. lipnja 2004., § 67.

24 Colombani and others v. France, 51279/99, od 25. lipnja 2002., § 57.

25 Council of Europe, *Towards Decriminalisation of Defamation*, toč. 60.

26 Jasno je stajalište ESLJP-a da u slučaju kaznenog postupka novinari moraju moći dokazati istinitost svojih činjenica i tako se osloboditi svake kaznene odgovornosti. Fressoz and Roire v. France, 29183/95, od 21. siječnja 1999., §54.

27 Prema zaključku da je „... vijest prolazna roba i odgadanje njezinog objavljivanja, čak i na kratko, može je lišiti sve vrijednosti i interesa“. Sunday Times v. United Kingdom, (n. 2), 13166/87 od 26. studenog 1991., Series A n. 217, § 51.

28 The Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway, 21980/93. od 20. svibnja 1999., § 68.

29 Radio France and others v. France, 53984/00 od 30. ožujka 2004. §37.

naknade štete (sudcima) od strane domaćih sudova.³⁰

2.1. Izražavanje kroz smjerokaze prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života

Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja imalo je zanimljiv razvojni put,³¹ a obuhvaćeno je u čl. 8. EKLJP-a s vrijednostima usko vezanima za ljudsko dostojanstvo, osobnu autonomiju pojedinca i privatne aspekte svakodnevnoga života.³² Zaštita se reputacije ne spominje *expressis verbis* u ovoj konvencijskoj odredbi, no i bez reference, s obzirom na to da nema sveobuhvatnog određenja pojma privatni život,³³ smatra se da uključuje, *inter alia*, pravo na ugled i čast, vlastitu sliku i fotografije, evidencije ili podatke osobne ili javne prirode, informacije o zdravlju i slično.³⁴ Prethodno smo istaknuli kako je inicijalno područje razmatranja zaštite ugleda bilo ograničenje slobode izražavanja, no to se počelo mijenjati prije više od desetljeća i pol, 2004. kada je sud po prvi put utvrdio da je ugled zaštićen pravom na privatni život³⁵ (i nastavio s tim stajalištem) što je dovelo do

30 Đurđević, „Judikatura Europskog suda za ljudska prava o slobodi izražavanja u Hrvatskoj od 1997. do 2018.: razotkrivanje pravosudnih anomalija“, 151-152.

31 Autori navode kako je za privatnost status međunarodnoga ljudskog prava stigao prije negoli je zaživio na nacionalnim razinama. Naime, nakon Drugog svjetskog rata, kada se osmišljava sustav ljudskih prava, nacionalni su ustavi štitili tek neke aspekte privatnosti poput doma i dopisivanja. Opći i krovni pojam privatnosti ili privatnoga života nije bio poznat. Još zanimljivije, autori zaključuju kako istraživanje kodifikacijske povijesti prava na privatnost kroz akte o ljudskim pravima pokazuje da zapravo nije bilo svjesne odluke stvoriti integralno jamstvo niti na globalnoj niti na europskoj razini. Oliver Diggelmann and Maria Nicole Cleis „How the Right to Privacy Became a Human Right“, *Human Rights Law Review* 14, 3 (2014): 441–458.

32 Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, (Zagreb: Novi informator, 2014.), 930-931.

33 Unatoč brojnim, dosad neuspješnim, pokušajima da se pravno obuhvati ovaj pojam, čini se da se ne može dati jasno određenje. Više, Diggelman i Cleis, *How the Right to Privacy Became a Human Right*, 442. ESLJP se složio s takvim stanjem stvari prihativši da je „koncept privatnog života širok pojam koji nije moguće obuhvatiti iscrpnom definicijom“. S. and Marper v. United Kingdom [GC], 30562/04 i 30566/04 od 4. prosinca 2008., § 66. Zbog toga privatnost ima različito značenje unutar različitih sustava što rezultira nedostatkom konzistentnosti i varijacijama u razini zaštite. John Campbell, „The origins and development of the right to privacy“ u *Comparative Privacy and Defamation*, eds. András Koltay i Paul Wragg (Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020.), 9.

34 Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*, 931-932 te Vijeće Europe, *Vodič kroz članak 8. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja*, 30. Dvije su ideje primjenjive na koncept privatnosti. Prva je distanciranje i izdvajanje od društva (privatnost kao oslobođenje od društva), a druga je zaštita temeljnih društvenih normi koje se tiču intimnih odnosa i javne reputacije (privatnost kao dostojanstvo). Diggelman i Cleis, *How the Right to Privacy Became a Human Right*, 457-458.

35 *The Court would observe that the right to protection of one's reputation is of course one of the rights guaranteed by Article 8 of the Convention, as one element of the right to respect for private life.* Radio France and others v. France, 53984/00 od 30. ožujka 2004., §31.

uspostave kolizijskoga područja jednakovrijednih čl. 8. i 10.³⁶ Iste prijelomne godine tri mjeseca kasnije, situacija se utvrđuje slučajem *Chauvy i dr. protiv Francuske*,³⁷ jednoglasnom odlukom da kaznena osuda autora i izdavača knjige za klevetu ne predstavlja zadiranje u njihovu slobodu izražavanja.³⁸ Sud je naglasio legitimnost cilja kaznene osude u zaštiti ugleda oštećenih, a da su autoru i izdavaču pravne posljedice objavljivanja knjige bile predvidljive jer su kao profesionalci u izdavačkoj djelatnosti bili u položaju procijeniti rizik i trebali biti svjesni mogućnosti osude. Izrečene kazne nisu ocijenjene neprikladnima ni pretjerano ograničavajućima po slobodu izražavanja, a zadiranje je bilo proporcionalno cilju zaštite ugleda. Tri i pol godine nakon ove odluke, u slučaju *Pfeifer protiv Austrije*,³⁹ propust domaćih sudova da zaštite ugled

36 Dakle, ugled se može štiti pod pravom na privatni život (čl. 8.), što će u pravilu biti slučaj kad je riječ o, primjerice objavi fotografija, slika ili članaka povezanih s intimnim aspektima života pojedinca ili njegove obitelji. Ako to nije slučaj, može se štiti pod čl. 10. kao legitimno, unaprijed propisano i demokratski nužno ograničenje slobode izražavanja (čl. 10.).

37 Chauvy and others v. France, 64915/01 od 29. lipnja 2004.

38 Knjiga je opisala povijesne događaje iz Drugog svjetskog rata koji se odnose na francuski otpor, tzv. sastanak Caluire, posebno važan događaj u povijesti francuskog otpora kada je 1943. regionalni šef Gestapa, Klaus Barbie, uhitio je glavne vođe pokreta Otpora (koji su se sastajali u Caluireu, predgrađu Lyona). Među uhićenima bio je i Raymond Aubrac, član pokreta, koji je kasnije uspio pobjeći. Autor knjige nastojao je osporiti službenu verziju istine, koju su potvrdili gospodin i gospođa Aubrac, članovi „priznatog pokreta otpora“ u medijima, te su Aubracovi pokrenuli kazneni postupak za klevetu. Sud ih je osudio i naložio plaćanje novčane kazne te naknadu štete, no odbacio zahtjev za uništavanje knjige, naloživši objavljivanje pravne obavijesti i njezino umetanje u svaki primjerak knjige. Apelacijski sud potvrdio je presudu, posebno uzevši u obzir da je knjiga u cjelini imala namjeru sugerirati čitateljima djela izdaje Aubracovih, implicirajući da su lagali. Kasacijski je sud odbio žalbu na pravna pitanja podnositelja zahtjeva.

39 Pfeifer v. Austria, 12556/03 od 15. studenog 2007. Godine 1995. jedan je profesor u članku naveo da su Židovi 1933. objavili rat Njemačkoj te trivijalizirao zločine nacističkoga režima. Taj je članak, putem objavljenoga komentara, oštro kritizirao podnositelj zahtjeva, predbacujući uporabu nacističke terminologije i ideja tipičnih za Treći Reich. Profesor je pokrenuo kazneni postupak za klevetu, no sud je podnositelja oslobodio jer je smatrao da njegov kritičizam, iako oštar, nije bio pretjeran. Potom se spram profesora zbog članka pokrenuo postupak sukladno Zakonu o zabrani nacionalsocijalizma, no on je počinio samoubojstvo neposredno prije suđenja. Urednik desno orijentiranoga časopisa *Zur Zeit*, osvrće se pismom pretplatnicima na podnositeljev kritičizam spram profesora, označivši njega i druge osobe pripadnicima „lovačke skupine“ koja je prouzrokovala profesorovu smrt, objavivši njihove fotografije. Podnositelj je pokrenuo postupak za klevetu prema Zakonu o medijima, koji je dobio, jer unatoč nekim nespornim činjenicama (o objavljenoj kritici, o pokrenutom postupku protiv profesora te njegovoj smrti), ostale tvrdnje nisu imale dokaza (udruživanje radi progona profesora kako bi prouzrokovali njegovu smrt), što je prema odluci suda, prešlo granice opravdane kritike pod čl. 10. Ipak, u povodu urednikove žalbe, austrijski je žalbeni sud oslobodio urednika optužbi za klevetu, s obrazloženjem da urednikove izjave sadrže vrijednosnu ocjenu koja ima dovoljnu činjeničnu osnovu i nisu pretjerane, time dajući prednost slobodi izražavanja. Podnositelj se obratio ESLJP-u koji se u konačnici (s pet glasova spram dva), nije složio s oslobađajućom presudom. Sporna je izjava uspostavila uzročnu vezu između postupaka podnositelja i samoubojstva profesora, bez da su ponuđeni dokazi o njezinom postojanju i prihvaćena je, iako joj je nedostajala dostatna činjenična osnovu. Upotrebom izričaja „član lovačkog udruženja“ (engl. *member of hunting association*) impliciralo se da je podnositelj surađivao s drugima radi progona i napada profesora. Međutim, nije bilo naznaka da je podnositelj, napisavši jedan

podnositelja zahtjeva (u postupku u povodu objave pisma u kojem ga se optužuje za kazneno djelo na temelju njegova objavljenog komentara) označen je povredom čl. 8. Zaštitni opseg primjenjiv je čak i u kontekstu javne rasprave, jer je ugled dio osobnog identiteta. ESLJP nije prihvatio razloge austrijskih sudova u korist slobode izražavanja, a na štetu podnositeljevog ugleda. U jednom drugom slučaju, ESLJP je odlučio kako je navođenje suradnje političara s bivšim komunističkim režimom od strane satiričnoga tjednika kršenje podnositeljeva prava na privatni život, pa se u odluci jasno navodi da je konvencijska zadaća provjeriti jesu li vlasti postigle poštnu ravnotežu u zaštiti dviju vrijednosti zajamčenih Konvencijom (članci 8. i 10.) koje bi mogle biti u sukobu u ovoj vrsti slučajeva.⁴⁰

ESLJP je, dakle, proširio inicijalni zaštitni domet prava na privatnost, uključivši reputaciju, što već samo za sebe dovoljno govori o važnosti i nužnosti zaštitnih modaliteta u nacionalnom zakonodavstvu.⁴¹ Svrha je čl. 8. zaštita od proizvoljnog zadiranja u sadržane vrijednosti kroz klasičnu negativnu obvezu države.⁴² Ovo je oblik „informativnog samoodređenja“, omogućujući građanima oslon na svoje pravo na privatnost u pogledu podataka koji se, makar i neutralni, prikupljaju, obrađuju i šire kolektivno.⁴³ Pogled na zaštitu reputacije kroz prizmu privatnog života dolazi u obzir kad se prijeđe „prag ozbiljnosti“ što znači da napad na reputaciju osobe mora dosegnuti razinu predrasuda na osobno uživanje prava na poštovanje privatnog života.⁴⁴ Napad na ugled treba biti ozbiljan,⁴⁵ dovoditi u pitanje pravo na privatni život te biti povezan s podnositeljem zahtjeva.⁴⁶ Stoga se procjenjuje tema i sadržaj vijesti, doprinos raspravi od javnog interesa, koliko je osoba „poznata“ ili javna i njezino prethodno ponašanje, sadržaj, oblik i posljedice objavljivanja, metode prikupljanja informacija i provjerljivost te učinak sankcije.⁴⁷ Ipak, valja istaknuti da prethodni životni događaji

članak na samom početku niza događaja, postupio na opisani način ili s takvom namjerom jer njegov komentar nije prešao granice prihvatljive kritike.

- 40 Petrina c. Roumanie, 78060/01 od 14. listopada 2008. [Section III]. „... que sa tâche était de vérifier si les autorités ont ménagé un juste équilibre dans la protection de deux valeurs garanties par la Convention (articles 8 et 10) et qui peuvent se trouver en conflit dans ce type d'affaires“, § 28.
- 41 Tvrdi se da se time umanjuje domet slobode izražavanja, što je vidljivo, primjerice, u kritičkim i suprotnim stajalištima trojice sudaca u slučaju Flux v. Moldova, 22824/04 od 29. srpnja 2008., § 17, da se usvojenom većinskom odlukom (4:3) zaštita slobode izražavanja maksimalno unazađuje (“... has thrown the protection of freedom of expression as far back as it possibly could”).
- 42 Vijeće Europe, *Vodič kroz članak 8. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja*, 8.
- 43 Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, 931/13 od 27. lipnja 2017., § 137.
- 44 Council of Europe, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 27.
- 45 Za test ozbiljnosti vidjeti Tamiz v. the United Kingdom, 3877/14 od 19. rujna 2017.
- 46 Vijeće Europe, *Vijeće Europe, Vodič kroz članak 8. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja*, 30.
- 47 Vijeće Europe, *Vijeće Europe, Vodič kroz članak 8. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja*, 14. te Axel Springer AG v. Germany, [Vv], 39954/08, §§ 85.-88., od 7. veljače 2012.

podnositelja zbog njegovih radnji, poput recimo osuđujuće kaznene presude⁴⁸ mogu pokazivati da je reputacijski utjecaj predvidljiva posljedica vlastitih postupanja.

Kad je riječ o relaciji toga prava sa slobodom izražavanja, nacionalni pravni okvir treba imati „pravičnu ravnotežu pri zaštiti te dvije konvencijske vrijednosti“.⁴⁹ Pravne konture takve ravnoteže pripadaju polju slobodne procjene nacionalne vlasti, a ESLJP je još desetljeće ranije, u veljači 2012. postavio opća načela u pet teza.⁵⁰ U njima ističe kako se ishod ispitivanja, odnosno odluke ne bi trebao razlikovati neovisno je li zahtjev podnesen pod čl. 10. ili čl. 8., jer ova prava zavređuju *jednako poštovanje*.⁵¹ Nacionalni odabir pravnog balansa podliježe europskom nadzoru kompatibilnosti s konvencijskim odredbama, stoga njegova sukladnost jurisprudenciji zapravo znači da će ESLJP zahtijevati snažne razloge da bi odstupio od svojih stajališta.

U koliziji čl. 10. i 8. kroz novinarski posao (u pravilu zbog objave privatnih i osobnih podataka i informacija), sud procjenjuje način na koji su informacije dobivene, njihovu istinitost i težinu izrečene kazne novinarima / izdavačima. Osjetljivost ove kolizije prikazuje zanimljivi finski slučaj iz 2017.⁵² o prikupljanju i objavi poreznih podataka građana (čija objava prema finskom pravu nije zabranjena), gdje je ESLJP

48 Tako nije primjenjiv zahtjev podnositelja, sveučilišnoga profesora, da njegova osuda zbog odbijanja postupanja sukladno naredbi suda i omogućivanja pristupa istraživačkim materijalima narušava čl. 8. Više, Gillberg v. Sweden 41723/06 od 3. travnja 2012.

49 Medžlis islamske zajednice Brčko and others v. Bosnia and Herzegovina, 17224/11 od 27. lipnja 2017., § 77.

50 Riječ je o slučaju Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC] - 40660/08 and 60641/08 od 7. veljače 2012., §§ 104-107., a od tada su ova načela nekoliko puta ponavljana, između ostaloga i u slučaju Perinçek v. Switzerland, 27510/08, od 15. listopada 2015. Detaljnije o ovom slučaju vidjeti u: Barbara Herceg Pakšić, „Tvorba novih standarda u slučajevima teških oblika govora mržnje: negiranje genocida pred Europskim sudom za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 67, br. 2 (2017): 243 i dalje.

51 Sukladno tome, istaknuto je da bi i slobodna prosudba u oba područja trebala biti ista. Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], 40660/08 and 60641/08 od 7. veljače 2012, §106.

52 Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, 931/13 od 27. lipnja 2017. Dvije su finske tvrtke podnijele zahtjev tvrdeći da im je narušena sloboda izražavanja (ujedno i čl. 6., zbog duljine domaćega postupka). Prva je tvrtka prikupljala podatke od finskih poreznih tijela u svrhu objave informacija o prihodima pojedinaca u novinama. Godine , novine su izašle 17 puta, sveukupno objavivši identitet 1.2 milijuna građana te njihove porezne iznose. Iduće godine, podatci su proslijeđeni drugoj tvrtci, koja je, zajedno s telefonskim operaterom otpočela SMS servis: pojedinac je mogao poslati ime i prezime određene osobe na broj telefona i tako dobiti njezine porezne podatke. Nakon što su zatražili porezne podatke od finskoga nacionalnog poreznog tijela, Ombudsman za zaštitu podataka smatrao je kako se unatoč tome što pristup i objavljivanje poreznih podataka nisu zabranjeni finskim pravom, oni ne bi smjeli objavljivati te ih savjetovao da prestanu s takvom praksom, što su one odbile. Uslijedila su dva seta postupaka, prvi od 2004. do 2009., a drugi od 2009. do 2012. U prvom setu koji je pokrenuo Ombudsman odlučivalo je tijelo za zaštitu podataka i Upravni sud u Helsinkiju koji su tvrtkama dali za pravo, no žalbom Ombudsmana Vrhovnom upravnom sudu, koji je odlučio zatražiti prethodnu odluku suda EU o interpretaciji Direktive 95/46/EC (CJEU, C-73/07 - Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, ECLI:EU:C:2008:727), prethodne odluke su ukinute te je naložena zabrana djelovanja. U drugom setu postupaka u povodu žalbi odlučivao je Upravni sud u Turku, te je u konačnici odlukom Vrhovnog upravnog suda potvrđena zabrana takve prakse objavljivanja informacija, što je dovelo do zatvaranja tvrtki koje su se potom obratile ESLJP-u.

naveo da „... tisak ne smije prekoračiti određene granice, posebno u pogledu zaštite ugleda i prava drugih... a zadatak davanja informacija nužno uključuje... i ograničenja koja si tisak mora spontano nametati“.⁵³ Zaštitni mehanizam vrijedi i kad je riječ o javnim informacijama.⁵⁴ Ako njihova objava nije objava ideja i stajališta, ne pridonosi raspravama od javnog interesa ili je zaštićeni politički govor, tada nema zaštite pod čl. 10.⁵⁵

3. O (NE)PRIKLADNOSTI KAZNENOPRAVNIH SANKCIJA

Iako samo postojanje kaznenih sankcija ne predstavlja kršenje čl. 10. EKLJP-a, razumije se da upravo njihova primjena izaziva najviše preispitivanja, osobito kad je riječ o njihovoj visini ili težini. Čim je kaznenopravni mehanizam predviđen, obeshrabrujući je učinak povezan sa strahom od kaznene sankcije⁵⁶ čak i kod niske kazne, s obzirom na to da osuda podrazumijeva kaznenu evidenciju i time neke osobne ili profesionalne posljedice.⁵⁷ ESLJP obilježava perpetuirana suzdržanost u označavanju kaznenopravnog mehanizma protivnog čl. 10. EKLJP-a, te krajnja pažnja i strogost nadziranja primjenjenih sankcija (za čije pojedine vrste, poput lišenja slobode, nema opravdanja u klasičnim difamacijskim slučajevima u pitanjima od javnog interesa⁵⁸). Najvažnije načelo u preispitivanju jest načelo razmjernosti, usredotočeno na prirodu i težinu sankcije⁵⁹ pa se izrečene sankcije često ocjenjuju nerazmjernima.⁶⁰ Kod standardnih difamacijskih slučajeva (dakle, ako nije riječ o govoru mržnje, poticanju na nasilje i sl.) kaznenopravna sankcija *per se* ima nerazmjerno obeshrabrujući učinak.⁶¹ Osobito se strogo se preispituje jesu li mjere ili sankcije nametnute medijima

53 Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, 931/13 od 27. lipnja 2017., § 125. To vrijedi čak i kod informacija koje već jesu u javnoj domeni što znači da se zaštitni mehanizam čl. 8. neće moći ukloniti.

54 Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, 931/13 od 27. lipnja 2017., § 134.

55 Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, 931/13 od 27. lipnja 2017., § 178.

56 Kritizirajući pretjeranu uporabu kaznenopravnih odredbi, Sud primjećuje da i primjena blagih kaznenih sankcija ima velike posljedice na obavljanje novinarskih dužnosti, pa će u tom kontekstu već puko postojanje tih odredbi vjerojatno imati obeshrabrujući učinak i time zadirati u slobodu izražavanja. Council of Europe, *Study On The Alignment Of Laws And Practices Concerning Defamation With The Relevant Case-Law Of The European Court Of Human Rights On Freedom Of Expression, Particularly With Regard To The Principle Of Proportionality*, 19.

57 McGonagle; McGonagle; Ó Fathaigh, *Freedom of Expression and Defamation*, 56. Scharsach and News Verlagsgesellschaft mbH v. Austria, 39394/98, od 13. studenog 2003., §32.

58 McGonagle; McGonagle; Ó Fathaigh, *Freedom of Expression and Defamation*, 57.

59 Priroda i težina izrečene sankcije čimbenici su koji se uzimaju u obzir pri procjeni razmjernosti zadiranja u slobodu izražavanja. Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey, 3536/94 and 24408/94 od 8. srpnja 1999., § 49.; Cumpăna and Mazăre v. Romania, 33348/96 od 17. prosinca 2004. § 111., Skalka v. Poland, 43425/98 od 27. svibnja 2003., § 38.

60 Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom, 18139/91 od 13. srpnja 1995., § 51.

61 Cumpăna and Mazăre v. Romania, 33348/96 od 17. prosinca 2004.; Azevedo v. Portugal, 20620/04 od 27. ožujka 2008.

obeshrabrujuće za sudjelovanje u raspravama o pitanjima legitimnih javnih interesa.⁶²

Kad je riječ o vrstama kazni, kompatibilnost lišenja slobode i slobode izražavanja novinara bit će moguća iznimno, kod ozbiljnog narušenja drugih temeljnih prava, kao primjerice u slučajevima govora mržnje ili pak poticanja na nasilje.⁶³ Novčana kazna preispituje se testom razmjernosti kroz pojedinačna sredstva okrivljenika (poput plaće), prosječnu plaću u državi članici te troškove suđenja⁶⁴ i kroz potencijalni obeshrabrujući učinak na osuđenika, ali i na druge (novinare).⁶⁵ Ni uvjetna osuda ne nailazi na odobravanje⁶⁶ jer može imati trajne učinke na legitimne aktivnosti novinara, jer primjerice, rok kušnje u kojem se ne smije počinuti novo djelo, ima ograničavajuće djelovanje na urednički posao umanjujući mogućnost iznošenja stajališta za javne rasprave.⁶⁷

No ipak, kazneni postupci, a time i sankcije, radi zaštite ugleda neke osobe (ili drugoga legitimnog cilja) se u određenim ozbiljnim slučajevima pokazuju potrebnim i proporcionalnim odgovorom - kad difamacijske izjave ili navodi narušavaju ili mogu narušiti pretpostavku nedužnosti (zajamčenu čl. 6. st. 2. EKLJP), a tada izricanje kaznenih sankcija, pa čak i onih teže naravi, ima veću vjerojatnost prihvaćanja.⁶⁸

Nužno je osvrnuti se i na stalni dekriminalizacijski argument: o dostatnosti građanskopravne zaštite kod povrede časti i ugleda. Naime, opasnost nerazmjernih sankcija nije ograničena samo na kazneno pravo - itekako ima svoj odraz i u građanskom pravu pri određivanju iznosa naknade štete. Zakonodavstvo bi općenito moralo obihvaćati prikladne i učinkovite zaštitne mjere protiv disproporcionalnih (i arbitrarnih) naknada štete.⁶⁹ Njihova visina, odnosno nerazmjerno premašivanje uobičajenih

62 The Bladet Tromsø i Stensaas v. Norway, 21980/93. od 20. svibnja 1999., § 64. Cumpănă and Mazăre v. Romania, 33348/96 od 17. prosinca 2004. § 111. Sud je istaknuo važnost da strah od kaznenopravne sankcije ne smije djelovati obeshrabrujuće na izražavanje mišljenja o pitanjima od javne važnosti. Barfod v. Denmark, 11508/85 od 22. veljače 1989.

63 Cumpănă and Mazăre v. Romania, 33348/96 od 17. prosinca 2004.

64 McGonagle, McGonagle, Ó Fathaigh, *Freedom of Expression and Defamation*, 57-58.

65 U slučaju Kasabova v. Bulgaria, 22385/03 od 19. travnja 2011., novčana kazna izrečena podnositeljici zahtjeva bila je „znatna“ u usporedbi s njezinom plaćom i Sud je naglasio da se novčane kazne trebaju procjenjivati i uzimanjem u obzir odštete i troškova. Ukupni iznos, koji je bio „ekvivalentan gotovo sedamdeset minimalnih mjesečnih plaća... i više od trideset pet mjesečnih plaća podnositeljice zahtjeva, uz dokaze koje je podnositeljica podnijela, pokazuju da se godinama borila da kaznu plati u cijelosti“, § 71.

66 U slučaju Scharf and News Verlagsgesellschaft mbH v. Austria, 39394/98 od 13. studenog 2003. ESLJP je ocijenio da, iako je dodijeljena sankcija „bila u nižem rangu od mogućih, te izrečena kao uvjet uz probacijski period od tri godine, riječ je ipak o kaznenopravnoj sankciji koja je ušla u evidenciju“, § 32.

67 Uvjetna osuda imala je učinak ograničavanja podnositeljeva rada kao urednika i time umanjila mogućnost sudjelovanja u javnim raspravama. Şener v. Turkey, 26680/95 od 18. srpnja 2000.

68 Primjerice, u slučaju Ruokanen and others v. Finland, 45130/06. od 6. travnja 2010., ocijenjeno je da je narušena pretpostavka nedužnosti te da u tim okolnostima izrečena kaznena sankcija nije bila nerazmjerna.

69 Prema jednoj starijoj odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev-1626/80 od 20. siječnja 1981., naknadu neimovinske štete za povredu ugleda i časti trebalo bi priznati samo iznimno, kada je povreda iznimno teška i opravdano mogla izazvati osobito intenzivnu duševnu bol. Njome se djelomično umanjuju nastale posljedice, pa ju je potrebno ograničiti samo na „... takve iznimno jake napade koji prema svom intenzitetu, trajanju i prilikama sredine uzrokuju

i očekivanih okvira, itekako predstavlja veliku zapreku slobodi izražavanja⁷⁰ i kao takve nisu ništa manje štetne od kazni, pa ih treba i smatrati kaznama. Prije više od desetljeća s europske razine upozoreno je da takva praksa proturječi čl. 10. EKLJP-a.⁷¹ Naknada je štete kroz mehanizme civilnoga prava obilježje angloameričkoga pravnog sustava.⁷² Njegov veliki utjecaj doveo je do pojave, tzv. kaznene naknade štete (engl. *punitive damages*) čija svrha nije restitucija ili naknada, već kažnjavanje, što uključuje generalnopravni zastrašujući učinak kao „naknada za primjer“ (engl. *exemplary damages*).⁷³ Takvi su primjeri izricanje iznosa naknade štete od 1.5 milijuna funti⁷⁴ ili slučaj gdje je zbog nove zakonske regulacije, nacionalni sud izrekao novčanu kaznu od 300.000 eura jednom mediju, zbog zakašnjelog otkrivanja stranih financijskih sredstava, time dovodeći u pitanje opstanak mrežne poslovнице.⁷⁵ U Hrvatskoj je zbog sudske odluke o difamacijskom sadržaju satiričnoga novinskog članka koji kritizira suca, izrečena naknada od 6.000 EUR što je ESLJP ocijenio kršenjem čl. 10.⁷⁶ Takvi građanski postupci nedvojbeno imaju odvratajući učinak s posljedicama po slobodu izražavanja i novinarsku profesiju i postaju neprimjereno slični kaznenim.⁷⁷

4. ZAKLJUČNE MISLI

Sužavanje reputacijske zaštite u hrvatskom kaznenom pravu ukidanjem kaznenog djela teškoga sramoćenja povod je ove znanstvene analize. Kako bi se detaljnije preispitali argumenti dostupni javnosti, istraživanje je predstavljeno u dva

jasno manifestiranu povredu časti i ugleda čovjekove osobe“.

- 70 Council of Europe, *Study On The Alignment Of Laws And Practices Concerning Defamation With The Relevant Case-Law Of The European Court Of Human Rights On Freedom Of Expression, Particularly With Regard To The Principle Of Proportionality*, 20.
- 71 Council of Europe, *Towards Decriminalisation of Defamation*, toč. 14.
- 72 Petar Novoselec, „Zaštita časti i ugleda u novom Kaznenom zakonu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 66, br. 4 (2016): 444. Autor ističe kako naknada štete kao temeljna sankcija građanskog prava ostaje u granicama privatnog odnosa između počinitelja i žrtve i ne izražava društvenu osudu za kojom ide kazneno pravo, niti ima za cilj generalnu i specijalnu prevenciju.
- 73 Nataša Mrvić-Petrović, „Dekriminalizacija klevete – supremacija slobode izražavanja u odnosu na čast i ugled“, *Strani pravni život* 57, br. 2 (2013): 53 te Saša Nikšić, „Povreda prava na duševni integritet“, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, ur. Petar Klarić (Zagreb: Narodne novine, 2006.), 288.
- 74 Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom, 18139/91 od 13. srpnja 1995. Dodatno, razlozi zbog kojih nacionalni sud dodjeljuje visoki iznos naknade štete često nisu dostatno uvjerljivi, kao u slučaju Maronek v. Slovakia, 32686/96 od 19. travnja 2001.
- 75 Proširenje zakona “stranih agenata” u Rusiji krajem 2017. na medijske subjekte podvrgnulo je potonje obvezama prijave svojih stranih izvora financiranja i podvrgavanja redovitoj reviziji, te ih izložilo znatnim novčanim kaznama. Council of Europe, Heavy Fine Against Independent News Website The New Times, pristup 10. veljače 2021., https://www.coe.int/en/web/mediafreedom/detailalert?p_p_id=sojdashboard_WAR_coesoportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column3&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=11&sojdashboard_WAR_coesoportlet_alertPK=52451681&sojdashboard_WAR_coesoportlet_displayLink=SojPortlet.getDashboardPortletId%28%29 od 20. studenog 2018.; CoE, Freedom Of Expression in 2018.
- 76 Narodni list d.d. v. Croatia, 2782/12 od 8. studenog 2018.
- 77 Council of Europe, *Towards Decriminalisation of Defamation*, toč. 79.

znanstvena rada. U prvom dijelu razmatranja o hrvatskom uređenju kaznenih djela protiv časti i ugleda, uvođenju kaznenog djela sramoćenja, načinu njegova ukidanja, statističkoj pojavnosti, poredbenopravnom uređenju i iskustvima difamacijske regulacije pokazala su kako je potez zakonodavca nelogičan jer je ukinuo teže, a pod kaznenopravnim mehanizmom ostavio blaže djelo. Također je istaknuto se ukinuti sadržaj i dalje nalazi unutar inkriminacija u drugim europskim zemljama, osobito onima u čija se rješenja ugledamo, te da u pojedinim sustavima koja su odabrala dekriminalizacijski put nije došlo do željenih učinaka nego do novih izazova.

U ovom smo se radu bavili istraživanjem europskih, odnosno konvencijskih standarda u zaštiti reputacije kroz prizmu dva ljudska prava - slobode izražavanja i prava na privatni život. Ovaj je pristup odabran i zbog očigledne zanemarenosti činjenice kako je kazneno djelo teškoga sramoćenja šttilo i privatni i obiteljski život. Za zaštitu potonjeg prava nužno je angažirati i mehanizam kaznenog prava jer su i sloboda izražavanja i pravo na privatnost zaštićeni konvencijskim mehanizmom kao jednako važna prava. Iz stajališta suda ESLJP-a, nekoliko je puta naglašen zahtjev pravične ravnoteže u nacionalnoj regulaciji koja u konačnici podliježe konvencijskom nadzornom mehanizmu. S obzirom na to da je ukinutom inkriminacijom izmijenjen tradicionalni opseg hrvatske kaznenopravne zaštite časti i ugleda i unesena neravnoteža, bit će zanimljivo vidjeti kako će se ovo stanje odraziti u praksi.

Kaznenopravni mehanizam zaštite časti i ugleda u skladu je s konvencijskim standardima, te je katkad nužan i potreban državni odgovor na povrede iz ove sfere, no kontinuirani trn u oku europskosudskoga nadzora zapravo je njegova *pretjerana* aktivacija. To zasigurno nije bio slučaj s teškim sramoćenjem jer smo u prvom dijelu istraživanja upozorili na njegovu raritetnost u sudskoj praksi. Ta rijetkost nije argument za njegovo ukidanje (jer bismo tom logikom mogli posegnuti i za brisanjem drugih kaznenih djela), nego je vjerojatan pokazatelj odgovarajućeg uređenja. Važan je izazov, i to onaj stavljen pred sudsku praksu, poštovanje načela razmjernosti pri sankcioniranju. Vezano uz to, da se ova materija kao prebjeg u građansko pravo vjerojatno neće dobro provesti, jasno je iz prikazanih izazova toga priželjkivanog utočišta. Naime, načelu se razmjernosti ne udovoljava i u građanskim postupcima, u kojima postoji bojazan disproporcionalnih naknada štete koje zapravo imaju kazneni karakter. Građanskopravni *vade mecum* može se tako opisati i prijevarom putem etikete. Pokazalo se da su hrvatske povrede učinjene upravo u građanskim parnicama pa će ovim prebacivanjem težišta zaštita medijskih sloboda vjerojatno i oslabiti. Sveukupno rečeno, slijedi da brisanje kaznenog djela teškoga sramoćenja nema željenu opravdanost jer argumenti kojima je ono vođeno ne stoje.

Konačno, kako je već ranije istaknuto, složenost kolizije slobode izražavanja i prava na privatni život kroz aspekt ugleda i časti poznata je svim pravnim sustavima i nije ju dobro rješavati naglim kaznenopravnim rezovima bez pažljive stručne i argumentirane procjene i konsenzusa oko društvenih potreba.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Aplin, Tanya, i Jason Bosland. „The Uncertain Landscape of Article 8 of the ECHR: The Protection of Reputation as a Fundamental Human Right?“. U: *Comparative Defamation and Privacy Law*, ed. Andrew T. Kenyon, poglavlje 13, 265-290. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
2. Campbell, John. „The origins and development of the right to privacy“. U: *Comparative Privacy and Defamation*, eds. András Koltay i Paul Wragg, 9-23. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020.
3. Council of Europe, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Updated – 31 August 2020, European Court of Human Rights, 2021*: 27. Dostupno na: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf
4. Council of Europe, *Freedom of Expression in 2018*, Directorate General, Human Rights and the Rule of Law, Information Society Department, Report DGI(2019)3, 2019.
5. Council of Europe, Heavy Fine Against Independent News Website The New Times, pristup 10. veljače 2021., https://www.coe.int/en/web/mediafreedom/detailalert?p_p_id=sojdashboard_WAR_coesoportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column3&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=11&_sojdashboard_WAR_coesoportlet_alertPK=52451681&_sojdashboard_WAR_coesoportlet_displayLink=SojPortlet.getDashboardPortletId%28%29 od 20. studenog 2018.
6. Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Towards Decriminalisation of Defamation*, 2007. Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights. Dostupno na: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=11684&lang=en>
7. Council of Europe, *Study On The Alignment Of Laws And Practices Concerning Defamation With The Relevant Case-Law Of The European Court Of Human Rights On Freedom Of Expression, Particularly With Regard To The Principle Of Proportionality*, Directorate General Of Human Rights And Legal Affairs, Media Division, CDMSI Misc11Rev2, 2012.
8. Diggelmann, Oliver i Maria Nicole Cleis. „How the Right to Privacy Became a Human Right“. *Human Rights Law Review* 14, br. 3 (2014): 441–458.
9. Đurđević, Zlata. „Judikatura Europskog suda za ljudska prava o slobodi izražavanja u Hrvatskoj od 1997. do 2018.: razotkrivanje pravosudnih anomalija“. U: *Kazneno pravo: sinergija teorije i prakse, Liber amicorum Petar Novoselec*, ur. Ksenija Turković, Maja Munivrana Vajda i Marta Dragičević Prlenjača, 151-204. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2019.
10. Herceg Pakšić, Barbara. „Holding All the Aces? Hate Speech: Features and Suppression in Croatia“. U: *Balkan Yearbook of European and International Law*, ur. Zlatan Meškić, Ivana Kunda, Dušan V. Popović, Enis Omerović, 225-247. Švicarska: Springer, 2021.
11. Herceg Pakšić, Barbara. „Quo vadis, sramoćenje? O (ne)opravdanosti umanjenja opsega kaznenopravne zaštite časti i ugleda u Republici Hrvatskoj- povijesni, pozitivnopravni i poredbeni argumenti“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 42, br. 3 (2021): 799-815.
12. Herceg Pakšić, Barbara. „Tvorba novih standarda u slučajevima teških oblika govora mržnje: negiranje genocida pred Europskim sudom za ljudska prava“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 67, br. 2 (2017): 229-253.
13. Herceg Pakšić, Barbara, i Višnja Lachner. „Hate Speech As a Violation of Human Rights: The Meaning, Implications and Regulation in Criminal Law“. U: *New Developments in EU Labour, Equality and Human Rights Law*, ur. Mario Vinković, 295-320. Osijek: University of Osijek, Faculty of Law, 2015.

14. McGonagle, Tarlach, Marie McGonagle, i Ronan Ó Fathaigh. *Freedom of Expression and Defamation, A study of the case law of the European Court of Human Rights*. Strassbourg: Council of Europe, 2016.
15. Mrvić-Petrović, Nataša. „Dekriminalizacija klevete – supremacija slobode izražavanja u odnosu na čast i ugled“. *Strani pravni život* 57, br. 2 (2013): 43-58.
16. Nikšić, Saša. „Povreda prava na duševni integritet“. U: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, ur. Petar Klarić. Zagreb: Narodne novine, 2006.
17. Novoselec, Petar. „Zaštita časti i ugleda u novom Kaznenom zakonu“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 66, br. 4 (2016): 443-468.
18. Omejec, Jasna. *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasbourški acquis*. 2. dopunjeno izd. Zagreb: Novi informator, 2014.
19. *Vijeće Europe, Vodič kroz članak 8. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja*

Pravni izvori:

1. (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.
2. Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17., 118/18., 126/19., 84/21.

Sudska praksa:

1. Court of Justice EU, C-73/07 - Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, ECLI:EU:C:2008:727 od 16. prosinca 2008.
2. European Court of Human Rights, Azevedo v. Portugal, 20620/04, od 27. ožujka 2008.
3. European Court of Human Rights, Axel Springer AG v. Germany, [Vv], 39954/08, od 7. veljače 2012.
4. European Court of Human Rights, Barfod v. Denmark, 11508/85, od 22. veljače 1989.
5. European Court of Human Rights, Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey, 23536/94 and 24408/94, od 8. srpnja 1999.
6. European Court of Human Rights, Castells v. Spain, 11798/85, od 23. travnja 1992.
7. European Court of Human Rights, Chauvy and others v. France, 64915/01, od 29. lipnja 2004.
8. European Court of Human Rights, Colombani and others v. France, 51279/99, od 25. lipnja 2002.
9. European Court of Human Rights, Cumpăna and Mazăre v. Romania, 33348/96, od 17. prosinca 2004.
10. European Court of Human Rights, Europapress holding d.o.o. v. Croatia, 25333/06, od 22. listopada 2009.
11. European Court of Human Rights, Flux v. Moldova (n. 6), 22824/04, od 29. srpnja 2008.
12. European Court of Human Rights, Fressoz and Roire v. France, 29183/95, od 21. siječnja 1999.
13. European Court of Human Rights, Gillberg v. Sweden 41723/06, od 3. travnja 2012.
14. European Court of Human Rights, Karman v. Russia, 29372/02 od 14. prosinca 2006.
15. European Court of Human Rights, Kasabova v. Bulgaria, 22385/03, od 19. travnja 2011.
16. European Court of Human Rights, Khadija Ismayilova v. Azerbaijan, 65286/13 i 57270/15, od 10. siječnja 2019.
17. European Court of Human Rights, Krasulya v. Russia, 12365/03, od 22. veljače 2007.
18. European Court of Human Rights, Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, 21279/02 and 36448/02 od 22. listopada 2007.
19. European Court of Human Rights, Lingens v. Austria, 9815/82, od 8. srpnja 1986.

20. European Court of Human Rights, Mariya Alekhina and others v. Russia, 38004/12, od 17. srpnja 2018.
21. European Court of Human Rights, Maronek v. Slovakia, 32686/96, od 19. travnja 2001.
22. European Court of Human Rights, Medžlis islamske zajednice Brčko and others v. Bosnia and Herzegovina, 17224/11, od 27. lipnja 2017.
23. European Court of Human Rights, Narodni list d.d. v. Croatia, 2782/12, od 8. studenog 2018.
24. European Court of Human Rights, Observer and Guardian v. United Kingdom, Series A n. 216, 13585/88, od 26 studenog 1991.
25. European Court of Human Rights, Otegi Mondragon v. Spain, 2034/07, od 15. ožujka 2011.
26. European Court of Human Rights, Pfeifer v. Austria, 12556/03, od 15. studenog 2007.
27. European Court of Human Rights, Perinçek v. Switzerland, 27510/08, od 15. listopada 2015.
28. European Court of Human Rights, Petrina c. Roumanie, 78060/01, od 14. listopada 2008.
29. European Court of Human Rights, Radio France and others v. France, 53984/00, od 30. ožujka 2004.
30. European Court of Human Rights, Raichinov v. Bulgaria, 47579/99, od 20. travnja 2006.
31. European Court of Human Rights, Ruokanen and others v. Finland, 45130/06., od 6. travnja 2010.
32. European Court of Human Rights, Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, 931/13, od 27. lipnja 2017.
33. European Court of Human Rights, Scharsach and News Verlagsgesellschaft mbH v. Austria, 39394/98, od 13. studenog 2003.
34. European Court of Human Rights, Şener v. Turkey, 26680/95, od 18. srpnja 2000.
35. European Court of Human Rights, Skalka v. Poland, 43425/98, od 27. svibnja 2003.
36. European Court of Human Rights, Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain, 51168/15, od 13. ožujka 2018.
37. European Court of Human Rights, Sunday Times v. United Kingdom, (n. 2), 13166/87, Series A n. 217 od 26. studenog 1991.
38. European Court of Human Rights, Tamiz v. the United Kingdom, 3877/14, od 19. rujna 2017.
39. European Court of Human Rights, The Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway, 21980/93, od 20. svibnja 1999.
40. European Court of Human Rights, Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom, 18139/91, od 13. srpnja 1995.
41. European Court of Human Rights, Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC] - 40660/08 and 60641/08, od 7. veljače 2012
42. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1626/80 od 20. siječnja 1981.

Barbara Herceg Pakšić*

Summary

***QUO VADIS, VILIFICATION? ON THE (UN)JUSTIFIED
CUTBACK OF CRIMINAL LAW PROTECTION OF HONOR
AND REPUTATION IN THE REPUBLIC OF CROATIA-
EUROPEAN STANDARDS AS DIRECTIONS FOR
REGULATION***

Due to the narrowing of the criminal law protection scope regarding honor and reputation, under the fifth amendment to the Criminal Code at the end of 2019, Severe Vilification was deleted which left noticeable illogicalities. Therefore, this research examines the reasons for this legislative intervention, to assess its justification. Due to the required scope of argumentation, this analysis builds on previously published work that has shown research on historical, positive, and comparative arguments. We are now exploring the Convention standards and positions of the European Court of Human Rights in the application of the criminal law mechanism in the field of protection of honor and reputation through two convention rights - freedom of expression and the right to privacy. The outcome shows that the provision of a criminal law mechanism for the protection of honor and reputation is in line with convention standards and that, given the equal value of both rights, their quality protection requires a balanced national solution. It is pointed out that the challenges of respecting the principle of proportionality lie equally in the field of civil law regarding determination of the amount of damages. Overall, the arguments previously published and those we present now indicate that the publicly available reasons for the deletion of Severe Vilification cannot present sufficient arguments for this legislative intervention. It is therefore argued that pro futuro regulation in this sensitive area should not be driven by sudden criminal cuts without careful expert and reasoned assessment and consensus on societal needs.

Keywords: *criminal law protection of honor and reputation; freedom of expression; right to privacy; fifth amendment to the Criminal Code; severe vilification; media; European Court of Human Rights.*

* Barbara Herceg Pakšić, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University of Osijek; bherceg@pravos.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7052-928X>.

NEKE DVOJBE U PRAKTIČNOJ PRIMJENI PRAVILA O SLOBODI PRUŽANJA USLUGA OSIGURANJA NA JEDINSTVENOM UNUTARNJEM TRŽIŠTU EUROPSKE UNIJE

Izv. prof. dr. sc. Adriana Vincenca Padovan* UDK 339.923:061.1](4)
Mirela Duvnjak, mag. iur.** <https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.8>
Ur.: 8. srpnja 2021.
Pr.: 15. listopada 2021.
Pregledni rad

Sažetak

U članku se analiziraju pojedina dvojbena pravna pitanja koja se javljaju u praksi prekograničnoga poslovanja društava za osiguranje na jedinstvenom unutarnjem tržištu Europske unije s aspekta važećega pravnog uređenja u Republici Hrvatskoj. Analiza se ponajprije odnosi na pitanja koja se javljaju u praktičnoj primjeni pravila o slobodi pružanja usluga osiguranja predviđenih propisima Europske unije koja se u hrvatski pravni sustav prenose Zakonom o osiguranju. Cilj je rada ukazati na izazove koje za industriju osiguranja u Republici Hrvatskoj donosi liberalizacija tržišta osiguranja zajamčena pravnom stečevinom Europske unije te pružiti određene preporuke koje bi hrvatskim osigurateljima i ostalim pružateljima usluga osiguranja mogle biti korisne kod donošenja poslovne odluke o mogućem prekograničnom obavljanju poslova osiguranja.

Ključne riječi: sloboda pružanja usluga osiguranja; Europska unija; Direktiva 2009/138/EZ; Direktiva (EU) 2016/97; Zakon o osiguranju.

1. UVOD

Ovaj je rad drugi dio studije o prekograničnom obavljanju poslova osiguranja na jedinstvenom tržištu EU-a s aspekta hrvatskoga pravnog sustava. U prvom dijelu studije pod naslovom *Prekogranično poslovanje društava za osiguranje na jedinstvenom tržištu Europske unije – pogled iz Hrvatske*¹ autori su se bavili analizom

* Dr. sc. Adriana Vincenca Padovan, izvanredna profesorica, viša znanstvena suradnica, Jadranski zavod HAZU; avpadovan@hazu.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0013-1820>.

** Mirela Duvnjak, mag. iur., Croatia osiguranje d.d. Zagreb; duvnjak.mirela@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8315-0156>.

1 Adriana Vincenca Padovan i Mirela Duvnjak, „Prekogranično poslovanje društava za osiguranje na jedinstvenom tržištu Europske unije – pogled iz Hrvatske“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 42, br. 3 (2021): 737-758.

važeca pravnog okvira u Republici Hrvatskoj kojim se društvima za osiguranje jamče sloboda poslovnog nastana i sloboda prekograničnog pružanja usluga u skladu s pravnom stečevinom Europske unije (dalje: EU), kao i relevantnim statističkim podacima o poslovima osiguranja koje društva za osiguranje obavljaju u Republici Hrvatskoj i iz Republike Hrvatske u drugim članicama EU-a na temelju slobode pružanja usluga i slobode poslovnog nastana.

U ovom članku analiziramo pojedine pravne aspekte koji bi mogli biti izazov za hrvatske osiguratelje i druge pružatelje usluga osiguranja ili izazvati dvojbe u tumačenju pravnih pravila o slobodi prekograničnog pružanja usluga osiguranja. Na temelju provedene analize pojedinih pravnih pitanja koja se pokazuju dvojbena u praktičnoj primjeni pravila o slobodi prekograničnog pružanja usluga unutar EU-a, iznosimo nekoliko preporuka koje bi domaćim osigurateljima i ostalim pružateljima usluga osiguranja mogle biti korisne kod donošenja poslovne odluke o mogućem prekograničnom pružanju usluga osiguranja u drugim državama članicama EU-a.

Općenito, sloboda pružanja usluga na jedinstvenom tržištu EU-a jedna je od temeljnih sloboda zajamčenih osnivačkim ugovorima EU-a. Ugovor o funkcioniranju Europske unije² (dalje: UFEU) u čl. 26.2. propisuje da unutarnje tržište EU-a obuhvaća područje bez unutarnjih granica na kojem se osigurava slobodno kretanje robe, osoba, usluga i kapitala. Člankom 56. UFEU-a „zabranjuju se ograničenja slobode pružanja usluga unutar Unije u odnosu na državljane država članica s poslovnim nastanom u državi članici koja nije država osobe kojoj su usluge namijenjene”. Sloboda kretanja usluga u sklopu unutarnjeg tržišta EU-a ponajprije je uređena odredbama članaka 56.-62. UFEU-a.³

Poslovi osiguranja⁴ s prekograničnim elementom mogu se na unutarnjem tržištu EU-a obavljati na temelju slobode pružanja usluga osiguranja ili slobode poslovnog nastana u skladu s Direktivom 2009/138/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o osnivanju i obavljanju djelatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II)⁵ kako je izmijenjena i dopunjena te Direktivom (EU) 2016/97 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. siječnja 2016. o distribuciji osiguranja.^{6,7} Obje

2 Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena verzija), SL C 202/1, 7.6.2016.

3 Općenito o oslobodi pružanja usluga na unutarnjem tržištu EU-a vidi Hana Horak, Nada Bodiřoga-Vukobrat i Kosjenka Dumančić, *Sloboda pružanja usluga na unutarnjem tržištu Europske unije* (Zagreb: Školska knjiga, 2015.). Vidi također Dionis Jurić i Jelena Jakšić, „Sloboda pružanja usluga u pravu Europske unije i njezino ostvarenje u Republici Hrvatskoj“, *Hrvatska pravna revija* 16, br. 10 (2016): 9-16.

4 Pritom poslovi osiguranja podrazumijevaju poslove sklapanja i ispunjavanja ugovora o osiguranju. Iz režima slobode prekograničnog obavljanja poslova osiguranja na unutarnjem tržištu EU-a izuzeti su poslovi obveznih zdravstvenih, obveznih mirovinskih i obveznih socijalnih osiguranja.

5 SL L 335, 17. 12. 2009.

6 SL L 26, 2.2.2016.

7 Detaljnije o ustopavi unutarnjeg tržišta osiguranja EU-a i tri slobode na kojima tržište djeluje vidi Loris Belanić, „Harmonizacija prava osiguranja u Europskoj uniji s osvrtnom na ugovorno pravo osiguranja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 60, br. 3 (2010): 1335-1368. Za povijesni pregled razvoja načela prava osiguranja EU-a kroz tri generacije direktiva o osiguranju i prakse Suda EU-a vidi Ana Keglević, „Načela prava osiguranja u praksi Suda EU i

navedene direktive prenesene su u hrvatsko pravo Zakonom o osiguranju⁸ kao glavnim izvorom hrvatskoga statusnog prava osiguranja. U dijelu prekograničnog obavljanja poslova obveznih osiguranja u prometu bitan je i Zakon o obveznim osiguranjima u prometu.⁹

Posebno kada je riječ o slobodi pružanja usluga osiguranja, riječ je o institutu statusnog prava osiguranja EU-a na temelju kojega društvo za osiguranje ili drugi pružatelj usluga osiguranja koji je registriran i licenciran za obavljanje poslova osiguranja u jednoj državi članici EU-a može obavljati poslove osiguranja na teritoriju druge države članice EU-a bez potrebe osnivanja poslovnog nastana u toj drugoj državi članici.

ZOS propisuje (u skladu s čl. 13. st. 9. Direktive 2009/138/EZ) kada se smatra da društvo za osiguranje obavlja poslove osiguranja po pravilima o slobodi pružanja usluga osiguranja. Dakle, društvo za osiguranje registrirano u jednoj državi (matična država) obavlja poslove osiguranja na temelju slobode pružanja usluga kada se rizik (kod neživotnih osiguranja), odnosno obveza (kod životnih osiguranja) nalazi u drugoj državi članici (državi domaćinu), a to je onda ujedno država u kojoj se pružaju usluge (ZOS, čl. 3. st. 1. t. 17.).

Sukladno s čl. 3. st. 1. t. 18. ZOS-a, država članica u kojoj se nalazi rizik je:

a) država članica u kojoj se nalazi imovina, kad se osiguranje odnosi na zgrade ili na zgrade i njihov sadržaj, uz uvjet da je sadržaj pokriven istom policom osiguranja,

b) kada se osiguranje odnosi na bilo koju vrstu prijevoznog sredstva (vozilo, zrakoplov, brodica, odnosno jahta), država članica u kojoj je prijevozno sredstvo registrirano,

c) kada se osiguranje odnosi na bilo koju vrstu rizika povezanih s putovanjem ili godišnjim odmorom u slučaju polica koje traju četiri mjeseca ili kraće, država članica u kojoj je ugovaratelj sklopio ugovor o osiguranju te

d) u svim slučajevima koji nisu izričito navedeni u točkama a), b) ili c), država članica u kojoj se nalazi:

- prebivalište ili uobičajeno boravište ugovaratelja osiguranja ako je ugovaratelj osiguranja fizička osoba ili
- poslovni nastan ugovaratelja osiguranja na koji se ugovor odnosi ako je ugovaratelj osiguranja pravna osoba

Kod životnih osiguranja, po čl. 3. st. 1. t. 19. ZOS-a, država članica preuzimanja obveze je država članica u kojoj se nalazi:

- prebivalište ili uobičajeno boravište ugovaratelja osiguranja ili
- ako je ugovaratelj osiguranja pravna osoba, onaj poslovni nastan ugovaratelja osiguranja na koji se ugovor odnosi.

Jedan je od najvažnijih ciljeva Direktive 2009/138/EZ omogućiti ugovarateljima osiguranja pristup najširem mogućem opsegu osigurateljnih proizvoda dostupnih u EU-u za dobrobit šireg i raznolikijeg izbora osigurateljnih proizvoda i pojačanog

njihov utjecaj na privatnopravne poretke država članica“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62, br. 5-6 (2012): 1823-1858.

8 Zakon o osiguranju, Narodne novine, br. 30/15., 112/18., 63/20., 133/20. (dalje: ZOS).

9 Zakon o obveznim osiguranjima u prometu, Narodne novine, br. 151/05., 36/09., 75/09., 76/13., 152/14. (dalje: ZOOP).

tržišnog natjecanja. Stoga, država članica u kojoj se nalazi rizik (kod neživotnih osiguranja), odnosno država članica obveze (kod životnih osiguranja) treba osigurati da ništa ne sprečava prodaju unutar njezinog državnog područja svih osigurateljnih proizvoda koji se nude na prodaju u EU-u sve dok ti proizvodi nisu u suprotnosti s propisima koji su na snazi u toj državi članici, a kojima se štiti opći interes,¹⁰ i to samo u mjeri u kojoj opći interes nije osiguran pravilima matične države članice.¹¹ Pritom odredbe nacionalnog prava kojima se štiti opći interes ne smiju neopravdano ograničavati slobodu pružanja usluga, pri čemu se podrazumijeva da takve odredbe treba primjenjivati bez diskriminacije.¹²

Cilj je Direktive (EU) 2016/97 da se posrednicima u osiguranju omogući sloboda poslovnog nastana i sloboda pružanja usluga, koje su zajamčene UFEU-om. Isto tako, opis u registar matične države članice trebao bi omogućivati posrednicima u osiguranju poslovanje u drugim državama članicama u skladu s načelima slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga pod uvjetom da su provedeni odgovarajući postupci obavješćivanja među nadležnim tijelima.¹³ Nadalje, u cilju osiguranja visoke kvalitete usluge i učinkovite zaštite potrošača, matične države članice i države članice domaćini trebale bi blisko surađivati u provedbi obveza određenih Direktivom. Nadležno tijelo matične države članice trebalo bi biti odgovorno za to da distributeri osiguranja iz te države poštuju obveze propisane Direktivom u vezi s cjelokupnim poslovanjem na unutarnjem tržištu, dakle i kada posluju u drugim državama članicama na temelju slobode pružanja usluga. Ako nadležno tijelo države članice domaćina sazna za bilo kakvo kršenje obveza na svojem državnom području, ono bi o tome trebalo obavijestiti nadležno tijelo matične države članice koje bi tada trebalo poduzeti primjerene mjere. Nadalje, ako matična država članica ne poduzme primjerene mjere ili ako te mjere nisu dostatne, nadležno tijelo države članice domaćina trebalo bi imati pravo intervenirati.¹⁴ S druge strane, država domaćin ovlaštena je nadzirati ispunjavanje odredbi kojima se štiti opći interes i sankcionirati njihovo nepoštivanje. Suradnja i razmjena informacija među nadležnim tijelima ključne su za zaštitu potrošača i osiguranje ispravnosti

10 Radi preciznosti ovdje iznosimo načelnu napomenu u vezi pojma „opći interes“ korištenog u ovom radu. ZOS uvodi termin „opće dobro“ u čl. 62., 74., 77., 418., 421., 425. prenoseći u domaće pravo odgovarajuće odredbe direktiva 2009/138/EZ i (EU) 2016/97. Smatramo da se termin „opće dobro“ pogrešno koristi u ovom kontekstu, te da je ovdje primjereniji pojam „opći interes“ (engl. *general good*, tal. *l'interesse generale*, fr. *intérêt general*). Pojam „opće dobro“ u hrvatskom pravu ima sasvim drukčije značenje. Riječ je o stvarnopravnom pojmu, a označava dijelove prirode koji po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su na uporabi svih i izuzeti su od sposobnosti biti objektom stvarnih prava (čl. 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 143/12., 152/14). Inače, pravnim pravilima kojima se štiti opći interes u kontekstu slobode prekograničnog obavljanja poslova osiguranja detaljnije smo se bavili u prvom dijelu predmetne studije. Vidi Padovan i Duvnjak, *Prekogranično poslovanje društava za osiguranje na jedinstvenom tržištu Europske unije – pogled iz Hrvatske*.

11 Točka 77. preambule Direktive 2009/138/EZ.

12 Točka 85. preambule Direktive 2009/138/EZ.

13 Točka 20. preambule Direktive (EU) 2016/97.

14 Točka 21. Preambule Direktive (EU) 2016/97.

poslovanja u području osiguranja i reosiguranja na unutarnjem tržištu.¹⁵

Relevantne odredbe direktiva 2009/138/EZ i (EU) 2016/97 o slobodi pružanja usluga osiguranja treba tumačiti u skladu s njihovim ciljevima. Posredno, sve navedeno treba imati u vidu i kada se tumače odgovarajuće odredbe ZOS-a kojima se odredbe ovih direktiva prenose u nacionalno pravo Republike Hrvatske.¹⁶ Naime, direktive (EU) 2016/97 i 2009/138/EZ kao izvori sekundarnoga zakonodavstva EU-a proizlaze iz načela i ciljeva utvrđenih primarnim zakonodavstvom EU-a te ih u skladu s njima treba i tumačiti, a ciljevi utvrđeni direktivama EU-a moraju se ostvarivati u svim državama EU-a. Stoga se odredbe ZOS-a trebaju tumačiti u skladu s uniformnim tumačenjem tih direktiva te ciljevima i načelima utvrđenim UFEU-om.

2. PROMJENA DRŽAVE PREUZIMANJA OBVEZE ILI DRŽAVE RIZIKA NAKON SKLAPANJA UGOVORA O OSIGURANJU

Kod jednogodišnjih ugovora o osiguranju, a posebice onih s kraćim trajanjem od jedne godine rijetko se tijekom trajanja ugovora o osiguranju promijene okolnosti koje su važne u kontekstu prekograničnoga pružanja usluga osiguranja. Međutim, kod višegodišnjih osiguranja veća je vjerojatnost da će nakon sklapanja ugovora o osiguranju, a tijekom trajanja toga ugovora doći do promjene države u kojoj se nalazi rizik (kod neživotnih osiguranja), odnosno države preuzimanja obveze (kod životnih osiguranja).

Primjerice, kod osiguranja broda može doći do promjene države u kojoj se rizik nalazi zbog toga što se promijenila država upisa (registracije) broda (npr. zastava broda je pri sklapanju osiguranja bila hrvatska, a naknadno je za trajanja istog ugovora o osiguranju brod prebačen u malteški registar brodova i plovi pod malteškom zastavom). S druge strane, kod životnog osiguranja može doći do naknadne promjene države preuzimanja obveze zbog promjene mjesta uobičajenoga boravišta osigurane osobe. Takva promjena države u kojoj se pružaju usluge osiguranja tijekom postojećeg ugovora o osiguranju utječe na pravni režim poslovanja osiguratelja po pravilima o slobodi prekograničnog pružanja usluga osiguranja.

Kad je riječ o životnim osiguranjima, u praksi Suda EU-a ustalilo se, tzv. dinamično tumačenje instituta uobičajenoga boravišta ugovaratelja osiguranja u kontekstu definicije države preuzimanja obveze za potrebe primjene pravila o oporezivanju premija osiguranja. Naime, u predmetu *RVS Levensverzekeringen NV v. Belgische Staat*,¹⁷ Sud EU-a je zauzeo stajalište da je država članica u kojoj ugovaratelj osiguranja ima uobičajeno boravište u trenutku plaćanja premije osiguranja ovlaštena primijeniti neizravno oporezivanje premije životnog osiguranja, čak i ako je ugovor o osiguranju sklopljen u vrijeme kada je ugovaratelj osiguranja imao uobičajeno

15 Točka 37. preambule Direktive (EU) 2016/97.

16 O usklađivanju hrvatskoga prava s propisima EU-a o osiguranju vidi Belanić, *Harmonizacija prava osiguranja u Europskoj uniji s osvrtom na ugovorno pravo osiguranja*, 1349-1351.

17 Presuda Suda EU u predmetu *RVS Levensverzekeringen NV v. Belgische Staat* C-243/11, 21.2.2013., EU:C: 2013:85.

boravište u drugoj državi.¹⁸

U ovom je predmetu nizozemski osiguratelj izdao policu životnog osiguranja za ugovaratelja osiguranja koji je u vrijeme sklapanja ugovora bio rezident u Nizozemskoj. Naknadno je ugovaratelj osiguranja preselio u Belgiju. Nizozemski osiguratelj nije imao poslovni nastan u Belgiji. Do spora je došlo između nizozemskog osiguratelja i belgijskih poreznih vlasti u vezi s tim je li premija životnog osiguranja po tom ugovoru oporeziva u Belgiji nakon preseljenja uobičajenog boravišta ugovaratelja osiguranja u Belgiju. Nizozemski osiguratelj tvrdio je da bi obveza prema belgijskim poreznim vlastima postojala ako je klijent imao uobičajeno boravište u Belgiji u trenutku sklapanja ugovora (tzv. statična interpretacija). Belgijske su porezne vlasti smatrale da je odlučujući faktor u tom slučaju mjesto uobičajenog boravišta ugovaratelja osiguranja u trenutku plaćanja premije (tzv. dinamična interpretacija). U Nizozemskoj se premije životnog osiguranja u vrijeme spora nisu oporezivale, dok su se u Belgiji oporezivale po stopi od 1,1 %.¹⁹

Sud je u ovom predmetu protumačio čl. 50. (porezi na premije) u vezi s čl. 1. st. 1. g. (definicija države članice obveze) tada važeće Direktive 2002/83 Europskog parlamenta i Vijeća od 5. studenoga 2002. o životnom osiguranju.²⁰ Danas se odgovarajuće odredbe nalaze u čl. 157. i čl. 13. st. 1. t. 14. a. Direktive 2009/138/EZ. Dakle, u čl. 50. Direktive 2002/83 propisano je da svaki ugovor o osiguranju podliježe isključivo neizravnim porezima i parafiskalnim troškovima vezanim uz premije osiguranja koje se primjenjuju u državi članici obveze. Pritom se definicija države članice obveze ne vezuje uz datum na koji se treba utvrditi uobičajeno boravište ugovaratelja osiguranja, niti je specificirano utječe li činjenična promjena mjesta uobičajenog boravišta ugovaratelja osiguranja tijekom trajanja životnog osiguranja na definiciju države članice obveze. Sud u svojoj odluci navodi kako je u interpretaciji odredbe prava EU-a nužno uzeti u obzir tekst same odredbe, ali i kontekst u kojem se ona nalazi kao i ciljeve direktive. Sud je zaključio da dinamična interpretacija članka 50. Direktive 2002/83 (danas čl. 157. Direktive 2009/138/EZ) doprinosi cilju izbjegavanja dvostrukog oporezivanja i prevenciji poremećaja tržišnog natjecanja. Po mišljenju Suda, takva dinamična interpretacija u skladu je s općim ciljem Direktive, a taj je postizanje jedinstvenog unutarnjeg tržišta, osobito s aspekta slobode pružanja usluga.²¹

Ova je odluka Suda EU-a važna za životno osiguranje, ali po analogiji i za neživotno osiguranje (osim osiguranja nekretnina, s obzirom na to da kod takvog osiguranja ne može doći do promjene države u kojoj se nalazi rizik). Naime, definicija države u kojoj se nalazi rizik iz čl. 13. st. 1. t. 13. Direktive 2009/138/EZ i njena veza

18 Presuda Suda EU u predmetu *RVS Levensverzekeringen NV v. Belgische Staat* C-243/11, 21.2.2013., EU:C: 2013:85.

19 Gareth O'Halloran, *A Guide to Insurance Taxation in Ireland, for Tax Advisors*, 1st ed. (Dublin: Gareth O'Halloran, 2018.), 168-169.

20 SL L 345, 19.12.2002.

21 Niall Campbell, *European Court Favours Dynamic Interpretation of 'Habitual Place of Residence'*, 26.4.2013., pristup 29. lipnja 2021., https://www.williamfry.com/newsandinsights/news-article/2013/04/26/european_court_favours_dynamic_interpretation_of_%E2%80%98habitual_place_of_residence_

s čl. 157. te Direktive prema kojem svaki ugovor o osiguranju isključivo podliježe neizravnim porezima i parafiskalnim troškovima vezanim uz premije osiguranja u državi članici u kojoj se nalazi rizik, analogna je vezi između definicije države članice obveze i odredbe o porezima na premije životnog osiguranja. Stoga, proizlazi da je nužno dinamično tumačiti definiciju države u kojoj se nalazi rizik, tj. tako da njena naknadna promjena znači i promjenu države u kojoj se pružaju usluge za potrebe tumačenja čl. 157. Direktive 2009/138/EZ. Sukladno tomu, poreze na premije osiguranja ubire samo ona država u kojoj se nalazi rizik u trenutku plaćanja premije, čak i ako je u vrijeme sklapanja ugovora to bila druga država.

Prema tome, može se zaključiti da promjena države uobičajenog boravišta, odnosno promjena države u kojoj se rizik nalazi tijekom trajanja osiguranja znači promjenu države u kojoj se pružaju usluge, što podrazumijeva obvezu usklađivanja društva za osiguranje s poreznim propisima nove države u kojoj se pružaju usluge osiguranja.

Pojedini autori ističu kako opisana praksa Suda EU-a povećava administrativna opterećenja poslovanja društava za osiguranje, s obzirom na to da ih obvezuje na praćenje promjene činjenice uobičajenog boravišta ugovaratelja osiguranja tijekom trajanja police i ažuriranje administrativnih aranžmana plaćanja poreza na premije osiguranja u svakoj državi članici u kojoj njihovi ugovaratelji osiguranja imaju uobičajeno boravište.²²

Praksa Suda EU-a tek treba pokazati kako se naknadna činjenična promjena države uobičajenog boravišta ugovaratelja osiguranja, tj. države obveze, odnosno države u kojoj se rizik nalazi, odražava na ostale aspekte slobode prekograničnog pružanja usluga osiguranja, osobito na propisane postupke notifikacije, na pitanje usklađivanja s obvezujućim pravilima nacionalnoga prava države članice obveze kojima se štiti opći interes te na mjerodavno pravo koje se primjenjuje na ugovor o osiguranju.

Sud je u citiranoj odluci u predmetu *RVS Levensverzekeringen NV v. Belgische Staat* C – 243/11 izričito iznio kako definicija „države u kojoj se pružaju usluge“ ne mora nužno biti jednaka za potrebe ostalih odredbi Direktive, ali se nije izjasnio kako bi taj pojam trebalo tumačiti kad je riječ o obvezi prethodnog notificiranja obavljanja poslova osiguranja u drugoj državi članici. Naime, citirana odluka Suda EU-a otvorila je pitanje bi li osiguratelj bio u prekršaju čl. 41. Direktive 2002/83 (što odgovara odredbi čl. 147. Direktive 2009/138/EZ) ako bi zbog naknadne promjene države u kojoj se nalazi rizik, odnosno države preuzimanja obveze bez svog znanja stvarno obavljao poslove osiguranja u državi članici u kojoj se nije notificirao za obavljanje poslova osiguranja na temelju slobode pružanja usluga. Sud se nije izjasnio o tom pitanju, tj. o tome treba li definiciju države u kojoj se pružaju usluge tumačiti dinamično ili statično za potrebe odredbi Direktive o notificiranju obavljanja poslova

22 Niall Campbell, *European Court Favours Dynamic Interpretation of 'Habitual Place of Residence*. Vidi također Abigail St. John Kennedy i Michael Wainwright, *Financial Institutions E-briefing: Insurance update – ECJ gives 'dynamic' interpretation to key provisions in the Consolidated life Directive, 20.5.2013.*, pristup 29. lipnja 2021., https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Financial_institutions/FIG_ECJ_gives_interpretation_to_key_provisions_in_the_consolidated_life_directive

osiguranja u drugoj državi članici na temelju slobode pružanja usluga. Takva situacija stvara pravnu nesigurnost za osiguratelje, pogotovo jer nadležna nadzorna tijela raznih država članica EU-a o tome nemaju jedinstveno stajalište.²³ Pretpostavljamo da je i ovo jedan od razloga zašto je velika razlika u broju društava za osiguranje i reosiguranje sa sjedištem u drugim državama članicama EU-a koja su notificirana za obavljanje poslova osiguranja u Republici Hrvatskoj po načelu slobode pružanja usluga u odnosu na broj društava koja stvarno pružaju usluge u Republici Hrvatskoj na taj način (primjerice, na dan 31. prosinca 2018. godine bilo je ukupno 482 notificiranih društava, a samo 155 ih je zaista poslovalo u Republici Hrvatskoj po načelu slobode pružanja usluga osiguranja).²⁴ Naime, moguće obrazloženje opisane situacije je da osiguratelji zbog pravne nesigurnosti jednostavno nastoje izbjeći rizik potencijalnog administrativnog prekršaja ako se tijekom trajanja osiguranja promijene okolnosti važne za prekogranično poslovanje.

U nedostatku autoritativnog i uniformnog tumačenja ovoga pitanja, smatramo da bi u interesu pravne sigurnosti i u skladu s općim pravnim načelima, definiciju države u kojoj se pružaju usluge za potrebe interpretacije svih ostalih odredbi Direktive o slobodi prekograničnog pružanja usluga osiguranja (obveza i postupak notifikacije, usklađivanje s nacionalnim pravnim pravilima kojima se štiti opći interes, mjerodavno pravo za ugovor o osiguranju itd.) trebalo tumačiti statično, tj. prema relevantnim činjenicama u trenutku sklapanja ugovora o osiguranju.

3. INSTITUT UOBIČAJENOG BORAVIŠTA UGOVARATELJA OSIGURANJA

Pojam „uobičajeno boravište“ u kontekstu pravila o slobodi pružanja usluga osiguranja unutar EU-a treba tumačiti u skladu s pravom EU-a i prema smislu i ciljevima direktiva 2009/138/EZ i (EU) 2016/97, pri čemu predmetne direktive ne obuhvaćaju definiciju uobičajenoga boravišta.

Institut uobičajenog boravišta koristi se u raznim nacionalnim pravnim sustavima i to u različitim pravnim granama unutar istog nacionalnog prava pri čemu poprima i različita značenja.²⁵ Najčešće je to u kontekstu međunarodnoga privatnog prava, poreznog prava i procesnog prava (sudska nadležnost). Primjerice, u hrvatskom se pravu, ovaj pojam specifično definira i služi kao kriterij za utvrđivanje porezne

23 Campbell, *European Court Favours Dynamic Interpretation of 'Habitual Place of Residence'*; St. John Kennedy i Wainwright, *Financial Institutions E-briefing: Insurance update – ECJ gives 'dynamic' interpretation to key provisions in the Consolidated life Directive, 20.5.2013.*

24 HANFA: *Predložak A za objavu agregiranih statističkih podataka u vezi s društvima za osiguranje i društvima za reosiguranje nadziranima na temelju Direktive 2009/138/EZ, 2020.*, pristup 21. lipnja 2021., <https://www.hanfa.hr/trziste-osiguranja/regulativa/agregirani-statisticki-podaci/>.

25 Vidi detaljnije o tome James J. Fawcett, “Residence and Domicile of Individuals in Private International Law”, u: *Residence of Individuals under Tax Treaties and EC Law, The EC and International Tax Law Series*, Vol. 6, ur. Guglielmo Maisto (Amsterdam: IBFD Publications BV, 2010.), 26-39.

rezidentnosti za fizičke osobe,²⁶ odnosno kao poveznica za utvrđivanje mjerodavnoga privatnog prava,²⁷ također za fizičke osobe, i to posebno u osobnopravnim i obiteljskopravnim pitanjima. Sasvim drukčije značenje i svrhu (evidencija građana, identifikacijski dokumenti) isti je pojam imao u kontekstu staroga Zakona o prebivalištu i boravištu građana,²⁸ a danas se taj pojam u ovom kontekstu više ne koristi, već Zakon o prebivalištu²⁹ razlikuje samo prebivalište i boravište.

Tumačenje instituta uobičajenoga boravišta za potrebe osigurateljnih direktiva EU-a prema definicijama koje se mogu pronaći u nacionalnom pravu nije primjereno, budući da se taj pojam u različitim nacionalnim pravima različito tumači, a cilj osigurateljnih direktiva je harmonizacija relevantne pravne regulative na razini EU-a. Stoga se pojam uobičajenoga boravišta za potrebe osigurateljnih direktiva treba uniformno tumačiti na razini EU-a. No, za sada nema prakse Suda EU-a koja bi ponudila specifično tumačenje pojma uobičajenoga boravišta u kontekstu Direktive 2009/138/EZ ili Direktive (EU) 2016/97.

U pravu EU-a pojam uobičajenog boravišta koristi se u kontekstu međunarodnoga privatnog prava, posebno u Uredbi (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (Rim I),³⁰ Uredbi (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze (Rim II),³¹ Uredbi (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Bruxelles I bis),³² Uredbi Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000 (Bruxelles II bis),³³ Uredbi (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju³⁴ kako je izmijenjena i dopunjena i dr. Nadalje, pojam uobičajenog boravišta koristi se i u kontekstu socijalnog prava, posebno u Uredbi (EZ) br. 883/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti³⁵ kako je izmijenjena i dopunjena, Uredbi (EZ) 987/2009 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. rujna 2009. o utvrđivanju postupka provedbe Uredbe (EZ) br. 883/2004 o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti³⁶ i različitim drugim izvorima

26 Vidi čl. 43. st. 5. Općeg poreznog zakona, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 42/20.

27 Vidi čl. 5. Zakona o međunarodnom privatnom pravu, Narodne novine, br. 101/17. (dalje: ZMPP).

28 Narodne novine, br. 53/91., čl. 5.

29 Narodne novine, br. 144/12., 158/13.

30 SL L 177/6, 4.7.2008.

31 SL L 199/40, 31.7.2007.

32 SL L 351, 20.12.2012.

33 SL L 338, 23.12.2003.

34 SL L 201, 27.7.2012.

35 SL L 166, 30.4.2004.

36 SL L 284, 30.10.2009.

primarnog i sekundarnog zakonodavstva EU-a, a njegovo se značenje prilagodava svrsi i cilju pojedinog propisa EU-a u okviru kojega se koristi.

Sud EU-a definirao je pojam uobičajenog boravišta u kontekstu koordinacije nacionalnih sustava socijalnog osiguranja i utvrđivanja države članice u kojoj osoba ostvaruje pravo na socijalno osiguranje, i to kao mjesto u kojem osoba uobičajeno boravi i u kojem se nalazi uobičajeni centar njenih životnih interesa. Pritom se osobito uzima u obzir obiteljska situacija te osobe, razlozi koji su osobu naveli na preseljenje, trajanje i kontinuitet boravka, činjenica stalnoga zaposlenja (ako postoji), država u kojoj osoba plaća porez te namjera trajnijeg nastana koja proizlazi iz svih tih okolnosti. Dakle, u tom se kontekstu uobičajeni centar životnih interesa treba utvrditi na temelju činjeničnoga stanja, uzimajući u obzir sve okolnosti koje ukazuju na stvaran odabir države u kojoj se osoba želi nastaniti. Opisano tumačenje pojma uobičajenog boravišta jedinstveno je na razini EU-a za potrebe primjene Uredbe (EZ) br. 883/2004 i Uredbe (EZ) 987/2009.³⁷

Uobičajeno boravište u kontekstu osigurateljnih direktiva ima funkciju poveznice za utvrđivanje mjerodavnoga nacionalnog prava (primjerice, utvrđivanje pravnih normi nacionalnoga prava kojima se štiti opći interes primjenjivih na pružatelja usluge osiguranja; utvrđivanje mjerodavnoga prava za ugovor o osiguranju; režim poreza na premije osiguranja) i upravnopravne nadležnosti (upravnopravne / prekršajne mjere i sankcije) nad pružateljem usluga osiguranja koji posluje prekogranično. O značenju pojma uobičajenog boravišta ovise definicije države članice u kojoj se nalazi rizik, odnosno države članice preuzimanja obveze, a te definicije jednake su za potrebe osigurateljnih direktiva, kao i za potrebe tumačenja članka 7. Uredbe Rim I koji utvrđuje pravila odabira mjerodavnog prava za ugovor o osiguranju.

Stoga, treba zaključiti da pojam uobičajenoga boravišta u kontekstu osigurateljnih direktiva treba tumačiti jednako kao što se taj pojam tumači u kontekstu članka 7. Uredbe Rim I. Pojam uobičajenoga boravišta za potrebe Uredbe Rim I djelomično je definiran u čl. 19. te Uredbe koji se uglavnom odnosi na uobičajeno boravište pravnih osoba, osim čl. 19. st. 1. podstavka 1. koji uobičajeno boravište fizičke osobe definira kako slijedi: „Uobičajenim boravištem fizičke osobe koja djeluje u sklopu svog poslovanja smatra se glavno mjesto poslovanja“. Nije posebno definirano uobičajeno boravište za fizičke osobe koje ne djeluju u sklopu svoga poslovanja. Dio definicije koji se odnosi na uobičajeno boravište pravnih osoba nije relevantan za direktive 2009/138/EZ i (EU) 2016/97 s obzirom na to da se u njihovu kontekstu uobičajeno boravište odnosi samo na fizičke osobe, dok je za pravne osobe relevantno mjesto njihova poslovnoga nastana. Kada je ugovaratelj osiguranja fizička osoba koja djeluje u sklopu svog poslovanja, citirana definicija iz čl. 19. st. 1. podstavka 1. Uredbe Rim I relevantna je i za tumačenje Direktive 2009/138/EZ (čl. 13. i dr.) i Direktive (EU) 2016/97.

Dakle, kada je ugovaratelj osiguranja fizička osoba koja djeluje u sklopu svoga

37 European Commission on Employment, Social Affairs & Inclusion: *Practical guide on applicable legislation in the European Union, the European Economic Area and in Switzerland*, prosinac 2013., 43-44, pristup 7. srpnja 2021., <https://ecas.issuelab.org/resource/practical-guide-on-the-applicable-legislation-in-the-eu-eea-and-in-switzerland.html>

poslovanja, njegovim uobičajenim boravištem smatra se njegovo glavno mjesto poslovanja.

U nedostatku specifične pravne definicije uobičajenoga boravišta ugovaratelja osiguranja fizičke osobe koja ne djeluje u sklopu svog poslovanja (potrošač) te imajući u vidu dosadašnju praksu Suda EU-a, za pretpostaviti je da bi Sud primijenio tumačenje toga pojma analogno tumačenju uobičajenoga boravišta kakvo je usvojio u kontekstu socijalnoga zakonodavstva EU-a i već ga je u nizu predmeta prenio u druge sfere prava EU-a, kao što je zakonodavstvo EU-a o javnoj službi i porezno zakonodavstvo³⁸ te insolventijsko zakonodavstvo.³⁹ Drugim riječima, iz prakse Suda EU-a proizlazi da se uobičajeno boravište, ako nije specifično definirano, treba tretirati kao dominantno činjenično pitanje te ga treba utvrđivati prema stvarnim okolnostima pojedinoga slučaja (po čemu se bitno razlikuje od instituta prebivališta/domicila),⁴⁰ ali u skladu s ciljem i svrhom propisa u kontekstu kojega se ono tumači. To tumačenje treba biti uniformno na razini EU-a.⁴¹

Dakle, prema ustaljenoj praksi Suda EU-a koja se iz sfere socijalnog prava prenijela u ostala područja prava EU-a, uobičajeno se boravište tumači kao mjesto u kojem je osoba uspostavila stalno ili uobičajeno središte svojih životnih interesa s namjerom da ga ondje i zadrži. Pritom se uzimaju u obzir sve relevantne okolnosti pojedinoga slučaja, kao što su obiteljska situacija i drugi društveni odnosi te osobe. Država članica uobičajenoga boravišta ona je država s kojom je osoba uspostavila društvenu vezu koja je jača i stabilnija negoli veze koje ista osoba ima s bilo kojom drugom državom članicom EU-a.⁴² Tomu treba dodati da je u kontekstu Direktive 2009/138/EZ pri utvrđivanju uobičajenoga boravišta posebno važno uzeti u obzir u kojoj državi članici ugovaratelj osiguranja ima poreznu rezidentnost, budući da je svrha članka 157. o porezima na premije izbjegavanje dvostrukog oporezivanja. Isti kriterij treba uzeti u obzir pri tumačenju uobičajenoga boravišta za potrebe Direktive (EU) 2016/97 budući da tumačenje te dvije osigurateljne direktive treba biti usklađeno.

Imajući u vidu sve ovdje navedeno, očito je da bi u praksi teret dokazivanja uobičajenoga boravišta ugovaratelja osiguranja koji leži na osiguratelju bio pretežak, gotovo nemoguć. Smatramo da bi položaj osiguratelja u ovom kontekstu trebalo tumačiti tako da se pretpostavlja da je uobičajeno boravište ugovaratelja osiguranja na onoj adresi koju je ugovaratelj osiguranja deklarirao (i dokumentirao) kao svoje uobičajeno boravište pri sklapanju ugovora o osiguranju sve dok se ne dokaže suprotno. Takav je stav u skladu s jednim od osnovnih načela ugovora o osiguranju, a

38 Jan Wouters, „Residence of Individuals in EU Law“, u: *Residence of Individuals under Tax Treaties and EC Law, The EC and International Tax Law Series*, Vol. 6, ur. Guglielmo Maisto (Amsterdam: IBFD Publications BV, 2010.), 47.

39 Vilim Bouček, „Uobičajeno boravište u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 65, br. 6 (2015): 885-914, 894.

40 Wouters, *Residence of Individuals in EU Law*, 47; vidi također Bouček, *Uobičajeno boravište u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu*, 899-900.

41 Fawcett, *Residence and Domicile of Individuals in Private International Law*, 40; Wouters, *Residence of Individuals in EU Law*, 47.

42 Wouters, *Residence of Individuals in EU Law*, 47-48.

to je načelo najvišega stupnja dobre vjere u osiguranju.⁴³ Kao što je to već uobičajeno u praksi, općim uvjetima osiguranja ugovaratelja osiguranja treba obvezati na to da obavijesti osiguratelja o promjeni adrese. Sve dok osiguratelj nije obaviješten o promjeni adrese, može se oslanjati na presumpciju da je adresa uobičajenoga boravišta posljednja poznata adresa ugovaratelja osiguranja. Međutim, ako osiguratelj naknadno bude obaviješten ili na drugi način sazna za promjenu adrese, dužan je s obzirom na tu promjenu uskladiti svoje evidencije i ažurirati svoje aranžmane za ispunjavanje poreznih obveza.⁴⁴

4. OSIGURANJE ŽIVOTA HRVATSKIH DRŽAVLJANA KOJI ŽIVE U INOZEMSTVU

U praksi hrvatskih osiguratelja katkad se javlja dvojba oko toga je li osiguranje života hrvatskih državljana koji žive u inozemstvu primjer prekograničnoga pružanja usluga osiguranja na temelju slobode pružanja usluga unutar EU-a. Mogu se zamisliti dvije slične situacije:

- a. osiguratelj sa sjedištem u Republici Hrvatskoj pruža osiguranje života hrvatskom državljaninu koji živi i prijavljen je u inozemstvu (unutar EU-a),
- b. osiguratelj sa sjedištem u Republici Hrvatskoj pruža osiguranje života hrvatskom državljaninu koji ima dvojno državljanstvo i prijavljen je u inozemstvu (unutar EU-a).

U oba slučaja prema čl. 3. st. 1. t. 19. ZOS-a takvo bi se osiguranje s položaja hrvatskog osiguratelja kvalificiralo kao prekogranično pružanje usluga osiguranja na temelju slobode pružanja usluga unutar EU-a, uz uvjet da hrvatski državljanin koji ugovara osiguranje kod hrvatskog osiguratelja nema uobičajeno boravište, tj. nema poreznu rezidentnost u Republici Hrvatskoj.

Dakle, ako ugovaratelj osiguranja, primjerice, ima uobičajeno boravište u Austriji, tj. u Austriji ima poreznu rezidentnost, na hrvatskog osiguratelja koji osigurava tu osobu primjenjuju se pravila o slobodi prekograničnog pružanja usluga osiguranja unutar EU-a, bez obzira na to što je ugovaratelj osiguranja državljanin

43 Vezano za dužnost obavještavanja osiguratelja o bitnim okolnostima, smatramo korisnim napomenuti da je prema čl. 938. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18.) ugovaratelj osiguranja, kad je u pitanju osiguranje imovine, dužan obavijestiti osiguratelja o svakoj promjeni okolnosti koja može biti važna ocjenu rizika, a kad je u pitanju osiguranje osoba, onda samo ako je rizik povećan zbog toga što je osigurana osoba promijenila zanimanje. Međutim, kod promjene uobičajenoga boravišta ugovaratelja osiguranja koja dovodi do promjene države u kojoj se nalazi rizik, odnosno države preuzimanja obveze, nije riječ o promjeni okolnosti koja utječe na ocjenu rizika, kad je u pitanju osiguranje osoba, pa nema zakonske obveze obavještavanja osiguratelja o toj promjeni. Međutim, takva promjena svakako može utjecati na tretman ugovora o osiguranju u statusnopravnom smislu. Tako ako je važna za primjenu pravila o slobodi pružanja usluga osiguranja, može bitno utjecati na statusnopravni položaj osiguratelja i njegove obveze u pogledu notifikacije, poreznih i parafiskalnih davanja, članstva u nacionalnim uredima i garancijskim fondovima drugih država i dr. Stoga, postoji opravdan razlog da se općim uvjetima osiguranja obveže ugovaratelja osiguranja na prijavu promjene adrese uobičajenoga boravišta.

44 Vidi O'Halloran, *A Guide to insurance taxation In Ireland, for tax advisors*, 169.

Republike Hrvatske i što razumije hrvatski jezik i odredbe hrvatskoga prava kojima se štiti opći interes. Nadalje, ako je u trenutku ugovaranja osiguranja ugovaratelj osiguranja imao uobičajeno boravište u Republici Hrvatskoj, ali je naknadno tijekom trajanja osiguranja preselio u neku drugu državu članicu EU-a, osiguratelj je dužan prilagoditi se poreznom tretmanu premije životnog osiguranja u državi članici u kojoj je ugovaratelj osiguranja uspostavio svoje novo uobičajeno boravište. Takav je zaključak u skladu s dinamičnim tumačenjem definicije države u kojoj se pružaju usluge usvojenim u presudi Suda EU-a u predmetu *RVS Levensverzekeringen NV v. Belgische Staat C – 243/11*.⁴⁵

5. OSIGURANJE NEKRETNINA U IZGRADNJI

U praksi se javilo pitanje je li osiguranje objekta niskogradnje u izgradnji kojeg izvodi hrvatska pravna osoba u drugoj državi članici EU-a primjer prekograničnoga pružanja usluga osiguranja po pravilima o slobodi pružanja usluga osiguranja unutar EU-a. Naime, bilo je dvojbeno je li država u kojoj se nalazi rizik u tom slučaju ona država u kojoj se nalazi objekt niskogradnje koji je predmet osiguranja, ili je država u kojoj se nalazi rizik Republika Hrvatska jer se u njoj nalazi sjedište izvođača građevinskih radova kao ugovaratelja osiguranja.

U tom smislu, pojam zgrade u kontekstu Zakona o osiguranju, čl. 3. st. 1. t. 18. treba tumačiti široko, tako da obuhvati sve vrste građevina. Dakle, mišljenje je autora da se objekt niskogradnje ne može podvesti pod kategoriju „ostalo“ sukladno s čl. 3. st. 1. t. 18. d. ZOS-a, već se treba podvesti pod čl. 3. st. 1. t. 18. a. ZOS-a. Takvo je tumačenje u skladu s Direktivom 2009/138/EZ, čl. 13. st. 1. t. 13. a.

Tekst čl. 13. st. 1. t. 13. a. te Direktive na engleskom jeziku glasi: *the Member State in which the property is situated, where the insurance relates either to buildings or to buildings and their contents, in so far as the contents are covered by the same insurance policy.*

Tekst odredbe na talijanskom jeziku glasi: *lo Stato membro in cui sono ubicati i beni, quando l'assicurazione si riferisce sia a beni immobili, sia a beni immobili e al loro contenuto, qualora questo sia coperto dalla stessa polizza assicurativa.*

Tekst odredbe na francuskom jeziku glasi: *l'État membre où se trouvent les biens, lorsque l'assurance est relative soit à des immeubles, soit à des immeubles et à leur contenu, dans la mesure où celui-ci est couvert par la même police d'assurance.*

Dakle, očito je da je prema tekstu Direktive 2009/97 država članica u kojoj se nalazi rizik ona država u kojoj se nalazi imovina, kada se osiguranje odnosi na nekretnine ili nekretnine i njihov sadržaj ako su oni pokriveni istom policom osiguranja.

Prema tumačenju Suda EU-a cilj je osigurateljnog zakonodavstva EU-a da za sve vrste osiguranih rizika predvidi rješenje za utvrđivanje države članice u kojoj se nalazi rizik, i to na bazi konkretnih fizičkih, a ne pravnih kriterija. Svrha je bila

45 Presuda Suda EU-a u predmetu *RVS Levensverzekeringen NV v. Belgische Staat C – 243/11*, 21.2.2013., EU:C: 2013:85. Vidi *supra* § 2. Promjena države preuzimanja obveze ili države rizika nakon sklapanja ugovora o osiguranju.

utvrditi konkretni čimbenik koji odgovara pojedinom riziku, a koji omogućuje da se taj rizik smjesti u točno određenu državu članicu.⁴⁶ Nadalje, prema tumačenju Suda EU-a svrha je odredbe čl. 13. st. 1. t. 13. d. Direktive 2009/138/EZ da posluži kao podredno pravilo, koje se primjenjuje samo kada se država u kojoj se nalazi rizik ne može odrediti prema kriterijima iz t. 13.a. – 13.c., tj. kada osigurani rizik nije specifično vezan za građevinu, prijevozno sredstvo ili putovanje. U tom smislu, odredba čl. 13. st. 1. t. 13. d. stavlja naglasak na mjesto u kojem se vrši aktivnost čiji je rizik pokriven osiguranjem.⁴⁷

S obzirom na sve navedeno, čl. 3. st. 1. t. 18. a. ZOS-a treba tumačiti tako da se odnosi na osiguranje nekretnina, tj. svih vrsta građevina, pa bi po našem mišljenju osiguranje objekta niskogradnje u izgradnji kojeg izvodi hrvatska pravna osoba u drugoj državi članici EU-a predstavljalo primjer prekograničnog pružanja usluga osiguranja po pravilima o slobodi pružanja usluga osiguranja unutar EU-a.

6. PRAVILO REGISTRACIJE PRIJEVOZNOG SREDSTVA U KONTEKSTU PREKOGRANIČNOGA PRUŽANJA USLUGA OSIGURANJA KOD OBVEZNOG OSIGURANJA ODGOVORNOSTI U PRIJEVOZU

Sukladno s čl. 13. st. 1. t. 18. b. ZOS-a, kada se osiguranje odnosi na bilo koju vrstu prijevoznog sredstva (vozilo, zrakoplov, brodica, odnosno jahta), država članica u kojoj se nalazi rizik je država članica u kojoj je registrirano prijevozno sredstvo. Pravilo vrijedi za osiguranje kaska, odgovornosti za štetu koja može nastati zbog uporabe prijevoznoga sredstva te za osiguranje dopunskih rizika (npr. osiguranje vozarane, gubitka prihoda od najma, prevoznine itd.).

Kada se rizik u tom smislu nalazi u drugoj državi članici, osiguratelj koji posluje prekogranično dužan je pridržavati se pravila nacionalnoga prava te države članice kojima se štiti opći interes. Nadalje, ZOS i Direktiva 2009/138/EZ propisuju da je osiguratelj koji obavlja poslove osiguranja automobilske odgovornosti po pravilima o slobodi pružanja usluga osiguranja unutar EU-a obavezan učlaniti se u nacionalni ured i garancijski fond države članice u kojoj se nalazi rizik te imenovati predstavnika za štete u toj državi članici.⁴⁸ Dakle, propisano je da te obveze osiguratelja postoje samo kad je riječ o vrsti osiguranja iz čl. 7. stavka 2. točke 10. ZOS-a (osiguranje od odgovornosti za upotrebu motornih vozila, isključujući odgovornost prijevoznika). Međutim, Direktiva i ZOS koji tu Direktivu prenosi u hrvatsko pravo u ovom pogledu predviđaju samo minimum usklađenosti propisa unutar EU-a. Kroz nacionalna pravila kojima se štiti opći interes u pojedinoj državi članici može se propisati obveza

46 Presuda Suda EU-a u predmetu *Kvaerner C-191/99*, 14.6.2001., t. 44, citirano prema presudi Suda EU-a u predmetu *A Ltd vs. Veronsaajien oikeudenvaltontyksikkö C-74/18*, 17.1.2019., EU:C:2019:33, t. 29.

47 Presuda Suda EU-a u predmetu *Kvaerner C-191/99*, 14.6.2001., t. 46, citirano prema presudi Suda EU-a u predmetu *A Ltd vs. Veronsaajien oikeudenvaltontyksikkö C-74/18*, 17.1.2019., EU:C:2019:33, t. 30.

48 Čl. 63. st. 6., čl. 68., 69., 70. ZOS-a; čl. 148. st. 2., čl. 150., 151., 152. Direktive 2009/138/EZ.

članstva u garancijskim fondovima i za druge vrste obveznih osiguranja. Tako, primjerice, po hrvatskim pravilima kojima se štiti opći interes propisana je obveza članstva u garancijskom fondu za sve vrste obveznih osiguranja u prometu, i to za sve osiguratelje koji obavljaju poslove osiguranja u tim vrstama osiguranja na području Republike Hrvatske.⁴⁹

Slično tomu, po talijanskim pravilima kojima se štiti opći interes propisana je obveza sudjelovanja u garancijskom fondu za sve osiguratelje koji na području Italije obavljaju poslove obveznog osiguranja odgovornosti za uporabu motornih vozila te brodice i jahti (čl. 285. talijanskog Zakona o osiguranju⁵⁰).⁵¹

Dakle, kada se hrvatski osiguratelj bavi poslovima obveznog osiguranja odgovornosti za brodice i jahte registrirane u drugim članicama EU-a, mora se uskladiti s propisima te države kojima se štiti opći interes, a koji, među ostalim, mogu predviđati obvezu učlanjenja i plaćanja doprinosa garancijskom fondu te države, što treba provjeriti za svaku državu članicu posebno.

7. ZAKLJUČAK

Pravni poredak u Republici Hrvatskoj kao punopravnoj državi članici EU-a jamči slobodu pružanja usluga osiguranja u skladu s UFEU-om te direktivama 2009/138/EZ i (EU) 2016/97. Relevantna pravna pravila kojima se uređuje sloboda pružanja usluga na jedinstvenom tržištu EU-a u hrvatski pravni sustav prenesena su ZOS-om. Dakle, društvima za osiguranje i ostalim pružateljima usluga osiguranja registriranim u Republici Hrvatskoj omogućeno je sudjelovanje u tržišnoj utakmici na unutarnjem tržištu EU-a pod istim uvjetima koji vrijede za sva društva za osiguranje i ostale pružatelje usluga iz EU-a.

Međutim, sloboda pružanja usluga osiguranja unutar EU-a nije sasvim neograničena, osobito s obzirom na primjenu nacionalnih pravnih normi kojima se štiti opći interes i različitih sustava oporezivanja u državama članicama. Stoga, prije donošenja odluke o prekograničnom pružanju usluga osiguranja društva za osiguranje i drugi pružatelji usluga osiguranja trebaju se dobro pripremiti i procijeniti isplativost takve poslovne odluke. Priprema za prekogranično poslovanje uz postupak notifikacije podrazumijeva i upoznavanje s nacionalnim pravilima kojima se štiti opći interes, zatim s poreznim sustavom, obvezom imenovanja poreznog predstavnika, obvezom imenovanja ovlaštenog zastupnika, obvezom članstva u nacionalnom uredu i garancijskom fondu države domaćina i sl. Pripremu je nužno provesti posebno za svaku državu članicu u kojoj se želi pružati usluge. U praksi će to obično zahtijevati angažman pravnih i poreznih savjetnika koji su upoznati s relevantnim propisima i procedurama u ciljanim državama članicama.

Nužno je imati u vidu specifičnu problematiku vezanu za dinamično tumačenje

49 Vidi čl. 66. st. 5., 67. st. 3. ZOS-a; čl. 45. ZOOP-a.

50 Codice delle Assicurazioni Private (d.lgs. n. 209/2005); Decreto legislativo 21 maggio 2018, n. 68.

51 IVASS – Institut za nadzor društava za osiguranje u Republici Italiji: *Pravila kojima se štiti opći interes*, pristup 1. srpnja 2021., https://www.ivass.it/normativa/nazionale/norme-int-gen/List_general_good_undertakings.pdf?language_id=3.

pojma države preuzimanja obveze u skladu s praksom Suda EU-a te uz pravni institut uobičajenoga boravišta ugovaratelja osiguranja, odnosno osigurane osobe. Promjena države uobičajenoga boravišta ugovaratelja osiguranja, odnosno osigurane osobe nakon sklapanja ugovora o osiguranju dovodi do promjene države preuzimanja obveze, odnosno države u kojoj se nalazi rizik, a time ujedno i do promjene države domaćina, tj. države u kojoj se pružaju usluge. Analogijom se dolazi do sličnog ishoda i u pogledu naknadne promjene države u kojoj se nalazi rizik, primjerice zbog promjene države registracije vozila. U kontekstu pravila slobode pružanja usluga osiguranja to uvelike utječe na položaj osiguratelja i na njegove obveze i poslovne rizike vezane za prekogranično poslovanje. Radi učinkovitog upravljanja tim je rizicima nužna primjerena informatička podrška koja će omogućiti da se ugovori o osiguranju s prekograničnim elementom brzo utvrde i prate.

LITERATURA

Knjige, članci i ostalo:

1. Belanić, Loris. „Harmonizacija prava osiguranja u Europskoj uniji s osvrtnom na ugovorno pravo osiguranja“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 60, br. 3 (2010): 1335-1368.
2. Bouček, Vilim. „Uobičajeno boravište u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 65, br. 6 (2015): 885-914.
3. Campbell, Niall. „European Court Favours Dynamic Interpretation of ‘Habitual Place of Residence’“, 26.4.2013. Pristup 29. lipnja 2021. https://www.williamfry.com/newsandinsights/news-article/2013/04/26/european_court_favours_dynamic_interpretation_of_%E2%80%99habitual_place_of_residence_
4. *European Commission on Employment, Social Affairs & Inclusion: Practical guide on applicable legislation in the European Union, the European Economic Area and in Switzerland*, prosinac 2013. Pristup 7. srpnja 2021. <https://ecas.issuelab.org/resource/practical-guide-on-the-applicable-legislation-in-the-eu-eea-and-in-switzerland.html>
5. Fawcett, James J. „Residence and domicile of individuals in private international law“. U: *Residence of Individuals under Tax Treaties and EC Law, The EC and International Tax Law Series*. Vol. 6, ur. Guglielmo Maisto, 3-41. Amsterdam: IBFD Publications BV, 2010.
6. HANFA: *Predložak A za objavu agregiranih statističkih podataka u vezi s društvima za osiguranje i društvima za reosiguranje nadziranima na temelju Direktive 2009/138/EZ, 2020*. Pristup 21. lipnja 2021. <https://www.hanfa.hr/trziste-osiguranja/regulativa/agregirani-statisticki-podaci/>
7. Horak, Hana, Nada Bodiroga-Vukobrat i Kosjenka Dumančić. *Sloboda pružanja usluga na unutarnjem tržištu Europske unije*. Zagreb: Školska knjiga, 2015.
8. IVASS – *Institut za nadzor društava za osiguranje u Republici Italiji: Pravila kojima se štiti opći interes*. Pristup 1. srpnja 2021. https://www.ivass.it/normativa/nazionale/norme-int-gen/List_general_good_undertakings.pdf?language_id=3
9. Jurić, Dionis i Jelena Jakšić. „Sloboda pružanja usluga u pravu Europske unije i njezino ostvarenje u Republici Hrvatskoj“. *Hrvatska pravna revija* 16, br. 10 (2016): 9-16.
10. Keglević, Ana. „Načela prava osiguranja u praksi Suda EU i njihov utjecaj na privatnopravne poretkne država članica“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62, br. 5-6 (2012): 1823-1858.
11. O’Halloran, Gareth. *Guide to insurance taxation in Ireland, for tax advisors*. 1st ed. Dublin: Gareth O’Halloran, 2018.

12. Padovan, Adriana Vincenca i Mirela Duvnjak. „Prekogranično poslovanje društava za osiguranje na jedinstvenom tržištu Europske unije – pogled iz Hrvatske“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 42, br. 3 (2021): 737-758.
13. St. John Kennedy, Abigail i Michael Wainwright. „Financial Institutions E-briefing: Insurance update – ECJ gives ‘dynamic’ interpretation to key provisions in the Consolidated life Directive“, 20.5.2013. Pristup 29. lipnja 2021. https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Financial_institutions/FIG_ECJ_gives_interpretation_to_key_provisions_in_the_consolidated_life_directive
14. Wouters, Jan. „Residence of Individuals in EU Law“. U: *Residence of Individuals under Tax Treaties and EC Law, The EC and International Tax Law Series*. Vol. 6, ur. Guglielmo Maisto, 42-71. Amsterdam: IBFD Publications BV, 2010.

Pravni propisi

1. Codice delle Assicurazioni Private (d.lgs. n. 209/2005); Decreto legislativo 21 maggio 2018, n. 68.
2. Direktiva (EU) 2016/97 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. siječnja 2016. o distribuciji osiguranja, SL L 26, 2.2.2016.
3. Direktiva 2002/83/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. studenoga 2002. o životnom osiguranju, SL L 345, 19.12.2002.
4. Direktiva 2009/138/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o osnivanju i obavljanju djelatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II) kako je izmijenjena i dopunjena, SL L 335, 17.12.2009.
5. Opći porezni zakon, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 42/20.
6. Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena verzija), SL C 202/1, 7.6.2016.
7. Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Bruxelles I bis), SL L 351, 20.12.2012.
8. Uredba (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju kako je izmijenjena i dopunjena, SL L 201, 27.7.2012.
9. Uredba (EZ) 987/2009 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. rujna 2009. o utvrđivanju postupka provedbe Uredbe (EZ) br. 883/2004 o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti, SL L 284, 30.10.2009.
10. Uredba (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (Rim I), SL L 177/6, 4.7.2008.
11. Uredba (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze (Rim II), SL L 199/40, 31.7.2007.
12. Uredba (EZ) br. 883/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti kako je izmijenjena i dopunjena, SL L 166, 30.4.2004.
13. Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000 (Bruxelles II bis), SL L 338, 23.12.2003.
14. Zakon o međunarodnom privatnom pravu, Narodne novine, br. 101/17.
15. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18.
16. Zakon o obveznim osiguranjima u prometu, Narodne novine, br. 151/05., 36/09., 75/09., 76/13., 152/214.
17. Zakon o osiguranju, Narodne novine, br. 30/15., 112/18., 63/20., 133/20.

18. Zakon o prebivalištu i boravištu građana Narodne novine, br. 53/91.
19. Zakon o prebivalištu, Narodne novine, br. 144/12., 158/13.
20. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 143/12., 152/14.

Presude Suda EU-a

1. Presuda u predmetu *Kvaerner C-191/99*, 14.6.2001., citirano prema presudi u predmetu *A Ltd vs. Veronsaajien oikeudenvaltayksikkö C-74/18*, 17.1.2019., EU:C:2019:33
2. Presuda u predmetu *RVS Levensverzekeringen NV v. Belgische Staat C-243/11*, 21.2.2013., EU:C:2013:85.

Adriana Vincenca Padovan*
Mirela Duvnjak**

Summary

CERTAIN DILEMMAS IN THE PRACTICAL APPLICATION OF THE RULES ON FREEDOM TO PROVIDE INSURANCE SERVICES ON THE SINGLE MARKET OF THE EUROPEAN UNION

The paper analyses certain legal dilemmas that arise in relation to the provision of cross-border insurance services on the European union single market, particularly in the context of the Croatian legal framework. The analysis covers several issues arising in relation to the practical application of the EU rules on freedom to provide insurance services as implemented in the Croatian national law by the Croatian Insurance Act. Special consideration is given to certain specific legal issues that appear in practice as dubious when it comes to insurance of certain types of risk with a cross-border element, The aim is to point at the challenges that the liberalisation of the insurance market places in front of the Croatian insurance industry, and to make certain recommendations that could be useful to the Croatian insurers and other insurance service providers when deciding on the possibility of carrying on crossborder insurance business.

Keywords: *freedom to provide insurance services; European union; Directive 2009/138/EC; Directive (EU) 2016/97; Croatian Insurance Act.*

* Adriana Vincenca Padovan, Ph.D., Associate Professor, Adriatic Institute, Croatian Academy of Sciences and Arts; avpadovan@hazu.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0013-1820>.

** Mirela Duvnjak, mag. iur., Croatia osiguranje d.d., Zagreb; duvnjak.mirela@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0000-0002-8315-0156>.

UTJECAJ MJERA PROTIV BOLESTI COVID-19 NA POJAVNE OBLIKE KAŽNJIVIH PONAŠANJA TIJEKOM PANDEMIJE COVID-19

Doc. dr. sc. Dijana Gracin*
Ivan Dešić, univ. spec. crim**

UDK 343.347:616.921.5
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.9>
Ur.: 14. prosinca 2021.
Pr.: 11. ožujka 2022.
Pregledni rad

Sažetak

Brojna su pitanja i rasprave pokrenute o tome na koji su se način države nosile s krizom bolesti COVID-19. Na površinu su isplivali problemi koji su bili marginalizirali tijekom krize, poput pojavnih oblika kažnjivih ponašanja ostvarenih tijekom primjene mjera u borbi protiv COVID-19, te razornim učinkom na mentalno zdravlje, što proizlazi iz činjenice da je zbog mjera socijalne distance i ograničenja slobode kretanja došlo do porasta depresije, anksioznosti, problema s nesanicom i osjećaja beznađa. Autori ovoga rada analizom i usporednim prikazom situacija u drugim državama svijeta i u Republici Hrvatskoj upozoravaju na važnost psiholoških i socijalnih čimbenika te moguću korelaciju s fenomenologijom, odnosno pojavnim oblicima kažnjivih ponašanja uočenih tijekom pandemije COVID-19. Pritom ukazuju na važnost donošenja kvalitetnijih strategija i planova u cilju daljnje borbe protiv bolesti COVID-19 i ublažavanja posljedica njezinog djelovanja.

Ključne riječi: COVID-19; socijalna distanca; fenomenologija kažnjivih ponašanja; psihosocijalni učinak.

1. UVOD

Svjetska je zdravstvena organizacija 11. ožujka 2020. proglasila COVID-19 javnozdravstvenom izvanrednom situacijom od globalnog značaja. Nakon toga su i u Republici Hrvatskoj uvedene protuepidemijske mjere kojima je ograničeno kretanje stanovništva i napuštanje vlastitog doma. U radu se stoga razmatra u kojem su opsegu mjere protiv širenja bolesti COVID-19 utjecale na psihička stanja pojedinaca te je li

* Dr. sc. Dijana Gracin, docentica, Sveučilište u Zagrebu, Vojni studiji; gdijana39@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6732-2659>.

** Ivan Dešić, univ. spec. crim., VIA University College Horsens, Danska; ivan.desic1@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7093-9089>.

Stavovi izneseni u radu predstavljaju osobne stavove autora i nisu stavovi institucije u kojoj su autori zaposleni.

psihološki utjecaj mjera na pojedince doprinio rastu, odnosno padu pojavnih oblika kažnjivih ponašanja.

Naime, različite teorije kriminaliteta ispituju kako iznenadna i trajna ograničenja kretanja stanovništva prouzročena, na primjer, prirodnim katastrofama ili epidemijama utječu na fenomenologiju kriminaliteta. Teorija prilika i teorija rutinskih aktivnosti, sugeriraju da su politike ostanka kod kuće prekinule svakodnevna kretanja motiviranih počinitelja i prikladnih meta, te predviđaju da će razina kriminaliteta u javnim prostorima biti u opadanju jer je ograničena mobilnost cjelokupnog stanovništva. S druge strane, teorije o individualnom i strukturnom naprezanju sugeriraju da takva ograničenja povećavaju razinu stresa i negativnih emocija kao što su tjeskoba, frustracija, strah i ljutnja, što dovodi do povećanja motivacije za kriminal. Tome dodatno doprinosi činjenica da nema osnovanih centara za psihološku pomoć žrtvama COVID-19, već postojeći centri, poput obiteljskih centara za psihološku pomoć, preuzimaju ulogu stručnjaka koji su trebali biti specijalizirani za psihološku pomoć žrtvama COVID-19. U tom se smislu očekuje da će društvena izolacija i smanjena sloboda kretanja povećati razinu napetosti i frustracija te dovesti do povećanja stope obiteljskog nasilja i korištenja opojnih droga.¹

Stoga autori upućuju na ulogu određenih psiholoških čimbenika, kako bi upozorili na važnost koju mjere protiv bolesti COVID-19 imaju na razvoj anksioznosti, depresije, nesanice, straha i osjećaja beznađa. Pritom ne treba zaboraviti niti stresor poput potresa, koji je zahvatio grad Zagreb 22. ožujka 2020. Navedeni psihološki poremećaji mogu, posebno u kombinaciji s alkoholom, pridonijeti pogoršanju već osjetljive psihološke slike potencijalnog počinitelja, što dovodi do počinjenja kaznenih djela u afektu, u stanju jake razdraženosti. Razmotrit će se je li evidentirano smanjenje stope kriminaliteta u slučajevima provala, teških krađa, razbojništva, otuđenja motornih vozila i prometnih nesreća, te je li, s druge strane, uočen porast stope nasilja u obitelji, konzumacije alkohola i droga.

2. UTJECAJ MJERA PROTIV BOLESTI COVID-19 NA PSIHOLOŠKO I SOCIOLOŠKO STANJE OSOBA U DRUŠTVU

Zabrane okupljanja, sprječavanje socijalnih aktivnosti i mjere potpunoga zatvaranja trgovina i obrta, uz ekonomski imaju i snažan negativni psihološki učinak. Socijalna distanca, rad od kuće, gubitak radnog mjesta, duže vrijeme koje članovi kućanstva provode zajedno, postale su nova svakodnevica, tzv. „*novo normalno*“ (engl. *new normal*). Nagla promjena svakodnevnoga života, u kombinaciji s trenutačnom situacijom u svijetu koju je obilježila kriza nastala pod utjecajem bolesti COVID-19 te snažnim potresom koji je pogodio Zagreb, glavni grad Republike Hrvatske, javljaju se kao snažan stresor² te utječu na porast osjećaja anksioznosti,

1 Amy E. Nivette *et al.*, „A global analysis of the impact of COVID-19 stay-at-home restrictions on crime“, *Nature Human Behaviour* 5, (2021): 868–877., <https://doi.org/10.1038/s41562-021-01139-z>.

2 Sebastian C. Shaw, „Hopelessness, helplessness and resilience: The importance of safeguarding our trainees’ mental wellbeing during the COVID-19 pandemic“, *Nurse Education in Practice*

depresije i „beznada“⁴³ i u svijetu i u Republici Hrvatskoj.

Nezainteresiranost za cjelokupnu situaciju jednostavno nije bila moguća, budući da su se mjere odnosile na cjelokupnu populaciju, a ne na pojedince.⁴ Osjećaj se beznada već isticao kao izraz nezadovoljstva na svakodnevni, ubrzani tempo života, pravnu i poslovnu nesigurnost, poremećene moralne vrijednosti i krizu identiteta.⁵ Kriza prouzročena pandemijom COVID-19, zbog koje su poduzimane mjere koje su, između ostalog, dovele do stvaranja socijalne distance, dodatno je narušila psihičko zdravlje pojedinca. Kao pojavni oblik krize ističe se depresija, odnosno reaktivna depresija koja se javlja kao reakcija na vanjski podražaj.⁶ U Kini je u siječnju 2020., kada se COVID-19 uvelike proširio, zabilježen porast negativnih emocija poput razdraženosti, anksioznosti⁷ i depresije te pad pozitivnih emocija i životnog zadovoljstva,⁸ dok je jedna trećina ispitanika u Kanadi i 56 % ispitanika u SAD-u izjavilo da ima snažan osjećaj zabrinutosti zbog situacije i bolesti prouzročene bolesti COVID-19.⁹

U Republici je Hrvatskoj zabilježen porast poziva upućenih obiteljskim centrima za psihološku pomoć zbog pogoršanja mentalnoga zdravlja prouzročenog potresima i bolesti COVID-19.¹⁰ Dejanović Šagadin iz Psihološkog društva Tesa upozorila je kako su pojačane pojave anksioznosti i depresije uočene i kod mlađih osoba i tinejdžera. Takva pojava nije uobičajena u Republici Hrvatskoj tijekom ljetnoga razdoblja.¹¹ Takav zaključak zabrinjava ako se uzme u obzir činjenica da u ljetnom razdoblju, od kraja lipnja do početka rujna mjeseca, učenici osnovnih i srednjih škola, kao i većina

-
- 44, br. 102780 (2020).
- 3 Frank Shea i Elizabeth Hurley, „Hopelessness and Helplessness“, *Perspectives In Psychiatric Care* 2, br. 1 (1964): 32.
 - 4 Jon Cohen i Kai Kupferschmidt, „Countries test tactics in ‘war’ against COVID-19“, *Science* 367, br. 6484 (2020).
 - 5 Pogledati 3. poglavlje „*Psychoanalytic theories of personality, adolescence, and the problem of identity in late modernity*“, više na: Werner Bohleber i Peter Fonagy, *Destructiveness, Intersubjectivity and Trauma: The Identity Crisis of Modern Psychoanalysis* (London: Karnac Books, 2010.), 49-72.
 - 6 Simptomi depresije na: Martin E. P. Seligman, *Helplessness on depression, development, and death*. (University of Pennsylvania: W. H. Freeman and Company, 1975.), 78.
 - 7 Ankete su pokazale kako je 24,9 % studenata kineskih sveučilišta osjećalo anksioznost za vrijeme trajanja COVID-19. Više o psihološkom učinku COVID-19 na mentalno zdravlje studenata u Kini vidi na: Cao Wenjun et al., „The psychological impact of the COVID-19 epidemic on college students in China“, *Psychiatry Research* 287, br. 112934 (2020): 1-5., pristup 21. srpnja 2020., <https://doi.org/10.1016/j.psychres.2020.112934>.
 - 8 Sijia Li et al., „The impact of COVID-19 epidemic declaration on psychological consequences: a study on active Weibo users“, *International journal of environmental research and public health* 17, br. 6 (2020): 6.
 - 9 Amir H. Pakpour i Mark D. Griffiths, „The fear of COVID-19 and its role in preventive behaviors“, *Journal of Concurrent Disorders* 2, br. 1 (2020): 59, http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/39561/1/1313636_Griffiths.pdf.
 - 10 Romana Kovačević Barišić, „Psihijatri zatrpani pozivima građana tijekom pandemije: Sve više ljudi je tjeskobno i traži tablete“, *Večernji list* (2020), pristup 17. srpnja 2020., <https://www.vecernji.hr/vijesti/psihijatri-zatrpani-pozivima-gradana-tijekom-pandemije-sve-vise-ljudi-je-tjeskobno-i-trazi-tablete-1417725>.
 - 11 Kovačević Barišić, *Psihijatri zatrpani pozivima građana tijekom pandemije*.

studenata, nemaju školskih niti fakultetskih obveza niti drugih zahtjevnijih oblika odgovornosti.¹²

Osjećaji nelagode mogu se razviti i u osjećaj straha, odnosno stvaranja atmosfere straha¹³ stalnim i kontinuiranim objavama u medijima o broju smrtnosti i zaraženih, što dovodi do nekontroliranih i impulzivnih reakcija koje na kraju mogu rezultirati ispadima bijesa, ubojstvom¹⁴ ili samoubojstvom, osobito u novostvorenom ozračju protiv „nevidljivog“ neprijatelja, kada svaka reakcija ili simptom koji ne mora nužno ukazivati na bolest, izaziva sumnju.¹⁵

U Republici Hrvatskoj proveden je projekt *Kako smo? Život u Hrvatskoj u doba korone*, u kojem je istraživački tim od 13 profesionalnih djelatnika i profesora s Odsjeka za psihologiju Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i Zdravstvenog veleučilišta Zagreb proučavao posljedice pandemije COVID-19 u Hrvatskoj i potresa na području Zagreba po psihičko zdravlje. Jokić Begić i njezin tim utvrdio je kako 24,8 % ispitanika koji prije COVID-19 i potresa nisu imali smetnji na psihičko zdravlje, sada osjećaju pogoršanje (Grafikon 1.), dok je broj osoba koje su imale psihičke smetnji iznimno veći – čak 37,4 % ispitanika smatra kako je njihovo stanje gore negoli prije, dok 16,8 % osjeća promjene u njihovom stanju (Grafikon 2.).¹⁶ Autori ovoga rada zaključuju kako je među ispitanim uzorcima različitoga profila uočena promjena za jednu četvrtinu kod osoba koje prethodno nisu imale probleme s depresijom, anksioznošću ili kakvim drugim oblikom psihičkih smetnji, dok je kod osoba koje su imale neki oblik smetnji uočena promjena više od 50 %, odnosno polovice ispitanika (promjena i pogoršanje stanja).

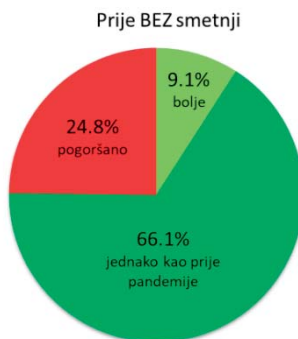
12 Kovačević Barišić, *Psijijatri zatrpani pozivima građana tijekom pandemije*.

13 Teorijski osvrt i istraživanje o utjecaju stvaranja atmosfere straha komunikacijskim putem (engl. *fear-arousing communications*) dostupan na: Natascha De Hoog, Wolfgang Stroebe i John B. F. De Wit, „The processing of fear-arousing communications: How biased processing leads to persuasion“, *Social Influence* 3, br. 2 (2008).

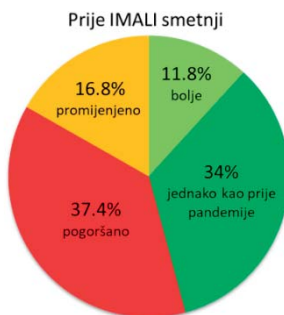
14 Lara Keay, „French bus driver dies after attack by passengers who refused to wear face masks“, *SkyNews* (2020), pristup 14. srpnja 2020., <https://news.sky.com/story/coronavirus-french-bus-driver-dies-after-attack-by-passengers-who-refused-to-wear-face-masks-12026401>.

15 Pakpour i Griffiths, *The Fear of COVID-19 and its role in preventive behaviors*.

16 U svrhu istraživanja upitnik je ispunilo više od 3500 osoba, dok je u istraživanju psihičkih posljedica pandemije COVID-19 i potresa u Hrvatskoj sudjelovalo 1033 punoljetnih ispitanika. O profilu ispitanih uzoraka pogledati više na: Nataša Jokić Begić *et al.*, *Kako smo? Život u Hrvatskoj u doba korone - Preliminarni rezultati istraživačkog projekta* (Zagreb: Odsjek za psihologiju Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 2020), 8.



Grafikon 1. Procjena psihičkog stanja ispitanika koji nisu imali psihičkih smetnji prije bolesti COVID-19¹⁷



Grafikon 2. Procjena psihičkog stanja ispitanika koji su imali psihičke smetnje prije bolesti COVID-19¹⁸

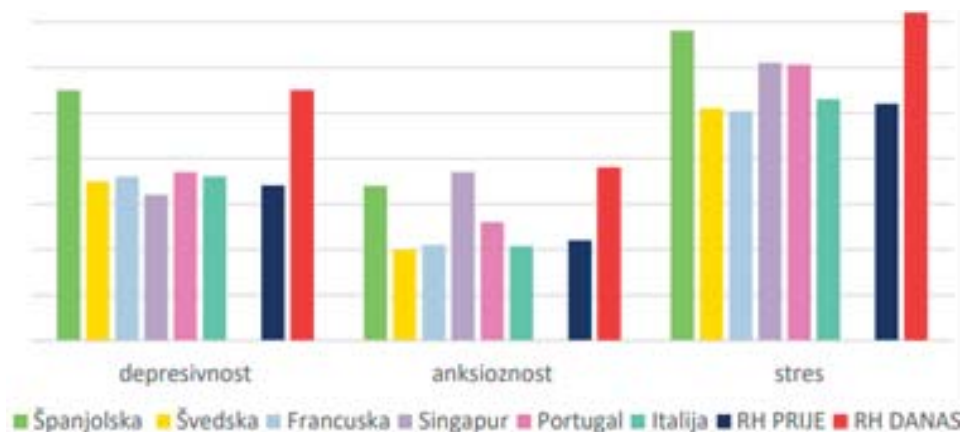
Navedeno dodatno dokazuje kako bolest COVID-19 nema samo razoran učinak na fizičko zdravlje i mortalitet, već i na psihičko zdravlje te cjelokupni životni standard, navike ljudi i ekonomiju općenito, te se upravo u tome krije njezina opasnost i utjecaj, osobito u kombinaciji s potresom kao dodatnim stresorom, koji je pogodio grad Zagreb 22. ožujka 2020., na samom početku uvođenja strožih mjera, tzv. *lockdowna*.

Iz usporednoga prikaza anksioznosti, depresije i stresa (Grafikon 3.) između različitih zemalja koje su se najviše medijski isticale po slučajevima bolesti COVID-19, može se zaključiti kako je stanje psihičkih poremećaja prije COVID-19 u Republici Hrvatskoj slično s trenutnim stanjem u zemljama poput Italije, Švedske i Singapura. To potvrđuje činjenicu kako su Hrvati već i prije COVID-19 krize bili suočeni s psihološkim pritiskom koji je rezultat socijalne nesigurnosti, nižim životnim standardom, političkom nestabilnosti, korupcijom, pritiskom na poslovnom planu itd. Nakon krize COVID-19, stopa depresivnosti, anksioznosti, stresa te osjećaj straha

17 Preuzeto: Jokić Begić *et al.*, Kako smo? Život u Hrvatskoj u doba korone: Preliminarni rezultati istraživačkog projekta.

18 Preuzeto: Jokić Begić *et al.*, Kako smo? Život u Hrvatskoj u doba korone: Preliminarni rezultati istraživačkog projekta.

dotatno se povećala,¹⁹ što iz usporednoga prikaza pokazuje kako su rezultati slični našima uočeni i u Španjolskoj.²⁰



Grafikon 3. Usporedni prikaz stope psihičkih smetnji u Republici Hrvatskoj i u drugim državama (prije pandemije i danas)²¹

Socijalna distanca i samoizolacija mogu snažno utjecati na psihičko stanje pojedinca kao i osjećaj usamljenosti što dodatno može biti prouzročeno diskriminacijom oboljelih od COVID-19²² koja podsjeća na ostracizam²³ antičke Grčke i Rima. Pritom valja istaknuti važnost depresije, anksioznosti i stresa pri počinjenju kaznenih djela.

3. POJAVNI OBLICI KAŽNJIVIH PONAŠANJA I PANDEMIJE COVID-19 U SVIJETU I U HRVATSKOJ

Pojava COVID-19 utjecala je na stopu kriminaliteta u većini država pogođenih tom bolesti, a što je vidljivo iz analize podataka, fenomenologije kažnjivih ponašanja na uzorku promatranih država (vidjeti Grafikon 4). Pojavni oblici određenih kažnjivih ponašanja mogu nastati kao rezultat mjera stroge distance, zabrane napuštanja mjesta prebivališta i samoizolacije. Posljedica je mjera socijalne distance i zabrana

19 Vjekoslav Peitl, Vedrana Golubić Zatezalo i Dalibor Karlović, „Mental Health Issues and Psychological Crisis Interventions During the COVID-19 Pandemic and Earthquakes in Croatia“, *Archives of Psychiatry Research: An International Journal of Psychiatry and Related Sciences* 56, br. 2 (2020): 196.

20 Vidi više o rezultatima istraživanja na: Bonifacio Sandin *et al.*, „Psychological impact of the COVID-19 pandemic: Negative and positive effects in Spanish population during the mandatory national quarantine“, *Journal of Psychopathology and Clinical Psychology/Revista de Psicopatología y Psicología Clínica* 25, br. 1 (2020).

21 Preuzeto: Jokić Begić *et al.*, *Kako smo? Život u Hrvatskoj u doba korone - Preliminarni rezultati istraživačkog projekta.*

22 Clara González-Sanguino *et al.*, „Mental health consequences during the initial stage of the 2020 Coronavirus pandemic (COVID-19) in Spain“, *Brain, Behavior, and Immunity* 87, (2020): 173., <https://doi.org/10.1016/j.bbi.2020.05.040>.

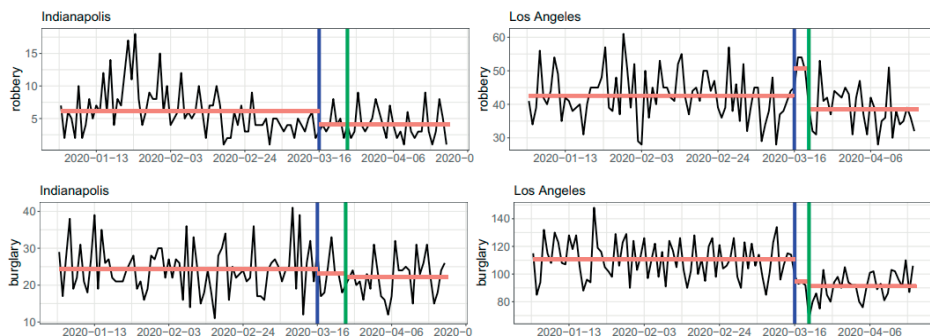
23 Izopćenje pojedinca iz društva, osuda pojedinca na progonstvo.

napuštanja mjesta prebivališta redukcija broja teških krađa, krađa, otuđenja motornih vozila, organiziranoga kriminaliteta i razbojništva.²⁴

3.1. Fenomenologija kažnjivih ponašanja čija se stopa smanjila tijekom mjera protiv bolesti COVID-19

S obzirom na ograničenje kretanja osobnim vozilom i smanjen optjecaj drugih sudionika u prometu može se zaključiti da su mjere koje su primijenjene u borbi protiv COVID-19 utjecale na smanjenje prometnih nesreća, odnosno mogu se promatrati kao posljedica smanjenog broja kulturnih manifestacija, prijevoza, predstava, koncerata, povećanje intenziteta e-kupovine²⁵ i rada od kuće.²⁶

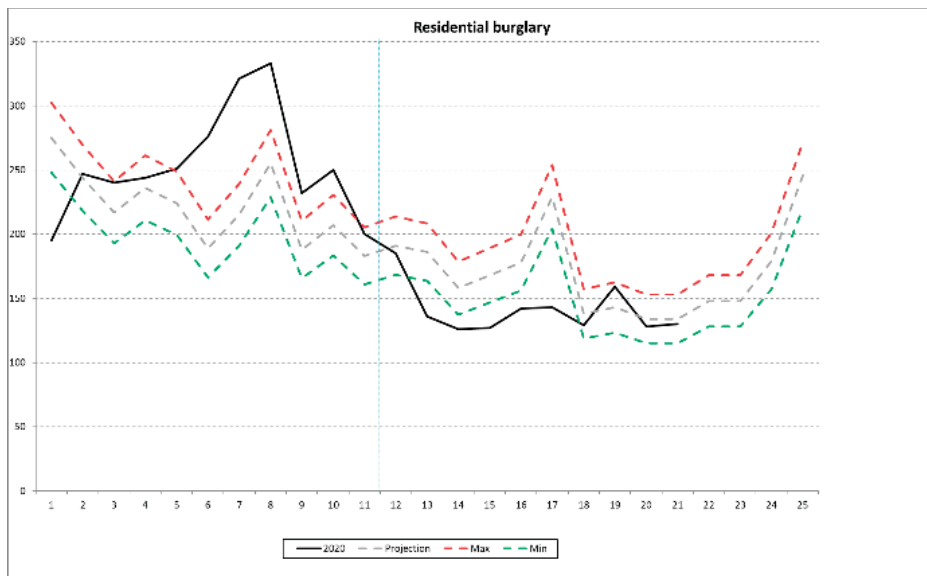
U državama poput SAD-a, autori Mohler i dr. u usporednom prikazu dvaju američkih gradova, Los Angelesa i Indianapolisa, uočili su pad broja krađa i provala u trećem i četvrtom mjesecu 2020., u jeku bolesti COVID-19.²⁷ Smanjenu stopu krađa i provala na području Los Angelesa u svom istraživanju potvrdili su u svom radu i Campedelli, Aziani i Favarin (Grafikon 3. u članku).²⁸



Grafikon 4. Usporedni prikaz krađa i provala u Los Angelesu i Indianapolisu²⁹

- 24 Primjerice, u Republici Hrvatskoj statistike Ministarstva unutarnjih poslova pokazuju pad broja navedenih kaznenih djela. Vidi više na: *Ministarstvo unutarnjih poslova (2020) Pregled osnovnih sigurnosnih pokazatelja I.–V. 2020. godine u Republici Hrvatskoj*, pristup 24. lipnja 2020., https://mup.gov.hr/UserDocsImages/statistika/2020/Pokazateljji%20javne%20sigurnosti/Web_hrvatski_I-V_2020.pdf.
- 25 Kunbo Shi *et al.*, „Does e-shopping replace shopping trips? Empirical evidence from Chengdu, China“, *Transportation Research Part A: Policy and Practice* 122, (2019), pristup 17. lipnja 2020., <https://doi.org/10.1016/j.tra.2019.01.027>.
- 26 Jonas De Vos, „The effect of COVID-19 and subsequent social distancing on travel behavior“, *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives* 5, br. 100121 (2020), pristup 17. lipnja 2020., <https://doi.org/10.1016/j.trip.2020.100121>.
- 27 George Mohler *et al.*, „Impact of social distancing during COVID-19 pandemic on crime in Los Angeles and Indianapolis“, *Journal of Criminal Justice* 68, br. 101692 (2020): 1-7, <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2020.101692>.
- 28 Grafički prikaz istraživanja i analizu autora vidi na: Gian Maria Campedelli, Alberto Aziani, Serena Favarin, „Exploring the effect of 2019-nCoV containment policies on crime: The case of Los Angeles“, (2020): 13, pristup 24. lipnja 2020., <https://osf.io/gcpq8/>.
- 29 Preuzeto: George Mohler *et al.*, „Impact of social distancing during COVID-19 pandemic on crime in Los Angeles and Indianapolis“, *Journal of Criminal Justice* 68, br. 101692 (2020): 1-7.

Devet tjedana nakon izbijanja COVID-19 u Švedskoj, Gerell je uočio veliki pad provala u odnosu na isto razdoblje 2019. i to do 29.1 %, odnosno 76 provala tjedno manje (Grafikon 5.).



Grafikon 5. Pad broja kućnih provala u Švedskoj³⁰

3.2. Fenomenologija kažnjivih ponašanja kod kojih je zamijećen porast tijekom pandemije COVID-19

Organizirani kriminalitet veliki je problem u analizi stope kaznenih djela, ponajprije zbog prirode sofisticiranog i prikrivenoga³¹ djelovanja. Iako je transnacionalni organizirani kriminal otežan zbog zatvaranja granica, EUROPOL je u svojoj analizi upozorio na mogućnost povećanih kibernetičkih napada, odnosno kaznenih djela protiv računalnih sustava, programa i podataka zbog povećanih *online* aktivnosti, te upozorava na visok stupanj prilagodljivosti organiziranih skupina tijekom krize.³² Dodatno upozorava kako je u određenim državama povećana proizvodnja i prodaja droge, poput Belgije, Cipra, Danske, Finske, Francuske, Hrvatske, Norveške i Poljske, što upućuje na granične propuste i da organizirane kriminalne skupine i

<https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2020.101692>.

30 Preuzeto: Manne Gerell, Johan Kardell i Johanna Kindgren, „Minor covid-19 association with crime in Sweden, a ten week follow up“, SoxArXiv (2020), pristup 24. lipnja 2020., <https://osf.io/preprints/socarxiv/w7gka/>.

31 Dick Hobbs i Georgios A. Antonopoulos, „How to research organized crime“, u: Letizia Paoli, ur., *The Oxford handbook of organized crime* (Oxford: Oxford University Press, 2014.), 96.

32 EUROPOL, *Beyond the pandemic how COVID-19 will shape themserious and organised crime landscape in the EU*. The Hague, 2020., pristup 29. lipnja 2020., <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/beyond-pandemic-how-covid-19-will-shape-serious-and-organised-crime-landscape-in-eu>.

trgovci drogom upotrebljavaju sofisticirane metode za izbjegavanje nadzora.³³ Međutim, s obzirom na mjere socijalne distance, rad od kuće i sl., prilika za počinjenje kaznenih djela posebice povezanih s organiziranim kriminalitetom je povećana, poput kibernetičkih napada, trgovine drogom i trgovanja ljudima.³⁴

Povećana stopa kaznenih djela povezanih s obiteljskim nasiljem registrirana je u većini zemalja u svijetu nedugo nakon pojave bolesti COVID-19, npr. u SAD-u (Grafikon 6.), Brazilu, Francuskoj, Španjolskoj i Italiji,³⁵ što je vidljivo iz policijskih izvješća i sigurnih kuća koje su zaprimile anonimne dojave u slučajevima obiteljskog nasilja.³⁶

33 EUROPOL, *EU Drug Markets Impact of COVID-19*, The Hague, 2020., pristup 29 lipnja 2020., <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/eu-drug-markets-impact-of-covid-19>.

34 Sunčana Roksandić, Krešimir Mamić i Robert Mikac, „Migration in the Time of COVID-19—Policy Responses and Practices in Croatia Concerning the Western Balkan Routes and Readiness for the Post-COVID-19 Society in Which the Right to Health Care for the Most Vulnerable Is Guaranteed“, *Frontier in Human Dynamics* 3, br. 595189 (2021), <https://doi.org/10.3389/fhumd.2021.595189>.

35 Andrew M. Campbell, „An increasing risk of family violence during the Covid-19 pandemic: Strengthening community collaborations to save lives“, *Forensic Science International: Reports* 2, br. 100089 (2020), <https://doi.org/10.1016/j.fsir.2020.100089>.

36 Amanda Taub, „A new Covid-19 crisis: Domestic abuse rises worldwide“, *The New York Times* (2020.), pristup 26. lipnja 2020., <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>.

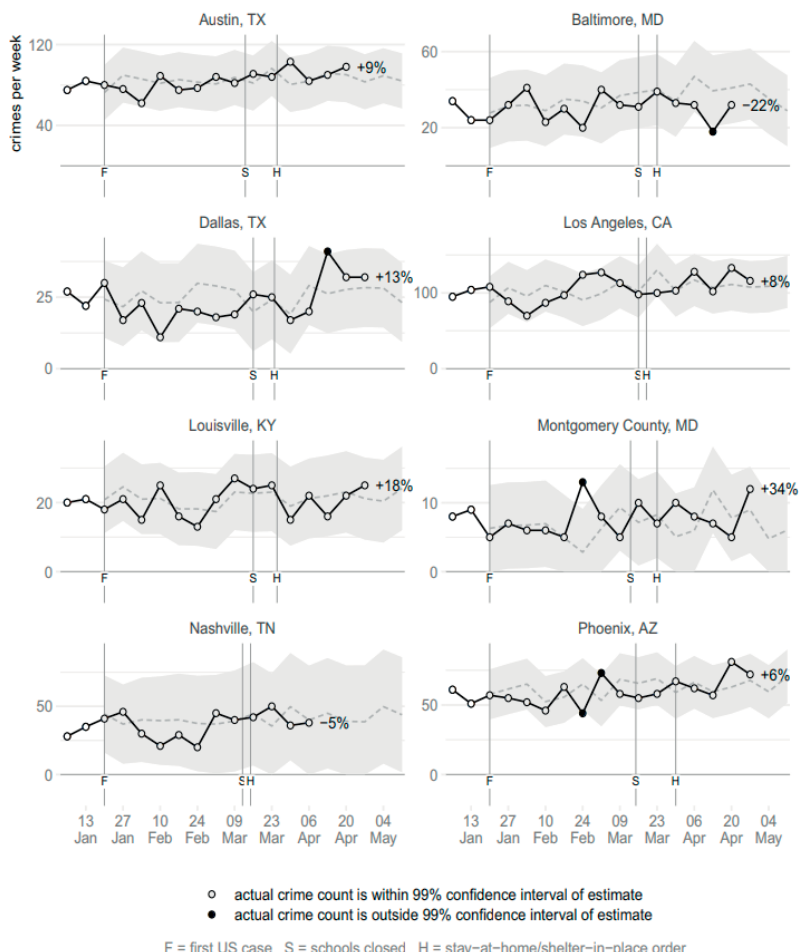


Fig. 3 Frequency of serious assaults in residences during coronavirus pandemic compared to estimates of the number of assaults that would have occurred under normal conditions

Grafikon 6. Usporedni prikaz kaznenoga djela obiteljskog nasilja u SAD-u za vrijeme COVID-19³⁷

U Ujedinjenom Kraljevstvu zabilježen je porast broja smrtnih slučajeva obiteljskog nasilja kod žena od 23. ožujka do 12. travnja 2020. Usporednim prikazom razdoblja od 2009. do 2020., uočen je najveći broj slučajeva upravo u 2020. tijekom trajanja mjera samoizolacije i socijalne distance u svrhu suzbijanja COVID-19 (Tablica 1.). Dodatno zabrinjava činjenica koju navode Bradbury-Jones i Isham kako je u Ujedinjenom Kraljevstvu najčešći ishod obiteljskog nasilja ubojstvo partnera, a što se vidi iz tablice.³⁸

37 Preuzeto: Matthew P. J. Ashby, „Initial evidence on the relationship between the coronavirus pandemic and crime in the United States“, *Crime Science* 9, br. 6 (2020): 9

38 Caroline Bradbury-Jones i Louise Isham, „The pandemic paradox: The consequences of COVID-19 on domestic violence“, *Journal of clinical nursing* 29, br. 13-14 (2020): 2048.,

perpetrator/alleged perpetrator to woman killed	Women killed by men between 23 March and 12 April											Average	2020
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019		
Partner/ex	7	5	2	2		6	4	4	2	1	2	3.18	7
Son		3	2	1				1				0.64	
Father						1						0.09	1
Other family			1		1							0.18	1
Other known	3				1	1		2	1			0.73	
Stranger	1									1		0.18	1
Not publicly disclosed												0.00	4
total	11	8	5	3	2	8	4	7	3	2	2	5.00	14

Tablica 1. Usporedni prikaz nasilja u obitelji sa smrtnim ishodom u kojem su stradale osobe ženskog spola u Ujedinjenom Kraljevstvu (2009.-2020.)³⁹

Piquero i dr. smatraju kako dostupni uzorci pokazuju tek početni porast obiteljskog nasilja, odnosno povećanje nasilja u obitelji u prvim tjednima provođenja mjere socijalne distance, dok se u daljnjem razdoblju krivulja vratila na uobičajenu razinu, s iznimnim slučajevima koji pokazuju minimum odstupanja.⁴⁰ Analiza nasilja u obitelji dodatno je otežana zbog tamne brojke,⁴¹ koja proizlazi iz činjenice neprijavlivanja, u pravilu, supružnika / partnera⁴² zbog socijalnih, ekonomskih, društvenih⁴³ ili kulturnih razloga.⁴⁴

3.3. Podatci o kažnjivim ponašanjima u Republici Hrvatskoj tijekom pandemije COVID-19

Mjere samoizolacije i socijalne distance uvelike su utjecale na smanjenje broja teških krađa. Teška krađa u Republici Hrvatskoj, između ostaloga, podrazumijeva obijanje i provaljivanje kako bi se došlo do stvari iza zatvorenih zgrada, soba, blagajna, ormara ili drugih zatvorenih prostorija ili prostora.⁴⁵ Uspješno obijanje ili

pristup 29. lipnja 2020., <https://doi.org/10.1111/jocn.15296>.

39 Preuzeto: Karen Ingala Smith, *Coronavirus Doesn't Cause Men's Violence Against Women* (2020), pristup 29. lipnja 2020., https://kareningalasmith.com/2020/04/15/coronavirus-doesnt-cause-mens-violence-against-women/#_edn1

40 Alex R. Piquero *et al.*, „Staying Home, Staying Safe? A Short-Term Analysis of COVID-19 on Dallas Domestic Violence“, *American Journal of Criminal Justice* 45 (2020): 616-617, pristup 26. lipnja 2020., <https://doi.org/10.1007/s12103-020-09531-7>.

41 Tamna brojka je omjer između statistički iskazanog i stvarnog broja počinjenih kaznenih djela. Ona obilježava nepoznati, tj. neotkriveni kriminalitet - kriminalne događaje koji nisu prijavljeni i za koje se ne zna da su se dogodili.

42 Ashby, *Initial evidence on the relationship between the coronavirus pandemic and crime in the United States*, 17.

43 Utjecaj društva, alkohol, obiteljski odgoj, uobičajeni obrazac ponašanja „alfa“ mužjaka popraćenog agresijom i patrijarhalni odnos u kojem muškarac otvoreno pokazuje dominaciju nad ženom bitno doprinose obiteljskom nasilju. Analiza dostupna na: Lori L. Heise, „Violence Against Women: An Integrated, Ecological Framework“, *SAGE Publications* 4, br. 3 (1998).

44 Jody Raphael, „Public Housing and Domestic Violence“, *SAGE Publications* 7, br. 6 (2001): 703-705.

45 Čl. 229. st. 1. t. 1. Kaznenog zakona, Narodne novine, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17., 118/18., 126/19. (dalje u tekstu: KZ).

provala u dom moguća je ako se osoba u to vrijeme ne nalazi na ciljanoj lokaciji zbog, primjerice posla ili školskih obveza.⁴⁶ Broj teških krađa, tj. provala i obijanja, prema podacima Ministarstva unutarnjih poslova u prvih pet mjeseci 2020. bilježi pad od čak 20,7 % u odnosu na isto vrijeme 2019. (Tablica 4). Službeni podatci Državnog zavoda za statistiku Republike Hrvatske iz 2019. i 2020. potvrđuju trendove koje je istodobno provelo Ministarstvo unutarnjih poslova. Iz usporednog prikaza tablice 2. i 3., vidljiva je razlika u kaznenim djelima silovanja, krađa i teških krađa te proizlazi kako je veći broj osuđenih počinitelja za kaznena djela zabilježen u 2020. Razlika se uočava i između osuđenih počinitelja kaznenih djela krađe i teške krađe, i to za 20 % manje u 2020. negoli u 2019., što potvrđuje teoriju kako su mjere samoizolacije i socijalne distance utjecale na smanjenje tih kaznenih djela.

	2020
	Osuđeni počinitelji - ukupno
Silovanje, čl. 153. st. 1.	21
Silovanje, čl. 153. st. 2.	8
Nasilje u obitelji, čl. 179.a	205
Neovlaštena proizvodnja i promet drogama, čl. 190. st. 1.	160
Neovlaštena proizvodnja i promet drogama, čl. 190. st. 2.	358
Neovlaštena proizvodnja i promet drogama, čl. 190. st. 3.	15
Krađa, čl. 228. st. 1.	1.296
Teška krađa, čl. 229. st. 1. toč. 1.	758

Tablica 2. Osuđeni počinitelji kaznenih djela silovanja, krađe, teške krađe te počinitelji koji su neovlašteno proizvođili, prerađivali i prodavali drogu u 2020.⁴⁷

	2019
	Osuđeni počinitelji - ukupno
Silovanje, čl. 153. st. 1.	13
Silovanje, čl. 153. st. 2.	1
Nasilje u obitelji, čl. 179.a	151
Neovlaštena proizvodnja i promet drogama, čl. 190. st. 1.	146
Neovlaštena proizvodnja i promet drogama, čl. 190. st. 2.	429
Neovlaštena proizvodnja i promet drogama, čl. 190. st. 3.	9
Krađa, čl. 228. st. 1.	1.585
Teška krađa, čl. 229. st. 1. toč. 1.	1.024

Tablica 3. Osuđeni počinitelji kaznenih djela silovanja, krađe, teške krađe te počinitelji koji su neovlašteno proizvođili, prerađivali i prodavali drogu u 2019.⁴⁸

46 Više o analizi provala vidi na: Claire Nee, Max Taylor, „Examining burglars’ target selection: Interview, experiment or ethnomethodology?“, *Psychology, Crime & Law* 6, br. 1 (2000).

47 Preuzeto: Državni zavod za statistiku, Osuđeni punoljetni počinitelji prema kaznenim djelima, spolu, pokušaju i izrečenim kaznama i drugim mjerama u 2020., pristup 23. travnja 2022., https://web.dzs.hr/PXWeb/Table.aspx?layout=tableViewLayout1&px_tableid=T0301_2020.px&px_path=Pravosudje_kaznena_punoljetni&px_language=hr&px_db=Pravosudje&rxid=2edb846d-0405-44fb-8bfc-fbf57d96caf1

48 Preuzeto: Državni zavod za statistiku, Osuđeni punoljetni počinitelji prema kaznenim djelima, spolu, pokušaju i izrečenim kaznama i drugim mjerama u 2019., pristup 23. travnja 2022., https://web.dzs.hr/PXWeb/Table.aspx?layout=tableViewLayout1&px_

Podatci Ministarstva unutarnjih poslova prikazani u Tablici 4. pokazuju kako je u odnosu na 2019. organizirani kriminalitet u blagom padu. Međutim, zabrinjava usporedni porast kaznenoga djela gospodarskoga kriminaliteta od 20,9 %. Može se pretpostaviti da je taj porast uzročno posljedično povezan s mjerama protiv bolesti COVID-19, koje su dovele do nagloga smanjenja prometa, smanjenja kupovne moći te prouzročile opću financijsku nesigurnost i potrebu za održanjem konkurentnosti i ostvarivanje prihoda.⁴⁹

KRIMINALITET - po službenoj dužnosti	PRIJAVLJENA KAZNENA DJELA			KOEFIČIJENT RAZRJEŠENOSTI			POSTOTAK RAZRJEŠENOSTI		
	2019.	2020.	2020./2019. +%	2019.	2020.	+ -	2019.	2020.	+ -
OPĆI KRIMINALITET	16.445	15.163	-7,8	57,4	65,3	+7,8	53,0	59,2	+6,2
Ubojstva	11	16	+45,5	90,9	93,8	+2,8	90,9	87,5	-3,4
Pokušaji ubojstva	39	43	+10,3	102,6	93,0	-9,5	97,4	93,0	-4,4
Silovanja	18	59	+227,8	94,4	100,0	+5,6	88,9	98,3	+9,4
Pokušaji silovanja	4	11	+175,0	75,0	100,0	25,0	75,0	100,0	+25,0
Razbojništva	329	216	-34,3	37,1	75,9	+38,8	28,6	51,4	+22,8
Teške krađe	4.770	3.781	-20,7	24,0	31,8	+7,7	17,4	19,9	+2,5
Otuđenja motornih vozila (dovršena)	344	266	-22,7	27,0	38,3	+11,3	21,5	26,7	+5,2
Kaznena djela na štetu maloljetnika	2.729	2.923	+7,1	99,1	99,4	+0,3	99,0	99,3	0,2
Kaznena djela maloljetnih osoba	790	614	-22,3						
TERORIZAM I EKSTREMNO NASILJE	15	12	-20,0	86,7	75,0	-11,7	86,7	75,0	-11,7
RATNI ZLOČINI	7	20	+185,7	71,4	100,0	+28,6	57,1	100,0	+42,9
ORGANIZIRANI KRIMINALITET	756	723	-4,4	99,3	99,0	-0,3	98,9	98,2	-0,7
Protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u Republici Hrvatskoj ili drugoj državi čl. EU i ili potp. Schengenskog sporazuma	309	232	-24,9	100,3	100,0	-0,3	99,7	100,0	0,3
GOSPODARSKI KRIMINALITET	1.759	2.127	+20,9	103,1	99,4	-3,6	99,2	99,2	0,0
Korupcijska kaznena djela*	166	306	+84,3	98,8	100,0	+1,2	98,8	100,0	1,2
KRIMINALITET ZLOUPORABE DROGA	1.358	1.150	-15,3	99,6	100,1	+0,5	99,6	99,9	0,3
KRIMINALITET KIBERNETIČKE SIGURNOSTI	1.014	416	-59,0	93,3	84,6	-8,7	92,7	79,1	-13,6
UKUPNO K. D. (bez prometa)	21.354	19.611	-8,2	67,1	72,7	+5,6	63,3	67,9	+4,5
KAZNENA DJELA U CESTOVNOM PROMETU	344	306	-11,0	99,4	98,0	-1,4	99,4	98,0	-1,4
SVEUKUPNO KAZNENIH DJELA	21.698	19.917	-8,2	67,6	73,1	+5,5	63,9	68,3	+4,4

Tablica 4. Usporedni prikaz prijavljenih kaznenih djela u Republici Hrvatskoj u prvih 5 mjeseci 2019. i 2020.⁵⁰

tableid=T0301_2019.px&px_path=Pravosudje_kaznena_punoljetni&px_language=hr&px_db=Pravosudje&rxid=2edb846d-0405-44fb-8bfc-fbf57d96caf1

49 Više o utjecaju bolesti COVID-19 na financijsko tržište vidi na: Tobin Hanspal, Annika Weber, Johannes Wohlfart, „Exposure to the COVID-19 Stock Market Crash and its Effect on Household Expectations“, *CEBI Working Paper Series* br. 13 (2020), pristup 29. lipnja 2020., <https://ssrn.com/abstract=3578472>.

50 Preuzeto: Ministarstvo unutarnjih poslova (2020) Pregled osnovnih sigurnosnih pokazatelja I.–V. 2020. godine u Republici Hrvatskoj.

Iako su mjere samoizolacije i socijalne distance imale svrhu suzbijanja bolesti COVID-19, uočeni su pozitivni trendovi u smanjenju broja prometnih nesreća, provala i krađa. No, s druge strane, psihosocijalni čimbenici upućuju na povećanje stresa, depresije i anksioznosti, što je rezultiralo povećanom konzumacijom alkohola i drugih psihoaktivnih sredstava (droga) (Tablica 5.). Kombinacija psihoaktivnih sredstava i psiholoških čimbenika rezultiraju povećanim stupnjem napetosti unutar kućanstva, što može dovesti do nasilja među partnerima,⁵¹ seksualnih frustracija koje mogu u konačnici rezultirati silovanjem⁵² pa i ubojstvom bližih članova obitelji. Opasnost od porasta nasilja u obitelji vidljiva je i u činjenici da se u 2020. godini broj osuđenih za kazneno djelo nasilja u obitelji povećao za oko 33 %.⁵³

Prekršaji iz Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira	2019.	2020.	2020./2019. + - %
Uživanje alkohola i droga na jav.mjestu	677	1.340	+97,9

Tablica 5. Povećanje konzumacije alkohola i droga u prvih pet mjeseci 2020. u odnosu na isto razdoblje 2019.⁵⁴

U Republici Hrvatskoj zabilježen je porast kaznenog djela silovanja i pokušaja silovanja.⁵⁵ Budući da je novelom Kaznenog zakona⁵⁶ brisan čl. 152. KZ-a koji je propisivao kazneno djelo spolnog odnošaja bez pristanka, njegove su odredbe umetnute u čl. 153. KZ-a. Njime je proširena definicija kaznenog djela silovanja, što je utjecalo i na promjenu u vođenju statistike i rezultiralo povećanjem broja prijavljenih slučajeva silovanja u prvih pet mjeseci 2020. od 227,8 % u odnosu na isto razdoblje 2019.⁵⁷ Stoga nije znanstveno moguće utvrditi je li porast stope kaznenog djela silovanja rezultat drukčijeg definiranja kaznenoga djela ili je prouzročen zbog mjera izolacije, povećane anksioznosti, obiteljskog nasilja povezanih s bolesti COVID-19. Autori ističu kako spomenuta činjenica ne umanjuje žrtvu niti osporava podatke koji upućuju na povećani broj seksualnog nasilja koji proizlazi iz analize podataka. Pritom

51 Graham, Bernards, Wilsnack i Gmel su zaključili analizirajući različite uzorke kako konzumacija alkohola može potencirati nasilje među članovima obitelji. Istraživanje je provedeno u više različitih država, koje se razlikuju u kulturi, rasi, nacionalnosti, vjeroispovijesti i običajima. Vidi više na: Kathryn Graham *et al.*, „Alcohol May Not Cause Partner Violence But It Seems to Make It Worse: A Cross National Comparison of the Relationship Between Alcohol and Severity of Partner Violence“, *Journal of Interpersonal Violence* 26, br. 8 (2011): 1513.

52 Jason L. Payne i Anthony Morgan, „COVID-19 and violent crime: a comparison of recorded offence rates and dynamic forecasts (arima) for march 2020 in Queensland, Australia“, *SoxArXiv* (2020), pristup 26. lipnja 2020., <https://osf.io/preprints/socarxiv/g4kh7/>.

53 Državni zavod za statistiku, Osuđeni punoljetni počinitelji prema kaznenim djelima, spolu, pokušaju i izrečenim kaznama i drugim mjerama u 2020.

54 Preuzeto: Ministarstvo unutarnjih poslova (2020) Pregled osnovnih sigurnosnih pokazatelja I.–V. 2020. godine u Republici Hrvatskoj.

55 Državni zavod za statistiku, Osuđeni punoljetni počinitelji prema kaznenim djelima, spolu, pokušaju i izrečenim kaznama i drugim mjerama u 2019. i 2020.

56 Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Narodne novine, br. 126/19.

57 Ministarstvo unutarnjih poslova (2020) Pregled osnovnih sigurnosnih pokazatelja I.–V. 2020. godine u Republici Hrvatskoj

žele upozoriti na povećan rizik kaznenog djela silovanja i teških kaznenih djela protiv spolnih sloboda, kao i rizika povećanja obiteljskog nasilja tijekom provođenja mjera socijalne distance i zabrane napuštanja prebivališta.

Svakako valja naglasiti i to da je nužno razlikovati kaznena djela počinjena u afektu, koja uključuju strah i tjeskobu, od kaznenih djela počinjenih zbog poremećaja raspoloženja, odnosno depresije. No, neka od kaznenih djela počinjenih poremećajem raspoloženja također mogu odgovarati i deliktima počinjenih u afektu.⁵⁸ Antisocijalno ponašanje nastalo kao rezultat provođenja mjera radi suzbijanja bolesti COVID-19 može se odražavati kao teška depresija, te njezin rezultati može biti ubojstvo, pokušaji ubojstva, imovinski delikti i bludne radnje, na što također upućuju Harrer i Kofler-Westergren.⁵⁹ Podatci prikazani u studijama upozoravaju na to da je nemotiviranom nasilju prethodio gubitak socijalne pozicije i posla, te da je depresija najčešća klinička slika kod muškaraca u slučajevima počinjenja ubojstva prema bliskim osobama, tj. članovima obitelji. Vještačenje Centra za forenzičku psihijatriju u Vrapču pokazalo je kako u 32 % slučajeva počinitelji koji pate od depresije počine kaznena djela protiv života i tijela, dok u 38,7 % slučajeva počine kaznena djela protiv društvene i privatne imovine. To čini dvije trećine kaznenih djela, te nam daje povratnu informaciju o prirodi počinitelja, tj. očekivanje u kojem omjeru i prema kome može biti usmjerena radnja / namjera depresivne osobe te utvrđivanje stanja okrivljenika *tempore criminis*.⁶⁰

Kod delikata u afektu, zbog snažnog potiskivanja agresije, dolazi do osjećaja straha, nesаницe⁶¹ i anksioznosti, osoba počinje pojačano konzumirati alkohol, raste intenzitet stalnog sukoba počinitelja sa žrtvom, a neposredno prije počinjenja kaznenog djela osoba je lišena samokontrole. Naglasak je na impulzivnosti i naglim reakcijama⁶² koje mogu uslijediti i iz osjećaja koji su se razvili zbog vanjskog utjecaja (COVID-19), popraćenu iscrpljenošću i opterećenošću, a koja može dovesti do pogoršanja mentalnog stanja ako se dodatno konzumiraju alkohol i psihoaktivne tvari.⁶³

Upravo zbog navedenoga važno je pratiti izvješća Ministarstva unutarnjih poslova i nadležnih tijela o prekršajima i prijavama konzumacije psihoaktivnih tvari, kao i stopi rasta, odnosno pada kaznenih djela. Tako se može uočiti poveznica između utjecaja mjera u borbi protiv bolesti COVID-19 na mentalno zdravlje i pojava oblika kažnjivih ponašanja. Proučavanje pojava oblika i realnog stanja važno je u stvaranju strategije i plana pravodobne intervencije, kod primjerice kaznenih djela nasilja u obitelji, kao i povećanje mogućnosti pomoći osjetljivim i ranjivim

58 Dragica Kozarić-Kovačić, Mirjana Grubišić-Ilić i Velinka Grozdanić, Forenzička psihijatrija, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd. (Zagreb: Medicinska naklada, 2005.).

59 Više na: Gerhart Harrer i Birgitta Kofler-Westergren, „Depression and Criminality“, *Psychopathology* 19, br. 2 (1986): 215-219.

60 Kovačić, Grubišić-Ilić i Grozdanić, *Forenzička psihijatrija*, 179-182.

61 Yeen Huang i Ning Zhao, „Generalized anxiety disorder, depressive symptoms and sleep quality during COVID-19 outbreak in China: a web-based cross-sectional survey“, *Psychiatry research* 288, br. 112954 (2020): 3., pristup 17. srpnja 2020., <https://doi.org/10.1016/j.psychres.2020.112954>.

62 Harrer i Kofler-Westergren, *Depression and Criminality*, 218.

63 Harrer i Kofler-Westergren, *Depression and Criminality*, 257-261.

skupinama⁶⁴ i razvoja sustava pružanja psihološke pomoći⁶⁵ te držanje pod kontrolom tržište opijatima, kao i kruga osoba koji u vremenima katastrofe i nagle promjene dinamike života utjehu pronalaze u porocima.

4. ZAKLJUČAK

Cilj je ovoga rada bio ispitati na koji su način mjere protiv bolesti COVID-a utjecale na pojavne oblike kažnjivih ponašanja u Republici Hrvatskoj te drugim državama svijeta. Iz analiziranih podataka vidljivo je kako su građani Republike Hrvatske i prije COVID-19 krize bili suočeni s psihološkim pritiskom koji je rezultat socijalne nesigurnosti, nižim životnim standardom, političkom nestabilnosti, korupcijom, pritiskom na poslovnom planu itd., a nakon uvođenja mjera protiv bolesti COVID-19, stopa depresivnosti, anksioznosti, stresa te osjećaj straha dodatno se povećala.

Autori su nastojali povezati *lockdown* i novonastalu situaciju s utjecajem na psihološki profil pojedinaca te usporedbom s kaznenim djelima, došli su do zaključka kako je povećana razina stresa i depresije, u kombinaciji s mjerama samoizolacije i sprječavanja socijalnih aktivnosti, mogla izravno utjecati na povećanje slučajeva prijava nasilja u obitelji i silovanja. Depresija i stres su uz mjere protiv bolesti COVID-19, na temelju podataka o prijavljenim prekršajima Ministarstva unutarnjih poslova, mogle utjecati i na povećano konzumiranje alkohola i drugih psihoaktivnih sredstava. Utjecaj samoizolacije i zabrane napuštanja mjesta prebivališta, s druge strane, rezultirao je smanjenjem krađa i provala, koja je između ostalog proizašla iz činjenice da su građani većinu svoga vremena provodili unutar svog kućanstva.

Unatoč trendu smanjenja broja određenih kaznenih djela, poput teških krađa i krađa (provale), otuđenja motornih vozila, i razbojništva, valja ukazati na činjenicu porasta slučajeva nasilja u obitelji, povećanoga broja seksualnih delikata poput silovanja i drugih oblika seksualnoga zlostavljanja te ubojstva, pogotovo bližih članova obitelji. Obiteljsko je nasilje gorući problem zbog sve teže situacije prouzročene bolesti COVID-19, koja uključuje mjere socijalne distance i provođenja akcije, u Republici Hrvatskoj poznate pod sloganom *#ostanidoma*, u cilju ostanka građana u svojim domovima, a što je između ostaloga dovelo i do povećanog rizika od nasilja u obitelji te smanjenja mogućnosti pravodobne reakcije nadležnih tijela.

Mjere koje su uključivale socijalnu distancu i samoizolaciju, dodatno su pogoršale ionako već lošu situaciju u Republici Hrvatskoj, na socijalnoj, poslovnoj, emocionalnoj i financijskoj razini, što je utjecalo i na mentalno zdravlje građana. Ranjive i osjetljive skupine, poput djece, žrtve obiteljskog nasilja, psihički bolesnici i starije osobe, ne mogu ostvariti socijalni kontakt niti širu komunikaciju koja je

64 Cyrus SH Ho, Cornelia Yi Chee, Roger Ho, „Mental health strategies to combat the psychological impact of COVID-19 beyond paranoia and panic“, *ANNALS Academy of Medicine* 49, br. 3 (2020).

65 Cuiyan Wang *et al.*, „Immediate Psychological Responses and Associated Factors during the Initial Stage of the 2019 Coronavirus Disease (COVID-19) Epidemic among the General Population in China“, *International journal of environmental research and public health* 17, br. 5 (2020): 22.

u njihovoj situaciji preporučljiva. Apsurdna je činjenica kako nema osnovanih centara za psihološku pomoć žrtvama bolesti COVID-19, već postojeći centri, poput obiteljskih centara za psihološku pomoć, preuzimaju ulogu stručnjaka koji su trebali biti specijalizirani za psihološku pomoć zbog krize prouzročene bolesti COVID-19 u već ionako preopterećenom sustavu. Depresija, osjećaj beznađa, strah i anksioznost nikako se ne smije zanemariti pri analizi stope kriminaliteta i pružaju širu sliku o utjecaju mjera socijalne distance i ograničenja kretanja tijekom pandemije COVID-19 na motive i nagone pojedinaca koji su ih potaknuli na činjenje određene radnje.

Autori zaključuju da je nužno provesti dodatna istraživanja u analizi psihosocijalnog djelovanja bolesti COVID-19 na pojavne oblike kažnjivih ponašanja, s posebnim naglaskom na ranjive i osjetljive skupine koje su najizložnije utjecaju COVID-19, radi dobivanja reprezentativnih rezultata potrebnih za izradu budućih strategija i planova.

LITERATURA

1. Ashby, Matthew P. J. „Initial evidence on the relationship between the coronavirus pandemic and crime in the United States“. *Crime Science* 9, br. 6 (2020): 1-16.
2. Bohleber, Werner i Peter Fonagy. *Destructiveness, Intersubjectivity and Trauma: The Identity Crisis of Modern Psychoanalysis*. London: Karnac Books, 2010.
3. Bradbury-Jones, Caroline i Louise Isham. „The pandemic paradox: The consequences of COVID-19 on domestic violence“. *Journal of clinical nursing* 29, br. 13-14 (2020): 2047-2049, <https://doi.org/10.1111/jocn.15296>
4. Campbell, Andrew M. „An increasing risk of family violence during the Covid-19 pandemic: Strengthening community collaborations to save lives“. *Forensic Science International: Reports* 2, br. 100089 (2020): 1-3, <https://doi.org/10.1016/j.fsir.2020.100089>
5. Campedelli, Gian Maria, Alberto Aziani i Serena Favarin. *Exploring the effect of 2019-nCoV containment policies on crime: The case of Los Angeles*, 2020, <https://osf.io/gcpq8/>
6. Cohen, Jon i Kai Kupferschmidt. „Countries test tactics in ‘war’ against COVID-19“. *Science* 367, br. 6484 (2020): 1287-1288.
7. De Hoog, Natascha, Wolfgang Stroebe, John B. F. de Wit. „The processing of fear-arousing communications: How biased processing leads to persuasion“. *Social Influence* 3, br. 2 (2008): 84-113.
8. De Vos, Jonas. „The effect of COVID-19 and subsequent social distancing on travel behavior“. *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives* 5, br. 100121 (2020): 1-3., <https://doi.org/10.1016/j.trip.2020.100121>
9. Državni zavod za statistiku, *Osuđeni punoljetni počinitelji prema kaznenim djelima, spolu, pokušaju i izrečenim kaznama i drugim mjerama u 2020*. Pristup 23. travnja 2019. https://web.dzs.hr/PXWeb/Table.aspx?layout=tableViewLayout1&px_tableid=T0301_2019.px&px_path=Pravosudje__kaznena__punoljetni&px_language=hr&px_db=Pravosudje&rxid=2edb846d-0405-44fb-8bfc-fbf57d96caf1
10. Državni zavod za statistiku, *Osuđeni punoljetni počinitelji prema kaznenim djelima, spolu, pokušaju i izrečenim kaznama i drugim mjerama u 2020*. Pristup 23. travnja 2022. https://web.dzs.hr/PXWeb/Table.aspx?layout=tableViewLayout1&px_tableid=T0301_2020.px&px_path=Pravosudje__kaznena__punoljetni&px_language=hr&px_db=Pravosudje&rxid=2edb846d-0405-44fb-8bfc-fbf57d96caf1

11. *EUROPOL, Beyond the pandemic how COVID-19 will shape themserious and organised crime landscape in the EU, 2020.* Pristup 29. lipnja 2020. <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/beyond-pandemic-how-covid-19-will-shape-serious-and-organised-crime-landscape-in-eu>
12. *EUROPOL, „EU Drug Markets Impact of COVID-19“, 2020.* Pristup 29. lipnja 2020. <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/eu-drug-markets-impact-of-covid-19>
13. Gerell, Manne, Johan Kardell i Johanna Kindgren. *Minor Covid-19 association with crime in Sweden, a ten week follow up* (2020). Pristup 24. lipnja 2020. <https://osf.io/preprints/socarxiv/w7gka/>
14. González-Sanguino, Clara, Berta Ausín, Miguel Ángel Castellanos, Jesús Saiz, Aida López-Gómez, Carolina Ugidos, Manuel Muñoz, „Mental health consequences during the initial stage of the 2020 Coronavirus pandemic (COVID-19) in Spain“. *Brain, Behavior, and Immunity* 87, (2020): 172-176., <https://doi.org/10.1016/j.bbi.2020.05.040>
15. Graham, Kathryn, Sharon Bernards, Sharon C. Wilsnack and Gerhard Gmel. „Alcohol May Not Cause Partner Violence But It Seems to Make It Worse: A Cross National Comparison of the Relationship Between Alcohol and Severity of Partner Violence“. *Journal of Interpersonal Violence* 26, br. 8 (2011): 1503-1523.
16. Hanspal, Tobin, Annika Weber i Johannes Wohlfart. „Exposure to the COVID-19 Stock Market Crash and its Effect on Household Expectations“. *CEBI Working Paper Series* br. 13 (2020): 1-37, <https://ssrn.com/abstract=3578472>
17. Harrer, Gerhart i Birgitta Kofler-Westergren. „Depression and Criminality“. *Psychopathology* 19, br. 2 (1986): 215-219.
18. Heise, Lori L. „Violence Against Women: An Integrated, Ecological Framework“. *SAGE Publications* 4, br. 3 (1998): 262-290.
19. Ho, Cyrus SH, Cornelia Yi Chee i Roger Ho. „Mental health strategies to combat the psychological impact of COVID-19 beyond paranoia and panic“. *ANNALS Academy of Medicine* 49, br. 3 (2020): 155-160.
20. Hobbs, Dick, Georgios A. Antonopoulos. „How to research organized crime“. U: Letizia Paoli, ur. *The Oxford handbook of organized crime*, 96-117. Oxford: Oxford University Press, 2014.
21. Huang, Yeen i Ning Zhao. „Generalized anxiety disorder, depressive symptoms and sleep quality during COVID-19 outbreak in China: a web-based cross-sectional survey“. *Psychiatry research* 288, br. 112954 (2020): 1-6, <https://doi.org/10.1016/j.psychres.2020.112954>
22. Ingala Smith, Karen. „Coronavirus Doesn't Cause Men's Violence Against Women“ (2020). Pristup 29. lipnja 2020. https://kareningalasmith.com/2020/04/15/coronavirus-doesnt-cause-mens-violence-against-women/#_edn1
23. Jokić Begić, Nataša, Ivana Hromatko, Tanja Jurin, Željka Kamenov, Gordana Keresteš, Gordana Kuterovac-Jagodić, Anita Lauri Korajlija, Darja Maslić Seršić, Jasmina Mehulić, Una Mikac, Meri Tadinac, Jasmina Tomas i Claire Aleksandra Sangster Jokić. „Kako smo? Život u Hrvatskoj u doba korone - Preliminarni rezultati istraživačkog projekta“, *Odsjek za psihologiju Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, Zagreb, 2020.
24. Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11., 144/12., 56/15., 61/15., 101/17., 118/18., 126/19.
25. Keay, Lara. „French bus driver dies after attack by passengers who refused to wear face masks“ *SkyNews*, 2020. Pristup 14. srpnja 2020. <https://news.sky.com/story/coronavirus-french-bus-driver-dies-after-attack-by-passengers-who-refused-to-wear-face-masks-12026401>
26. Kovačević Barišić, Romana. „Psihijatri zatpani pozivima građana tijekom pandemije: Sve više ljudi je tjeskobno i traži tablete“. *Večernji list*, 2020. Pristup 17. srpnja 2020. <https://www.vecernji.hr/vijesti/psihijatri-zatpani-pozivima-gradana-tijekom-pandemije-sve-vise-ljudi-je-tjeskobno-i-trazi-tablete-1417725>

27. Kozarić-Kovačić, Dragica, Mirjana Grubišić-Ilić i Velinka Grozdanić. *Forenzička psihijatrija*. 2. drugo, izmijenjeno i dopunjeno izd. Zagreb: Medicinska naklada, 2005.
28. Li, Sijia, Yilin Wang, Jia Xue, Nan Zhao i Tingshao Zhu, „The impact of COVID-19 epidemic declaration on psychological consequences: a study on active Weibo users“. *International journal of environmental research and public health* 17, br. 6 (2020): 1-9.
29. *Ministarstvo unutarnjih poslova, Pregled osnovnih sigurnosnih pokazatelja I.–V. 2020. godine u Republici Hrvatskoj*. Pristup 24. lipnja 2020. https://mup.gov.hr/UserDocsImages/statistika/2020/Pokazatelj%20javne%20sigurnosti/Web_hrvatski_I-V_2020.pdf
30. Mohler, George, Andrea L. Bertozzi, Jeremy Cartera, Martin B. Short, Daniel Sledge, George E. Tita, Craig D. Uchida i P. Jeffrey Brantingham, „Impact of social distancing during COVID-19 pandemic on crime in Los Angeles and Indianapolis“. *Journal of Criminal Justice* 68, br. 101692 (2020): 1-7., <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2020.101692>
31. Nee, Claire i Max Taylor. „Examining burglars’ target selection: Interview, experiment or ethnomethodology?“. *Psychology, Crime & Law* 6, br. 1 (2000): 45–59.
32. Nivette, Amy E. *et al.* „A global analysis of the impact of COVID-19 stay-at-home restrictions on crime“ *Nature Human Behaviour* 5, (2021): 868–877., <https://doi.org/10.1038/s41562-021-01139-z>
33. Pakpour, Amir H. i Mark D. Griffiths. „The fear of COVID-19 and its role in preventive behaviors“. *Journal of Concurrent Disorders*, 2020. Pristup 14. srpnja 2020. http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/39561/1/1313636_Griffiths.pdf
34. Payne, Jason L. I Anthony Morgan. *COVID-19 and violent crime: a comparison of recorded offence rates and dynamic forecasts (arima) for march 2020 in Queensland, Australia* (2020). Pristup 26. lipnja 2020. <https://osf.io/preprints/socarxiv/g4kh7/>
35. Peitl, Vjekoslav, Vedrana Golubić Zatezalo i Dalibor Karlović. „Mental Health Issues and Psychological Crisis Interventions During the COVID-19 Pandemic and Earthquakes in Croatia“. *Archives of Psychiatry Research: An International Journal of Psychiatry and Related Sciences* 56, br. 2 (2020): 193-198.
36. Piquero, Alex. R., Jordan R. Riddell, Stephen A. Bishopp, Chelsey Narvey, Joan A. Reid and Nicole Leeper Piquero, „Staying Home, Staying Safe? A Short-Term Analysis of COVID-19 on Dallas Domestic Violence“. *American Journal of Criminal Justice* 45, (2020): 601–635., <https://doi.org/10.1007/s12103-020-09531-7>
37. Raphael, Jody. „Public Housing and Domestic Violence“. *SAGE Publications* 7, br. 6 (2001): 699-706.
38. Roksandić, Sunčana, Krešimir Mamić i Robert Mikac. „Migration in the Time of COVID-19—Policy Responses and Practices in Croatia Concerning the Western Balkan Routes and Readiness for the Post-COVID-19 Society in Which the Right to Health Care for the Most Vulnerable Is Guaranteed“. *Frontier in Human Dynamics* 3, br. 595189 (2021), <https://doi.org/10.3389/fhumd.2021.595189>
39. Sandín, Bonifacio, Rosa M. Valiente, Julia García-Escalera, Daniel M. Campagne i Paloma Chorot, „Psychological impact of the COVID-19 pandemic: Negative and positive effects in Spanish population during the mandatory national quarantine“. *Journal of Psychopathology and Clinical Psychology/Revista de Psicopatología y Psicología Clínica* 25, br. 1 (2020): 1-21.
40. Seligman, Martin E. P. *Helplessness. on depression, development, and death*. University of Pennsylvania: W. H. Freeman and Company, 1975.
41. Shaw, Sebastian C. „Hopelessness, helplessness and resilience: The importance of safeguarding our trainees’ mental wellbeing during the COVID-19 pandemic“. *Nurse Education in Practice* 44, br. 102780 (2020): 1-2.
42. Shea, Frank i Elizabeth Hurley. „Hopelessness and Helplessness“. *Perspectives In Psychiatric Care* 2, br. 1 (1964): 32-38.

43. Shi, Kunbo, Jonas De Vos, Yongchun Yang i Frank Witlox, „Does e-shopping replace shopping trips? Empirical evidence from Chengdu, China“. *Transportation Research Part A: Policy and Practice* 122, (2019): 21–33., <https://doi.org/10.1016/j.tra.2019.01.027>
44. Taub, Amanda. „A new Covid-19 crisis: Domestic abuse rises worldwide“. *The New York Times*, 2020. Pristup 26. lipnja 2020. <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>
45. Wang, Cuiyan, Riyu Pan, Xiaoyang Wan, Yilin Tan, Linkang Xu, Cyrus S. Ho i Roger C. Ho, „Immediate Psychological Responses and Associated Factors during the Initial Stage of the 2019 Coronavirus Disease (COVID-19) Epidemic among the General Population in China“. *International journal of environmental research and public health* 17, br. 5 (2020): 1-25.
46. Wenjun, Cao, Ziwei Fang, Guoqiang Hou, Mei Han, Xinrong Xu, Jiabin Dong i Jianzhong Zheng, „The psychological impact of the COVID-19 epidemic on college students in China“. *Psychiatry Research* 287, br. 112934 (2020): 1-5, <https://doi.org/10.1016/j.psychres.2020.112934>
47. Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, Narodne novine, br. 126/19.

Dijana Gracin*
Ivan Dešić**

Summary

INFLUENCE OF SOCIAL DISTANCE ON PHENOMENOLOGY OF CRIMINAL OFFENCES DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Numerous questions and discussions have been raised regarding the approach that countries have undertaken in order to address the COVID-19 crisis. Problems which had been marginalized during the crisis came to light, such as the phenomenology of criminal offences influenced by the COVID-19. For instance, devastating effects on mental health, stemming from the fact that measures of social distancing and restrictions on freedom of movement led to an increase in depression and anxiety, insomnia and hopelessness. Authors of this paper will try to point out the importance of psychological and social factors in the analysis of the increase and decrease of criminal offences influenced by COVID-19 by analyzing reports and comparing the Republic of Croatia with other countries in the world. The analysis strives to underline the need to adopt better strategies and plans for the purpose of fight against COVID-19 and to mitigate the consequences of its effects.

Keywords: *COVID-19; social distance; phenomenology of criminal offences; psychosocial impact*

* Dijana Gracin, Ph.D., Assistant Professor, University of Zagreb, Military Studies; gdijana39@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6732-2659>.

** Ivan Dešić, *univ. spec. crim.*, VIA University College Horsens, Denmark; ivan.desic1@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7093-9089>.

The views expressed in this paper represent the personal views of the authors and are not the views of the institutions in which they are employed

“FAKE NEWS” IN TIMES OF CRISIS IN THE CONTEXT OF ARTICLE 10 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Doc. dr. sc. Davor Muhvić*
Dr. sc. Ivana Rešetar Čulo**

UDK 341.231.14: 616.921.5
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.10>
Ur.: 10. siječnja 2022.
Pr.: 15. veljače 2022.
Pregledni rad

Summary

Internet and social networks have significantly contributed to the realization of freedom of expression. However, they have also made it easier and faster than ever before to spread disinformation, misinformation, propaganda and fake news. Although these phenomena are not new, the impact they have had in recent years on political processes in democratic societies (e.g. the 2016 U.S. presidential election and Brexit) and on human behavior during the COVID-19 pandemic, has drawn attention to this issue. The aim of this paper is to highlight the problem of fake news as a human rights issue in the context of Art. 10 of the European Convention on Human Rights, which guarantees freedom of expression.

The paper provides a terminological and historical overview of the term fake news and related concepts. It also provides an overview of Art. 10 of the European Convention on Human Rights and clarifies the situations and conditions under which the restrictions on the freedom of expression are justified on the basis of Art. 10(2). The authors also provide an insight into the relevant case law of the European Court of Human Rights.

Keywords: *fake news; freedom of expression; human rights; Art. 10 of the European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights.*

* Davor Muhvić, Ph.D., Assistant Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University of Osijek; dmuhvic@pravos.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1261-5398>.

** Ivana Rešetar Čulo, Ph.D., Croatian Health Insurance Fund, Osijek; ivana.resetarculo@hzzo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7487-7687>.

This paper is a product of work that has been fully supported by the Faculty of Law Osijek, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, under the project No. IP-PRAVOS-23 „Contemporary Issues and Problems to the Protection and Promotion of Human Rights“.

1 INTRODUCTION

Fake news can appear in the form of harmless jokes and satire, politically motivated propaganda, fake news motivated by hatred towards a certain social group, whose goal is to create an atmosphere of intolerance and violence, or fake news published with the aim of gaining certain financial benefits. Regardless of the motives, fake news can have different consequences at individual and societal levels. The global health crisis caused by the COVID-19 pandemic, the earthquakes in the Republic of Croatia in 2020, and other emergencies, show that the impact of fake news on both people's behavior and the successful management of crises can be pronounced.

This paper considers the phenomenon of fake news as a human rights issue, especially in the context of conditions for restricting freedom of expression on the basis of Art. 10(2) of the 1950 European Convention on Human Rights (hereinafter: ECHR).¹ The examination of the justification and conditions under which freedom of expression could be restricted in the case of publication of fake news is complicated by the complexity and heterogeneity of the concept of fake news. Several scientific disciplines offer different conceptual and operational definitions of the term and scrutinize the motives, spread, effects, and consequences of fake news in different ways.

By presenting the definitions of fake news and a distinction between fake news and other related concepts, and providing an insight into the relevant case law of the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR), we attempt to answer the question of how to deal with the consequences of fake news and how to strike a balance between the protection of freedom of expression and the protection of other Convention rights and legitimate interests.

2 FAKE NEWS - HISTORY AND DEFINITIONAL DILEMMAS

As long as there is news, there is also misinformation, disinformation, propaganda, fake news, and similar phenomena that influence the attitudes and behavior of people around the world. For example, in ancient Rome, in order to damage Mark Antony's reputation Octavian distributed coins with slogans depicting Mark Antony as a drunkard and Cleopatra's puppet.² In 1475 a false story that a Christian baby had been tortured and murdered by the Jewish community in Trent led to the murder of fifteen Jewish people.³ The Orson Welles' 1938 radio adaptation of the drama *The War of the Worlds* took the form of a live news report of a Martian attack and terrified an estimated one million people.⁴

1 The text of the Convention as amended by Protocols Nos. 11, 14 and 15 and supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16, Accessed 18 April 2021, https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf.

2 Carol A. Watson, "Information literacy in a fake/false news world: An overview of the characteristics of fake news and its historical development", *International Journal of Legal Information* 46, No. 2 (2018): 94.

3 Watson, *Information literacy in a fake/false news world: An overview of the characteristics of fake news and its historical development*, 94.

4 For more details, see: Edson C. Tandoc Jr., Zheng Wei Lim and Richard Ling, "Defining "fake

The specific term fake news was first used in the English-speaking world about 125 years ago.⁵ However, the term has only become popular in recent years, especially after the 2016 U.S. presidential election. The Pizzagate affair⁶ and fake news about Pope Francis' endorsement of Donald Trump for president are some of the most well-known recent examples of fake news.⁷ The increasing prevalence of fake news due to the development of information and communications technologies that enable rapid dissemination and the growing influence of fake news on people's attitudes and behavior has contributed to scholarly interest in studying this phenomenon.

There is a disagreement in theory not only about what content is considered fake news and what should be excluded, but also what term should be used to describe this phenomenon.⁸ Accordingly, some authors often refer to fake news as rumor, misinformation and disinformation.⁹ The term fake news is not unambiguous, and numerous dilemmas and problems arise when trying to define and distinguish it from other similar terms. The accepted definition of fake news can play an important role when it comes to the issue of restricting freedom of expression. Sardo warns that "definitions that are too broad, vague, and ambiguous are open to abuse, and this could jeopardize freedom of expression".¹⁰

Instead of using the term fake news, which is considered to have political connotation, Wardle and Derakhshan use the term information disorder, and believe that there are three different types of information disorder: "mis-, dis- and mal-information".¹¹ According to these authors, fake news, i.e. information disorder, is a broader term that encompasses these three types. In the case of "mis-information", it is a situation "when false information is shared, but no harm is meant".¹² "Dis-information is when false information is knowingly shared to cause harm" and "mal-information is when genuine information is shared to cause harm, often by moving information designed to stay private into the public sphere".¹³ Misinformation and disinformation are defined by some other authors similarly to Wardle and Derakhshan.¹⁴

-
- news": A typology of scholarly definitions", *Digital Journalism* 6, No. 2 (2018): 138.
- 5 Watson, *Information literacy in a fake/false news world: An overview of the characteristics of fake news and its historical development*, 94.
 - 6 Watson, *Information literacy in a fake/false news world: An overview of the characteristics of fake news and its historical development*, 96.
 - 7 Tandoc, Lim and Ling, *Defining "fake news": A typology of scholarly definitions*, 137.
 - 8 For more details, see: Maria D. Molina *et al.*, "Fake news" is not simply false information: A concept explication and taxonomy of online content", *American Behavioral Scientist* 65, No. 2 (2021): 184.
 - 9 Md Sayeed Al-Zaman, "COVID-19-related social media fake news in India", *Journalism and Media* 2, No. (2021): 101.
 - 10 Alessio Sardo, "Categories, balancing, and fake news: The jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 33, No. 2 (2020): 436.
 - 11 Claire Wardle and Hossein Derakhshan, *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making* (Strasbourg: Council of Europe, 2017), 5.
 - 12 Wardle and Derakhshan, *Information Disorder*; 5.
 - 13 Wardle and Derakhshan, *Information Disorder*; 5.
 - 14 For similar definitions see e.g. Tandoc, Lim and Ling, *Defining "fake news": A typology of scholarly definitions*, 140, and Brian G. Southwell, Emily A. Thorson and Laura Sheble, "The persistence and peril of misinformation", *American Scientist* 105, No. 6 (2017): 368-369.

McGonagle defines fake news "as disinformation that is presented as, or is likely to be perceived as, news", i.e. "as information that has been deliberately fabricated and disseminated with the intention to deceive and mislead others into believing falsehoods or doubting verifiable facts".¹⁵ This definition of fake news includes two main elements: it is information intentionally fabricated and published to mislead others, and it is published in the form that others might perceive as news. Rini in its definition also includes an element of intention to deceive the public and the publication of false claims in a news-like form. Thus, Rini believes that a "fake news story is one that purports to describe events in the real world, typically by mimicking the conventions of traditional media reportage, yet is known by its creators to be significantly false, and is transmitted with the two goals of being widely re-transmitted and of deceiving at least some of its audience".¹⁶

Baade on the other hand believes that "fake news items are lies – that is, deliberately false factual statements, distributed *via* news channels".¹⁷ He believes that the term "fake news is an umbrella term" that encompasses both "fake news in the strict sense and fake news in a wider sense".¹⁸ According to Baade, "news items that are intentionally fabricated" are "fake news in the strict sense (false news), regardless of their author's ultimate intention".¹⁹ Also some information may be presented in such a way as to influence the opinion of the recipients and that is "fake news in a wider sense (distorted news)".²⁰ Unlike previous authors, Baade argues that the term fake news encompasses news items that are intentionally fabricated regardless of the motive of their author. Pepp *et al.* also believe that neither deceptive intentions on the part of creators nor deceived beliefs on the part of recipients are essential to fake news.²¹ According to them, fake news "is the broad spread of stories treated by those who spread them as having been produced by standard journalistic practices, but that have not in fact been produced by such practices".²² Lazer *et al.* define fake news in a similar way, saying "that fake news is fabricated information that mimics news media content in form but not in organizational process or intent".²³ Hence, according to these authors, fake news is any news that is created and published without applying the rules of journalistic ethics and editorial standards to ensure veracity, accuracy and impartiality.

Most of these definitions agree that the essential elements of fake news are that it is false or fictitious information disseminated in a form that resembles real news.

15 Tarlach McGonagle, "Fake news": False fears or real concerns?, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 35, No. 4 (2017): 203.

16 Regina Rini, "Fake news and partisan epistemology", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 27, No. 2 (2017): E-45.

17 Bjørnstjern Baade, "Fake news and international law", *The European Journal of International Law* 29, No. 4 (2019): 1358.

18 Baade, *Fake news and international law*, 1358-1359.

19 Baade, *Fake news and international law*, 1358.

20 Baade, *Fake news and international law*, 1359.

21 Jessica Pepp, Eliot Michaelson and Rachel Katharine Sterken, "What's new about fake news?", *Journal of Ethics and Social Philosophy* 16, No. 2 (2019): 67.

22 Pepp, Michaelson and Sterken, *What's new about fake news?*, 69.

23 David M. J. Lazer *et al.*, "The science of fake news", *Science* 359, No. 6380 (2018): 1094.

This is confirmed by Tandoc *et al.* who analyzed 34 academic articles in which the term fake news was used between 2003 and 2017. They concluded that the common element of the definitions of fake news is "that fake news appropriates the look and feel of real news".²⁴ However, fake news occurs in different forms, has varying degrees of veracity and varying degrees to which the creator of fake news intends to mislead readers.²⁵

Different authors also offer different typologies regarding fake news. According to Tandoc *et al.*, previous studies have operationalized fake news in six ways: as "satire, parody, fabrication, manipulation, propaganda, and advertising".²⁶ Similarly, Wardle has created a typology of seven forms of mis- and disinformation: "satire or parody", "misleading content", "imposter content", "fabricated content", "false connection", "false content" and "manipulated content".²⁷ Sardo believes that the category of fake news does not include "several categories that are not harmful, such as satire, (subjective) value-judgments, and urban legends".²⁸ Allcott and Gentzkow similarly argue that their definition of fake news excludes "unintentional reporting mistakes", "rumors that do not originate from a particular news article", "conspiracy theories", "satire that is unlikely to be misconstrued as factual", "false statements by politicians" and "reports that are slanted or misleading but not outright false".²⁹

For the purposes of this paper, we define the term fake news as publishing either completely false information or information that has not been verified by using news media's editorial standards and processes, in a form that resembles real news, regardless of the motive of the creator or the origin of information. This definition in no way implies *a priori* that fake news publications that fall into this category should be restricted or banned, or that such publications are fully protected by freedom of expression.

3 PREVALENCE OF FAKE NEWS, ITS CONSEQUENCES AND HUMAN RIGHTS IN TIMES OF CRISIS

The Internet has played a key role in prevalence of fake news. Anonymity, insufficient regulation, and the ability of almost anyone with Internet access to publish and share information available to a large number of people have led to the rapid spread of fake news. It is a paradox that the most advanced information period in human history is sometimes referred to as the "post-truth era."³⁰ In addition to

24 Tandoc, Lim and Ling, *Defining "fake news"*, 147.

25 Tandoc, Lim and Ling, *Defining "fake news"*, 147.

26 Tandoc, Lim and Ling, *Defining "fake news"*, 141.

27 Claire Wardle, "Fake News. It's Complicated", *First draft*, Accessed 18 April 2021, <https://medium.com/1st-draft/fake-news-its-complicated-d0f773766c79>.

28 Sardo, *Categories, balancing, and fake news: The jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 454.

29 Hunt Allcott and Matthew Gentzkow, "Social media and fake news in 2016 election", *Journal of Economic Perspective* 31, No. 2 (2017): 214.

30 Antun Biloš, "Izazovi internetskog informacijskog prostora: kako stanovnici Republike Hrvatske doživljavaju problem lažnih vijesti?", *CroDiM: International Journal of Marketing*

the term "post-truth era," the term infodemic is increasingly being used to describe the circumstances in which we live from an informational perspective. This term is defined as "an overabundance of information - some accurate and some not - that makes it hard for people to find trustworthy sources and reliable guidance when they need it".³¹

People are inundated daily with a vast amount of different information, from a variety of sources, whose truthfulness and reliability are difficult to assess. According to data from the Flash Eurobarometer as of February 2018, about 80% of respondents in Europe are exposed to fake news "several times a month or more", and 37% of responses fall into "the everyday/almost everyday group".³² The study of COVID-19-related infodemic reports published between December 31, 2019, and April 5, 2020, involved an analysis of "2,311 reports related to COVID-19 infodemic in 25 languages from 87 countries". According to this study, "[o]f the 2,276 reports for which text ratings were available, 1,856 claims were false (82%), 204 were correct (9%), 176 were misleading (8%), and 31 were not proven (1%)".³³ Research on the speed of news spread conducted by Vosoughi et al. in 2018 showed that fake news spreads faster and further than real news. They examined the differential spread of all verified real and fake news shared on Twitter from 2006 to 2017. This research showed that truth rarely reached more than 1,000 people, while the top 1% of fake news cascades routinely reached between 1,000 and 100,000 people.³⁴

Fake news items can affect people's attitudes and behaviors in different ways, even in situations where such consequences are not foreseen or targeted. The acceptance of attitudes or behaviors based on fake news among larger groups of people can lead to negative consequences for human health, social harmony and political life.³⁵ Some of the effects of fake news on individuals include confusion and deception, influence exerted on attitudes and opinions, potential influence on political decisions, and threatening people's safety.³⁶ In general, fake news can cause people to think and behave differently than they would if they were properly informed. Waldman notes that publishing fake news corrodes public discourse by creating the necessary circumstances for narratives of false equivalency.³⁷ For example, when the

Science 3, No. 1 (2020): 169.

- 31 Md Saiful Islam *et al.*, "COVID-19-related infodemic and its impact on public health: A global social media analysis", *American Journal of Tropical Medicine and Hygiene* 103, No. 4 (2020): 1621.
- 32 European Commission. Flash Eurobarometer 464: Fake News and Disinformation Online. Available online: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2d79b85a-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en> (accessed on 2 December 2020), as cited in Julio Emilio Marco-Franco *et al.*, "COVID-19, Fake news, and vaccines: Should regulation be implemented?", *International Journal of Environmental Research and Public Health* 18, No. 2 (2021): 2, <https://doi.org/10.3390/ijerph18020744>.
- 33 Islam *et al.*, *COVID-19-related infodemic and its impact on public health*, 1621-1622.
- 34 Soroush Vosoughi, Deb Roy and Sinan Aral, "The spread of true and false news online", *Science* 359, No. 6380 (2018): 1148.
- 35 Southwell, Thorson and Sheble, *The persistence and peril of misinformation*, 368.
- 36 Biloš, *Izazovi internetskog informacijskog prostora*, 169.
- 37 Ari Ezra Waldman, "The marketplace of fake news", *University of Pennsylvania Journal of*

media gives equal space to scientists who support vaccination and to people who deny the positive effects of vaccination, the public can be left with the impression that these two ideas are equivalent and equally represented among scientists.

Research has shown that fake news and misinformation can have detrimental effects on public health. In the context of a pandemic, fake news operates by promoting fraudulent practices that increase the spread of the virus and result in poor physical and mental health outcomes, by limiting the dissemination of accurate and timely information from trusted sources, and by compromising short-term containment efforts as well as long-term recovery efforts.³⁸ Since the start of the COVID-19 vaccination campaign, there have been problems with the publication of fake news and anti-vaccination conspiracy theories, which affect people's willingness to get vaccinated. A study on the effects of anti-vaccine conspiracy theories on vaccination intentions found that once the idea of a conspiracy was mentioned, even strong counterarguments fail to lead to behavioral action.³⁹ Publishing fake news can even have fatal consequences. For example, the fake news that the "consumption of highly concentrated alcohol could disinfect the body and kill the virus" resulted in approximately 800 deaths, 5,876 hospitalizations, and 60 cases of complete blindness after the consumption of methanol as a cure for COVID-19.⁴⁰

The negative effects of fake news are particularly pronounced in crisis situations when they can lead to violence, discrimination, damage to other people's property, distrust of institutions and official statistics, and an irrational accumulation of food and hygiene items, which may potentially disrupt the market. A trivial example is the purchase and shortage of toilet paper at the beginning of the coronavirus pandemic.⁴¹ Another example is conspiracy theory stating that a 5G mobile network is causing the symptoms of COVID-19 which led to people setting fire to at least 50 telephone masts in the United Kingdom.⁴² During the 2019 Ebola virus disease outbreak in the Democratic Republic of Congo, misinformation was associated with "violence, mistrust, social disturbances, and targeted attacks on healthcare providers", while during the SARS epidemic in 2002-2003, "fear and anxiety about contracting the disease caused social stigma against Asian people".⁴³

The speed at which fake news spreads and its impact on the emotions and reactions of large numbers of people is now a threat to democracy itself, the electoral process and the exercise of human rights. Some authors even believe that disinformation appears as a form of interference in sovereignty and weakens peaceful

Constitutional Law 20, No. 4 (2018): 850-851.

38 Kris Hartley and Minh Khuong Vu, "Fighting fake news in the COVID-19 era: policy insights from an equilibrium model", *Policy Sciences* 53, No. 4 (2020): 738.

39 Daniel Jolley and Karen M. Douglas, "The effects of anti-vaccine conspiracy theories on vaccination intentions", *Plos One* 9, No. 2 (2014): 7.

40 Islam *et al.*, *COVID-19-related infodemic and its impact on public health*, 1624.

41 Islam *et al.*, *COVID-19-related infodemic and its impact on public health*, 1627.

42 Sander van der Linden, Jon Roosenbeek and Josh Compton, "Inoculating against fake news about COVID-19", *Frontiers in Psychology* 11 (October 2020): 1-2, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.566790>.

43 Islam *et al.*, *COVID-19-related infodemic and its impact on public health*, 1621.

coexistence and justice and that it can potentially threaten global peace and security.⁴⁴ In any case, the combination of social media and advancing technology has enabled the production of disinformation on a scale that threatens the right of individuals to receive and share ideas.⁴⁵ Spreading of fake news results in conflicting interests related to the exercise of human rights that would not have occurred, or at least not to such extent, if individuals had not been exposed to fake news that negatively affected their attitudes, opinions and behaviors.

4 FAKE NEWS AND ARTICLE 10 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

As mentioned above, the aim of this paper is to highlight the problem of fake news as a human rights issue,⁴⁶ particularly in the context of Art. 10 of the ECHR, which guarantees the freedom of expression. It aims to identify how far the national laws of the Council of Europe Member States can go to fight against fake news, especially in times of crisis. It is expected that in the coming years, the ECtHR will play "a fundamental role in supervising the filtering and take-down practices prescribed by the Contracting States, hopefully preventing gross violations of Art. 10 by striking down illegitimate measures."⁴⁷ The term "fake news" was first mentioned by the ECtHR on its own initiative in its 2019 *Brzeziński v. Poland* judgment,⁴⁸ which drew some criticism due to the aforementioned controversy surrounding the term.⁴⁹ Regardless of whether or not the ECtHR continues to refer to the term "fake news" as such in its further practice, the phenomenon of fake news is likely to remain in its given definition, regardless of the terminology used.⁵⁰ It is therefore necessary

44 Chema Suárez Serrano, "From bullets to fake news: Disinformation as a weapon of mass distraction. What solutions does International Law provide?", *The Spanish Yearbook of International Law* 24, No. 129 (2020): 131.

45 Fernando Nuñez, "Disinformation legislation and freedom of expression", *UC Irvine Law Review* 10, No. 2 (2020): 784.

46 See at a general level the Joint Declaration on Freedom of Expression and "Fake News", Disinformation and Propaganda, The UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, and the AChPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, 3 March 2017, Accessed 10 January 2022, <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21287&LangID=E>.

47 Sardo, *Categories, balancing, and fake news*, 446.

48 Judgment of 25 July 2019, *Brzeziński v. Poland*, App. no. 47542/07, para. 35.

49 See e.g. Ronan Ó Fathaigh, "Brzeziński v. Poland: Fine over 'false' information during election campaign violated Article 10", *Strasbourg Observers*, 8 August 2019, Accessed 10 January 2022, <https://strasbourgobservers.com/2019/08/08/brzezinski-v-poland-fine-over-false-information-during-election-campaign-violated-article-10/> and Ethan Shattock, "Should the ECtHR Invoke Article 17 for Disinformation Cases?", *EJIL: Talk! : Blog of the European Journal of International Law*, 26 March 2021, Accessed 10 January 2022, https://www.ejiltalk.org/should-the-ecthr-invoke-article-17-for-disinformation-cases/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2.

50 See Irini Katsirea, "Fake news": reconsidering the value of untruthful expression in the face of regulatory uncertainty, *Journal of Media Law* 10, No. 2 (2019): 3, DOI:

to situate it within the Court's general practice in applying Art. 10 of the ECHR, particularly in its aspects of freedom of the media and expression on the Internet. To do this, it is first necessary to examine whether fake news is in principle covered by freedom of expression provided for in Art. 10(1) of the ECHR, and secondly, to examine the conditions for restricting fake news under the ECHR, especially in the context of its Art. 10(2).

4.1 Fake News as an Expression Protected by Article 10(1) of The European Convention on Human Rights

The place of the right to freedom of expression in the corpus of internationally recognized human rights⁵¹ is particularly emphasized. The right to freedom of expression is referred to, *inter alia*, as "the touchstone or cornerstone of all rights",⁵² as "the cornerstone of democracy and the means of ensuring respect for all other human rights",⁵³ and as "the critical measure of a pluralistic and tolerant society and the key to participatory rights in its political life".⁵⁴ It is also referred to as "one of the cardinal rights" guaranteed by the ECHR and as "one of the fundamental values of the Council of Europe".⁵⁵ The justifications for guaranteeing freedom of expression range from the fact that it is a means of obtaining the truth to the fact that it is a means of achieving individual autonomy and a prerequisite for the proper functioning of democracy.⁵⁶

As early as 1976, in the case of *Handyside v. UK*, the ECtHR took a very clear position on the need for a broad interpretation of the right to freedom of expression as laid down in Art. 10 of the ECHR. According to the Court, the right to freedom of expression "is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of

10.1080/17577632.2019.1573569, McGonagle, *Fake news": False fears or real concerns?*, 209, and Björnstjern Baade, "Don't Call a Spade a Shovel – Crucial Subtleties in the Definition of Fake News and Disinformation", *Verfassungsblog*, 14 April 2020, I., Accessed 10 January 2022, <https://verfassungsblog.de/dont-call-a-spade-a-shovel/>.

51 See e.g. Art. 19 of the Universal Declaration on Human Rights of 1948, GA Resolution 217 A, 10 December 1948, Art. 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, U.N.T.S., Vol. 999, 171, Art. 13 of the American Convention on Human Rights of 1969, U.N.T.S., Vol. 1144, 123, and Art. 9 of the African Charter on Human and Peoples' Rights of 1981, U.N.T.S., Vol. 1520, 217.

52 Dominic McGoldrick, "Thought, Expression, Association, and Assembly", in *International Human Rights Law*, 3rd ed., eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (Oxford: Oxford University Press, 2018), 217.

53 Nicola Wenzel, "Opinion and Expression, Freedom of, International Protection", April 2014, *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, Oxford Public International Law, Accessed 10 January 2022, <https://opil.ouplaw.com/home/mpi1>, para. 1.

54 Ilias Bantekas and Lutz Oette, *International Human Rights Law and Practice*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 390.

55 David Harris *et al.*, *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), 592.

56 See Wenzel, *Opinion and Expression, Freedom of, International Protection*, paras. 2-6.

that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'".⁵⁷ This is in line with the aforementioned rationale for guaranteeing freedom of expression, according to which the remedy for unwanted speech is more speech,⁵⁸ but also with freedom of expression referred to as a prerequisite for the proper functioning of democracy.

The obligations of the States Parties to the ECHR under Art. 10 are not only negative in the sense that they must refrain only from unlawful interference with the right to freedom of expression, but also positive in the sense that they must also take all necessary measures to ensure freedom of expression of private individuals.⁵⁹ According to the ECtHR, States Parties are obliged to create a favorable environment for all interested parties to participate in public debates and to allow them to express their ideas and opinions without fear, even if those ideas and opinions are at odds with those held by the authorities or a substantial section of the public, or even if they are irritating or shocking to the latter.⁶⁰ According to McGonagle, these positive obligations require of states, *inter alia*, "to guarantee pluralism in the media ecosystem, including by supporting independent and investigative media and other media actors such as fact-checking organizations" and arguably "to promote media, information and news literacy as life skills in order to enable their citizens to analyze and critically evaluate the substance, provenance and relevance of media and news content".⁶¹

In the context of the phenomenon of fake news, the aspect of freedom of expression is particularly important in relation to freedom of the media and, in particular, freedom of expression on the Internet.

Despite the absence of explicit protection of media freedom in international law,⁶² specific standards for journalists and their expression have been developed based on the practice of the implementing bodies of international human rights treaties. For example, the ECtHR has developed the concept that the press and broadcasters⁶³ are "public watchdogs" whose role is to provide "information and ideas on matters of public interest".⁶⁴ Journalists therefore have, *inter alia*, the right not to disclose confidential sources of information because "sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest".⁶⁵ The fundamental premise on which these standards are based is the responsibility of journalists to "act in good faith and on an accurate factual basis and provide 'reliable and precise' information in accordance with the ethics of journalism".⁶⁶ On the one hand, this means

57 Judgment of 7 December 1976, *Handyside v. UK*, App. no. 5493/72, para. 49.

58 Wenzel, *Opinion and Expression, Freedom of, International Protection*, para. 15.

59 Wenzel, *Opinion and Expression, Freedom of, International Protection*, 27.

60 Judgment of 14 September 2010, *Dink v. Turkey*, App. nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, para. 137.

61 McGonagle, *Fake news*, 207.

62 The only exception in this respect is the Art. 11 Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26 October 2012, 391-407.

63 See Judgment of 23 September 1994, *Jersild v. Denmark*, App. no. 15890/89, para. 31.

64 Judgment of 26 November 1991, *Observer and Guardian v. UK*, App. no. 13585/88, para. 59(b) and *Jersild v. Denmark*, para. 31.

65 Judgment (Grand Chamber) of 27 March 1996, *Goodwin v. UK*, App. no. 17488/90.

66 Judgment (Grand Chamber) of 17 December 2004, *Pedersen and Baadsgard v Denmark*, App.

that journalists' freedom of expression "is not unrestricted and nor should journalists operate in an ethical vacuum",⁶⁷ but on the other hand, this kind of responsibility "is not the same as having an obligation to tell the truth".⁶⁸ False or inaccurate reporting can occur even when a journalist is acting in good faith.⁶⁹

The Internet is recognized as an important tool for the realization of the right to freedom of expression, but also as a phenomenon that poses significant challenges.⁷⁰ One of the main challenges in this area is whether the standards that apply to journalists in relation to freedom of expression also apply to actors appearing and expressing themselves through different types of online platforms. The practice of the ECtHR, as well as trends in the international community in general,⁷¹ seem to be moving in principle towards some kind of broadening of the definitions of media and journalists, including actors expressing themselves online, but assuming that these are issues of public interest. For example, the case of *Rebechenko v. Russia* was about a blogger who posted a video on his YouTube channel in which he mockingly criticized the statements of a politician and the head of an NGO about the situation in eastern Ukraine and relations between Russia and Ukraine. The Court concluded that "[i]n these circumstances, the interference must be examined on the basis of the same principles applied when assessing the role of a free press in ensuring the proper functioning of a democratic society".⁷² On the basis of the aforementioned, it can be concluded that non-traditional media actors who engage in discussions on issues of public interest are subject to similar standards as traditional media. This means that they are not obliged to tell the truth, but merely to act in good faith.

Statements which, according to the definition given earlier, could be described as fake news after all that has been said, fall in principle under the protection of Art. 10(1) of the ECHR, like any other form of expression. In its judgment in the case of *Salov v. Ukraine*, the ECtHR explicitly stressed that "Article 10 of the Convention as such does not prohibit discussion or dissemination of information received even if it is strongly suspected that this information might not be truthful". Otherwise, it "would deprive persons of the right to express their views and opinions about statements

no. 49017/99, para. 78.

67 Katsirea, *Fake news*, 13.

68 McGonagle, *Fake news*, 208.

69 McGonagle, *Fake news*, 208.

70 See Judgment of 5 November 2011, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, App. no. 33014/05, paras. 30, 63 and Human Rights Committee General Comment 34 (Article 19: Freedoms of opinion and expression), CCPR/C/GC/34, 12 September 2011, para. 15.

71 See e.g. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Ambeyi Ligabo, UN Doc. A/HRC/4/27 2, January 2007, para. 80, Recommendation No. R (2000) 7 of the Committee of Ministers to Member States on the right of journalists not to disclose their sources of information (Adopted by the Committee of Ministers on 8 March 2000 at the 701st meeting of the Ministers' Deputies), Appendix and Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to Member States on a new notion of media (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies), Appendix, para. 41.

72 Judgment of 16 April 2019, *Rebechenko v. Russia*, App. no. 10257/17, para. 25. See also Judgment of 22 April 2010, *Fatullayev v. Azerbaijan*, App. no. 40984/07, para. 95.

made in the mass media."⁷³ However, as with any other type of expression, fake news is subject to the restrictions provided for primarily in Art. 10(2) of the ECHR, which will be discussed below.

4.2 Fake News as an Expression Subject to Restrictions Under Article 10(2) of The European Convention on Human Rights

As noted above, fake news is in principle protected by the right to freedom of expression. However, the right to freedom of expression is not an absolute right but belongs, together with e.g. the right to privacy, to the so-called qualified rights, which are subject to certain restrictions.⁷⁴ Because it entails "duties and responsibilities", a restriction on freedom of expression according to Art. 10(2) of the ECHR must: 1) be prescribed by law, 2) have a legitimate aim (e.g. the protection of public safety, health or the rights of others), and 3) be necessary in a democratic society. The ECtHR interprets the adjective "necessary" as implying the existence of a "pressing social need", and in examining the said presumption of the restriction on freedom of expression, it undertakes the task of "considering the interference complained of in the light of the case as a whole and determining whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient' and whether it was 'proportionate to the legitimate aim pursued'".⁷⁵ In the case of a conflict between the right to freedom of expression and some legitimate interest, such as public security, or another protected right, such as the right to privacy, "the Court *strikes a balance*, deciding which right or interest takes priority over the other, and specifying under which conditions the relation of precedence holds".⁷⁶

In its practice of assessing the permissibility of restrictions on freedom of expression under Art. 10(2),⁷⁷ the ECtHR has developed two distinctions that are important to the issue of fake news.

One of these distinctions is the distinction between facts and value judgments. As early as 1986, in the case of *Lingens v. Austria*, the Court concluded that a "careful distinction" should be drawn between the two, since "[t]he existence of facts can be demonstrated, whereas the truth of value judgments is not susceptible of proof." The requirement of proof in the case of value judgments is, according to the Court, "impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right secured by Article 10".⁷⁸ In this Court's distinction, Katsirea notes "the

73 Judgment of 6 September 2005, *Salov v. Ukraine*, App. no. 65518/01, para. 113.

74 Bantekas and Oette, *International Human Rights Law and Practice*, 75.

75 Judgment (Grand Chamber) of 22 October 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, App. nos. 21279/02 and 36448/02, para. 45.

76 See Sardo, *Categories, balancing, and fake news*, 438.

77 The application of Art. 17 on the abuse of rights guaranteed by the ECHR in the context of false expression is reserved for the cases of negation or revision of clearly established historical facts such as the Holocaust and is not generally suitable and desirable in the context of fake news. See e.g. Decision of 24 June 2003, *Garaudy v. France*, App. no. 65831/01 and Judgment (Grand Chamber) of 15 October 2015, *Perinçek v. Switzerland*, App. no. 27510/08, paras. 209-212. See also Shattock, *Should the ECtHR Invoke Article 17 for Disinformation Cases?*

78 Judgment (Plenary) of 8 July 1986, *Lingens v. Austria*, App. no. 9815/82, para. 46. For

idea that there is something particularly harmful to a false statement of fact", which is manifested in the fact that "a false statement makes a claim to authority".⁷⁹ In the context of fake news, Baade also emphasizes the need to legally distinguish between false statements and distorted or misleading statements, "which are in themselves factually correct, but presented in a way that makes it likely that false conclusions are drawn from them".⁸⁰ By their nature, distorted or misleading statements are opinions – "[y]ou can argue that the selection and presentation of facts are inappropriate, but you cannot prove them to be false".⁸¹ It is therefore difficult to expect that, unlike false statements, where it is possible that in certain cases the restriction will be justified, restricting distorted or misleading statements in individual States Parties to the ECHR will withstand the scrutiny of the ECtHR in the application of Art. 10(2).

Another important distinction developed by the ECtHR in its practice of assessing the admissibility of restrictions on freedom of expression under Art. 10(2) of the ECHR is the one between political and non-political speech, with commercial speech as a distinct category.⁸² The Court gives much greater level of protection to political speech⁸³ in comparison to non-political⁸⁴ and especially commercial speech.⁸⁵ Here, a question logically arises as to which of the above categories fake news should be put into. This is a very complex issue given the nature of such expression. Katsirea detects in this regard that "[p]ublishers of 'fake news' do not seek to address matters of political or public debate but to skew debate by spreading fabricated stories at the cost of potential confusion and misinformation of the public with intent to commercial or political profit".⁸⁶ What is particularly problematic in this context of the dichotomy between political and commercial speech is that the contemporary phenomenon of fake news is often just an incidental reference to political and social topics, while the main goal of releasing such content is actually to attract advertisers.⁸⁷ When establishing the limiting assumptions of Art. 10(2), should such expression be therefore evaluated more leniently as political expression with regard to its subject matter or more strictly as commercial expression with regard to its motive? The bad impact of this kind of expression on the quality of public debate could be taken as an argument for categorizing fake news into commercial speech.⁸⁸ It would not be the first time that

exceptions see Judgment of 9 January 2018, *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland*, App. no. 18597/13, para. 68, and Judgment (Grand Chamber) of 23 April 2015, *Morice v. France*, App. no. 29369/10, para. 126.

79 Katsirea, *Fake news*, 14.

80 Baade, *Don't Call a Spade a Shovel*, III.

81 Baade, *Don't Call a Spade a Shovel*, III.

82 See Wenzel, *Opinion and Expression, Freedom of International Protection*, paras. 6 and 16.

83 See *Lingens v. Austria*, para. 42 and Judgment of 23 May 1991, *Oberschlick v. Austria*, App. no. 11662/85, paras. 58-59.

84 See Judgment of 25 November 1996, *Wingrove v. UK*, App. no. 17419/90, para. 58.

85 See Judgment of 20 November 1989, *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, App. no. 10572/83, para. 33. See also Sardo, *Categories, balancing, and fake news: The jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 441.

86 Katsirea, *Fake news*, 17-18.

87 Katsirea, *Fake news*, 16.

88 Katsirea, *Fake news*, 18. See also McGonagle, *Fake news*, 204 and Sardo, *Categories*,

the ECtHR has made exceptions to the principle of political expression by which it recognizes a wider margin of appreciation to States Parties to the Convention.⁸⁹ But on the other hand, due to its interference in the political and public spheres, fake news is much more complex than classic commercial speech, such as misleading advertising, which is usually easily verified.⁹⁰ Therefore, a key factor in assessing the assumptions for restricting fake news should be the element of contribution to public debate, and by its nature it will gravitate to political expression. This does not mean, however, that fake news will not "fail" any of the other elements of the justification for restrictions, such as acting "in bad faith", disproportionately endangering public safety or colliding with other protected rights such as the right to privacy.

It is not excluded that, in addition to the above traditional distinctions, the ECtHR will not open some new distinctions in future cases that will to a greater or lesser extent touch on the phenomenon of fake news. As possible distinctions, Sardo cites e.g. a distinction between different types of websites according to their primary content (e.g. political, business or arts-based) or their size and influence (e.g. highly-ranked and small websites), and between audio-visual services (e.g. BBC), on-demand services (e.g. Netflix) or user-generated social media (e.g. Twitter).⁹¹ Regardless of whether the Court will conceptualize such or similar distinctions through its practice, these characteristics of the media in question will certainly have to be taken into account when resolving a specific case following Art. 10(2) of the ECHR.

Based on all the above, it can be concluded that despite the prescribed restrictions from Art. 10(2) of the Convention, the ECtHR has developed in its practice a robust system for examining them to protect abuses of that provision and strongly protect the right to freedom of expression as a basis for the proper functioning of democracy. This system is also well prepared for cases of complaints regarding restrictions on fake news, but such cases will certainly require a special approach when using these well-established mechanisms of the Court, and possibly the introduction of some new distinctions, such as distinguishing between different types of websites.

5 CONCLUSION

Extremely complex phenomenon of fake news influences people's behavior and attitudes, political processes, and the realization of human rights, and can have numerous consequences at individual and societal levels. Consequently, this phenomenon is viewed from different aspects and defined in different ways. But most authors agree that the essential elements of fake news are that it is false or fictional information spread in a news-like form. However, there is still disagreement about the scope and typology of this phenomenon. All these difficulties in defining the term itself lead to difficulties in considering a possible restriction on or protection of

balancing, and fake news, 445-446.

89 See Judgment of 22 April 2013, *Animal Defenders International v. the UK*, App. no. 48876/08, para. 123, and Judgment of 11 December 2008, *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, App. no. 21132/05, para. 67.

90 Katsirea, *Fake news*, 18.

91 Sardo, *Categories, balancing, and fake news*, 454-455.

freedom of expression in the event of the publication of fake news.

Today, fake news is covered by freedom of expression in its broad interpretation according to ECtHR practice, while the assessment of the legality of possible restrictions on this type of expression under the ECHR depends on a number of factors. A predominantly commercial character of e.g. fabricated Internet sites created for profit could steer the Court towards assessing the case of restricting fake news with a wider margin of appreciation, while the pressing social need factor could steer the Court towards broad protection of freedom of expression. It should be borne in mind that each ECtHR judgment is linked to a specific factual situation, so that the final outcome is also related to the issue of collision with other protected interests, such as national security and public safety, and other protected rights, such as the right to privacy. As for the cases of the spread of fake news in times of crisis such as the ones connected with the COVID-19 pandemic or earthquakes that struck the Republic of Croatia in 2020, the Court would certainly assess "the extent to which untruthful allegations could pose a serious threat to public order" on the one hand, and a factor of contribution to a debate of public interest on the other.⁹² It should certainly be emphasized that any restriction on freedom of expression is prone to abuse and States Parties to the ECHR should be extremely careful in their legal regulation in the context of restrictions on fake news. Excessive restrictions would mean "entrusting governments or technology corporations without an editorial culture with drawing the lines between truth and falsity, thus jeopardizing the integrity of democracy with the very means that are meant to uphold it".⁹³ It is crucial to avoid the risk of censorship and ideological impositions of national governments in cases where restrictions are imposed. The key lies in careful balancing between protecting freedom of expression and other human rights and legitimate interests in implementing Art. 10 in times of crisis.

BIBLIOGRAPHY

Books and articles:

1. Al-Zaman, Md Sayeed. "COVID-19-related social media fake news in India". *Journalism and Media* 2, No. (2021): 100-114.
2. Allcott Hunt and Matthew Gentzkow. "Social media and fake news in 2016 election". *Journal of Economic Perspective* 31, No. 2 (2017): 211-236.
3. Baade, Björnstjern. "Don't Call a Spade a Shovel – Crucial Subtleties in the Definition of Fake News and Disinformation". *Verfassungsblog*, 14 April 2020, Accessed 10 January 2022, <https://verfassungsblog.de/dont-call-a-spade-a-shovel/>
4. Baade, Björnstjern. "Fake news and international law". *The European Journal of International Law* 29, No. 4 (2019): 1357-1376.
5. Bantekas, Ilias and Lutz Oette. *International Human Rights Law and Practice*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
6. Biloš, Antun. "Izazovi internetskog informacijskog prostora: kako stanovnici Republike Hrvatske doživljavaju problem lažnih vijesti?". *CroDiM : International Journal of Marketing Science* 3, No. 1 (2020): 166-185.

92 Katsirea, *Fake news*, 20-21.

93 Katsirea, *Fake news*, 30.

7. Harris, David, Michael O'Boyle, Ed Bates and Carla Buckley. *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
8. Hartley, Kris and Minh Khuong Vu. "Fighting fake news in the COVID-19 era: policy insights from an equilibrium model". *Policy Sciences* 53, No. 4 (2020): 735-758.
9. Islam, Md Saiful, Tonmoy Sarkar, Sazzad Hossain Khan, Abu-Hena Mostofa Kamal, S. M. Murshid Hasan, Alamgir Kabir, DaliaYeasmin, Mohammad Ariful Islam, Kamal Ibne Amin Chowdhury, Kazi Selim Anwar, Abrar Ahmad Chughtai and Holly Seale. "COVID-19-related infodemic and its impact on public health: A global social media analysis". *American Journal of Tropical Medicine and Hygiene* 103, No. 4 (2020): 1621-1629.
10. Jolley, Daniel and Karen M. Douglas. "The effects of anti-vaccine conspiracy theories on vaccination intentions". *Plos One* 9, No. 2 (2014): 1-9.
11. Katsirea, Irini. "Fake news": reconsidering the value of untruthful expression in the face of regulatory uncertainty. *Journal of Media Law* 10, No. 2 (2019): 1-30, DOI: 10.1080/17577632.2019.1573569
12. Lazer, David M. J., Matthew A. Baum, Yochai Benkler, Adam J. Berinski, Kelly M. Greenhill, Filippo Menczer, Miriam J. Metzger, Brendan Nyhan, Gordon Pennycook, David Rothschild, Michael Schudson, Steven A. Sloman, Cass R. Sunstein, Emiliy A. Thorson, Duncan J. Watts and Jonathan L. Zittrain. "The science of fake news". *Science* 359, No. 6380 (2018): 1094-1096.
13. Marco-Franco, Julio Emilio, Pedro Pita-Barros, David Vivas-Orts, Silvia González-de-Julián and David Vivas-Consuelo. "COVID-19, Fake news, and vaccines: Should regulation be implemented?". *International Journal of Environmental Research and Public Health* 18, No. 2 (2021): 1-11, <https://doi.org/10.3390/ijerph18020744>
14. McGoldrick, Dominic. "Thought, Expression, Association, and Assembly". In *International Human Rights Law*. 3rd ed. Eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran, 208-231. Oxford: Oxford University Press, 2018.
15. McGonagle, Tarlach. "Fake news": False fears or real concerns?". *Netherlands Quarterly of Human Rights* 35, No. 4 (2017): 203-209.
16. Molina, Maria, D. S. Shyam Sundar, Thai Li and Dongwon Lee. "Fake news" is not simply false information: A concept explication and taxonomy of online content". *American Behavioral Scientist* 65, No. 2 (2021): 180-212.
17. Nuñez, Fernando. "Disinformation legislation and freedom of expression". *UC Irvine Law Review* 10, No. 2 (2020): 783-798.
18. Ó Fathaigh, Ronan. "Brzeziński v. Poland: Fine over 'false' information during election campaign violated Article 10". *Strasbourg Observers*, 8 August 2019, 10 January 2022, <https://strasbourgobservers.com/2019/08/08/brzeziński-v-poland-fine-over-false-information-during-election-campaign-violated-article-10/>
19. Pepp, Jessica, Eliot Michaelson and Rachel Katharine Sterken. "What's new about fake news?". *Journal of Ethics and Social Philosophy* 16, No. 2 (2019): 67-94.
20. Rini, Regina. "Fake news and partisan epistemology". *Kennedy Institute of Ethics Journal* 27, No. 2 (2017): E-43-E-64.
21. Sardo, Alessio. "Categories, balancing, and fake news: The jurisprudence of the European Court of Human Rights". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* XXXIII, No. 2 (2020): 435-460.
22. Shattock, Ethan. "Should the ECtHR Invoke Article 17 for Disinformation Cases?". *EJIL: Talk!*: *Blog of the European Journal of International Law*, 26 March 2021, Accessed 10 January 2022, https://www.ejiltalk.org/should-the-ecthr-invoke-article-17-for-disinformation-cases/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2
23. Southwell, Brian G., Emily A. Thorson and Laura Sheble. "The persistence and peril of misinformation". *American Scientist* 105, No. 6 (2017): 368-371.

24. Suárez Serrano, Chema. "From bullets to fake news: Disinformation as a weapon of mass distraction. What solutions does International Law provide?". *The Spanish Yearbook of International Law* 24, No. 129 (2020): 129-154.
25. Tandoc Jr., Edson C. Zheng Wei Lim and Richard Ling, "Defining "fake news": A typology of scholarly definitions". *Digital Journalism* 6, No. 2(2018):137-153.
26. van der Linden, Sander, Jon Roosenbeek and Josh Compton. "Inoculating against fake news about COVID-19". *Frontiers in Psychology* 11 (October 2020): 1-7, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.566790>
27. Vosoughi, Soroush, Deb Roy and Sinan Aral. "The spread of true and false news online". *Science* 359, No. 6380 (2018): 1146-1151.
28. Waldman, Ari Ezra. "The marketplace of fake news". *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 20, No. 4 (2018): 845-870.
29. Wardle, Claire. "Fake News. It's Complicated". *First draft*, <https://medium.com/1st-draft/fake-news-its-complicated-d0f773766c79>
30. Wardle, Claire and Hossein Derakhshan. *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Strasbourg: Council of Europe, 2017.
31. Watson, Carol A. "Information literacy in a fake/false news world: An overview of the characteristics of fake news and its historical development". *International Journal of Legal Information* 46, No. 2 (2018): 93-96.
32. Wenzel, Nicola. "Opinion and Expression, Freedom of, International Protection". April 2014, *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, Oxford Public International Law, Accessed 10 January 2022. <https://opil.ouplaw.com/home/mpil>.

Legal sources:

1. African Charter on Human and Peoples' Rights of 1981, U.N.T.S., Vol. 1520, 217.
2. American Convention on Human Rights of 1969, U.N.T.S., Vol. 1144, 123.
3. Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26 October 2012, 391-407.
4. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). The original text is given in: *E.T.S.*, No. 5. The text of the Convention as amended by Protocols Nos. 11, 14 and 15 and supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16, Accessed 18 April 2021, https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf
5. Human Rights Committee General Comment 34 (Article 19: Freedoms of opinion and expression), CCPR/C/GC/34, 12 September 2011.
6. International Covenant on Civil and Political Rights, U.N.T.S., Vol. 999.
7. Joint Declaration on Freedom of Expression and "Fake News", Disinformation and Propaganda, The UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, and the AChPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, 3 March 2017, Accessed 10 January 2022, <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21287&LangID=E>
8. Recommendation No. R (2000) 7 of the Committee of Ministers to Member States on the right of journalists not to disclose their sources of information (Adopted by the Committee of Ministers on 8 March 2000 at the 701st meeting of the Ministers' Deputies), Appendix
9. Recommendation CM/Rec (2011)7 of the Committee of Ministers to Member States on a new notion of media (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies), Appendix, para. 41
10. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Ambeyi Ligabo, UN Doc. A/HRC/4/27 2, January 2007.
11. Universal Declaration on Human Rights of 1948, GA Resolution 217 A, 10 December 1948.

Case law:

1. Decision of 24 June 2003, *Garaudy v. France*, App. no. 65831/01.
2. Judgment of 7 December 1976, *Handyside v. UK*, App. no. 5493/72.
3. Judgment (Plenary) of 8 July 1986, *Lingens v. Austria*, App. no. 9815/82.
4. Judgment of 20 November 1989, *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, App. no. 10572/83.
5. Judgment of 23 May 1991, *Oberschlick v. Austria*, App. no. 11662/85.
6. Judgment of 26 November 1991, *Observer and Guardian v. UK*, App. no. 13585/88.
7. Judgment of 23 September 1994, *Jersild v. Denmark*, App. no. 15890/89.
8. Judgment (Grand Chamber) of 27 March 1996, *Goodwin v. UK*, App. no. 17488/90.
9. Judgment of 25 November 1996, *Wingrove v. UK*, App. no. 17419/90.
10. Judgment (Grand Chamber) of 17 December 2004, *Pedersen and Baadsgard v. Denmark*, App. no. 49017/99.
11. Judgment of 6 September 2005, *Salov v. Ukraine*, App. no. 65518/01.
12. Judgment (Grand Chamber) of 22 October 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, App. nos. 21279/02 and 36448/02.
13. Judgment of 11 December 2008, *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, App. no. 21132/05.
14. Judgment of 22 April 2010, *Fatullayev v. Azerbaijan*, App. no. 40984/07.
15. Judgment of 14 September 2010, *Dink v. Turkey*, App. nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09.
16. Judgment of 5 November 2011, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, App. no. 33014/05.
17. Judgment of 22 April 2013, *Animal Defenders International v. the UK*, App. no. 48876/08.
18. Judgment (Grand Chamber) of 23 April 2015, *Morice v. France*, App. no. 29369/10.
19. Judgment (Grand Chamber) of 15 October 2015, *Perinçek v. Switzerland*, App. no. 27510/08.
20. Judgment of 9 January 2018, *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland*, App. no. 18597/13.
21. Judgment of 16 April 2019, *Rebechenko v. Russia*, App. no. 10257/17.
22. Judgment of 25 July 2019, *Brzeziński v. Poland*, App. no. 47542/07.

Davor Muhvić*
Ivana Rešetar Čulo**

Sažetak

FAKE NEWS U KRIZNIM VREMENIMA U KONTEKSTU ČLANKA 10. EUROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA

Internet i društvene mreže uvelike su pridonijeli ostvarivanju slobode izražavanja. No, olakšali su i ubrzali širenje dezinformacija, propagande i lažnih vijesti. Iako ovi fenomeni nisu novi, utjecaj koji su posljednjih godina imali na političke procese u demokratskim društvima (npr. na predsjedničke izbore u SAD-u 2016. i Brexit) i na ljudsko ponašanje tijekom pandemije bolesti COVID-19, skrenuli su pozornost na ovo pitanje. Cilj je ovog rada upozoriti na problem lažnih vijesti (*fake news*) u kontekstu čl. 10. Europske konvencije o ljudskim pravima koji jamči slobodu izražavanja.

U radu se daje terminološki i povijesni pregled pojma *fake news* i srodnih pojmova. Zatim se daje pregled čl. 10. Europske konvencije o ljudskim pravima i pojašnjavaju situacije i uvjeti pod kojima su ograničenja prava na slobodu izražavanja opravdana na temelju njena čl. 10., st. 2. Autori pružaju uvid i u relevantnu praksu Europskog suda za ljudska prava.

Ključne riječi: *fake news; sloboda izražavanja; ljudska prava; čl. 10. Europske konvencije o ljudskim pravima; Europski sud za ljudska prava.*

* Dr. sc. Davor Muhvić, docent, Pravni fakultet, Sveučilište J. J. Strossmayer u Osijeku; dmuhvic@pravos.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-00032-12612243-53982694>.

** Dr. sc. Ivana Rešetar Čulo, Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje, Osijek; ivana.resetarculo@hzzo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-74872243-76872694>.
Ovaj članak rezultat je rada pomognutog od strane Pravnog fakulteta Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku kao dio projekta No. IP-PRAVOS-23 "Suvremena pitanja i problemi zaštite i promoviranja ljudskih prava.

ZAŠTITA TRADICIJSKIH KULTURNIH IZRIČAJA OD NEPRIMJERENOG ISKORIŠTAVANJA U OKVIRU KONVENCIONALNOG SUSTAVA ŽIGOVNOGA PRAVA

Dr. sc. Tea Hasić, pred.

Dr. sc. Ana Rački Marinković

UDK 347.78:398

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.11>

Ur.: 24. kolovoza 2021.

Pr.: 22. ožujka 2022.

Pregledni rad

Sažetak

Posljednjih desetljeća, diljem svijeta, u inim industrijama, može se uočiti sve veća uporaba tradicijskih imena i simbola na komercijalnim proizvodima. Osobito često dolazi do korištenja urođeničkih imena i simbola na komercijalnim proizvodima neurođenika u državama u kojima su veće urođeničke zajednice kao što su SAD, Kanada, Australija i Novi Zeland. Takva praksa urođenicima nije prihvatljiva - ili zbog toga što je uvredljiva ili što iskorištava, a katkad i narušava njihov ugled. Osobito neprihvatljivom praksom urođenici smatraju kad neurođenici prisvajaju urođeničke oznake.

Cilj je rada ispitati obuhvaća li konvencionalni sustav žigovnoga prava mehanizme čijom se primjenom može osigurati zaštita od neprimjerne uporabe tradicijskih oznaka. Radi ostvarenja navedenoga cilja, analiziraju se međunarodni i europski izvori iz područja žigovnoga prava, ali i specifična nacionalna rješenja.

Istraživanje je pokazalo kako konvencionalni sustavi žigovnoga prava samo u iznimnim situacijama tradicionalnim oznakama mogu osigurati zaštitu od zloupotreba. Zbog toga pojedine države (u kojima su urođeničke zajednice brojnije, a javne politike usmjerene na zaštitu urođenika) različitim intervencijama u konvencionalne sustave žigovnoga prava nastoje povećati učinkovitost u borbi protiv uvredljive uporabe urođeničkih oznaka. Prikazuje se kako je na Novom Zelandu uveden koncept kulturološke uvrede kao apsolutnoga razloga za odbijanje registracije žiga, dok su u Kanadi uvedene, tzv. službene oznake kao posebne vrste žiga, te se razmatra doseg takvih intervencija i mogu li takvi primjeri biti relevantni za Europsku uniju. Analizira se kakve se slične

* Dr. sc. Tea Hasić, predavačica, Fakultet ekonomije i turizma "Dr. Mijo Mirković", Sveučilište Jurja Dobrića u Puli; thasic@unipu.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6079-1156>.

** Dr. sc. Ana Rački Marinković, Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava (Ured zastupnika), Zagreb; aracki@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5137-7527>.

Stavovi koautorice Ane Rački Marinković su osobni i nisu službeno stajalište Ureda zastupnika.

intervencije u konvencionalni sustav žigovnog prava primjenjuju u Europskoj uniji kako bi se osigurala zaštita od neprimjerene uporabe europskih autohtonih i tradicijskih oznaka.

Ključne riječi: *tradicijski kulturni izričaji; tradicijske oznake; urođenički nazivi i simboli; žig.*

1. UVOD

U suvremenom okruženju raste važnost zaštite i primjene intelektualnog vlasništva, pa tako i žigova kao jednog od oblika pravne zaštite oznaka razlikovanja. Žig je isključivo pravo koje njegovom nositelju pripada u odnosu na znak kojim se označavaju proizvodi i/ili usluge, kako bi ih se, na određenom tržištu, razlikovalo od istih ili sličnih proizvoda i/ili usluga konkurenata. Žigom se štiti razlikovni (distinktivni) znak kojim se označava određeni proizvod ili usluga - ime, logotip, amblem, etiketa ili neki drugi znak koji je razlikovan u odnosu na proizvode i usluge koje se tim znakom obilježava. Time se osigurava međusobno razlikovanje proizvoda i usluga poduzetnika na tržištu, odnosno omogućuje se potrošaču da prepozna proizvod ili uslugu koji odgovara njegovim potrebama ili očekivanjima, odnosno izvor takvoga proizvoda ili usluge. Temeljna je funkcija žiga razlikovanje proizvoda i usluga poduzetnika na tržištu, a dodatne su moguće funkcije žiga privlačenje potrošača, određeno jamstvo kvalitete čime se osigurava vjernost potrošača, a žig može služiti i kao sredstvo tržišnog natjecanja među poduzetnicima.

Posljednjih desetljeća može se uočiti sve veća uporaba tradicijskih, ponajprije urođeničkih imena, simbola ili oznaka na komercijalnim proizvodima kompanija ili poduzetnika. Navedena je praksa uočena diljem svijeta, a osobito u Kanadi, SAD-u, Australiji i Novom Zelandu, u kojima su veće urođeničke zajednice. Proizvodi na kojima se nalaze urođenička imena ili simboli mogu se pronaći u raznim industrijama od modne industrije, farmaceutske industrije pa sve do automobilske industrije ili industrije vatrenog oružja te opreme za lov i ribolov.

U pravilu kompanije koje svoje proizvode ili usluge obilježavaju urođeničkim imenima, simbolima ili oznakama nisu povezane s urođeničkim skupinama čija imena, simbole ili oznake koriste, već je motiv korištenja takvih znakova isključivo privlačenje potrošača i razlikovanje njihovih proizvoda i usluga od drugih poduzetnika na tržištu. Kroz postojeće sustave žigovnog prava na takvim znakovima koji se sastoje od urođeničkih imena, simbola ili oznaka, dodatno nastoje steći isključivo pravo.

Urođeničke zajednice zabrinjava praksa sve češćega korištenja urođeničkih imena i simbola kao registriranih žigova na komercijalnim proizvodima, čiji proizvođači nisu pripadnici urođeničkih skupina, a da pritom nisu tražili odobrenja zajednica čije ime ili simbol koriste. Naime, neka urođenička imena ili simboli koriste se na način koji je uvredljiv za zajednicu čija se imena ili simboli koriste. Dodatno, ako imena ili simbole urođeničkih zajednica koriste poduzetnici koji ne pripadaju navedenim zajednicama, može se izazvati zablude kod potrošača vezano za podrijetlo

proizvoda koji su označeni navedenim oznakama. Takvim neovlaštenim korištenjem urođeničkih imena ili simbola iskorištava se ugled zajednice čije se ime ili simbol koristi, a da zajednica pritom nema nikakve imovinske koristi.

Tradicijsko znanje redovito se definira kao živući korpus znanja koji je stvoren, održavan i prenošen iz generacije u generaciju, u sklopu zajednice, često čineći dio kulturnog ili duhovnog identiteta zajednice. Ukratko, tradicijskim znanjem smatraju se: znanja, tzv. *know-how*, vještine, inovacije i praksa, koje se prenose generacijama, u tradicionalnom kontekstu, te čine dio tradicionalnoga načina života urođeničkih ili lokalnih zajednica koje djeluju kao njihovi čuvari ili skrbnici. Pojam „tradicijski kulturni izričaji“ odnosi se na materijalne ili nematerijalne oblike (odnosno forme) u kojima je tradicijsko znanje izraženo, odnosno putem kojih se prenosi ili odražava. Primjer tradicijskih kulturnih izričaja su tradicijski plesovi, pjesme, ruktovrine i mnogi drugi oblici u materijalnom ili nematerijalnom obliku. Urođenička imena, tradicijski nazivi, simboli ili oznake pojavni su oblik tradicijskih kulturnih izričaja. Tradicijsko znanje i njegovi izričaji, u bilo kojem pojavnom obliku, imaju iznimnu kulturnu (nematerijalnu) važnost, ponajprije za zajednice koje ih baštine te smatraju dijelom svoga kulturnog identiteta, ali i za društvo u cjelini, koje zahvaljujući kulturnoj raznolikosti može uživati u bogatoj folklornoj baštini, koja je jedan od osnovnih pokretača u turizmu. Oni su i neiscrpan izvor inspiracija u inim industrijama, kao što su glazbena, modna ili gastronomska. Stoga se važnost tradicijskoga znanja i tradicijskih kulturnih izričaja i za njihove tvorce i za svjetsku populaciju u cjelini, kao i potreba za njihovim unaprjeđenjem, očuvanjem i zaštitom, sve više prepoznaje na međunarodnoj razini. Ipak pravni mehanizmi sveobuhvatne zaštite tradicijskoga znanja i tradicijskih kulturnih izričaja još uvijek ne postoje.

U radu ćemo prikazati kako se žigovni sustav u konvencionalnom ili modificiranom obliku može primijeniti kao, tzv. obrambena mjera zaštite od neovlaštenog i/ili neprimjerenog korištenja tradicijskih naziva, a osobito urođeničkih imena i simbola. Obrambena ili defenzivna zaštita, odnosi se na niz mjera kojima je cilj spriječiti treće osobe da nezakonito stječu i/ili nezakonito održavaju subjektivna prava intelektualnog vlasništva nad tradicijskim znanjem, odnosno tradicijskim kulturnim izričajima u bilo kojem pojavnom obliku kao objektom zaštite. Naime, cilj je defenzivne zaštite spriječiti da pojedinci, ponajprije osobe koje nisu članovi tradicijske, odnosno urođeničke zajednice, stječu prava intelektualnog vlasništva nad tradicijskim znanjem i/ili tradicijskim kulturnim izričajima, što im, u razdoblju dok zaštita traje, osigurava monopol nad intelektualnim tvorevinama čiji tvorci nisu. U radu će se pokušati odgovoriti na pitanje može li žigovno pravo u njegovu konvencionalnom obliku riješiti, ako ne sve onda barem neke, od gore navedenih briga urođenika. Nadalje, pokazat će se kako se može pospješiti učinkovitost sustava žigovnoga prava u borbi protiv neprimjerene i/ili neovlaštene uporabe urođeničkih imena i simbola kao žigova određenim modifikacijama žigovnoga prava te na koji su način neke zemlje (primjerice, Kanada i Novi Zeland) provele takve prilagodbe.

2. OPĆENITO O ŽIGOVNOM PRAVU

U literaturi se pojam „žig“ koristi i kao sinonim za znak kojim se označavaju određeni proizvodi i/ili usluge radi razlikovanja od konkurentskih proizvoda i/ili usluga na određenom tržištu.¹ Međutim, svaki znak koji se koristi u navedene svrhe ne bi trebalo smatrati žigom. Samo znakovi koji ispunjavaju zakonom propisane uvjete (formalne i materijalne) mogu postati žig. Stoga, smatramo da je pravilnije pojam „žig“ rabiti za označavanje isključivih, subjektivnih prava, koja određenim osobama (uz uvjet da su zadovoljene propisane proceduralne i sadržajne pretpostavke) pripadaju nad znakovima koje koriste za označavanje svojih proizvoda i/ili usluga, nego što bi navedeni pojam bilo ispravno koristiti kao sinonim za riječ „znak“.

Pravo žiga u objektivnom smislu, odnosno žigovno pravo, obuhvaća sva pravila kojima se uređuje stjecanje, ostvarivanje, održavanje, prijenos i prestanak žigova – kao isključivih subjektivnih prava nad znakovima kojima se označavaju proizvodi i/ili usluge na tržištu, radi razlikovanja od konkurirajućih proizvoda i/ili usluga.²

Stjecanje žiga jedan je od aspekata žigovnoga prava koji nije usklađen na globalnoj razini pa iako se u većini država propisuje da se žig stječe isključivo registracijom, u nekim državama registracija nije nužan preduvjet stjecanja žiga, već postoji mogućnost stjecanja žiga uporabom.³ Žigovi stečeni uporabom neće biti predmet istraživanja ovoga rada.

Kada se žig stječe registracijom što je u većini zemalja i isključiv način stjecanja žiga, uvjet je zaštite da se od nadležnoga tijela zatraži priznanje isključivoga prava na žig. Postupak te registracije kao i formalne i materijalne pretpostavke pod kojima se isključivo pravo priznaje propisani su nacionalnim zakonodavstvom, odnosno u slučaju registracije žiga Europske unije (dalje: EU)⁴ obvezujućim zakonodavnim aktom EU. Registracija je teritorijalnoga karaktera, što znači da će registrirani žig proizvoditi pravne učinke na onom teritoriju za koji je nadležno tijelo pri kojem je registriran

1 Vidjeti, primjerice: David Bainbridge, *Intellectual Property, 9th ed.* (England: Pearson, 2012.), 687.: „*Trade marks have long been used by manufacturers and traders to identify their goods and distinguish them from goods made or sold by others.*“; *World Intellectual Property Organization (WIPO)*, pristup 20. srpnja 2021. <http://www.wipo.int/trademarks/en/>: „*Trademark is a sign capable of distinguishing the „goods“ or „services“ produced or provided by one enterprise from those of other enterprise.*“

2 Slično i: *Jasna Pak, Pravo žiga*, pristup 20. srpnja 2021. <https://singipedia.singidunum.ac.rs/autor/10256-jasna-pak>: „*Pravo žiga čini skup pravnih propisa kojima se uređuje materija pravne zaštite oznake proizvoda ili usluge žigom.*“

3 SAD, Ujedinjeno Kraljevstvo, Australija, Indija i Kanada su neke od država u kojima se pruža zaštita neregistriranim žigovima, koje se obično naziva i *common law* žigovima.

4 Radi nesmetanog funkcioniranja jedinstvenog tržišta uspostavljen je sustav zaštite žigova koji vrijede na području EU. Ured EU za intelektualno vlasništvo (EUIPO), ovlašten je provoditi postupak registracije te pritom donositi meritorne odluke o tome jesu li, u konkretnom slučaju, ispunjeni uvjeti za registraciju tzv. žiga EU (dalje: Žig EU ili EU TM - skraćeno od naziva na engleskom jeziku *European Union Trademark*) koji ima izravni pravni učinak na području EU. EUIPO svoje odluke o tome jesu li ispunjeni uvjeti za registraciju određenoga znaka kao žiga EU-a, donosi ispitujući formalne i sadržajne pretpostavke koje su obuhvaćene u Uredbi (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. lipnja 2017. o žigu EU (kodificirani tekst), SL 154, 16.6.2017. (dalje: Uredba o žigu EU).

žig. Iako postupak registracije žiga nije ujednačen te se više ili manje razlikuje od zemlje do zemlje, određeni aspekti zaštite usklađeni su na globalnoj razini.⁵ Dodatno, usklađenost žigovnoga prava država članica EU, osigurava se harmonizacijom ovoga pravnog područja i to posebno u odnosu na materijalne pretpostavke što se može zaštititi kao žig,⁶ a usklađivanje praktične primjene tih propisa odvija se pod utjecajem sudskih presuda Suda EU koje su obvezujuće za države članice.

U gotovo svim zemljama nadležna registarska tijela, uz formalne pretpostavke, po službenoj dužnosti, u cilju zaštite potrošača, provjeravaju i postoje li, tzv. apsolutni razlozi za odbijanje registracije žiga (npr. oznaka nije prikladna za međusobno razlikovanje proizvoda – tj. nema distinktivni karakter; postoji stvarna opasnost da će oznaka dovesti potrošače u zabludu o podrijetlu, kvaliteti ili ostalim karakteristikama proizvoda; oznaka je protivna javnom poretku ili moralu društva). Tzv. relativne razloge za odbijanje registracije (koji mogu naštetiti nositelju ranijega prava na istovjetnoj ili sličnoj oznaci) neke zemlje provjeravaju tek u slučaju prigovora (npr. ako nositelj ranijega žiga podnese prigovor protiv prijave kojom se kao žig želi registrirati ista ili slična oznaka za iste ili slične proizvode / usluge), dok neke (npr. SAD, Japan, Australija, Kolumbija, Peru, Argentina) ne razlikuju apsolutne i relativne razloge za odbijanje registracije žiga, već po službenoj dužnosti kontroliraju i jedne i druge.⁷

Apsolutni razlozi za odbijanje registracije žiga, na koje registarska tijela redovito paze po službenoj dužnosti, iako se katkad razlikuju od države do države⁸ propisuju se kako bi se spriječila registracija žigova ako bi to bilo protivno određenom

- 5 Na to su utjecali međunarodni izvori prava kojima je pristupio velik broj država, npr. Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva (Pariz, Francuska, 1883.), Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93. i 3/99. (dalje: Pariška konvencija) koja nije definirala materijalne pretpostavke za stjecanje žiga, ali je državama članica postavila ograničenja pri definiranju navedenih uvjeta, a uspostavila je i osnovna načela – kao što su pravo prvenstva te obveza jednakog tretmana domaćih i stranih nositelja prava; Ugovor o pravu žiga (Ženeva, Švicarska, 1994.), Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 9/04., te Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva - Aneks 1C Marakeškog ugovora o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije (Marakeš, Maroko, 1994.), SL 336/214, 23.12.1994. (dalje: Sporazum TRIPS) koji je postavio minimalan standard zaštite koji se svim nositeljima registriranih žigova mora osigurati u svim zemljama članicama WTO-a, definirajući što može biti zaštićeno kao žig, koji je opseg zaštite te koje je razdoblje trajanja zaštite.
- 6 Sve države članice obvezne su svoje nacionalne propise uskladiti s Direktivom (EU) 2015/2436 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2015. o usklađivanju zakonodavstava država članica o žigovima – preinaka, SL 361/1, 23.12.2015. (dalje u tekstu: Direktiva EU 2015/2436).
- 7 Prema: WIPO (2018). *Advanced Course on Trademarks, Industrial Design and Geographical Indication – Module II: Trademarks*, str. 22.
- 8 Primjerice, na području EU-a, predviđeno je da znak kojega se želi registrirati kao žig mora biti prikazan na jasan, precizan, samostalan, lako dostupan, razumljiv, postojan i objektivan način. Zbog toga na području EU-a, ili uopće nije moguće registrirati nekonvencionalni žig (npr. miris ili okus), ili je to u praksi teško učiniti - jer će takav znak teško zadovoljiti svih sedam uvjeta kumulativno postavljenih Uredbom o žigu EU i Direktivom (EU) 2015/2436. S druge strane, na području SAD-a nema takve apsolutne prepreke za registraciju žigova, pa je, posljedično, broj registriranih nekonvencionalnih žigova znatno veći negoli na području EU-a. O ovoj problematici vidjeti više u: Petra Krpan, „Nekonvencionalni žigovi“, *Pravnik* 48, br. 1 (2014): 63-74.

javnom interesu. Riječ je o razlozima koji su inherentni samom znaku kojega se želi registrirati.

Relativni razlozi za odbijanje registracije žiga nisu inherentni znaku, već ovise o odnosu znaka kojeg se želi registrirati kao žig prema nekom drugom ranije stečenom pravu. Žig se neće moći registrirati, ako bi time vrijedao neko drugo ranije stečeno pravo. U nastavku se detaljnije elaboriraju one zapreke za registraciju žiga, na koje bi se (eventualno) mogli pozvati pripadnici zajednica čija se imena ili simboli koriste za označavanje proizvoda koje na tržište plasiraju treće osobe i tako spriječiti njihovu registraciju. Bez obzira na postojeće razlike u postupku registracije i različite pravne tradicije, te moguće različite prakse u njihovoj primjeni, apsolutni i relativni razlozi koji se u nastavku obrađuju uglavnom su svojstveni velikoj većini nacionalnih zakonodavstva.

3. OBRAMBENA ZAŠTITA PUTEM APSOLUTNIH RAZLOGA ZA ODBIJANJE REGISTRACIJE ŽIGA

Sukladno definiciji žiga svaki znak koji je podoban za razlikovanje proizvoda i usluga u gospodarskom prometu, može se registrirati kao žig. Negativnom metodom određivanja navode se zakonska ograničenja registracije koja su kada govorimo o apsolutnim razlozima za odbijanje registracije inherentna samom žigu. Drugim riječima, zakonodavac taksativno nabraja slučajeve kada se na nekom znaku ne može steći isključivo pravo žiga, iako on načelno udovoljava definiciji žiga. Razlozi zbog kojih zakonodavac propisuje ta ograničenja nisu uvijek i za sve apsolutne razloge jednaki.⁹

Niti jedan od apsolutnih razloga u konvencionalnim sustavima zaštite žigova nije propisan isključivo zbog zaštite tradicijskih kulturnih izričaja, ali se neki od njih mogu primijeniti i na situacije kada se zaštita žigom traži za znak koji se sastoji od urođeničkog imena, tradicijskog naziva, simbola ili oznake kao pojavnog oblika tradicijskih kulturnih izričaja.

Usprkos tome što ove razloge nazivamo „apsolutnima“ treba voditi računa da se u okviru žigovnoga prava njima ne nameću apsolutne zabrane registracije određenih znakova. Ponajprije ne treba zaboraviti da znak sam za sebe još nije žig, bez proizvoda i usluga za koje se priznaje.¹⁰ Naime, prema načelu jedinstva žiga kao jednog od osnovnih načela žigovnoga prava, žig čini znak koji je njime zaštićen kao i proizvodi i/ili usluge na koje se taj znak odnosi. Svaki od apsolutnih razloga za odbijanje žiga

9 Mogu se svrstati u dvije skupine: skupinu koja se temelji na nerazlikovnosti i koja je stoga samo posredno namijenjena zaštiti javnog interesa te skupinu razloga kojima je zajedničko izravno postojanje nekog izričitog javnog interesa. U ovu prvu skupinu spada neudovoljavanje definiciji žiga, nerazlikovnost, zatim deskriptivnost, generičnost te izuzimanje određenih oblika proizvoda. U drugu skupinu spadaju razlozi kojima se sprječava registracija prijevornih znakova, znakova protivnih javnom interesu ili moralnim načelima, znakovi kojima se upućuje na zemljopisno podrijetlo s kojeg ne potječu te onih koji obuhvaćaju određene rezervirane znakove.

10 Romana Matanovac Vučković, „Razlikovnost kao pretpostavka za registraciju žiga“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62, br. 3 (2012): 946.

stoga se ispituje uzimajući u obzir izgled znaka i proizvode i/ili usluge za koje se traži registracija.

Osim toga, pojedini apsolutni razlozi odbijanja (nerazlikovnost, opisnost ili generičnost) otklonjivi su pod određenim uvjetima. Mogu se nadvladati pa se tako usprkos preliminarnom odbijanju žig ipak može registrirati ako podnositelj prijave za registraciju žiga dokaže da su stekli razlikovnost.¹¹

Na kraju, ispitivanje apsolutnih razloga uvjetovano je specifičnostima tržišta jer ih nadležno tijelo ispituje u odnosu na prosječnoga potrošača proizvoda i usluga na području za koji se traži zaštita.

3.1. Protivnost javnom poretku ili moralu društva kao razlog za odbijanje registracije žiga

Prema gotovo svim nacionalnim, ali i regionalnim izvorima prava, kojima se uređuju sadržajni uvjeti za registraciju žigova, predviđeno je da znak (nad kojim se želi steći subjektivno pravo žiga) ne smije biti protivan javnom poretku ili moralu društva.¹² Bez obzira na to što većina država poznaje ovaj razlog odbijanja, vrlo je različita njegova primjena, jer države imaju različite kriterije po pitanju što se smatra protivnim javnom interesu ili moralnim načelima. Uz to su ti kriteriji i promjenjivi, posebno u vremenu. Nešto što je bilo protivno javnom interesu ili moralnim načelima u neko vrijeme može postati prihvatljivo, ili pak obrnuto. Moral se društva mijenja. Isto tako i javni interes može biti promijenjen. Zato primjenu ovog apsolutnog razlog treba uvijek staviti u kontekst vremena kada se žig registrirao.

O tome je li znak protivan javnom poretku ili moralu društva, tijelo koje provodi postupak registracije, mora odlučivati od slučaja do slučaja. Naime ne postoji ujednačena definicija, odnosno taksativno nabrojane karakteristike, koje bi određen znak činile protivnim javnom poretku ili moralu društva, *per se*. Dakle, protivnost javnom poretku ili moralu društva, veoma je *neodređena kategorija* o kojoj se odluka donosi *in concreto*, ali uglavnom se protivnima javnom poretku ili moralu društva smatraju oni znakovi kojima se vrijeđaju vrijednosti čija je zaštita zajamčena Ustavom određene zemlje ili ratificiranim međunarodnim konvencijama. Takve bi, primjerice, bile oznake kojima se vrijeđa nečija rasa, spol, nacionalna pripadnost, vjerska ili kulturološka uvjerenja i sl.¹³

11 Treba se dokazati da je znak prije dana podnošenja prijave i slijedom uporabe stekao razlikovni karakter u odnosu na proizvode ili usluge za koje je zatražena registracija.

12 Vidjeti, primjerice: Uredba o žigu EU, čl. 7(1)(f); Direktivu (EU) 2015/2436, čl. 4(1)(f).

13 Zanimljiva je odluka OHIM-a (*Office for Harmonization on Internal Market, što je nekadašnji naziv za EUIPO*) koji je odbio kao žig Zajednice registrirati znak „Not made in China“ uz obrazloženje da je navedeni znak protivan javnom poretku i moralu, budući da sugerira kako roba proizvedena u Kini nije kvalitetna i treba ju izbjegavati, što je uvredljivo za kinesko stanovništvo koje živi u EU. O Navedenoj odluci OHIM-a, vidjeti više u: Ana Rački Marinković, „Usporedba oznaka zemljopisnog podrijetla i žigova s obzirom na pojmovna određenja i međunarodno prihvaćene standarde zaštite“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63, br. 1 (2013): 191.

U SAD-u je niz proizvoda na tržištu obilježeno znakom *redskin*, koji je registriran kao žig. Tek je nedavno, registarsko tijelo SAD-a (*United States Patent and Trademark Office*, dalje:

Ipak, katkad je sporno što znači javni poredak ili moral društva, odnosno, misli li se pritom isključivo na javni poredak države kao cjeline (odnosno društva kao većine stanovnika određene države) ili je dostatno da znak vrijeđa „javni poredak“ i/ili moral određene društvene skupine (manjinske, lokalne ili urođeničke) koji je često utemeljen na običajnom pravu. Znakom se može vrijeđati određena skupina (npr. manjinska ili urođenička) na temelju njihove rasne, vjerske, nacionalne, etničke ili slične pripadnosti - što je povreda zabranjena Ustavom i/ili međunarodnim konvencijama iz područja zaštite ljudskih prava te takav znak treba smatrati protivnom javnom poretku.¹⁴ Međutim, određenim se znakom mogu vrijeđati i uvjerenja određene zajednice (uglavnom manjinske ili urođeničke) koja su utemeljena na običajnom pravu te nisu općepoznata niti općeprihvaćena na području cijele države, niti je riječ o vrijednostima čija je zaštita zajamčena Ustavom ili međunarodnim ugovorima koji su na snazi u određenoj državi.¹⁵ Sporno je, dakle, kakvu bi odluku trebalo donijeti registarsko tijelo u potonjoj situaciji – odnosno, treba li običajno pravo smatrati dijelom javnoga poretka te, posljedično, odbiti registraciju žiga ili bi trebalo registrirati žig iz razloga što znak ne vrijeđa osnovne općeprihvaćene vrijednosti čija je zaštita na području određene države zajamčena po hijerarhiji najvišim izvorima prava. Sukladno praksi EUIPO-a, da bi se ovaj apsolutni razlog mogao primijeniti, nužno je da je znak protivan moralnim načelima prihvaćenim od znatnijeg dijela, a ne onima prihvaćenim u manjoj grupaciji ljudi ili među pojedincima pa bi znak bio uvredljiv za znatniji dio javnosti, a ne samo manju grupaciju ljudi ili određene pojedince. U obzir se trebaju uzeti prosječni pojedinci s prosječnom osjetljivošću i tolerancijom.¹⁶ Primjena ovoga

USPTO počelo odbijati registracije znakova koji se isključivo sastoje od riječi (ili obuhvaćaju riječ) *redskin*, uz obrazloženje da je navedeni znak rasno diskriminirajući i protivan javnom poretku te se ne smije dopustiti njegova registracija.

Više o tome kada je i pod čijim utjecajem USPTO počeo odbijati kao žig registrirati znakove koji obuhvaćaju riječ *redskin*, vidjeti u: *Alicia Jessop. Inside The Legal Fight To Change The Washington Redskins' Name*, pristup 20. srpnja 2021., <http://www.forbes.com/sites/aliciajessop/2013/10/15/a-look-at-the-legal-fight-to-change-the-washington-redskins-name/>; *Amanda Blackhorse. Why the R*edsk*ns Need to Change*, pristup 20. srpnja 2021., http://www.huffingtonpost.com/amanda-blackhorse/washington-nfl-name-change_b_2838630.html; Brian Zark, „Use of Native American Tribal Names as Marks“, *American Indian Law Journal* 3, br. 2 (2015): 547; Theresa Vargas. *From Pork Rinds to Cheerleaders, the Trademark Office Rejects the Word 'Redskins'*, pristup 20. srpnja 2021., <http://www.washingtonpost.com/blogs/local/wp/2014/01/28/from-pork-rinds-to-cheerleaders-the-trademark-office-rejects-the-word-redskins/>.

- 14 Takvi bi, primjerice, bile znakovi „Not made in China“ ili „Redskin“.
- 15 Katkad običajno pravo i/ili uvjerenja urođenika mogu biti protivna javnom poretku. Primjerice, poznati ratni ples Maora s područja Novog Zelanda (poznat i pod nazivom „Haka“) prema običajnom pravu Maora mogu izvoditi samo muškarci, dok je ženama izvođenje „Hake“ strogo zabranjeno. Ipak, kada bi se ženska plesna skupina odlučila nazvati „Haka“, a potom i registrirati navedeni naziv (verbalni znak) kao žig, smatramo da bi registarsko tijelo moralo dopustiti registraciju navedene oznake kao žiga. Naime, diskriminacija na temelju spola, apsolutno je zabranjena hijerarhijski najvišim izvorima prava svih civiliziranih zemalja, stoga ovdje ne bi smjelo biti bitno to što maorsko običajno pravo, na svojevrsan način, diskriminira žene.
- 16 Prema: *European Union Intellectual Property Office (EUIPO). Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part B Examination, Section 4 Absolute Grounds for*

razloga odbijanja ne treba se baviti pitanjem lošeg ukusa ili zaštitom individualnih osjećaja pojedinaca.

Navedeni je problem pokušao riješiti novozelandski zakonodavac, intervencijom u sustav žigovnog prava. Naime, na Novom Zelandu, imena i simboli brojnih urođeničkih skupina, učestalo se (kao registrirani verbalni ili figurativni žigovi) koriste na komercijalnim proizvodima koje na tržištu nude osobe koje nisu pripadnici urođeničkih skupina.¹⁷ To brojni pripadnici urođeničkih plemena smatraju uvredljivim ili ponižavajućim činom - budući da se urođenička imena i simboli koriste na način koji je prema vjerovanjima ili običajnom pravu urođenika neprihvatljiv.¹⁸ Kako bi se riješio navedeni problem, novozelandski *Zakon o žigu iz 1953.*,¹⁹ izmijenjen je 2002.,²⁰ tako što je u njega ugrađen *mehanizam* zahvaljujući kojem se pri registraciji žiga uzimaju u obzir i osjećaji pripadnika urođeničkih skupina, tj. kao jedna od apsolutnih prepreka za registraciju žiga, izričito je predviđena i, tzv. „kulturološka uvreda“.²¹ Usto, istim je Zakonom predviđeno i stvaranje, tzv. Savjetodavnog odbora, čija je zadaća pomagati službenicima registarskog ureda u procjeni je li registracija određenoga žiga kulturološki uvredljiva ili ne.²² Naime, kada tijelo koje provodi registraciju utvrdi da je znak kojeg se želi registrirati (ili obuhvaća) simbol ili ime neke urođeničke skupine, takav znak mora proslijediti Savjetodavnom odboru koji potom ispituje je li registriranje žiga za određenu urođeničku skupinu (uglavnom Maore) uvredljiv čin ili ne. Ako Savjetodavni odbor ocijeni da bi registracija takvoga žiga bila uvredljiva, registarsko tijelo odbit će registraciju i time obustaviti daljnji postupak. Ako Savjetodavni odbor ocijeni da registracija ne bi bila kulturološki uvredljiva, postupak registracije će se nastaviti uobičajenim tijekom.²³ Od 2002. do

Refusal, Chapter 7 Trade Marks In Conflict With Public Order And Acceptable Principles Of Morality (Article 7(1)(f) EUTMR), pristup 19. siječnja 2022., <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1785746/trade-mark-guidelines/chapter-7-trade-marks-contrary-to-public-policy-or-acceptable-principles-of-morality--article-7-1->

- 17 Neki primjeri neurođeničkih proizvoda ili usluga za čije se označavanje rabe maorska imena ili simboli bili bi: Legove igračke označene maorskim imenima; likovi iz video igre *Sonny Playstationa (Mark of Kri)* nazvani maorskim imenima; uporaba maorskoga simbola, tj. ikone od sakralne važnosti „hetiki“ na McDonaldsovim papirnatim podmetačima za hranu; uporaba oznake „moko“ (koju Maori koriste prilikom oslikavanja lica) na prtljažnicima Fordovih kamioneta i sl. Primjeri preuzeti iz: WIPO, *Advanced Course on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions - Modul III: Protecting TK and TCEs with existing and adapted intellectual property rights*, (2016), 9.
- 18 Primjerice, Maori posebno uvredljivom smatraju uporabu sakralne ikone „hetiki“ na McDonaldsovim papirnatim podmetačima za hranu.
- 19 Trade Marks Act 1953, Public Act No. 66/1953 (dalje: novozelandski Zakon o žigu iz 1953.).
- 20 Trade Marks Act 2002, Public Act No. 49/2002 (dalje: novozelandski Zakon o žigu iz 2002.).
- 21 Čl. 17(3)(c) novozelandskoga Zakona o žigu iz 2002., među apsolutnim preprekama za registraciju žiga navodi i sljedeće: „*The Commissioner must not register as a trade mark or part of a trade mark any matter (...) the use or registration of which would, in the opinion of the Commissioner, be likely to offend a significant section of the community, including Māori*“.
- 22 Sastav i nadležnosti savjetodavnog odbora (engl. *Advisory Committee*) uređeni su u pododjeljku 2., u čl. 177.-180. novozelandskoga Zakona o žigu iz 2002.
- 23 Više o izmjenama novozelandskoga Zakona o žigu iz 2002., vidjeti u: Owen Morgan, „Protecting Indigenous Signs and Trade Marks – The New Zealand Experiment“, *Intellectual Property*

2008., Savjetodavnom odboru proslijeđeno je na ispitivanje više od 1500 znakova za koje je zatražena registracija, a predstavljali su, ili su bili izvedeni iz, maorskih simbola ili imena. Savjetodavni odbor je u navedenom razdoblju ocijenio da je njih 16 uvredljivo ili potencijalno uvredljivo za Maore te da ih se ne bi smjelo registrirati kao žig.²⁴ Znatno ograničenje izložene novozelandske regulative očituje se u činjenici što registarskom tijelu (u kojem pripadnici urođeničkih skupina redovito nisu zastupljeni) uopće ne mora biti poznato da je znak kojeg se želi registrirati zapravo urođenički naziv (ako se znak želi registrirati kao verbalni žig) ili urođenički simbol (ako se znak želi registrirati kao figurativni žig) što znači da takav znak neće ni proslijediti Savjetodavnom odboru na ocjenjivanje. Nadalje, cilj novozelandskoga rješenja bio je spriječiti registraciju samo onih urođeničkih oznaka i simbola koja bi uzrokovala, tzv. kulturološku uvredu. Ovim rješenjem, dakle, nije riješen problem prisvajanja (u okviru žigovnog prava) onih urođeničkih naziva i simbola čijom registracijom ne dolazi do kulturološke uvrede – što je u praksi znatno učestalije, a nije prihvatljivo pripadnicima urođeničkih zajednica koji smatraju da time dolazi do tzv. *free ridinga* nad urođeničkom kulturom. Možemo, stoga, zaključiti da izloženo novozelandsko rješenje ima određena ograničenja i nedostatke koji ga čine nedostatno učinkovitim mehanizmom kada je riječ o zaštiti urođeničkih imena i simbola.

EU obiluje tradicijskim proizvodima lokalnih zajednica dok su urođeničke zajednice prisutne još samo na krajnjem sjeveru, odnosno pretežno je riječ o zajednicama u Arktičkoj regiji.²⁵ Za razliku od urođeničkih zajednica koje se doživljavaju različitim od drugih dijelova društva koji danas prevladavaju na nekom teritoriju i ta se različitost očituje u načinu života, religiji, jeziku, te plemenskom i običajnom pravu kojima su te zajednice uređene, tradicionalne zajednice njeguju svoje specifičnosti i običaje, ali su potpuno integrirane u društvo.²⁶ Korištenje naziva europskih tradicionalnih autohtonih proizvoda na komercijalnim proizvodima stoga se u većini slučajeva očekivano ne bi moglo podvesti pod kulturološku uvredu lokalnih zajednica jer te zajednice nemaju toliko izražen osjećaj zasebnosti svog identiteta i nepripadanja ostatku društva, iako bi takvo korištenje vjerojatno doživljavale neprimjerenim. Stoga, takva intervencija u žigovno pravo u Europskoj uniji ne bi bila relevantna.

Problem je i granica primjene protivnosti javnom poretku ili moralu društva kao apsolutnog razloga s obzirom na to da taj razlog odbijanja ne smije prerasti u svojevrsnu cenzuru države. Posebno valja imati na umu da gotovo sve države istodobno u svojim pravnim porecima prepoznaju i štite kao jednu od temeljnih

Quarterly, br. 1 (2004): 58-84; te Daphne Zografos, „New Perspectives for the Protection of Traditional Cultural Expressions in New Zealand“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 6, br. 8 (2005): 928-952.

24 Prema: WIPO, *Advanced Course on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions - Modul III: Protecting TK and TCEs with existing and adapted intellectual property rights*, 9.

25 Primjerice, Saami ili Laponci koji obitavaju u dijelovima Švedske, Norveške, Finske ili pak Inuiti koje u Europi nalazimo na Grenlandu.

26 Više o razlici između tradicionalnog i urođeničkog znanja vidjeti u Panumas Kudngaongarm, „Traditional Knowledge and Indigenous Resources Standards for Intellectual Property Protection“, *Thailand Law Journal* 12, br. 1 (2009), pristup 18. siječnja 2022., <http://thailawforum.com/articles/IP-Traditional-Knowledge-Part1-4.html>.

ljudskih sloboda, slobodu govora. Primjena toga apsolutnog razloga trebala bi stoga biti stavljena u kontekst načelne slobode govora.

Poznat je slučaj spora oko žiga *Washington Redskins* čije su proglašenje ništavim u nekoliko puta pokušali ishoditi predstavnici američkih urođenika. Pojam *redskin* podrugljiv je naziv za američke urođenike indijanskoga podrijetla, a klub američkoga nogometa *Washington Redskins* dugo je godina koristio naziv u kojem je sadržan taj pojam te ga je i registrirao kao žig. Osnova spora bila je primjena predmetnog apsolutnog razloga odbijanja po kojem se prema federalnom zakonu u SAD-u ne mogu registrirati žigovi koji su „omalovažavajući, skandalozni, prezrivi ili ozloglašeni“. U SAD-u postoji cijeli niz proizvoda koji su na tržištu označeni znakom *redskin*, od kojih su neki registrirani žigom. Tek odnedavno, registarsko tijelo SAD-a počelo je odbijati registracije znakova koji se isključivo sastoje od ili obuhvaćaju tu riječ, uz obrazloženje da je navedeni znak omalovažavajući te je kao takav protivan javnom poretku i ne smije se dopustiti njegova registracija.²⁷ Međutim, navedena registracija žiga poznatoga kluba američkog nogometa prethodila je spomenutoj promjeni prakse, pa je žig bio registriran i zaštićen te je jedina mogućnost na raspolaganju bila proglasiti ga ništavim na zahtjev neke zainteresirane strane. Prvi takav pokušaj predstavnika američkih urođenika 1992. (predmet *Harjo*) nije uspio jer je odbijen na temelju formalnih razloga, no u predmetu *Blackhorse* pokrenutom 2014. registarsko tijelo SAD-a uvažilo je argumente američkih urođenika i žig je poništen. Uslijedila je pravna bitka jer se klub žalio na takvu odluku. Nakon što je potvrđena odluka i u drugostupanjskom postupku, klub je pri Vrhovnom sudu SAD-a osporavao ustavnost zabrane omalovažavajućega žiga smatrajući da temelj odbijanja nije ustavan jer je protivan slobodi govora. Obje su strane odustale od daljnje parnice jer je o istom pravnom pitanju u jednom drugom predmetu²⁸ Vrhovni sud potvrdio neustavnost ove odredbe zakonodavstva u području žiga. Drugim riječima, pojam *redskins* potvrđen je kao omalovažavajući, no Vrhovni je sud zaključio da je dopušteno registrirati takve omalovažavajuće pojmove žigovima budući da je riječ o privatnim pravima te sloboda govora prevladava ispred zaštite javnog interesa. Suprotno tome u Europskoj uniji u predmetu *¡Que bueno ye! Hijoputa*²⁹ smatra se da primjena ovog razloga odbijanja nije ograničena načelom slobode govora jer odbijanje registracije žiga samo dovodi do nemogućnosti osiguranja žigovne zaštite, a ne brani uporabu znaka kao takvog na tržištu.

Na kraju, nogometni je klub zbog dugogodišnjega pritiska američkih urođenika te sve većeg pritiska javnosti pa i investitora i sponzora kluba osobito u jeku prosvjeda zbog ubojstva George Floyd koji su prerasli u globalne prosvjede protiv rasizma tijekom 2020. odlučio promijeniti ime te izabrati novi naziv i logo, a u međuvremenu se privremeno zove *Washington Football Team* te više ne koristi žigove *Washington Redskins*.

27 Više o tome kada je i pod čijim utjecajem USPTO počeo odbijati kao žig registrirati znakove koji obuhvaćaju riječ *redskin*, vidjeti u djelima navedenima pod bilješkom 13.

28 Presuda Vrhovnog suda SAD-a od 19. lipnja 2017., *Matal v. Tam*, 582 U.S. (2017), No. 15-1293.

29 Presuda Općeg suda EU od 9. ožujka 2012., *Cortés del Valle López / OHIM (¡Que bueno ye! HIJOPUTA)*, T-417/10, ECLI:EU:T:2012:120.

3.2. *Dovođenje potrošača u zabludu vezano za podrijetlo ili kakvoću proizvoda kao razlog za odbijanje registracije žiga*

Registarska tijela, u gotovo svim zemljama svijeta, po službenoj dužnosti paze je li znak kojeg se želi registrirati kao žig obmanjujući, odnosno prijevaran po potrošače.³⁰ Naime, ako bi registrirani žig sugerirao da su njime označeni proizvodi ili usluge određenog podrijetla kojega nisu ili da imaju određenu kvalitetu, a nemaju je, a takva bi sugestija mogla znatno utjecati na kupce, registarsko tijelo moralo bi odbiti registraciju predložene oznake, budući da postoji, tzv. apsolutni razlog za odbijanje registracije. Problem je činjenica što rizik od obmane (prema većini legislativnih rješenja) mora biti stvaran i mora uvelike utjecati na kupca,³¹ što često neće biti slučaj. Naime, iako se proizvodi koje proizvode i na tržište plasiraju osobe koje nemaju nikakve veze s urođeničkim skupinama, u praksi vrlo često označavaju urođeničkim imenima ili simbolima (kao što su Navajo, Apache ili Cherokee)³² javnost rijetko navedene proizvode poima kao proizvode koje su proizveli pripadnici urođeničkih naroda u skladu s tradicionalnim načinima proizvodnje. Gotovo je nemoguće zamisliti da bi potrošači mogli pomisliti da su motorna vozila označena žigovima *Navajo* ili *Cherokee* proizveli pripadnici navedenih urođeničkih naroda. Slično tomu, javnost vjerojatno neće suvremenu odjeću označenu urođeničkim imenima (kao što je Navajo) doživjeti kao odjeću koju su proizvela urođenička plemena na tradicionalan način. Naime, treće osobe snažno povezuju urođenička plemena s njihovom tradicionalnom odjećom, stoga suvremenu odjeću neće dovesti u izravnu vezu s urođeničkim plemenom niti kada je ona označena imenom ili simbolom urođeničkoga plemena. Slično vrijedi i za bilo koji proizvod za koji je očito da je proizveden industrijskim putem od umjetnih materijala (kao što su različiti oblici PVC-a). Ipak, izvjesno je da će javnost određene predmete dovesti u vezu s urođeničkim narodima (i s tradicijskim postupcima proizvodnje) ako je riječ o predmetima izrađenima od prirodnih materijala, koji su označeni simbolima i/ili imenima koje javnost prepoznaje kao urođeničke odnosno tradicionalne. Takvi su slučajevi u praksi veoma rijetki. Stoga, ne iznenađuje podatak o iznimno malom broju predmeta u kojima su registarska tijela odbila kao žig registrirati znak koji obuhvaća ime ili simbol urođeničke zajednice, uz obrazloženje da navedeni znak dovodi potrošače u zabludu o podrijetlu i/ili kakvoći

30 Primjerice, Uredba o žigu EU, čl. 7(1)(g); Direktiva (EU) 2015/2436, čl. 4(1)(g), i sl.

31 Prema: Ana Rački Marinković, „Apsolutni i relativni razlozi za odbijanje registracije žiga: usporedba nekih aspekata europskog i hrvatskog prava te prakse OHIM-a i DZIV-a“, u: *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupanja Europskoj uniji*, ur. Romana Matanovac Vučković (Zagreb: Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2006.), 26. *Osnovno je pravilo da zabluda postoji samo u slučaju kada potrošač realno može očekivati od proizvoda ili usluge određenu karakteristiku koja će biti odlučna za njegovu odluku o kupnji, pa je doveden u zabludu kada ju proizvod ili usluga nemaju.*

32 Primjerice, američki proizvođač odjeće *Urban Outfitters* cijelu liniju svojih proizvoda označio je imenom „Navajo“, istu je oznaku odabrala i Mazda za svoj SUV „Navajo“, dok je Jeep svoj poznati SUV nazvao „Grand Cherokee“, a američki Boeing nazvan je „Apache Longbow“ – sve navedene oznake registrirane su kao žig. Primjeri preuzeti iz: Zark, B., *Use of Native American Tribal Names as Marks*, 552-555.

njime označenih proizvoda.³³

Odbijanje registracije žiga na temelju zablude u praksi EUIPO-a i praksi nacionalnih ureda država članica EU moguće je samo ako postoji stvarna zabluda ili dostatno ozbiljan rizik da će potrošači biti dovedeni u zabludu. Stoga je teško očekivati da bi na temelju toga razloga mogla biti spriječena registracija tradicijskih naziva ili simbola kao žiga u EU. Znakovi koji su samo sugestivni u odnosu na određene proizvode i/ili usluge te ne postoji realna mogućnost zablude, moći će se zaštititi.

Prema postojećoj praksi³⁴ pri ispitivanju žigova polazi se od presumpcije da žig nije namijenjen dovođenju javnosti u zabludu. Ako u odnosu na prijavljene proizvode i usluge postoji mogućnost korištenja koje potrošače neće dovoditi u zabludu pretpostavka je da će se žig koristiti upravo na taj način te stoga neće biti mjesta odbijanju. Primjerice, ako je žig registriran za odjevne predmete pri čemu nije navedeno na koji su način proizvedeni, a mogu biti proizvedeni i industrijski i tradicionalno pretpostavka bi bila da će se upravo proizvoditi na onaj način na koji naziv upućuje pa neće dolaziti do zablude. Ako bi žig koji se sastoji od naziva nekoga tradicionalnog proizvoda ili simbola za koji prosječni potrošač očekuje da će biti proizveden tradicionalnim načinom bio prijavljen za proizvode isključivo proizvedene industrijskom putem tada bi eventualno mogli govoriti o zabludi, no teško je očekivati da bi nositelji žiga time ograničili listu proizvoda i usluga za koju traže registraciju žiga.

Bitno je drukčija situacija kod znakova koji se sastoje od zemljopisnoga pojma ili upućuju na zemljopisno podrijetlo. Tako kada se kao žig želi zaštititi naziv tradicionalnoga proizvoda koji sadrži zemljopisni pojam ili upućuje na zemljopisno podrijetlo tog proizvoda to može biti relevantni način sprječavanja neprimjerene uporabe, odnosno prisvajanja u EU. Ako postoji mogućnost da će potrošač odluku o kupnji temeljiti na vezi između zemljopisnoga podrijetla kao bitne karakteristike i proizvoda/usluge za koje se traži zaštita, a riječ je o proizvodima koji nisu s toga zemljopisnog područja, smatrat će se da postoji zabluda te će znak biti odbijen.

3.3. Rezervirani znakovi

Člankom 6ter *Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva* predviđeno je da države trebaju odbiti kao žig registrirati znak koji sadrži grbove, zastave ili druge državne ambleme, službene znakove i oznake kontrole ili garancije kao i sve njihove imitacije u heraldičkom smislu. Isto vrijedi i za oznake međunarodnih organizacija. Države diljem svijeta u primjeni obveza preuzetih Pariškom konvencijom propisuju kao apsolutan razlog za odbijanje registracije žiga odbijanje znakova prema članku 6ter

33 Tako i: WIPO, *Advanced Course on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions - Modul III: Protecting TK and TCEs with existing and adapted intellectual property rights*, 10.

34 Prema *European Union Intellectual Property Office (EUIPO). Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part B Examination, Section 4 Absolute Grounds for Refusal, Chapter 8 Deceptive trade marks (Article 7(1)(g) EUTMR)*, pristup 19. siječnja 2022. <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1789166/trade-mark-guidelines/chapter-8-deceptive-trade-marks--article-7-1--g--eutmr->.

Pariške konvencije. Mehanizam predviđen člankom 6ter Pariške konvencije određuje da države moraju dojaviti koji su to simboli koji se trebaju štititi sustavom članka 6ter, osim državnih zastava koje su zaštićene same po sebi. Sustav administriranja navedenih dojava provodi WIPO.

Kao što je Pariška konvencija člankom 6ter izričito predvidjela da se imena međuvladinih organizacija ne mogu registrirati kao žig (ako se ne dobije prethodni pristanak ovlaštenika), slično bi se rješenje moglo primijeniti i na službene oznake urođeničkih skupina, odnosno oznake tradicionalnih proizvoda. Preduvjet je da o tome postoji konsenzus te da je to predviđeno široko prihvaćenim međunarodnim izvorom prava, kao što je Pariška konvencija ili Sporazum TRIPS. Time bi ekonomski i neekonomski interesi urođenika, odnosno tradicionalnih zajednica nad njihovim oznakama bili uvelike zaštićeni. Da bi ta mjera mogla funkcionirati u praksi, na globalnoj razini, trebalo bi utvrditi jedinstveni registar službenih oznaka urođenika te registar tradicionalnih oznaka u kojem bi se moglo provjeriti je li oznaka koju se želi registrirati kao žig istovjetna nekoj od tih oznaka, a kojeg bi (primjerice) moglo voditi i održavati UN-ovo tijelo specijalizirano za urođenička pitanja ili kulturu.

Kao apsolutni razlog odbijanja države mogu predvidjeti i situacije kad žig sadrži znak visoke simboličke vrijednosti, osobito vjerske simbole. U EU, sukladno Direktivi 2015/2436, takav je razlog odbijanja fakultativan, što znači da države mogu, ali ne moraju predvidjeti takav razlog odbijanja u svojim zakonodavstvima. Kroz ovaj bi se razlog odbijanja također mogla osigurati obrambena zaštita urođeničkih ili tradicionalnih oznaka i simbola, no takva bi zaštita i dalje bila ograničena na teritorij države primjene. Uz to, ovaj razlog odbijanja obično se primjenjuje na posebno zaštićene znakove za koje se pretpostavlja da su vrlo široko poznati (primjerice znak Crvenoga križa, olimpijski simbol) što tradicijske oznake u pravilu nisu, a zaštita nije apsolutna i obično je ograničena na slučajeve kada bi korištenja takvoga rezerviranog znaka moglo dovesti do poistovjećenja u svijesti potrošača žiga s organizacijom koja inače koristi taj znak. Primjerice EUIPO je odbio registrirati znakove koji sadrže znak € kada je znak sadržavao imitaciju simbola za EURO na središnjoj poziciji te je bilo za očekivati da će potrošači žig povezivati s EU, a registrirao je znakove usprkos činjenici da su sadržavali taj simbol kada nije bilo za očekivati da će se znak povezati s EU, već će simbol biti doživljen samo kao stilizirano slovo 'E' u tom znaku.³⁵ Stoga bi ovaj razlog odbijanja, zbog načina na koji se primjenjuje u EU, vrlo teško mogao biti temelj za zaštitu tradicionalnih simbola i naziva od neovlaštene uporabe u EU.

35 Prema *European Union Intellectual Property Office (EUIPO). Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part B Examination, Section 4 Absolute Grounds for Refusal, Chapter 9 Trade Marks in conflict with flags and other symbols (Article 7(1)(h) and (i) EUTMR)*, pristup 19. siječnja 2022., <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1786543/trade-mark-guidelines/chapter-9-trade-marks-in-conflict-with-flags-and-other-symbols--article-7-1--h--and--i--eutmr->.

4. OBRAMBENA ZAŠTITA PUTEM RELATIVNIH RAZLOGA ZA ODBIJANJE REGISTRACIJE ŽIGA

Osim apsolutnih razloga za odbijanje registracije, postoje i, tzv. relativni razlozi za odbijanje registracije o kojima registarska tijela, u pravilu, vode računa tek po prigovoru. Naime, osoba koja registrira određen simbol ili ime kao svoj žig, stječe isključivo pravo koristiti taj žig na predmetima ili uslugama za koje je žig registriran, što znači da će se moći usprotiviti registraciji istog i/ili sličnog znaka za iste i/ili slične proizvode.³⁶ Iz navedenoga se razloga savjetuje urođeničkim skupinama, odnosno tradicijskim zajednicama da svoja imena i simbole registriraju kao žig, kako bi nad njima stekli isključiva prava te kako bi potencijalno mogli spriječiti treće osobe da ih neovlašteno koriste. Međutim, takav vid „obrambene zaštite“ ima brojna ograničenja. Naime, postupak registracije vrlo je skup i gotovo je nemoguće registrirati sva imena i sve simbole za korištenje na svim proizvodima na kojima bi se potencijalno mogli koristiti. Čak i kada bi određena urođenička skupina ili tradicijska zajednica registrirala gotovo sve sebi važne simbole, drugi bi ih opet mogli koristiti kao žig za označavanje proizvoda ili usluga koje su propustili navesti kao proizvode ili usluge koji su obuhvaćeni njihovim žigom. To žigovno pravo u konvencionalnom obliku čini vrlo slabim mehanizmom za defenzivnu zaštitu od neovlaštene i neprimjerene uporabe urođeničkih i tradicionalnih naziva i simbola.³⁷ Nedostatak obrambene funkcije u okviru žigovnoga prava, očituje se i u tome što je zaštita *vremenski ograničena* – odnosno, mora se obnavljati u određenim vremenskim intervalima (ako se želi održati) što iziskuje dodatna novčana sredstva.

Navedenim ograničenjima uspješno je doskočila Kanada, u kojoj se, slično kao i na Novom Zelandu, imena i simboli urođeničkih skupina učestalo koriste za označavanje komercijalnih proizvoda neurođenika.³⁸ Naime, kanadski *Zakon*

36 U izvorima prava iz područja žigovnoga prava općenito je prihvaćena presumpcija da korištenje istog znaka za označavanje istih proizvoda dovodi potrošače u zabludu vezano za podrijetlo proizvoda te u tom slučaju nije potrebno dokazivati da su proizvođači dovedeni u zabludu. Međutim, ako se isti ili sličan znak koristi za označavanje istih ili sličnih proizvoda, tada je neophodno dokazati kako su (radi navedenog postupanja) potrošači dovedeni u zabludu, odnosno da postoji stvarna opasnost od zablude te je samo u takvoj situaciji moguće odbiti registraciju ili poništiti već odobrenu registraciju žiga (vidjeti: Sporazum TRIPS, čl. 16. st. 1.).

37 Iako je žigovno pravo u konvencionalnom obliku neučinkovito kada je riječ o zaštiti urođeničkih simbola i naziva od neovlaštenog i/ili neprimjerenog iskorištavanja, jer bi treće osobe i urođeničku oznaku registriranu kao žig za određenu vrstu proizvoda i/ili usluga i dalje mogle koristiti za označavanje različitih proizvoda i/ili usluga, treba naglasiti da je ovakvo postupanje u većini zemalja ograničeno zahvaljujući grani prava koju nazivamo „zaštita od neloyalne tržišne konkurencije“.

38 U Kanadi imena urođeničkih plemena (kao što su „Mohawk“ i „Cherokee“), ali i njihove simbole (kao što su: *tomahawk* -vrsta hladnog oružja ili *teepee* -indijanski šator), vrlo često kao žigove kriste osobe koje nisu pripadnici urođeničkih plemena (npr. korporacije) kako bi njima označili različite vrste proizvoda, kao što su: hladno ili vatreno oružje, duhanski proizvodi, motorna vozila, pa čak i benzinske postaje. Primjeri preuzeti iz: WIPO, *Advanced Course on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions - Modul III: Protecting TK and TCEs with existing and adapted intellectual property rights*, 8.

o žigu,³⁹ regulirao je, tzv. „službene oznake“ koje su posebne vrste žiga, kojom se mogu koristiti isključivo urođeničke skupine, odnosno njihove organizacije. Naime, predstavnici urođeničkih skupina imaju pravo zahtijevati da se njihovim oznakama dodijeli status, tzv. službene oznake. Postupak je besplatan, a status službene oznake nije ograničenoga vremenskog trajanja, što znači da se ne mora obnavljati registracija, niti naknadno plaćati dodatne pristojbe. Navedenu oznaku pripadnici urođeničkih skupina mogu primjenjivati na sve svoje proizvode i/ili usluge (u skladu sa svojim vjerovanjima i običajnim pravom), ali ih osobe koje ne pripadaju njihovoj zajednici ne mogu koristiti ni za koje proizvode ili usluge, čime je zajamčen puno širi opseg zaštite negoli registracijom urođeničkih simbola i imena kao običnog žiga. Organizacije koje predstavljaju brojne urođeničke skupine diljem Kanade iskoristile su priliku koju im je pružio Zakon te su svoja imena i simbole registrirale kao *službene oznake* čime su onemogućile trećim osobama da ih koriste u bilo kakve komercijalne svrhe.⁴⁰ Primjerice, prije uvođenja *službenih oznaka* u kanadski Zakon o žigu, brojni su proizvođači suvenira reproducirali petroglife (drevne slike na kamenim stijenama) koje su izradili pripadnici plemena Snuneymuxw, a koje za njih imaju poseban vjerski značaj. Budući da je reproduciranje petroglifa na komercijalno upotrebljive predmete (npr. majice) za pripadnike naroda Snuneymuxw predstavljalo uvredu, 1999. odlučili su registrirati svoje petroglife (njih deset) kao službene oznake. Time su stekli pravo zahtijevati od preprodavača suvenira da prestanu s prodajom predmeta koji sadrže reproducirane petroglife, što se pokazalo veoma uspješnim u praksi.⁴¹ Kanadsko rješenje jedinstveno je zakonsko rješenje koje urođeničkim plemenima osigurava isključiva prava nad njihovim oznakama i to u neograničenom trajanju i bez obveze plaćanja naknade, što im, s druge strane, osigurava široku defenzivnu zaštitu. Kao i u slučaju novozelandskoga rješenja, najveće ograničenje kanadskoga zakonskog rješenja je u tome što je riječ o nacionalnom rješenju.

Od 2011., *američki Ured za patente i žigove* (USPTO) zadužen je za održavanje službene baze podataka⁴² u koju se mogu unijeti sve oznake urođeničkih plemena koja su službeno priznata na području SAD-a, a takvih je plemena preko pet stotina.⁴³ Međutim, za razliku od kanadskoga rješenja (na temelju kojeg plemena nad svojim službenim oznakama stječu isključiva prava u neograničenom trajanju, što im daje za pravo da svaku treću osobu spriječe u namjeri označavanja bilo kojeg proizvoda sa znakom koji obuhvaća službenu oznaku) baza službenih oznaka osnovana u SAD-u, ima isključivo tehničku funkciju. Odnosno, zahvaljujući navedenoj bazi, djelatnici

39 Vidjeti: Canadian Trademarks Act, R.S.C., 1985, c. T-13 (dalje u tekstu: kanadski Zakon o žigu), Sec. 9.

40 Više o kanadskim službenim oznakama vidjeti na: *Boughtonlaw. Protecting aboriginal marks*, pristup 20. srpnja 2021. <https://www.boughtonlaw.com/2013/07/protecting-aboriginal-marks/>.

41 Ovaj je primjer preuzet iz: WIPO, *Advanced Course on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions - Modul III: Protecting TK and TCEs with existing and adapted intellectual property rights*, 11.

42 Bazi se može pristupiti i putem sljedeće mrežne stranice: *United States Patent and Trademark Office (USPTO)*, pristup 20. srpnja 2021., <http://www.uspto.gov/trademarks/law/tribal/>.

43 Prema: Zark, B., *Use of Native American Tribal Names as Marks*, 546, na području SAD-a ima 565 službeno priznatih urođeničkih plemena.

USPTO-a trebali bi lakše uvidjeti da je znak kojeg se želi registrirati kao žig, zapravo urođenička oznaka (naziv ili simbol). Međutim, da bi odbili zatraženu registraciju žiga, morali bi prethodno utvrditi da je riječ o znaku koji u nedopustivoj mjeri sugerira vezu između njime označenih proizvoda i određene urođeničke skupine.⁴⁴

Na području EU slična zaštita u okviru žigovnoga prava osigurana je za nazive tradicijskih proizvoda koji su zaštićeni kao oznake zemljopisnoga podrijetla ili oznake izvornosti. Naime oznake zemljopisnoga podrijetla i oznake izvornosti posebno su, *sui generis* pravo industrijskog vlasništva, i kao takve su osnova za prigovor na registraciju žiga. Dodatno, na takve oznake registrirane na razini EU pazi se i po službenoj dužnosti jer mogu biti i apsolutni razlozi za odbijanje registracije žiga.⁴⁵ Ipak, u EU takva se zaštita oznaka ne odnosi na bilo koju vrstu proizvoda ili usluga na koje se primjenjuju takve oznake, već je ograničena na one proizvode za koje je oznaka zemljopisnog podrijetla ili oznaka izvornosti zaštićena. Stoga se primjenom spomenutog apsolutnog razloga odbijanja može spriječiti neprimjereno korištenje naziva tradicijskih proizvoda samo u pogledu istih ili usporedivih proizvoda.⁴⁶ Primjenom relativnoga razloga može spriječiti neprimjereno korištenje naziva tradicijskih proizvoda i na proizvodima koji nisu isti ili usporedivi ako bi time došlo do iskorištavanja ugleda registrirane oznake.⁴⁷ Iako se pretpostavlja da registrirane oznake imaju ugled, neće biti dostatno samo navesti da će primjenom oznaka na proizvodu ili usluzi njihov ugled biti iskorišten, već to treba pokazati u konkretnom slučaju.⁴⁸ Nadalje, time je u EU osigurana zaštita u okviru žigovnoga prava samo onih naziva tradicijskih proizvoda koji ujedno ukazuju na zemljopisno podrijetlo takvoga tradicijskog proizvoda te u svijesti potrošača time upućuju na određena specifična

-
- 44 Tako i: *USPTO - Department of Commerce. Establishment of a Database Containing the Official Insignia of Federally and State Recognize Native American Tribes*, pristup 20. srpnja 2021. <https://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/og/2001/week39/patdata.htm>.
- 45 Odbit će se registracija žigova koji su isključeni iz registracije na temelju zakonodavstva EU ili nacionalnih pravnih propisa država članica ili međunarodnih sporazuma kojih je E ili država članica stranka, kojima se osigurava zaštita oznaka izvornosti i oznaka zemljopisnog podrijetla odnosno onih koji su isključeni iz registracije u skladu sa zakonodavstvom Europske unije ili međunarodnim sporazumima kojih je EU stranka, kojima se osigurava zaštita tradicionalnih izraza za vina i zajamčeno tradicionalnih specijaliteta.
- 46 Prema *European Union Intellectual Property Office (EUIPO). Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part B Examination, Section 4 Absolute Grounds for Refusal, Chapter 10 Trade Marks in Conflict with Geographical indications (Article 7(1)(j) EUTMR)*, pristup 19. siječnja 2022., <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1925835/trade-mark-guidelines/chapter-10-trade-marks-in-conflict-with-designations-of-origin-and-geographical-indications--article-7-1--j--eutmr->.
- 47 Prema *European Union Intellectual Property Office (EUIPO). Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part C Opposition, Section 4 Rights under Article 8(4) and 8(6) EUTMR, Chapter 10 Trade Marks in Conflict with Geographical indications), Chapter 5 Article 8(6) EUTMR — the Protection of Geographical Indications*, pristup 19. siječnja 2022., <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1924654/trade-mark-guidelines/5-article-8-6--eutmr-%E2%80%94the-protection-of-geographical-indications>.
- 48 Zaštita registrirane oznake odnosi se na sam naziv, pa tako primjerice zaštita registrirane oznake „paška čipka“ ne bi mogla spriječiti registraciju figurativnoga žiga za, primjerice sir na kojem je među ostalim slika paške čipke ili čipkarica.

svojstva ili ugled tih proizvoda.⁴⁹ Ipak, nužno je naglasiti da se kao zemljopisnu oznaku može registrirati i pojam koji nije geografski, ali se tradicionalno koristi za određenu vrstu proizvoda s određenog lokaliteta. Riječ je o situacijama kada tradicijski naziv u svijesti potrošača počinje ukazivati i na geografsko podrijetlo i na posebna svojstva proizvoda uvjetovana geografskim podrijetlom.⁵⁰ Stoga pravo na zaštitu mogu uživati i tradicijski nazivi koji nisu geografski pojmovi, ali samo ako se u svijesti potrošača doživljavaju kao zemljopisna oznaka. Osim toga, na razini EU omogućena je zaštita tradicijskih poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda, vina i jakih alkoholnih pića zemljopisnim oznakama, ali još uvijek ne postoji mogućnost takve zaštite za nepoljoprivredne proizvode, iako pojedine države članice, uključujući Republiku Hrvatsku, omogućavaju njihovu zaštitu na nacionalnoj razini.

5. ZAKLJUČAK

Zaštita u okviru sustava žigovna prava u konvencionalnom obliku sukladno načelima žigovna prava uvjetovana je osobitostima tržišta jer materijalne pretpostavke registracije nadležno tijelo ispituje u odnosu na prosječnoga potrošača proizvoda i usluga na teritoriju za koji se zaštita traži te uzimajući u obzir izgled znaka i proizvode i/ili usluge za koje se traži registracija. Stoga, sustav žigovna prava u konvencionalnom obliku, samo u iznimnim situacijama može osigurati defenzivnu zaštitu tradicijskih (najčešće urođeničkih) naziva i simbola - primjerice, kada se kao žig želi registrirati tradicijski naziv ili simbol koji bi zaista mogao dovesti potrošače u zabludu o podrijetlu njime označenih proizvoda.

Manjim modifikacijama konvencionalnih sustava žigovna prava (kao što je, primjerice, učinjeno na Novom Zelandu – uvođenjem, tzv. *kulturološke uvrede* kao apsolutnog razloga za odbijanje registracije žiga) može se osigurati zaštita tradicijskih naziva i simbola od uvredljivih uporaba. No, iako neprimjereno, korištenje tradicijskih naziva i simbola (za razliku od urođeničkih) tradicijske zajednice, osobito one koje obitavaju na području EU, u pravilu, ne bi smatrale uvredljivim. Nešto većom intervencijom u sustav žigovna prava, odnosno, tzv. *službenim oznakama* koje su uvedene u Kanadi, osigurana je iznimno učinkovita zaštita urođeničkih naziva i simbola, budući da su urođeničke zajednice stekle isključiva prava nad svojim tradicijskim oznakama, u neograničenom trajanju, i to u odnosu na bilo koju vrstu proizvoda ili usluga na koje se primjenjuju takve oznake. Slično predstavljaju i registrirane oznake zemljopisnoga podrijetla i oznake izvornosti kojima se obilježavaju tradicijski proizvodi u EU, a koje su propisane i kao apsolutni i kao relativni razlog za odbijanje registracije žiga u EU. No, u EU se primjenom ovih razloga odbijanja može spriječiti neprimjereno korištenje naziva tradicijskih proizvoda samo u pogledu istih ili usporedivih proizvoda i ako time dolazi do iskorištavanja ugleda oznake. Stoga

49 Više o oznakama zemljopisnoga podrijetla i oznakama izvornosti vidjeti u Rački Marinković, *A Usporedba oznaka zemljopisnog podrijetla i žigova s obzirom na pojmovna određenja i međunarodno prihvaćene standarde zaštite*, 189-211 te Ana Rački Marinković, „Osnovna obilježja i opseg zaštite oznaka zemljopisnog podrijetla i žigova“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 65, br. 6 (2015): 665-692.

50 Primjer je takve oznake FETA za meki sir iz Grčke.

je time u okviru žigovnog prava osigurana zaštita samo onih naziva tradicijskih proizvoda koji ujedno ukazuju na zemljopisno podrijetlo takvog tradicijskog proizvoda te u svijesti potrošača time upućuju na određena specifična svojstva ili ugled tih proizvoda. Osim toga, na razini EU još uvijek nije uspostavljen takav sustav zaštite za nepoljoprivredne proizvode pa nazivi tradicijskih nepoljoprivrednih proizvoda nisu posebno zaštićeni u okviru žigovnog prava u EU.

LITERATURA

1. Bainbridge, David. *Intellectual Property – ninth edition*. England: Pearson, 2012.
2. Blackhorse, Amanda. *Why the R*edsk*ns Need to Change*. Pristup 20. srpnja 2021. http://www.huffingtonpost.com/amanda-blackhorse/washington-nfl-name-change_b_2838630.html
3. Boughtonlaw. *Protecting aboriginal marks*. Pristup 20. srpnja 2021. <https://www.boughtonlaw.com/2013/07/protecting-aboriginal-marks/>
4. Canadian Trademarks Act, R.S.C., 1985, c. T-13
5. Direktiva (EU) 2015/2436 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2015. godine o usklađivanju zakonodavstava država članica o žigovima – preinaka, SL 361/1, 23.12.2015.
6. European Union Intellectual Property Office (EUIPO). *Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part B Examination, Section 4 Absolute Grounds for Refusal, Chapter 7 Trade Marks In Conflict With Public Order And Acceptable Principles Of Morality (Article 7(1)(f) EUTMR)*. Pristup 19. siječnja 2022. <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1785746/trade-mark-guidelines/chapter-7-trade-marks-contrary-to-public-policy-or-acceptable-principles-of-morality--article-7-1->
7. European Union Intellectual Property Office (EUIPO). *Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part B Examination, Section 4 Absolute Grounds for Refusal, Chapter 8 Deceptive trade marks (Article 7(1)(g) EUTMR)*. Pristup 19. siječnja 2022. <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1789166/trade-mark-guidelines/chapter-8-deceptive-trade-marks--article-7-1--g--eutmr->
8. European Union Intellectual Property Office (EUIPO). *Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part B Examination, Section 4 Absolute Grounds for Refusal, Chapter 9 Trade Marks in conflict with flags and other symbols (Article 7(1)(h) and (i) EUTMR)*. Pristup 19. siječnja 2022. <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1786543/trade-mark-guidelines/chapter-9-trade-marks-in-conflict-with-flags-and-other-symbols--article-7-1--h--and--i--eutmr->
9. European Union Intellectual Property Office (EUIPO). *Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part B Examination, Section 4 Absolute Grounds for Refusal, Chapter 10 Trade Marks in Conflict with Geographical indications (Article 7(1)(j) EUTMR)*. Pristup 19. siječnja 2022. <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1925835/trade-mark-guidelines/chapter-10-trade-marks-in-conflict-with-designations-of-origin-and-geographical-indications--article-7-1--j--eutmr->
10. European Union Intellectual Property Office (EUIPO). *Guidelines For Examination of European Union Trade Marks, Part C Opposition, Section 4 Rights under Article 8(4) and 8(6) EUTMR, Chapter 10 Trade Marks in Conflict with Geographical indications, Chapter 5 Article 8(6) EUTMR – the Protection of Geographical Indications*. Pristup 19. siječnja 2022. <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1924654/trade-mark-guidelines/5-article-8-6--eutmr-%E2%80%94-the-protection-of-geographical-indications>
11. European Union Intellectual Property Office. Pristup 20. srpnja 2021. <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en>

12. Jessop, Alicia. *Inside The Legal Fight To Change The Washington Redskins' Name*. Pristup 20. srpnja 2021. <http://www.forbes.com/sites/aliciajessop/2013/10/15/a-look-at-the-legal-fight-to-change-the-washington-redskins-name/>
13. Krpan, Petra. „Nekonvencionalni žigovi“. *Pravnik* 48, br. 1 (2014): 63-74.
14. Matanovac Vučković, Romana. „Razlikovnost kao pretpostavka za registraciju žiga“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62, br. 3 (2012): 929-960.
15. Morgan, Owen. „Protecting Indigenous Signs and Trade Marks – The New Zealand Experiment“. *Intellectual Property Quarterly*, br. 1 (2004): 58-84.
16. Opći sud EU; predmet T-417/10, *Cortés del Valle López / OHIM (iQue buenu ye! HJOPUTA)* od 9. ožujka 2012. godine, EU:T:2012:120.
17. Pak, Jasna. *Pravo žiga*. Pristup 20. srpnja 2021. <https://singipedia.singidunum.ac.rs/autor/10256-jasna-pak>
18. Panumas Kudngaongarm. *Traditional Knowledge and Indigenous Resources Standards for Intellectual Property Protection*. *Thailand Law Journal* 12, br. 1 (2009). Pristup 18. siječnja 2022. <http://thailawforum.com/articles/IP-Traditional-Knowledge-Part1-4.html>
19. Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva (1883, Pariz, Francuska), Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/93. i 3/99.
20. Rački Marinković, Ana. „Apsolutni i relativni razlozi za odbijanje registracije žiga: usporedba nekih aspekata europskog i hrvatskog prava te prakse OHIM-a i DZIV-a“. U: *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupanja Europskoj uniji*, ur. Romana Matanovac Vučković, 1-52. Zagreb: Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, 2006.
21. Rački Marinković, Ana. „Osnovna obilježja i opseg zaštite oznaka zemljopisnog podrijetla i žigova“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 65, br. 6 (2015): 665-692.
22. Rački Marinković, Ana. „Usporedba oznaka zemljopisnog podrijetla i žigova s obzirom na pojmovna određenja i međunarodno prihvaćene standarde zaštite“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 63, br. 1 (2013): 189-220.
23. Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva - Aneks 1C Marakeškog ugovora o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije (1994., Marakeš, Maroko), SL 336/214, 23.12.1994.
24. Trade Marks Act 1953, Public Act No. 66/1953
25. Trade Marks Act 2002, Public Act No. 49/2002
26. Ugovor o pravu žiga (1994., Ženeva, Švicarska), Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 9/04.
27. *United States Patent and Trademark Office (USPTO)*. Pristup 20. srpnja 2021. <http://www.uspto.gov/trademarks/law/tribal/>
28. Uredba (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. lipnja 2017. godine o žigu Europske unije (kodificirani tekst), SL 154, 16.6.2017.
29. *USPTO - Department of Commerce. Establishment of a Database Containing the Official Insignia of Federally and State Recognize Native American Tribes*. Pristup 20. srpnja 2021. <https://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/og/2001/week39/patdata.htm>
30. Vargas, Theresa. *From Pork Rinds to Cheerleaders, the Trademark Office Rejects the Word 'Redskins'*. Pristup 20. srpnja 2021. <http://www.washingtonpost.com/blogs/local/wp/2014/01/28/from-pork-rinds-to-cheerleaders-the-trademark-office-rejects-the-word-redskins/>
31. Vrhovni sud SAD-a; predmet *Matal v. Tam* od 19. lipnja 2017. godine, 582 U.S. (2017), No. 15-1293.
32. WIPO (2016). *Advanced Course on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions - Modul III: Protecting TK and TCEs with existing and adapted intellectual property rights*
33. WIPO (2018). *Advanced Course on Trademarks, Industrial Design and Geographical Indication – Module II: Trademarks*

34. *World Intellectual Property Organization (WIPO)*. Pristup 20. srpnja 2021. <http://www.wipo.int/trademarks/en/>
35. Zark, Brian. „Use of Native American Tribal Names as Marks“. *American Indian Law Journal* 3, br. 2 (2015): 537-557.
36. Zografos, Daphne. „New Perspectives for the Protection of Traditional Cultural Expressions in New Zealand“. *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 6, br. 8 (2005): 928-952.

Tea Hasić*
Ana Rački Marinković**

Summary

PROTECTION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS FROM INAPPROPRIATE WITHIN THE FRAMEWORK OF CONVENTIONAL TRADEMARK LAW SYSTEMS

Since few decades ago, the use of traditional insignias on commercial products has been increasing, across the globe. In particular, the use of indigenous insignias on commercial products of non-indigenous origin is often in countries such as USA, Canada, Australia or New Zealand where there are larger indigenous communities. Either as offensive or exploitative the respective practice is unacceptable for indigenous people. Appropriation of traditional insignias by non-indigenous people - i.e. registering indigenous names and symbols as trademarks for commercial products of non-indigenous origin has been considered as particularly unacceptable practice.

The aim of the paper is to assess whether the conventional trademark law system contains mechanisms that can combat inappropriate use of traditional insignias. In order to achieve respective goal, international and European sources in the field of trademark law, as well as specific national solutions, are analyzed.

Research has revealed that conventional trademark law systems provide protection against misuse of traditional insignias only in exceptional occasions. Therefore, certain countries, where there are larger indigenous communities and public policies are focused on the prevention of offensive use of indigenous insignias, have introduced minor or larger intervention in their conventional trademark law systems to increase effectiveness when it comes to combating offensive uses of indigenous insignias. It is shown how in New Zealand the concept of *cultural offense* as an absolute ground for trademark refusal is introduced while in Canada *official insignia* as a special type of trademark is introduced. The impact of those interventions is considered and whether these could be relevant for the European union. Similar interventions applicable in the conventional European trademark law for the protection against inappropriate use of European indigenous and traditional indications are analyzed.

Keywords: traditional cultural expressions; traditional insignias; indigenous names and symbols; trade marks.

* Tea Hasić, Ph.D., lecturer, Faculty of Economics and Tourism "Dr. Mijo Mirković", Juraj Dobrila University of Pula; thasic@unipu.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6079-1156>.

** Ana Rački Marinković, Ph.D., Office of the Agent of the Republic of Croatia before the European Court of Human Rights, Zagreb; aracki@pravo.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5137-7527>.

The views of co-author Ana Rački Marinković are personal and not the official position of the Office.

THE ROLE OF THE EUROPEAN UNION MACRO-REGIONAL STRATEGIES – BETWEEN THE STEADFAST COMMITMENT OF PARTICIPATING COUNTRIES AND AN *AD HOC* APPROACH

Dr. sc. Ivan Zeko-Pivač*

UDK 338.2:061.1(4)EU
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.12>
Ur.: 7. studenoga 2021.
Pr.: 13. ožujka 2022.
Pregledni rad

Summary

The European Union macro-regional strategies represent a policy framework that aims to enable EU Member States and third countries sharing common interests to better coordinate their potentials in order to make the best possible use of available opportunities. This paper looks into the specificities of four EU macro-regional strategies covering 19 European Union Member States and nine non-EU countries. Given the challenging situation caused by the COVID-19 pandemic, it also considers the future perspectives of EU macro-regional strategies as well as their adaptability to new circumstances. More specifically, it focuses on intergovernmental initiatives and their implementation, underlying the importance of the application of the principle of subsidiarity. In addition, the aim of the paper is to provide a critical overview of the subject by highlighting two pivotal elements. First, it assesses whether the EU macro-regional strategies could be genuinely successful, given the fact that they do not have their separate allocation but use the existing funding instead. Second, it explores the ability of the EU macro-regional strategies to bridge wider EU-level policies on the one hand and local policies on the other. Finally, the idea of the paper is to offer an overview of the state of affairs when macro-regions are concerned.

Keywords: *EU macro-regional strategies; European Union; Cohesion Policy.*

1 INTRODUCTION

Defined as a policy framework, the EU macro-regional strategies appear to be a tool which allows countries located in the same region to tackle its specificities by maximising their potentials. By definition, their cooperation leads to a more

* Ivan Zeko-Pivač, Ph.D., Minister Counsellor at the Permanent Representation of the Republic of Croatia to the European Union, Brussels; Ivan.Zeko-Pivac@mvep.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6013-6717>.

efficient use of existing resources in areas of common interest, such as environmental protection or internal market, followed by maximisation of opportunities that would be grasped less often if each country acted independently.¹ A ‘macro-region’ refers to an area that includes a territory encompassing a number of different countries or regions associated with one or more common features or challenges. Such regions are socially construed and demarcated by flexible or even vague boundaries.²

For the fact that the EU macro-regional strategies are usually not explicitly mentioned in most documents of relevance for territorial development,³ it is often difficult to establish a firm legislative basis for their further development. Financed by the European Structural and Investment Funds,⁴ the EU macro-regional strategies focus primarily on cohesion and coherence, notions intrinsically related to the EU’s main investment policy – Cohesion Policy.⁵

Regions are a key element of Cohesion Policy. Academic discussions have already considered the importance of regions, with an emphasis on regionalism, “a distinct political ideology that tries to make regions the centre of political and social construction of a particular society”.⁶

EU Cohesion Policy aims to reduce structural disparities between regions “by fostering balanced development throughout the EU and promoting real equal opportunities for all”.⁷ However, there is no consensus on the capability of Cohesion

- 1 European Commission Publication, *Factsheet – What is an EU macro-regional strategy?* (Brussels: Regional and Urban Policy, Publication Office, European Union, 2017), 1.
- 2 Stefan Gänzle and Kristine Kern, “Macro-regionalization’ and Macro-regional Strategies in the European Union: Towards a New Form of European Governance?”, in: *A ‘macro-regional’ Europe in the making, Theoretical Approaches and Empirical Evidence*, Stefan Gänzle and Kristine Kern (Hampshire: Palgrave Macmillan Publishers Limited, 2016), 3-4.
- 3 Alexandre Dubois *et al.*, *EU macro-regions and macro-regional strategies – A scoping study* (Stockholm: Nordregio, 2009), 9.
- 4 European Commission Publication, *Factsheet – What is an EU macro-regional strategy?*, 1. In the financial period 2014-2020, five European Structural and Investment Funds (ESIF) channelled over half of the EU funding. The funds are jointly managed by the European Commission and EU Member States, and involve European Regional Development Fund (ERDF), Cohesion Fund (CF), European Social Fund (ESF), European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) and European Maritime and Fisheries Fund (EMFF). All the said funds share a common goal of investing in jobs and creating a sustainable and healthy European economy and environment. See more: *European Commission, European Structural and Investment Funds*, https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/funding-opportunities/funding-programmes/overview-funding-programmes/european-structural-and-investment-funds_en, accessed on 1 October 2021.
- 5 Cohesion Policy has long been an important pillar of the European Union and it is highly visible because it comprises one-third of its budget. The governance of Cohesion Policy is unique since it is managed through the so-called ‘shared management’ of EU Member States with the European Commission, resulting in numerous projects across the European Union. See more: Ugo Fratesi and Fiona G. Wishlade, “The impact of European Cohesion Policy in different contexts”, *Regional Studies* 51, No. 6 (2017): 818.
- 6 Vedran Đulabić and Dario Čepo, “Regionalism and Sub-Regional Representation: A Guide to the County Transformation of Croatia”, *Hrvatska komparativna i javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave* 17, No. 4 (2017): 544.
- 7 Nataša Zrilić and Davor Širola, “Regional development through European Economic Interest

Policy to promote economic growth and convergence of European regions, to reduce their economic gaps and disparities, to promote their overall harmonious development or to strengthen their economic, social or territorial cohesion. Different studies reach different conclusions.⁸ For example, bearing in mind the difficult times facing the EU, the Cohesion Policy “remained the most important sign and instrument of European solidarity that became even more necessary in times of crisis. The main recipient countries asked for more European assistance and solidarity and their expectations grew, particularly in the crisis countries. On the other hand, net-paying countries argued for a more efficient use of European funds to promote growth and jobs and denied to increase their payments to the EU budget. They argued that for many decades the policy could not achieve the objective to reduce divergence.”⁹ Nevertheless, understanding the success of Cohesion Policy could be referred as a subjective question, as well as the question of the success of EU macro-regional strategies.

In a nutshell, defining European regions is difficult to such an extent that most scholarly writings on regionalism avoid offering any precise interpretation thereof.¹⁰ There are at least three different definitions of a ‘region’, which could be identified in literature – a statistical, administrative and affective one.¹¹

The EU macro-regional strategies support the overall European Union’s promotion of a positive self-concept through three main types of self-images: the image of cosmopolitan Europe, civilian power and normative power.¹² They were launched as a political and governance experiment,¹³ starting in 2009 with the EU Strategy for the Baltic Sea Region, and they are referred to as a new mode of territorial governance.¹⁴ In the following years, three more EU macro-regional strategies

-
- Grouping (EEIG)”, *International Journal Vallis Aurea* 1, No. 2 (2015): 114.
- 8 Riccardo Crescenzi and Mara Giua, *Leveraging complementarities for evidence-based policy learning* in John, Bachtler, Peter Berkowitz, Sally Hardy and Tatjana Muravska, *EU Cohesion Policy, Reassessing Performance and Direction* (Oxon: Routledge Taylor & Francis Group, 2017), 21.
 - 9 Peter Becker, “The reform of European cohesion policy or how to couple the streams successfully”, *Journal of European Integration* 41, No. 2 (2019): 155
 - 10 Roger Scully and Richard Wyn Jones, *Europe, Regions and European Regionalism* (Hampshire: Palgrave Macmillan Publishers Limited, 2010.), 6.
 - 11 Scully and Wyn Jones, *Europe, Regions and European Regionalism*, 5. Scully and Wyn Jones explain that those three different definitions of a ‘region’ are identifiable in the theory and practice of contemporary European politics and often tangentially interrelated. They represent a basis for the presentation of European statistical data.
 - 12 Elżbieta Stadtmüller and Klaus Bachmann, *The EUs Shifting Borders, Theoretical approaches and policy implications in the new neighbourhood* (Wiltshire: Routledge Taylor & Francis Group, 2012), 20. Stadtmüller and Bachmann emphasize that through these images, the European Union projects an image of superiority.
 - 13 European Commission, *Study on Macrorregional Strategies and their links with Cohesion Policy, Final Report* (Brussels: Directorate-General for Regional and Urban Policy, Directorate D – European Territorial Cooperation, Macro-regions, Interreg and Programme Implementation I Unit D.1 – Macro-regions, Transnational, Interregional Cooperation, IPA, Enlargement, 2017), 10.
 - 14 Stefanie Dühr, *Baltic Sea, Danube and Macro-Regional Strategies: A Model for Transnational Cooperation in the EU?* (Berlin: Institute Jaques Delors, 2011), 5.

ensued – the EU Strategy for the Danube Region in 2010, the EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region in 2014 and the EU Strategy for the Alpine Region in 2015.¹⁵ Their guiding principle could be generally outlined as “no new EU funds, no additional EU formal structures, no new EU legislation while relying on smart coordinated governance approach and synergy effects: better implementation of existing legislation, optimal use of existing financial sources and better use of existing institutions”¹⁶ The EU macro-regional strategies are structured to provide added value to the EU both strategically and politically; first, by providing a framework for enhanced cooperation between participating countries in areas of common interest and in addressing their common challenges; second, by mobilising a variety of available financial sources and relevant stakeholders towards improved policy development and implementation of different policies; third, by improving existing cooperation mechanisms and networks; and fourth, by contributing to developing and improving access to financing new high quality projects and promoting successful ones.¹⁷

In the EU macro-regional strategies, particular attention is paid to a horizontal approach in providing assistance to various types of regional programmes and projects. More precisely, a horizontal approach means moving from traditional vertical to horizontal coordination where various cooperation networks, councils and associations are used.¹⁸ A horizontal approach is important because it ensures allocation of funds to projects that contribute to a wide range of achievements and encourage diversity.¹⁹

2 THE DISTINCTION BETWEEN THE EU MACRO-REGIONAL STRATEGIES – COOPERATION OF THE MEMBER STATES AND NON-EU COUNTRIES

Membership structure varies between strategies. The EU Strategy for the Baltic Sea Region (EUSBSR) mostly revolves, as its name suggests, around the basin of the Baltic Sea, including the hinterland.²⁰ It comprises 12 participating countries: eight EU Member States (Denmark, Estonia, Finland, Germany, Latvia, Lithuania, Poland and Sweden) and four Neighbouring Countries (Belarus, Iceland, Norway and Russia).²¹ The EU Strategy for the Danube Region (EUSDR) concentrates on

15 European Commission Publication, *Factsheet – What is an EU macro-regional strategy?*, 1.

16 Council of the European Union, Council conclusions of 22 October 2013 on added value of macro-regional strategies, General Affairs Council meeting Luxembourg, 2.

17 Council of the European Union, Council conclusions of 22 October 2013 on added value of macro-regional strategies, 2-3.

18 Marek Furmankiewicz, Krzysztof Janc and Áine Macken-Walsh, “Implementation of the EU LEADER programme at member-state level: Written and unwritten rules of local project selection in rural Poland”, *Journal of Rural Studies* No. 86 (2021): 357.

19 Andrew Evans, *EU Regional Policy* (Richmond: Richmond Law & Tax, 2005), 252.

20 European Commission, *EU Strategy for the Baltic Sea Region*, accessed on 2 October 2021, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/baltic-sea/.

21 European Commission, *EU Strategy for the Baltic Sea Region*.

the basin of the Danube River. Due to a large number of participating countries – 14 EU Member States (Austria, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, parts of Germany, Hungary, Romania, Slovakia and Slovenia), three Accession Countries (Bosnia and Herzegovina, Montenegro and Serbia) and two Neighbouring Countries (Moldova and parts of Ukraine), the Strategy is currently the largest and most diverse EU macro-regional strategy.²² Geographically, the EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region (EUSAIR) is defined by the Adriatic and Ionian Seas basin. While encompassing nine countries: four EU Member States (Croatia, Greece, Italy and Slovenia) and five Accession Countries (Albania, Bosnia and Herzegovina, Montenegro, North Macedonia and Serbia),²³ it is the only strategy that has more non-EU members (5) than EU Member States (4), with San Marino being currently on the way to become the tenth participating country. The prevailing characteristic of the EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region refers to the maritime and marine macro-regional objective of protecting the Adriatic and Ionian seas and their ecosystems from pollution.²⁴ Finally, the EU Strategy for the Alpine Region (EUSALP) relies on seven members – Austria, France, Germany, Italy, Liechtenstein, Slovenia and Switzerland.²⁵

Cumulatively, the areas where EU macro-regional strategies are implemented have a total population of over 350 million (EUSBSR – 85 million; EUSDR – 115 million; EUSAIR – 70 million; and EUSALP – 80 million). Bearing in mind that the membership of some countries spans various EU macro-regional strategies, the figure should not be taken as final since the actual number of Europeans involved in macro-regional projects is slightly smaller.²⁶

The economic cooperation between participating countries “can be attributed mainly to foreign trade and foreign direct investment”.²⁷ The basic motive for such cooperation lies in the advantages secured by forming “free-trade areas or custom unions covering several countries or parts thereof”.²⁸

Since the very beginning, the borders of participating countries have been “perceived as both obstacles and opportunities where the European project and European integration are concerned”.²⁹ Even though it was expected that the creation of an EU common market would annulate the obstacles inherent to state borders, certain physical barriers, such as “a lack of roads, bridges or railway connections,

22 European Commission, *EU Strategy for the Danube Region*, accessed on 4 October 2021, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/danube/.

23 European Commission, *EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region*, accessed on 3 October 2021, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/adriatic-ionian/.

24 Loredana Giani, *Connecting the Region and EUSAIR* in Marina D’Orsogna, *EUSAIR Strategy, Multilevel Governance and Territorial Cooperation* (Napoli: Editoriale Scientifica, 2016), 93.

25 European Commission, *The EU Strategy for the Alpine Region*, accessed on 5 October 2021, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/alpine/.

26 European Commission, *Macro-regional strategies*, accessed on 1 October 2021, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/.

27 Jacek Zaucha *et al.*, “EU macro-regional strategies for the Baltic Sea Region after 2020. A nutshell of beauty and possibilities”, *Europa XXI* 38 (2020): 56.

28 Zaucha *et al.*, *EU macro-regional strategies*, 56.

29 Zaucha *et al.*, *EU macro-regional strategies*, 52.

underdevelopment of certain peripheral border regions and mentality-related or cultural differences preventing more efficient pooling of the resources present on either side”, still represent serious aggravating factors. In addition, the full potential of development synergies in cross-border regions remain underused.³⁰

3 THE FUTURE PERSPECTIVES OF THE EU MACRO-REGIONAL STRATEGIES AND THEIR ADAPTABILITY TO NEW CIRCUMSTANCES FROM THE VIEWPOINT OF THE EUROPEAN COMMISSION

On 23 September 2020, the European Commission published its Report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies.³¹ This is the latest, third report on the state of play of the EU macro-regional strategies, covering the period from mid-2018 to mid-2020.³² The Report underlines the state of play and overall progress made regarding the implementation of the EU macro-regional strategies and considers the way forward. It is complemented by a staff working document offering more details on every EU macro-regional strategy.³³ Today, the EU macro-regional strategies represent a powerful tool that support economic, social and territorial development and integration where a particular emphasize is placed on good relations with neighbouring countries. They are “an integral part of the EU territorial cooperation toolbox” and their potential remains to be fully realized. However, in order to keep abreast with new priorities and to continue meeting challenges, they need to be regularly updated. A balance needs to be achieved between emerging new priorities and continuity of work with tangible results.³⁴ The peculiarity of the Report relates to its comprehensiveness as the EU macro-regional strategies are put in the wider context of the unprecedented health crisis caused by the coronavirus.

30 Zaucha *et al.*, *EU macro-regional strategies*, 56.

31 European Commission, Third report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies, COM (2020) 578 final, Brussels, 23.9.2020.

32 European Commission, *Third report on the implementation of EU macro-regional strategies, 1. Those reports are prepared every two years, from the end of 2016 onwards.* Their purpose was first specified in the 2015 Council conclusions on the European Union Strategy for the Alpine Region (EUSALP) as “describing the progress made towards the implementation of all macro-regional strategies, presenting recommendations on possible developments of the Strategies and their Action Plans and/or on how to improve or optimise their implementation, taking into account the particularities of the different strategies”. European Union Strategy for the Alpine Region (EUSALP) - Council conclusions, 14613/15, 27 November 2015, Brussels, 12.

33 European Commission, *Third report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies*, 3.

34 European Commission, *Third report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies*, 9.

Speaking of the first two reports, published in 2016 and 2019, it is possible to see certain concrete conclusions. In the first report, “an assessment of the state of implementation of the current strategies” was made while main achieved results were taken into account as well. Common cross-cutting questions related to all four strategies were addressed, “regardless of their degree of maturity (for example policy-making and planning, governance, monitoring and evaluation, funding and communication).” As the main conclusion, it was drawn that the EU macro-regional strategies have not yet shown their full potential where certain challenges still remain unanswered. “Greater ownership and responsibility need to be retained by the Member States who initiated the strategies”. At the same time, special emphasis was identified as crucial when it comes to the effectiveness of governance systems needs that were supposed to be improved, and relevant existing funding sources (on the EU, regional and national level) that needed to be better coordinated.³⁵ In the second report, the cross-cutting issues (policy-making and planning, administrative capacity, governance, monitoring, access to funding as well as communication) were described as improving when it comes to the results. “In addition, some progress has been made on thematic priorities with a number of implemented projects across the EU macro-regional strategies (environment, climate change, research, innovation, and economic development).” Furthermore, the report stressed that the key implementers “should continue to improve their governance mechanism by strengthening synergies among all regional and local actors.”³⁶

The EU macro-regional strategies are highly relevant in terms of fulfilling the EU priorities for 2019-2024, especially those closely interlinked with the European Green Deal.³⁷ Although there are certain aggravating circumstances in reaching those objectives, such as the lack of a separate allocation for EU macro-regional strategies,³⁸ the European Commission regards them as an extremely useful platform for coordination “across countries and among funds, sectors, governance levels and stakeholders”. However, occasionally, even the European Commission expresses criticism towards them. For example, while acknowledging the importance of the EU macro-regional strategies, the European Commission emphasised that a coordinated action and efficiency improvements in the use of shared available resources are

35 First report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies, COM(2016) 805 final, Brussels, 16.12.2016.

36 Second report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies, COM(2019) 21 final, Brussels, 29.1.2019.

37 European Commission, *Third report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies*, 2.

38 Since the EU macro-regional strategies do not include direct allocation, there are, according to Sielker, “three key drivers that make macro-regions a promising framework to help overcome inefficiencies of existing frameworks are: first, fuzziness, second, frameworks meeting different interests alongside and third, improved access to EU budgets.” Franziska Sielker, *New approaches in European governance? Perspectives of stakeholders in the Danube macro-region* (Oxon: Routledge Taylor&Francis Group, 2016), 93.

needed in order to maximize opportunities and make full use of the EU macro-regional strategies in whole.³⁹ On the other hand, there have been a number of improvements in their implementation since they were formulated. With respect to the previous Report, light should be shed on the following points of progress – (1) the action plan has been revised both in the Danube and the Baltic strategy, (2) the Republic of North Macedonia has joined the Adriatic-Ionian strategy and (3) the ‘embedding’ process is ongoing in all EU macro-regional strategies as a way of aligning the relevant priorities of EU funding programmes 2021-2027 with the EU macro-regional strategies.⁴⁰ The need for further strengthening of the EU macro-regional strategies became even more pronounced at the time of the COVID-19 pandemic, which has proved that effective cooperation between countries is essential for European well-being.

4 THE APPROACH OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION TOWARDS THE EU MACRO-REGIONAL STRATEGIES – KEEP UP THE GOOD WORK!

On 2 December 2020, following the European Commission’s Report of 23 September 2020, the Council of the European Union adopted its conclusions on the implementation of the EU macro-regional strategies.⁴¹ In a relatively short document, all the EU Member States unanimously agreed that the process of implementation is going in the right direction. In a nutshell, the Council welcomed the deliberations of the European Commission, particularly those accentuating the importance of the embedding process of the EU macro-regional strategies in the current financial period 2021-2027 and its facilitation. The conclusions themselves cannot be labelled as revolutionary. Yet, they seem to be an important contribution of the Council to the overall recognition of the relevance of EU macro-regional strategies. More concrete conclusions are expected in the next, fourth report, which should provide for details on the success of the embedding process by 2022.⁴² The need to promote this process has been continuously reiterated by both all the members of the EU macro-regional strategies and the Council of the European Union. Another area that has been deemed by the Council as highly critical for triggering the involvement of the EU macro-regional strategies is the health crisis caused by the COVID-19 pandemic as EU macro-regional strategies should be characterised by synergies necessary to overcome such emergencies. In general, the recipe for the future success of the EU

39 Sielker, *New approaches in European governance?*, 93.

40 Second report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies, COM(2019) 21 final, Brussels, 29.1.2019.

41 Council of the European Union, Council conclusions on the implementation of EU macro-regional strategies, 13424/10, 3 December 2020, Brussels. The Council conclusions on the implementation of the EU macro-regional strategies are adopted on the basis of previously published European Commission’s reports and the Council conclusions in question are the third in a row.

42 Council of the European Union, Council conclusions on the implementation of EU macro-regional strategies, 1.

macro-regional strategies seems simple – participating countries or regions should “actively explore synergies, encourage complementarities and avoid overlap with other relevant regional initiatives and sea-basin strategies”.⁴³ In their 2021-2027 EU national and regional programmes, participating countries will be granted a unique opportunity to promote the relevant priorities of the EU macro-regional strategies. The embedding process is expected to increase programme impacts by providing better coordination and particular financial means.⁴⁴ Similarly to reporting of the European Commission, the Member States at the Council also take an active role in shaping EU macro-regional policies with their conclusions. Currently, there is a lot of room for improvement of the process by raising the participating countries’ awareness of the importance of their proactive approach and substantial contribution to middle to long term recovery alongside with stronger political ownership. Ultimately, the EU macro-regional strategies hold a potential to influence other EU policies, such as environmental policy,⁴⁵ and this witnesses their influential character.

5 THE ABILITY OF THE EU MACRO-REGIONAL STRATEGIES TO RESPOND TO CHALLENGES – QUO VADIS?

One of the most topical questions imposed while assessing the future perspectives of the EU macro-regional strategies is how attractive they appear to potential new members. Some of them have been in the same line-up since their inception, some have evolved over time and some continue to attract new members. The first EU macro-regional strategy, the EU Strategy for the Baltic Sea Region, has had the same membership since it was created in 2009. Although there has been no change in its membership, the Strategy has been being continuously improved through its Action Plans, most recently in February 2021 when the main focus was put on boosting resilience and recovery from the COVID-19 crisis.⁴⁶ Among the main ideas embedded in the pledge for a positive future are the improvement of transnational cooperation, the involvement of young people in the management process and the simplification of coordination and control, which could be achieved by reducing the total number of planned actions from 73 to 44, structured in 14 policy areas. The goal of these measures is establishing a stable and strong region that should provide necessary preconditions for efficient and effective recovery after the crisis.⁴⁷ One of the crucial elements needed in this process is, in Andersson’s words, “that the region possesses a

43 Council of the European Union, Council conclusions on the implementation of EU macro-regional strategies, 7.

44 Gabriela Marchis, “EU Macro-Regional Strategies – A Great Solution for a Better Future”, *Journal of Danubian Studies and Research* 11, No. 2 (2021): 172.

45 Stefan Gänzle, “Macro-regional strategies of the European Union, Russia and multilevel governance in northern Europe”, *Journal of Baltic Studies* 48, No. 4 (2017): 400.

46 European Commission, *New Action plan of the EUSBSR macro-regional strategy for boosting resilience and recovery in the Baltic Sea Region*, accessed on 2 October 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_21_662#6.

47 European Commission, *New Action plan of the EUSBSR macro-regional strategy*.

common identity to some degree or have strong joint interests”⁴⁸

On the other hand, the EU Strategy for the Danube Region has no additional space for expansion as it covers the participants along the Danube River, which is the longest river in the EU and the world’s most international river, sometimes referred to as a natural field of transnational cooperation. The EU Strategy for the Danube Region also has its Action Plan, which determines the direction of the Strategy – unlocking the full potential of the Danube Region in whole. More precisely, the aim of the Strategy is depicted in the Action Plan as “building networks, offering mutual learning, striving for harmonisation, aligning policies, building capacities, strengthening civil society and voluntary service, and more”. The implementation of these activities could be achieved with scant resources but with significant final impact.⁴⁹ In the focus of the Strategy are four principal pillars: Blue Growth, Connecting the Region, Environmental Quality and Sustainable Tourism. Every pillar is intertwined with a wide spectrum of policies and affects other Strategy’s objectives.⁵⁰

On 11 May 2021, representatives of the Government of Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Greece, Italy, Montenegro, North Macedonia, Serbia and Slovenia responded positively to the request of the Republic of San Marino to become the tenth participating country of the EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region by signing the so-called Izola Declaration.⁵¹ The next phase of the process pertains to the letter of 15 June 2021, in which the Member States appealed to the Portuguese Presidency of the Council of the European Union to undertake necessary steps to include the Republic of San Marino into the Strategy. Since the Portuguese Presidency replied positively, the Member States were invited to reveal their position at the meeting of the Structural Measures and Outermost Regions Working Party of the Council of the European Union on 30 September 2021. The Member States unanimously supported the inclusion of the Republic of San Marino into the Strategy.⁵² The attractiveness of the Strategy has been additionally emphasised by the recent Cypriot announcement of intention to become a member thereof. However, the formal steps have not been

48 Marcus Andersson, “Region branding: The case of the Baltic Sea Region”, *Place Branding and Public Diplomacy* 3 (2007): 120.

49 European Commission, Commission staff working document, Action Plan replacing Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, European Union’s Strategy for Danube Region, Brussels, 6.4.2020 SWD (2020) 59 final, 2.

50 See more: European Commission, *EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region*, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/adriatic-ionian/#1, 10 October 2021.

51 Full text of the *Izola declaration* available at <https://www.adriatic-ionian.eu/wp-content/uploads/2021/05/Izola-Declaration-11-May-2021.pdf>, accessed on 9 October 2021. See more: Council of the European Union, Working Paper WK 11076/2021 INIT, Application to join the macro-regional strategy for the EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region (EUSAIR), 27 September 2021, Brussels.

52 Council of the European Union, Working Paper WK 11076/2021 INIT. This also represents internal information of the Structural Measures and Outermost Regions Working Party of which the author is a member.

taken yet.

Finally, the membership of the EU Strategy for the Alpine Region has not undergone any changes since the proclamation of the Strategy which encompasses one of the richest areas in the world – Alpine states. However, significant economic differences between the territories still exist, requiring a more pronounced common response.⁵³

6 IN LIEU OF A CONCLUSION

The EU macro-regional strategies have a significant potential. In theory, their role is by no means questionable. All the four EU macro-regional strategies bear great relevance for the citizens and economies of the respected territories. A unique approach to their management is of utmost importance. While the undertaken activities pertaining to efficiency improvement and benefits can be discussed, the utility of the EU macro-regional strategies remains unchallenged. One of the limiting factors for the four EU macro-regional strategies is their dependency on national planning or maximizing available potential at each Member State's level, so it could be argued that the EU macro-regional strategies are as strong as their weakest component.

The EU macro-regional strategies have proved to be particularly relevant at the time of the unprecedented COVID-19 crisis. In order to alleviate the negative socio-economic impact of the COVID-19 pandemic, the European Union has introduced a number of financial contributions, worth billions of euros,⁵⁴ to help its Member States deal with pressing health, economic and social needs. In this extremely specific situation, when time is a critical factor, the EU macro-regional strategies have turned out to be an important cog in the wheel in the EU's overall *ad hoc* response to the pandemic.

Given their short history (ranging from 12 to 6 years), it is quite difficult to assess the full potential of the EU macro-regional strategies. Still, some lessons have been learned and may be used as future guidance. For example, the unprecedented crisis caused by the COVID-19 pandemic has shown that emergencies usually cannot be addressed by a single country alone to deal effectively with economic, fiscal or social consequences. Furthermore, the efforts of the European Union to create innovative tools with plentiful financial means represent a substantial chance for shaping the

53 European Commission, Commission Staff Working Document, *Action Plan Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions concerning the European Union Strategy for the Alpine Region*, Brussels, 28.7.2015. SWD (2020) 59 final, 4.

54 The European Commission launched two packages of measures in April 2020 – the Coronavirus Response Investment Initiative (CRII) and the Coronavirus Response Investment Initiative Plus (CRII+), both swiftly endorsed by the European Parliament and the Council of the European Union, which led to a release of more than 21 billion euros. On 27 May 2020, they were supplemented by the REACT-EU package, on the basis of which 34 of the total planned 50 billion euros have been approved so far. See more: *Cohesion policy against coronavirus*, accessed on 20 October 2021, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/coronavirus-response/.

future of the European Union. In both cases, the EU macro-regional strategies should be seen as an opportunity to connect and promote economic, social and territorial cohesion.

For the fact that the EU macro-strategies are not tangible nor have a permanent allocation, their character is mystified and, to a certain extent, abstract. Nevertheless, due to their potential in the perplexing world full of challenges, they could, without any doubt, be described as a pledge for future. Yet, the individual approach of participating countries to obstacles is often marked out as a disruptive factor.

The concept of the EU macro-regional strategies could be denoted as inspiring. However, like in real life, in order to produce results, inspiration needs to be coupled with tools and structure. The EU macro-regional strategies are best described by the triple negation rule – there is (1) no new and additional allocation, (2) no new structure and (3) no new legislation. This in practice means that the EU macro-regional strategies must be improved within their existing capacities, so strong political commitment and clear ambition are decisive for their success. By now, the EU macro-regional strategies have swimmingly managed to bring together different stakeholders and unite them around common interests. It is still uncertain whether some of the elements of the triple negation approach will be modified to make the EU macro-regional strategies more effective and sustainable in the future. Also, national administrations often have to deal with demanding tasks and the implementation of additional activities without the triple negation approach could be highly questionable.

The EU macro-regional strategies are dependent on adequate sources of finance, which are secured through various funding schemes such as particular funds and initiatives. Nonetheless, the COVID-19 pandemic is still in full swing, so the burden remains large-scaled and the danger of deepening regional disparities is much present, particularly in terms of creating synergies for growth and employment in the regions. Time will show whether the lessons learned are good enough or some new unprecedented situations will write a new page in history.

Finally, in order to exploit the full potential of the EU macro-regional strategies to the benefit of EU citizens, their connection with Cohesion Policy must be additionally expanded and strengthened, which should then result in the targeting strategic areas and coordination with EU policies and instruments.

BIBLIOGRAPHY

Books and articles:

1. Andersson, Marcus. "Region branding: The case of the Baltic Sea Region". *Place Branding and Public Diplomacy* 3 (2007): 120-130.
2. Bachtler, John, Peter Berkowitz, Sally Hardy and Muravska, Tatjana. *EU Cohesion Policy, Reassessing Performance and Direction*. Oxon: Routledge Taylor & Francis Group, 2017.
3. Becker, Peter. "The reform of European cohesion policy or how to couple the streams successfully". *Journal of European Integration* 41, No. 2 (2019): 147-168.
4. Dubois, Alexandre, Sigrid Hedin, Peter, Schmitt and José Sterling. *EU macro-regions and macro-regional strategies – A scoping study*. Stockholm: Nordregio, 2009.

5. Dühr, Stefanie. *Baltic Sea, Danube and Macro- Regional Strategies: A Model for Transnational Cooperation in the EU?*. Berlin: Institute Jaques Delors, 2011.
6. Đulabić, Vedran and Dario Čepo. "Regionalism and Sub-Regional Representation: A Guide to the County Transformation of Croatia". *Hrvatska komparativna i javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave* 17, No. 4 (2017): 539-568.
7. European Commission Publication, *Factsheet – What is an EU macro-regional strategy?*. Brussels: Publication Office, European Union, 2017.
8. Evans, Andrew. *EU Regional Policy*. Richmond: Richmond Law&Tax, 2005.
9. Fratesi, Ugo and Fiona G. Wishlade, "The impact of European Cohesion Policy in different contexts". *Regional Studies* 51, No. 6 (2017): 817-821.
10. Furmankiewicz, Marek, Krzysztof Janc and Macken-Walsh Áine. "Implementation of the EU LEADER programme at member-state level: Written and unwritten rules of local project selection in rural Poland". *Journal of Rural Studies* No. 86 (2021): 357-365.
11. Gänzle, Stefan. "Macro-regional strategies of the European Union, Russia and multilevel governance in northern Europe". *Journal of Baltic Studies* 48, No. 4 (2017), 397-406.
12. Gänzle, Stefan and Kristine Kern. *A 'macro-regional' Europe in the making, Theoretical Approaches and Empirical Evidence*. Hampshire: Palgrave Macmillan Publishers Limited, 2016.
13. Giani, Loredana. *EUSAIR Strategy, Multilevel Governance and Territorial Cooperation*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.
14. Marchis, Gabriela. "EU Macro-Regional Strategies – A Great Solution for a Better Future". *Journal of Danubian Studies and Research* 11, No. 2 (2021): 161-173.
15. Scully, Roger and Richard Wyn Jones. *Europe, Regions and European Regionalism*. Hampshire: Palgrave Macmillan Publishers Limited, 2010.
16. Sielker, Franziska. *New approaches in European governance? Perspectives of stakeholders in the Danube macro-region*. Oxon: Routledge Taylor & Francis Group, 2016.
17. Stadtmüller, Elżbieta and Klaus Bachmann. *The EUs Shifting Borders, Theoretical approaches and policy implications in the new neighbourhood*. Wiltshire: Routledge Taylor&Francis Group, 2012.
18. Zaucha, Jacek, Dorota Pyć, Kai Böhme, Lilia Neumann and Dominik Aziewicz. "EU macro-regional strategies for the Baltic Sea Region after 2020. A nutshell of beauty and possibilities". *Europa XXI* 38 (2020): 51-76.
19. Zričić, Nataša and Davor Širola. "Regional development through European Economic Interest Grouping (EEIG)". *International Journal Vallis Aurea* 1, No. 2 (2015): 105-15.

Legal acts:

1. Council of the European Union, Council conclusions on added value of macro-regional strategies, General Affairs Council meeting Luxembourg, 22 October 2013.
2. Council of the European Union, Council conclusions on the implementation of EU macro-regional strategies, 13424/10, Brussels, 3 December 2020.
3. Council of the European Union, Working Paper WK 11076/2021 INIT, Application to join the macro-regional strategy for the EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region (EUSAIR), Brussels, 27 September 2021.
4. European Commission, Commission staff working document, Action Plan replacing Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, European Union's Strategy for Danube Region, SWD (2020) 59 final, Brussels, 6 April 2020.

5. European Commission, Commission Staff Working Document, Action Plan Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions concerning the European Union Strategy for the Alpine Region, SWD (2020) 59 final, Brussels, 28 July 2015.
6. European Commission, European Union Strategy for the Alpine Region (EUSALP) - Council conclusions, 14613/15, Brussels, 27 November 2015.
7. European Commission, Report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies, COM (2016) 805 final, Brussels, 16 December 2016.
8. European Commission, Report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies, COM (2019) 21 final, Brussels, 29 January 2019.
9. European Commission, Report to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of EU macro-regional strategies, COM (2020) 578 final, Brussels, 23 September 2020.
10. European Commission, Study on Macroregional Strategies and their links with Cohesion Policy, Final Report, Directorate-General for Regional and Urban Policy, Directorate D – European Territorial Cooperation, Macro-regions, Interreg and Programme Implementation I Unit D.1 – Macro-regions, Transnational, Interregional Cooperation, IPA, Enlargement, Brussels, 1 November 2017.

Other sources:

1. *European Commission, Cohesion policy against coronavirus*. Accessed on 20 October 2021. https://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/coronavirus-response/
2. *European Commission, EU Strategy for the Adriatic and Ionian Region*. Accessed on 3 October 2021. https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/adriatic-ionian/
3. *European Commission, EU Strategy for the Alpine Region*. Accessed on 5 October 2021. https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/alpine/
4. *European Commission, EU Strategy for the Baltic Sea Region*. Accessed on 2 October 2021. https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/baltic-sea/
5. *European Commission, EU Strategy for the Danube Region*. Accessed on 4 October 2021. https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/danube/
6. *European Commission, European Structural and Investment Funds*. Accessed on 1 October 2021. https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/funding-opportunities/funding-programmes/overview-funding-programmes/european-structural-and-investment-funds_en
7. *European Commission, Macro-regional strategies*. Accessed on 1 October 2021, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/cooperation/macro-regional-strategies/.
8. *European Commission, New Action plan of the EUSBSR macro-regional strategy for boosting resilience and recovery in the Baltic Sea Region*. Accessed on 2 October 2021. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_21_662#6

Ivan Zeko-Pivač*

Sažetak

ULOGA MAKROREGIONALNIH STRATEGIJA EUROPSKE UNIJE – IZMEĐU ČVRSTE OBVEZE ZEMALJA SUDIONICA I *AD HOC* PRISTUPA

Makroregionalne strategije Europske unije okvir su politike koji ima za cilj omogućiti državama članicama EU-a i trećim zemljama, koje dijele zajedničke interese, da bolje koordiniraju svoje potencijale kako bi na najbolji način iskoristile dostupne mogućnosti. Ovaj rad razmatra specifičnosti četiriju makroregionalnih strategija EU-a koje pokrivaju 19 država članica i devet zemalja koje nisu članice EU-a. S obzirom na izazovnu situaciju uzrokovanu pandemijom bolesti COVID-19, razmatraju se i buduće perspektive makroregionalnih strategija EU-a kao i njihova prilagodljivost novim okolnostima. Točnije, usredotočuje se na međuvladine inicijative i njihovu provedbu, što je temelj primjene načela supsidijarnosti. Uz to, cilj je rada dati kritički presjek teme naglašavajući dva ključna elementa. Prvo, procjenjuje se mogu li makroregionalne strategije EU-a biti istinski uspješne s obzirom na to da nemaju zasebnu alokaciju sredstava, već koriste postojeća sredstva. Drugo, istražuje se sposobnost makroregionalnih strategija EU-a da premoste razlike između politika na razini EU-a s jedne strane i lokalnih politika s druge. Ideja je rada ponuditi pregled aktualnosti u kontekstu makroregionalnih strategija EU-a.

Ključne riječi: *makroregionalne strategije EU-a; Europska unija; kohezijska politika.*

* Dr. sc. Ivan Zeko-Pivač, Ministar savjetnik u Stalnom predstavništvu Republike Hrvatske pri EU, Bruxelles; Ivan.Zeko-Pivac@mvep.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0000-0001-6013-6717>.

PREDANOST ZAKONODAVCA TEMELJNIM (SOCIJALNIM) POREZNIM NAČELIMA USTAVA PRI UREĐENJU SUSTAVA OPOREZIVANJA DOHOTKA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Valentino Kuzelj*

Doc. dr. sc. Emina Jerković**

Prof. dr. sc. Renata Perić***

UDK 336.227(497.5)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.1.13>

Ur.: 12. srpnja 2021.

Pr.: 15. studenoga 2021.

Pregledni rad

Sažetak

Porez na dohodak, zbog svojega temeljnog strukturnog obilježja prilagodljivosti gospodarskoj snazi poreznih obveznika, jedan je od temeljnih instrumenata ostvarenja porezne pravednosti. Pritom progresivnost sustava oporezivanja dohotka ne utječe isključivo na ostvarenje redistributivnog načela, već se smatra pogodnim instrumentom ublažavanja ili anuliranja negativnih posljedica regresivnoga djelovanja neizravnih poreza, ponajprije poreza na dodanu vrijednost. Dodatno, sredstva ubrana s osnove poreza na dohodak, kao dijeljenog poreza, najizdašniji su izvor financiranja jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i javnih usluga koje one osiguravaju građanima. Imajući navedeno na umu, promotri li se razvoj hrvatskoga sustava oporezivanja dohotka, osobito u posljednjih desetak godina, postavlja se pitanje uspijeva li on u ostvarivanju svojih temeljnih funkcija: fiskalne i socijalne.

Ključne riječi: *porez na dohodak; kompenzatorna progresija; apsolutna progresija; redistributivno načelo; jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.*

1. UVOD

Porezi su odraz i proizvod društvene, ekonomske i političke stvarnosti te se promjena u svakoj od tih sfera ogleda i u promjenama poreznog sustava. Navedeno proizlazi iz činjenice da u suvremenosti, osim ostvarenja fiskalnoga načela (ubiranje poreznih prihoda), suvremeni porezni sustavi služe ostvarivanju širokog raspona

* Valentino Kuzelj, student, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; valentino.kuzelj01@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3028-8562>.

** Dr. sc. Emina Jerković, docentica, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku; emina.jerkovic@pravos.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2721-1898>.

*** Dr. sc. Renata Perić, redovita profesorica u trajnom zvanju, Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayer u Osijeku; rperic@pravos.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1396-1818>.

nefiskalnih načela, od kojih posebno valja istaknuti socijalna.¹ Stoga se kod primjene poreznih propisa ključnim pitanjem ističe prepoznavanje (fiskalnih i/ili nefiskalnih) načela čijem ostvarenju stremi određeni porezni oblik i pojedine njegove odredbe. Pritom identifikacija načela u pozadini određenog poreznog instrumenta ne može biti odlučujuća i konačna, već je potrebno pristupiti njihovoj analizi uz primjenu teleološke metode. Takvo tumačenje ne smije biti primijenjeno isključivo u svjetlu fiskalnoga načela, s obzirom na to da i porezni oblici karakterizirani ponajprije izdašnošću prikupljenih prihoda „moraju ostvarivati zahtjev da se ukupno porezno opterećenje između poreznih obveznika raspodijeli sukladno određenom standardu ili kriteriju, poput načela oporezivanja sukladno gospodarskoj snazi ili sposobnosti za plaćanje“.²

Tako i Ustav Republike Hrvatske³ (dalje: URH) daje prednost socijalnim načelima poreznoga sustava (čl. 51.), propisujući obvezu sviju na pridonošenje podmirenju javnih izdataka u skladu sa svojim gospodarskim mogućnostima (vertikalna pravednost). Porezni sustav Republike Hrvatske (u nastavku: RH) treba se temeljiti na načelima jednakosti (horizontalna pravednost) i pravednosti (deklaratorna pravednost, čiji se sadržaj ogleda u ostalim odredbama čl. 51.). Navedene odredbe o dizajnu poreznog sustava valja tumačiti u kontekstu temeljne predanosti URH konceptu socijalne države (čl. 1., st. 1.) i načelu socijalne pravde (čl. 3.). Iz navedenoga proizlazi primat socijalnih nad ostalim načelima poreznog sustava.⁴ Zbog toga je nužno istaknuti važnost primjerenog ustavnosudskog tumačenja zahtjeva proizišlih iz načela socijalne pravde kao sastavnoga dijela koncepta socijalne države u pogledu (socijalno pravednog) dizajna pojedinih poreznih instrumenata te poreznog sustava u cjelini. U tom smislu, iako je Ustavni sud „uspostavio impozantan niz doktrinarnih razmatranja o prirodi socijalne države i socijalnih prava“,⁵ zabrinjava njegov zaključak iznesen u poznatoj odluci o tzv. *kriznom porezu* gdje, izlažući pristup nadzoru ustavnosti poreznog zakonodavstva te usprkos načelno izraženom (i u drugim predmetima opetovano potvrđenom) stajalištu o potrebi holističke interpretacije ustavnoga teksta, socijalnu državu razmatra „naizgled odvojeno od specifičnih ustavnih određenja vezanih za porezni sustav“.⁶

Suprotno tome, valja se zalagati za integralno poimanje ustavnih načela oporezivanja kao struktura koje bi trebale služiti ostvarivanju sadržaja koncepta socijalne države. U takvom tumačenju valja poći i dalje te je, s obzirom na to da je u

- 1 Božidar Jelčić, „Nužne su promjene i u oporezivanju“, *Informator* 57, br. 5753 (2009): 1.
- 2 Stjepan Gadžo, „Primjena i tumačenje poreznog prava: teorijsko-normativne osnove“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 70, br. 2-3 (2020): 386-387.
- 3 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispravak, 76/10., 85/10. – pročišćeni tekst, 5/14. – Odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014.
- 4 Detaljnije v. Hrvoje Arbutina, „Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62, br. 5-6 (2012): 1286-1288.
- 5 Valentino Kuzelj, Sonja Cindori i Ana Horvat Vuković, „Aptoeza socijalne države: imperativni zahtjev ostvarenja socijalne pravde u Republici Hrvatskoj“, *Pravni vjesnik* 37, br. 3-4 (2021): 74.
- 6 Matija Miloš i Valentino Kuzelj, „Ostvarenje i zaštita ustavnog ideala porezne pravednosti u svjetlu zahtjeva socijalne države“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 58, br. 4 (2021): 1104.

ustavnosudskoj praksi potvrđena pripadnost socijalne države (čl. 1., st. 1.) i socijalne pravde (čl. 3.) hrvatskom ustavnom identitetu (strukturnim i nepromjenjivim načelima URH)⁷ i imajući na umu „važnost koju socijalna pravda kao sastavni dio koncepta socijalne države ima pri ostvarenju ljudskog dostojanstva“, opravdano „tvrditi da je materijalna supstanca (sadržaj) načela oporezivanja iz čl. 51. posredno uvedena u red ustavno-identitetskih odrednica hrvatskog Ustava“.⁸ Zahtjevi koje socijalna država i socijalna pravda postavljaju zakonodavcu u pogledu uređenja poreznog sustava (što uključuje predanost *lex specialis* ustavnim odredbama o dizajnu poreznog sustava sadržanim u čl. 51.) nedvojbeno su temeljna supstancijalna načela oporezivanja koja su, za razliku od procesnih poreznih načela usmjerenih na zaštitu prava (svakoga) poreznog obveznika od postupanja poreznih tijela pri ubiranju poreza,⁹ ponajprije pozitivna obveza zakonodavca na uspostavljanje socijalno pravednog (redistributivnog) poreznog sustava, tj. na pravednu raspodjelu poreznog tereta između (ukupnosti) poreznih obveznika.

Stoga ne čudi da se u suvremenosti upravo (re)distributivan učinak (izmjena) poreza u mnogim državama ističe jednim od temeljnih političkih pitanja pri reformi poreznog sustava.¹⁰ Upravo u kontekstu (redistributivne) pravednosti valja istaknuti važnost poreza na dohodak kao jednog „od temeljnih poreznih oblika kojim se može utjecati na pravedniju raspodjelu dohotka“.¹¹ Pritom je nužno uzeti u obzir njegovo temeljno strukturno obilježje prilagodljivosti gospodarskoj snazi poreznih obveznika, što posljedično pridonosi ostvarivanju načela vertikalne i horizontalne pravednosti.¹² Stoga će se u nastavku, primjenom analize pravnih izvora i analize sekundarnih izvora, ispitati važnost poreza na dohodak pri ostvarivanju ustavnih načela oporezivanja. Pritom će se u radu koristiti pretežno deskriptivna metoda, u cilju izlaganja razvoja sustava poreza na dohodak u RH te njegova aktualnog (pozitivnog) zakonskog uređenja. U pojedinim će se poglavljima, a osobito u zaključku, koristiti i normativna metoda, u cilju razmatranja mogućih unaprjeđenja (*de lege ferenda*) pravednosti i funkcionalnosti hrvatskoga sustava oporezivanja dohotka. U drugom će se poglavlju

7 Ustavni sud potvrdio je pripadnost čl. 1. i čl. 3. URH-a u red strukturnih obilježja hrvatske ustavne države, tzv. ustavnog identiteta, Ustavni sud Republike Hrvatske, Upozorenje br. U-VIIR-5292/2013 od 28. listopada 2013., t. 3.; Ustavni sud Republike Hrvatske, Priopćenje br. SuS-1/2013 od 14. studenoga 2013., t. 5.

8 Valentino Kuzelj i Domeniko Kvaruč, „Pluralizam ustavnih vrednota: konstituiranje socijalnog tržišnog gospodarstva u Republici Hrvatskoj“, u: *EMAN 2021 – Economics & Management: How to Cope with Disrupted Times, Conference Proceedings*, ur. Vuk Bevanda i Rui Dias (Beograd: Association of Economists and Managers of the Balkans, 2021.), 504.

9 Procesna načela oporezivanja nisu predmet interesa ovoga rada, već o njima detaljnije vidi, npr. Pasquale Pistone (ur.), *Tax Procedures* (Amsterdam: IBFD, 2020.), 3-114.

10 OECD, *Fundamental Reform of Personal Income Tax* (Paris: OECD, 2006.), 40.

11 Renata Perić i Emina Konjić, „Primjena načela pravednosti u sustavima oporezivanja dohotka“, u: *Spomenica Prof. dr. sc. Juri Šimoviću*, ur. Hrvoje Arbutina i Tereza Rogić Lugiarić (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu / Studijski centar za javnu upravu i javne financije, 2017.), 39.

12 Nikola Mijatović, „Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima uređenja oporezivanja dohotka“, *Revija za socijalnu politiku* 14, br. 3-4 (2007): 294.; Marina Kesner-Škreb, „Porez na dohodak“, *Financijska teorija i praksa* 28, br. 1 (2007): 141.

ukazati na važnost poreza na dohodak za ostvarenje porezne pravednosti u kontekstu cjeline poreznog sustava, osobito pri ublažavanju ili anuliranju regresivnih učinaka neizravnih poreza (ponajprije poreza na dodanu vrijednost, u nastavku: PDV). S obzirom na važnost poreza na dohodak kao dijeljenoga poreza za financiranje jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, u trećem će se poglavlju istaknuti negativan utjecaj smanjenja poreznih prihoda s osnove poreza na dohodak za ostvarenje zadaća i pružanje javnih usluga na lokalnoj i područnoj razini (a koje su po svojoj naravi uvelike socijalne). U četvrtom će se poglavlju dati pregled razvoja progresivnosti sustava oporezivanja dohotka u RH, od osamostaljenja do suvremenosti te će se ukazati na tri prijeporna rješenja u pozitivnom zakonskom uređenju poreza na dohodak, a koja ne pridonose ostvarenju socijalnih ciljeva. Naposljetku se postavlja pitanje koliko su doista (učestale) zakonske intervencije unutar sustava poreza na dohodak rezultat predanosti ustavnim načelima poreznog sustava te pridonosi li aktualni sustav oporezivanja dohotka ostvarenju svojih temeljnih funkcija: fiskalne i socijalne.

2. ULOGA POREZA NA DOHODAK U UBLAŽAVANJU ILI ANULIRANJU REGRESIVNOG UČINKA NEIZRAVNIH POREZA

Porezu na dohodak je „pored ostvarenja fiskalnog cilja, povjereno i ostvarivanje brojnih drugih ciljeva, prije svega, socijalne naravi“,¹³ s obzirom na visoku razinu slaganja financijske teorije o mogućnosti ostvarenja načela porezne pravednosti progresivnim oporezivanjem dohotka. U kontekstu cjeline poreznog sustava posebno se ističe važnost postizanja progresivnog učinka poreza na dohodak u cilju ublažavanja regresivnoga djelovanja PDV-a.¹⁴ Upravo je svojstvo regresivnosti, ogledano u činjenici „da relativni udio potrošnje u dohotku pada kada dohodak raste“, najaglašenija kritika PDV-a, budući da ne uzima u obzir načelo vertikalne pravednosti u oporezivanju.¹⁵ Iako su mjere usmjerene ublažavanju regresivnosti moguće i u sustavu posrednih poreza, ponajprije PDV-a, npr. privilegiranje određenih vrsta proizvoda neophodnih za život te njihovo oporezivanje nižom poreznom stopom (i hrvatski sustav PDV-a¹⁶ obuhvaća, uz standardnu stopu od 25 %, dvije povlaštene stope od 5 i 13 % primjenjive na taksativno navedenu listu proizvoda), navedeno rješenje ne može se okarakterizirati zadovoljavajućim budući da se privilegiranost u potrošnji takvih proizvoda ne može ograničiti isključivo na porezne obveznike (kupce)

13 Mijatović, *Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima uređenja oporezivanja dohotka*, 308.

14 Perić i Konjić, *Primjena načela pravednosti u sustavima oporezivanja dohotka*, 37.

15 Jure Šimović, „Socijalni učinci poreza na dodanu vrijednost“, *Revija za socijalnu politiku* 5, br. 2-3 (1998): 105.; Emina Jerković, „The Challenges and Effectiveness of Value Added Tax Rates as a Distributional Tool“, u: *EU Law in context – adjustment to membership and challenges of the enlargement*, ur. Dunja Duić i Tunjica Petrašević (Osijek: Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Faculty of Law, 2018.), 673.

16 Zakon o porezu na dodanu vrijednost, Narodne novine, br. 73/13., 99/13., 148/13., 153/13., 143/14., 115/16., 106/18., 121/19., 138/20., čl. 38., st. 1.-3.

slabije gospodarske snage.¹⁷ Uzimajući izdašnost poreznih prihoda kao temeljnu odliku PDV-a, „a ne rješavanje određenih socijalnih ili političkih problema“,¹⁸ u suvremenim se poreznim sustavima sve češće poseže za mjerama ublažavanja regresivnosti izvan sustava PDV-a. Pritom se kao najučinkovitija mjera ističe progresivno oporezivanje dohotka u cilju ostvarenja, tzv. kompenzatorne progresije.¹⁹

Pritom valja istaknuti kako se time tek ublažava (djelomična kompenzatorna progresija) ili anulira (potpuna kompenzatorna progresija) regresivan učinak posrednih poreza (ponajprije PDV-a), tj. postiže se proporcionalno oporezivanje. Pritom je za ostvarenje, tzv. apsolutne progresije nužno postići redistributivan, a ne tek ublažavajući učinak progresivnog oporezivanja dohotka.²⁰ Stoga valja imati na umu kako se ostvarivanje načela solidarnosti u širem smislu postiže tek preraspodjelom dohotka (ili imovine) u skladu s načelom ekonomske snage koje, prema suvremenom stajalištu, podrazumijeva progresivno oporezivanje.²¹

U kontekstu aktualnoga hrvatskog uređenja sustava oporezivanja dohotka, ne čudi činjenica da se fiskalna uloga poreza na dohodak razlikuje od one u razvijenim državama kojima RH stremi. Pritom skromnost poreznih prihoda od poreza na dohodak proizlazi iz sužene porezne osnovice²² zbog stalnoga povećanja iznosa neoporezivog dijela dohotka te smanjenja broja i visine poreznih stopa (o čemu više *infra*). Činjenica je da se fiskalni sustav RH većinom oslanja na prihode od neizravnih poreza i doprinosa za socijalna osiguranja, dok je udio poreza na dohodak u cjelokupnim proračunskim prihodima relativno skroman.²³ Stoga je iznalaženje prikladnih mjera za suočavanje s negativnim socijalnim efektima neizravnih (posrednih) poreza posebno važno u hrvatskom kontekstu, s obzirom na njihov visok udio u BDP-u i ukupnim proračunskim i poreznim prihodima. Tako je udio posrednih poreza u BDP-u u blagom porastu od 2011. kada je iznosio 17,2 % (udio PDV-a, kao najizdašnijeg neizravnog poreza, iste je godine iznosio 11,3 % BDP-a) te je u 2018. iznosio 20,1 % (dok je udio PDV-a u BDP-u te godine dosegao 13,5 %). Time je RH na drugom mjestu među državama članicama EU-a prema udjelu neizravnih poreza u BDP-u (dok je prema udjelu PDV-a u BDP-u na prvom mjestu). S druge strane, udio poreza na dohodak u BDP-u od 2006. do 2018. nije dosegao 4 % te je RH na 25. mjestu među državama članicama EU-a prema sudjelovanju prihoda s osnove poreza na dohodak u BDP-u u 2018. (3,5 % BDP-a).²⁴

17 Olivera Lončarić-Horvat, „Socijalna država i posredni porezi“, *Revija za socijalnu politiku* 2, br. 2 (1995): 118.

18 Sonja Cindori i Lana Pogačić, „Problematika utvrđivanja broja i visine stopa poreza na dodanu vrijednost“, *Ekonomika misao i praksa* 19, br. 2 (2010): 244.

19 Jerković, *The Challenges and Effectiveness of Value Added Tax Rates as a Distributional Tool*, 675.

20 Božidar Jelčić, Olivera Lončarić-Horvat, Jure Šimović, Hrvoje Arbutina i Nikola Mijatović, *Financijsko pravo i financijska znanost* (Zagreb: Narodne novine, 2008.), 165.

21 Barbara Jelčić, „Neki principi oporezivanja jučer i danas“, *Pravo i porezi* 12, br. 6 (2003): 10.

22 Emina Jerković, *Razvoj sustava i modeli oporezivanja dohotka, doktorska disertacija* (Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2014.), 228.

23 Predrag Bejaković, „Obilježja i promjene oporezivanja dohotka i dobiti u novom tisućljeću“, *Porezni vjesnik* 25, br. 7-8 (2016): 116. i 118.

24 European Commission, *Taxation Trends in the European Union: Data for the EU Member States*,

Navedeno ne zabrinjava tek sa stajališta pravednosti i progresivnosti cjelokupnoga poreznog sustava, već i zbog činjenice da je porez na dohodak, kao dijeljeni porez, najizdašniji izvor financiranja lokalne i područne (regionalne) samouprave i javnih usluga koje pružaju.

3. VAŽNOST PRIHODA OD POREZA NA DOHODAK ZA FINANCIRANJE JEDINICA LOKALNE I PODRUČNE (REGIONALNE) SAMOUPRAVE

Važnost prihoda od poreza na dohodak dodatno je istaknuta time što je on najvažniji izvor prihoda lokalne i područne (regionalne) samouprave te financiranja, tzv. decentraliziranih funkcija (socijalna skrb, školstvo, zdravstvo i vatrogastvo).²⁵ S obzirom na ulogu lokalne i područne (regionalne) samouprave u zadovoljenju potreba pojedinaca te pridonosa razvoju zajednice u cjelini, upravo se kroz njezino uspješno funkcioniranje ogleda stupanj demokracije određenog društva.²⁶ U tom smislu nužno je istaknuti „da je osnovna zadaća lokalnih jedinica poboljšanje životnog standarda svih njezinih stanovnika“.²⁷ Pritom valja napomenuti da, iako je primarni cilj jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave osiguranje zadovoljavajuće razine javnih usluga stanovnicima svojega područja, većina njih ne raspolaže odgovarajućom razinom prihoda namijenjenih njihovu financiranju.²⁸ Stoga stvarna razina njihove autonomije ne proizlazi iz ustavnog i zakonskog utemeljenja, već ponajprije ovisi o gospodarskim mogućnostima, iznosu te strukturi i slobodnoj upotrebi sredstava.²⁹

Iceland and Norway, 2020 Edition (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.), 88.

- 25 Renata Perić i Emina Jerković „Significance of Shared Taxes in the Tax System of the Republic of Croatia”, u: *Economic and Social Development, 26th International Scientific Conference on Economic and Social Development – „Building Resilient Society“*, *Book of Proceedings*, ur. Vojko Potocan, Pavle Kalinic i Ante Vuletic (Zagreb: Varazdin Development and Entrepreneurship Agency, Faculty of Management University of Warsaw, University North, 2017.), 320.; Emina Jerković, „Importance of Tax Revenue Concerning Budgets of Local and Regional Self-Government Units“, u: *Interdisciplinary Management Research XI*, ur. Urban Bacher *et al.* (Opatija: Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Faculty of Economics, Hochschule Pforzheim University, 2015.), 690. Udio u raspodjeli prihoda od poreza na dohodak v. Zakon o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, Narodne novine, br. 127/17., 138/20., čl. 5.
- 26 Zoran Šinković, „Financiranje jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 56, br. 1 (2019): 223.
- 27 Dubravka Jurlina Alibegović, „Financiranje lokalne samouprave“, u: *Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj*, ur. Katarina Ott, Anto Bajo, i Mihaela Pitarević (Zagreb: Institut za javne financije, 2002.), 95.
- 28 Perić i Jerković, *Significance of Shared Taxes in the Tax System of the Republic of Croatia*, 324.; Emina Jerković, „Decentralisation of Financing of Self-Government Units in the Republic of Croatia“, u: *9th International Scientific Forum: ISF 2017* (Kocani: European Scientific Institute, 2017.), 113.
- 29 Zsombor Ercsey, Emina Konjić, Renata Perić, Csaba Szilovics, „Sustav financiranja i proračun jedinica lokalne i regionalne samouprave“, u: *Pravni aspekti prekogranične suradnje i EU integracija: Mađarska – Hrvatska*, ur. Mirela Župan (Pečuh – Osijek: Pravni fakultet

Drugim riječima, razina njihovih ovlasti ovisi o rasponu usluga koje pružaju, ali i o dostatnosti financijskih resursa te o ovlastima u alokaciji proračunskih prihoda i određivanju stopa lokalnih poreza.³⁰

S obzirom na to da je osiguranje javnih usluga usko povezano s ostvarenjem ciljeva socijalne države, nužno je osigurati dostatna sredstva za njihovo pružanje. Pritom se neizbježno nameće potreba kreiranja djelotvornoga „središnjeg“ sustava poreza na dohodak³¹ kao najvažnijega izvora prihoda lokalne i područne razine. Svaka promjena u poreznom opterećenju te, posljedično, visini prihoda od poreza na dohodak *ipso facto* utječe na lokalne proračune. Pritom pojedine lokalne jedinice na gubitak prihoda nerijetko odgovaraju promjenama u sustavu lokalnih poreza, umanjujući ili anulirajući gubitke na prihodovnoj strani s osnove poreza na dohodak, ali i namjeravani efekt poreznog rasterećenja dohotka koji se zakonskim izmjenama nastojalo ostvariti.³² Ipak, i takvi odgovori lokalnih jedinica ograničenog su dosega budući da se prirez porezu na dohodak, kao lokalni porez,³³ obračunava na iznos naplaćenog poreza na dohodak.³⁴ Lokalne jedinice mogu na smanjene prihode s osnove poreza na dohodak odgovoriti povećanjem stopa prireza te time relativno više zahvatiti u dohodak poreznih obveznika, ali apsolutni iznos tako ubranih prihoda ovisi ponajprije o iznosu naplaćenog poreza na dohodak kao osnovici obračuna prireza. Navedeno ponajbolje oslikava nedostatak koordiniranoga djelovanja središnje države i lokalnih jedinica u postavljanju zajedničkih proračunskih ciljeva i politika.³⁵ Stoga ne čudi što Barić kao nužnu i najobuhvatniju ustavnu i zakonodavnu izmjenу navodi reformu lokalne i područne (regionalne) samouprave, pritom ističući problem financijske ovisnosti većine teritorijalnih jedinica o središnjoj državi i mehanizmu fiskalnog izravnjanja. Dodatno, naglašava kako financijska ovisnost ne odgovara odredbi URH-a (čl. 138., st. 2.) o razmjernosti prihoda lokalnih i područnih jedinica s njihovim ustavnim i zakonskim ovlastima, što doprinosi tome da „javni servisi i usluge koje bi takve jedinice trebale pružati građanima, a što je osnovni *ratio* njihova

Sveučilišta u Pečuhu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2011.), 175.; Emina Jerković, „Fiscal Federalism in Function of Economic Development“, u: *6th International Scientific Symposium: Economy of Eastern Croatia – Vision and Growth*, ur. Anka Mašek Tonković (Osijek: Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Ekonomski fakultet u Osijeku, 2017.), 504.

30 Šinković, *Financiranje jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave*, 246.

31 Tereza Rogić Lugarić, „Financiranje jedinica lokalne i regionalne (područne) samouprave“, u: *Decentralizacija*, ur. Josip Kregar (Zagreb: Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, 2011.), 71.

32 Tereza Rogić Lugarić, „Financijske (ne)mogućnosti hrvatskih lokalnih i područnih jedinica za preuzimanje razvojne uloge“, u: *Suradnja i razvoj u lokalnoj i regionalnoj samoupravi*, ur. Ivan Koprić, Mihovil Škarica i Boris Milošević (Zagreb: Institut za javnu upravu, 2015.), 180-181.

33 Zakon o lokalnim porezima, Narodne novine, br. 115/16., 101/17., čl. 21.

34 Domagoj Pavić i Domagoj Karačić, „Newly Created Consequences Caused by the Change of Income Tax“, u: *Interdisciplinary Management Research XI*, ur. Urban Bacher (Opatija: Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Faculty of Economics, Hochschule Pforzheim University, 2015.), 527.

35 Rogić Lugarić, *Financijske (ne)mogućnosti hrvatskih lokalnih i područnih jedinica za preuzimanje razvojne uloge*, 181.

postojanja, nisu na odgovarajućoj razini³⁶

Stoga, u sljedećem dijelu valja promotriti razvoj uređenja sustava oporezivanja dohotka u RH od osamostaljenja do suvremenosti.

4. EVOLUCIJA PRAVEDNOSTI POREZNOG OPTEREĆENJA DOHOTKA U REPUBLICI HRVATSKOJ: OD OSAMOSTALJENJA DO SUVREMENOSTI

Plaćanje poreza sukladno s gospodarskim mogućnostima „nužno presumira progresivno oporezivanje“³⁷ te se često ističe u kontekstu oporezivanja dohotka, u cilju da se ne samo u apsolutnom, već i proporcionalnom iznosu više optereće porezni obveznici veće ekonomske snage. U svrhu postizanja progresivnog učinka poreza na dohodak, ponajprije se ističe potreba ostvarenja, tzv. direktne progresije³⁸ utvrđivanjem većeg broja poreznih razreda oporezovanih različitim poreznim stopama sukladno s razinom dohotka poreznog obveznika. Dodatno, progresivnost pri oporezivanju dohotka može se postići ostvarivanjem, tzv. indirektno progresije³⁹ uvođenjem određenoga broja poreznih olakšica i/ili uvažavanjem, tzv. egzistencijalnog minimuma.⁴⁰ Upravo se, sukladno sa subjektivnim neto načelom, zahtjev za izuzimanjem iznosa dohotka potrebnog za zadovoljenje temeljnih egzistencijalnih potreba poreznog obveznika iz porezne osnovice, smatra neophodnim za ostvarenje pravednosti u oporezivanju. Potreba uvažavanja egzistencijalnog minimuma proizlazi iz činjenice da, ako je sav iznos dohotka nužan za zadovoljenje minimuma životnih potreba, *eo ipso* „ne postoji minimalna gospodarska sposobnost potrebna za oporezivanje“.⁴¹ Stoga svi suvremeni porezni sustavi uvode egzistencijalni minimum kao osnovnu olakšicu pri oporezivanju dohotka,⁴² koji se u poreznoj teoriji naziva „neoporezivim dijelom dohotka“, dok

36 Sanja Barić, „Ustav, ali najljepši: premise kvalitete funkcioniranja ustavnog poretka i potrebe tekstualnih izmjena Ustava Republike Hrvatske“, u: *Ustavne promjene i političke nagodbe: Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma*, ur. Arsen Bačić (Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2021.), 195.

37 Emína Jerković, „Advantages and Disadvantages of Models of Personal Income Taxation Concerning Employment Income and Independent Personal Services Income“, u: *Economic and Social Development, 24th International Scientific Conference on Economic and Social Development – „Managerial Issues in Modern Business“*, *Book of Proceedings*, ur. Mirosław Przygoda, Marijan Cingula i Li Yongqiang (Warsaw: Varazdin Development and Entrepreneurship Agency, Faculty of Management University of Warsaw, University North, 2017.), 79.

38 Jelčić, Lončarić-Horvat, Šimović, Arbutina i Mijatović, *Financijsko pravo i financijska znanost*, 150-153.

39 Jelčić, Lončarić-Horvat, Šimović, Arbutina i Mijatović, *Financijsko pravo i financijska znanost*, 154-155.

40 Jerković, *Advantages and Disadvantages of Models of Personal Income Taxation Concerning Employment Income and Independent Personal Services Income*, 77.

41 Mijatović, *Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima uređenja oporezivanja dohotka*, 298.

42 Emína Jerković, „Važnost ciljeva i socijalno-političkih načela oporezivanja u funkciji ostvarenja pravednosti prilikom oporezivanja dohotka od nesamostalnog rada i samostalne djelatnosti“, u: *Third International Scientific Conference: ERAZ 2017 – Knowledge Based Sustainable*

hrvatski zakonodavac koristi termin „osobni odbitak“.⁴³

Kao socijalno osjetljive točke prisutne u cjelokupnom razvoju sustava oporezivanja dohotka, valja istaknuti ustrajanje na primjeni, tzv. metode razlomljene progresije⁴⁴ pri oporezivanju iznosa dohodaka na prijelazu poreznih razreda te izuzimanje neoporezivog osobnog odbitka iz porezne osnovice pri oporezivanju dohotka i mogućnost njegova uvećanja sukladno s postojanjem određenih činjenica na strani poreznog obveznika. U nastavku će se zbog preglednosti dati prikaz razvoja isključivo osobnog odbitka za obveznika, ali valja istaknuti kako je svim zakonskim izmjenama bila predviđena mogućnost njegova uvećanja po drugim osnovama.

Razvoj sustava poreza na dohodak u suvremenoj RH može se proučavati od donošenja prvoga Zakona o porezu na dohodak⁴⁵ iz 1993., s obzirom na to da do tada nije postojao jedinstveni zakonski oblik koji bi uređivao (isključivo) materiju oporezivanja dohotka. Naime, porezni tretman različitih izvora dohodaka (npr. porez iz plaća radnika) bio je uređen Zakonom o neposrednim porezima⁴⁶ kojim je bila obuhvaćena materija ukupno osam poreza. Tom je zakonu pritom nedostajao jedan od ključnih elemenata potrebnih za oporezivanje. Njime nije utvrđena visina poreznih stopa primjenjivih na porezne oblike koje je uređivao, već samo vrsta stopa pojedinih poreza i razina vlasti, tj. teritorijalnih jedinica koje utvrđuju visinu pojedinih stopa.⁴⁷ Stoga su se tek donošenjem Zakona o stopama neposrednih poreza i pripadnosti poreza, taksa i drugih prihoda društveno-političkim zajednicama⁴⁸ stekli uvjeti za njegovu primjenu te se na temelju toga zakona oporezivanje neposrednim porezima odvijalo sve do početka 1994.

Prema prvom Zakonu o porezu na dohodak donesenom nakon osamostaljenja (1993.) utvrđene su dvije porezne stope (od 25 i 35 %), a dio se porezne osnovice oporeziv pojedinom stopom izračunavao u odnosu na iznos godišnje minimalne plaće.⁴⁹ U poredbenoj perspektivi, visina minimalne porezne stope bila je među najvišima, a maksimalne među najnižima u odnosu na većinu tadašnjih država, dok je raspon između njih „bio jedan od najmanjih raspona između ulazne i izlazne stope tog poreza tih godina“.⁵⁰ Već je sljedeće godine izmijenjen način izračuna porezne osnovice tako da se ona vezuje uz iznos osobnog odbitka i oporezuje stopom od 25,

Economic Development, Conference Proceedings (Beograd: Association of Economists and Managers of the Balkans, 2017.), 228.

43 Perić i Konjić, *Primjena načela pravednosti u sustavima oporezivanja dohotka*, 40.; Jerković, *Advantages and Disadvantages of Models of Personal Income Taxation Concerning Employment Income and Independent Personal Services Income*, 83.

44 Jelčić, Lončarić-Horvat, Šimović, Arbutina i Mijatović, *Financijsko pravo i financijska znanost*, 151-153.

45 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 109/93.

46 Zakon o neposrednim porezima, Narodne novine, br. 19/90.

47 Božidar Jelčić i Predrag Bejaković, *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj* (Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2012.), 131-132.

48 Zakon o stopama neposrednih poreza i pripadnosti poreza, taksa i drugih prihoda društveno-političkim zajednicama u 1991. godini, Narodne novine, br. 58/90.

49 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 109/93., čl. 5.

50 Jelčić i Bejaković, *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj*, 164.

odnosno 35 %.⁵¹ Potom je 1996. niža porezna stopa snižena s 25 na 20 %.⁵² Sustav poreznih stopa izmijenjen je i proširen 2000. godine te su uvedene tri porezne stope (od 15, 25 i 35 %),⁵³ a četvrta (maksimalna) porezna stopa od 45 %⁵⁴ uvedena je izmjenama iz 2002. godine. Uvođenjem četvrtog poreznog razreda povećan je raspon između najniže (15 %) i najviše (45 %) porezne stope s 20 na 30 postotnih bodova, a kao razlog povećanja broja i visine poreznih stopa navođena je potreba ravnomjernije raspodjele poreznog tereta.⁵⁵ Novim Zakonom o porezu na dohodak iz 2004. zadržana su četiri porezna razreda oporeziva istim poreznim stopama (15, 25, 35 i 45 %), uz neznatnu izmjenu izračuna visine dijela porezne osnovice oporezivog stopama od 25 i 35 %.⁵⁶

Izmjenama iz 2010. u sklopu porezne tarife utvrđene su tri stope (od 12, 25 i 40 %).⁵⁷ Takvo smanjenje broja poreznih razreda, uz sniženje minimalne (s 15 na 12 %) i maksimalne (s 45 na 40 %) porezne stope te ukidanje stope od 35 %, „ne mo[že] se pozitivno ocijeniti“.⁵⁸ Iako je naizgled smanjeno porezno opterećenje građana s najnižim dohodcima (snižanjem minimalne stope s 15 na 12 %), uzme li se u obzir da su u sklopu navedenih izmjena ukinute i određene porezne olakšice, proizlazi da nije došlo do rasterćenja poreznih obveznika najslabije gospodarske snage. Također, smanjenje maksimalne stope s 45 na 40 % pogodovalo je isključivo građanima s najvišim dohodcima jer je njihov porezni teret smanjen za 5 %, dok se ukidanje stope od 35 % nepovoljno odrazilo na porezne obveznike nešto slabije ekonomske snage jer je njihov porezni teret povećan za 5 %. Proizlazi kako su izmjene poreza na dohodak iz 2010. pogodovale isključivo poreznim obveznicima većih gospodarskih mogućnosti te je time zanemaren osnovni postulat pravednosti u oporezivanju, tj. načelo oporezivanja sukladno s ekonomskom snagom.⁵⁹

Broj poreznih razreda smanjen je novim Zakonom o porezu na dohodak 2016. te su u okviru porezne tarife utvrđene svega dvije stope. Iznos dohotka do 210.000 kn godišnje (17.500 kn mjesečno) oporezovan je primjenom porezne stope od 24 %, a iznad toga višom poreznom stopom od 36 %.⁶⁰ S obzirom na visoko utvrđen prag za ulazak u viši porezni razred, već se tada nametalo pitanje stvarne progresivnosti poreza na dohodak.⁶¹ U sklopu izmjena iz 2018. iznos dohotka oporeziv nižom

51 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 95/94., čl. 4.

52 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 106/96., čl. 1.

53 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 127/00., čl. 5., st. 1.-3.

54 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 150/02., čl. 2.

55 Jelčić i Bejaković, *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj*, 220.

56 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 177/04., čl. 8.

57 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 80/10., čl. 2.

58 Božidar Jelčić, „Je li nam nužna mala porezna reforma?“, *Informator* 59, br. 5970 (2011): 3.

59 Olivera Lončarić-Horvat, „Promjene u oporezivanju dohotka u Republici Hrvatskoj s motrišta porezne pravednosti“ *Pravo i porezi* br. 9-10 (2010): 4.

60 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., čl. 19., st. 1.

61 Valentino Kuzelj, „Porezna pravednost: *Conditio sine qua non* socijalne države“, *Pravnik* 52,

poreznom stopom od 24 % povećan je na 360.000 kn na godišnjoj (30.000 kn na mjesečnoj) razini, a tek se na dio dohotka iznad toga primjenjivala viša porezna stopa od 36 %.⁶² Naposljetku, visina poreznih stopa još je jednom izmijenjena 2020. godine te je niža porezna stopa snižena na 20 %, a viša na 30 %, ⁶³ bez izmjene zakonskoga praga poreznih razreda od 360.000 kn na godišnjoj (30.000 kn na mjesečnoj) razini.

Promotri li se razvoj poreza na dohodak od devedesetih godina prošloga stoljeća, proizlazi kako je sustav oporezivanja dohotka obilježen povećanjem broja poreznih razreda, sve do 2010. kada počinje njihovo smanjivanje. Posljednjim Zakonom o porezu na dohodak iz 2016. uvedene su samo dvije stope čime je, zbog visoko postavljenoga praga za prelazak dijela dohotka u viši porezni razred, *de facto* uvedena proporcionalna stopa poreza na dohodak. Upravo se nepovoljno djelovanje „u smislu obuhvata redistribucije poreznog tereta“ ističe osnovnim razlogom zašto suvremene razvijene države nisu sklone uvođenju proporcionalne stope, s obzirom na to da ona više pogoduje poreznim obveznicima s višim dohodcima, prebacujući najveći dio tereta oporezivanja na srednju klasu.⁶⁴ Stoga je u tom svjetlu potrebno sagledati tvrdnju kako, recentnim izmjenama, „[z]adržavanje progresivnog oporezivanja (...) moguće potvrđuje i takvo opredjeljenje s ciljem daljnjih nastojanja izgradnje pravednog poreznog sustava općenito“.⁶⁵ Iako je takvo opažanje s formalnoga gledišta nedvojbeno ispravno, postavlja se pitanje pridonosi li trenutni raspored i visina poreznih stopa te zakonski prag za prijelaz u viši porezni razred faktičnom ostvarenju progresivnosti pri oporezivanju dohotka. Sukladno sa *supra* iznesenim, progresivnost poreza na dohodak u sklopu aktualne porezne tarife isključivo je iluzorna, s obzirom na visinu zakonskoga praga za prelazak dijela dohotka u viši porezni razred. U tom se smislu moguće složiti „kako progresivna tarifa nije presudna kad se promatra distribucijski učinak“.⁶⁶ Naime, razina progresivnosti poreza na dohodak ovisi o brojnim elementima te se uz raspored poreznih stopa navode i „osobni i ostali odbici te umanjenja porezne obveze“.⁶⁷ Urban ističe upravo presudan utjecaj osobnog odbitka na progresivnost poreza na dohodak u RH.⁶⁸

Stoga je i danas, u situaciji smanjenja broja poreznih stopa u sklopu porezne tarife te povećanja praga za ulazak u viši porezni razred, neprijeporno da je iznos osobnog odbitka (koji je svakim zakonskim izmjenama povećavan, vidi Tablicu 1.) primarni instrument redistribucije. Iako se time ostvaruje određena razina indirektna progresije, Mijatović ispravno ukazuje da „u slučaju povišice neoporezivog iznosa

br. 103 (2018): 105.

62 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 106/18., čl. 8.

63 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 138/20., čl. 16.

64 Jerković, *Razvoj sustava i modeli oporezivanja dohotka*, 95.

65 Nataša Žunić-Kovačević, „Posljedice i učinci pandemije bolesti COVID-19 na fiskalni sustav i oporezivanje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 58, br. 2 (2021): 489.

66 Hrvoje Šimović i Milan Deskar-Škrbić, „Učinak promjena poreznih stopa na porezno opterećenje rada u Hrvatskoj“, *EFZG working paper series* br. 13 (2015): 15.

67 Jelčić i Bejaković, *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj*, 259.

68 Vidi Ivica Urban, „Što porez na dohodak u Hrvatskoj čini progresivnim?“, *Newsletter Instituta za javne financije* br. 23 (2006): 2-3.

(...) takve mjere pogoduju svim poreznim obveznicima koji ostvaruju dohodak“, a ne samo onima slabije ekonomske snage.⁶⁹ Unatoč tome što će povećanjem osobnog odbitka dio poreznih obveznika s dna dohodovne ljestvice potencijalno u potpunosti biti oslobođen plaćanja poreza na dohodak, dok će oni s višim dohodcima plaćati relativno više,⁷⁰ ostaje činjenica da ostvarenje redistributivnog učinka isključivo putem osnovnog osobnog odbitka nije u duhu ustavne ideje pravednosti poreznog sustava. Naime, ustavna zapovijed prema kojoj je svatko dužan pridonositi podmirenju javnih troškova (čl. 51., st. 1.) implicira kako potpuno izuzimanje dijela poreznih obveznika od obveze plaćanja poreza na dohodak treba biti iznimka, a ne pravilo. Razina dohotka građana koja ne prelazi iznos osobnog odbitka (za obveznika, uvećanog prema drugim zakonskim osnovama) nespojiva je s idejom socijalne države i socijalne pravde koje pripadaju samoj srži URH.

Tablica 1. Prikaz zakonskih izmjena osobnog odbitka (za obveznika) u sustavu poreza na dohodak

Godina	Mjesečni osobni odbitak (za obveznika)	Zakonska odredba
1993.	0.60 minimalne godišnje plaće	Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 109/93., čl. 35.
1994.	700 kn	Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 95/94., čl. 31.
1996.	800 kn	Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 106/96., čl. 7.
1998.	1.000 kn	Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 164/98., čl. 11.
2000.	1.250 kn	Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 33/00., čl. 9.
		Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 127/00., čl. 29., st. 1.
2002.	1.500 kn	Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 150/02., čl. 13.
2004.	1.600 kn	Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 177/04., čl. 36., st. 1.
2008.	1.800 kn	Zakon o izmjeni Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 73/08., čl. 1.
2012.	2.200 kn	Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 22/12., čl. 8.

69 Mijatović, *Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima uređenja oporezivanja dohotka*, 307.

70 Marina Kesner-Škreb, „Proporcionalni porez“, *Financijska teorija i praksa* 29, br. 2 (2005): 250.

2014.	2.600 kn	Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 143/14., čl. 13.
2016.	3.800 kn	Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., čl. 14.
2019.	4.000 kn	Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 121/19., čl. 5.

Izvor: *autori*

Isto se tako ne mogu ocijeniti opravdanim pojedina rješenja u sklopu pozitivnoga zakonskog uređenja poreza na dohodak, suspektna sa stajališta ustavnih načela oporezivanja. Prva takva mjera, uvedena radi uvećanja raspoloživog dohotka i povećanja potrošnje građana te ostvarenja demografskog cilja, tj. zaustavljanja odljeva mladih osoba iz RH,⁷¹ odnosi se na povlašteni tretman pojedinih poreznih obveznika koji stječu dohodak nesamostalnim radom. Naime, od 1. siječnja 2020., osobe zaposlene s osnove nesamostalnoga rada, do (uključivo) navršene 25. godine života, u cijelosti su oslobođene plaćanja poreza na dohodak na dio osnovice oporeziv stopom od 20 %; dok se osobama s navršenih 25 do (uključivo) 30 godina života porezna obveza na dio osnovice oporeziv stopom od 20 % umanjuje za 50 %.⁷² Uzimajući u obzir da prag za prijelaz iz nižega poreznog razreda, oporezivog stopom od 20 %, iznosi 360.000 kn na godišnjoj (30.000 kn na mjesečnoj) razini,⁷³ proizlazi kako su, tzv. demografski ciljevi na očigled suprotni socijalnim ciljevima oporezivanja, kao primarnim i jedinim *verbatim* poustavljenim načelima hrvatskoga poreznog sustava, s obzirom na to da pri propisivanju oslobođenja, odnosno umanjenja porezne obveze uopće ne vode računa o ekonomskoj snazi poreznih obveznika, već isključivo o njihovoj dobi.

Druga prijeporna mjera proizlazi iz mogućnosti zloupotrebe rada putem studentskog ugovora, pri čemu je atraktivnost i isplativost takve vrste rada rezultat krajnje liberalnog fiskalnog i poreznog tretmana temeljem povezanih (pod)zakonskih propisa o oporezivanju dohotka i socijalnim doprinosima.⁷⁴ U tom se smislu dodatno oslobođenje dohotka od studentskog rada u iznosu od 15.000 kn⁷⁵ na godišnjoj razini (povrh godišnjeg iznosa neoporezivog osobnog odbitka za obveznika od 48.000 kn) ne može ocijeniti pravednim. Osobito uzme li se u obzir da se redoviti student koji zaradi do 15.000 kn u kalendarskoj godini ne prestaje smatrati uzdržavanom osobom⁷⁶

71 Sandra Pezo, „Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak“, *Pravo i porezi* 28, br. 12 (2019): 40.

72 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., čl. 46., st. 2.

73 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., čl. 19.

74 Valentino Kuzelj, „Socijalni karakter normativnog uređenja studentskog rada u Republici Hrvatskoj“, *Ekonomski misao i praksa* 29, br. 2 (2020): 514.

75 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., čl. 9., st. 1., t. 6.; Pravilnik o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 10/17., čl. 6., st. 1., R. br. 2.

76 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., čl.

te roditelj (uzdržavatelj) zadržava pravo na uvećanje osobnog odbitka za uzdržavano dijete.⁷⁷ S obzirom na to da opisana oslobođenja dohodaka mladih osoba i studenata čine njihov rad atraktivnijim i isplativijim za poslodavce, takve bi se mjere mogle pokazati nesocijalnima prema drugim (starijim) zaposlenim osobama.⁷⁸ Stoga bi navedene mjere valjalo preispitati s gledišta njihove potencijalne nesuglasnosti sa socijalnim načelima koja su temelj hrvatskoga poreznog sustava.

Treća prijevorna mjera je dugotrajna aberacija sustava oporezivanja dohotka i dobiti, proizišla iz mogućnosti izbora i/ili obveze prijelaza poreznih obveznika (fizičkih osoba) koje obavljaju samostalnu djelatnost iz sustava poreza na dohodak u sustav poreza na dobit.⁷⁹ Pritom se ističe ne samo nedopušteno razlikovanje poreznih obveznika koji stječu dohodak iz drugih izvora u odnosu na fizičke osobe koje obavljaju samostalnu djelatnost, već i suprotnost načelu plaćanja poreza sukladno s gospodarskim mogućnostima, s obzirom na to da ne uzima u obzir ekonomsku snagu poreznih obveznika već isključivo izvor iz kojeg stječu dohodak. Analizirajući socijalne učinke oporezivanja poreznih obveznika (fizičkih osoba) porezom na dobit, umjesto porezom na dohodak, valja imati na umu da se time ne narušava tek odredba o pravednoj raspodjeli poreznog tereta, već se smanjuje i porezna baza potonjeg poreza, a samim time i njegov *supra* izloženi kompenzatorni učinak u odnosu na posljedice regresivnoga djelovanja neizravnih poreza.⁸⁰ Usprkos navedenom, Ustavni sud Republike Hrvatske je, ispitujući ustavnost navedenoga rješenja, propustio ukloniti ovu dugotrajnu aberaciju iz hrvatskoga poreznog sustava.⁸¹ Navedeni primjer ponajbolje opisuje u uvodu naznačen pogrešan pristup (pr)ocjeni ustavnosti poreznoga zakonodavstva sa stajališta temeljnih načela poreznog sustava (kao konkretizacije zahtjeva proizišlih iz koncepta socijalne države i načela socijalne pravde u pogledu dizajna poreznoga sustava i pojedinih poreza), pri čemu je „hrvatska ustavnosudska praksa pokazala da tumačenje socijalne države kao specifične kategorije dovodi do proizvoljnog presijecanja njezinih veza sa strukturama koje bi je trebale ostvarivati, što uključuje porezni sustav“.⁸²

17.

77 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., čl. 14.

78 Kuzelj, *Socijalni karakter normativnog uređenja studentskog rada u Republici Hrvatskoj*, 528.

79 Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., čl. 36.; Zakon o porezu na dobit, Narodne novine, br. 177/04., 90/05., 57/06., 146/08., 80/10., 22/12., 148/13., 143/14., 50/16., 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., čl. 2., st. 3.

80 Božidar Jelčić, „Zašto fizička osoba može i/ili mora, umjesto poreza na dohodak plaćati porez na dobit?“, *Informator* 55, br. 5538 (2007): 3.

81 Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-2012/2007 od 17. lipnja 2009. Detaljnu kritiku navedenog uređenja i zaključka Ustavnog suda pri ocjeni njegove ustavnosti vidi u Miloš i Kuzelj, *Ostvarenje i zaštita ustavnog ideala porezne pravednosti u svjetlu zahtjeva socijalne države*, 1112-1114.

82 Miloš i Kuzelj, *Ostvarenje i zaštita ustavnog ideala porezne pravednosti u svjetlu zahtjeva socijalne države*, 1102.

5. ZAKLJUČAK

Iz *supra* iznesenoga može se zaključiti kako učestale zakonske izmjene u sustavu oporezivanja dohotka ne svjedoče o predanosti zakonodavca ustavnom načelu pravednosti poreznog sustava. Postavlja se pitanje koliko je, zbog stalnih smanjenja broja i visine poreznih stopa te povećanja neoporezivog dijela dohotka, sustav poreza na dohodak uspješan u ostvarenju svojih temeljnih funkcija: socijalne (redistributivne) i fiskalne. Time se ne narušava socijalna pravednost samo na prihodovnoj strani proračuna, već se i na rashodovnoj strani smanjuju sredstva za financiranje samoupravnih funkcija koje su po svojoj naravi uvelike socijalne (te najbliže građanima i njihovim potrebama). Stoga je nužno proširiti poreznu bazu (uz dosljednu primjenu načela progresivnosti), a ne povećavati iznos neoporezivog dijela dohotka. Iako se i povećanjem osobnog odbitka ostvaruje određena razina indirektna progresije, iz teleološkog tumačenja ustavnog načela oporezivanja sukladno s gospodarskom snagom, sagledanog u svjetlu temeljnog opredjeljenja URH konceptu socijalne države i načelu socijalne pravde, moguće je izvesti zahtjev za ostvarenjem direktne progresije u oporezivanju.⁸³ Dodatno, neizmjereno je važno proširenje porezne osnovice, svođenjem iznosa osobnog odbitka u razumne razmjere u odnosu na visinu dohodka u RH, dok postizanje redistributivnog učinka poreza na dohodak treba primarno provoditi upotrebom (stvarno) progresivne porezne tarife, s više poreznih razreda. Time bi se udovoljilo i načelu univerzalnosti porezne obveze (obuhvatom većega broja dohodka koji su trenutačnim uređenjem izuzeti od obveze plaćanja poreza na dohodak, a samim time i prireza, ili je njihovo sudjelovanje u prihodima s te osnove zanemarivo), i načelu plaćanja sukladno s ekonomskom snagom (uvođenjem većega broja poreznih razreda, čime bi se *eo ipso* postigao pravedniji tretman dohodka različite visine). Naposljetku, nužno je otkloniti rješenja u sustavu poreza na dohodak koja se kose s njegovim temeljnim socijalnim načelima, poput *supra* navedenih oslobođenja dohotka od nesamostalnoga rada mladih osoba, dohotka s osnove rada putem studentskog ugovora te, naposljetku, neopravdanu mogućnost i/ili obvezu prijelaza iz sustava poreza na dohodak u sustav poreza na dobit za porezne obveznike (fizičke osobe) koje obavljaju samostalnu djelatnost. Takvim rješenjima, nespojivim s ustavnim načelima oporezivanja, u poreznom sustavu RH ne bi trebalo biti mjesta.

83 Iako Ustavni sud Republike Hrvatske u odluci o, tzv. *kriznom porezu* zauzima stajalište kako, zbog nedostatka eksplicitne ustavne odredbe o progresivnosti hrvatskoga poreznog sustava, nije ovlašten (pr)ocjenjivati stvarnu progresivnost poreza, „[n]e treba posezati za pretjeranim ustavnosudskim aktivizmom [u tumačenju načela poreznog sustava sadržanih u čl. 51. URH, *op. a.*] kako bi se izveo zaključak da je zahtjev za progresivnim poreznim sustavom *implicite* sadržan u navedenim načelima“, Valentino Kuzelj, „Komplementarnost ustavnopravnih i društvenih odrednica porezne pravednosti u Republici Hrvatskoj“, u: *EMAN 2020 – Economics & Management: How to Cope with Disrupted Times, Conference Proceedings*, ur. Vuk Bevanda (Beograd: Association of Economists and Managers of the Balkans, 2020.), 472.

LITERATURA

Knjige i publikacije:

1. Arbutina, Hrvoje. „Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 62, br. 5-6 (2012): 1283-1322.
2. Barić, Sanja. „Ustav, ali najljepši: premise kvalitete funkcioniranja ustavnog poretka i potrebe tekstualnih izmjena Ustava Republike Hrvatske“. U: *Ustavne promjene i političke nagodbe : Republika Hrvatska između ustavne demokracije i populizma*, ur. Arsen Bačić, 179-201. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2021.
3. Bejaković, Predrag. „Obilježja i promjene oporezivanja dohotka i dobiti u novom tisućljeću“. *Porezni vjesnik* 25, br. 7-8 (2016): 114-138.
4. Cindori, Sonja i Lana Pogačić. „Problematika utvrđivanja broja i visine stopa poreza na dodanu vrijednost“. *Ekonomski misao i praksa* 19, br. 2 (2010): 227-249.
5. Ercsey, Zsombor, Emina Konjić, Renata Perić i Csaba Szilovics. „Sustav financiranja i proračun jedinica lokalne i regionalne samouprave“. U: *Pravni aspekti prekogranične suradnje i EU integracija: Mađarska – Hrvatska*, ur. Mirela Župan, 147-176. Pečuh – Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta u Pečuhu, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2011.
6. European Commission. *Taxation Trends in the European Union : Data for the EU Member States, Iceland and Norway, 2020 Edition*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.
7. Gadžo, Stjepan. „Primjena i tumačenje poreznog prava: teorijsko-normativne osnove“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 70, br. 2-3 (2020): 373-406.
8. Jelčić, Barbara. „Neki principi oporezivanja jučer i danas“. *Pravo i porezi* 12, br. 6 (2003): 5-13.
9. Jelčić, Božidar. „Je li nam nužna mala porezna reforma?“. *Informator* 59, br. 5970 (2011): 1-3.
10. Jelčić, Božidar. „Nužne su promjene i u oporezivanju“. *Informator* 57, br. 5753 (2009): 1-3.
11. Jelčić, Božidar. „Zašto fizička osoba može i/ili mora, umjesto poreza na dohodak plaćati porez na dobit?“. *Informator* 55, br. 5538 (2007): 1-3.
12. Jelčić, Božidar i Predrag Bejaković. *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2012.
13. Jelčić, Božidar, Olivera Lončarić-Horvat, Jure Šimović, Hrvoje Arbutina, i Nikola Mijatović. *Financijsko pravo i financijska znanost*. Zagreb: Narodne novine, 2008.
14. Jerković, Emina. „Advantages and Disadvantages of Models of Personal Income Taxation Concerning Employment Income and Independent Personal Services Income“. U: *Economic and Social Development, 24th International Scientific Conference on Economic and Social Development – „Managerial Issues in Modern Business“*, *Book of Proceedings*, ur. Mirosław Przygoda, Marijan Cingula i Li Yongqiang, 76-85. Warsaw: Varazdin Development and Entrepreneurship Agency, Faculty of Management University of Warsaw, University North, 2017.
15. Jerković, Emina. „Decentralisation of Financing of Self-Government Units in the Republic of Croatia“. U: *9th International Scientific Forum : ISF 2017*, 105-118. Kocani: European Scientific Institute, 2017.
16. Jerković, Emina. „Fiscal Federalism in Function of Economic Development“. U: *6th International Scientific Symposium : Economy of Eastern Croatia – Vision and Growth*, ur. Anka Mašek Tonković, 496-505. Osijek: Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Ekonomski fakultet u Osijeku, 2017.

17. Jerković, Emina. „Importance of Tax Revenue Concerning Budgets of Local and Regional Self-Government Units“. U: *Interdisciplinary Management Research XI*, ur. Urban Bacher *et al.*, 683-693. Opatija: Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Faculty of Economics, Hochschule Pforzheim University, 2015.
18. Jerković, Emina. *Razvoj sustava i modeli oporezivanja dohotka*, doktorska disertacija. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2014.
19. Jerković, Emina. „The Challenges and Effectiveness of Value Added Tax Rates as a Distributional Tool“. U: *EU Law in context – adjustment to membership and challenges of the enlargement*, ur. Dunja Duić i Tunjica Petrašević, 672-686. Osijek: Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Faculty of Law, 2018.
20. Jerković, Emina. „Važnost ciljeva i socijalno-političkih načela oporezivanja u funkciji ostvarenja pravednosti prilikom oporezivanja dohotka od nesamostalnog rada i samostalne djelatnosti“. U: *Third International Scientific Conference: ERAZ 2017 – Knowledge Based Sustainable Economic Development, Conference Proceedings*, 217-229. Beograd: Association of Economists and Managers of the Balkans, 2017.
21. Jurlina Alibegović, Dubravka. „Financiranje lokalne samouprave“. U: *Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj*, ur. Katarina Ott, Anto Bajo i Mihaela Pitarević, 92-106. Zagreb: Institut za javne financije, 2002.
22. Kesner-Škreb, Marina. „Porez na dohodak“. *Financijska teorija i praksa* 28, br. 1 (2004): 141-143.
23. Kesner-Škreb, Marina. „Proporcionalni porez“. *Financijska teorija i praksa* 29, br. 2 (2005): 249-251.
24. Kuzelj, Valentino. „Komplementarnost ustavnopravnih i društvenih odrednica porezne pravednosti u Republici Hrvatskoj“. U: *EMAN 2020 – Economics & Management: How to Cope with Disrupted Times, Conference Proceedings*, ur. Vuk Bevanda, 469-475. Beograd: Association of Economists and Managers of the Balkans, 2020.
25. Kuzelj, Valentino. „Porezna pravednost: Conditio sine qua non socijalne države“. *Pravnik* 52, br. 103 (2018): 99-108.
26. Kuzelj, Valentino. „Socijalni karakter normativnog uređenja studentskog rada u Republici Hrvatskoj“. *Ekonomika misao i praksa* 29, br. 2 (2020): 513-538.
27. Kuzelj, Valentino i Domeniko Kvartuč. „Pluralizam ustavnih vrednota: konstituiranje socijalnog tržišnog gospodarstva u Republici Hrvatskoj“. U: *EMAN 2021 – Economics & Management: How to Cope with Disrupted Times, Conference Proceedings*, ur. Vuk Bevanda i Rui Dias, 499-505. Beograd: Association of Economists and Managers of the Balkans, 2021.
28. Kuzelj, Valentino, Sonja Cindori i Ana Horvat Vuković. „Apoteoza socijalne države: imperativni zahtjev ostvarenja socijalne pravde u Republici Hrvatskoj“. *Pravni vjesnik* 37, br. 3-4 (2021): 57-80.
29. Lončarić-Horvat, Olivera. „Promjene u oporezivanju dohotka u Republici Hrvatskoj s motrišta porezne pravednosti“. *Pravo i porezi*, br. 9-10 (2010): 3-4.
30. Lončarić-Horvat, Olivera. „Socijalna država i posredni porezi“. *Revija za socijalnu politiku* 2, br. 2 (1995): 115-121.
31. Mijatović, Nikola. „Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima uređenja oporezivanja dohotka“. *Revija za socijalnu politiku* 14, br. 3-4 (2007): 289-311.
32. Miloš, Matija i Valentino Kuzelj. „Ostvarenje i zaštita ustavnog ideala porezne pravednosti u svjetlu zahtjeva socijalne države“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 58, br. 4 (2021): 1101-1120.
33. OECD. *Fundamental Reform of Personal Income Tax*. Paris: OECD, 2006.

34. Pavić, Domagoj i Domagoj Karačić. „Newly Created Consequences Caused by the Change of Income Tax“. U: *Interdisciplinary Management Research XI*, ur. Urban Bacher *et al.*, 524-533. Opatija: Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Faculty of Economics, Hochschule Pforzheim Univeristy, 2015.
35. Perić, Renata i Emina Jerković. „Significance of Shared Taxes in the Tax System of the Republic of Croatia“ U: *Economic and Social Development, 26th International Scientific Conference on Economic and Social Development – „Building Resilient Society“*, *Book of Proceedings*, ur. Vojko Potocan, Pavle Kalinic i Ante Vuletic, 318-325. Zagreb: Varazdin Development and Entrepreneurship Agency, Faculty of Management University of Warsaw, University North, 2017.
36. Perić, Renata i Emina Konjić. „Primjena načela pravednosti u sustavima oporezivanja dohotka“. U: *Spomenica Prof. dr. sc. Juri Šimoviću*, ur. Hrvoje Arbutina i Tereza Rogić Lugarić, 35-43. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Studijski centar za javnu upravu i javne financije, 2017.
37. Pezo, Sandra. „Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak“. *Pravo i porezi* 28, br. 12 (2019): 39-42.
38. Pistone, Pasquale (ur.). *Tax Procedures*, Amsterdam: IBFD, 2020.
39. Rogić Lugarić, Tereza. „Financiranje jedinica lokalne i regionalne (područne) samouprave“. U: *Decentralizacija*, ur. Josip Kregar, 63-83. Zagreb: Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, 2011.
40. Rogić Lugarić, Tereza. „Financijske (ne)mogućnosti hrvatskih lokalnih i područnih jedinica za preuzimanje razvojne uloge“. U: *Suradnja i razvoj u lokalnoj i regionalnoj samoupravi*, ur. Ivan Koprić, Mihovil Škarica i Boris Milošević, 161-209. Zagreb: Institut za javnu upravu, 2015.
41. Šimović, Hrvoje i Milan Deskar-Škrbić. „Učinak promjena poreznih stopa na porezno opterećenje rada u Hrvatskoj“. *EFZG working paper series*, br. 13 (2015): 1-17.
42. Šimović, Jure. „Socijalni učinci poreza na dodanu vrijednost“. *Revija za socijalnu politiku* 5, br. 2-3 (1998): 99-109.
43. Šinković, Zoran. „Financiranje jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 56, br. 1 (2019): 223-250.
44. Urban, Ivica. „Što porez na dohodak u Hrvatskoj čini progresivnim?“. *Newsletter Instituta za javne financije*, br. 23 (2006): 1-3.
45. Žunić-Kovačević, Nataša. „Posljedice i učinci pandemije bolesti COVID-19 na fiskalni sustav i oporezivanje“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 58, br. 2 (2021): 483-499.

Pravni izvori

1. Pravilnik o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 10/17.
2. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispravak, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst, 5/14 – Odluka Ustavnog suda br. SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014.
3. Zakon o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, Narodne novine, br. 127/17., 138/20.
4. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 106/96., 106/18., 121/19., 138/20., 143/14., 150/02., 164/98., 22/12., 33/00., 80/10., 95/94.
5. Zakon o izmjeni Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 73/08.
6. Zakon o lokalnim porezima, Narodne novine, br. 115/16., 101/17.
7. Zakon o neposrednim porezima, Narodne novine, br. 19/90.
8. Zakon o porezu na dobit, Narodne novine, br. 177/04., 90/05., 57/06., 146/08., 80/10., 22/12., 148/13., 143/14., 50/16., 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20.

9. Zakon o porezu na dodanu vrijednost, Narodne novine, br. 73/13., 99/13., 148/13., 153/13., 143/14., 115/16., 106/18., 121/19., 138/20.
10. Zakon o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 109/93., 115/16., 106/18., 121/19., 32/20., 138/20., 115/16., 127/00., 177/04.
11. Zakon o stopama neposrednih poreza i pripadnosti poreza, taksa i drugih prihoda društveno-političkim zajednicama u 1991. godini, Narodne novine, br. 58/90.

Sudska praksa:

1. Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje br. U-I-2012/2007 od 17. lipnja 2009.
2. Ustavni sud Republike Hrvatske, Upozorenje br. U-VIIR-5292/2013 od 28. listopada 2013.
3. Ustavni sud Republike Hrvatske, Priopćenje br. SuS-1/2013 od 14. studenoga 2013.

Valentino Kuzelj*

Emina Jerković**

Renata Perić***

Summary

LEGISLATOR'S COMMITMENT TO THE FUNDAMENTAL (SOCIAL) TAX PRINCIPLES IN THE CONTEXT OF THE DESIGN OF INCOME TAX SYSTEM IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Because of its basic structural feature of adaptability to the taxpayer's economic capacity, personal income tax is one of the basic instruments for achieving tax equity. The progressiveness of the personal income tax system does not exclusively affect the realization of the redistributive principle; it is also considered as a suitable instrument for mitigating or annulling the negative consequences of the regressive effect of indirect taxes, primarily value added tax. In addition, the funds collected from personal income tax, as a shared tax, represent the most generous source of funding for local and regional self-government units and public services which they provide to their residents. Having this in mind, if the development of the Croatian personal income tax system is observed, especially in the last ten years, the question arises whether it succeeds in achieving its basic functions: fiscal and social.

Keywords: *personal income tax; compensatory progression; absolute progression; redistributive principle; local and regional self-government units.*

* Valentino Kuzelj, Student, University of Zagreb, Faculty of Law; valentino.kuzelj01@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3028-8562>.

* Emina Jerković, Ph.D., Assistant Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University of Osijek; emina.jerkovic@pravos.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2721-1898>.

* Renata Perić, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University of Osijek; rperic@pravos.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1396-1818>.

UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje znanstvene i stručne radove. Glavni je cilj časopisa unaprijediti znanstvenu komunikaciju u području prava i doprinijeti razvoju i proučavanju pravne znanosti u Hrvatskoj, Europskoj uniji i široj akademskoj zajednici. Zbornik objavljuje radove iz područja pravnih i srodnih društvenih znanosti, ako tematikom doprinose području prava. Časopis prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a može prihvatiti za objavljivanje rukopis i na drugom stranom jeziku.

Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise i one koji nisu u postupku u drugom časopisu.

Opseg rada je najviše do dva autorska arka (do 32 kartice teksta; kartica = 1.800 slovnih mjesta s prazninama, u što su uključene i podrubne bilješke/fusnote), tj. do 60.000 znakova uključujući sažetke, ključne riječi i popis literature. Radu treba biti priloženi popis literature te sažeci i ključne riječi na hrvatskom, engleskom jeziku i izvornom jeziku na kojem je rad pisan ako se razlikuje od engleskog i hrvatskog. Za rad pisan na stranom jeziku potrebno je dostaviti potvrdu o lekturi.

Zajedno s naslovom rada, autori trebaju priložiti njihovo ime i prezime, titulu, ime i adresu institucije, e-mail adresu i ORCID. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi upućujući na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Sažetak mora sadržavati do pet ključnih riječi, te biti označen kao *Sažetak/Summary*.

Tekst rada treba bi biti pisan fontom *Times New Roman*, veličine 12, proreda 1,5; podrubne bilješke trebale bi biti pisane fontom *Times New Roman*, veličine 10, a proreda 1. Stranice trebaju biti obrojčane. Rukopis koji se predaje za objavu treba biti pisan u skladu s pravilima citiranja literature. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci koristi, tzv. Chicago stil (*Chicago Manual of Style - CMS*) sustav tekućih bibliografskih bilješki.

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rukopisa, koja se obavlja uklanjanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Uredništvo pridržava pravo rukopis redakcijski prilagoditi propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno sa standardima hrvatskoga književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od tri kartice i potpisuju se na kraju.

Radovi se prijavljuju putem *Open Journal Systems - OJS* sustava, dostupnog na: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/zpfsr/about>.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Collected Papers of the Faculty of Law University of Rijeka publishes scientific and professional papers. The main aim of the Journal is to improve scientific communication in the area of law and contribute to the development of legal science in Croatia, European Union and academic community at large. Journal publishes papers in the area of law and related social sciences if they thematically contribute to the area of law. Papers in the journal are published in Croatian, English, Italian and German. Papers in other languages can be taken into consideration for publishing.

The Editorial Board strictly accepts unpublished manuscripts and manuscripts that are not in consideration before another journal.

Submitted papers should not exceed more than 32 text cards (1 text card equals 1.800 characters with spaces, which includes footnotes) i.e. 60.000 characters including summary, keywords and bibliography. The paper should have bibliography, summary in English and in the original language of the paper. If the paper is written in language other than Croatian, author is obliged to provide official confirmation that the text is proof – read (after the paper has been accepted for publishing).

Together with the title of the paper, the authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution as well as their ORCID and e-mail address. The summary should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusion. The summary should state no more than five key words and a denotation *Summary*.

The text must be written in the font Times New Roman, size 12, spacing 1,5. Footnotes should be quoted with continuous numbering at the bottom of the text as they appear in the text. They must be written in the font Times New Roman, size 10, line spacing single. Pages of the paper should be numbered.

The paper which is submitted for publication in the *Collected Papers of the Faculty of Law University of Rijeka* must be written and structured according to the Chicago Manual of Style - CMS.

All papers will be subjected to an anonymous review procedure. Due to paper anonymity, which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previous written works.

The Editorial Board holds the right to editorially adjust the paper to the journal's propositions and to language-edit written works in that foreign language according to the standards of that foreign language.

Book reviews, comments and surveys are not subjected to review. They should not exceed three typed text cards. Authors are expected to sign them before submitting.

The papers should be submitted electronically through the Open Journal Systems, available at: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/zpfsr/about>.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI CJENIK

- po jedinstvenoj cijeni od **26,25 kn:**
- Vol. 20 br. 2 (1999.)
- Vol. 21 br. 1 (2000.)
- Vol. 21 br. 2 (2000.)
- Vol. 22 br. 1 (2001.)
- Vol. 22 br. 2 (2001.)
- Supplement br. 1 (2001.)
- Vol. 23 br. 1 (2002.): **rasprodan**
- Vol. 23 br. 2 (2002.)
- Supplement br. 2 (2002.)
- Vol. 24 br. 1 (2003.)
- Vol. 24 br. 2 (2003.)
- Supplement br. 3 (2003.)
- Vol. 25 br. 1 (2004.)
- Vol. 25 br. 2 (2004.)
- Vol. 26 br. 1 (2005.)
- Vol. 26 br. 2 (2005.)
- Vol. 27 br. 1 (2006.)
- Vol. 27 br. 2 (2006.)
- Vol. 28 br. 1 (2007.)
- Vol. 28 br. 2 (2007.)
- Vol. 29 br. 1 (2008.)
- Vol. 29 br. 2 (2008.)
- Vol. 30 br. 1 (2009.)
- Vol. 30 br. 2 (2009.)
- Vol. 31 br. 1 (2010.)
- Vol. 31 br. 2 (2010.)
- Supplement, Vol. 31 br. 1 (2010.)
- Vol. 32 br. 1 (2011.)
- Vol. 32 br. 2 (2011.)
- Vol. 33 br. 1 (2012.): **rasprodan**
- Vol. 33 br. 2 (2012.)
- Vol. 34 br. 1 (2013.): **rasprodan**
- Vol. 34 br. 2 (2013.)
- Vol. 35 br. 1 (2014.)
- Vol. 35 br. 2 (2014.)
- Vol. 36 br. 1 (2015.): **rasprodan**
- po cijeni od **90,00 kn:**
- Vol. 36 br. 2 (2015.)
- po cijeni od **150,00 kn:**
- Vol. 37 br. 1 (2016.)
- po cijeni od **90,00 kn:**
- Vol. 37 br. 2 (2016.)
- Vol. 37 br. 3 (2016.)
- po cijeni od **50,00 kn:**
- Vol. 38 br. 1 (2017.): **rasprodan**
- po cijeni od **90,00 kn:**
- Vol. 38 br. 2 (2017.)
- Vol. 38 br. 3 (2017.): **rasprodan**
- po cijeni od **150,00 kn:**
- Vol. 39 br. 1 (2018.)
- po cijeni od **90,00 kn:**
- Vol. 39 br. 2 (2018.)
- Vol. 39 br. 3 (2018.)
- po cijeni od **130,00 kn:**
- Vol. 39 br. 4 (posebni broj) (2018.)
- po cijeni od **150,00 kn:**
- Vol. 40 br. 1 (2019.): **rasprodan**
- po cijeni od **100,00 kn:**
- Vol. 40 br. 2 (2019.)
- Vol. 40 br. 3 (2019.)
- po cijeni od **150,00 kn:**
- Vol. 41 br. 1 (2020.)
- po cijeni od **100,00 kn:**
- Vol. 41 br. 2 (2020.)
- Vol. 41 br. 3 (2020.)
- Vol. 42 br. 1 (2021.)
- po cijeni od **150,00 kn:**
- Vol. 42 br. 2 (2021.)
- po cijeni od **100,00 kn:**
- Vol. 42 br. 3 (2021.)

*Napomena: u cijene je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULović

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, *Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. (rasprodano)*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. (rasprodano)*
- Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (unutarnja cijena: 165,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)*
- Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003. (rasprodano)*
- Milovan Jovanović, *POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. (rasprodano)*
- Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006. (rasprodano)*
- Zvonimir Slakoper, *Bankovni i financijski ugovori, 2007. (rasprodano)*
- Robert Blažević, *Upravna znanost, 2007. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izdanje, 2008. (rasprodano)*
- Dorotea Ćorić, *Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. (cijena: 577,50 kn)*
- Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010. (rasprodano)*
- Anamari Petranović, *Obligationes iuris romani: (breviarum), 2010. (cijena 157,50 kn)*
- Milovan Jovanović i Ivo Eškinja, *Osnove ekonomske politike, 2012. (cijena 157,50 kn)*
- Dario Đerđa, *Osnove upravnog prava Europske unije, 2012. (cijena 115,00 kn)*
- Berislav Pavišić i Tadija Bubalović, *Međunarodno kazneno pravo, 2013. (cijena 94,50 kn)*
- Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić i Igor Martinović, *Kazneno pravo – opći dio, 2013. (cijena 68,25 kn)*
- Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić, Mihaela Braut Filipović i Nikolina Grković, *Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala, 2013. (cijena 300,00 kn)*

- Teodor Antić, *Ustrojstvo i djelokrug javnog sektora*, 2014. **(cijena 150,00 kn)**
- Berislav Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo*, 6. izdanje, 2014. **(cijena 140,00 kn)**
- Željko Bartulović, *Povijest prava i države (I. dio – Opća povijest prava i države)*, 2014. **(rasprodano)**
- Robert Blažević, *Upravna znanost*, 2015. **(rasprodano)**
- Ivan Padjen, *Metodologija pravne znanosti*, 2015. **(cijena 120,00 kn)**
- Robert Blažević, *Upravna znanost*, V. izdanje, 2016. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, *Osnove ekonomike javnog sektora*, 2016. **(cijena 60,00 kn)**
- Milovan Jovanović, *Ekonomska politika*, 2017. **(cijena 80,00 kn)**
- Dario Đerđa, *Upravni spor*, 2017. **(cijena 120,00 kn)**
- Dionis Jurić, *Pravo društava*, 2019. **(cijena 200,00 kn)**
- Robert Blažević, *Upravna znanost*, VII. izdanje, 2021. **(cijena 140,00 kn)**

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet*, 1995. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija*, 1996. **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo*, 1997. **(rasprodano)**
- Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava*, 1998. **(rasprodano)**
- Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, 1998. **(cijena: 73,50 kn)**
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije*, 1999. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra*, 1999. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku*, 2000. **(cijena: 105,00 kn)**
- Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora*, 2002. **(cijena: 126,00 kn)**
- Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država)*, 2002. **(cijena: 136,50 kn)**
- Petar Simonetti, *Denacionalizacija*, 2004. **(rasprodano)**
- Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law*, 2004. **(cijena: 294,00 kn)**
- Željko Bartulović, *Sušak 1919. - 1947. Državopravni položaj grada*, 2004. (suizdavač: Adamović, Rijeka i Državni arhiv u Rijeci) **(rasprodano)**
- Robert Blažević, *Karizma, Politička vlast i karizmatičke ličnosti*, 2006. **(rasprodano)**

- Mirela Župan, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu*, 2006. **(cijena: 103,95 kn)**
- Ivana Kunda, *Internationally Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation*, 2007. **(cijena: 114,45 kn)**
- Petar Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu*, 2008. **(rasprodano)**
- Petar Simonetti, *Prava na nekretninama*, 2009. **(rasprodano)**
- Sanja Barić, *Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama*, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) **(rasprodano)**
- Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, *Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) **(cijena: 556,50 kn)**
- Maša Marochini, *Socio-economic Dimension of the ECHR - Should there be limits to the European Court of Human Rights reading significant socio-economic elements into Convention rights?*, 2013. **(rasprodano)**
- Marija Pospišil Miler, *Novi sustav odgovornosti za smrt i tjelesne ozljede putnika u pomorskom prijevozu*, 2014. **(cijena 299,00 kn)**
- Sanja Grbić, *Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6. stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupka – nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca – pristup sudu – jednakost oružja)*, 2014. **(cijena 120,00 kn)**
- Dalida Rittossa, *Zablude u kaznenom pravu*, 2014. **(cijena 110,00 kn)**
- Igor Martinović, *Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi*, 2014., **(cijena 80,00 kn)**
- Tadija Bubalo, *Pravni lijekovi u kaznenom postupovnom pravu*, 2015. **(cijena 180,00 kn)**
- Velinka Grozdanić (urednica), *Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama*, 2015. **(cijena 100,00 kn)**
- Robert Blažević, *Stigma i karizma*, 2017. **(cijena 80,00 kn)**
- Budislav Vukas, *Hrvatska državnost – pravno-povijesne prosudbe - u povodu 25. obljetnice prijama RH u Ujedinjene narode*, 2017. **(cijena 70,00 kn)**
- Anamari Petranović, *“Riječko” uz rimsko pravo: (ex Statuto terrae Fluminis anno MDXXX)*, 2019. **(cijena 70,00 kn)**
- Robert Blažević, Dana Dobrić Jambrović i Mariza Menger, *Lokalna samouprava*, 2020. **(cijena 80,00 kn)**

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Velinka Grozdanić, *Alenka Šelih, Žene i kazna zatvora*, 2001. **(rasprodano)**
- Velinka Grozdanić i dr., *Kad žena ubije*, 2011. **(cijena: 105,00 kn)**
- Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union*, 2001. **(rasprodano)**

- Nada Bodiroga Vukobrat, Sanja Barić, *Prekogranična i regionalna suradnja, 2007. (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine), (cijena: 126,00 kn)*
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala, 2005. (rasprodano)*
- Nada Bodiroga-Vukobrat, *Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja, 2008. (cijena: 147,00 kn)*
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović-Herc, Vlatka Butorac Malnar, *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području, 2009. (cijena: 189,00 kn)*
- Vesna Tomljenović i Ivana Kunda, *Uredba Bruxelles I. – izazovi u hrvatskom pravosuđu, 2013. (cijena 150,00 kn)*
- Vesna Tomljenović, Silvija Petrić i Emilia Mišćenić, *Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba, 2013. (cijena: 150,00 kn)*
- Zbornik radova povodom 70. godine života Berislava Pavišića, *Kazneno pravo i kazneno postupovno pravo i kriminalistika, 2014. (cijena 190,00 kn)*
- Zbornik radova, *Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost, urednica: Ivana Kunda, 2015. (cijena 157,50 kn)*
- Zbornika radova, *Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija Baltazar Bogišić 1908-2008., urednik: Nenad Hlača, 2015. (cijena: 115,50 kn)*
- Zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radoloviću, *Liber amicorum Aldo Radolović, uredili: Zvonimir Slakoper, Maja Bukovac Puvača, Gabrijela Mihelčić, 2018., (cijena 250,00 kn)*
- *Administrative Dispute in the Central and Eastern European States, Collected Papers*, eds. Dario Đerđa, Ante Galić, Dana Dobrić Jambrović and Joanna Wegner. (copublisher: High Administrative Court of the Republic of Croatia). 2021. **(cijena 130,00 kn)**
- Richard Parrish, Antoine Duval, Silvija Mitevska, Carmen Perez-Gonzalez, Vanja Smokvina, Albrecht Sonntag, Thierry Zintz, Andrea Cattaneo, *Promoting a Strategic Approach to EU Sport Diplomacy, 2022. (besplatno izdanje)*
- Jürgen Mittag, Maximilian Seltmann, Lorenz Fiege, Leanne O’Leary, Pawel Zembura, Luiz Haas, Thiago Santos, Vanja Smokvina, *Understanding the Employment Relations of Athletes in Olympic Sports in Europe (Fact Report), 2022. (besplatno izdanje)*

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi, 1998. (besplatno izdanje - nema više primjeraka)*
- Richrad L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje, 1999. (besplatno izdanje - nema više primjeraka)*

- Trevor C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, 2004. (cijena: **315,00 kn - meki uvez**)
- Thomas Buergenthal, *Međunarodna ljudska prava*, 2011. (**rasprodano**)

PRIRUČNICI:

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe*, 2001. (cijena: **157,50 kn**)

* Napomena: u cijenu je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.

BIBLIOTEKA ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI

<https://pravri.uniri.hr/hr/o-fakultetu/zavodi>

e-mail: kpp@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi.

- Berislav Pavišić, *Gaetano Insolera, Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava, Rijeka, 1997. (rasprodano)*
- *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra, Rijeka, 2002. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II., 2004. (cijena: 236,25 kn)*
- Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta, 2005. (cijena: 189,00 kn)*
- *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier; prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva, 2006. (rasprodano)*
- Marinko Đ. Učur, *Radni odnosi u privatnoj zaštiti, 2006. (rasprodano)*
- Dejana Golenko, *Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1, 2009. (cijena: 136,50 kn)*
- Berislav Pavišić, *Hrvatska kaznena jurisdikcija za kaznena djela na moru/ Croatian criminal jurisdiction over the crime at sea, 2013. (cijena 105,00 kn)*
- *Zakonik o kaznenom postupku Ruske Federacije, urednik: Berislav Pavišić, prijevod Iva Parenta, 2015. (cijena: 460,00 kn)*

* **Napomena: u cijenu je uračunat porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Način plaćanja: na žiro-račun Sveučilišta u Rijeci Pravnog fakulteta

IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Sveučilište u Rijeci Pravni fakultet, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

Tel.: 051/359-500, fax 051/675-113, e-mail: skriptarnica@pravri.hr

Vol. 43 br. 1 (2022)

Članci:

- *Anita Petrović, Tomislav Novačić*, Pravo na odustanak od ugovora o osiguranju života
- *Matija Miloš*, Susprezanje autonomije političkog predstavništva građanskim inicijativama
- *Dejan Popović*, Cross-Checking of Income Tax Returns with Worth Accretion: Serbia's Legislation in the Comparative Law Context
- *Ana Čertanec*, Enabling a Level Playing Field in Business with Respect for Human Rights
- *Kristian Turkalj, Adela Turkalj*, Kriteriji za razgraničenje radnog vremena od vremena odmora u praksi suda EU-a
- *Robert Podolnjak*, Temeljne značajke polupredsjedničkog sustava
- *Barbara Herceg Pakšić, Quo vadis*, sramoćenje? O (ne)opravdanosti umanjenja opsega kaznenopravne zaštite časti i ugleda u Republici Hrvatskoj - europski standardi kao smjernice za uređenje
- *Adriana Vincenca Padovan, Mirela Duvnjak*, Neke dvojbe u praktičnoj primjeni pravila o slobodi pružanja usluga osiguranja na jedinstvenom unutarnjem tržištu Europske unije
- *Dijana Gracin, Ivan Dešić*, Utjecaj mjera protiv bolesti COVID-19 na pojavne oblike kažnjivih ponašanja tijekom pandemije COVID-19
- *Davor Muhvić, Ivana Rešetar Čulo*, "Fake News" in Times of Crisis in the Context of Article 10 of the European Convention on Human Rights
- *Tea Hasić, Ana Rački Marinković*, Zaštita tradicijskih kulturnih izričaja od neprimjerenog iskorištavanja u okviru konvencionalnog sustava žigovnoga prava
- *Ivan Zeko-Pivač*, The Role of the European Union Macro-Regional Strategies – Between the Steadfast Commitment of Participating Countries and an *ad hoc* Approach
- *Valentino Kuzelj, Emina Jerković, Renata Perić*, Predanost zakonodavca temeljnim (socijalnim) poreznim načelima Ustava pri uređenju sustava oporezivanja dohotka u Republici Hrvatskoj

ISSN 1330-349X



9 771330 349008