



**GODIŠNJAK AKADEMIJE PRAVNIH ZNANOSTI  
HRVATSKE  
CROATIAN ACADEMY OF LEGAL SCIENCES  
YEARBOOK  
Vol. VII  
Broj 1/2016**

**Nakladnik/Publisher**

AKADEMIJA PRAVNIH ZNANOSTI HRVATSKE

**Uredništvo/Editorial Board:** prof.emerit.dr.sc. Božidar Jelčić, akademik prof.dr.sc. Jakša Barbić, prof.dr.sc. Ivan Padjen, prof.dr.sc. Ivan Koprić, prof.dr.sc. Davorin Lapaš, prof.dr.sc. Marko Petrak, prof.dr.sc. Vesna Tomljenović, prof.dr.sc. Srećko Jelinić, prof.dr.sc. Anita Kurtović

**Dopisno uredništvo/Corresponding Members:** prof.dr.sc. Šime Ivanjko (Univerza v Mariboru), prof.dr.sc. Rajko Pirnat (Univerza v Ljubljani), prof.dr.sc. Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid), prof.dr.sc. Philip M. Genty (Columbia University), prof.dr.sc. Ulrich Ramsauer (Universität Hamburg), prof.dr.sc. Ljubomir Zovko (Sveučilište u Mostaru), prof.dr.sc. Borislav Petrović (Univerzitet u Sarajevu), prof.dr.sc. Bhadra Ranchod (University of Stellenbosch)

**Glavni urednik/Editor-in-Chief:** prof.dr.sc. Davor Derenčinović

**Izvršne urednice/Executive Editors:** doc.dr.sc. Anna-Maria Getoš, doc.dr.sc. Marta Dragičević Prtenjača

**Idejno rješenje naslovnice/Cover Design:** Andrej Kalšan

**Tisak/Print:** Nocci d.o.o.

**Adresa Uredništva/Address of the Editorial Board**

Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, Trg m. Tita 14, 10000 Zagreb, Hrvatska;  
tel: (385-1) 4564 317; faks: (385-1) 4564 381; e-mail: mdragicev@pravo.hr

**ISSN** 1847-7615

**UDK** 34.01(051)(497.5)



# SADRŽAJ

## **Toma Galli**

Analiza presude međunarodnog suda u sporu o primjeni konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida između Republike Hrvatske i Republike Srbije ..... 6

## **Frane Staničić**

Izazovi usklađivanja ovlasti regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj s pravnom stečevinom Europske unije ..... 60

## **Marta Dragičević Prtenjača**

### **Andrea Vejnović**

Ratio legis zastare u kaznenom pravu s naglaskom na problematiku njezine pravne naravi ..... 94

## **Maja Munivrana Vajda**

### **Majda Namačinski**

Zločin protiv čovječnosti kao izraz državne politike ..... 142

## **Sunčana Roksandić Vidlička**

### **Vinko Galiot**

Eksperimenti na ljudima kao zločin protiv čovječnosti: od nürnberškog medicinskog suđenja do predmeta Pfizer ..... 186

## **Jasna Bogovac**

Illegal state aid in taxation and possible consequences for the croatian tax administration ..... 254

## **Dana Dobrić**

### **Stjepan Gadžo**

### **Dejan Bodul**

Problem „bankrota“ hrvatskih lokalnih jedinica: stanje i perspektive u kontekstu europeizacije sustava višerazinskog upravljanja ..... 290

**Petra Đurman**

Europeizacija javne uprave i načelo otvorenost..... 342

**Sandra Simić**

Our future is in the eye of the beholder

- an initiative for a global investment treaty ..... 374

## **ANALIZA PRESUDE MEĐUNARODNOG SUDA U SPORU O PRIMJENI KONVENCIJE O SPREČAVANJU I KAŽNJAVANJU ZLOČINA GENOCIDA IZMEĐU REPUBLIKE HRVATSKE I REPUBLIKE SRBIJE**

*Dana 3. veljače 2015. Međunarodni sud u Haagu donio je presudu u sporu između Republike Hrvatske i Republike Srbije o primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Presuda predstavlja odluku Suda u temeljnom sporu oko neizravnog dokazivanja genocidne namjere, ali i dovršetak dugotrajne pravne bitke stranaka spora u svezi s nadležnošću Suda da odlučuje o primjenjivosti Konvencije i na događaje prije 27. travnja 1992., sposobnosti Republike Hrvatske na podnošenje tužbe te sposobnosti Republike Srbije da se pojavi kao stranka u sporu prije navedenog datuma. Odlučujući o vlastitoj nadležnosti Sud ju je uvjetno konstruirao kao odgovor na niz konsektivnih pitanja koja ujedno čine meritum ovog spora: 1. jesu li se događaji na koje se poziva hrvatska strana uopće dogodili i jesu li bili protivni Konvenciji o genocidu; 2. ako jesu, jesu li navedeni događaji pripisivi SFRJ u vrijeme kada su se dogodili i povlače li pitanje njezine odgovornosti; te 3. ako je uključena odgovornost SFRJ, je li SRJ, a onda i RS, naslijedila tu odgovornost. Odgovorivši negativno na prvo pitanje unutar vlastite jurisdikcijske konstrukcije, i to - kako u odnosu na tužbu, tako i u odnosu na protutužbu - Sud nije ulazio u odlučivanje o preostalim pretpostavkama jurisdikcijske konstrukcije. Unatoč ovakvom ishodu, ovaj se spor, u najvećoj mjeri, ustvari pretvorio u sukob stranaka spora o uzrocima, tijeku i posljedicama oružanog sukoba na području RH tijekom kojeg je hrvatska strana jasno izložila i uvjerljivo potkrijepila tezu o nesmiljenoj agresiji na RH i ustrajnom otporu istoj. U tom kontekstu, a na temelju izričitih utvrđenja Međunarodnog suda u ovom sporu, ne samo da nema mjesta relativizaciji povijesne istine o oružanom sukobu na području RH, nego je upravo njeno nedvosmisleno utvrđenje jedan od najznačajnijih rezultata ovoga spora.*

**Ključne riječi:** Hrvatska; Srbija; genocid; čl. IX. Konvencije UN o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida; Međunarodni sud.

---

\* Toma Galli, pomoćnik ministra vanjskih i europskih poslova, Trg Nikole Šubića Zrinskog 7-8, Zagreb, tgalli@mvep.hr

## 1. UVOD

Dana 3. veljače 2015. Međunarodni sud u Haagu (dalje: Sud) donio je presudu u sporu o primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida kojeg je 1999. godine Republika Hrvatska pokrenula protiv tadašnje Savezne Republike Jugoslavije, a današnje Republike Srbije.<sup>1</sup> Presudom se Sud:

1. proglasio nadležnim za odlučivanje u ovom sporu, te
2. odbio hrvatsku tužbu i srpsku protutužbu.<sup>2</sup>

## 2. PITANJE JURISDIKCIJE

Uvodno treba istaknuti kako ova presuda predstavlja dovršetak dugotrajne žestoke pravne bitke stranaka spora oko temeljnog pitanja nadležnosti Suda da odlučuje u sporu (o čijem značenju, između ostalog, svjedoči i opsežnost dijela presude posvećenog odluci Suda o ovom pitanju),<sup>3</sup> sposobnosti Republike Srbije da (prije 27. travnja 1992.) sudjeluju u njemu, kao i sposobnosti Republike Hrvatske na podnošenje (prije 8. listopada 1991.) tužbe u ovom slučaju. Spor o jurisdikciji Suda započeo je upućivanjem prethodnih prigovora srbijanske strane 2002., nastavio se presudom o prethodnim pitanjima iz 2008.,<sup>4</sup> da bi konačno bio dovršen tek presudom

---

<sup>1</sup> Za izvornik presude vidi *Application of the Convention On the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia V. Serbia), Judgement, Merits*, <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> [24.5.2016.], u daljnjem tekstu Presuda.

<sup>2</sup> Za konačni tužbeni zahtjev i konačni zahtjev iz protutužbe vidi Presuda st. 51.

<sup>3</sup> Vidi Presuda st. 74-123. Usput, napomenimo kako Presuda broji ukupno 146 stranica, od kojih su prvih 73 posvećene uvodnim napomenama, kronologiji i iznošenju pozadine spora, navođenju tužbenog zahtjeva i zahtjeva iz protutužbe, odluci o jurisdikciji i podnosivosti tužbe, utvrđivanju primjenjivog prava i pitanju dokazivanja – dakle, prvenstveno proceduralnim pitanjima. Istodobno, meritumu tužbe posvećeno je 50 stranica, a više nego upola manje, 23 - meritumu protutužbe. Hrvatski memorijal (činjenični i pravni temelji tužbe) broji cca 2900 stranicu, čemu treba pridodati odgovor na protu-memorijal koji broji dodatnih cca 2500 stranica te dodatni zahtjev hrvatske strane od cca 150 stranica, dakle ukupno cca 5600 stranica. S druge strane, srbijanski protu-memorijal sadrži cca 1800 stranica, a odgovor na hrvatski odgovor na srbijanski protu-memorijal cca 1000 stranica, dakle ukupno cca 2800 stranica.

<sup>4</sup> Za prethodne prigovore i izvornik teksta presude o prethodnim prigovorima vidi *Application of the Convention On the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*

koja je predmetom ove analize. Presudom iz 2008. Sud se proglasio nadležnim za odlučivanje o primjeni, provedbi i tumačenju Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida<sup>5</sup> za događaje nakon 27. travnja 1992. (datum uspostave Savezne Republike Jugoslavije kao neovisne države i njenog izričitog preuzimanja međunarodnopravnih obveza bivše države),<sup>6</sup> te potvrdio sposobnost sudjelovanja Republike Hrvatske i Republike Srbije u postupku nakon navedenog datuma. Istodobno, ključni prigovor srbijanske strane u svezi s jurisdikcijom Suda s obzirom na događaje prije navedenog datuma, kao i s obzirom na sposobnost Republike Hrvatske i Republike Srbije da se pojave kao stranke spora prije navedenog datuma, odnosno mogućnost Republike Hrvatske na podnošenje tužbe za događaje prije 8. listopada 1991. - ostali su neriješeni.<sup>7</sup> Sud je, naime, u presudi 2008. zaključio kako prigovori srbijanske strane ne predstavljaju isključivo prethodno pitanje, odnosno kako o navedenim prigovorima nije moguće odlučiti bez ulaženja u meritum spora te odgodio odluku o njima do donošenja konačne odluke o meritumu. U tom trenutku (2008.), nad temelje hrvatske tužbe nadvila se znatna opasnost, budući da se ona u svom velikom dijelu činjenično zasnivala upravo na događajima koji se odigrali prije 27. travnja 1992., posebice onima u Vukovaru, uključujući i događaje prije 8. listopada 1991. Ovakva je presuda istodobno budila nade srbijanske strane prema značajnoj redukciji hrvatske tužbe, odnosno prema prebacivanju naglaska spora na kasnije podnesenu protutužbu (2010.), zasnovanu na događajima tijekom operacije Oluja i neposredno nakon njenog dovršetka.

## **2.1. Konačno rješenje pitanja jurisdikcije**

U svome razmatranju jurisdikcijskih temelja spora, Sud je uvodno odbacio glavni argument hrvatske strane za uspostavu nadležnosti i podnosivost

---

*(Croatia V. Serbia), Judgment, Preliminary Objections*, <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14891.pdf>, [24.5. 2016.], dalje u tekstu Presuda iz 2008.

<sup>5</sup> Za izvornik teksta Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida vidi <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2078/volume-78-I-1021-English.pdf> [24. 5. 2016.], dalje u tekstu Konvencija.

<sup>6</sup> Vidi Deklaracija o uspostavi Savezne Republike Jugoslavije od 27. travnja 1992, UN doc.A/46/915, dodatak II; kao i notu Stalne misije Jugoslavije pri UN upućenu glavnom tajniku UN istog datuma, UN Doc. A/46/915, dodatak I.

<sup>7</sup> Vidi gore bilješku 4.



tužbe<sup>8</sup> – odnosno tvrdnju kako su temeljne odredbe Konvencije, budući da je SFRJ bila njena stranka, kontinuirano i u potpunosti primjenjive na području stranaka spora (a SRJ je, uz to, tijekom 1991. *de facto* preuzela nadzor nad tijelima bivše države (SFRJ) te takvo stanje izrijekom potvrdila i izjavom o sukcesiji od 27. travnja 1992.<sup>9</sup>). Sud je time odbacio premisu hrvatske strane o primjenjivosti Konvencije na području čitave bivše države (SFRJ), bez obzira na datum njenog stupanja na snagu za pojedinu novonastalu državu, budući da sadrži pravne obveze *erga omnes* odnosno predstavlja *ius cogens* kojim se štite temeljna ljudska prava, koja niti u kojem slučaju i bez obzira na okolnosti, ne mogu ostati nezaštićena (argument automatske primjene Konvencije).<sup>10</sup> Sud je naime smatrao kako nije nadležan za raspravu o povredama međunarodnog običajnog prava, bez obzira radi li se o odredbama koje predstavljaju *ius cogens* i djeluju *erga omnes* (što je i potvrdio u ovom slučaju), već isključivo za raspravu o ugovornim obvezama stranaka Konvencije na temelju njenog čl. IX. (posebice naglasivši razliku između prirode pravnih pravila koja djeluju *erga omnes* i pravila o pristanku država na jurisdikciju Suda).<sup>11</sup> U tom je

---

<sup>8</sup> Za glavni argument hrvatske strane za zasnivanje nadležnosti Suda i podnosivost tužbe (kontinuirana primjena Konvencije) vidi Presuda st. 81.

<sup>9</sup> Vidi Presuda st. 84-89.

<sup>10</sup> Vidi Presuda st. 94 i 95. Na tragu temeljne logike ovog argumenta hrvatske strane vidi primjerice presudu Europskog suda za ljudska prava u slučaju *Bijelić v. Montenegro and Serbia*, *ECtHR, App.No11890/05*, od 28. travnja 2009. st. 58, 68-70, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92484>, [24. 5. 2016.]. Također vidi zahtjev za dostavom izvješća o mjerama koje su poduzele radi sprečavanja i suzbijanja najtežih oblika kršenja prava čovjeka, kojeg je Odbor za prava čovjeka unutar Pakta o građanskim i političkim pravima 1992. godine uputio vladama BiH, Republike Hrvatske i SRJ, <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/decisions/bosnia1993.html>, [24. 5. 2016.]. Navedeni se zahtjev temeljio upravo na pretpostavci kako su svi narodi na području bivše SFRJ, bez obzira na formalni status novonastalih država, pa tako i status tih država s obzirom na Pakt o građanskim i političkim pravima, ovlašteni na zaštitu prema Paktu – odnosno, upravo na pretpostavci o apsolutnom i *erga omnes* djelovanju temeljnih odredbi s područja zaštite prava čovjeka, uključujući svakako i odredbe koje se odnose na zločin genocida. Končano, za ovaj argument vidi i st. 55-84 odvojenog mišljenje suca A. A. *Cançado Trindade*, koji automatsku sukcesiju Konvencije i kontinuitet obveza koje iz nje proizlaze smatra imperativom čovječnosti (*imperative of humaneness*) i postojećom praksom UN-a, a njima zaštićena prava (pravo na život i osobni integritet te apsolutnu zabranu mučenja i okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja) neotuđivim ljudskim pravima koja su prije i iznad svake države (*anterior and superior to the State*), <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18432.pdf>, [24. 5. 2016.].

<sup>11</sup> Vidi Presuda st. 87-89. Više o odnosu i primjeni u pojedinom sporu međunarodnog običajnog i međunarodnog ugovornog prava vidi u presude Međunarodnog suda u sporu

kontekstu Sud također ustvrdio kako Konvencija ne nameće državama obveze s obzirom na čine koji su se dogodili prije njenog stupanja na snagu za pojedinu državu stranku, odnosno kako, načelno govoreći, ugovorne obveze koje zahtijevaju sprečavanje određenog ponašanja obvezuju države tek nakon što postanu stranke dotičnih ugovora (uključujući, naravno, i Konvenciju o genocidu), posve neovisno o sadržaju koji se tim ugovorima uređuje. Na temelju svega navedenog Sud je odbacio glavni argument za zasnivanje nadležnosti kojeg je predložila hrvatska strana.<sup>12</sup>

Prešavši na razmatranje alternativnih argumenata za zasnivanje nadležnosti koje je iznijela hrvatska strana,<sup>13</sup> Sud se najprije pozabavio prvim među njima koji se odnosi na primjenjivost odredbe st. 2. čl. 10. nacрта Članaka Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine.<sup>14</sup> Ovim se stavkom utvrđuje kako se „postupci pokreta, pobunjeničkog ili drugog, koji uspije uspostaviti novu državu na dijelu državnog područja ranije države ili na području pod njenom upravom, smatraju postupcima te nove države prema međunarodnom pravu“,<sup>15</sup> pri čemu je hrvatska strana nastojala pokazati kako navedeni Članci u svom najvećem dijelu, uključujući onda i st. 2. čl. 10., ustvari predstavljaju kodifikaciju međunarodnog običajnog prava. Bit je ovog argumenta u tvrdnji da je, iako formalno uspostavljena tek 27. travnja 1992., Savezna Republika Jugoslavija (SRJ) ustvari preuzela učinkovitu kontrolu nad djelovanjem JNA i drugih institucija SFRJ (dakle, SFRJ je prestala postojati kao funkcionalna država, a njene je institucije preuzela nova država (SRJ) *in statu nascendi*), istodobno koristeći i vlastite oružane snage i razne vojne i paravojne skupine. U skladu s navedenim, ova bi se država *in statu nascendi*

---

između Nikaragve i SAD o vojnim i paravojnim aktivnostima u i protiv Nikaragve, st. 179, <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=3&case=70&code=nus&p3=90>, [24. 5. 2016.].

<sup>12</sup> Vidi Presuda st. 95-100.

<sup>13</sup> Za podredne argumente hrvatske strane za zasnivanje nadležnosti Suda, uključujući i onaj na kojem je Sud konačno i zasnovao vlastitu jurisdikciju (sukcesija odgovornosti) vidi Presuda st. 101-117.

<sup>14</sup> Za tekst nacрта Članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine koje je Komisija za međunarodno pravo nakon dugogodišnjeg rada na ovom pitanju usvojila na svojem 53. zasjedanju 2001. i uputila Općoj skupštini koja ih je, bez posebne preporuke, prosljedila državama, vidi [http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf&lang=EF](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf&lang=EF), [24. 5. 2016.].

<sup>15</sup> Vidi st. 2. čl. 10. Članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine Komisije za međunarodno pravo.

onda pravno mogla okarakterizirati upravo kao pokret koji je 27. travnja 1992. uspio uspostaviti vlastitu državu, kojoj su onda, na temelju gore spomenutog članka 10. st. 2. nacrta Članaka Komisije, a koji predstavljaju međunarodno običajno pravo, pripisiva djela koja je počinio dotični pokret.<sup>16</sup> Imajući u vidu srbijanske protuargumente,<sup>17</sup> Sud je, zaključujući raspravu o prvom hrvatskom podrednom argumentu, ustvrdio kako se str. 2. čl. 10., čak ako je i predstavljao međunarodno običajno pravo u mjerodavno vrijeme, odnosi isključivo na moguću pripisivost postupaka novoj državi te ne stvara obvezu niti dotičnog pokreta niti nove države niti je protivan čl. 13. Članaka Komisije koji utvrđuje da „neki čin pojedine države ne predstavlja povredu međunarodnog prava, osim ako je navedena država vezana mjerodavnom odredbom u vrijeme počinjenja djela“.<sup>18</sup>

Konačno, Sud se upustio u raspravu o drugom podrednom argumentu za utvrđivanje nadležnosti koji je istakla hrvatska strana - uvedenom u spor tek nakon presude 2008. - u kojem se tvrdi kako su djela koja predstavljaju povrede Konvencije o genocidu počinjena prije 27. travnja 1992. pripisiva SFRJ jer je u to vrijeme bila stranka Konvencije i kao takva je za njih odgovorna.<sup>19</sup> Istodobno, slijedi u nastavku ovog argumenta, SRJ je preuzimajući 27. travnja 1992. posebnom deklaracijom međunarodne ugovorne obveze SFRJ, ujedno naslijedila i odgovornost SFRJ za povrede Konvencije o genocidu (sukcesija odgovornosti). Ovaj složeni argument, koji počiva na nizu pretpostavki o sukcesiji odgovornosti iz kojih se postupno izvodi zaključak i o konačnoj odgovornosti Srbije za povrede Konvencije o genocidu, nije bez razloga naveden kao posljednji na listi argumenata za utvrđivanje nadležnosti Suda koje je predložila hrvatska

---

<sup>16</sup> Vidi Presuda st. 102. U prilog ovom argumentu vidi slučaj *Grillo* pred francuskim Državnim vijećem, *Conseil d'Etat* br. 178498, od 28. srpnja 1999., kao i *Dumberry* 2006, str. 613.-615. Cjeloviti popis literature nalazi se na kraju rada.

<sup>17</sup> Vidi Presuda str. 103, osobito tvrdnje kako se kod nacrta Članaka Komisije radi o progresivnom razvoju, a ne kodifikaciji postojećeg međunarodnog običajnog prava; nepostojanju pokreta koji je stvorio novu državu; nepripisivosti djela koja se navode u hrvatskoj tužbi entitetu koji se mogao smatrati srbijanskom državom (SRJ) *in statu nascendi*; te tvrdnju kako čl. 10. st. 2. isključivo predstavlja načelo pripisivosti pojedinih čina novoj državi, a ne rješava ujedno pitanje vrste obveza koje su pripisive ranijem pokretu ili novoj državi niti omogućuje retroaktivnu primjenu ugovornih obveza koje je prihvatila nova država na čine koje je ranije poduzeo pokret iz kojeg je nastala.

<sup>18</sup> Vidi čl. 13. nacrta Članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine Komisije za međunarodno pravo, kao i Presuda st. 104 i 105.

<sup>19</sup> Vidi Presuda st. 106-117.

strana. Prihvaćajući kao temelj vlastite nadležnosti jurisdikcijsku konstrukciju koja očito pretpostavlja važna prethodna činjenična utvrđenja, kao i pozitivne odgovore na određeni broj značajnih međunarodnopravnih pitanja, uključujući i pitanje pripisivosti odgovornosti za počinjena djela, pa i u suvremenom međunarodnom pravu prilično kontroverzno pitanje sukcesije odgovornosti država u specifičnim okolnostima<sup>20</sup>, Sud ju je (navedenu konstrukciju), pretvarajući pretpostavke iz argumenta hrvatske strane u otvorena pitanja, odbivši istodobno bezuvjetno prihvatiti njihovu automatsku uzročno-posljedičnu vezu i određivši na taj način i daljnji tijek postupka (faze postupka), *pa onda i njegov konačni ishod*, raščlanio na sljedeća pitanja:

1. jesu li se događaji na koje se poziva hrvatska strana uopće dogodili i jesu li bili protivni Konvenciji o genocidu;

2. ako jesu, jesu li navedeni događaji pripisivi SFRJ u vrijeme kada su se dogodili i povlače li pitanje njezine odgovornosti; te

3. ako je uključena odgovornost SFRJ, je li SRJ naslijedila tu odgovornost?<sup>21</sup>

Ustvrdivši nadalje kako je dodatno pitanje na koje mora odgovoriti kako bi potvrdio vlastitu jurisdikciju u ovom slučaju i pitanje potpada li spor između Republike Hrvatske i Republike Srbije o tri gore navedena pitanja unutar opsega čl. IX. Konvencije (tumačenje, primjena ili izvršenje Konvencijskih odredaba, uključujući sporove koji se odnose na odgovornost države za genocid ili druge čine pobrojane u čl. III. Konvencije),<sup>22</sup> Sud je zaključio kako, s obzirom da je među strankama spora nesporno da je SFRJ bila strankom Konvencije u vrijeme kada su se zbili događaji koji su predmetom tužbe (dakle Sud je nadležan *ratione temporis*), dok među njima postoji spor oko pitanja jesu li navedeni čini bili protivni odredbama Konvencije te povlače li oni pitanje odgovornosti SFRJ (nadležnost Suda *ratione*

---

<sup>20</sup> Za pitanje nasljeđivanja odgovornosti pred Međunarodnim sudom, u doktrini i literaturi, vidi *Lighthouses Arbitration between France and Greece*, zahtjev br. 11 i 4, 1956., *UNRIAA*, sv. XII (br. 63.V.3), str. 198., str. 155; izvješće Komisije za međunarodno pravo o radu 53. sjednice, 2001. (nacrt Članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine s komentarom), *Crawford, Peel. Olesen* 2001, 963-991; *Crawford*, 2013, 424.; uredili *Crawford, Pellet, Olleson* 2010; *Dumberry* 2007, str. 130-133.

<sup>21</sup> Za tri pretpostavke na kojima je Sud zasnovao vlastitu uvjetnu jurisdikcijsku vidi Presuda st. 112.

<sup>22</sup> *Ibid.*, st. 113.

*materiae*), dva navedena pitanja nesumnjivo potpadaju pod čl. IX. Konvencije, odnosno predstavljaju pitanja primjene ili izvršenja Konvencije koja se odnose na odgovornost država - o čemu je Sud nadležan odlučivati (pri čemu se niti u kojem slučaju ne implicira retroaktivna primjena Konvencije).<sup>23</sup>

U tom kontekstu, u svezi vlastite nadležnosti da odlučuje o pitanju je li SRJ, pa onda i Srbija, odgovorna za eventualno genocidno djelovanje pripisivo SFRJ, Sud nadalje upućuje na čl. IX. Konvencije (sporovi koji se odnose na tumačenje, primjenu ili izvršenje Konvencije, uključujući one koji se odnose na odgovornost države za genocid ili druge čine pobrojane u čl. III.), koji, kako ističe, govori općenito o pitanju odgovornosti države i ne sadrži ograničenja s obzirom na način utvrđivanja te odgovornosti (sukcesija odgovornosti ili drugi način njenog utvrđivanja). Sud također naglašava da se navedena pitanja ne rješavaju isključivo odredbama Konvencije o genocidu, već i drugim pravilima međunarodnog prava (pravila međunarodnog prava o tumačenju međunarodnih ugovora i odgovornosti država za međunarodno protupravne čine), što ovaj spor ipak ne isključuje iz opsega čl. IX. Konvencije, kao uostalom niti činjenica da stranke spora osporavaju primjenu, ili čak i samo postojanje pravila o određenom obliku odgovornosti država ili nasljeđivanja te odgovornosti u svezi s navodnim zločinom genocida.<sup>24</sup>

Konačno, važno je naglasiti kako je, zaključujući svoj stav o pitanju jurisdikcije, Sud istaknuo kako u trenutku donošenja odluke o nadležnosti za postupanje u ovoj stvari nije nužno istodobno odlučiti i jesu li SRJ i, stoga, Srbija, uistinu naslijedile bilo kakvu eventualnu odgovornost SFRJ, kao što nije nužno istodobno odlučiti niti jesu li se čini protivni Konvenciji uistinu i dogodili, i ako jesu, tko je za njih odgovoran (pripisivost). To su, naime, pitanja merituma o kojima će Sud odlučivati kada bude odlučivao o meritumu (iduća faza postupka), u mjeri u kojoj o njima bude potrebno odlučivati i na način kako je utvrdio da je o njima potrebno odlučivati.<sup>25</sup>

Ukratko - za donošenje odluke o jurisdikciji Sud se zadovoljio uvođenjem konstrukcije niza mogućih činjeničnih i pravnih odnosa među sudionicima spora (*uvjetna jurisdikcija*), čime je taj spor podveden pod čl. IX.

---

<sup>23</sup> Ibid. O retroaktivnoj primjeni Konvenciji vidi *Schabas* 2010, 36. i 41.

<sup>24</sup> Vidi Presuda st. 114 i 115.

<sup>25</sup> Ibid., posebice st. 117.

Konvencije o genocidu. Ili – da sažmemo logiku kojom se rukovodio Sud odlučujući o položaju Srbije u ovom sporu i time o vlastitoj nadležnosti: Konvencija se na Srbiju ne primjenjuje retroaktivno, već je, iako u relevantno vrijeme nije bila stranka Konvencije o genocidu, temeljem pretpostavljene povrede Konvencije o genocidu, kao i pretpostavljene pripisivosti te povrede SFRJ (koja je nesporno bila stranka Konvencije o genocidu), i njene odgovornosti za te povrede, koju je (odgovornost) naslijedila SRJ, a Srbija od SRJ, Srbija potencijalno odgovorna za povrede Konvencije o genocidu.

U svezi pak sa srbijanskim prigovorom o nemogućnosti podnošenja tužbe za događaje prije 8. listopada 1991., Sud je lakonski zaključio kako navedeni događaji ustvari predstavljaju dio činjeničnog supstrata tužbe Republike Hrvatske kojim se želi dodatno pokazati uspostavu, postojanje i provedbu obrasca izvršenja genocida koji se intenzivirao tijekom te i sljedećih godina te u tom smislu navođenje tih događaja u tužbi ne predstavlja zaseban zahtjev nego njen sastavni dio te se ovaj srbijanski prigovor također trebao rješavati u sklopu rasprave o meritumu.<sup>26</sup>

Treba dakle zaključiti kako je Sud - za razliku od krajnje konzervativnog stava kojeg je zauzeo prilikom kasnijeg „odlučivanja o meritumu“,<sup>27</sup> pri čemu u potpunosti slijedi standard dokazivanja posredne genocidne namjere utemeljen presudom u sporu između Bosne i Hercegovine (dalje: BiH) i Srbije i Crne Gore o primjeni Konvencije o genocidu donesenom 2007. godine<sup>28</sup> te ne dopušta bilo kakva (humanističkim, jurisprudencijskim, kaznenopravno-procesnim ili drugim razlozima uvjetovana) proširena tumačenja Konvencije - odlučujući o pitanju vlastite nadležnosti, zauzeo

---

<sup>26</sup> Ibid., st. 119. Za raspravu o pitanju (ne)sposobnosti Republike Srbije odnosno država iz kojih je sukcesijom (*continuator*) nastala (SRJ, Srbija i Crna Gora) da se pojave kao stranka pred Sudom, a koja uvelike odražava i stav srbijanske strane u ovoj stvari, vidi posebno mišljenje suca *Skotnikova*, st. 7-9, <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18430.pdf>, [24. 5. 2016.]. Za drugačije mišljenje o ovom pitanju od onog koje je zauzeo Sud, vidi primjerice posebno mišljenje sutkinje *Sebutinde*, st. 3-15, <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18440.pdf>, [24. 5. 2016.]

<sup>27</sup> Ovaj smo izraz ovdje stavili pod navodnike budući da je raspravu i odlučivanje o meritum Sud u ovom sporu znatno ograničio, odnosno sveo na ispitivanje prve premise vlastite jurisdikcijske konstrukcije.

<sup>28</sup> Vidi Presuda u sporu o primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida između BiH i Srbije i Crne Gore iz 2007., st. 373. (dalje u tekstu Presuda iz 2007.) na <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>, [24. 5. 2016.], te dalje u tekstu poglavlje Namjera (*mens rea/dolus specialis*).

znatno progresivniji stav, posebice s obzirom na spremnost prihvaćanja ponuđenih mu argumenata i njihovo primjereno tumačenje. Ovako - uvjetnu uspostavljenu nadležnost Suda<sup>29</sup> - neki će smatrati značajnim ustupkom hrvatskoj strani (zbog načelnog prihvaćanja jurisdikcije i nastavka spora, što je onda uključivalo i otvaranje rasprave o činjeničnim supstratima na kojima su stranke zasnovale vlastite podneske), dok će ga drugi - imajući u vidu presedan iz 2007., kao i izrijekom izraženu nespornost Suda da (osim zbog izuzetnih razloga) odstupa od svojih ranijih utvrđenja u sličnim predmetima,<sup>30</sup> te onda s velikom sigurnošću predviđajući negativni rezultat razmatranja prve pretpostavke na kojoj je počivala uvjetna jurisdiksijska konstrukcija - označiti apsolutnim jamstvom srbijanske neodgovornosti (osim naravno moralne) u ovom sporu, pa onda i velikim uspjehom srbijanske strane (otklonjena rasprava i odluka Suda o pripisivosti zločina i sukcesiji odgovornosti), koji će izmamiti osmjeh na lica najužeg srbijanskog rukovodstva.<sup>31</sup> Konačno, ne treba smetnuti s uma niti činjenicu da je ondašnji predsjednik Suda Peter Tomka bio (i ostao) veliki protivnik preuzimanja nadležnosti Suda u ovom sporu za događaje prije 27. travnja 1992.<sup>32</sup>

Uvođenje drugog podrednog argumenta na kojem je Sud u konačnici i zasnovao svoju nadležnost svjedoči stoga o neospornoj umješnosti hrvatskog pravnog tima i spretnom korištenju svih raspoloživih sredstava radi utvrđivanja nadležnosti Suda i otvaranja rasprave o meritumu. Istodobno, način na koji je Sud zasnovao vlastitu jurisdikciju također svjedoči o njegovoj izuzetnoj sposobnosti da koristeći podnesene mu

---

<sup>29</sup> Vidi gore str. 5. i 6. Za oštru kritiku ovakvog pristupa Suda uspostavi vlastite nadležnosti u ovom predmetu, a posebice nedopuštenog ispreplitanja jurisdiksijskih pitanja i pitanja merituma, vidi posebno mišljenje suca *Owade* <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18426.pdf>, [24. 5. 2016.].

<sup>30</sup> Vidi Presuda st. 125., kao i Presuda iz 2008. st. 104.

<sup>31</sup> Vidi primjerice izjave i držanje srbijanskog predsjednika *Tomislava Nikolića* ili ministra vanjskih poslova *Ivice Dačića* neposredno nakon objavljivanja Presude, <http://www.index.hr/vijesti/clanak/novinari-dacicu-osmijeh-ne-silazi-s-lica/798988.aspx>, [24. 5. 2016.].

<sup>32</sup> Za posebno mišljenje suca *Petera Tomke* povodom presude o prethodnim prigovorima iz 2008. i povodom konačne presude 2015. vidi <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14901.pdf> i <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18424.pdf> [24. 5. 2016.].

argumente vlastitu ulogu u sporu ograniči upravo na mjeru koju je smatrao primjerenom.

Dakle - i time ćemo, referirajući se na konačni rezultata ovog spora, završiti razmatranje o utvrđivanju nadležnosti Suda u ovom postupku - Sud je prilikom razmatranja prvog potpitanja iz vlastite jurisdikcijske konstrukcije (je li se zločin genocida kako je naveden u meritumu tužbe i protutužbe uopće dogodio) očekivano utvrdio, kako - unatoč tomu što su počinjeni zločini koji po svome sadržaju (*actus reus*) potpadaju pod čl. II. a) i b) Konvencije o genocidu - oni ipak ne predstavljaju zločin genocida budući da navedenim činima nije moguće pripisati *isključivo* specifičnu namjeru počinjenja genocida (*mens rea/dolus specialis*).<sup>33</sup> S obzirom na navedeno utvrđenje, Sud se nije upuštao u daljnju raspravu o ostalim potpitanjima unutar jurisdikcijske konstrukcije (pripisivost čina SFRJ i sukcesija dogovornosti), kao ni u specifični prigovor srbijanske strane u svezi s nemogućnošću pokretanja postupka (podnosivost tužbe) s obzirom na događaje koji su se dogodili prije 8. listopada 1991.,<sup>34</sup> odnosno njene alternativne zahtjeve.<sup>35</sup>

S pravnog stajališta gledano, ovaj izuzetno zanimljivi pravno-teorijski sukob o nadležnosti po svojim bi posljedicama mogao postati i najdalekosežniji dio ove presude. Ipak - barem za hrvatsku i srbijansku stranu – on bi mogao zauvijek ostati u sjeni, po svojim pravnim posljedicama ograničene, ali po svojim stvarnim posljedicama nesumnjivo povijesne rasprave o činjeničnim supstratima na kojima su stranke zasnovale vlastite podneske. Upravo tijekom te rasprave hrvatska je strana, po našem mišljenju, u potpunosti nadomjestila jurisdikcijskom konstrukcijom Suda nametnuta joj ograničenja i ostvarila puni cilj podnošenja tužbe u ovom sporu.

### **3. PRIPREMNA RASPRAVA ZA RASPRAVU O MERITUMU**

Prije same rasprave o meritumu, Sud je uvodno razmotrio niz prethodnih pitanja, uključujući primjenjivo pravo,<sup>36</sup> vrlo važni odnos prema odlukama

---

<sup>33</sup> Vidi Presuda st. 440, 441 i 515.

<sup>34</sup> Ibid., st. 442.

<sup>35</sup> Ibid., st. 516 i 517.

<sup>36</sup> Ibid., st. 124, kao i st. 85-88, 114 i 115.



drugih kaznenih sudova ili tribunala, posebice Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ),<sup>37</sup> međusobni odnos odgovornosti države i pojedinačne kaznene odgovornosti<sup>38</sup> te odnos Konvencije o genocidu i međunarodnog humanitarnog prava.<sup>39</sup> Sud je također potvrdio vlastito shvaćanje konstitutivnih elemenata genocida (postupanje koje odgovara opisu djela iz čl. II. Konvencije (*actus reus*) koje prati specifična namjera počinjenja genocida (*mens rea/douls specialis*)) i njihovo značenje.<sup>40</sup> Konačno, otvarajući raspravu o genocidnoj namjeri Sud je temeljito razmotrio i za ovaj spor izuzetno važno pitanje značenja i opseg pojma uništenja dijela ugrožene skupine iz čl. II. Konvencije koje za sobom povlači kvalifikaciju genocida, kao i kriterija za utvrđivanje takvog uništenja.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Vidi Presuda st. 182, kao i Presuda iz 2007. st. 223, u kojem je Sud zaključio kako „će načelno prihvatiti kao izrazito uvjerljiva mjerodavna činjenična utvrđenja MKSJ, osim, naravno, ako ista nisu odbačena od žalbenog vijeća“.

<sup>38</sup> Vidi Presuda st. 129.

<sup>39</sup> Ibid., st. 151-153.

<sup>40</sup> Ibid., st. 132-166. Više o genocidu i njegovim elementima vidi u *Gaeta* 2009; *Jones* 2011; *Schabas* 2009; *Schabas* 2000.-2001; *Wald* 2007.

<sup>41</sup> Više o ovom pitanju vidi u sljedećem poglavlju. U svezi sa stajalištem Suda prema osnovnom (brojčani) i dopunskim (uništenje dijela skupine na ograničenom području pod nadzorom počinitelja (*opportunity*), značaj napadnutih osoba unutar ugrožene skupine (*prominence*)) kriterijima za utvrđivanje pojma uništenja supstantivnog dijela skupine vidi Presuda st. 142 i 406, Presuda iz 2007. st. 198-201, kao i detaljnu raspravu o tom pitanju u presudi žalbenog vijeća Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) u slučaju *Krstić* <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>, [24. 5. 2016.]. Također o ovom pitanju vidi sveobuhvatnu analizu u presudi raspravnog vijeća MKSJ u slučaju *Tolimir* str. 774-781, (<http://www.icty.org/x/cases/tolimir/tjug/en/121212.pdf>), [24. 5. 2016.], odnosno presudu raspravnog vijeća MKSJ u slučaju *Jelisić*, st. 82, <http://www.icty.org/x/cases/jelisc/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>, [24. 5. 2016.]. Ovdje treba dodati kako je nakon donošenja presude koja je predmetom ove analize, žalbeno vijeće MKSJ u slučaju *Tolimir* u travnju 2015. ukinulo presudu raspravnog vijeća u dijelu koji se odnosi na kvalifikaciju ubojstva triju uglednih Muslimana kao genocida, i to ne nužno zbog vrlo malog broja ubijenih osoba, koliko zbog nedostatka dokazane veze između ubojstva navedenih triju uglednika i daljnje sudbine muslimanskog stanovništva Žepe, odnosno nedostatka dokazanog utjecaja navedenog ubojstva na opstanak ugrožene skupine nakon njenog protjerivanja iz Žepe, vidi [http://www.icty.org/x/cases/tolimir/acjug/en/150408\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tolimir/acjug/en/150408_judgement.pdf), [24. 5. 2016.]. Vidi također presude raspravnog vijeća MKSR u slučaju *Nizeyimana*, [http://www.worldcourts.com/ict/eng/decisions/2011.01.14\\_Prosecutor\\_v\\_Nizeyimana.pdf](http://www.worldcourts.com/ict/eng/decisions/2011.01.14_Prosecutor_v_Nizeyimana.pdf), [24. 5. 2016.], *Hategekimana* <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-00-55b/trial-judgements/en/101206.pdf>, [24. 5. 2016.], i *Munyakazi*, <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-97-36a/trial-judgements/en/100705.pdf>, [24. 5. 2016.]. Konačno, o ovom pitanju vidi i posebno mišljenje suca *Bhandarija* koji je oštro kritizirao nesklonost Suda da primjeni dopunske

Istaknimo već ovdje kako je u tom kontekstu Sud zaključio kako je broj Hrvata koji su živjeli u područjima na koje se odnosi tužba (istočna Slavonija, zapadna Slavonija, Banovina, Kordun, Lika i Dalmacija) i koji su bili ugroženi djelovanjem JNA i srpskih snaga dovoljan da bi odgovarao pojmu supstantivnog dijela ugrožene skupine iz čl. II. Konvencije.<sup>42</sup> Istodobno, procjenjujući broj žrtava (prema podacima Hrvatskog memorijalno-dokumentacijskog centra Domovinskog rata preuzetim u tužbi on je iznosio 12 500<sup>43</sup>) u odnosu na broj pripadnika ugrožene skupine, Sud je zaključio kako je taj broj premali da bi upućivao na namjeru srpskih snaga da počine genocid s obzirom da se navedene snage očito nisu koristile postojećim prilikama za počinjenje genocida (u kojem bi slučaju broj ubijenih svakako bio puno veći).<sup>44</sup> Ovakav zaključak Suda, unatoč izričitoj drugačijoj deklaraciji,<sup>45</sup> upućuje na njegovu nespornost da ozbiljno razmotri primjenu dopunskih kriterija za posredno utvrđivanje genocidne namjere u slučaju tužbe, a na tragu, kako bogatom jurisprudencijom dvaju svjetskih sudova najvičnijih tumačenju Konvencije o genocidu razvijenih dopunskih kriterija utvrđivanja takve namjere, tako i na njima zasnovane vlastite Presude iz 2007.<sup>46</sup>

Procjenjujući pak broj ugroženih pripadnika srpskog stanovništva u odnosu na ukupno srpsko stanovništvo koje je živjelo u Republici Hrvatskoj u vrijeme događaja na koje se odnosi protutužba, Sud je također (kao i slučaju tužbe) došao do zaključka kako se radi o supstantivnom dijelu zaštićene skupine. Ipak, kod protutužbe, zanimljivo je primijetiti, Sud se uopće nije upuštao u procjenu omjera broja žrtava u odnosu na broj ugroženih osoba kako bi utvrdio postojanje ili nepostojanje posredne genocidne namjere,

---

kriterije posrednog utvrđivanja namjere počinjenja genocida, naročito kriterij uništenja dijela skupine na ograničenom području pod nadzorom počinitelja u slučaju Vukovara (*opportunity*), kao i simboličkog značenja ovog grada (*prominence*) za ostalo ugroženo hrvatsko stanovništvo, st. 8 i 43-45, <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18442.pdf>, [24. 5. 2016.].

<sup>42</sup> Vidi Presuda st. 406 u kojem je utvrđeno da je, prema statističkim podacima dobivenim popisom stanovnika 1991. u ugroženim područjima Republike Hrvatske te godine živjelo između 1,7 i 1,8 milijuna Hrvata, što je činilo tek nešto malo manje od polovine ukupnog hrvatskog stanovništva koje je u to vrijeme živjelo u Republici Hrvatskoj.

<sup>43</sup> Vidi <http://centardomovinskograta.hr/>, [24. 5. 2016.]. Vidi također Presuda st. 437.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Vidi Presuda st. 142 i 406.

<sup>46</sup> Vidi gore bilješka 41.

zaključivši umjesto toga (o očitome) da takva namjera postoji ako su čini koji odgovaraju čl. II. Konvencija o genocidu počinjeni s genocidnom namjerom (!?).<sup>47</sup>

#### 4. NAMJERA (*mens rea/dolus specialis*)

Bit spora o primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida između Republike Hrvatske i Republike Srbije, uz svakako vrlo važno pitanje nadležnosti Suda za odlučivanje u ovom sporu, moguće je svesti na spor o tumačenju pojma namjere (*intent to destroy*)<sup>48</sup> iz čl. II Konvencije, odnosno načina njenog posrednog utvrđivanja. Ovaj se temeljni spor, treba dodati, vodio kako između samih stranaka - koje su međusobno osporavale postojanje takve namjere – tako, još i više, između hrvatske strane i Suda, koji nije niti milimetra odstupao od standarda posrednog utvrđivanja genocidne namjere postavljenog presudom iz 2007. U navedenoj presudi Sud je ustvrdio kako je u nedostatku državnog plana kojim se izravno potvrđuje genocidna namjera, potrebno utvrditi način na koji je o takvoj namjeri moguće zaključiti iz neizravnih dokaza, pri čemu stranka u postupku koja tvrdi postojanje genocidne namjere treba ukazati na specifične okolnosti koje potvrđuju njeno postojanje, a eventualni obrazac postupanja (*pattern of conduct*), ako se koristi kao pokazatelj takvih specifičnih okolnosti, treba ukazivati *isključivo* na namjeru potpunog fizičkog ili biološkog uništenja određene vjerske, nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine ili jednog njezinog dijela, bez mogućnosti bilo kakvog drugačijeg tumačenja navedenog obrasca.<sup>49</sup> Istodobno pak, u navedenoj

---

<sup>47</sup> Vidi Presuda st. 448.

<sup>48</sup> Za detaljnu raspravu o specifičnostima genocidne namjere vidi posebice Ambos, 2009.

<sup>49</sup> St. 373. Presude iz 2007. glasi: „Turning now to the Applicant’s contention that the very pattern of the atrocities committed over many communities, over a lengthy period, focused on Bosnian Muslims and also Croats, demonstrates the necessary intent, the Court cannot agree with such a broad proposition. The *dolus specialis*, the specific intent to destroy the group in whole or in part, has to be convincingly shown by reference to particular circumstances, unless a general plan to that end can be convincingly demonstrated to exist; and for a pattern of conduct to be accepted as evidence of its existence, it would have to be such that it could only point to the existence of such intent.” Navedeni standard postavljen je izuzetno je visoko, i kako ćemo pokazati dalje u ovom radu (vidi str. 13-15), bez presedana u jurisprudenciji bilo kojeg međunarodnog suda ili tribunala (MKSJ,

presudi, Sud je potvrdio jurisprudencijom MKSJ i Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu (MKSR) utvrđene dopunske kriterije za utvrđivanje namjere uništenja dijela ugrožene skupine (uništenje dijela skupine na ograničenom prostoru pod nadzorom počinitelja (*opportunity*), značaj napadnutih osoba unutar ugrožene skupine (*prominence*)).<sup>50</sup>

Hrvatska je strana, stoga, na svaki mogući način, nastojala uvjeriti Sud, prije svega, u postojanje obrasca postupanja koji upućuje na genocidnu namjeru JNA i srpskih snaga i potrebu proširenog tumačenja postojanja genocidne namjere na temelju dopunskih kriterija utvrđenih Presudom iz 2007,<sup>51</sup> ali, jednako tako, i u potrebu odgovarajućeg ublažavanja standarda dokazivanja namjere uništenja supstantivnog dijela ugrožene skupine, utvrđenog Presudom iz 2007.<sup>52</sup>

S druge pak strane, za razliku od hrvatske, srbijanska se strana nije bavila tumačenjem ovog standarda, svjesna, posebice nakon presude žalbenog vijeća u slučaju *Gotovina et al.*,<sup>53</sup> kako ne raspolaže niti temeljnim pretpostavkama za posredno dokazivanje genocidne namjere (uključujući, kako će pokazati Presuda, nepostojanje bilo kakvog obrasca postupanja hrvatskog rukovodstva ili hrvatskih snaga iz kojeg bi eventualno bilo

---

Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu, Međunarodnog kaznenog suda) ili nacionalnih sudova. Ipak, za potporu tako postavljenom standardu posrednog utvrđivanja genocidne namjere i opravdanje takvog pristupa Suda (prvenstveno zbog težine kaznenih dijela koja su predmetom spora), vidi primjerice *Novaković-Vučić*, 2015, str. 39. Za detaljnu raspravu o ovom pitanju vidi također i odvojeno mišljenje suca *Trindade* <http://www.icty.org/docket/files/118/18432.pdf>, [24. 5. 2016.] te posebno mišljenje suca *Bhandarija*.

<sup>50</sup> Vidi gore bilješku 41.

<sup>51</sup> Ovakvo je stajalište, kako smo to već istakli, Sud načelno potvrdio i u st. 142 Presude, ali ga nije i primijenio. Na ovo se pitanje u svom posebnom mišljenju naročito osvrnuo sudac *Bhandari* koji je oštro kritizirao nesklonost Suda da primjeni dopunske kriterije posrednog utvrđivanja namjere počinjenja genocida, naročito kriterij uništenja dijela skupine na ograničenom prostoru pod nadzorom počinitelja u slučaju Vukovara (*opportunity*), kao i posebnog simboličkog značaja ovog grada (*prominence*) za ostalo ugroženo hrvatsko stanovništvo, vidi posebno mišljenje suca *Bhandarija*, st. 8 i 43-45.

<sup>52</sup> To se prvenstveno odnosi na nastojanja umjerena ka ublažavanju isključivosti zaključka koji je nužno izvesti iz posrednih dokaza koji upućuju na postojanje genocidne namjere (...and for a pattern of conduct to be accepted as evidence of its existence (existence of genocidal intent – op.a), it would have to be such that it could only point to the existence of such intent ...). Više o tome vidi niže str. 16-18.

<sup>53</sup> Za presudu raspravnog i žalbenog vijeća u slučaju *Gotovina et al.*, vidi [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415\\_judgement\\_vol1.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415_judgement_vol1.pdf), [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415\\_judgement\\_vol2.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415_judgement_vol2.pdf) i [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf), [24. 5. 2016.].

moguće zaključivati na takvu namjeru<sup>54</sup>) te kako bi joj primjerenije tumačenje ovog standarda (ili njegova promjena) ustvari mogla donijeti puno više štete (budući da je u slučaju tužbe izrijekom utvrđen takav obrazac postupanja JNA i srpskih snaga<sup>55</sup>) negoli koristi.

Ili - kraće - za hrvatsku je stranu proširivanje odnosno izmjena standarda posrednog dokazivanja genocidne namjere utvrđenog str. 373. presude iz 2007. predstavljalo prvi korak na putu ka uspjehu tužbe, dok je za srbijansku stranu upravo njegova nepromjenjivost bila jamstvo njene učinkovite obrane.<sup>56</sup>

U raspravi o ovim ključnim pitanjima, o čijem je rješenju u potpunosti ovisio i odgovor na prvo pitanje na kojem je počivala jurisdikcijska konstrukcija Suda,<sup>57</sup> pa onda i sam ishod spora, hrvatska se strana posebice oslonila na sveobuhvatno tumačenje sedamnaest faktora<sup>58</sup> koji upućuju na postojanje obrasca postupanja, što je konačno potvrdio i Sud,<sup>59</sup> iz kojeg bi se, prema njenom mišljenju, jedino razumno moglo zaključiti na isključivu namjeru JNA i srpskih snaga da unište hrvatsko stanovništvo u određenim područjima Republike Hrvatske. Istodobno, hrvatska je strana upozorila na mjerodavne dijelove Presude iz 2007., u kojima je Sud zauzeo stajalište prema dopunskim kriterijima dokazivanja namjere uništenja supstantivnog dijela ugrožene skupine te mjerodavne presude MKSJ i MKSR u kojima su navedeni dopunski kriteriji utvrđivanja genocidne namjere dosljedno i primijenjeni.<sup>60</sup>

Na ovom mjestu valja upozoriti i na posebno mišljenje suca *Bhandarija*<sup>61</sup> koji je, u razmišljanjima Suda, ukazao na izostanak, uz kvantitativni (*essential starting point*<sup>62</sup>), odgovarajuće primjene dopunskih kriterija dokazivanja te namjere uništenja dijela ugrožene skupine na činjenični

---

<sup>54</sup> Vidi Presuda st. 511.

<sup>55</sup> Ibid., st. 416.

<sup>56</sup> Spomenimo usput kako je srbijanska strana svakako puno više napora uložila u nastojanja usmjerena na to da uvjeri Sud u potrebu izmjene standarda iz st. 223. Presude iz 2007., koji se odnosi na stav Suda prema činjeničnim utvrđenjima MKSJ

<sup>57</sup> Vidi gore str. 5 do 7.

<sup>58</sup> Za navedene faktore vidi Presuda st. 408. Više o sedamnaest faktora vidi dolje str. 28 i 29.

<sup>59</sup> Vidi Presuda st. 416.

<sup>60</sup> Vidi gore bilješka 41.

<sup>61</sup> Vidi posebno mišljenje suca *Bhandarija*.

<sup>62</sup> Presuda iz 2007. st. 200.

supstrat koji je predočila hrvatska strana. Taj je nedostatak, prema njegovom mišljenju, naročito došao do izražaja u svezi s događajima vezanim uz Vukovar i njegovu okolicu, koji, kako će reći, ustvari „predstavljaju mikrokozam načina na koji je vođen širi sukob (*modus operandi*)“<sup>63</sup> u Republici Hrvatskoj te se posebice protive ograničavajućem pristupu Suda (koji potpuno zanemaruje kriterij značaja dijela ugrožene skupine i uspostavljeni obrazac postupanja JNA i srpskih snaga).<sup>64</sup> Vukovar i njegova okolica stoga zahtijevaju posve drugačiji pristup, osobito s obzirom na presedan Suda vezan uz postojanje genocidne namjere ograničene na određeno zemljopisno područje utvrđen presudom iz 2007. (Srebrenica), kao i potrebu jasnog razlikovanja motiva od namjere, odnosno mogućnost njihovog paralelnog postojanja (također potvrđenu određenim brojem presuda MKSJ i MKSR).<sup>65</sup> Ukratko, prema mišljenju suca *Bhandarija*, Sud je praktički u potpunosti i bez posebnog objašnjenja zanemario primjenu dopunskih kriterija, razrađenih presudama MKSJ i MKSR donesenim nakon 2007.,<sup>66</sup> i tako neopravdano suzio standard posrednog utvrđivanja genocidne namjere s obzirom na okvire postavljene jurisprudencijom najvažnijih sudskih tijela koja su se od njenog usvajanja bavila tumačenjem Konvencije o genocidu.

U svezi pak sa standardom posrednog dokazivanja genocidne namjere, odnosno isključivosti zaključka kojeg je nužno izvesti iz postojećih dokaza kako bi se utvrdilo njeno postojanje, hrvatska je strana nastojala pokazati kako ovakvo ekskluzivno shvaćanje dokazivosti subjektivnog elementa zločina genocida nije utemeljeno niti na kakvom presedanu te kako je i sam Sud u pogledu dokazivanja namjere u ranijim slučajevima pristao uz drugačiji standard.<sup>67</sup> U tom je kontekstu hrvatska strana istakla kako baš svi

---

<sup>63</sup> Vidi posebno mišljenje suca *Bhandarija*, st. 31.

<sup>64</sup> *Ibid.*, st. 31, 40-48.

<sup>65</sup> *Ibid.*, st. 49 i 50. Vidi također presude žalbenih vijeća MKSJ u slučajevima *Jelisić*, <http://www.icty.org/x/cases/jelisc/acjug/en/jel-aj010705.pdf>, [24. 5. 2016.], *Krnojelac*, <http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>, [24. 5. 2016.], *Blaškić* <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>, [24. 5. 2016.] i *Karera*, <http://www.refworld.org/docid/4989bd5a2.html>, [24. 5. 2016.].

<sup>66</sup> Vidi posebno mišljenje suca *Bhandarija*, st. 50. Sudac *Bhandari* osobito je ukazao na presude raspravnih vijeća MKSJ u slučajevima *Tolimir* i *Popović* te presude raspravnih vijeća MKSR u slučajevima *Nizeyimana*, *Hategekimana* i *Munyakazi*, vidi gore bilješka 41.

<sup>67</sup> Vidi *Corfu Channle* (UK v. Albanija), *Merits, Judgement, I.C.J. Reports* 1949, st. 16-17.

međunarodni (MKSJ, MKSR, Međunarodni kazneni sud)<sup>68</sup> i nacionalni sudovi prilikom utvrđivanja subjektivnog elementa zločina genocida koriste uobičajeni kaznenopravni standard koji se u osnovi temelji na „zaključivanju izvan razumne sumnje ili razumnom zaključivanju“ o namjeri (*conclusion beyond reasonable doubt, reasonable ground to believe, substantial ground to believe*) na temelju svih dokaza sagledanih u njihovoj ukupnosti, a ne na „isključivom zaključivanju“ o takvoj namjeri. Hrvatska je strana stoga pozvala Sud da, čak i ako mogu postojati drugačija objašnjenja utvrđenog obrasca postupanja JNA i srpskih snaga, ipak zaključi o postojanju genocidne namjere, ako je jedini razumni zaključak kojeg može izvesti iz tog obrasca postojanje takve namjere.<sup>69</sup> Sud je pak, prilično olako odbacivši hrvatsku pretpostavku mogućeg paralelnog postojanja različitih objašnjenja određenog postupanja, pri čemu je jedno od njih najuvjerljivije, ali ne i jedino moguće, lakonski izjednačio „isključivi zaključak iz obrasca postupanja na postojanje genocidne namjere (pri čemu je očito isključena mogućnost bilo kakvog drugog zaključka)“ s „jedinim zaključkom koji se razumno može izvesti iz obrasca postupanja“ (što svakako ne isključuje i druge moguće i manje vjerojatne zaključke), odnosno Sud je lakonski izjednačivši razumno zaključivanje s isključivim zaključivanjem, odbacio ovaj ključni prijedlog hrvatske strane.<sup>70</sup>

U ovom je kontekstu zanimljivo i odvojeno mišljenje (*dissenting opinion*) suca *Trindadea* koji, navodeći niz presuda međunarodnih kaznenih sudova, pri čemu posebice ističe prvi slučaj sudske tumačenja i primjene Konvencije o genocidu (slučaj *Akayesu* pred MKSR), skreće pozornost na činjenicu kako je MKSR jasno identificirao probleme vezane uz utvrđivanje genocidne namjere, a posebice praktičnu nemogućnost utvrđivanja takve

---

<sup>68</sup> Vidi primjerice presuda raspravnog vijeća u slučaju *Jean-Paul Akayesu*, st. 731, <http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/pdf/AKAYESU%20-%20JUDGEMENT.pdf>, [24. 5. 2016.], slučaj *Tolimir*, st. 745, žalbenog vijeća u slučaju *Karadžić*, st. 56-60, [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711\\_judgement\\_rule98bis.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711_judgement_rule98bis.pdf), [24. 5. 2016.] te žalbenog vijeća u slučaju *Al-Bashir*, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc817795.pdf>, st. 30 i 39, [24. 5. 2016.].

<sup>69</sup> Vidi Presuda st. 146.

<sup>70</sup> *Ibid.*, st. 148.

namjere, te, u tom kontekstu, predložio niz kriterija za njeno najprimjerenije utvrđivanje.<sup>71</sup>

U svjetlu gornjih razmatranja teško se oteti dojmu, koji na neki način i sažima argumente hrvatske strane vezane uz potrebu promjene standarda posrednog dokazivanja genocidne namjere utvrđenog Presudom iz 2007., o svojevrsnom proturječju između pokušaja posrednog utvrđivanja genocidne namjere, očito povezanog s nizom značajnih problema, i isključivog zaključka koji se očekuje kao rezultat takvog pokušaja. Naime, ako se namjera prihvati kao „psihički čimbenik kojeg je teško, ako ne i nemoguće utvrditi, osim u slučaju izričitog priznanja“<sup>72</sup> (postojanja genocidnog plana), kako je to utvrdio MKSR, odnosno, kao psihički čimbenik kojeg je „potrebno uvjerljivo pokazati iz specifičnih okolnosti“, kako je to utvrdio Sud u svojoj presudi iz 2007.,<sup>73</sup> - onda je o njoj, osim u slučaju izravnog priznanja (postojanja genocidnog plana), uistinu „teško, ako ne i nemoguće“ donositi isključive zaključke. O takvoj bi namjeri dakle, upravo s obzirom na njenu relativnu dokazivosti, kao i na posredni način njenog dokazivanja, bilo puno primjerenije donositi i relativne (najvjerojatnije, najrazumnije) zaključke zasnovane na pažljivoj ocjeni svih postojećih dokaza i predočenih okolnosti, a nikako isključive ocjene.

Naposlijetku, spomenimo i to da je, osim što je nastojala navesti Sud na ublažavanje kriterija posrednog dokazivanja namjere počinjenja genocida, kako smo to pokazali gore, hrvatska strana nastojala pokazati i kako riječ „*to destroy*“ iz definicije zločina genocida sadržanu u čl. II. Konvencije treba tumačiti, ne samo kao fizičko istrebljenje ili biološko uništenje, nego

---

<sup>71</sup> U prvom slučaju primjene Konvencije o genocidu pred MKSR (Akayesu) u svojoj presudi iz 1998. raspravno je vijeće utvrdilo kako je “namjera psihički čimbenik kojeg je teško, ako ne i nemoguće, utvrditi”, te je smatralo kako je “u slučaju nedostatka priznanja optuženog”, o namjeri moguće zaključiti iz sljedećih faktora koji čine “obrazac postupanja”: a) opći kontekst sustavnog počinjenja teških povreda protiv iste skupine; b) opseg počinjenih zločina; c) opća priroda počinjenih zločina u nekoj regiji ili zemlji; d) činjenica namjernog i sustavnog napada zbog pripadnosti žrtava određenoj skupini, uz isključivanje od takvih napada pripadnika drugih skupina; e) opća politička doktrina koja stoji u temeljima takvog postupanja; f) teške povrede međunarodnog prava počinjenje protiv pripadnika skupine samo zato što pripadaju dotičnoj skupini; g) ponavljanje destruktivnih i diskriminatornih čina; te h) poduzimanje čina koji poništavaju ili za koje sami počinitelji smatraju da poništavaju same temelje skupine”, vidi presuda raspravno vijeća st. 521 i 523-524).

<sup>72</sup> Vidi prethodnu bilješku.

<sup>73</sup> Vidi gore bilješku 49.



tako da obuhvaća i čine usmjerene na prestanak učinkovitog funkcioniranja ili postojanja ugrožene skupine na određenom zemljopisnom prostoru.<sup>74</sup> Hrvatska je strana također isticala kako pojam „namjernog podvrgavanja skupine životnim uvjetima kojima se provodi njeno fizičko uništenje“ na način različit od ubijanja, sadržan u definiciji, uključuje i sustavno prisilno raseljavanje stanovništva, odnosno etničko čišćenje.<sup>75</sup> U tom je kontekstu, pozivajući se posebice na utvrđenja MKSJ,<sup>76</sup> uključujući i izjave čelnih ljudi SAO Krajine o uspostavi etnički čiste države i nemogućnosti suživota s hrvatskim stanovništvom,<sup>77</sup> hrvatska strana nastojala ukazati na to kako, u slučajevima kada etničko čišćenje ima za cilj uspostavu etnički čiste države, pri čemu se ne biraju sredstva za postignuće tog cilja, uključujući i namjeru uništenja dotičnog dijela skupine, etničko čišćenje nesumnjivo predstavlja genocidni čin.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Presuda st. 134. Vidi CR 2014/12, st. 29. Vidi također posebno mišljenje suca *Bhandarija*, str. 22.

<sup>75</sup> Vidi Presuda st. 161. Za potvrdu ovakvog načina razmišljanja vidi presudu raspravnog vijeća u slučaju *Brđanin*, st. 691, <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>, [datum zadnjeg pristupa 24. svibnja 2016.], raspravnih vijeća u *Stakić*, st. 517, <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>, [24. 5. 2016.], *Akayesu*, st. 505-506 (vidi gore bilješka 65.) i *Rutaganda* st. 52., <http://passthrough.fw-notify.net/download/617166/http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-3/trial-judgements/en/991206.pdf>, [24. 5. 2016.], kao i presudu Europskog suda za ljudska prava u slučaju *Jorgić* [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608#{"itemid":\["001-81608"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608#{), od 12. srpnja 2007.

<sup>76</sup> Vidi posebice presude raspravnih vijeća u slučajevima *Tadić*, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj991111e.pdf>, [24. 5. 2016.], *Krstić* <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>, [24. 5. 2016.] i *Stakić* <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf> [24. 5. 2016.].

<sup>77</sup> Vidi presuda raspravnog vijeća u slučaju *Martić*, posebice st. 445, <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>, [24. 5. 2016.].

<sup>78</sup> U ovom kontekstu svakako valja podsjetiti na stavove Opće skupštine i Vijeća sigurnosti s obzirom na međusobni odnos odvih dvaju pojmova (genocida i etničkog čišćenja). Naime, dok je Opća skupština u svojoj rezoluciji *A/RES/47/121* iz 1993. (slično i *A/RES/48/153* iz 1994.) ustvrdila kako je agresivna politika koju srpske i crnogorske snage provode u dijelovima BiH pod vlastitim kontrolom „u provođenju odvatne prakse etničkog čišćenja, oblik genocida“, Vijeće sigurnosti je od Glavnog tajnika (*rezolucija 780/1992*) zatražilo da osnuje komisiju stručnjaka (Kalshovenova komisija) kojoj je, između ostalog, zadatak bio i da razmotri praksu etničkog čišćenja u sukobu na području bivše Jugoslavije. U svome završnom izvješću (*S/1994/674* od 27. svibnja 1994.) Komisija je u svezi s etničkom čišćenjem zaključila kako se radi o novom pojmu kojeg je moguće definirati kao „postizanje etničke homogenosti određenog područja uporabom sile ili zastrašivanjem u svrhu uklanjanja pripadnika određenih skupina s dotičnog područja, odnosno etničko čišćenje je smišljena politika jedne etničke skupine usmjerena na uklanjanje druge etničke

U svezi s navedenim, zanimljivo upozoriti i na vrlo detaljnu analizu niza specifičnih pitanja vezanih uz definiciju genocida, uključujući posebice odnos njegovog subjektivnog i objektivnog elementa, koju je u svojem odvojenom mišljenju proveo sudac *Trindade*,<sup>79</sup> (koji je u konačnici i glasovao za usvajanje tužbe). On je izrazio uvjerenje kako je nužno pristupiti primjerenijem tumačenju Konvencije, posebice u pogledu standarda dokazivanja genocidne namjere, pri čemu bi ekstremno nasilje u provedbi određenog, kako će reći *Trindade* - obrasca razaranja (*pattern of destruction*) - trebalo biti dovoljan dokaz takve namjere.<sup>80</sup>

U ovakvom načinu razmišljanja nemoguće je potpuno razdvojiti objektivni od subjektivnog elementa zločina (činjenični supstrat od namjere),<sup>81</sup> odnosno, način izvršenja čina koji odgovara opisu djela genocida iz čl. II.

---

skupine s određenog područja uporabom nasilja i metoda zastrašivanja“. Takva praksa, nastavlja Komisija, „predstavlja zločine protiv čovječnosti i moguće ju je izjednačiti sa specifičnim ratnim zločinima, pri čemu neki od navedenih čina mogu potpasti i pod odredbe Konvencije o genocidu.“ Na osnovu ovog izvješća treba zaključiti kako ne postoji međunarodnopravno prihvaćena definicija etničkog čišćenja niti ono predstavlja samostalan pravni pojam koji bi označavao samostalno kazneno djelo. Umjesto toga, etničko čišćenje obuhvaća niz različitih zločina koji svaki zasebno potpadaju pod neki od najtežih međunarodnih zločina (zločini protiv čovječnosti, ratni zločini, genocid). Takvo je stajalište zauzeo i Međunarodni sud, nakon detaljnog razmatranja međusobnog odnosa ovih dvaju pojmova, u Presudi iz 2007. u čijem se str. 190. navodi kako „ono što se općenito zove etničkim čišćenjem samo po sebi ne predstavlja oblik genocida... pri čemu čini etničkog čišćenja mogu svakako predstavljati elemente u provedbi genocidnog plana, pod uvjetom da postoji namjera da se fizički uništi ciljana skupina, a ne samo ostvari njeno prisilno iseljavanje“. Odnosno, kako dodaje Sud, „niti namjera, izražena kroz određenu politiku, da se etnički očisti određeno područje, niti operacija koje se izvode radi provedbe takve politike, ne mogu se kao takvi smatrati genocidom... ali etničko čišćenje može biti značajno kao pokazatelj postojanja specifične namjere koja nadahnjuje te akte“. Konačno, nije nebitno spomenuti i to da je tijekom izrade nacrtu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iznesen i prijedlog (Sirija) za uključivanjem u definiciju genocida kao posebnog podstavka čl. II., „mjera usmjerenih na prisiljavanje pripadnika određene skupine da napusti vlastite domove kako bi izbjegli prijetnju budućeg zlostavljanja“ (*A/C.6/234*), koji je u konačnici ipak odbijen. Za doktrinarnu stavove o ovom pitanju, uključujući stavove hrvatskih teoretičara, kao i zakonodavstvo i praksu hrvatskih sudova u ovom pitanju, vidi *Munivrana* 2011; *Petrović* 1994; *Schabas* 2000, 199. i dalje; posebice u svezi s namjerom uništenja skupine kao koherentne društvene jedinice vidi *Lippman*, 2001, 467-535, posebice 526; kao i *Hübner*, 2004, 208-17; u svezi s nemogućnošću podvođenja svih radnji etničkog čišćenja pod pojam genocida vidi *Werle* 2009, 270.

<sup>79</sup> Vidi odvojeno mišljenje suca *Cançado Trindade*.

<sup>80</sup> *Ibid.*, poglavlje IX, *Epilogue – trigesimus primus*.

<sup>81</sup> *Ibid.*, *trigesimus nonus*.

Konvencije, ustvari dominira nad subjektivnom namjerom (otkriva takvu namjeru). Takva se namjera onda, osim što je njeno utvrđivanje nemoguće odvojiti od vrijednosnih stavova sudaca i njihovog intimnog uvjerenja, ustvari automatski izvodi iz činjeničnog supstrata i načina njegovog izvršenja, odnosno, o namjeri se zaključuje iz rezultata počiniteljeva djelovanja. U tom smislu *Trindade* poziva na primjerenije tumačenje Konvencije, kojim bi se objektivnom elementu zločina genocida (*actus reus*), a bez da se pri tom poništi njegova *differentia specifica* prema drugim teškim povredama međunarodnog prava utemeljena upravo na specifičnoj namjeri (*mens rea*), priznala primarna dokazna snaga te bi iz ukupnosti činjeničnog supstrata trebalo biti moguće zaključiti i na namjeru (oboriva presumpcija), bez potrebe njenog isključivog dokazivanja. Naime, često upravo okrutnost izvršenja zločina, ustvari otkriva, ili kako će reći *Trindade*– prikriva – genocidnu namjeru, čak i ako takva namjera nije jedini mogući zaključak koji se može izvesti iz predočenih dokaza.<sup>82</sup> Sličan je stav iznio i sudac *Bhandari* u svome posebnom mišljenju naglasivši kako postojeći jurisprudencijski trendovi upućuju na to da obrazac zločina kakav je potvrđen u Hrvatskoj u razdoblju od 1991. do 1995. svakako može upućivati na postojanje genocidne namjere u puno većoj mjeri nego li su to suci u ovom sporu bili spremni priznati.<sup>83</sup> Ovakvi stavovi svakako zaslužuju pozornost, kako imajući u vidu nezaustavljiv razvoj suvremenog međunarodnog prava i, posebice, međunarodnog kaznenog prava, tako i samu svrhu i cilj Konvencije o genocidu, odnosno njenu budućnost.

Prema tome, i koliko god to nekome zapanjujuće - i protivno poimanju elementarne humanosti izgledalo - ovom je presudom, na temelju izuzetno ograničenog tumačenja pojma namjere i praktički neostvarivog standarda njenog posrednog dokazivanja, potvrđeno kako genocid prema važećem kriteriju Suda, nije sustavni izgon i njime uzrokovani masovni egzodus etničke, nacionalne, rasne ili vjerske skupine ili jednog njezinog dijela s određenog prostora proveden u izvršenju pomno osmišljenog plana i uz brojne zločine protiv čovječnosti i ratne zločine (ili u terminologiji

---

<sup>82</sup> Ibid., st. 237, 5. *General Assesment*: „... It was not only “a plurality of common crimes” that “cannot, in itself, constitute genocide”, as Counsel or Serbia argued before the Court... it was rather an onslaught, a plurality of atrocities, which, in itself, by its extreme violence and devastation, can disclose the intent to destroy (*mens rea* of genocide).“

<sup>83</sup> Vidi posebno mišljenje suca *Bhandarija*, st. 22.

uvriježenoj nakon početka rata na prostoru bivše Jugoslavije – „etničko čišćenje“),<sup>84</sup> uključujući masovna ubojstva, silovanja, mučenja i premlaćivanja te uništenje i pljačku imovine, koji taj izgon prate. Prema važećem kriteriju Suda genocid također nije niti sustavno i rašireno uništenje i pljačka kulturnih dobara etničke, nacionalne, rasne ili vjerske skupine ili jednog njezinog dijela (iako *travaux préparatoires* vezan uz usvajanje Konvencije o genocidu, svjedoči o izvornoj namjeri tvoraca Konvencije da u čl. II., uz postojeću definiciju genocida, uvrste i kulturološki genocid ili kulturocid kao namjeru potpunog zatiranja kulture pojedine skupine ili jednog njenog dijela).<sup>85</sup> Genocid konačno nije niti kombinacija svih gore navedenih radnji kako su pobrojane u sedamnaest faktora koje je izložila hrvatska strana nastojeći posredno dokazati namjeru

---

<sup>84</sup> Vidi gore bilješku 78.

<sup>85</sup> Republika Hrvatska je tijekom agresije temeljito opljačkana, a njeno opljačkano kulturno blago uglavnom je preseljeno u Republiku Srbiju. Prema podacima Ministarstva kulture, u razdoblju od 2001. do 2013. godine vraćeno je 25.260 kulturnih dobara, a međudržavno Povjerenstvo za povrat kulturnih dobara intenzivno nastavlja s radom na povratu preostalih umjetnina. Prema podacima o procjeni ratne štete Hrvatska još uvijek potražuje (u najvećem dijelu od Republike Srbije i najvećim dijelom eksponate kulturne baštine srpskog naroda u Republici Hrvatskoj) oko 24.500 muzejskih predmeta iz 45 hrvatskih muzeja te preko 1000 kulturnih dobara iz manastira, crkava, samostana te privatnih zbirki, kao i arhivsko gradivo i knjižničnu građu (vidi <http://www.min-kulture.hr/default.aspx?id=9899>), [24. 5. 2016.]. I sam Sud (Presuda, st. 388.) podsjeća na *travaux préparatoires* Konvencije tijekom kojeg je među njenim pregovaračima, a sukladno razmišljanjima tvorca pojma genocida *Ralph Lemkina*, upravo radi praktične i učinkovite zaštite ugroženih skupina, postojala ideja o uključenju u definiciju i kulturološkog oblika genocida (vidi Report of the *ad hoc* Committee on Genocide, sedmo zasjedanje, *Supplement No. 6*, dokument E/794; i UN, *Official Documents of the General Assembly*, dio I., treće zasjedanje, Šesti odbor, *Minutes of the Eighty-Third Meeting*, str. 193-207, dokument. A/C.6/SR.83). Kulturocid, koji na kraju, i nakon vrlo ozbiljnog razmatranja, ipak nije uvršten u konvencijski tekst, svjedoči o nastojanju da se namjera uništenja kulturnog blaga pojedine skupine ili njenog dijela, odnosno zatiranje njenog kulturnog identiteta, a ne samo fizičko uništenje skupine, također proglasi posebnim oblikom „najgoreg od svih zločina“. Istodobno, ovo nastojanje svjedoči i o izvornom Lemkinovom shvaćanju pojma genocida, kao ne samo i isključivo namjere potpunog fizičkog uništenja skupine ili jednog njenog dijela, već i svakog nastojanja usmjerenog na „poništenje“ određene skupine, bez obzira provodi li se to poništenje potpunim fizičkim uništenjem (istrebljenjem) određene skupine ili jednog njenog dijela ili pak na drugi način (raseljavanjem, zatiranjem identiteta skupine, kulturocidom, i sl.). Ovakvo je shvaćanje svakako vrlo blisko određenim stavovima koje je iznijela hrvatska strana tijekom ovog postupka te se također značajno približava laičkom shvaćanju pojma genocida prema kojem je namjera uništenja kulturnih dobara hrvatskog naroda u okupiranim područjima Republike Hrvatske i nastojanja da se zatru tragovi njegove kulture jasan dodatni pokazatelj namjere srbijansko-srpskog agresora da poništi postojanje hrvatskog stanovništva na određenom prostoru.

izvršenja genocida, osim ako isključivi zaključak o razlozima takvog postupanja počinitelja koji se može razumno izvesti iz iznesenog činjeničnog supstrata nije namjera potpunog fizičkog uništenja skupine ili jednog njezinog dijela.

Iz ovako - ne bismo rekli visoko, nego prije potpuno neprimjereno, ako ne i pogrešno - postavljenog standarda, koji, čini se, uistinu poništava sam cilj i svrhu Konvencije o genocidu, tj. zaštitu skupina, njihovih dijelova pa i pojedinaca od pokušaja njihovog istrebljenja, možemo samo zaključiti kako je za utvrđivanje zločina genocida, od samog činjeničnog supstrata, očito neizmjerljivo važnija, ako ne i jedino važna - subjektivna namjera. Kako je tu namjeru, međutim, gotovo nemoguće neposredno dokazati, a njeno je posredno dokazivanje, kako smo to pokazali gore, izuzetno otežano, onda i utvrđenje genocida u postupku pred Sudom, očito, i u najvećoj mjeri, ostaje – neostvarivim pothvatom.

Dakle, i time ćemo završiti razmatranja vezana uz glavni predmet spora u ovom postupku, u ovakvom shvaćanju subjektivnog i objektivnog elementa zločina genocida i njihovog međusobnog odnosa, na kojem je ustrajao Sud,<sup>86</sup> (potpuno suprotno upravo izloženim shvaćanjima njegovih pojedinih sudaca) subjektivna teško dokaziva sastavnica (*dolus specialis*) genocida daleko nadmašuje njegovu objektivnu, činjeničnu sastavnicu (*actus reus*)<sup>87</sup> i to sve do mjere u kojoj objektivni element zločina genocida, njegov činjenični supstrat, postaje gotovo irelevantan, odnosno u potpunosti ovisan o uspjehu ili neuspjehu najčešće posrednog (postojanje izričitog genocidnog plana vrlo je teško očekivati), a onda i isključivog (i, kako je očito, vrlo teško ostvarivog), dokazivanja genocidne namjere. Čini se, stoga,<sup>88</sup> kako je ovakav stav Suda - kako s obzirom na neprimjenu ili nepotpunu primjenu dopunskih kriterija za posredno utvrđivanje genocidne namjere - tako, još i više, s obzirom na isključivost zaključka kojeg je potrebno izvesti iz posrednih dokaza za postojanje genocidne namjere – upravo ono što Konvenciju o genocidu čini praktički neprimjenjivom i osuđenom na irelevantnost u vrijeme kada se vapaj za njezinom zaštitom sve češće čuje.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Vidi Presuda st. 132-148.

<sup>87</sup> Ibid., st. 149-166.

<sup>88</sup> Kako je upozorila hrvatska strana, vidi CR 2014/20.

<sup>89</sup> Vidi odvojeno mišljenje sudac *Trindade, Epilogue - quintus decimus*.

Očito je da suvremeni razvoj međunarodnog prava, i posebice međunarodnog kaznenog prava, kao uostalom i međunarodnih odnosa, zahtijeva i primjereno tumačenje Konvencije utemeljeno na odgovarajućem tumačenju njenih sastavnih elemenata i njihovog međusobnog odnosa. U tom su smislu međunarodni kazneni sudovi, kao i nacionalna pravosudna tijela, nastojala ostvariti neophodnu ravnotežu odgovarajućim prilagođavanjem (relativiziranjem) subjektivnog elementa zločina genocida - bilo uvođenjem dopunskih kriterija za njegovu procjenu, odnosno proširivanjem temelja za posredno dokazivanje genocidne namjere (*opportunity, prominence*), bilo primjenom odgovarajućeg dokaznog standarda (*conclusion beyond reasonable doubt, reasonable ground to believe, substantial ground to believe*) za posredno utvrđivanje namjere ukidanjem isključivosti njegova upućivanja. Ovi su jurisprudencijski trendovi, očito, gotovo u potpunosti zaobišli Međunarodni sud.

## 5. DOKAZI I DOKAZNE METODE

Sud je posebice naglasio kako se razlika među stranama spora u odnosu na tužbu manje odnosi na vjerodostojnost činjeničnog supstrata, a puno više na njegovu kvalifikaciju s obzirom na odredbe Konvencije o genocidu, posebice utvrđivanje specifične namjere počinjenja genocida.<sup>90</sup> Istodobno, Sud je istakao kako teret dokaza u ovom slučaju leži na onome koji tvrdi postojanje određenih činjenica, uz dužnost druge strane da dostavi Sudu dokaze koje posjeduje, a koji mu mogu pomoći u rješenju spora.<sup>91</sup> Sud je također naglasio kako predočeni dokazi u ovakvim postupcima, s obzirom

---

<sup>90</sup> Vidi Presuda st. 168. Vidi također prethodno poglavlje.

<sup>91</sup> Vidi Presuda st. 170-176, vidi također *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, st. 101). Za potpuno drugačije mišljenje o teretu dokazivanja u ovom i sličnim slučajevima najtežih kršenja ljudskih prava, a na tragu jurisprudencije Međuameričkog suda za ljudska prava i Europskog suda za ljudska prava, vidi odvojeno mišljenje suca *Trindade, Epilogue – sextus decimus*. U ovom kontekstu također vidi razmatranje Suda o prebacivanju tereta dokaza s obzirom na čine koji su se dogodili na području pod srbijanskog kontrolom ili s obzirom na odbijanje srbijanske strane da Sudu dostavi puni tekst određenih dokumenata (klasificirani dokumenti), Presuda iz 2007., st. 206 i 206.

na predmet spora i iznimno teške optužbe, moraju biti potpuno uvjerljivi (*evidence that is fully conclusive*).<sup>92</sup>

Nažalost, iako je ovakav stav Suda bio unaprijed vrlo dobro poznat,<sup>93</sup> ovaj dio tužbe nije u svim elementima na razini njenih ostalih dijelova, odnosno – nesumnjivo predstavlja njen slabiji dio. Iako je hrvatska strana svoju tužbu zasnovala na impresivnoj građi,<sup>94</sup> koja, između ostalog, uključuje više od 450 izjava svjedoka, stotine političkih, vojnih i obavještajnih dokumenata, brojna izvješća međunarodnih organizacija, promatrača i stručnih povjerenstava te niz novinskih članaka i medijskih izvješća, dojam je Suda, kojeg je izričito naglasio,<sup>95</sup> i kojeg su također, u svojim posebnim mišljenjima, izrijeком potvrdili i pojedini suci,<sup>96</sup> kako veliki dio dokaza (posebice izjava svjedoka) koje je podnijela hrvatska strana ustvari ne zadovoljava temeljne pretpostavke za njihovo uvrštenje među dokaze na temelju kojih Sud odlučuje niti bi, uostalom, zadovoljavao te uvjete prema mjerodavnim propisima važećim u SFRJ u vrijeme počinjenja djela koja su predmetom tužbe ili pak prema hrvatskim nacionalnim standardima.<sup>97</sup> Ovakvo stanje hrvatske tužbe u pogledu dokaza, bez obzira na brojne

---

<sup>92</sup> Vidi Presuda st. 178.

<sup>93</sup> O ovoj činjenici vidi osobito posebno mišljenje sutkinje *Donoghue*, st. 6, <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18436.pdf>, [24. 5. 2016.].

<sup>94</sup> Vidi gore bilješka 3.

<sup>95</sup> Za zaključak o teretu dokazivanja i stav Suda prema većem dijelu dokaza koje je podnijela hrvatska strana vidi Presuda str. 192-199.

<sup>96</sup> Vidi posebice st. 2, 4, 39, 45 i 54 posebnog mišljenja suca *Bhandarija*. *Bhandari* je, unatoč razumijevanju koje je izrazio s obzirom na iznimno teške okolnosti u kojim su prikupljeni dokazi, upozorio na jasno utvrđeno pravno načelo prema kojem „što je teži zločin to se traži viši dokazni standard za njegovo utvrđivanje pred Sudom.“ U tom je kontekstu, kao glavni razlog vlastitog odbijanja tužbe naveo upravo propust hrvatske strane da zadovolji minimalni dokazni standard postavljen ranijom jurisprudencijom Suda, odnosno činjenicu da nakon izvođenja dokaza hrvatske strane nije „u potpunosti uvjeren kako je jedini mogući zaključak izvediv iz podnesenih dokaza u ovom slučaju onaj da su napadi na etničke Hrvate na području Hrvatske između 1991. i 1995. izvedeni s potrebnom genocidnom namjerom.“ Sudac *Bhandari* također je dodatno kritizirao postupak hrvatske strane vezano uz pisane izjave svjedoka koje je predložila Sudu, a koje ne bi bile valjane niti pred hrvatskim sudovima. O ovom ključnom pitanju vidi također posebno mišljenje sutkinje *Donoghue* u kojem se uvelike posvetila upravo analizi (pisanih) izjava svjedoka i njihovom temeljnom razlikovanju s obzirom na činjenicu jesu li potvrđene presudama MKSJ ili priznanjem druge strane ili nisu, st. 2-9.

<sup>97</sup> Sudac *Christopher Greenwood* postavio je hrvatskoj strani znakovito pitanje o statusu nepotpisanih izjava u eventualnom postupku pred hrvatskim sudovima u vrijeme kada su takve izjave prikupljene, vidi CR 2014/20.

poteškoće u prikupljanju izjava i dokumenta u ratnim uvjetima (koje je naglasio sudac Bhandari u svom posebnom mišljenju, a izrijeком priznao i sam Sud)<sup>98</sup>, prilično čudi, naročito s obzirom na činjenicu da su se u hrvatskom pravnom timu nalazili i istaknuti stručnjaci za kazneno procesno pravo kojima su svakako trebala biti dobro poznata, kako opća procesna pravila za izvođenje dokaza, tako i praksa Suda u tom pogledu.<sup>99</sup> U tom se kontekstu izuzetno značajnim pokazalo postojanje niza presuda MKSJ i njegovih utvrđenja,<sup>100</sup> koje su, zajedno s onim dokazima hrvatskog pravnog tima koje je Sud uvažio, činile temeljni dokazni supstrat hrvatske tužbe, kako s obzirom na *actus reus*, tako i s obzirom na obrazac postupanja.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Vidi Presuda st. 198. Također vidi posebno mišljenje suca *Bhandarija*, osobito st. 4

<sup>99</sup> Treba istodobno istaći kako niti Statut Međunarodnog suda niti Pravila suda ne sadrže posebne zahtjeve glede forme izjava svjedoka, koje su, kada je tužba u pitanju, u velikoj mjeri osporene zbog, primjerice, nedostatka potpisa osobe koja ih je dala ili zabilježila. Ipak, Sud je izrijeком naglasio kako se pri određivanju dokazne vrijednosti pojedine izjave prvenstveno rukovodi njenim oblikom te okolnostima u kojima je dana, vidi Presuda str. 196.

<sup>100</sup> Za stav Suda prema činjenicama utvrđenim pred MKSJ vidi gore bilješka 37. Za pojedina važna činjenična utvrđenja pred MKSJ na koja se u velikoj mjeri oslanjala hrvatska strana vidi posebice slučajeve *Mrkšić* (suradnja između srbijanskog rukovodstva i JNA i srpskih vojnih i paravojnih snaga u Republici Hrvatskoj – učinkovito zapovjedništvo i puni nadzor; razaranja Vukovara), <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/tjug/en/070927.pdf>, <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/en/090505.pdf>, [24. 5. 2016.], *Martić* (obrazac postupanja, zajednički zločinački pothvat usmjeren na uspostavu etnički čistog srpskog područja protjerivanjem Hrvata i nesrpskog stanovništva s područja tzv. Republike Srpske Krajine i utvrđivanje popisa sudionika ovog pothvata na čelu sa srbijanskim predsjednikom *Slobodan Miloševićem*; detaljan popis činjenica vezanih uz napade i zločine počinjenje 1991. i 1992.; značajna potpora SRJ pobunjenicima u Republici Hrvatskoj), <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf>, <http://www.icty.org/x/cases/martic/acjug/en/mar-aj081008e.pdf>, *Babić* (kriminalni karakter tzv. Republike Srpske Krajine) <http://www.icty.org/x/cases/babic/tjug/en/bab-sj040629e.pdf>, <http://www.icty.org/x/cases/babic/tjug/en/bab-sj040629e.pdf>, [24. 5. 2016.], *Gotovina et al.* (nepostojanje namjere progona, uništenja i pljačke imovine, ubojstava i nečovječnog postupanja te sprečavanja istraga nakon operacije Oluja prema srpskom stanovništvu u Republici Hrvatskoj; nepostojanje prepreka za povratak izbjeglog srpskog stanovništva u Republiku Hrvatsku; nepostojanje namjere deportacije srpskog stanovništva izvan napada na Knin, Benkovac, Obrovac i Gračac (raspravno vijeće); odbacivanje inkriminacije Brijunskih transkripta; nepostojanje nezakonitog ili prekomjernog granatiranja Knina, Benkovca, Obrovca i Gračaca; nepostojanje udruženog zločinačkog pothvata usmjerenog na protjerivanja srpskog stanovništva iz Republike Hrvatske (žalbeno vijeće)), *Jokić/Strugar* (zločini na dubrovačkom području), <http://www.icty.org/x/cases/strugar/tjug/en/str-tj050131e.pdf>, <http://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/en/080717.pdf>, [24. 5. 2016.].

<sup>101</sup> U potvrdu ovoga vidi posebno mišljenje sutkinje *Donoghue* st. 2.



Tako hrvatska strana nije uspjela dokazati tek manji dio svojih tvrdnji, primjerice o zločinima počinjenim u Voćinu, u prosincu 1991.<sup>102</sup> Također, treba spomenuti i to kako je srbijanska strana određeni broj najtežih notornih zločina izričito priznala (Vukovar, Škabrnja) ili ih nije negirala (Saborsko) ili se, iz očiglednih razloga, nije protivila postojećim presudama MKSJ kojih su oni sastavni dio.

Konačno, u raspravi o dokazima na kojima je utemeljena tužba ne treba smetnuti s uma niti činjenicu da niti tužitelji MKSJ (a *stricto sensu* niti Republika Hrvatska - barem ne na temelju inkriminacije genocida koji bi odgovarao međunarodnopravnim izvorima inkriminacije ovog kaznenog djela i tumačenju obilježja genocida u jurisprudenciji Međunarodnog suda),<sup>103</sup> nisu nikada i niti protiv koga podigli optužnicu za genocid počinjen u agresiji na Republiku Hrvatsku niti se Republika Hrvatska poslužila mogućnošću predviđenom u čl. VIII. Konvencije o genocidu (poziv mjerodavnim tijelima UN-a da poduzmu akciju prema Povelji UN-a koju smatraju primjerenom za sprečavanje ili suzbijanje čina genocida ili drugih čina pobrojanih u čl. III. Konvencije), čemu je Sud također pridao odgovarajuću pozornost.<sup>104</sup>

## 6. MERITUM TUŽBE

U raspravi o meritumu tužbe, Sud je, s posebnim naglaskom na Vukovar i njegovu okolicu, detaljno (str. 209. do 360. - ili gotovo polovica supstantivnog dijela Presude) utvrdio postojanje *actus reus* zločina genocida prema čl. II. st. a) i b) Konvencije (ubojstva, uzrokovanje teških psihičkih i fizičkih patnji) počinjenog sustavno od JNA i srpskih snaga nad Hrvatima u regijama istočne Slavonije, zapadne Slavonije, Banovine, Korduna, Like i

---

<sup>102</sup> Vidi Presuda st. 246-250.

<sup>103</sup> Za optužnice s kvalifikacijom genocida u jurisprudenciji hrvatskih sudova, koje se sve temelje upravo na radnji prisilnog raseljavanja čije su apriorno izjednačavanje s genocidom, kako MKSJ, tako i sam Sud jasno otklonili, vidi *Munivrana* 2011.;

<sup>104</sup> Za raspravu o dokaznoj vrijednosti činjenice uključivanja ili isključivanja optužnice za genocid i stavu Suda o tom pitanju vidi Presuda st. 183, 184 i 187. Također vidi detaljno obrazloženi stav sutkinje *Sebutinde* o ovom pitanju u njenom posebnom mišljenju, osobito s obzirom na diskrecijsko pravo tužitelja, st. 2, 15-2, kao i stav suca *Bhandarija* u posebnom mišljenju, st. 51-53.

Dalmacije.<sup>105</sup> U tom je kontekstu Sud izrijekom potvrdio neke od najtežih zločina koji su postali simbolima agresije na Republiku Hrvatsku, poput onih u Vukovaru, Bogdanovcima, Lovasu, Dalju ili Škabrnji,<sup>106</sup> pri čemu, srbijanska strana, suočena posebice s presudama MKSJ, navedeno nije osporila, već je u određenom broju slučajeva priznala počinjenje ratnih zločina, zločina protiv čovječnosti i drugih zvjerstava,<sup>107</sup> kao i „korištenje prekomjerne sile te podvrgavanje civilnog stanovništva teškim patnjama“.<sup>108</sup> Konačno, Sud je izrijekom potvrdio namjeru (obrazac postupanja) stvaranja etnički homogene srpske države,<sup>109</sup> kao i s tim ciljem poduzeto etničko čišćenje hrvatskog stanovništva od strane JNA i srpskih snaga.<sup>110</sup>

Istodobno, *actus reus* nije utvrđen prema čl. 2. st. c) i d) Konvencije (podvrgavanje životnim uvjetima usmjerenim na uništenje skupine, sprečavanje rađanja).<sup>111</sup>

U nastojanju da pokaže postojanje genocidne namjere iz posrednih dokaza, hrvatska je strana, kako smo to već naveli gore,<sup>112</sup> predložila sedamnaest faktora, koji, prema njenom mišljenju, svaki zasebno, a još i više, u svojoj ukupnosti, upućuju na postojanje obrasca postupanja iz kojeg bi se jedino razumno moglo zaključiti na isključivu namjeru JNA i srpskih snaga da unište hrvatsko stanovništvo u određenim područjima Republike Hrvatske (politička doktrina srbijanske države – velika Srbija; izjave srbijanskih dužnosnika; prekomjerna uporaba sile; video snimke; izričiti navodi pripadnika JNA o genocidnom djelovanju srpskih paravojskih skupina; uska suradnja između JNA i paravojskih skupina; sustavna priroda i razmjeri napada na hrvatsko stanovništvo; praksa obilježavanja Hrvata i njihove imovine za napade (bijeje vrpce); broj ubijenih i nestalih Hrvata u odnosu na ukupan broj lokalnog stanovništva; priroda, stupanj i opseg povreda nanesenih hrvatskom stanovništvu; uporaba ponižavajućeg načina izražavanja; organizirano nasilno raseljavanje; sustavna pljačka i uništenje

---

<sup>105</sup> Vidi Presuda st. 295. (ubojstva), 360. (teške povrede fizičkog ili psihičkog integriteta, uključujući nečovječno postupanje, mučenje, seksualno nasilje i silovanje).

<sup>106</sup> Ibid., st. 212-224 i 298-311 (Vukovar), 225-230 (Bogdanovci), 231-240 (Lovas), 241-245 i 331-334 (Dalj) i 278-284 (Škabrnja).

<sup>107</sup> Vidi Presuda st. 228.

<sup>108</sup> Ibid., st. 438.

<sup>109</sup> Ibid., st. 435.

<sup>110</sup> Ibid., st. 412, 415, 435.

<sup>111</sup> Ibid., st. 361-401, posebice 394 i 400.

<sup>112</sup> Vidi gore str. 15.

hrvatskih kulturnih dobara i religijskih spomenika (kulturocid); suzbijanje hrvatske kulture i vjerske prakse; sustavne i namjerne demografske promjene pojedinih regija; nekažnjavanje zločina).<sup>113</sup>

U svom razmatranju gornjih čimbenika Sud se, unatoč znatno drugačijem mišljenju pojedinih sudaca,<sup>114</sup> bez posebnog pojašnjenja (!?), odlučio osloniti samo na pet „najvažnijih“.<sup>115</sup> Odgovarajući pak na navode hrvatske strane iznesene kroz sedamnaest faktora, srbijanska strana, pozivajući se, posve iznimno, i na jurisprudenciju MKSJ, odnosno činjenicu da pred tim Sudom nitko nikada nije bio optužen za genocid u Republici Hrvatskoj, nije osporila činjenični supstrat niti sustavnost i masovnost napada na hrvatsko stanovništvo, već je ustvrdila kako su navedeni napadi provedeni s namjerom protjerivanja hrvatskog stanovništva s pojedinih područja ili pak njegovog kažnjavanja<sup>116</sup>, a ne njegovog istrebljenja.<sup>117</sup>

Ova, koliko učinkovita, toliko i zapanjujuća obrana srbijanske strane, svakako je, s obzirom na postojeći kriterij uspostavljen Presudom iz 2007., neosporno predstavljala dobru zaštitu od optužbe za genocid. Ipak, takva obrana ne samo da ne pomaže protiv optužbi i trajno utvrđenog svjedočanstva, sadržanog sada i u analima Međunarodnog suda, o potpunom civilizacijskom krahu jedne države i njene politike, nego u potpunosti preuzima (nažalost samo moralnu) odgovornost za provedbu plana uspostave etnički čiste srpske države i sustavne masovne zločine počinjene radi ostvarenja toga cilja. Takva obrana također nedvosmisleno i u potpunosti potvrđuje brojne presude MKSJ za najteže međunarodne zločine, uključujući brojne ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, počinjene u

---

<sup>113</sup> Za raspravu o posrednim dokazima postojanja genocidne namjere koje je iznijela hrvatska strana, uključujući obrazac postupanja, kontekst i prigodu, vidi Presuda st. 407.-439.

<sup>114</sup> Vidi posebice odvojeno mišljenje suca *Trindade*, kao i posebno mišljenje suca *Bhandarija*, st. 46-48. S druge strane za kritiku svakog pojedinog faktora i svih faktora zajedno koje je iznijela hrvatska strana, vidi posebno mišljenje suca *Keitha*, st. 7-16; <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18428.pdf>, [24. 5. 2016.].

<sup>115</sup> Za pet od sedamnaest faktora koje je Sud smatrao najvažnijim za utvrđivanje eventualnog postojanja obrasca postupanja koji otkriva genocidnu namjeru vidi Presuda st. 413.

<sup>116</sup> Vidi Presuda posebice presudu raspravnog vijeća u slučaju *Mrkšić et al.*

<sup>117</sup> Vidi Presuda st. 412.

agresiji na Republiku Hrvatsku za koje je veći broj počinitelja (pred MKSJ) osuđen na dugogodišnje zatvorske kazne.<sup>118</sup>

Sud, iako je izrijekom prihvatio postojanje obrasca postupanja (*modus operandi*) JNA i srpskih snaga<sup>119</sup>, utvrđenog i presudama MKSJ, u kojem kontekstu, posvetivši mu posebnu pozornost, Sud govori i o „nezakonitom napadu na Vukovar koji očito nije bio ograničen na vojne ciljeve, već prvenstveno usmjeren na tada prevladavajuće hrvatsko civilno stanovništvo“,<sup>120</sup> ipak iz njega nije istodobno zaključio i o isključivoj namjeri izvršenja genocida nad hrvatskim stanovništvom, prvenstveno zato što počinjenje genocida nije isključivi zaključak<sup>121</sup> kojeg je moguće izvesti iz navedenog obrasca postupanja.<sup>122</sup>

Na ovom je mjestu potrebno uočiti bitnu razliku koju je između tužbe i protutužbe Sud utvrdio u pogledu postojanja odnosno nepostojanja obrasca postupanja, pa onda i zaključaka koje je iz tog utvrđenja mogu izvući. Naime, dok je u slučaju tužbe Sud izrijekom utvrdio postojanje obrasca postupanja JNA i srpskih snaga, pri čemu iz njega nije mogao izvesti isključivi zaključak o postojanju genocidne namjere (pa onda i genocida), u slučaju protutužbe Sud uopće nije utvrdio postojanje bilo kakvog obrasca postupanja hrvatskog rukovodstva ili hrvatskih snaga pa onda, logično, na toj osnovi nije mogao niti izvesti bilo kakav zaključak o postojanju genocidne namjere (pa onda i genocida). Očito dakle u slučaju tužbe postoje posredni dokazi (obrazac postupanja) iz kojih Sudu ipak nije bilo moguće donijeti isključivi zaključak o postojanju genocidne namjere, dok u slučaju protutužbe uopće ne postoje dokazi iz kojih bi Sudu bilo moguće donijeti zaključak o postojanju genocidne namjere. Ako, dakle, uz dosljednu primjenu neprikosnovenog standarda postavljenog u presudi iz 2007. (isključivost zaključka o postojanju genocida) ovakav način razmišljanja

---

<sup>118</sup> Pred MKSJ za najteže međunarodne zločine tijekom oružanih sukoba na području bivše Jugoslavije osuđen je iznimno velik broj etničkih Srba, pri čemu je broj osuđenih pripadnika svih drugih nacionalnosti zajedno (Albanci, Bošnjaci, Hrvati, Makedonci) još uvijek znatno manji od broja osuđenih Srba.

<sup>119</sup> Vidi gore bilješka 56.

<sup>120</sup> Ibid., st. 218.

<sup>121</sup> U svezi s ovim ključnim zaključkom Suda vidi gornja razmatranja o standardu posrednog dokazivanja genocidne namjere, kao i problemu „isključivog zaključivanja“ i „razumnog zaključivanja“ kod ocjene posrednih dokaza za postojanje genocidne namjere u poglavlje Namjera (*mens rea/dolus specialis*), str. 16-18.

<sup>122</sup> Vidi Presuda st. 440.

dovedemo do njegovih krajnjih (ovaj put pozitivnih) konzekvenci - jedini isključivi zaključak kojeg je Sud mogao izvesti u svezi s postojanjem genocidne namjere u slučaju tužbe jest samo onaj o nemogućnosti izvođenja bilo kakvog isključivog zaključka o postojanju takve namjere - pa onda - *a contrario* - i o njenom nepostojanju, dok je, nasuprot tome, jedini isključivi zaključak kojeg je Sud mogao izvesti u svezi s postojanjem genocidne namjere u slučaju protutužbe onaj o apsolutnom nepostojanju takve namjere. Ovakav zaključak, koliko god na prvi pogled izgledao artificijelan, najbolje opisuje tendencije Suda u ovom sporu te potvrđuje potpuni činjenični nesrazmjer između tužbe i protutužbe.

Očito, iako je uspješno poduzeo prvi korak u dokazivanju *dolus specialis* (postojanje obrasca postupanja) hrvatski se pravni tim, uslijed razloga koje smo prethodno detaljno izložili, našao pred neostvarivim zadatkom. Ipak, kako smo ustvrdili u uvodnom dijelu ovoga rada, već i ovaj prvi korak treba smatrati izuzetnim postignućem i ciljem samim po sebi, kojim je jednom zauvijek u svjetsku pravnu i političku povijest upisana kronologija agresije na Republiku Hrvatsku, i tako, u velikoj mjeri, opravdano pokretanje ovog spora.

Ocjenjujući navode hrvatske strane o kontekstu počinjenja čina koji odgovaraju objektivnom elementu zločina genocida, kako bi utvrdio krajnji cilj djelovanja njihovih počinitelja,<sup>123</sup> Sud je, *a limine* odbacivši raspravu o Memorandumu SANU kao temeljnom dokumentu kojim je ponovno oživljena ideja velike Srbije za čije je ostvarenje trebalo etnički očistiti značajne dijelove susjednih država, uključujući i trećinu Hrvatske, ustvrdio kako navedeni dokument nema nikakav formalni status te „kako se niti u kojem slučaju ne bavi uništenjem Hrvata“.<sup>124</sup> Istodobno, nastojeći utvrditi cilj koji su JNA i srpske snage željele ostvariti počinjenjem čina iz čl. II Konvencije, Sud je primijetio (*notes*) kako je MKSJ kao politički cilj koji je željelo ostvariti vodstvo tzv. Republike Srpske Krajine, i kojeg je dijelilo s vodstvom u Srbiji, utvrdio - ujedinjenje srpskih područja u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini sa Srbijom radi uspostave jedinstvenog etnički

---

<sup>123</sup> Ibid., st. 419-430.

<sup>124</sup> Ibid., st. 420. Za drugačije mišljenje i detaljniji pregled rasprave stranaka oko Memoranduma SANU vidi posebice odvojeno mišljenje suca *Trindade*, st. 338-348 i posebice 349.

homogenog srpskog teritorija.<sup>125</sup> U tom je kontekstu Sud potvrdio odluke raspravnih vijeća MKSJ u slučajevima *Martić*<sup>126</sup> i *Babić*<sup>127</sup> (uspostava etnički homogene srpske države putem masovnih i sustavnih oružanih napada na Hrvate i drugo nesrpsko stanovništvo) te se suglasio s procjenom kako navedeni čini nisu poduzeti s ciljem uništenja Hrvata, već s ciljem njihovog trajnog protjerivanja radi stvaranja etnički homogene srpske države, odnosno kako počinjenje genocida nije jedini mogući zaključak postupanja počinitelja ovih zločina.

U svezi pak s korištenjem prilike za počinjenje zločina genocida (*opportunity*) kao pokazateljem genocidne namjere, Sud je na temelju presuda MKSJ (utvrđeno etničko čišćenje, uz nepostojanje optužnica za genocid,<sup>128</sup> utvrđene deportacije Hrvata u Srbiju i područja u Republici Hrvatskoj pod hrvatskim nadzorom, utvrđenja o preživjelim ratnim zarobljenicima i njihovom slanju u logore u Srbiji), procjene omjera broja ugroženih u odnosu na broj ubijenih Hrvata,<sup>129</sup> te podataka o preživjelima iz srbijanskih logora, također zaključio o nepostojanju genocidne namjere.

U skladu s navedenim, hrvatska strana nije uspjela dokazati navode iz tužbe te je ona odbijena u cijelosti, a Sud, nakon takvog zaključka, više nije bio obavezan odlučiti o odgovornosti Srbije za počinjenje genocida ili njegovog nesprečavanja, odnosno o ostalim potpitanjima iz jurisdikcijske konstrukcije (pripisivost čina i sukcesija odgovornosti).<sup>130</sup> Ipak, u ovom kontekstu nije nevažno primijetiti i to da je srbijanska strana, nasuprot prigovorima koje je iznosila tijekom dugogodišnje rasprave o jurisdikciji, ustvari bila prisiljena sudjelovati i u raspravi o meritumu tužbe na temelju premisa na kojima je Sud utvrdio vlastitu nadležnost, uključujući dakle i onu o pripisivosti djelovanja JNA i srpskih snaga SFRJ, odnosno sukcesiji odgovornosti sa SFRJ na SRJ i, konačno, na Republiku Srbiju. Presudom Sud nije odbacio navedene premise, koje su mu se očigledno činile dovoljno razumne da bi

---

<sup>125</sup> Vidi Presuda st. 426.

<sup>126</sup> Vidi presudu raspravnog vijeća u slučaju *Babić*, st. 34.

<sup>127</sup> Vidi presudu raspravnog vijeća u slučaju *Martić*, st. 430, 442 i 445.

<sup>128</sup> O odnosu Suda prema činjenici da s obzirom na oružani sukob u Hrvatskoj nikada nije podignuta niti jedna optužnica za genocid, kao i prema činjenici da su takve optužnice ipak podignute u BiH i to protiv istih osoba koje su sudjelovale u sukobu u Hrvatskoj, vidi Presuda st. 183-186 i posebice st. 187;

<sup>129</sup> O ovom pitanju vidi gore str. 12.

<sup>130</sup> Vidi Presuda st. 441 i 442.

na njima zasnovao vlastitu jurisdikciju u ovom slučaju, već se proglasio nenadležnim za odlučivanje o njima.

## 7. MERITUM PROTUTUŽBE

U raspravi o meritumu protutužbe Sud je utvrdio postojanje *actus reus* zločina genocida prema čl. II. st. a) i b) Konvencije nad srpskim stanovništvom tijekom i nakon operacije Oluja, ali ne kao rezultata, kako je tvrdila srbijanska strana,<sup>131</sup> smišljenog plana hrvatskog rukovodstva<sup>132</sup> i nezakonitih topničkih napada na Knin, Benkovac, Obrovac i Gračac,<sup>133</sup> nego kao rezultata navodnih napada na izbjegličke kolone koje su nakon operacije Oluja napuštale Hrvatsku te napada na srpsko stanovništvo koje je ostalo u Republici Hrvatskoj nakon operacije Oluja.<sup>134</sup> U svezi s navodnim napadima na izbjegličke kolone, Sud dokaze koje je izvela srbijanska strana nije „smatrao potpuno uvjerljivima (*evidence produced by Serbia is not entirely conclusive*) ... te drži, kako (uz sve predočene dokaze – op.a.) oni u svakom slučaju ostavljaju znatan stupanj sumnje, posebice u svezi s opsegom i izvorom napada koje su pretrpjele srpske izbjegličke kolone“.<sup>135</sup> Ipak, i unatoč izriječom izraženom „znatnom stupnju sumnje“ glede intenziteta i počinitelja napada, Sud je zaključio kako su napade na izbjegličke kolone izvele hrvatske snage ili su oni izvedeni uz njihovu suglasnost „iako je nesposoban utvrditi broj ubijenih osoba te iako postoji značajna sumnja da su takvi napadi izvedeni sustavno“.<sup>136</sup>

U ovom kontekstu posebice upada u oči različiti stupanj sigurnosti s kojim je Sud utvrdio zločine počinjene protiv hrvatskog stanovništva (*considers it established, considers that it has been established*)<sup>137</sup> na kojima se zasniva tužba, od stupnja sigurnosti s kojim je utvrdio zločine počinjene protiv srpskog stanovništva na kojima se zasniva protutužba (vidi gore). Kao „vrlo uvjerljive“ Sud je prihvatio isključivo dokaze o ubijenima nakon operacije

---

<sup>131</sup> Ibid., st. 463.

<sup>132</sup> Ibid., st. 480.

<sup>133</sup> Ibid., st. 475.

<sup>134</sup> Ibid., st. 499.

<sup>135</sup> Ibid., st. 483.

<sup>136</sup> Ibid., st. 483 i 485.

<sup>137</sup> Ibid., st. 295.

Oluja na temelju presude raspravnog vijeća MKSJ u slučaju *Gotovina et al.*, pri čemu se radi o ukupno 43 osobe.<sup>138</sup> Imajući posebice u vidu činjenicu da je broj žrtava među hrvatskim stanovništvom Sud ocijenio nedovoljnim da bi upućivao na postojanje genocidne namjere,<sup>139</sup> dok se na broj žrtava među srpskim stanovništvom (koji je neusporedivo manji od broja žrtava među hrvatskim stanovništvom) u tom kontekstu uopće nije osvrnuo, na ovom je mjestu nemoguće ne uočiti i potpuni nesrazmjer broja žrtava navedenih u tužbi u odnosu na broj žrtava navedenih u protutužbi.

Konačno, Sud nije utvrdio *actus reus* zločina genocida prema čl. II. c) i d). Konvencije.

Postojanje specifične namjere počinjenja genocida nad srpskim stanovništvom u Republici Hrvatskoj srbijanska je strana prvenstveno nastojala dokazati ponovnim (nakon potpunog neuspjeha u slučaju *Gotovina et al.*) tumačenjem brijunskih transkripta i njihovih navodnih posljedica,<sup>140</sup> a podredno iz obrasca postupanja hrvatskog rukovodstva i hrvatskih vojnih snaga,<sup>141</sup> oslanjajući se dakle u potpunosti na poništenu presudu raspravnog vijeća u slučaju *Gotovina et al.* (!?).<sup>142</sup>

U skladu s navedenim, Sud je osobitu pozornost posvetio presudama raspravnog i žalbenog vijeća u tom slučaju,<sup>143</sup> uključujući pomnu analizu brijunskih transkripta predloženih raspravnom vijeću MKSJ u ovom slučaju.<sup>144</sup> Uvodno Sud ne propušta primijetiti kako je proglašeni cilj

---

<sup>138</sup> Vidi presuda raspravnog vijeća u slučaju *Gotovina et al.*, st. 1726. Vidi također Presuda st. 486 i 491.

<sup>139</sup> Za detaljniju raspravu o dopunskim kriterijima za utvrđivanje genocidne namjere, a posebice značaju uništenog dijela ugrožene skupine i njegovom utjecaju na prevladavajući kriterij kvantiteta vidi gore str. 14.-16., kao i gore bilješka 66.

<sup>140</sup> Za tekst transkripta vidi <http://www.index.hr/vijesti/clanak/procitajte-brijunske-transkripte-glavni-dokaz-haskog-suda-/547318.aspx>, [24. 5. 2016.].

<sup>141</sup> Vidi Presuda st. 500 i 508.

<sup>142</sup> Hrvatska će strana upravo u ovoj, ipak prilično neobičnoj činjenici, vidjeti potpunu neutemeljenost srbijanske protutužbe, koju će sustavno isticati tijekom usmene rasprave, vidi primjerice CR 2014/20, CR 2014/25;

<sup>143</sup> Vidi presude raspravnog i žalbenog vijeća MKSJ u slučaju *Gotovina et al.*

<sup>144</sup> Vidi Presuda st. 501-507. Istodobno, na ovom se mjestu valja podsjetiti na, koliko opće poznatu, toliko i zapanjujuću činjenicu, da su svi važniji državni i vojni arhivi u Republici Hrvatskoj, uključujući one predsjednika Republike, Ministarstva obrane i sigurnosno-obavještajnih agencija, temeljito pretraženi i prije službenog početka suradnje Republike Hrvatske s MKSJ, kako od strane pojedinih privilegiranih novinskih kuća (*Channel 4 News*), tako i samih istražitelja MKSJ. Na taj su način stotine, ako ne i tisuće povjerljivih



operacije Oluja bio povratiti nadzor nad područjem koje je kontrolirala tzv. Republika Srpska Krajina.<sup>145</sup> Istodobno Sud podsjeća na presudu raspravnog vijeća utemeljenu na „standardu od 200 metara“,<sup>146</sup> kojeg je žalbeno vijeće proglasilo potpuno neutemeljenim u dokazima i pravu, i bez ikakvog uvjerljivog obrazloženja, te u potpunosti odbacilo, odbacivši istodobno ključni zaključak raspravnog vijeća o prekomjernom granatiranju četiriju gradova i njihovim navodnim posljedicama (odlazak srpskog stanovništva).<sup>147</sup> Sud nadalje podsjeća na neutemeljeno tumačenje brijunskih transkripta od strane raspravnog vijeća, koje će žalbeno vijeće također proglasiti neuvjerljivim te ističe kako nije uvjeren u tumačenje koje je ovim transkriptima nastojala pridati srbijanska strana. U tom je smislu Sud, ušavši u minucioznu analizu koju je svojim inzistiranjem na tumačenju brijunskih transkripta *de novo* isprovocirala srbijanska strana, potvrdio kako riječi hrvatskog predsjednika *Tuđmana*, treba, upravo kako je to utvrdilo mjerodavno sudsko vijeće MKSJ u slučaju *Gotovina et al.*, a u postupku

---

dokumenata, uključujući i brijunske transkripte, krunski dokaz u donošenju prvostupanjske presude u slučaju *Gotovina et al.*, od kojih bi se određeni dio njih prema uobičajenim standardima svakako smatrali državnim ili vojnom tajnom, neformalnim putem dospjeli i do MKSJ. Upravo bi stoga činjenica da - unatoč potpunom nepoštivanju instituta državne ili vojne tajne, pri čemu je onda baš svako postupanje hrvatskih državnih tijela, njenih dužnosnika i njene vojske tijekom oružanog sukoba na području Republike Hrvatske bilo podložno praktički neograničenom uvidu svih zainteresiranih strana, uključujući i otvorene neprijatelje Republike Hrvatske, a da pri tom baš niti jedan Hrvat nije nikada osuđen pred MKSJ - trebala predstavljati apsolutnu pravnu i moralnu obranu Republike Hrvatske, kao i svih onih koji su s hrvatske strane sudjelovali u obrani od agresije. S druge pak strane, ne treba zaboraviti kako je dobar dio najvažnijih dokumenata koje je Srbija dostavila MKSJ, kao i onih koje je dostavila Međunarodnom sudu u slučaju u kojima je optužena za počinjenje ili nesprečavanje zločina genocida, odnosno u ovom sporu, Vrhovno obrambeno vijeće te države proglasilo klasificiranim dokumentima (vojnom tajnom i pitanjem nacionalne sigurnosti) te su značajni dijelovi navedenih dokumenata zacrnjeni do nečitljivosti. Unatoč navedenoj činjenici, svi osuđeni za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava pred MKSJ tijekom rata u Hrvatskoj su Srbi, a Srbija je pred Međunarodnim sudom osuđena za neprovođenje privremenih mjera usmjerenih na sprečavanja genocida koje je Sud odredio 1993., nesprečavanje genocida, neizrucenje optuženika za genocid MKSJ i nesuradnju s MKSJ. Vidi, primjerice, *Višnja Starešina, Haaška formula*, Zagreb 2005., str. 261.

<sup>145</sup> Vidi Presuda st. 465.

<sup>146</sup> Ibid., st. 467.

<sup>147</sup> Vidi presuda žalbenog vijeća MKSJ u slučaju *Gotovina et al.*, st. 61, 64 i 65, 77-83 te 93

pred Sudom predložila hrvatska strana, razumjeti u kontekstu i tumačiti kao „određenje vojnog cilja... i vojne strategije“ usmjerene na učinkovito provođenje vojne akcije.<sup>148</sup> Sud je također podsjetio na zaključak žalbenog vijeća „kako izvan konteksta nezakonitih napada nije razumno zaključiti kako je jedino moguće tumačenje brijunskih transkripta kriminalno udruživanje radi prisilne deportacije srpskih civila“ te kako je „navedene transkripte moguće tumačiti... kao zakoniti konsenzus o pomoći civilima da privremeno napuste područje sukoba zbog, između ostalog, zakonite vojne prednosti i smanjenja žrtava. ... ta kako je u tom smislu raspravu o topničkim napadima, mogućem odlasku civila i otvaranju koridora za njihov odlazak moguće razumno tumačiti kao da se odnosi na zakonite vojne operacije i napore usmjerene na komunikaciju s javnošću“.<sup>149</sup>

Na osnovu svega navedenog Sud je, sukladno stavu prema presudama MKSJ utvrđenom u Presudi iz 2007.,<sup>150</sup> poklonio vjeru presudi raspravnog vijeća u slučaju *Gotovina et al.* s obzirom na činjenična utvrđenja koja nisu osporena u žalbenom postupku, uključujući utvrđenje žalbenog vijeća u svezi s granatiranjem četiriju gradova, te istakao „kako ne može zaključiti da je tijekom operacije (Oluja - op.a) provedeno bilo kakvo nasumično granatiranje sa svrhom da se proizvedu civilne žrtve... niti je, prije ili nakon te presude Sudu ponuđen bilo kakav dokaz koji bi neosporno pokazao da su hrvatske vlasti namjerno granatirale civilna područja gradova naseljena Srbima ili na bilo koji način pripremale ili pokušale fizičko uništenje srpskog stanovništva u Republici Hrvatskoj. Takva namjera posebice nije razvidna iz brijunskih transkripta...niti je o njenom postojanju moguće neosporno zaključiti na temelju izjava osoba koje su svjedočile pred raspravnim vijećem u slučaju *Gotovina et al.*, a navedeni su kao svjedoci srbijanske strane u ovom postupku“.<sup>151</sup>

Sud je stoga u svezi s postojanjem genocidne namjere neminovno zaključio kako iz analize brijunskih transkripata niti približno ne proizlazi namjera dijela hrvatskog rukovodstva (*far from demonstrating an intention on the*

---

<sup>148</sup> Vidi Presuda st. 504.

<sup>149</sup> Vidi presuda žalbenog vijeća u slučaju *Gotovina et al.*, st. 93. Vidi također Presuda st. 506.

<sup>150</sup> Vidi Presuda st. 469 i gore bilješku 37.

<sup>151</sup> *Ibid.*, st. 472.

*part of the Croatian leadership*)<sup>152</sup> da fizički uništi skupinu hrvatskih Srba ili njen supstantivni dio koji je živio u Krajini, a na čijoj je reinterpetaciji srbijanska strana utemeljila svoju protutužbu (glavni srbijanski argument). Istodobno, Sud je zaključio kako iz ukupnosti akcija hrvatskih vlasti za vrijeme i nakon operacije Oluja nije moguće utvrditi postojanje bilo kakvog obrasca postupanja hrvatskog rukovodstva ili hrvatskih snaga (podredni srbijanski argument) iz kojeg bi bilo moguće razumno zaključiti o postojanju genocidne namjere.<sup>153</sup>

Ukratko, dakle, Sud je izriekom odbacio tvrdnje srbijanske strane te potvrdio ključnu presudu žalbenog vijeća u slučaju *Gotovina et al.*, uključujući njegovo tumačenje brijunskih transkripta, priskrbivši im tako, posve suprotno nastojanjima srbijanske strane, dodatni legitimitet unutar presude Međunarodnog suda.

U skladu s navedenim, srbijanska strana nije uspjela dokazati navode iz protutužbe te je ona odbijena u cijelosti.<sup>154</sup>

Dakle, unatoč za nju krajnje nepovoljnom rezultatu ispitivanja presude raspravnog vijeća u slučaju *Gotovina et al.*, koji je upućivao na potrebu da se žurno okrene drugim raspoloživim argumentima za zasnivanje vlastitog zahtjeva, srbijanska je strana isti ipak zasnovala upravo (i gotovo isključivo) na presudom žalbenog vijeća odbačenom tendencioznom tumačenju brijunskih transkripta!? Ovakva bi strategija srbijanskog pravnog tima svakako trebala izazivati nemalo čuđenje, osim u slučaju da srbijanska strana za ulaganje protutužbe uistinu nije imala nikakav bolji temelj, već isključivo politički nalog. U tom je kontekstu jasnije zašto srbijanska protutužba, baš kao i u slučaju spora o primjeni Konvencije o genocidu između BiH i Srbije i Crne Gore, puno više nalikuje na po dužnosti obavljeno mehaničko odvracanje od odgovornosti Srbije za počinjenje ili nesprečavanje zločina genocida, koji uključuju niz neuvjerljivih dokaza i pretjeranih pravnih i činjeničnih konstrukcija,<sup>155</sup> nego li na činjenicama i pravu uspostavljeni izvorni narativ koji vapi za pravednim sudskim

---

<sup>152</sup> Ibid., st. 504.

<sup>153</sup> Ibid., st. 511.

<sup>154</sup> Ibid., st. 515.

<sup>155</sup> Uz neke ranije u tekstu navedene primjere ovdje ćemo spomenuti samo potpuno neprimjerenu usporedbu brijunskih transkripta sa sastankom u Wannseeu u veljači 1942., na kojemu su nacisti planirali progon Židova koristeći zloglasni eufemizam „konačno rješenje“.

utvrđenjem. Čini se da nitko nije bolje izrazio ovaj ključni nedostatak srbijanske protutužbe, povezan s nizom problema s kojima se tijekom postupka suočavao srbijanski pravni tim, nego li ondašnji srbijanski ministar vanjskih poslova *Vuk Jeremić* jezgrovito ju, prilikom njenog podnošenja 2010., označivši upravo onim što ona jest – „tehničkom (reaktivnom i lišenom supstance – op.a) kontratužbom“!<sup>156</sup>

U tom kontekstu onda, iako ne treba zanemariti niti nastojanje da se što učinkovitije zastupa vlastita stranka, treba razumjeti i opasku jednog od najuglednijih svjetskih međunarodnih pravnika, uvaženog profesora i člana Kraljičinog vijeća (učenih pravnika), sir *Phillipe Sandsa*, jednog od hrvatskih suzastupnika u ovom sporu i sudionika brojnih rasprava pred Međunarodnim sudom, koji u svezi s temeljima srbijanske protutužbe i njenom pripremom u jednom trenutku nije odolio primijetiti kako je „zapanjujuće da se bilo koja država usudi doći pred ovaj međunarodni sud s tako mršavim dosjeom i postaviti ovakav (optužba za genocid – op.a.) zahtjev“.<sup>157</sup> Nešto će slično, doduše s puno manje žestine i više obazrivosti, u svome odvojenom mišljenju ustvrditi i sudac *Trindade*. Uspoređujući tužbu i protutužbu u pogledu snage iznesenih argumenata i uspješnosti dokazivanja postojanja, kako objektivnog, tako subjektivnog elementa zločina genocida, *Trindade* je upozorio na njihov značajni nesrazmjer - koji uostalom potvrđuje i sam tekst presude. Prema njegovom mišljenju dokazi podneseni kako bi se potkrijepila protutužba nisu niti kvantitativno niti kvalitativno usporedivima s dokazima na kojima se temelji tužba te se ona (protutužba) puno više čini kao puka reakcija na tužbu, a puno manje kao samostalni, na činjenicama i pravu, utemeljen zahtjev.<sup>158</sup>

Imajući u vidu sve navedeno ne začuđuje naročito niti činjenica da dokazi koje je predložila srbijanska strana nisu bili osobito uvjerljivi (osim Izvješća o stanju ljudskih prava na području bivše Jugoslavije od 7. studenog 1995.,

---

<sup>156</sup> Za stajališta najviših srbijanskih dužnosnika, nekih od bivših zastupnika Srbije o protutužbi u ovom sporu te analitičara vidi <https://www.youtube.com/watch?v=Zftiq1xayts>, [24. 5. 2016.], <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/Politika/1536575/Varadi%3A+Bez+koristi+od+procesa+u+Hagu.html>, [24. 5. 2016.], [http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2009&mm=12&dd=26&nav\\_id=400521](http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2009&mm=12&dd=26&nav_id=400521), [24. 5. 2016.], <http://www.vecernji.hr/hrvatska/obradovic-moguce-je-da-hrvatsku-ne-osude-za-oluju-929761>, [24. 5. 2016.].

<sup>157</sup> Vidi CR 2014/19.

<sup>158</sup> Vidi odvojeno mišljenje suca *Trindade*, st. 402 i 403.

upućenog od strane posebne izvjestiteljice Komisije za ljudska prava *Elisabeth Rehn* Općoj skupštini i Vijeću sigurnosti UN, kojem je Sud iznimno poklonio punu vjeru), što se posebice odnosi na srbijanske primarne dokaze - naknadno (*rejoinder*) uvedena izvješća nevladinih udruga *Veritas* i Hrvatskog helsinškog odbora, (koje je MKSJ u slučaju *Gotovina et. al.* proglasio nepouzdanim).<sup>159</sup>

U svome nastojanju da obrani ovaj, očito jedini, ali isto tako - očito nevaljani temelj vlastite protutužbe<sup>160</sup> - srbijanska se strana uistinu nije ustručavala od, u najboljem bi se slučaju moglo reći, prilično inovativnih, a u najgorem, potpuno neprimjerenih, načina tumačenja rada MKSJ i međusobnog odnosa njegovih sudskih vijeća (prema kojem presude raspravnih i žalbenih vijeća MKSJ međusobno ne stoje u pravno uobičajenom hijerarhijskom, nego u pukom matematičkom odnosu).<sup>161</sup> Ovo je tumačenje uključivalo i uvođenje *ad hominem* argumenta za promjenu stava Suda o presudi žalbenog vijeća u slučaju *Gotovina et al.*, koji je Sudu predlagao procjenu valjanosti presude žalbenog vijeća MKSJ u tom slučaju na temelju procjene osobnih i profesionalnih kvaliteta sudaca koji se nisu usuglasili s presudom u odnosu na procjenu osobnih i profesionalnih kvaliteta sudaca koji su glasovali za njeno donošenje (?).<sup>162</sup> Sud je ovakav pokušaj u potpunosti odbacio održavši srbijanskoj strani kraću lekciju o razlici između prvostupanjskih i drugostupanjskih presuda i njihovom međusobnom odnosu,<sup>163</sup> kao i temeljnom smislu žalbenog postupka pred neovisnim pravosudnim tijelom, očito odbivši da u ovom postupku *de facto* preuzme ulogu prizivnog vijeća u odnosu na presudu žalbenog vijeća MKSJ.

Naposljetku, uočljiva nategnutost rezervnih argumenata kojima je srbijanska strana nastojala potkrijepiti vlastiti protuzahtjev, dodatno razotkriva površnost srbijanskog slučaja. Tako je, značajno prekoračivši granice uobičajenog međunarodnogpravnog razmišljanja i zanemariivši

---

<sup>159</sup> Vidi Presuda st. 457 i 489.

<sup>160</sup> Presuda raspravnog vijeća u slučaju *Gotovina et al.*

<sup>161</sup> *Ibid.*, st. 470.

<sup>162</sup> Vidi CR 2014/18

<sup>163</sup> Vidi Presuda st. 471.

prevladavajuću postojeću jurisprudenciju u ovom pitanju,<sup>164</sup> uvođenjem samim temeljima međunarodnog humanitarnog prava zasnovanog na ravnoteži vojne potrebe i zahtjeva čovječnosti protivan argument, srbijanska strana pozvala Sud da, čak i ako ocijeni napade hrvatskih snaga na četiri grada zakonitima, razmotri mogućnost njihove protivnosti Konvenciji o genocidu.<sup>165</sup>

Konačno, nije nevažno spomenuti i to kako je srbijanska strana broj Srba izbjeglih iz Republike Hrvatske za vrijeme operacije Oluja u protutužbi, čini se po prvi puta od kada traju rasprave o broju izbjeglih Srba iz Republike Hrvatske, procijenila na 180 000 do 220 000 tisuća, odnosno broj koji je i u svom najvišem iznosu još uvijek par desetaka tisuća manji od broja kojim se sa srbijanske strane uobičajeno koristilo u ovoj raspravi.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> Za vrlo jasan stav Međunarodnog suda o složenom međusobnom odnosu međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog prava o ljudskim pravima vidi posebice savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda u slučaju o zakonitosti prijetnje uporabom ili uporabe nuklearnog oružja, st. 25., na <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>, [24. 5. 2016.]. Za nešto manje jasan stav ovog Suda o istom pitanju vidi savjetodavno mišljenje u slučaju pravnih posljedica izgradnje zida na palestinskim okupiranim područjima, st. 106, na <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>, [24. 5. 2016.]. Konačno o ovom pitanju vidi i presudu Europskog suda za ljudska prava u slučaju *Hassan* protiv UK, st. 35-38, [http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2014/936.html#\\_Toc398626872](http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2014/936.html#_Toc398626872), [24. 5. 2016.]. Za različito mišljenje o ovom pitanju (bezužjetna supremacija temeljnih odredaba međunarodnog prava o ljudskim pravima) vidi djelomično odvojeno mišljenje suca *Spano*, kojem su se pridružili suci *Nicolaou*, *Bianku* i *Kalaydjieva* priloženo navedenoj presudi u slučaju *Hassan* protiv UK. O eventualnoj, i prema našem mišljenju prilično nevjerojatnoj, mogućnosti da „napadi na zakonite vojne ciljeve koji nisu usmjereni protiv civila ujedno rezultiraju namjernim ubijanjem civila“, vidi posebno mišljenje sutkinje *Donoghue*, st. 11.

<sup>165</sup> *Ibid.*, st. 473 i 474. Ovu je pretpostavku Sud, ne ulazeći u odnos međunarodnog humanitarnog prava i Konvencije o genocidu, otklonio jednostavnom (logičkom) opaskom o nemogućnosti postojanja zločina genocida u slučaju nepostojanja njegovih sastavnih dijelova, odnosno namjere za počinjenje genocida. Naime, Sud je zaključio kako zakonito djelovanje isključivo protiv vojnih ciljeva, uz pretpostavku nepostojanja namjere djelovanja protiv civilnog stanovništva, ne može biti podvedeno pod čl. II (a) Konvencije.

<sup>166</sup> Tako se, primjerice, prema podacima UNHCR-a, <http://www.unhcr.hr/sto-radimo/povratak-pripadnika-srpske-nacionalne-manjine-u-hrvatsku> i Srpskog narodnog vijeća, <http://snv.hr/sto-radimo/zastita-prava/povratak-izbjeglih>, u Republiku Hrvatsku do početka 2015. vratilo oko 133,000 pripadnika srpske nacionalne manjine.

## 8. PODACI O NESTALIMA

Trajno odbijanje vlasti da podatke o nestalima koje posjeduju dostave rodbini nestalih osoba, kako to izrijekom utvrđuje, Sud je ocijenio čimbenikom koji može uzrokovati znatnu psihičku patnju, koje, da bi potpala pod članak II. Konvencije, mora pridonositi fizičkom ili biološkom uništenju skupine ili njenog dijela te biti izvršeno s isključivom namjerom počinjenja genocida.<sup>167</sup> Iako, ovakvo postupanje, u nedostatku genocidne namjere, nije proglasio genocidom, zaključujući raspravu o ovom pitanju, Sud je, izlazeći, čini se, iz okvira vlastite nadležnosti kako ju je odredio u ovom sporu,<sup>168</sup> ipak pozvao obje strane na nastavak suradnje u cilju rješavanja, u najkraćem mogućem roku, pitanja sudbine nestalih osoba.<sup>169</sup> Sud je pri tom pozdravio „izrijekom izraženu spremnost obiju strana da rasvijetle sudbinu osoba nestalih u Hrvatskoj između 1991. i 1995.“ te primio na znanje jamstvo srbijanske strane da će ispuniti vlastitu obvezu suradnje s hrvatskom stranom u ovom pitanju.<sup>170</sup> Konačno, Sud je izrijekom naglasio kako su njegova utvrđenja u ovom sporu bez ikakvog utjecaja na eventualnu odgovornost stranaka za povrede vlastitih međunarodnih obveza, osim onih koje proizlaze iz Konvencije (a o kojima je Sud odlučivao u ovom sporu), istakao kako stranke ostaju odgovorne za eventualne posljedice takvih povreda te pozvao stranke na suradnju radi odgovarajuće odštete žrtvama tih povreda.<sup>171</sup> Ta odgovornost, njeno utvrđivanje i odštete žrtvama potvrđenih zločina svakako zaslužuju posebnu pozornost, nadilazeći istodobno uvelike okvire ovog rada.

U kontekstu ove rasprave, treba spomenuti i pitanje suca *Trindadea* postavljeno tijekom usmene rasprave, vezano uz nastojanja stranaka usmjerena na rasvjetljavanje sudbine nestalih osoba, kojim je skrenuo dodatnu pozornost na ovo, za hrvatsku stranu, izuzetno važno pitanje.<sup>172</sup> Naime, upravo je hrvatska strana u tč. 3.b tužbe,<sup>173</sup> zatražila od Suda da naloži drugoj strani „dostavu podnositelju tužbe svih podataka koje

---

<sup>167</sup> Vidi Presuda st. 356.

<sup>168</sup> Ibid., st. 112. i 113., kao i gore str. 5-7.

<sup>169</sup> Ibid., st. 523.

<sup>170</sup> Ibid., st. 359.

<sup>171</sup> Ibid., st. 523.

<sup>172</sup> CR 2014/18.

<sup>173</sup> Vidi Presuda st. 51.

posjeduje o nestalim hrvatskim građanima ... te da istraži i općenito surađuje s vlastima podnositelja tužbe u svrhu zajedničkog utvrđivanja sudbine nestalih osoba ili pronalaženja njihovih posmrtnih ostataka“,<sup>174</sup> dok srbijanska strana u protutužbi u tom smislu nije istakla nikakav zahtjev. Treba se nadati kako će gore navedeni zaključak Suda pomoći hrvatskim nastojanjima usmjerenim na otkrivanje mjesta masovnih grobnica i okončanje dugogodišnje mučne, ali uporne potrage za nestalima i ubijenima.<sup>175</sup>

## **9. USPOREDBE DOKAZANIH TVRDNJI STRANAKA SPORA SUKLADNO ČLANKU II. a) i b) KONVENCIJE I NJIHOVOG ZNAČAJA**

Dakle, kako smo već naveli, obje stranke spora uspješno su dokazale izvršenje djela utvrđenih u čl. II. a) i b) Konvencije, a nisu dokazale izvršenje djela utvrđenih čl. II. c) i d) Konvencije. Istodobno, treba primijetiti da se činjenična utvrđenja Suda, donesena na temelju procjene ponuđenih mu dokaza za počinjenje djela koja potpadaju pod potpuno isti članak i točke Konvencije (ubojstva, uzrokovanje teških psihičkih i fizičkih patnji), po svom se karakteru, opsegu, intenzitetu i posljedicama toliko značajno međusobno razlikuju da se čini kao da ne proizlaze iz istog sukoba. Upravo ova činjenica zapravo zorno svjedoči o potpuno različitim

---

<sup>174</sup> Ibid.

<sup>175</sup> Oružani sukob na području Republike Hrvatske između 1991. i 1995. doveo je do nestanka nekoliko tisuća osoba. Suradnju u potrazi za nestalim osobama Republike Hrvatska i Republika Srbija provode na temelju Sporazuma o suradnji u traganju za nestalim osobama, potpisanog u Daytonu 1995. Za autoritativni izvor o nestalim osobama na području Republike Hrvatske u razdoblju od 1991. do 1995. Vidi <https://branitelji.gov.hr/mjere-14/nestale-osobe/nestale-osobe-u-domovinskom-ratu-834/834>, [24. 5. 2016.], kao i Knjiga nestalih osoba na području Republike Hrvatske/*Book of Missing Persons on the Territory of the Republic of Croatia*, [http://www.hck.hr/upload\\_data/txt\\_editor/Knjiga\\_nestalih\\_2012.pdf](http://www.hck.hr/upload_data/txt_editor/Knjiga_nestalih_2012.pdf), [24. 5. 2016.]. Prema podacima koje je početkom 2015. (u raspravama koje su uslijedile nakon donošenja presude koja je predmetom ove analize) iznio pomoćnik ministra branitelja za zatočene i nestale *Ivan Grujić*, a koje je prema njegovom iskazu verificirala i Republika Srbija, „od 1.600 hrvatskih državljana nestalih tijekom rata na području Republike Hrvatske, 930 osoba nestalih 1991. i 1992. pretežito su hrvatske nacionalnosti, dok je 670 osoba nestalih 1995. pretežno srpske nacionalnosti“, vidi <http://www.jutarnji.hr/od-1600-nestalih--930-osoba-je-pretežno-hrvatske-nacionalnosti/1296515/>, [24. 5. 2016.].



temeljnim ciljevima zaraćenih strana, kao i potpuno različitim metodama njihovog ostvarenja,<sup>176</sup> pa onda i potpuno različitom karakteru i opsegu zločina počinjenih u njihovoj provedbi.

Tako je Sud izrijekom utvrdio kako su djela navedena u čl. II. a) i b) Konvencije protiv hrvatskog stanovništva poduzeta:

1. u dugotrajnom razdoblju od 1991. do 1995.<sup>177</sup>
2. nad izuzetno velikim brojem stanovnika<sup>178</sup>
3. na znatnom području (trećina Republike Hrvatske)<sup>179</sup>
4. sustavno, masovno i prema planski utvrđenom obrascu postupanja s ciljem etničkog čišćenja hrvatskog stanovništva<sup>180</sup>
5. rezultirala tisućama ubijenih, ranjenih i raseljenih osoba te potpuno razorenih sela i gradova (primjer Vukovar)<sup>181</sup>
6. te su u najvećoj mjeri potvrđena „izrazito uvjerljivim“ mjerodavnim činjeničnim utvrđenjima raspravnih i žalbenih

---

<sup>176</sup> Ili, kako je to sažeo jedan od savjetnika hrvatskog tima u ovom sporu profesor *Philippe Sands* upućujući na značajnu razliku u prirodi vojnih operacija koje su predmet hrvatske tužbe i onih koje su predmet srpske protutužbe: „Oluja je bila konvencionalna vojna ofenziva, legitiman vojni odgovor na nezakonitu okupaciju, odgovor koji je, prema presudi MKSJ, proveden zakonito. S druge strane, vojne operacije koje je provela ili podržavala Srbija bile su nezakonita invazija na suverenu državu s ciljem stvaranja velike Srbije na teritoriju Hrvatske.“, vidi CR 2014/25

<sup>177</sup> Vidi Presuda st. 60.

<sup>178</sup> Ibid., st. 406.

<sup>179</sup> Ibid., st. 69.

<sup>180</sup> Ibid., st. 295, 416 i 435.

<sup>181</sup> Ibid., st. 295. Sudac *Trindade* u svom je odvojenom mišljenju oružani napad na Republiku Hrvatsku zbog njegove okrutnosti te sustavnog i masovnog obrasca razaranja (*pattern of destruction*) nazvao „ne ratom, nego pokoljem“ (*not exactly a war, but rather an onslaught*), *Epilogue – vicesimus quintus*. Prema podacima Hrvatskog memorijalno-dokumentacijskog centra Domovinskog rata ubijeno je oko 12 500 Hrvata. O ukupnom broju žrtava tijekom agresije na Republiku Hrvatsku vidi također intervju *Ante Nazora*, ravnatelja Hrvatskog memorijalno-dokumentacijskog centra Domovinskog rata, <http://www.jutarnji.hr/globus/dr.-ante-nazorquotpri-kraju-smo-sastavljanja-tocnog-popisa-poginulih-ubijenih-i-nestalih-u-domovinskom-ratu-i-hrvata-i-srbaquot/26956/>, [24. 5. 2016.], kao i podatke koje je o ovom pitanju objavila Documenta, <http://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/koliko-je-ljudi-poginulo-u-domovinskom-ratu/197806/>, [24. 5. 2016.]. Prema utvrđenju raspravnog vijeća MKSJ u slučaju *Stanišić i Simatović*, s područja tzv. Republike Srpske Krajine samo 1992. prognozirano je između 80 000 i 100 000 Hrvata i drugih ne-Srba, vidi presuda raspravnog vijeća, st. 997 [http://www.icty.org/x/cases/stanistic\\_simatovic/tjug/en/130530\\_judgement\\_p1.pdf](http://www.icty.org/x/cases/stanistic_simatovic/tjug/en/130530_judgement_p1.pdf), [24. 5. 2016.].

vijeća MKSJ iznesenim u postupcima pred ovim Sudom te je Sud potpuno uvjeren u njihovu istinitost (*fully convinced*).<sup>182</sup>

S druge pak strane, djela navedena u čl. II. a) i b) Konvencije protiv srpskog stanovništva, kako je utvrdio Sud:

1. poduzeta su isključivo tijekom vojne operacije Oluja i nedugo nakon nje;<sup>183</sup>

2. pri čemu, kako izrijekom potvrđuje Sud, „izvan konteksta protupravnih napada (koje je tvrdila, ali nije uspjela dokazati srpska strana – op. a.) nije razumno zaključiti kako je jedino moguće tumačenje brijunskih transkripta kriminalno udruživanje radi prisilne deportacije srpskih civila“ te kako je „navedene transkripte moguće tumačiti... kao zakoniti konsenzus o pomoći civilima da privremeno napuste područje sukoba zbog, između ostalog, zakonite vojne prednosti i smanjenja žrtava“ ... „te se odnose na zakonite vojne operacije i napore usmjerene na komunikaciju s javnošću“,<sup>184</sup> odnosno – kako odlazak srpskih civila iz Republike Hrvatske nije posljedica unaprijed predviđenog i učinkovito provedenog plana;

3. su ocijenjena kao nasumična i pojedinačna, uz nepostojanje obrasca postupanja;<sup>185</sup>

4. kada su napadi na izbjegličke kolone u pitanju postoji znatan stupanj sumnje, posebice s obzirom na to tko ih je poduzeo i u kojem opsegu;<sup>186</sup>

5. teško je utvrditi broj ubijenih i ranjenih osoba,<sup>187</sup> kako u kolonama koje su napuštale Republiku Hrvatsku, tako i među onima koji su nakon operacije Oluja ostali u Republici Hrvatskoj, pri čemu se Sud

---

<sup>182</sup> Vidi gore bilješka 37.

<sup>183</sup> Vidi Presuda st. 51.

<sup>184</sup> Ibid., st. 506.

<sup>185</sup> Ibid., st.485 i 511.

<sup>186</sup> Ibid., st. 483 i 485.

<sup>187</sup> Vidi Presuda st. 491. Broj ubijenih i nestalih osoba naveden u dvama glavnim izvješćima (Veritas i Hrvatski helsinški odbor) na koje se u protutužbi oslonila srbijanska strana znatno se razlikuje, pri čemu se navedena izvješća također vrlo kritički odnose jedno prema drugom. U svakom slučaju, srbijanska se strana u svojoj protutužbi oslonila na napade na razmjerno mali broj pripadnika navodno ugroženog srpskog stanovništva tijekom operacijom Oluja, na razmjerno malom broju lokacija i s vrlo ograničenim brojem žrtava kao posljedicom navedenih napada. Na ovom mjestu također treba podsjetiti kako je prema podacima Hrvatskog memorijalno-dokumentacijskog centra Domovinskog rata u toj istoj Operaciji ubijeno 196 hrvatskih vojnika, više od 1000 ih je ranjeno, dok ih se nekolicina još uvijek smatra nestalima.

prvenstveno oslonio na „ne u potpunosti vjerodostojne dokaze“<sup>188</sup> te presudu raspravnog vijeća u slučaju Gotovina, prema kojoj broj ubijenih osoba ne prelazi nekoliko desetaka.<sup>189</sup> Istodobno, intenzitet razaranja (primjer Knin), zbog očitih razloga, uopće nije bio predmet razmatranja Suda.

6. Konačno, ovim jasnim utvrđenjima Suda i upečatljivoj razlici s obzirom na predložene i dokazane činjenične supstrate stranaka spora treba dodati i uistinu znakovitu činjenicu da se srbijanska strana kako bi potkrijepila vlastite tvrdnje nije mogla pozvati baš niti na jednu pravomoćnu presudu MKSJ.

## 10. ZAKLJUČAK

Neosporno je kako je u sukobu činjenica koje je utvrdio Sud na temelju činjeničnih supstrata na kojima su stranke zasnovale vlastite zahtjeve u ovom sporu hrvatska strana odnijela nadmoćnu pobjedu. Istodobno, zbog ustrajnosti Suda na neodrživo visokom standardu dokazivanja posredne genocidne namjere, hrvatska strana jednostavno nije mogla dobiti ovaj spor, ali ga, sasvim sigurno, nije ni izgubila (potvrđeni *narativ* o uzrocima, tijeku i posljedicama agresije na Republiku Hrvatsku ostaje zauvijek zapisan u analima svjetskog Suda). Istodobno, srbijanska strana, iako zbog navedenih razloga formalno-pravno nije mogla izgubiti ovaj spor, sasvim ga sigurno nije ni dobila. Naprotiv - u njemu je izgubila sve što je mogla izgubiti (osim pravne zaštite od optužbi za počinjenje genocida), a ponajviše - bitku za povijesnu istinu o agresiji na Republiku Hrvatsku.

Konačno, ova je presuda u potpunosti komplementarna s dosadašnjim presudama MKSJ, odnosno upravo one potvrđuju njen temeljni činjenični supstrat. U tom je kontekstu zbunjujuća, ako ne i zapanjujuća, činjenica da je Sud, iako je poklonio punu vjeru velikom broju činjeničnih utvrđenja MKSJ koja, kako smo pokazali, svjedoče o potpunom kvalitativnom i kvantitativnom nesrazmjeru između počinjenih zločina sukobljenih strana u agresiji na Republiku Hrvatsku, istodobno u konačnici ipak potpuno

---

<sup>188</sup> Vidi Presuda st. 483 i 485.

<sup>189</sup> Vidi gore bilješka 138.

izjednačio *actus reus* prema čl. II a) i b) Konvencije u slučaju tužbe i protutužbe. Takvo je neprimjereno izjednačenje uistinu bilo vrlo teško izvesti iz presuda MKSJ (odnosno ono je potpuno protivno svemu što je MKSJ ikada utvrdio s obzirom na uzroke i posljedice sukoba na području bivše Jugoslavije), a još i manje iz, kako će reći i sam Sud, - „neuvjerljivih dokaza koje je predložila srbijanska strana“.<sup>190</sup> U skladu s navedenim, nagađanja o nastojanjima Suda da, osim o objektivnoj procjeni činjenica te njihovom podvrgnuću konvencijskim odredbama - kao osnovi za rješenje ovog spora, vodi računa i o posebnim političkim obzirima u svezi s posljedicama koje bi mogle proizići za stranku koja bude oglašena odgovornom u ovom sporu (osobito, primjerice, u svezi s nepredvidivom reakcijom društva nespremnog na suočavanje s vlastitim prošlošću ili, konkretnije, u svezi s dužnošću naknade prouzročene materijalne i nematerijalne štete) te utjecaju takvog razvoja događaja na „mir i stabilnost u regiji“,<sup>191</sup> čine se više nego utemeljenima. Uostalom, u prilog ovakvom viđenju svakako govori i dobro promišljena jurisdikcijska akrobatika Suda s jasno predvidivim kontroliranim posljedicama.

Ipak, o svim važnim činjeničnim i pravnim pitanjima o kojima Sud nije odlučivao u ovom sporu uslijed jurisdikcijskom konstrukcijom samonametnutih ograničenja ipak je moguće stvoriti vrlo jasnu sliku, čak i površnim uvidom u navedene presude MKSJ. Posebice su u tom kontekstu značajna nedvosmislena utvrđenja o izravnoj uključenosti predsjednika Savezne Republike Jugoslavije i srbijanskog rukovodstva u zločinački pothvat stvaranja „etničkog srpskog teritorija putem raseljavanja Hrvata i drugih ne-Srba s otprilike jedne trećine Republike Hrvatske“ kao glavnog uzroka agresije na Republiku Hrvatsku.<sup>192</sup> Prema tome, iako se Sud u ovom postupku u skladu s vlastitom nadležnošću uopće nije bavio pojedinačnom kaznenom odgovornošću, svojim je utvrđenjima dodatno potvrdio takvu odgovornost utvrđenu pred MKSJ, pri čemu pitanje odnosa tako utvrđene

---

<sup>190</sup> Vidi gore bilješka 188.

<sup>191</sup> Vidi Presuda st. 523.

<sup>192</sup> Vidi posebice presuda raspravnog vijeća u slučaju *Martić*, st. 5, 159, 329- 335.

pojedinačne odgovornosti i odgovornosti države čiji su dotični pojedinci predstavnici i u čije ime djeluju - svakako zaslužuje daljnju raspravu.<sup>193</sup>

Prema tome, u ovom je postupku, čiji se ishod s obzirom na meritum s velikom vjerojatnošću predviđao barem od 2007., te je jurisdikcijskom akrobatikom Suda ustvari pretvoren u spor stranaka o uzrocima, tijeku i posljedicama rata u Republici Hrvatskoj, hrvatska strana jasno izložila i uvjerljivo potkrijepila tezu o razornoj agresiji na Republiku Hrvatsku i brojnim međunarodnim zločinima počinjenim u njenoj provedbi. U tom kontekstu, ne samo da nema mjesta relativizaciji povijesne istine (pa onda i krivnje),<sup>194</sup> nego je baš njeno nedvosmisleno utvrđenje jedan od najznačajnijih rezultata ovog spora - i to čak do mjere da se gotovo čini kako je upravo to bio i sam krajnji cilj podnošenja tužbe Republike Hrvatske za genocid protiv Republike Srbije.

Ovaj golemi napor hrvatske strane treba stoga promatrati kao *mementō* budućim generacijama o tragičnim događajima koji su pratili raspad SFRJ, kao i trajni zapis o stradanju i patnji, ali izuzetnoj hrabrosti, snazi i ustrajnosti generacije kojoj je bilo dano položiti temelje neovisne i samostalne Republike Hrvatske. Presuda je sustavno evidentirala najteže masovne zločine koje je srbijansko-srpska ratna mašinerija smišljeno počinila u provedbi plana stvaranja velike Srbije i agresiji na Republiku Hrvatsku. Istodobno, ova presuda zasigurno predstavlja dodatni doprinos uvidu međunarodne zajednice u uzroke i posljedice sukoba na području bivše Jugoslavije, njegove začetnike i organizatore, kao i karakter, glavne metode i razmjere srbijansko-srpske agresije na vlastite susjede.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> Vidi komentare Komisije za međunarodno pravo uz čl. 4-8 nacrtu Članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), [24. 5. 2016.].

<sup>194</sup> O stavu srbijanske strane o pitanju krivnje i njenoj raspodjeli (izjednačavanju) vidi izlaganje srbijanskog zastupnika u ovom sporu *Saše Obradovića* CR 2014/13, kao i savjetnika *Jordasha* CR 2014/23.

<sup>195</sup> Temeljne uvide u sukob na području bivše Jugoslavije međunarodna je zajednica počela stjecati tijekom 1992. godine. Tako je Opća skupština Ujedinjenih naroda, svakako najrepresentativnije tijelo međunarodne zajednice, posebice imajući u vidu značajna ograničenja pod kojima djeluje Vijeće sigurnosti i koja bitno utječu na njegovu sposobnost nepristrane ocjene pojedine situacije (vidi primjerice „neutralne“ rezolucije *VS S/RES/780, S/RES/787*), u svim svojim rezolucijama kojima se bavila oružanim sukobom na području bivše SFRJ, kao agresora i stranu koja se ne pridržava mjerodavnih rezolucija UN-a izrijekom imenovala isključivo srpsko-crnogorske snage i njihove pomagače (vidi rezolucije *A/RES/47/121, A/RES/48/153, A/RES/49/196, A/RES/49/43, A/RES/50/193*;

Treba se stoga nadati kako će i ova presuda poslužiti kao dodatni neumoljivi podsjetnik na odgovornost za počinjena nedjela i jasan putokaz srbijanskoj strani za suočavanje s vlastitom prošlošću, uključujući, prema poticaju Suda, i primjerenu moralnu i materijalnu naknadu žrtvama počinjenih zločina kao osnovni preduvjet trajne pomirbe.

## LITERATURA:

1. Ambos, K. (2009). What does intent to destroy in genocide means, *Međunarodnog revija Crvenog križa*, br. 876
2. Crawford, J., Peel J., Olesen S. (2001). The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *EJIL*, sv. 12. br. 5.
3. Crawford, J. (2002). *The International Law's Commission Articles on State responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge
4. Crawford, J., Alain P. i Olleson S. (2010). *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford
5. Crawford, J. (2013). *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. izdanje, Oxford University Press, Oxford
6. Dumberry, P. (2006.). *New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement*, sv. 17 *EJIL* br.3.
7. Dumberry, P. (2007.). *State Succession to International Responsibility*, Martinus Nijhoff Publishers,
8. Gaeta, P. (2009). *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford, New York
9. Hübner, J. (2004). *Das Verbrechen des Völkermordes im internationalen und nationalen Recht*, Frankfurt am Main
10. Jones, A. (2011). *Genocide: A Comprehensive Introduction*, Rutledge, New York
11. Lippman, M. (2001). *Genocide: The Crime of the Century, The Jurisprudence of Death at the Dawn of the New Millennium*”, *Houston Journal of International Law*, sv. 23/3
12. Munivrana, M. (2011). *Etničko čišćenje kao oblik genocida. Hrvatsko zakonodavstvo i praksa u svjetlu međunarodnih izvora*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, str. 1924-1948
13. Novaković M & Vučić M. (2015). *Presuda za genocid u sporu između Hrvatske i Srbije pred Međunarodnim sudom pravde – pravna analiza i značaj po međusobne odnose*, *Međunarodni problemi*, sv. 67/1, Beograd

---

*S/RES/771*). Također, kada se posebice bavila etničkim čišćenjem u pojedinim rezolucijama, Opća je skupština uvijek i bez iznimke kao njegove organizatore i počinitelje izrijekom imenovala isključivo srbijansko-crnogorske snage i JNA. Upravo polazeći od ovakvih uvida u najvećoj su mogućoj mjeri postupala i ostala mjerodavna međunarodna tijela, povjerenstva ili posebni izvjestitelji Ujedinjenih naroda baveći se sukobom na području bivše Jugoslavije, uključujući svakako i MKSJ.

14. Petrović, D. (1994). Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology, 5 EJIL, 342-359
15. Schabas, W.A. (2010). Retroactive Implementation of the Genocide Convention, University of St Thomas Journal of Law and Public Policy, sv. 4, str. 36-60
16. Schabas, W.A. (2009). Genocide in International Law, Cambridge University Press, Cambridge
17. Schabas, W.A. (2001-2002). Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?, New England Law Review 35(2)
18. Schabas, W.A. (2000) Genocide in International Law: The Crime of Crimes, Cambridge
19. Wald, P.M. (2007). Genocide and Crimes against Humanity, Washington University Global Studies Law Review; sv. 6
20. Werle, G. (2009). Principles of International Criminal Law, Asser Press, Haag
21. Knjiga nestalih osoba na području Republike Hrvatske, dostupno na [http://www.hck.hr/upload\\_data/txt\\_editor/Knjiga\\_nestalih\\_2012.pdf](http://www.hck.hr/upload_data/txt_editor/Knjiga_nestalih_2012.pdf) [24. 5. 2016.].

## Presude:

1. Primjena Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Hrvatska protiv Srbije), meritum, <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>, [24. 5. 2016.].
2. Primjena Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (Hrvatska protiv Srbije), preliminarni prigovori, <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14891.pdf>, [24. 5. 2016.].
3. Bijelić protiv Crne Gore i Srbije <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92484> [24. 5. 2016.].
4. Vojne i paravojne aktivnosti u i protiv Nikaragve, jurisdikcija i podnesivost tužbe, presuda <http://passthrough.fw-notify.net/download/059166/http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> [24. 5. 2016.].
5. Presuda u sporu o primjeni Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida između BiH i Srbije i Crne Gore iz 2007., str. 373. (dalje u tekstu Presuda iz 2007.) na <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> [24. 5. 2016.].
6. *Lighthouses Arbitration between France and Greece*
7. Presuda žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Krstića* <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>. [24. 5. 2016.].
8. Presuda raspravnog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Tolimira* <http://www.icty.org/x/cases/tolimir/tjug/en/121212.pdf> [24. 5. 2016.].
9. Presuda raspravnog i žalbenog vijeća MKSJ u slučaju tužitelj protiv *Jelisića*, <http://www.icty.org/x/cases/jelisc/tjug/en/jel-tj991214e.pdf> [24. 5. 2016.].
10. Presuda žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Tolimira* [http://www.icty.org/x/cases/tolimir/acjug/en/150408\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tolimir/acjug/en/150408_judgement.pdf). [24. 5. 2016.].
11. Presuda raspravnog vijeća MKSR tužitelj protiv *Nizeyimana*, <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-00-55c/trial-judgements/en/120619.pdf> [24. 5. 2016.].
12. Presuda raspravnog vijeća MKSR tužitelj protiv *Hategkimana* <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-00-55b/trial-judgements/en/101206.pdf> [24. 5. 2016.].
13. Presuda raspravnog vijeća MKSR tužitelj protiv *Munyakazi*, <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-97-36a/trial-judgements/en/100705.pdf> [24. 5. 2016.].
14. Presuda raspravnog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Gotovina et al.*, vidi [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415\\_judgement\\_vol1.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415_judgement_vol1.pdf), [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415\\_judgement\\_vol2.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415_judgement_vol2.pdf) [24. 5. 2016.].
15. Presuda žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Gotovina et al.* [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf). [24. 5. 2016.].
17. Presuda žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Krnojelca* <http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>, [24. 5. 2016.].
18. presuda žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Blaškića* <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf> [24. 5. 2016.].
19. Presuda žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Karera* <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-01-74/appeals-chamber-judgements/en/090202.pdf>. [24. 5. 2016.].
20. Presuda raspravnog vijeća MKSR tužitelj protiv *Akayesu* <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> [24. 5. 2016.].



21. Presuda žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Karadžića* pravilo 98, [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711\\_judgement\\_rule98bis.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/en/130711_judgement_rule98bis.pdf) [24. 5. 2016.].
22. Presuda žalbenog vijeća Međunarodnog kaznenog suda na žalbu tužiteljstva protiv žalbe na nalog za uhićenje u slučaj *Al-Bashir*, presuda žalbenog vijeća, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc817795.pdf> [24. 5. 2016.].
23. Presuda raspravnog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Brđanina* <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/en/brd-tj040901e.pdf>, [24. 5. 2016.].
24. Presuda raspravnog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Stakića*, <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/en/stak-tj030731e.pdf>, [24. 5. 2016.].
25. Presuda raspravnog vijeća MKSR tužitelj protiv *Rutaganda* <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-96-3/trial-judgements/en/991206.pdf>, [24. 5. 2016.].
26. Presuda Europskog suda za ljudska prava u slučaju *Jorgić* [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608#{"itemid":\["001-81608"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608#{) [24. 5. 2016.].
27. Presuda raspravnog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Tadića* <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts991111e.pdf>, [24. 5. 2016.].
28. Presuda raspravnog i žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Mrkšića* et al. <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/tjug/en/070927.pdf> [24. 5. 2016.].
29. Presuda raspravnog i žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Babića* <http://www.icty.org/x/cases/babic/tjug/en/bab-sj040629e.pdf> [24. 5. 2016.] i <http://www.icty.org/x/cases/babic/acjug/en/bab-aj050718e.pdf> [24. 5. 2016.].
30. Presuda raspravnog i žalbenog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Martića* <http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/en/070612.pdf> [24. 5. 2016.] i <http://www.icty.org/x/cases/martic/acjug/en/mar-aj081008e.pdf> [24. 5. 2016.].
31. Savjetodavno mišljenje Međunarodnog suda o zakonitosti prijetnje uporabom ili uporabe nuklearnog oružja <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> [24. 5. 2016.].
32. Savjetodavno mišljenje o pravnim posljedicama izgradnje zida na okupiranom palestinskom području <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> [24. 5. 2016.].
33. *Hassan* protiv UK [http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2014/936.html#\\_Toc398626872](http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2014/936.html#_Toc398626872) [24. 5. 2016.].
34. Presuda raspravnog vijeća MKSJ tužitelj protiv *Stanišića* i *Simatovića* [http://www.icty.org/x/cases/stanistic\\_simatovic/tjug/en/130530\\_judgement\\_p1.pdf](http://www.icty.org/x/cases/stanistic_simatovic/tjug/en/130530_judgement_p1.pdf) [24. 5. 2016.].

### **Posebna i odvojena mišljenja:**

1. Posebno mišljenje suca *Owade* <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18426.pdf> [24. 5. 2016.].
2. Posebno mišljenje suca *Petera Tomke* povodom presude o prethodnim prigovorima iz 2008. i povodom konačne presude 2015. vidi <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14901.pdf> i <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18424.pdf> [24. 5. 2016.].
3. Posebno mišljenje suca *Bhandarija* <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18442.pdf>
4. Odvojeno mišljenje suca *Cançado Trindade* <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18432.pdf> [24. 5. 2016.].
5. Odvojeno mišljenje sutkinje *Donoghue* <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18436.pdf> [24. 5. 2016.].

## Pravni propisi i dokumenti:

1. Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida vidi [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-1&chapter=4&lang=e](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=e), [24. 5. 2016.].
2. Deklaracija o uspostavi Savezne Republike Jugoslavije od 27. travnja 1992., UN doc. A/46/915, dodatak II.
3. notu Stalne misije Jugoslavije pri UN upućenu glavnom tajniku UN 27. travnja 1992., UN doc. A/46/915, dodatak I.
4. zahtjev Odbora za prava čovjeka unutar Pakta o građanskim i političkim pravima za dostavom izvješća o mjerama koje su vlade BiH, Republike Hrvatske i SRJ poduzele radi sprečavanja i suzbijanja najtežih oblika kršenja prava čovjeka [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/1888d2600a5e8127c1256a85004a2d74?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/1888d2600a5e8127c1256a85004a2d74?OpenDocument). [24. 5. 2016.].
4. Izvješće Ad hoc odbora za genocid, sedmo zasjedanje, dodatak br. 6, dokument E/794; i UN, službeni dokumenti Opće skupštine, dio I., treće zasjedanje, Šesti odbor, Zapisnik osamdeset-trećeg sastanka, dokument. A/C.6/SR.83.
3. Nacrt članka Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine s komentarima, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) [24. 5. 2016.].
4. rezolucije Opće skupštine Ujedinjenih naroda A/RES/47/121, A/RES/48/153, A/RES/49/196, A/RES/49/43, A/RES/50/193.
5. Rezolucija Vijeća sigurnosti Opće skupštine S/RES/771.

### ANALYSIS OF THE JUDGEMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE DISPUTE ON THE IMPLEMENTATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE BETWEEN THE REPUBLIC OF CROATIA AND THE REPUBLIC OF SERBIA

*On 3 February 2015, the International Court of Justice in The Hague delivered the judgement in the dispute between the Republic of Croatia and the Republic of Serbia on the implementation of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. The judgement constitutes the decision of the Court in the underlying dispute to indirectly prove genocidal intent, as well as the close of a long legal battle of the parties to the dispute over jurisdiction of the Court to rule on the applicability of the Convention also to events prior to 27 April 1992, the capacity of Croatia to institute proceedings and the capacity of Serbia to appear as a party to the dispute concerning the events that had occurred before the indicated date. In deciding on its jurisdiction, the Court had tentatively constructed it in response to a series of consecutive questions that also make the merits of this dispute, namely:: 1. whether the events referred to by Croatia did actually occur and whether they were in contravention to the Genocide Convention; 2. if so, whether these events were attributable to SFRY at the time when they occurred, and whether they engaged its responsibility; 3. if they engaged the responsibility of the SFRY, whether the FRY, subsequently Serbia, succeeded to that responsibility. By responding negatively to the first question, both in relation to the claim as well as in relation to the counter-claim, the Court did not even consider the remaining assumptions of its jurisdictional construction.*

**Key words;** *Croatia; Serbia, genocide; UN Convention on prohibition and punishment of crime of genocide; Article IX, International Court of Justice.*

## IZAZOVI USKLAĐIVANJA OVLAСТИ REGULATORNIH AGENCIJA U REPUBLICI HRVATSKOJ S PRAVNOM STEČEVINOM EUROPSKE UNIJE

*Regulatorne agencije imaju vrlo važnu ulogu u hrvatskom pravnom poretku. Njihova uloga kao regulatora različitih tržišta i usluga koje se na tim tržištima nude je ključna kako bi se osiguralo da potrošači dobiju najbolju moguću uslugu i da ponuđači tih usluga djeluju u skladu sa zakonom i zahtjevima pravila koja reguliraju tržišno natjecanje. Njihov razvoj u Republici Hrvatskoj je bio, a i dalje je, opterećen pretjeranom politizacijom s jedne strane te nedovoljnom kontrolom, s druge strane. Međutim, regulatorne agencije su se uspostavile kao važan dio hrvatske javne uprave sa širokim regulatornim ovlastima. Iako je Republika Hrvatska pristupila Europskoj uniji u srpnju 2013. godine, potreba za postizanjem usklađenja s *acquis communautaire* je postojala i prije tog vremena, tijekom naših pristupnih pregovora. Zbog ovog razloga domaće je zakonodavstvo, što se regulatornih agencija tiče, uglavnom usklađeno s *acquis*. Međutim, pravo EU se neprestano mijenja, pa postoje brojna nova pravna pravila koja se tiču regulatornih ovlasti regulatornih agencija glede izricanja upravnih kazni i sankcija kada dođe do kršenja europskog prava koje uređuje određena tržišta. Europsko pravo omogućava državama članicama odabir između više metoda prilikom propisivanja načina za izricanje novčanih kazni i sankcija: samostalno izricanje sankcija, kolaborativno izricanje sankcija s drugim tijelima ili prebacivanje izricanja sankcija na sudove. U Republici Hrvatskoj u primjeni je sustav u kojemu sankcije izriču sudovi, uz iznimku Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja. Međutim, potrebno je razmotriti je li izabrana najbolja mogućnost ili postoje i druge, bolje, mogućnosti unutar našeg pravnog sustava.*

**Ključne riječi:** regulatorne agencije; prekršajno pravo; pravna stečevina; usklađivanje.

### 1. UVOD

U našem pravu, regulatorne agencije su se pojavile početkom stoljeća, kao „eho“ regulatornih agencija koje su se ponajprije razvile u Sjedinjenim Američkim Državama, ali i onih koje su se razvile u Europskoj uniji. Oko

---

\* Dr.sc. Frane Staničić, docent na Katedri za upravno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu (Assistant Professor at Chair of Administrative Law Faculty of Law, University of Zagreb Faculty of Law University of Zagreb): frane.stanicic@pravo.hr

regulatornih agencija se u svijetu već dugu niz godina „lome koplja“, pa mnogi smatraju kako su one prijetnja ustavnopravnom poretku, kako se radi o četvrtoj vlasti koja uzurpira ovlasti koje joj ne pripadaju itd. Regulatorne agencije, s druge strane, nesporno obavljaju nužnu djelatnost nadzora nad raznoraznim tržištima, na taj način štiteći tržišno natjecanje, ali i, ne manje važno, osiguravajući da potrošači dobiju što je moguće kvalitetniju uslugu. Osim toga, putem regulatornih agencija potrošači mogu zaštititi svoja prava. Budući da regulatorne agencije nadziru tržišta, primjerice kapitala, osiguranja, telekomunikacija, energije itd., moraju imati na raspolaganju učinkoviti sustav sankcija kako bi se osiguralo da oni koji krše pravila mogu biti sankcionirani. Veliki dio regulative koja uređuje nadzor nad spomenutim tržištima uređena je europskim pravom, tj. uredbama i direktivama. Taj pravni okvir zahtijeva od država članica da osiguraju učinkovit sustav sankcija, pri čemu ostavlja na volju državama članicama način na koji će to provesti. Moram naglasiti da je tome tako za sada. Sasvim je zamisliv scenarij u kojem će institucije Unije propisati jedinstven način ostvarivanja učinkovitog sustava sankcija nekom uredbom, pa će i RH morati primjenjivati takav sustav. Za sada, kako sam naveo, države članice mogu birati hoće li, u svrhu uspostavljanja učinkovitog sustava sankcija regulatorne agencije upravne kazne (novčane) i sankcije izricati samostalno, zajedno s drugim tijelima ili će sankcije, na inicijativu regulatorne agencije, izricati sudovi.

U RH je u primjeni treći sustav. Naime, regulatorne agencije su, sukladno odredbama Prekršajnog zakona (dalje u radu: PZ)<sup>1</sup>, ovlaštene tužitelji<sup>2</sup>. Naime, nedvojbeno je da su regulatorne agencije pravne osobe s javnim ovlastima, o čemu detaljnije *infra*. Navedeno znači da imaju pravo pred nadležnim prekršajnim sudom pokrenuti prekršajni postupak, za prekršaje

---

<sup>1</sup> NN 107/07, 39/13, 157/13 i 110/15.

<sup>2</sup>„(1) Ovlaštene tužitelji su:

1. državni odvjetnik,
2. tijelo državne uprave,
3. pravna osoba s javnim ovlastima,
4. oštećenik.“ – čl. 109. st. 1. PZ-a.

„(1) Pravne osobe koje imaju javne ovlasti, ovlaštene su za prekršajni progon za one prekršaje koji su propisani u području javnih ovlasti koje imaju.

(2) Pravna osoba s javnim ovlastima u tijeku prekršajnog postupka poduzima sve radnje na koje je po zakonu ovlaštena putem osobe koju za to ovlasti kao svog predstavnika.“ – čl. 112. PZ-a.

koji su im stavljeni u nadležnost, podnošenjem optužnog prijedloga. Po provedenom prekršajnom postupku, prekršajni sud izriče sankciju.

U radu ću pokazati kako je postojala potreba za izmjenom našeg zakonodavstva zbog novih direktiva Europske unije, koja je i provedena Zakonom o izmjenama i dopunama Prekršajnog zakona (dalje u radu: ZIDPZ)<sup>3</sup>. Analizirat ću potrebu za navedenim izmjenama i usporediti provedene promjene s potrebama *acquisa* te pokazati jesu li promjene inaugurirane navedenim ZIDPZ-om adekvatne i jesu li rezultirale adekvatnim usklađivanjem s *acquisom*. Osim toga, analizirat ću različite mogućnosti uspostavljanja učinkovitog sustava sankcija koji zahtijeva europska pravna stečevina i ispitati kvalitetu sustava kojega smo uspostavili, kao i predložiti eventualne promjene u našem sustavu. U radu ću se osvrnuti i na postojanje upravno-kaznenih mjera u pravnom sustavu RH, za koje smatram da predstavljaju anomaliju u sustavu koju bi iz sustava trebalo ukloniti zbog njihove nesukladnosti s Ustavom Republike Hrvatske.<sup>4</sup>

## 2. REGULATORNE AGENCIJE

Regulatorne agencije pojavljuju se, kao organizacijski oblik, prvi puta u Sjedinjenim Američkim Državama. No, one nisu vezane isključivo za SAD pa ih već u 19. st. nalazimo i u skandinavskim zemljama kao „izvršne agencije“.<sup>5</sup> Regulatorne agencije nastale su u SAD-u kao pokušaj odgovora na nemogućnost lokalnih vlasti da se nose sa sve snažnijim i konsolidiranim privatnim sektorom glede reguliranja brojnih komunalnih usluga, posebno nakon što su neke komunalne usluge (ceste, željeznice) počele prelaziti lokalne, pa čak i državne granice.<sup>6</sup> Prva regulatorna agencija u SAD-u osnovana je 1887. godine (*Interstate Commerce Commission*). U pravilu, osnivač agencija je Kongres koji „ima široku ovlast kada stvara upravne agencije da bi izvršio svoju misiju.“ U SAD-u, agencije mogu biti kako one koje donose opća pravila, u postupku koji nalikuje zakonodavnom, tako

---

<sup>3</sup> NN 110/15.

<sup>4</sup> NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst i 05/14 – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske.

<sup>5</sup> Tako se navodi da u skandinavskim zemljama, posebno Švedskoj i Norveškoj, još od ranog 19. stoljeća postoji tradicija odvajanja *policy* poslova od izvršnih u smislu provedbe utvrđene politike i pružanja usluga, koji se povjeravaju agencijama (izvršne agencije). V. u: *Koprić et al* 2008, 663.

<sup>6</sup> Opširnije o razvoju regulatornih agencija u SAD-u v. u *Bajakić* 2010, kao i *Vučković* 2015.

i one koje rješavaju od slučaja do slučaja, u postupku koji nalikuje sudskom, ali nemaju ovlast donošenja općih akata, odnosno normiranja.

Regulatorne agencije koje se analiziraju u ovom radu, odnosno agencijama koje bi bile regulatorne smatram one koje donose opća pravila i mogu odlučivati u pojedinačnim slučajevima.<sup>7</sup>

U EU je uređenje položaja i ovlasti regulatornih agencija u najvećoj mjeri ostavljeno nacionalnim zakonodavcima svake države članice. Izvorima europskoga prava propisuje se samo minimum ovlasti koje moraju imati regulatorna tijela da bi mogla uredno i učinkovito obavljati poslove iz svoje nadležnosti.<sup>8</sup> Dodatno, iako *Yataganas* definiira četiri modela prema kojima se osnivaju i funkcioniraju agencije u EU: regulatorni, monitoring, suradnički i izvršni model, pri čemu sva četiri modela formalno čine regulatorni tip agencija<sup>9</sup>, može se reći da te agencije nisu „prave“ regulatorne agencije. Budući da isključivo Europska komisija ima pravo općeg normiranja, temeljem delegiranih ovlasti, to agencije EU ni ne mogu donositi opća pravila, ali nesumnjivo je njihov doprinos normiranju Komisije značajan.<sup>10</sup> Nakon *Meroni* slučaja<sup>11</sup>, Europski je sud jasno ustvrdio da se agencijama mogu povjeriti samo izvršne, a ne i regulatorne ovlasti, tako da osnivanje regulatornih agencija s ovlastima na normiranje nije moguće.<sup>12</sup> *Meroni* doktrina je ograničavajuća glede ovlasti koje agencije Unije imaju, i koje se uslijed toga ne mogu nazivati regulatornim agencijama kakve postoje u Sjedinjenim Američkim Državama ili i u državama članicama. Naravno da je posljedica zabrane delegiranja diskrecijskih ovlasti smanjenje utjecaja agencija Unije na procese koji se odvijaju na tržištima država članica koje reguliraju njihove, domaće, regulacijske agencije, što stvara relativno velike probleme u praksi. Međutim, u posljednje vrijeme se agencijama EU daju određene regulatorne ovlasti i pravo na diskrecijske ovlasti, što je svojom praksom<sup>13</sup> dozvolio i

---

<sup>7</sup> Staničić 2013., 63.

<sup>8</sup> Čulinović Herc & Zubović 2013, 375.

<sup>9</sup> Koprić et al 2008, 671. i 672. Derđa dijeli agencije EU na neovisne, izvršne i ostale agencije. V. u: Derđa 2012, 86-92.

<sup>10</sup> Tako i Koprić et al 2008, 673. i 677, Staničić 2010., 1344.

<sup>11</sup> C-9/56, *Meroni v. High Authority of the European Coal and Steel Community*.

<sup>12</sup> Tako i Derđa 2012, 87. V., detaljnije, u Bilić et al 2011, 243.

<sup>13</sup> C-270/12, *United Kingdom v Parliament and Council* (ESMA presuda). U ovoj je presudi Sud, kako neki autori smatraju, ublažio *Meroni* doktrinu, ali i dalje smatrajući kako

Sud EU, navodeći kako se takvim širenjem ovlasti nije prekršila *Meroni* doktrina, pa se i u EU agencije polako približavaju američkom modelu regulatornih agencija.<sup>14</sup> Kao primjeri takvih „tričetvrt“ regulatornih agencija mogu se navesti EASA (*European Aviation Safety Agency*) i ESMA (*European Securities and Market Authority*). Kod ESMA-e radi se o tome da je ova agencija 2012. godine dobila široke nadzorne ovlasti, a sukladno čl. 73. Uredbe (EU) br. 648/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o OTC izvedenicama, središnjoj drugoj ugovornoj strani i trgovinskom repozitoriju (dalje u tekstu: EMIR Uredba).<sup>15</sup>

Općenito, da bi se neko tijelo nazivalo regulatornom agencijom, mora imati dovoljno moći da ostane neovisno o državnoj upravi, što se odnosi na autonomiju od centralne uprave. Neovisnost regulatornih agencija se sastoji od nekoliko komponenti. Pravne neovisnosti, organizacione neovisnosti, financijske neovisnosti te personalne neovisnosti (teorija plijena). Dakako, neovisnost se ne smije tumačiti na način da imaju pravo na arbitrarno djelovanje ili da ih se ne smije kontrolirati. One moraju odgovarati predstavničkom tijelu, prema tome moraju biti politički odgovorne, zatim nad njima mora postojati sudska kontrola, mora postojati i kontrola učinkovitosti, kao i njihova financijska odgovornost.<sup>16</sup>

#### **a. Regulatorne agencije u Republici Hrvatskoj**

Prihvaćajući određena europska zakonodavna rješenja, u RH su se sredinom 90-tih godina 20. st. počele osnivati agencije. Prva takva agencija<sup>17</sup> kod nas, koja u vrijeme svog osnivanja nije bila „prava“ regulatorna agencija, budući da nije imala ovlast općeg normiranja, bila je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, osnovana 1995. godine Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja

---

ju i dalje mora primjenjivati i kako je i dalje potrebno održavati institucionalnu ravnotežu. Međutim, smatra Sud, pravni okvir koji je postavljen glede ESMA-e (regulatorna zajednica regulatora financijskih tržišta), iako daje ESMA-i određene regulatorne ovlasti, ipak ne prelazi okvire zadane *Meroni* doktrinom.

<sup>14</sup> *Gerardin* 2005, 213, 219-220, *Hofmann et al* 2011, 243., *Pelkmans & Simoncini* 2015, *Simoncini* 2015, 310-342.

<sup>15</sup> SI L 201/1 od 27. srpnja 2012.

<sup>16</sup> *Staničić* 2013, 64. Detaljnije u: *Bilić et al* 2011, 247-249.

<sup>17</sup> Prvu od rijetkih klasifikacija agencija u RH dao je *Koprić*. Detaljnije v. u: *Koprić* 2008, 39.

Potom analizu i klasifikaciju agencija u hrvatskoj pravnoj teoriji daju *Koprić i Musa*, razlikujući tri tipa agencija: regulatorne agencije, izvršne agencije i ekspertno-razvojne agencije. V. u: *Koprić & Musa* 2011, 35-40.



(NN 45/95). Osnovana je kao samostalna pravna osoba odgovorna Saboru, čijim je radom rukovodio ravnatelj.<sup>18</sup>

Oko definiranja regulatornih agencija „lome se koplja“ već niz godina. Tako se primjerice u pravnoj teoriji ističe kako se regulatornim agencijama trebaju smatrati samo samostalne pravne osobe javnog prava odvojene od ministarstva, osnivane u ime Republike Hrvatske zakonom ili uredbom Vlade na nacionalnom nivou, u svrhu obavljanja upravnih poslova, regulacije određenog sektora ili sl. u određenom specijaliziranom području, sa zadacima koji obuhvaćaju donošenje pravnih pravila, utvrđivanje i promicanje standarda kvalitete, praćenja provedbe javne politike, odlučivanje u pojedinačnim slučajevima, uključujući izdavanje potvrda, licenci i sl. te koje imaju određeni stupanj autonomije, ali koje su ujedno podvrgnute i različitim mehanizmima kontrole.<sup>19</sup>

Međutim, za potrebe ovog rada, potrebno je naglasiti da su u hrvatskoj pravnoj literaturi postavljeni neki ključni kriteriji koje pravna osoba mora zadovoljavati da bi se smatrala regulatornom agencijom: 1. da je riječ o pravnoj osobi s javnim ovlastima izvan sustava državne uprave, 2. da imaju ovlast donošenja podzakonskih propisa i vođenja pojedinačnih upravnih postupaka te 3. da protiv pojedinačne odluke regulatorne agencije žalba nije dopuštena.<sup>20</sup> Ovim kriterijima dodaju se<sup>21</sup> još dva, jedan obvezni: da su osnovane zakonom, i drugi fakultativni: da za svoj rad odgovaraju zakonodavnoj vlasti. Naime, Vlada RH nema mogućnost osnivanja RA uredbama budući da se javne ovlasti mogu prenijeti samo zakonom, sukladno čl. 117. st. 2. Ustava.

Danas, sukladno navedenim kriterijima, u RH postoji pet regulatornih agencija<sup>22</sup>:

---

<sup>18</sup> V. u *Staničić* 2010, 1351., *Barić & Derđa* 2010, 3.

<sup>19</sup> V. *Musa* 2009, 408.

<sup>20</sup> *Staničić* 2010, 1359.-1360, *Turudić* 2013, 221. Slično i *Koprić & Musa* 2011, 39.

<sup>21</sup> *Staničić* 2013, 65.

<sup>22</sup> Većina autora koji se bave regulatornim agencijama navodi da ih u RH ima osam. Tako i *Čulinović Herc & Zubović* 2013, 377, *Turudić* 2013, 220 i 221, *Staničić* 2013, 1352-1353, *Barić & Derđa* 2010, 3.

*Popović* navodi sedam regulatornih agencija, ali u njih uvjetno ubraja i Hrvatsku narodnu banku. V. u: *Popović* 2012, 273. HNB se nikako ne može podvoditi pod agenciju, pa ni uvjetno. Naime, Ustav definira HNB kao „središnju banku“ RH, i ako se za neko tijelo u našem pravnom sustavu može navesti da je *sui generis* pravna osoba, onda se to može ustvrditi za HNB.

1. Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga (HANFA), osnovana Zakonom o Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga<sup>23</sup> 2005. godine.
2. Agencija za elektroničke medije (AEM), osnovana Zakonom o elektroničkim medijima<sup>24</sup> 2009. godine (preteča Vijeće za elektroničke medije osnovano 2003. godine).
3. Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti (HAKOM), osnovana Zakonom o elektroničkim komunikacijama<sup>25</sup> 2008. godine (preteča Vijeće za telekomunikacije).
4. Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (AZTN), osnovana Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja<sup>26</sup> 1995. godine (s radom započela 1997. godine).
5. Hrvatska agencija za regulaciju energetske djelatnosti (HERA), osnovana Zakonom o regulaciji energetske djelatnosti<sup>27</sup> 2004. godine.

Navedene agencije nisu, dakako, jedine agencije u Republici Hrvatskoj. Postoje i nezavisne agencije, formalno bez regulatornih ovlasti, ali s velikom moći posebno na području prirodnih monopola, kao što je energetika.<sup>28</sup> Od početka devedesetih godina 20. stoljeća osnovane su i

---

Neki autori navode da u RH postoji 12 regulatornih agencija, uvrštavajući među njih, primjerice, Agenciju za lijekove i medicinske proizvode (HALMED). V. u: *Koprić & Musa* 2011, 38 i 39.

Od uobičajeno spominjanih osam RA isključio sam Agenciju za sigurnost željezničkog prometa jer do 1. srpnja 2013. godine nije imala ovlast donošenja općih akata. Ona je tu ovlast dobila stupanjem na snagu Zakona o sigurnosti i interoperabilnosti željezničkog prometa (NN 82/13, 18/15 i 110/15) budući da, sukladno tom Zakonu, ima pravo donošenja obvezujućih mjera za sigurnost željezničkog sustava i uputa o načinu obavljanja poslova iz svoje nadležnosti (čl. 11. st. 1.) Međutim, ni prema novom Zakonu neće zadovoljavati kriterij odgovornosti samo Saboru, budući će i dalje odgovarati Vladi. Isključio sam, inače spominjanu kao regulatornu agenciju i Agenciju za javno-privatno partnerstvo koja nema pravo na donošenje općih akata i koja također odgovara Vladi RH. Također, došlo je do spajanja Agencije za regulaciju tržišta željezničkih usluga (ARTZU) i Hrvatske agencija za poštu i elektroničke komunikacije (HAKOM) u jedinstveni HAKOM.

<sup>23</sup> NN 140/05 i 12/12.

<sup>24</sup> NN 153/09, 84/11, 94/13 i 136/13.

<sup>25</sup> NN 73/08, 90/11, 133/12, 80/13 i 71/14.

<sup>26</sup> NN 79/09 i 80/13.

<sup>27</sup> NN 120/12.

<sup>28</sup> *Bilić et al* 2011, 231. Tako u RH postoji Centar za praćenje poslovanja energetskog sektora i investicija, osnovan Zakonom o Centru za praćenje poslovanja energetskog sektora i investicija, NN 25/12 i 120/12.

agencije za hranu, zaštitu okoliša, obalni i linijski promet, akreditacijska agencija, agencija za malo gospodarstvo i mnoge druge.

### **3. ZAHTJEVI EUROPSKE PRAVNE STEČEVINE GLEDE OSTVARIVANJA UČINKOVITOG SUSTAVA SANKCIJA**

Općenito, područje upravnih (administrativnih) sankcija je pod velikim utjecajem EU prava. Ono je proširilo širinu izricanja administrativnih sankcija dodajući razne sankcije u paletu sankcija u nacionalnim pravima.<sup>29</sup> Kako je već navedeno, ovlasti regulatornih agencija, sukladno europskom pravu, moraju osigurati ostvarenje „učinkovitog sustava sankcija“. Naime, države članice dužne su uspostaviti sustav u kojemu će se za povredu pravila moći izricati kazne koje će biti „učinkovite, razmjerne i odvraćajuće“.<sup>30</sup>

Za sada je i uredbama i direktivama ostavljeno na volju državama članicama da odluče koji će sustav izabrati. Naime, sukladno europskoj regulativi, države članice mogu izabrati jedan od sljedeća tri sustava izricanja sankcija, odnosno uspostavljanja učinkovitog sustava sankcija, a kako bi mogle obavljati svoju regulatornu funkciju:

1. izravno izricanje sankcija od strane regulatorne agencije ili
2. u suradnji s drugim državnim tijelima ili

---

<sup>29</sup> *Moor-van Vugt* 2012, 40.

<sup>30</sup> V. čl. 12. st. 1. EMIR Uredbe. Sukladno navedenoj Uredbi, kazne se trebaju temeljiti na smjernicama koje je donijela ESMA (European Securities and Markets Authority) radi promicanja konvergencije i međusektorske dosljednosti sustava kazni u financijskom sektoru.

V. i čl. 41. Uredbe (EU) br. 236/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. ožujka 2012. o kratkoj prodaji i određenim aspektima kreditnih izvedenica na osnovi nastanka statusa neispunjavanja obveza (SI L 86/1 od 24. ožujka 2012.)

V. i čl. 48. st. 1. Direktive 2011/61/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2011. o upraviteljima alternativnih investicijskih fondova i o izmjeni direktiva 2003/41/EZ i 2009/65/EZ te uredbi (EZ) br. 1060/2009 i (EU) br. 1095/2010 (SI L 174/1 od 1. srpnja 2011.).

V. i čl. 99. st. 1. i 2. Direktive 2009/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na subjekte za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire (SI L 302/76 od 17. studenog 2009.).

Neke direktive ovome dodaju i da sankcije moraju biti „primjerene“. V., primjerice, čl. 21.a Direktive 2002/21/EU izmijenjenu i dopunjenu Direktivom 2009/140/EU, SI L 180/1 od 24. travnja 2002.

### 3. podnošenjem odgovarajućeg zahtjeva nadležnom sudu.<sup>31</sup>

Neke direktive EU razlikuju i dodatni, četvrti sustav izricanja sankcija, pa možemo reći da države članice mogu izabrati između sljedećih sustava u kojemu regulatorne agencije sankcije izriču:

1. izravno;
2. u suradnji s drugim tijelima vlasti;
3. vlastitom odgovornošću putem delegiranja takvim tijelima;
4. podnošenjem zahtjeva nadležnim sudskim tijelima.<sup>32</sup>

Vežano za izricanje sankcija, neizbježno je pitanje njihove visine, kada govorimo o novčanim kaznama, kao i o njihovom trajanju, kada govorimo o drugim vrstama sankcija (primjerice, zabrana obavljanja određene djelatnosti). Tako Transparency Direktiva propisuje da novčana kazna za pravnu osobu može dosegnuti iznos do 10.000.000,00 eura ili do 5% ukupnog godišnjeg prometa prema zadnjim dostupnim izvještajima.<sup>33</sup>

U odnosu na fizičke osobe, navedeni propisi EU ne prave razliku čine li navedene osobe prekršaj u svojstvu odgovorne osobe u pravnoj osobi, ili u svojstvu osobe koja obavlja neko samostalno zanimanje, ili pak u svojstvu

---

<sup>31</sup> V., tako, čl. 33. st. 1. Uredbe (EU) br. 236/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. ožujka 2012. o kratkoj prodaji i određenim aspektima kreditnih izvedenica na osnovi nastanka statusa neispunjavaња obveza (SL L 86/21 od 24. ožujka 2012.).

<sup>32</sup> Čl. 17. Direktive 2013/50/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2013. o izmjenama Direktive 2004/109/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju zahtjeva za transparentnošću u vezi s informacijama o izdavateljima čiji su vrijednosni papiri uvršteni za trgovanje na uređenom tržištu, Direktive 2003/71/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o prospektu koji je potrebno objaviti prilikom javne ponude vrijednosnih papira ili prilikom uvrštavanja u trgovanje i Direktive Komisije 2007/14/EZ o utvrđivanju detaljnih pravila za provedbu određenih odredbi Direktive 2004/109/EZ (dalje u tekstu: Transparency Direktiva, SL L 294/13 od 6. studenog 2013.).

<sup>33</sup> Isto ili slično određuju i drugi propisi EU: Direktiva 2013/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o pristupanju djelatnosti kreditnih institucija i bonitetnom nadzoru nad kreditnim institucijama i investicijskim društvima, izmjeni Direktive 2002/87/EZ te stavljanju izvan snage direktiva 2006/48/EZ i 2006/49/EZ (SL L 176/338 od 27. lipnja 2013.), Direktiva 2014/59/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi okvira za oporavak i sanaciju kreditnih institucija i investicijskih društava te o izmjeni Direktive Vijeća 82/891/EEZ i direktiva 2001/24/EZ, 2002/47/EZ, 2004/25/EZ, 2005/56/EZ, 2007/36/EZ, 2011/35/EU, 2012/30/EU i 2013/36/EU te uredbi (EU) br. 1093/2010 i (EU) br. 648/2012 Europskog parlamenta i Vijeća (SL L 173/190 od 12. lipnja 2014.), ili Direktiva 2014/91/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 23. srpnja 2014. o izmjeni Direktive 2009/65/EZ o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na subjekte za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire (UCITS) u pogledu poslova depozitara, politika nagrađivanja i sankcija.

(običnog) građanina. Kao u slučaju pravnih osoba, propisi Europske unije koji reguliraju navedena područja i u odnosu na fizičke osobe, također, postavljaju granicu općeg maksimuma novčane kazne koja se može propisati i izreći daleko iznad maksimuma kojeg propisuje PZ. Primjerice, Transparency Direktiva propisuje da novčana kazna za fizičku osobu može dosegnuti iznos do 2.000.000,00 eura ili iznos u visini do dvostrukog iznosa ostvarene dobiti ili spriječenog gubitka (uzima se viši iznos ako je to moguće utvrditi).<sup>34</sup>

Posebno je potrebno naglasiti i potrebu javne objave (ponekad i nepravomoćnih) odluka o kažnjavanju prekršitelja regulative. Naime, propisi EU zahtijevaju da se radi pravodobnog obavještanja javnosti na internetskim stranicama nadležnih tijela objavljuju informacije o izrečenim „administrativnim mjerama i sankcijama“, pa čak i prije njihove pravomoćnosti, kao i informacije o identitetu fizičkih ili pravnih osoba odgovornih za kršenje relevantnih propisa.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Prekršajnog zakona, dostupno na: <http://www.sabor.hr/konacni-prijedlog-zakona-o-izmjenama-i-dopunama-pr> [25. 19. 2015.]. Isto ili slično određuju i drugi propisi EU: Direktiva 2014/91/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 23. srpnja 2014. o izmjeni Direktive 2009/65/EZ u usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na subjekte za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire (UCITS) u pogledu poslova depozitara, politika nagrađivanja i sankcija (SL L 257/186 od 28. kolovoza 2014.), Direktiva 2014/65/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o tržištu financijskih instrumenata i izmjeni Direktive 2002/92/EZ i Direktive 2011/61/EU (SL L 173/349 od 12. lipnja 2014.), ili Uredba (EU) br. 596/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o zlouporabi tržišta (Uredba o zlouporabi tržišta) te stavljanju izvan snage Direktive 2003/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i direktiva Komisije 2003/124/EZ, 2003/125/EZ i 2004/72/EZ (Sl L 173/1 od 12. lipnja 2014.).

<sup>35</sup> V. čl. 48. st. 3. Direktive 2011/61/EU Europskog parlamenta i Vijeća (Sl L 147/1 od 1. srpnja 2011.), čl. 25. st. 2. Direktive 2003/71/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o prospektu koji je potrebno objaviti prilikom javne ponude vrijednosnih papira ili prilikom uvrštavanja u trgovanje te o izmjeni Direktive 2001/34/EZ (Sl L 345/81 od 31. prosinca 2013.).

„Države članice osiguravaju da nadležna tijela trebaju objaviti svaku odluku o sankcijama i mjerama uvedenim za kršenje ove Direktive bez nepotrebnog odlaganja, uključujući informacije o vrsti i karakteru kršenja i identitetu fizičkih ili pravnih osoba odgovornih za kršenje.” čl. 29. st. 1. 1 Transparency Direktive.

„Države članice osiguravaju da nadležna tijela odgovorna za nadzor financijskih, i kada je to potrebno, nefinancijskih drugih ugovornih strana, javno objavljuju svaku kaznu koja je nametnuta za povrede članaka 4., 5. i 7. do 11., osim ako bi to objavljivanje moglo ozbiljno ugroziti financijska tržišta ili prouzrokovati nerazmjernu štetu uključenim stranama. ...” čl. 12. st. 2. 3. EMIR Uredbe.

Na kraju, europski propisi zahtijevaju i postojanje mogućnosti izricanja trajne zabrane obavljanja određene djelatnosti. Tako, npr., čl. 70. st. 6. t. d) Direktive 2014/65/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o tržištu financijskih instrumenata i izmjeni Direktive 2002/92/EZ i Direktive 2011/61/EU<sup>36</sup> zahtijeva za ponovljena ozbiljna kršenja mogućnost izricanja trajne zabrane svakom članu upravljačkog tijela investicijskog društva ili drugoj fizičkoj osobi koju se smatra odgovornom za obavljanje upravljačkih zadaća u investicijskim društvima.

Prema tome, budući da EU, kao ni Europska komisija, nemaju mogućnosti samostalno implementirati europsku regulativu, ona se mora implementirati na nacionalnom nivou. Ta se dužnost može predati vladama ili nezavisnim regulatornim agencijama. Budući da i države često delegiraju ovlasti regulatornim agencijama, njihove ovlasti, ali i dužnosti su sve veće.<sup>37</sup> Obveza izricanja upravnih (administrativnih) kazni nastala je, u pravu EU još u doba Europske zajednice za ugljen i čelik kada je Komisija imala pravo izricati kazne tvrtkama koje su djelovale suprotno regulativi Zajednice.<sup>38</sup> Međutim, Komisija nikada nije imala ovlast djelovanja u državama članicama, u slučaju povreda europske regulative koju su trebale provoditi države članice. Zato je Sud pravde odlučio<sup>39</sup> da države članice imaju pravo nametati sankcije za povrede prava Zajednice, čak i kada u Ugovoru ili u sekundarnom zakonodavstvu nema eksplicitne pravne osnove za to.

#### **4. OVLAŠTI REGULATORNIH AGENCIJA U IZRICANJU NOVČANIH KAZNI I SANKCIJA U HRVATSKOM PRAVU**

##### **4.1. Zakonodavno uređenje prije stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Prekršajnog zakona iz 2015. godine**

Ukoliko pogledamo zakonodavno uređenje prije stupanja na snagu ZIDPZ-a, 21. listopada 2015. godine, moram konstatirati kako ono nije bilo u skladu s regulativom EU, odnosno ne bi bilo u skladu s tom regulativom

---

<sup>36</sup> SL L 173/349 od 12. lipnja 2014.

<sup>37</sup> *Coen & Thatcher* 2008, 54 i 55.

<sup>38</sup> *Moor-van Vugt, A de* 2012, 6.

<sup>39</sup> C-180/95 *Draehmpahl* [1997] ECR I-2195.

nakon što bi istekli rokovi za implementiranje direktiva u naše zakonodavstvo.

Prema hrvatskom zakonodavstvu, regulatorne agencije su bile (i jesu i danas) ovlaštene tužitelji u prekršajnom postupku, uz iznimku AZTN-a, o čijim ovlastima će biti više riječi *infra*. Međutim, problem nije bio u činjenici što hrvatske regulatorne agencije nemaju ovlast izricanja sankcija, nego su „samo“ ovlaštenici za podnošenje optužnih prijedloga u prekršajnom postupku, pri čemu, dakle, sankciju izriče sud. Naime, kako sam pokazao *supra*, regulativa EU dozvoljava da se „učinkoviti sustav sankcija“ uspostavi na način da regulatorna agencija podnese odgovarajući zahtjev nadležnom sudu. Problem se pokazao u sljedećim elementima:

- 1) visina kazni
- 2) javna objava odluka o sankcijama
- 3) postojanje mogućnosti trajnog izricanja mjere zabrane obavljanja djelatnosti

Naime, sukladno regulativi EU, novčane kazne za pravne osobe prelaze iznose od deset milijuna eura, a za fizičke osobe mogu se izricati kazne do pet milijuna eura. Naš PZ dozvoljava izricanje kazni od do 2 milijuna kuna za pravne osobe i do milijun kuna za fizičke osobe, pa je očito da je trebalo omogućiti izricanje viših kazni.

Zatim, regulativa EU zahtijeva javnu objavu odluke o sankciji, bez obzira na to je li pravomoćna ili nije. U slučaju da se objavi nepravomoćna odluka o sankciji, tijelo koje objavi takvu odluku ima obvezu objaviti i da je protiv nje izjavljen pravni lijek, kao i ishod postupka po pravnom lijeku. Naš PZ nije omogućavao niti sudu da objavi, posebno nepravomoćnu, odluku, kao niti regulatornoj agenciji.

I treće, PZ nije predviđao mogućnost trajne zabrane obavljanja djelatnosti. Naime, sukladno čl. 54. PZ-a, sud je mogao izreći zaštitnu mjeru zabrane obavljanja određene dužnosti ili djelatnosti, ali u trajanju od jednog mjeseca do jedne godine.

Sukladno navedenom, bilo je jasno da je potrebno provesti promjene u sustavu. RH se odlučila za zadržavanje postojećeg sustava uz nužne izmjene, te je ministar pravosuđa svojom odlukom od 5. lipnja 2014. godine osnovao Radnu skupinu za izradu nacрта prijedloga Zakona o izmjenama i

dopunama Prekršajnog zakona koja je taj posao i obavila i na temelju njenog rada je nastao ZIDPZ.<sup>40</sup>

## **4.2. Zakonodavno uređenje nakon stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Prekršajnog zakona iz 2015. godine**

### **4.2.1. Podnošenje optužnih prijedloga**

Sukladno PZ-u, regulatorne agencije (uz iznimku AZTN-a) predstavljaju ovlaštenog tužitelja u prekršajnom postupku, odnosno imaju ovlast podnošenja optužnog prijedloga nadležnom prekršajnom sudu. Naime, sukladno čl. 109. st. 1. PZ-a, među ovlaštene tužitelje spadaju i pravne osobe s javnim ovlastima. Kako su, nesporno, sve regulatorne agencije u RH pravne osobe s javnim ovlastima, to su sve one ovlaštene tužitelji u smislu čl. 109. st. 1. PZ-a. Prema tome, kada regulatorna agencija utvrdi postojanje prekršaja koji su propisani posebnim zakonima, a koji ulaze u njihovu nadležnost, ima obvezu podnijeti optužni prijedlog. Sukladno PZ-u, prekršajni postupak vodi nadležni prekršajni sud, samo na temelju podnesenog optužnog prijedloga ovlaštenog tužitelja (čl. 160. st. 1. PZ-a).

Prema tome, RH se odlučila za sustav u kojemu regulatorne agencije nemaju ovlasti na izricanje sankcija, što se nije promijenilo i nakon stupanja na snagu ZIDPZ-a, već sankcije izriču nadležni prekršajni sudovi. Danas je za sve prekršajne postupke koje pokrenu, podnošenjem optužnog prijedloga, regulatorne agencije nadležan Prekršajni sud u Zagrebu, sukladno čl. 94. st. 5. PZ-a<sup>41</sup>. Može se pojaviti problem određivanja mjesne nadležnosti u

---

<sup>40</sup> Autor ovog rada bio je član Radne skupine.

<sup>41</sup> „Prekršajni sud u Zagrebu je isključivo mjesno nadležan za suđenje u postupcima koje kod suda pokreće ovlaštene tužitelj pravna osoba s javnim ovlastima kojoj je posebnim zakonom utvrđen status neovisnog regulatora.“. Navedena mjera je opravdana. Naime, postupci koje pokreću, svojim optužnim prijedlozima, regulatorne agencije su složeni i specifični te za njihovo rješavanje trebaju posebna znanja. Teško je za očekivati da će takvim znanjima uspješno ovladati svi suci na svim prekršajnim sudovima u RH, posebno kada uzmemo u obzir činjenicu da je za većinu postupaka, po logici stvari ionako nadležan Prekršajni sud u Zagrebu (sjedište većine okrivljenika je u Zagrebu, a sukladno čl. 98. st. 8., ako nije poznato mjesto počinjenja prekršaja, nadležan je sud prebivališta ili boravišta, odnosno sjedišta okrivljenika). Osim toga, ovo neće prouzročiti veće probleme u radu ovog suda, budući je broj optužnih prijedloga koje podnose regulatorne agencije relativno malen. Primjerice, HANFA je u razdoblju od 2006. do 2014. godine podnijela ukupno 420 optužnih prijedloga ili oko 47 godišnje (izvor: Godišnje izvješće za 2014, dostupno na <http://www.hanfa.hr/getfile/42617/Hanfa%20GI%2014.pdf> [22. 10. 2015.]).



slučajevima u kojima bi netko osporavao status „neovisnog regulatora“ ovlaštenom tužitelju koji je nesporno pravna osoba s javnim ovlastima, ali je upitno radi li se o „neovisnom regulatoru“ čiji je upravo takav status uspostavljen posebnim zakonom. Naime, rijetkost je da se u samom zakonu regulatorne agencije definira kao „neovisne regulatore“. Jedini takav primjer je HAKOM koji je Zakonom o elektroničkim komunikacijama definiran kao „nacionalna regulatorna agencija za obavljanje regulatornih i drugih poslova“ (čl. 5. st. 1.). Sve<sup>42</sup> ostale regulatorne agencije definirane su, u pravilu, kao neovisna ili samostalna pravna osoba s javnim ovlastima.<sup>43</sup> Dakako, trebalo bi teleološki, a ne gramatički tumačiti odredbe zakona, pa bi se uvijek moglo zaključiti koje agencije spadaju pod pojam „neovisnog regulatora“, ali ni to neće uvijek biti jednostavno. Sada se, uvjetno govoreći, postigao konsenzus da HANFA, HAKOM, HERA i AZEM jesu regulatorne agencije, ali što je s onima koje će se tek osnovati ili onima čiji će se status mijenjati? Hoćemo li smatrati sve one koji na određeni način reguliraju neko tržište „neovisnim regulatorima“ ili će se morati uspostaviti određeni kriteriji? Na ova pitanja, nažalost, ne mogu dati drugačiji odgovor od onoga kojega sam dao *supra*, odnosno ponoviti da smatram regulatornim agencijama, pa onda i „neovisnim regulatorima“ one agencije koje zadovoljavaju uvjete koje sam *supra* postavio. Konačni odgovor dat će, kao i uvijek, sudska praksa.

#### **4.2.2. Izdavanje prekršajnih naloga**

Sukladno PZ-u, kao posebna odluka o prekršaju može se izdati prekršajni nalog (čl. 228. st. 1.). Prekršajnim se nalogom mogu izreći sve propisane prekršajnoppravne sankcije osim kazne zatvora ili zaštitne mjere (osim zabrane upravljanja motornim vozilom). Ovlaštenici za izdavanje prekršajnog naloga su, između ostalih, „državne agencije osnivač kojih je Hrvatski sabor i Vlada Republike Hrvatske“ (čl. 229. st. 1. t. 3.). Budući je Hrvatski sabor osnivač svih regulatornih agencija koje je osnovao zakonom,

---

<sup>42</sup> Sve one koje smatram regulatornim agencijama. Dakako, oko toga koje regulatorne agencije postoje nema konsenzusa u našoj znanstvenoj i stručnoj javnosti, niti postoji jedinstvena definicija „neovisnih regulatora“, tako da nije odabrana dobar način označavanja regulatornih agencija.

<sup>43</sup> V., primjerice, čl. 3. st. 1. Zakona o Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga, čl. 7. st. 1. Zakona o regulaciji energetske djelatnosti, čl. 66. st. 1. Zakona o elektroničkim medijima, čl. 26. st. 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja.

to su sve one ovlaštenici na izdavanje prekršajnih naloga. One mogu izdati prekršajni nalog ako su utvrdile prekršaj:

1. neposrednim opažanjem ili obavljenim nadzorom njihovih ovlaštenih službenih osoba pri obavljanju inspeksijskog ili drugog nadzora iz njihove nadležnosti, koje su o tome sačinile službenu bilješku ili zapisnik,
2. na temelju vjerodostojne dokumentacije, uključivši i zapisnik o očevidu nadležnog tijela,
3. upotrebom propisanih tehničkih uređaja ili provođenjem odgovarajućih propisanih laboratorijskih analiza i vještačenja.

Na prvi pogled, prekršajni nalog izgleda kao idealno sredstvo za izricanje sankcija, pa bi iz toga proizlazilo da je u RH u primjeni i prvi sustav koji je uređen regulativom EU u kojem regulatorne agencije samostalno izriču sankcije. Međutim, sukladno čl. 235. PZ-a, protiv prekršajnog naloga se može podnijeti prigovor, nakon kojega se vodi prekršajni postupak pred sudom, kao da prekršajnog naloga nije bilo. Prema tome, do donošenja sudske presude izrečeni prekršajni nalog nema pravnog učinka, što nije u skladu sa zahtjevom za ostvarivanjem „učinkovitog sustava sankcija“. Naime, sud tada provodi prekršajni postupak. Nakon otvaranja glavne rasprave, odnosno prije ispitivanja okrivljenika izdani se prekršajni nalog stavlja izvan snage rješenjem protiv kojega nije dopuštena žalba (čl. 238. st. 9. u vezi sa st. 10. istog čl.). Iz navedenog razloga regulatorne agencije rijetko izdaju prekršajne naloge. Relativna iznimka je HAKOM koji je u 2013. godini izdao 8 prekršajnih naloga, a podnio 7 optužnih prijedloga, pa proizlazi da više posežu za prekršajnim nalogima.<sup>44</sup>

#### **4.2.3. *Upravno-kaznene mjere***

U hrvatskom pravnom sustavu jedna se regulatorna agencija izdvaja od svih ostalih prema širini njenih ovlasti. Naime, AZTN ima ovlast, sukladno čl. 60-65. i čl. 70-73. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (dalje u radu: ZZTN), izricanja upravno-kaznenih mjera. Naime, ostale agencije u slučajevima koji u njihovim sektorima odgovaraju povredama radi kojih AZTN može izricati upravno-kaznene mjere moraju podizati optužne prijedloge sukladno PZ-u,

---

<sup>44</sup> Izvor: Izvješće HAKOM-a za 2013. godinu, dostupno na: <http://www.sabor.hr/godisnje-izvjesce-o-raduhrvatske-agencije-za-post> [22. 10. 2015.]

koje rješavaju prekršajni sudovi. U slučaju AZTN-a, agencija započinje i završava postupak, dok sudsku zaštitu protiv rješenja kojim se određuju upravno-kaznene mjere pruža Visoki upravni sud Republike Hrvatske. Jasno je da je, kada gledamo njene ovlasti, AZTN danas najmoćnija regulatorna agencija u RH, budući joj je dana ovlast da supstituira djelovanje prekršajnih sudova.<sup>45</sup>

Geneza ove ovlasti AZTN-a, prema mojem mišljenju, ležala je u nedovoljno visoko postavljenoj granici visine novčanih kazni koje je propisivao PZ, a što sam već istaknuo kao problem pri provođenju usklađivanja našeg zakonodavstva s europskom regulativom. Drugi problem koji se isticao jest česta zastara u prekršajnim postupcima koje su vodili sudovi.<sup>46</sup> Davanjem ovlasti izricanja upravno-kaznenih mjera AZTN-u riješeni su, barem u postupcima koje vodi ova regulatorna agencija, navedeni problemi te se naše uređenje zaštite tržišnog natjecanja uskladilo s europskim. Naime, prema Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003. godine AZTN je imao ovlast provođenja postupka u slučaju sumnje da su određenim postupcima ugroženi interesi tržišnog natjecanja, ali nije imao ovlast izricanja sankcija. Naime, na temelju rješenja AZTN-a kojim je utvrđena povreda odredaba Zakona, on je prekršajnom sudu morao podnijeti zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka (kasnije optužni prijedlog) protiv poduzetnika i odgovorne osobe poduzetnika, a isključivo je prekršajni sud imao ovlast kazniti poduzetnika i odgovornu osobu poduzetnika za teške i ostale povrede zakonskih odredaba. Zastara prekršajnog progona nastupala je nakon tri godine (relativna), odnosno šest godina (apsolutna), a identični rokovi bili su propisani i za zastaru izvršenja prekršajnih sankcija. Sustav je korjenito izmijenjen donošenjem novog ZZTN koji je stupio na snagu 15. listopada 2010. Tim je Zakonom AZTN dobio ovlast samostalnog vođenja postupka i izricanja upravno-kaznenih mjera za zlouporabe tržišta.<sup>47</sup>

Ovlast vođenja postupka imaju radnici stručne službe - diplomirani pravnici s položenim pravosudnim ispitom (čl. 35. st. 3. ZZTN), a odluke donosi Vijeće za zaštitu tržišnog natjecanja. Za vođenje postupka i utvrđivanje postojanja uvjeta za izricanje upravno-kaznene mjere obvezatan je i radni staž u struci od najmanje četiri godine nakon položenog pravosudnog ispita

---

<sup>45</sup> V. u: *Staničić* 2013, 71.

<sup>46</sup> V. i u: *Derenčinović* 2014, 1.

<sup>47</sup> *Ibid*, str. 2.

(čl. 35. st. 4. ZZTN). Na sve postupke koje vodi AZTN primjenjuje se Zakon o općem upravnom postupku<sup>48</sup>.

Na osnovi provedenog postupka, donosi se odluka o upravno-kaznenoj mjeri u maksimalnom iznosu od 10% prihoda poduzetnika ostvarenog u protekloj godini. Iznimno, poduzetniku može biti izrečena i tzv. simbolična upravno-kaznena mjera<sup>49</sup> ako u postupku bude utvrđeno da narušavanje tržišnog natjecanja nije bilo značajno, odnosno da nije imalo značajan negativan učinak na tržištu.

Postupak izricanja upravno-kaznene mjere detaljnije je reguliran dvjema uredbama koje je donijela Vlada. Uredba o kriterijima za izricanje upravno-kaznenih mjera<sup>50</sup> sadržava odredbe koje reguliraju metodologiju izricanja upravno-kaznene mjere, olakotne i otegotne okolnosti i svrhu izricanja mjere, dok su Uredbom o kriterijima za oslobođenje ili umanjjenje upravno-kaznene mjere<sup>51</sup> propisani uvjeti pod kojima AZTN može poduzetnika osloboditi od upravno-kaznene mjere ili mu je umanjiti.

Odluke o izricanju upravno-kaznenih mjera AZTN objavljuje na svojim mrežnim stranicama<sup>52</sup>, a temeljem čl. 59. st. 3. ZZTN-a.

Iz navedenog je vidljivo da sustav upravno-kaznenih mjera zadovoljava gotovo sve zahtjeve europske pravne stečevine glede ostvarivanja učinkovitog sustava sankcija:

1. regulatorna agencija ima ovlast izricanja sankcija
2. visina sankcija koje se mogu izreći odgovara zahtjevima europske regulative
3. osigurana je javna objava izrečenih sankcija, i to prije njihove pravomoćnosti.

---

<sup>48</sup> NN 47/09.

<sup>49</sup> V., primjerice, rješenje AZTN-a klasa: UP/I 034-03/13-01/047 urbroj: 580-09/74-2015-164 od 17. ožujka 2015. kojim je, t. V., izrečena simbolička upravno-kaznena mjera Hrvatskoj gospodarskoj komori u iznosu od 100.000,00 kuna (NN 58/15), rješenje AZTN-a klasa: UP/I 034-03/2013-01/018, urbroj: 580-09/64-2014-039 od 23. listopada 2014. kojim je Carlsberg Croatia d.o.o. izrečena simbolička upravno-kaznena mjera u iznosu od 500.000,00 kuna (NN 142/14), rješenje AZTN-a klasa: UP/I 034-03/2013-01/015, urbroj: 580-04/64-2014-033 od 30. srpnja 2014. kojim je Dukat d.d. izrečena simbolička upravno-kaznena mjera u iznosu od 800.000,00 kuna (t. III.), a Konzum d.d. (t. IV.) izrečena simbolička upravno-kaznena mjera u iznosu od 600.000,00 kuna (NN 106/14).

<sup>50</sup> NN 129/10 i 23/15.

<sup>51</sup> NN 129/10.

<sup>52</sup> [www.aztn.hr](http://www.aztn.hr)

Jedini zahtjev koji nije zadovoljen predstavlja nemogućnost da AZTN izrekne trajnu mjeru zabrane obavljanja određene djelatnosti, budući su upravno-kaznene mjere kako ih je uredio ZZTN isključivo novčane prirode.

## **5. KVALITETE I MANE POSTOJEĆIH SUSTAVA USPOSTAVLJANJA UČINKOVITOG SUSTAVA SANKCIJA U HRVATSKOM PRAVU – POSTOJI LI NEKI DRUGI PUT?**

U ovom dijelu rada cilj mi je analizirati slabosti i mane postojećih sustava unutar kojih su uređene ovlasti regulatornih agencija glede uspostavljanja učinkovitog sustava sankcija u našem pravu te dati odgovor na pitanje jesu li oni jedino rješenje. Odnosno, može li RH uspostaviti neki drugi sustav koji bi na kvalitetniji, ustavnopravno neupitan način, uredio učinkovit sustav sankcija.

### **5.1. Kvalitete i mane postojećih sustava uspostavljanja učinkovitog sustava sankcija**

Kada promotrimo naše zakonodavno uređenje, vidljivo je da postoji dihotomija<sup>53</sup> u uređenju ovlasti regulatornih agencija pri sankcioniranju povreda koje se utvrde u sektorima koje one nadziru. Većina regulatornih agencija ima položaj ovlaštenog tužitelja u prekršajnom postupku, što znači da imaju ovlast, ukoliko utvrde povredu regulative, podnijeti optužni prijedlog pred sada jedino mjesno nadležnim Prekršajnim sudom u Zagrebu. U tom slučaju sud vodi prekršajni postupak sukladno odredbama PZ-a i izriče kaznu u okvirima koje su propisane PZ-om. S druge strane, ZZTN je uspostavio sustav u kojemu AZTN izriče upravno-kaznene mjere.

#### **5.1.1. Sustav sankcija uspostavljen Prekršajnim zakonom**

Kada promotrimo opseg sankcija koje sud može sukladno PZ-u izreći, jasno je da su one danas, nakon stupanja na snagu ZIDPZ-a, usklađene sa zahtjevima europske regulative. Naime, PZ je omogućio da se posebnim zakonima<sup>54</sup> za najteže prekršaje iz čl. 33. st. 7. PZ-a<sup>55</sup> može propisati i izreći

---

<sup>53</sup> Tako i *Derenčinović* 2014, 3.

<sup>54</sup> Onima koji uređuju pojedine sektore. Primjerice, Zakon o elektroničkim komunikacijama, Zakon o tržištu kapitala (NN 88/08, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15 i 110/15), Zakon o energiji (NN 120/12, 14/14, 95/15 i 102/15), Zakon o otvorenim investicijskim fondovima s javnom ponudom (NN 16/13 i 143/14) itd.

novčana kazna poduzetniku<sup>56</sup> u postotku od 1% do 10% njegovog ukupnog prihoda, ostvarenog u godini počinjenja prekršaja, a koji je utvrđen službenim financijskim izvješćima za tu godinu. Ako izvješća za tu godinu nema, za osnovicu izricanja kazne uzet će se posljednja dostupna službena godišnja financijska izvješća. Posebnim zakonom može se propisati što čini ukupan prihod poduzetnika (čl. 33. st. 9. PZ-a).

Dodatno, te kazne mogu biti i više. Naime, ukoliko se utvrdi da je poduzetnik prekršajem ostvario korist ili spriječio gubitak, može mu se izreći novčana kazna u visini dvostruko utvrđenog iznosa ostvarene koristi odnosno spriječenog iznosa gubitka, ako je taj iznos veći od propisanog maksimuma kazne u postotku (1%-10%).

Kao posebno oštru kaznu ističem mogućnost propisivanja, posebnim zakonom, novčane kazne u iznosu do 40.000.000,00 kuna za odgovornu osobu u pravnoj osobi i/ili za drugu fizičku osobu za prekršaj iz čl. 33. st. 7. PZ-a za koji je ovlaštenu tužitelj pravna osoba s javnim ovlastima kojoj je posebnim zakonom utvrđen status neovisnog regulatora. Treba naglasiti da i za fizičke osobe (bilo odgovornu osobu u pravnoj osobi ili drugu fizičku osobu) vrijedi mogućnost izricanja novčane kazne i više od ovog iznosa ako je ostvarena korist ili spriječen gubitak u iznosu većem od propisanog.

Sud ima ovlast, opet nakon stupanja na snagu ZIDPZ-a, izreći i trajnu mjeru zabrane obavljanja zvanja, određenih djelatnosti, poslova ili dužnosti fizičkoj osobi, za prekršaje iz čl. 33. st. 7. PZ-a za koje je ovlaštenu tužitelj pravna osoba s javnim ovlastima kojoj je posebnim zakonom utvrđen status neovisnog regulatora (čl. 54. st. 7. PZ-a).

Zakonom je propisano da se posebnim zakonom može propisati ovlast ovlaštenog tužitelja pravne osobe s javnim ovlastima kojoj je posebnim

---

<sup>55</sup> „Za najteže prekršaje propisane zakonom u području ugrožavanja prirodnih bogatstava, okoliša i očuvanja prirode, sigurnosti i zdravlja na radu, rada i zapošljavanja na crno, socijalne sigurnosti, poreza, carine i financija, telekomunikacija (elektroničkih komunikacija), ugrožavanja tržišnog natjecanja, državnih robnih pričuva, biološke raznolikosti te unošenja u okoliš i stavljanja na tržište genetski modificiranih organizama ili proizvoda od njih te u području graditeljstva neispunjavanje bitnih zahtjeva za građevinu može se propisati i izreći novčana kazna u visini najviše do dvostrukih općih maksimuma propisanih stavcima 1. do 3. ovoga članka, a za prekršaj u području ugrožavanja prirodnih bogatstava, okoliša i očuvanja prirode iznimno je moguće propisati i izreći novčanu kaznu do 1.000.000,00 kuna okrivljeniku fizičkoj osobi.“

<sup>56</sup> Sukladno PZ-u, poduzetnik je svaka pravna ili fizička osoba koja se bavi gospodarskom djelatnošću, bez obzira na pravni status i način na koji se financira (čl. 33.a st. 3.).

zakonom utvrđen status neovisnog regulatora na objavu nepravomoćne odluke o prekršaju po njenom primitku na svojoj mrežnoj stranici. U tom slučaju dužan je objaviti i podnesene redovite pravne lijekove protiv odluke i ishod postupka po pravnim lijekovima. U pravilu se odluke neće anonimizirati, osim kada je to posebnim zakonom izričito propisano.

Ukoliko sagledamo sve navedeno, vidimo da je u sustavu prekršajnog prava, uvjetno rečeno, uspostavljen „učinkovit sustav sankcija“ koji zadovoljava sve uvjete koje je pred RH postavila europska pravna regulativa. Sudovi imaju ovlast izricanja vrlo visokih novčanih kazni, kao i trajnih mjera zabrane obavljanja djelatnosti, odluke o kaznama mogu se, i prije pravomoćnosti, objaviti na mrežnim stranicama regulatornih agencija. Prema tome, zaključak koji se može izvesti jest da naš prekršajni sustav zadovoljava sve zahtjeve i da je naše zakonodavstvo danas usklađeno s *acquisem*.

Naravno, ovaj sustav ima svoje mane. Naime, velika boljka koja se u praksi pokazala tiče se relativno velikog broja zastara u prekršajnom postupku. Kada sagledamo statistiku dviju regulatornih agencija koje podnose najveći broj optužnih prijedloga, HANFA-e i HAKOM-a, vidimo da je taj broj uistinu vrlo visok. Tako, kod HANFA-e, vidimo da je u razdoblju od 2006. do 2014. godine ova regulatorna agencija podnijela ukupno 420 optužnih prijedloga. Od podnesenih 420 optužnih prijedloga njih 102 završilo je pravomoćnom odlukom ili njih 24,2%. 40 postupaka je obustavljeno, a do zastare je nastupilo u njih 175. Prema tome u čak 41,7% prekršajnih postupaka koje je inicirala HANFA došlo je do zastare, a u gotovo 10% je postupak obustavljen, bilo zato što je HANFA odustala od optužnog prijedloga, bilo zato što „nije bilo pravnog kontinuiteta između optužnog akta i kasnije izmjene zakona, ili je HANFA povukla optužni akt ili zato što je sud odbacio optužni akt“.<sup>57</sup> Prema tome, u preko 50% prekršajnih postupaka koje je pokrenula HANFA nije došlo do osuđujuće pravomoćne presude. Mišljenja sam da je podatak da samo četvrtina postupaka koje

---

<sup>57</sup> Izvor: Godišnje izvješće HANFA-e za 2014. godinu, dostupno na: <http://www.hanfa.hr/getfile/42617/Hanfa%20GI%2014.pdf> [22. 10. 2015.]

Prema podacima koji su bili dostupni autoru kao članu Radne skupine za izradu ZIDPZ-a, aktualno stanje je sljedeće: od 436 podnijetih optužnih prijedloga do 2015., njih 114, odnosno 26,2% je završilo osuđujućom pravomoćnom presudom, a njih 186 je završilo u zastari, odnosno njih 42,6%, a u 39 slučajeva je došlo do obustave postupka, odnosno u njih 9%. U tijeku je još 97 prekršajnih postupaka.

pokreće HANFA pred prekršajnim sudovima završi pravomoćnom osuđujućom presudom porazan i govori o (ne)kvaliteti sustava. Od sedamdesetak pokrenutih prekršajnih postupaka koje je inicirao HAKOM, do kraja 2013. godine bilo je pravomoćno njih 26 (uključujući i prekršajne naloge)<sup>58</sup>, što znači da je pravomoćno okončano niti 37% započetih postupaka.

Iz navedenoga jasno proizlazi da je najveća boljka sustava u kojemu je „učinkoviti sustav sankcija“ uspostavljen u prekršajnom pravu relativna dugotrajnost postupaka koja prouzrokuje česte zastare. Ovakva situacija demotivira regulatorne agencije u pokretanju prekršajnih postupaka, ali zasigurno i ohrabruje potencijalne kršitelje pravila kada mogu pretpostaviti da postoji preko 50% šanse da neće biti kažnjeni. Zbog toga smatram da možemo reći da je na ovaj način uspostavljen uvjetno učinkovit sustav sankcija. Naime, europska regulativa, kako sam već naveo, traži da sustav sankcija bude učinkovit, razmjernan i odvratajući. Smatram da se, zbog velikog broja zastara do kojih dolazi, teško može tvrditi da je sustav koji je uspostavljen PZ-om učinkovit ili odvratajući.

### **5.1.2. Sustav sankcija uspostavljen Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja**

Naveo sam da u našem pravu glede uređenju ovlasti regulatornih agencija pri sankcioniranju povreda koje se utvrde u sektorima koje one nadziru postoji dihotomija. Naime, uz opisani, postoji i drugi sustav u kojem se također uspostavlja „učinkovit sustav sankcija“, a koji je propisan ZZTN-om kojim je uspostavljen sustav upravno-kaznenih mjera. Kako sam pokazao *supra*, jedina vidljiva mana tog sustava jest nepostojanje mogućnosti da AZTN samostalno izrekne zaštitnu mjeru trajne zabrane obavljanja djelatnosti.<sup>59</sup> Ipak, potrebno se upitati je li tome baš tako. Naime, u hrvatskoj pravnoj teoriji se glede regulatornih agencija pojavljuje kao sporno i pitanje dopustivosti njihovog postojanja u hrvatskom ustavnopravnom sustavu.<sup>60</sup> Neki autori smatraju da se njihovo postojanje može „braniti“ pozivanjem na čl. 117. st. 1. Ustava koji propisuje da se

---

<sup>58</sup> Izvor: radni materijali s Radne skupine za izradu ZIDPZ-a.

<sup>59</sup> Zanimljivo bi bilo vidjeti kako bi Prekršajni sud u Zagrebu reagirao kada bi AZTN, temeljem izrečene upravno kaznene mjere, zatražio da se kažnjenoj osobi izrekne i mjera trajne zabrane obavljanja djelatnosti.

<sup>60</sup> *Staničić* 2013, 71 i 72.



„određeni poslovi državne uprave mogu (se) zakonom povjeriti tijelima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnim osobama koje imaju javne ovlasti“. Osim toga, Ustav na više mjesta govori o „pravnim osobama s javnim ovlastima“ koje donose pojedinačne akte<sup>61</sup> i opće akte (propise)<sup>62</sup>. Budući da je jasno da su sve RA pravne osobe s javnim ovlastima, onda se na taj način „pravda“ i njihovo postojanje.<sup>63</sup> Tako *Koprić* ističe: „S ustavnopravnog aspekta, regulatorne agencije moglo bi se svrstati upravo u tu kategoriju tijela s javnim ovlastima. Među ovlastima koje se mogu dodijeliti su i ovlasti donošenja propisa (regulatorne ovlasti).“<sup>64</sup>.

Međutim, drugi autori smatraju da postojanje RA odstupa od ustavnog i pravnog poretka RH. Tako *Smerdel* ističe: „Neovisni regulatori s ustavnopravnog stajališta predstavljaju inovaciju koja zadire u temeljna načela državnog ustrojstva i zakonodavne djelatnosti. Istodobno, oni s upravnog stajališta pokazuju značajna odstupanja od očekivanih učinaka i ne uklapaju se u ustavni i pravni poredak. Objedinjavanjem u jednom tijelu regulatorne, egzekutivne, upravne i sudbene funkcije, reinterpreтираju se temeljna ustavna načela i vrijednosti, na prvom mjestu načelo diobe vlasti. Za svoje usluge agencije ‘neovisno’ određuju tarife za korisnike koji su obvezni koristiti njihove usluge, koje nadziru i mogu kažnjavati. Ustav nigdje ne dopušta tako široku delegaciju ovlasti. Pitanje odgovornosti nije teoretske naravi jer o tomu bitno zavisi zaštita prava osoba, pravnih i fizičkih, o kojima odlučuju neovisni regulatori.“<sup>65</sup> Dodatno, isti autor navodi i sljedeće: „Šest godina kasnije, tijekom kojih je uslijedio daljnji nečuveni rast broja agencija, možemo samo jedino ponovno upozoriti: na ovom su području trajno zanemarena i prekršena sva pravila racionalnog upravnog ustroja, kao i ustavna načela nadzora i odgovornosti nositelja javnih ovlasti, te ustavno pravo na djelotvornu sudsku zaštitu ustavnom zajamčenih prava.“<sup>66</sup> *Smerdel* dvoji o ustavnosti delegacije zakonodavnih, izvršnih i sudskih ovlasti regulatornim tijelima, smatrajući da se odredba čl. 88.

---

<sup>61</sup> Čl. 19. st. 1. i. 2. Ustava.

<sup>62</sup> Čl. 90. st. 2. Ustava.

<sup>63</sup> *Bilić et al* 2011, 247.

<sup>64</sup> *Koprić* 2007, 1. Ipak, *Koprić* navodi i da „takva mogućnost, međutim, nije neupitna s gledišta ustavnog načela diobe vlasti.“. v. u; ibid.

<sup>65</sup> *Smerdel* 2012, 3.

<sup>66</sup> *Smerdel* 2012a, 11-24.

Ustava o delegaciji zakonodavnih ovlasti Vladi Republike Hrvatske ne može toliko široko tumačiti.<sup>67</sup>

Prema tome, u našoj pravnoj teoriji postoji dvojba je li i samo postojanje regulatornih agencija ustavnopravno dopustivo. Iako naš ustavnopravni okvir ne poznaje regulatorne agencije, smatram da se, posebno zbog modela<sup>68</sup> koji je dijelom ipak stvoren, može reći da njihovo postojanje nije ustavnopravno dvojbeno i da naš Ustav dozvoljava njihovo ustrojavanje i djelovanje.

Međutim, davanje ovlasti izricanja upravno-kaznenih mjera približava naše regulatorne agencije onima američkima. Kada promotrimo ovlasti AZTN-a prema ZZTN-u, vidimo kako su one iznimno široke. Primjerice, sukladno čl. 42. ZZTN-a, AZTN ima ovlast nenajavljenih pretraga poslovnih i drugih prostorija, zemljišta i prijevoznih sredstava, pečaćenje i privremeno oduzimanje predmeta. Sukladno ZZTN-u, Visoki upravni sud Republike Hrvatske daje ATZN-u nalog za provedbu ovih ovlasti.<sup>69</sup> Neki autori smatraju da ZZTN ne osigurava određena procesna prava koja se moraju, u takvim postupcima, jamčiti.<sup>70</sup> Osim toga, s aspekta načela *ne bis in idem* problematična je i odredba čl. 65. st. 5. ZZTN/09 prema kojoj »izricanje upravno-kaznene mjere ... nije od utjecaja na kaznenu odgovornost osobe

---

<sup>67</sup> Smerdel 2006, str. 2.

<sup>68</sup> O hrvatskom modelu regulatornih agencija v. u: Staničić 2013, 67-71.

<sup>69</sup> „Visoki upravni sud Republike Hrvatske dužan je:

1. u roku od dva dana od dana zaprimanja zahtjeva Agencije iz stavka 1. ovoga članka, odlučiti o davanju naloga za provedbu nenajavljene pretrage, a

2. nalog o nenajavljenoj pretrazi mora sadržavati:

– oznaku predmeta nenajavljene pretrage iz stavka 1. ovoga članka te članka 44. ovoga Zakona,

– pravni temelj za provedbu nenajavljene pretrage,

– ovlaštene osobe iz Agencije i druge ovlaštene osobe koje će provesti pretragu,

– rok za provedbu nenajavljene pretrage.“ – čl. 42. st. 2. i 3.

<sup>70</sup> Valja se, stoga, zapitati je li naš zakonodavac prilikom donošenja ZZTN/09 vodio računa o tim jamstvima? Već i sasvim načelni uvid u ZZTN/09 sugerira negativan odgovor na to pitanje. Ponajprije, ZZTN/09 poduzetnika protiv kojeg se vodi postupak izricanja upravno-kaznene mjere, ZZTN/09 naziva »strankom«, a ne »osumnjichenikom, okrivljenikom ili optuženikom « kojima su zajamčena brojna ustavna prava (prema čl. 29. Ustava - pravo na branitelja, tzv. konfrontacijsko pravo, pravo da u najkraćem roku bude obaviješten potanko i na jeziku koji razumije o prirodi i razlozima optužbe koja se diže protiv njega i o dokazima koji ga terete, pravo da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu obrane itd.). Uporaba takve terminologije dovodi u pitanje mogućnost ostvarivanja spomenutih procesnih garancija, *provedbu akuzatornog modela postupka i jednakost oružja.*“ V. u: Derenčinović 2014, 3.

kojoj je ta mjera izrečena«. S obzirom na kazneni karakter upravno-kaznene mjere, zakonodavac je propisivanjem ove odredbe doveo u pitanje poštovanje načela *ne bis in idem* zbog čega je Republika Hrvatska u nekoliko navrata proglašena odgovornom od strane ESLJP-a (v. predmete Maresti i Tomasović).<sup>71</sup> Dakle, u svim postupcima koje provodi AZTN moraju se zaštititi i prava stranke, odnosno njihovo pravo na obranu<sup>72</sup>, što je potvrdio i Sud pravde<sup>73</sup>.

U svjetlu svega navedenoga, proširivanje ove ovlasti ne bi bilo ustavnopravno dopustivo jer predstavlja nedopuštenu „fuziju“ ovlasti. Smatram da niti jedna regulatorna agencija u hrvatskom pravu ne može imati navedenu ovlast, a da to ne predstavlja kršenje Ustava. Jasno je da imanje takve ovlasti jača položaj RA kojoj je ona dana, ali ta činjenica ne opravdava kršenje Ustava, odnosno njegovog čl. 4.<sup>74</sup> Sličan je stav zauzeo i zakonodavac u obrazloženju Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Prekršajnog zakona u kojemu se navodi: „S obzirom da je prevladavajuće mišljenje da ukupan pravni koncept u kojemu bi se administrativno-kaznene sankcije propisivale i izricale od strane neovisnih regulatornih agencija nije u potpunosti u suglasju s Ustavom Republike Hrvatske, jer ima elemente donošenja općih pravila što kao ovlast pripada isključivo zakonodavnoj vlasti i elemente sankcioniranja što kao ovlast pripada isključivo sudskoj vlasti, rješenje ovog pitanja treba pokušati iznaći kroz dopune i izmjene Prekršajnog zakona.“

Kada pogledamo ustavnosudsku praksu, nije jednostavno zaključiti što bi Ustavni sud Republike Hrvatske odlučio u slučaju da mu se postavi pitanje sukladnosti odredaba ZZTN-a s Ustavom. U odluci U-I -2414/2011<sup>75</sup> od 7. studenog 2012., Ustavni je sud zaključio da zakonodavac nije, donoseći Zakon o sprječavanju sukoba interesa<sup>76</sup> granicu između administrativnog (preventivnog) i kaznenog povukao na ustavnopravno prihvatljiv način. Radilo se o ovlastima Povjerenstva za sprječavanje sukoba interesa na

---

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> *Moor-van Vugt, A de* 2012, 19. Detaljno o praksi Suda pravde o pravu na obranu v. u: *ibid*, 20-25.

<sup>73</sup> C-28/05 Dokter [2006] ECR I-5431.

<sup>74</sup> *Staničić* 2013, 72.

<sup>75</sup> NN 126/12.

<sup>76</sup> NN 26/11 i 12/12.

izricanje i objavu sankcija koje je Ustavni sud ocijenio<sup>77</sup> ustavnopravno neprihvatljivima. Povlačeći paralelu, dalo bi se zaključiti da bi se isto moglo primijeniti i na ZZTN.<sup>78</sup> Dodatni razlog zbog kojega smatram da se u sustavu upravno-kaznenih mjera radi o sustavu koji ne zadovoljava zahtjeve čl. 6. Europske konvencije jest činjenica da, sukladno praksi Europskog suda za ljudska prava spor mora riješiti, među ostalim, sud pune jurisdikcije. Ovo znači da sud mora imati mogućnost utvrđivanja činjenica, kao i

---

<sup>77</sup> „Svrha je mjera koje propisuje Zakon o sprječavanju sukoba interesa (u daljnjem tekstu: ZoSSI) pravodobno sprječavanje predvidljivog odnosno potencijalnog sukoba interesa odnosno djelotvorno rješavanje već postojećeg ili novonastalog sukoba. Svrha sankcija koje propisuje ZoSSI, prema tome, nije kažnjavanje dužnosnika zato što se zatekao u sukobu interesa. Njihova je svrha kažnjavanje onih koji se ne pridržavaju zakonskih obveza propisanih ZoSSI-jem. Ta je pravna distinkcija iznimno važna za pravilno razumijevanje instituta sukoba interesa. Drugačije rečeno, područje koje uređuje ZoSSI pripada upravnom pravu. Prema domaćoj klasifikaciji, riječ je o administrativnim mjerama i administrativnim kaznama zbog povreda odredaba ZoSSI-ja. Mjere protiv dužnosnika koji krše odredbe ZoSSI-ja ne smiju biti zasnovane na pretpostavci da se utvrđivanjem povrede ZoSSI-ja zapravo utvrđuje postojanje samog sukoba interesa s koruptivnim obilježjima ili pak postojanje samog djela korupcije. To je granica koja mora biti jasno povučena. Na toj granici prestaje djelovanje ZoSSI-ja i njime ustanovljenog nadzornog tijela (Povjerenstva) te započinje djelovanje kaznenog zakonodavstva i njime ustanovljenih tijela kaznenog progona. Drugačije rečeno, Povjerenstvo osnovano ZoSSI-jem pripada skupini tzv. preventivnih antikorupcijskih tijela kojima je zadaća provođenje politike "koja promiče sudjelovanje društva i odražava načela vladavine prava, pravilnog upravljanja javnim poslovima i javnom imovinom, čestitost, transparentnost i odgovornost" i, kad je to primjereno, nadgledanje i usklađivanje provedbe te politike te povećanje i širenje spoznaja o sprječavanju korupcije" (članci 5. i 6. KpK/05).“.

<sup>78</sup> Međutim, kada pogledamo odluku U-I-2393/2007 od 18. lipnja 2014. (dostupno na: <http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Praksa/C12570D30061CE54C1257CFB0038A5A9?OpenDocument> [28. 10. 2015.]), vidimo da je Ustavni sud zauzeo i djelomično suprotno stajalište. Naime, u citiranoj odluci Ustavni sud navodi: „S obzirom da u Republici Hrvatskoj sustav sudske zaštite protiv odluka donesenih u stegovnim odnosno disciplinskim postupcima koji se protiv državnih službenika vode pred tijelima sigurnosno-obavještajnih agencija uključuje i upravnosudsku i ustavnosudsku zaštitu, ne postoje ustavnopravno relevantni razlozi zbog kojih bi odredbe članka 89. stavaka 2., 3. i 4. ZSOS-a trebale biti na apstraktnoj razini a priori ocijenjene nesuglasnima s člankom 29. stavkom 1. Ustava odnosno s člankom 6. stavkom 1. Konvencije u dijelu koji se tiče jamstava neovisnosti i nepristranosti.“.

Ako uzmemo u obzir da se protiv rješenja kojim AZTN izrekne upravno-kaznene mjere može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom RH, onda bi se, moguće, moglo zaključiti da sustav upravno-kaznenih mjera nije protivan odredbama Ustava RH.

Međutim, zbog uređenja postupka prema ZZTN-u, koji ne jamči niz procesnih prava kao što ih jamči PZ, ipak smatram kako je takvo uređenje nesukladno s Ustavom. Ne smatram, a priori, kako regulatorne agencije ne bi trebale imati ovlasti neposrednog izricanja sankcija, ali uz poštivanje prava stranaka u takvim postupcima.

provjere primjene prava. Posebno u slučaju kaznenih djela i kažnjavanja sud mora imati puno pravo utvrditi činjenice.<sup>79</sup>

Sukladno čl. 68. ZZTN-a, Visoki upravni sud, kada rješava upravni spor pokrenut protiv rješenja kojim su izrečene upravno-kaznene mjere, u pravilu mora raspravljati i odlučivati na temelju činjenica koje su iznesene u postupku (st. 1.). Prema tome, ugrožena je mogućnost suda da utvrđuje činjenično stanje, što je protivno čl. 6. Konvencije.

Dodatno, potrebno je još jednom naglasiti dvojbu koja „visi u zraku“, a tiče se pitanja hoće li se Europski sud za ljudska prava i Sud pravde usuglasiti da određene EU upravne (administrativne) sankcije nisu, prema svojoj pravnoj prirodi, zapravo kaznene sankcije.<sup>80</sup> Naime, Sud pravde vidi ove sankcije kao sankcije ispravljajuće prirode, ne kaznene, iako postoje elementi zastrašivanja i preventivnog djelovanja, a zasigurno i element stigme.<sup>81</sup> Ako je tome tako, onda određeni prigovori koje sam izložio nisu od velikog značenja, ali pitanje je hoće li se s takvim stavom složiti Europski sud za ljudska prava. Ako pogledamo njegovu dosadašnju praksu, smatram da je odgovor negativan. Naime, u odluci *Menarini*<sup>82</sup> je Europski sud za ljudska prava našao da su kazne u polju tržišnog natjecanja koje u Italiji izriče upravno tijelo i koje su i prema talijanskom pravu, ali i prema pravu EU upravne (administrativne) prirode zapravo kaznene prirode, što znači da i u upravnoj fazi postupka mora postojati jednakost oružja.<sup>83</sup>

## **5.2. Prijedlog novog sustava uspostavljanja učinkovitog sustava sankcija**

Stupanjem na snagu ZIDPZ-a može se reći da je naš sustav sankcija u polju nadležnosti regulatornih agencija usklađen sa zahtjevima europske pravne stečevine. Međutim, kako sam pokazao, taj sustav nije lišen određenih nedostataka, zbog kojih je, prema mojem mišljenju, upitno je li na taj način uspostavljen „učinkovit, razmjern i odvrćajući“ sustav sankcija. S druge strane, imamo sustav upravno-kaznenih mjera koje izriče AZTN. Mogli bismo reći kako je taj sustav nesumnjivo učinkovit i odvrćajući te da bi

---

<sup>79</sup> *Moor-van Vugt, A de* 2012, 32. i 33.

<sup>80</sup> *Ibid*, 40.

<sup>81</sup> *Ibid*.

<sup>82</sup> *Menarini Diagnostics S.R.L. vs. Italy*, tužba 43509/08 (2011).

<sup>83</sup> V. u: *Goisis* 2013.

pravo na izricanje upravno-kaznenih mjera trebali proširiti na sve regulatorne agencije, uz davanje prava na izricanje trajne mjere zabrane obavljanja djelatnosti. Na taj način uspostavio bi se „učinkovit sustav sankcija“. Ako pogledamo države članice EU, njih 22<sup>84</sup> imaju ovlast samostalnog izricanja „administrativnih sankcija“, dok je u šest<sup>85</sup> država članica to riješeno u prekršajnom pravu. Moglo bi se, dakle, reći da je sustav upravno-kaznenih mjera prevladavajući u EU, pa da bi ga se, shodno tome, trebalo primijeniti i u RH. Odnosno, da se uređenje iz ZZTN-a treba preslikati i na ostale regulatorne agencije. Međutim, kako sam već istaknuo, smatram da se takvo uređenje, naglašavam, kako je propisano ZZTN-om, ne može smatrati sukladno s Ustavom i nisam za njegovo daljnje širenje. Naime, sustav upravno-kaznenih mjera nedvojbeno je učinkovit i odvraćajući, ali je li razmjeran? Smatram da iz svega *supra* navedenog (neosiguravanje procesnih prava, moguća povreda načela *ne bis in idem*) proizlazi kako takav sustav nije razmjeran, pa ga ne treba niti primjenjivati. Prema tome, smatram da se učinkovit sustav može uspostaviti unutar prekršajnog prava, ali uz jednu bitnu izmjenu. Naime, kada pogledamo države članice EU koje su se odlučile na uspostavljanje „učinkovitog sustava sankcija“ u okviru prekršajnog prava (spomenutih šest), samo se, uz RH, Danska odlučila na sustav u kojemu su regulatorne agencije ovlašteni tužitelji. Ostale su se četiri države članice odlučile za sustav u kojemu regulatorne agencije djeluju kao tijelo u prvom stupnju u prekršajnom postupku. Odnosno, regulatorne agencije vode prekršajni postupak u prvom stupnju, a protiv njihove odluke dopuštena je žalba višem prekršajnom sudu. Mišljenja sam kako bi navedeni sustav bio najbolji i za RH. Uporište za uvođenje ovog sustava već postoji u PZ-u. Naime, sukladno čl. 96. PZ-a, tijela državne uprave mogu biti nadležna za odlučivanje o prekršajima u prvom stupnju kada je to propisano posebnim zakonom<sup>86</sup> kada o prekršaju,

---

<sup>84</sup> Austrija, Belgija, Cipar, Češka, Finska, Francuska, Grčka, Italija, Irska, Latvija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Nizozemska, Njemačka, Poljska, Portugal, Rumunjska, Slovačka, Španjolska, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo.

<sup>85</sup> Slovenija, Litva, Republika Hrvatska, Estonija, Bugarska i Danska.

<sup>86</sup> Primjerice, tako je propisano Zakonom o financijskom inspektoratu Republike Hrvatske (NN 85/08, 55/11 i 25/12): „Uz poslove inspeksijskog nadzora, Financijski inspektorat vodi prekršajni postupak u prvom stupnju kad je to ovim Zakonom određeno, sukladno odredbama ovoga Zakona i ovlastima koje ima na temelju Prekršajnog zakona.“ – čl. 1. st. 3.

sukladno čl. 143. st. 3. donose rješenje o prekršaju kojim obustavlja prekršajni postupak ili okrivljenika proglašava krivim (čl. 190. st. 1. PZ-a). Prema tome, bilo bi potrebno izmijeniti PZ na način da se u odgovarajućim odredbama nakon „tijela državne uprave“ doda i sintagma „i pravna osoba s javnim ovlastima kojoj je posebnim zakonom utvrđen status neovisnog regulatora“<sup>87</sup>, na taj način ovlašćujući zakonodavca da u posebnom zakonu ovlasti regulatornu agenciju na vođenje prvostupanjskog prekršajnog postupka.

Prilikom odlučivanja o tome koje regulatorne agencije ovlastiti na vođenje prekršajnog postupka nužno je voditi računa o objektivnim mogućnostima. Tako, primjerice, da bi regulatorna agencija mogla donijeti odluku, osobe koje vode postupak moraju biti osobe koje su završile pravni dodiplomski (dipl. iur.) ili integrirani pravni studij (mag. iur.) s položenim pravosudnim ispitom. Bilo bi poželjno da se propiše, kao što je propisano čl. 35. st. 4. ZZTN-a, da osobe koje vode postupak moraju imati četiri godine radnog staža u struci nakon položenog pravosudnog ispita.

---

<sup>87</sup> Tako bi, primjerice, sljedeće odredbe trebale glasiti ovako:

čl. 96. PZ-a: Tijela državne uprave i pravne osobe s javnim ovlastima kojima je posebnim zakonom utvrđen status neovisnog regulatora nadležni su:

1. odlučivati u prvom stupnju o prekršajima kada je to propisano posebnim zakonom,

2. odlučivati o zahtjevima za obnovu prekršajnog postupka:

a) u predmetima iz svoje nadležnosti; te

b) protiv pravomoćnih prekršajnih naloga u predmetima za koje je za vođenje prekršajnog postupka predviđeno prvostupanjsko odlučivanje tijela državne uprave.

3. obavljati i druge poslove propisane zakonom.“

čl. 187. PZ-a: „Tijela državne uprave i pravne osobe s javnim ovlastima kojima je posebnim zakonom utvrđen status neovisnog regulatora stvarno nadležni za vođenje prekršajnog postupka vode postupak prema postupovnim odredbama ovoga Zakona koje se odnose na prekršajne sudove, osim ako odredbama ove glave nije nešto drukčije propisano.“

čl. 188. PZ-a: „Tijela državne uprave i pravne osobe s javnim ovlastima kojima je posebnim zakonom utvrđen status neovisnog regulatora vode prekršajni postupak po službenoj dužnosti ili na temelju optužnog prijedloga ovlaštenog tužitelja.“

čl. 189. st. 1. PZ-a: „U tijelu državne uprave prekršajni postupak provodi, odluku o prekršaju i druge odluke donosi voditelj postupka pojedinac, osim ako zakonom nije određeno da postupak provodi vijeće, a u pravnim osobama s javnim ovlastima kojima je posebnim zakonom utvrđen status neovisnog regulatora prekršajni postupak provodi vijeće od tri člana dok odluku o prekršaju i druge odluke donosi čelnik.“

čl. 189. st. 4. PZ-a: Imenovanje iz stavka 3. ovog članka obavlja se prema ustrojstvenom zakonu za nadležno tijelo državne uprave, koje vodi prekršajni postupak, odnosno odlukom čelnika pravne osobe s javnim ovlastima kojima je posebnim zakonom utvrđen status neovisnog regulatora koja vodi prekršajni postupak.“

Poseban problem može se javiti zbog činjenice da je čelnik regulatorne agencije kolegijalno tijelo (u pravilu sastavljeno od pet članova). Osoba koja bi, temeljem postupka kojega bi provelo vijeće imenovano prema *supra* navedenim pravilima, potpisala odluku u ime kolegijalnog tijela morala bi, također, biti osoba koja je završila pravni dodiplomski (dipl. iur.) ili integrirani pravni studij (mag. iur.) s položenim pravosudnim ispitom. Naime, mišljenja sam da se niti pravniku bez položenog pravosudnog ispita ne smije dozvoliti da donosi odluku o prekršaju, bez obzira što je prethodni postupak provelo vijeće sastavljeno od pravnika s položenim pravosudnim ispitom (i četiri godine radnog staža u struci nakon položenog pravosudnog ispita).

Ako pogledamo sastav kolegijalnih tijela koja upravljaju regulatornim agencijama, vidjet ćemo da samo AZTN zadovoljava navedene uvjete<sup>88</sup>. Primjerice, od pet članova Upravnog vijeća HANFA-e, nitko nije pravnik<sup>89</sup>, od šest članova Vijeća AEM-a nitko nije pravnik<sup>90</sup>, od pet članova Vijeća HAKOM-a samo je jedan pravnik, ali s položenim pravosudnim ispitom<sup>91</sup>, od pet članova Vijeća HERA-e nitko nije pravnik.<sup>92</sup> Prema tome, ako zanemarimo AZTN, od ostalih 21 članova upravnih vijeća regulatornih agencija samo je jedan pravnik. Bez obzira na to hoće li se prihvatiti reforma koju predlažem, smatram da situacija u kojoj pojedinačne akte kojima odlučuju o pravima, obvezama i pravnim interesima stranaka u iznimno složenim upravnim stvarima, ako zanemarimo prekršaje, donose osobe bez ikakvih pravnih znanja zahtijeva hitnu promjenu. Sabor bi morao, pri imenovanju čelnih osoba u regulatornim agencijama imati na umu njihovu nadležnost i činjenicu da je neophodno da u ta kolegijalna tijela imenuje osobe s odgovarajućim pravnim znanjem i stručnošću.

Smatram da bi predloženi sustav, uz obvezu imenovanja osoba s pravnim obrazovanjem i položenim pravosudnim ispitom u kolegijalna tijela koja upravljaju regulatornim agencijama, uz već napravljene izmjene ZIDPZ-om glede visine novčanih kazni, javne objave odluka o prekršajima i

---

<sup>88</sup> U Vijeću za zaštitu tržišnog natjecanja od pet članova troje je pravnika koji svi imaju položen pravosudni ispit. <http://www.aztn.hr/o-nama/nadleznost-i-ustrojstvo/vijece-za-zastitu-trzisnog-natjecanja/> [25. 10. 2015.]

<sup>89</sup> <http://www.hanfa.hr/HR/nav/79/upravljanje-i-rukovođenje.html> [25. 10. 2015.]

<sup>90</sup> <http://www.e-mediji.hr/hr/aem/vijece-agencija/vijece/> [25. 10. 2015.]

<sup>91</sup> <http://www.hakom.hr/default.aspx?id=143> [25. 10. 2015.]

<sup>92</sup> <http://www.hera.hr/hr/html/organizacija.html> [25. 10. 2015.]



mogućnosti izricanja zaštitne mjere trajne zabrane obavljanja djelatnosti riješio problem koji sam istaknuo – zastara u prekršajnim postupcima. Regulatorne agencije bi postupak u prvom stupnju nesumnjivo riješile brže nego to čine prekršajni sudovi (odnosno danas Prekršajni sud u Zagrebu), pa ne bi, prema mojem mišljenju, dolazilo do zastara jer bi Visoki prekršajni sud imao više nego dovoljno vremena da riješi žalbe protiv rješenja o prekršajima koje bi donosile regulatorne agencije.

Zakonodavac bi, potom, kada bi se na predloženi način izmijenio PZ, uvažavajući realno stanje stvari, mogao odrediti, u posebnom zakonu, kojoj će regulatornoj agenciji (i kada) prepustiti ovlast vođenja prvostupanjskog prekršajnog postupka. One regulatorne agencije kojima ta ovlast ne bi bila dana ostale bi, sukladno odredbama PZ-a, ovlaštene tužitelji.

## **6. ZAKLJUČAK**

U radu sam analizirao zahtjeve europske pravne stečevine koji su postavljeni pred našeg zakonodavca glede ovlasti regulatornih agencija, odnosno glede uloge regulatornih agencija u sektorima u kojima provode nadzor nad sudionicima na tržištu. Europska pravna stečevina zahtijeva uspostavu „učinkovitog sustava sankcija“ koji mora biti „učinkovit, razmjern i odvraćajući“. Državama članicama ostavljeno je na izbor na koji način će postići uspostavu takvog sustava: bilo na način da regulatorne agencije imaju samostalnu ovlast izricanja sankcija, bilo da to rade u suradnji s drugim državnim tijelima ili na način da podnose prijedloge nadležnim sudovima. Pri tome je neophodno zadovoljiti daljnje zahtjeve. Naime, da bi sustav bio učinkovit i odvraćajući, neophodno je propisati visoke kazne, a odluke kojima su te kazne izrečene moraju biti javno objavljene, često i prije njihove pravomoćnosti. Dodatno, neophodno je osigurati mogućnost izricanja trajne mjere zabrane obavljanja određene djelatnosti.

Naš sustav, prije donošenja ZIDPZ-a nije bio u skladu s navedenim zahtjevima europske pravne stečevine, osim uvjetno govoreći u sektoru zaštite tržišnog natjecanja zbog ovlasti AZTN-a na izricanje upravno-kaznenih mjera.

U radu sam pokazao da u našem pravnom sustavu postoji dihotomija jer su ovlasti regulatornih agencija, glede izricanja sankcija, različite. Većina regulatornih agencija ima ovlast samo na podnošenje optužnih prijedloga

prema PZ-u, dok samo AZTN ima ovlast na izricanje upravno-kaznenih mjera. Mišljenja sam da sam pokazao prednosti i mane jednog i drugog sustava i da zbog postojećih mana niti jedan od ova dva sustava nije dovoljno kvalitetan da bi osigurao postojanje „učinkovitog i odvraćajućeg“ ali u isto vrijeme i „razmjernog“ sustava sankcija.

Smatram da nema razloga zbog kojeg se ne bi moglo, uzimajući u obzir personalne uvjete u pojedinim regulatornim agencijama, izmijeniti PZ na način da se omogući da se posebnim zakonom može ovlastiti pojedinu regulatornu agenciju na vođenje prekršajnog postupka u prvom stupnju. Iako na prvi pogled izgleda da bi onda jednostavnije bilo prihvatiti sustav upravno-kaznenih mjera iz ZZTN-a, tome nije tako. Naime, navedeni sustav, kako sam u analizi i pokazao, ima niz manjkavosti zbog kojih se nikako ne može reći, prema mojem mišljenju, da se radi o „razmjernom“ sustavu sankcija. On je nesumnjivo „učinkovit i odvraćajući“, ali sustav mora biti, i sukladno odredbama europske regulative, ali, važnije, i sukladno odredbama Europske konvencije i našega Ustava i „razmjernan“.

## LITERATURA

### Knjige i članci

1. Bajakić, I. (2010). Razvoj i učinci regulatornih agencija u SAD: uspješan model za Europu?, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2., vol. 60., 495-526.
2. Barić, S. & Đerđa, D. (2010). Zakonsko uređenje regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj, Informator male stranice, br. 5908, 1-8.
3. Bilić A., Petrović, S., Josipović, T. (2011). Independent regulators in the network industries, u: Regulatory agencies in the tension between law and economics, Bodićroga-Vukobrat, N., Sander, Gerald G. i Barić, S. (ur.), Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 231-285.
4. Coen, D. & Thatcher, M. (2008). Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies, Journal of Public Policy, 2008, 4, 49-71.
5. Čulinović Herc, E. & Zubović, A. (2013). Upravnosudski nadzor nad regulatornim agencijama: aktualnosti u postupcima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2, 371-392.
6. Derenčinović, D. (2014). Upravno-kaznene mjere zbog zlouporabe tržišta, Informator: instruktivno-informativni list za ekonomska i pravna pitanja, 62(2014),6316-6317, 1-3.
7. Đerđa, D., (2012). Osnove upravnog prava Europske unije, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka.
8. Gerardin D. (2005). The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience, u: Gerardin, D., Muñoz, R. Petit, N., (ur.), Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance, Elgar, 215-245.

9. Goisis F., (2013). European Court of Human Rights case law on administrative sanctions, dostupno na: <https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/227670/295238/Goisis%20ppt%20311013.pdf> [29. 10. 2015]
10. Hofmann, H.C.H., Rowe, G.C. & Türk A.H. (2011). Administrative Law and Policy of the European Union, Oxford University Press, Oxford.
11. Koprić, I. (2007). Poboljšanje pravnog okvira djelovanja Hrvatske agencije za telekomunikacije, Informator br. 5541, Zagreb, 1-3.
12. Koprić, I., Musa, A., Đulabić, V. (2008) Europski standardi službi od općeg interesa: (kvazi)nezavisna regulacijska tijela u izgradnji modernog kapitalizma, Hrvatska javna uprava, br. 3/2008., Zagreb, 647-688.
13. Koprić, I. (2008). Od javnih službi do službi općeg interesa: nova europska regulacija i njen odraz u modernim upravnim sustavima, Zbornik radova: Drugi skopsko-zagrebački pravni kolokvij, Skoplje, 2008., str. 27-49.
14. Koprić, I. & Musa, A. (2012). What kind of agencification in Croatia? Trends and future directions, Transylvanian Review of Administrative Sciences, Special Issue, 33.-53.
15. Moor-van Vugt, A de. (2012). Administrative Sanctions in EU Law, Review of European Administrative Law, vol. 5, nr. 1, 5-41.
16. Musa, A. (2009). Europeizacija i agencijski model javne uprave, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu-Pravni fakultet, Zagreb.
17. Pelkmans, J. & Simoncini M. (2014). Mellowing Meroni : How ESMA can help build the single market. Dostupno na: <http://www.ceps.eu/publications/mellowing-meroni-how-esma-can-help-build-single-market> [23. 10. 2015.],
18. Popović, N. (2012). Liberalizacija mrežnih djelatnosti u Republici Hrvatskoj (doktorska disertacija), Zagreb.
19. Simoncini, M. (2015.). The Erosion of the Meroni Doctrine: The Case of the European Aviation Safety Agency, European Public Law 21, br. 2, 310.-342.
20. Smerdel, B. (2006). Regulatorne agencije: komparativna iskustva, Informator, br. 5432, 1-3.
21. Smerdel, B. (2012). Nezavisni regulatori: o potrebi racionalizacije sustava, Informator br. 6075, 1-3.
22. Smerdel, B. (2012a). Platypus Reconsidered: How to Integrate Independent Regulators Into Croatian Constitutional Order, u: Bodiroga Vukobrat N., Sender, G., i Barić, S., (ur.), Regulatory Agencies in the Tension Between Law and Economics, Verlag dr. Kovač, Hamburg, 11.-24
23. Staničić, F. (2010). Pravna narav regulatornih agencija u hrvatskom pravu, Pravo u gospodarstvu, br. 5, 1341-1378.
24. Staničić, F. (2013). Aktualna pitanja ustroja i djelovanja regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj, Zbornik radova: Četvrti Skopsko-zagrebački pravni kolokvij, Skoplje, 61-90.
25. Turudić, M. (2013). Upravnosudska zaštita protiv pojedinačnih akata telekomunikacijskih regulatornih agencija (doktorska disertacija), Zagreb.
26. Vučković, J. (2015). Načelo diobe vlasti i spor oko njezine delegacije politički neovisnim upravnim tijelima, Hrvatska pravna revija, br. 10, 1-11.

## **Pravni propisi**

### *Pravni propisi EU*

1. Uredba (EU) br. 236/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. ožujka 2012. o kratkoj prodaji i određenim aspektima kreditnih izvedenica na osnovi nastanka statusa neispunjavanja obveza, SL L 86/1 od 24. ožujka 2012.
2. Uredba (EU) br. 648/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o OTC izvedenicama, središnjoj drugoj ugovornoj strani i trgovinskom repozitoriju, SL L 201/1 od 27. srpnja 2012.
3. Uredba (EU) br. 596/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o zlouporabi tržišta (Uredba o zlouporabi tržišta) te stavljanju izvan snage Direktive 2003/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i direktiva Komisije 2003/124/EZ, 2003/125/EZ i 2004/72/EZ, SL L 173/1 od 12. lipnja 2014.
4. Direktiva 2002/21/EU izmijenjenu i dopunjenu Direktivom 2009/140/EU, SL L 180/1 od 24. travnja 2002.
5. Direktiva 2009/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na subjekte za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire, SL L 302/76 od 17. studenog 2009.
6. Direktiva 2011/61/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2011. o upraviteljima alternativnih investicijskih fondova i o izmjeni direktiva 2003/41/EZ i 2009/65/EZ te uredbi (EZ) br. 1060/2009 i (EU) br. 1095/2010, SL L 174/1 od 1. srpnja 2011.
7. Direktiva 2013/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o pristupanju djelatnosti kreditnih institucija i bonitetnom nadzoru nad kreditnim institucijama i investicijskim društvima, izmjeni Direktive 2002/87/EZ te stavljanju izvan snage direktiva 2006/48/EZ i 2006/49/EZ, SL L 176/338 od 27. lipnja 2013.
8. Direktiva 2013/50/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2013. o izmjenama Direktive 2004/109/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju zahtjeva za transparentnošću u vezi s informacijama o izdavateljima čiji su vrijednosni papiri uvršteni za trgovanje na uređenom tržištu, Direktive 2003/71/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o prospektu koji je potrebno objaviti prilikom javne ponude vrijednosnih papira ili prilikom uvrštavanja u trgovanje i Direktive Komisije 2007/14/EZ o utvrđivanju detaljnih pravila za provedbu određenih odredbi Direktive 2004/109/EZ, SL L 294/13 od 6. studenog 2013.
9. Direktiva 2003/71/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o prospektu koji je potrebno objaviti prilikom javne ponude vrijednosnih papira ili prilikom uvrštavanja u trgovanje te o izmjeni Direktive 2001/34/EZ, SL L 345/81 od 31. prosinca 2013.
10. Direktiva 2014/65/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o tržištu financijskih instrumenata i izmjeni Direktive 2002/92/EZ i Direktive 2011/61/EU (SL L 173/349 od 12. lipnja 2014).
11. Direktiva 2014/59/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi okvira za oporavak i sanaciju kreditnih institucija i investicijskih društava te o izmjeni Direktive Vijeća 82/891/EEZ i direktiva 2001/24/EZ, 2002/47/EZ, 2004/25/EZ, 2005/56/EZ, 2007/36/EZ, 2011/35/EU, 2012/30/EU i 2013/36/EU te uredbi (EU) br. 1093/2010 i (EU) br. 648/2012 Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 173/190 od 12. lipnja 2014.
12. Direktiva 2014/91/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 23. srpnja 2014. o izmjeni Direktive 2009/65/EZ o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na subjekte za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire (UCITS) u pogledu poslova depozitara, politika nagrađivanja i sankcija, SL L 257/186 od 28. kolovoza 2014.

*Pravni propisi RH*

1. Ustav Republike Hrvatske NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst i 05/14 – odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske.
2. Prekršajni zakon, NN 107/07, 39/13, 157/13 i 110/15.
3. Zakon o izmjenama i dopunama Prekršajnog zakona, NN 110/15.
4. Zakon o Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga, NN 140/05 i 12/12.
5. Zakon o elektroničkim medijima, NN 153/09, 84/11, 94/13 i 136/13.
6. Zakon o elektroničkim komunikacijama, NN 73/08, 90/11, 133/12, 80/13 i 71/14.
7. Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 79/09 i 80/13.
8. Zakon o regulaciji energetske djelatnosti, NN 120/12.
9. Zakon o tržištu kapitala, NN 88/08, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15 i 110/15.
10. Zakon o energiji, NN 120/12, 14/14, 95/15 i 102/15.
11. Zakon o otvorenim investicijskim fondovima s javnom ponudom, NN 16/13 i 143/14.
12. Zakon o financijskom inspektoratu Republike Hrvatske, NN 85/08, 55/11 i 25/12.

## Summary

---

### THE CHALLENGES OF ALIGNING THE SCOPE OF REGULATORY AGENCIES IN THE REPUBLIC OF CROATIA WITH THE ACQUIS COMMUNAUTAIRE OF THE EUROPEAN UNION

*Regulatory agencies have a very important role in the Croatian legal order. Their role as regulators of different markets and services that are offered on these markets is crucial in insuring that consumers get the best service possible and that the providers' of those services act in accordance with the law and in accordance with the rules which regulate the market competition. Their development in the Republic of Croatia has been, and still is, burdened by over politicisation on the one hand, and insufficient control, on the other hand. However, regulatory agencies have established themselves as an important part of the Croatian public administration with broad regulatory powers. Although the Republic of Croatia joined the European Union in July 2013, the need to align with the *acquis communautaire* had existed prior to that time, during the accession negotiations. Because of this reason, domestic legislation, is mostly aligned with the *acquis* where regulatory agencies are concerned. However, EU law is constantly changing, and numerous new rules exist regarding the regulatory powers of regulatory agencies regarding the delivering of administrative fines and sanctions when there is an infringement of EU law which regulates specific markets. EU law enables the member states to choose between multiple methods when prescribing ways to deliver fines and sanctions: independent delivering of sanctions, collaborative delivering sanctions with other bodies or transferring the delivering of sanctions to the courts. In the Republic of Croatia, the system is in place in which the sanctions are delivered by the courts, with the exception of the Agency for the Protection of Free Market Competition. However, it is necessary to consider whether the best possible option has been chosen and if there are other, better, options within our legal system.*

**Key words:** regulatory agencies; misdemeanour law, *acquis communautaire*; alignment.

## **RATIO LEGIS ZASTARE U KAZNENOM PRAVU S NAGLASKOM NA PROBLEMATIKU NJEZINE PRAVNE NARAVI**

*Recentna zbivanja u hrvatskom kaznenopravnom zakonodavstvu ponovo su aktualizirala problematiku pitanja pravne naravi zastare, prije svega kroz Ustavnu izmjenu iz 2010. god., donošenje Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije (ZNKD), kao i izmjenu kaznenog zakona u materiji zastare. Moglo bi se reći da je pitanje pravne naravi zastare „kronična bolest“ hrvatskog kaznenog zakonodavstva, prakse i teorije. Mišljenja teoretičara su podijeljena, zakonodavac je nedosljedan i politički determiniran, a praksa uzima za pravo neposredno stvarati pravnu materiju na tom području krijući se iza prilično ekstenzivnog tumačenja. Navedenim izmjenama i djelovanjem sudske prakse toliko proklamirana pravna sigurnost dovedena je u pitanje, načelo zakonitosti konstantno se relativizira. Jasno je izražena tendencija koja ugrožava cjelinu kaznenopravnog sustava, jer otvara prostor za nove izmjene koje bi a fortiori podrivale temeljna načela kaznenog prava, te se stoga mora kritički razmotriti.*

**Ključne riječi:** zastara; nezastarijevanje; odluka Ustavnog suda; Zakon o nezastarijevanju.

---

\* Dr.sc. Marta Dragičević Prtenjača, docentica na Katedri pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, (Assistant Professor at Chair of Criminal Law Faculty of Law, University of Zagreb): mdragicev@gmail.com

Rad je revidiran, izmijenjen i dopunjen diplomski rad Andree Vejnović „Ratio legis zastare u kaznenom pravu i problematika njezine pravne naravi s naglaskom na važeće hrvatsko kazneno zakonodavstvo i sudske prakse“, koji je bio napisan pod mentorstvom dr.sc. Marte Dragičević Prtenjače, više asistentice na Katedri za kazneno pravo, Pravnog fakulteta u Zagrebu.

\*\* Andrea Vejnović, mag. iur. (Andrea Vejnović, LLM): shoegirlandreic@yahoo.com

## 1. UVOD U PROBLEMATIKU

Problematika pravne prirode kaznenopravne zastare aktualna je tema uz koju se vežu polemike pravnih stručnjaka i znanstvenika, kao i polemike u sudskoj praksi. Važnost i aktualnost ove teme ogleda se u njezinom faktičnom učinku, koji ju time čini važnijom za praksu, nego za teoriju, iako vrlo zanimljivom za teoriju i pravnu doktrinu. Drugim riječima njezina primjena u praksi, kao i različita shvaćanja zauzeta u teoriji i praksi dovele su do podjele stručnjaka u shvaćanjima oko njezine pravne prirode- da li je pravna priroda zastare materijalnopravna, procesnopravna ili možda nešto treće- institut mješovite pravne prirode? Određivanje pravne prirode zastare važno je iz razloga što će se ovisno o njezinoj pravnoj prirodi određena načela (kaznenog materijalnog) prava primjenjivati, odnosno neće primjenjivati. Ukoliko se zauzme stajalište da je zastara isključivo ili pretežnim dijelom institut materijalnog kaznenog prava, tada se na nju imaju primijeniti i sva njegova načela, pa i načelo zakonitosti. Ako je institut kaznenog procesnog prava, tada se na nju neće primjenjivati načela materijalnog prava, već procesnog. Ukoliko je institut mješovite prirode tek tada nastaju problemi, jer se na nju imaju primjenjivati kako načela materijalnog kaznenog prava, tako i procesnog prava, koja vrlo često mogu biti u suprotnosti (a u slučaju zastare i jesu), pa je pitanje kako te suprotnosti pomiriti. Zastara se u literaturi pojavljuje u dvojakom obliku, pa shodno tome daje li se prevaga procesnom shvaćanju ili materijalnopravnom shvaćanju polučit će različite učinke. Ako se smatra procesnopravnim institutom tada se dozvoljava retroaktivna primjena produljenih zastranih rokova jer se smatra da se takvim rješenjem ni po čemu ne odstupa od ustavnog i kaznenog načela zakonitosti, tj. zabrane retroaktivnosti. Ukoliko ju se smatra (primarno) materijalnopravnim institutom, odnosno (posebno) pretpostavkom kažnjivosti<sup>1</sup> tada bi bila moguća njezina retroaktivan primjena samo u okviru načela primjene blažeg zakona (što nikako ne bi bio slučaj sa produljenim zastranim rokovima ili ukinutom zastarom).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Takvo stajalište su zauzeli *Bačić*, *Novoselec*- za više vidjeti *Bačić* 1986., i *Novoselec i dr.* 2013, 277.

<sup>2</sup> Tako ju npr. *Bačić* vidi kao teoriju koja ne dozvoljava retroaktivnu primjenu produljenih kaznenih rokova, pa je time zastara u sklopu mješovitih teorija primarno materijalna, a *Cvitanović* smatra da je dozvola za primjenu produljenih zastarnih rokova dozvoljena samo

Kako bi se pokušao dati odgovor na pitanje o pravnoj prirodi zastare, koja je kao što je rečeno još sporna u kaznenopravnoj praksi, teoriji i doktrini s trenutno zauzetim vladajućim stavom da se radi o institutu mješovite naravi (s prevladavajućom materijalnom pravnom prirodom u njezinom najvećem dijelu), potrebno je zastaru razmotriti iz svih njezinih aspekta, pa tako i povijesnog i pravnofilozofskog kako bi se cjelovito prikazali razlozi i argumenti za njezino uvođenje (bolje reći preuzimanje) u kazneno pravo. Prilikom razmatranja instituta zastare moraju se uzeti u obzir i procesna pravila, dakle sagledavati ju u kontekstu cjeline kaznenog prava - materijalnog i procesnog kao komplementarnih dijelova istog sustava. Hrvatsko pozitivno pravo prilično jasno određuje bit kaznenopravne zastare. Protekom zakonom određenog vremena (određenih rokova) prestaje pravo nadležnih tijela da poduzimaju kazneni progon (zastara kaznenog progona čl. 81. KZ), odnosno prestaje pravo da nadležna tijela izvrše izrečene kaznenopravne sankcije i mjere (zastara izvršenja kazne, čl. 83. KZ, zastara izvršenja sigurnosnih mjera, oduzimanja imovinske koristi i predmeta, čl. 85. KZ).<sup>3</sup> Dakle odgovor na pitanje što je to zastara prilično je jasan, ali njezina pravna priroda nije. Za bolje razumijevanje ovog instituta i njegove pravne prirode važno je razmotriti razlog njezinog uvođenja u kazneno pravo. Zastaru treba tumačiti prije svega u kontekstu čitavog pravnog sustava kao cjeline, a potom u kontekstu kaznenopravnog sustava. Treba ju povezati s Ustavnim načelima, a potom staviti u kaznenopravni kontekst. Njezina interpretacija mora biti u skladu s proklamiranim ustavnim načelima (načelom zakonitosti, u sklopu čega i načelom primjene blažeg zakona, kao i zahtjevom za pravnom sigurnošću manifestiranog kroz pravnu predvidljivost i svrhu kažnjavanja). Jedno vrijeme od strane nekih autora (*Dolenca*) početkom 20. stoljeća smatralo se da je zastara institut koji „ide u korist učinitelja“<sup>4</sup>, ali je vrlo vjerojatno da je takvo shvaćanje proizašlo iz primjene načela zakonitosti kao postulata pravne sigurnosti, pa je u tom kontekstu „koreliralo s prividom da se radi o nekakvom institutu 'u korist

---

u kontekstu mješovite teorije koja inklinira prema procesualističkom shvaćanju njezine pravne prirode

<sup>3</sup> Zastara kaznenog progona, zastara izvršenja kazne, i zastara izvršenja sigurnosnih mjera, oduzimanja imovinske koristi i predmeta, regulirana je člancima 81.-85.KZ

<sup>4</sup> *Dolenc* 1930., 139.



počinitelja“<sup>5</sup>.<sup>6</sup> Potrebno je istaknuti da drugi autori tog vremena (Šilović, Bačić) zauzimaju drugačiji stav i smatraju da se razlog zašto prestaje (pravo države) na kažnjavanje ogleđa u činjenici da s vremenom prestaje aktualnost kazne, a time se gubi i sama svrha kazne, a ne iz pukog razloga što je proteklo određeno vrijeme i od čega počinitelj onda ima „koristi“.<sup>7</sup> Ako je prestala potreba za ostvarivanjem svrhe kažnjavanja (svih njezinih aspekta - specijalnom, generalnom prevencijom, društvenom osudom i u konačnici retribucijom) jer je prošlo previše vremena, kažnjavanje gubi smisao,<sup>8</sup> potpuno neovisno o tome da li postoje valjani dokazi te je li bilo moguće odlučivati o meritumu i donijeti utemeljenu presudu. Svrha kažnjavanja je pak svakako materijalnoppravna materija, pa u tom kontekstu i zastara. U suvremenom kaznenom pravu zastara je u jasnoj korelaciji s težinom učinjenog kaznenog djela jer zastarni rokovi ovise o visini zapriječene, odnosno izrečene kazne. No da li je uvijek bilo tako i što ta korelacija znači za njezinu pravnu narav? Recentno kaznenopravno zakonodavstvo, najprije na međunarodnoj razini, a posljedično i nacionalni sustavi poznaju kaznena djela koja nikad ne mogu zastarjeti. U pravilu su to najteža kaznena djela za koja su zapriječene najviše kazne jer ugrožavaju najviše društvene vrijednosti. U nastavku će biti izloženo da je od samog začetka kaznenopravne zastare takvih djela bilo, ali da su kroz povijest postojala i zakonska rješenja koja nisu poznavala kategoriju nezastarivih djela. Što to postojanje nezastarivih djela govori o pravnoj prirodi zastare i da li se ta činjenica uopće može povezati sa pravnom naravi instituta zastare? U svjetlu ekskluzivne materijalnoppravne prirode ili čak samo primarno materijalnoppravne prirode instituta retroaktivna primjena strožeg zakona,

---

<sup>5</sup> Cvitanović 2006, 511.

<sup>6</sup> Za više vidjeti Dolenc i dr. 1935.

<sup>7</sup> Šilović smatra da „kao što u životu uopće tako i u pravnom životu briše vrijeme uspomene. Činjenice stupaju u zadak, blijeđe i konačno se zaboravljaju. Time gube svoju aktualnost. Na toj podlozi počiva kaznenopravna zastara. Pravo priznaje zastaru kao razlog, koji ukida kaznu, ne radi toga, što bi činjenica, da počinitelj nije kažnjen tečajem vremena, bila po pravu priznana, nego radi toga, što s prestankom aktualnosti kazne i sama svrha kazne gine“. - Šilović 1913., 278. i za više vidjeti- Bačić 1986., 551.

<sup>8</sup> Smisao kažnjavanja treba se sagledati u kontekstu državnog interesa i prava, te potrebe države za kažnjavanjem počinitelja za počinjeno kazneno djelo, a ne privatnog interesa pojedine žrtve, odnosno oštećenika kaznenog djela koji vrlo vjerojatno sa svoje pozicije smatra da se nikada ne gubi smisao, za otkrivanjem, kaznenim progonom te kažnjavanjem počinitelja za počinjeno kazneno djelo.

kada je propisana samim kaznenim zakonom, bila bi i jest proturječnost samog kaznenog zakona. Izmjene u uređenju instituta zastare sve više naglašavaju potrebu određenja njezine pravne naravi, jer su u zadnjih pedesetak godina te izmjene postavile esencijalna pitanja u primjeni općih načela ne samo kaznenog prava, nego prava uopće. Naime, pitanje pravne naravi zastare, osim što intrigira na teorijskoj razini ima i svoju jasnu juridičku praktičnu bitnost i težinu. Suvremeno pozitivno pravo ne nudi eksplicitan odgovor o njezinoj pravnoj prirodi, ali ipak sagledavajući pozitivnopravno uređenje zastare, te odluke sudova, može se izvesti zaključak o pravnoj prirodi instituta zastare danas. Cilj rada je kroz analizu pozitivnopravnog (važećeg) hrvatskog zakonodavstva i sudske prakse izvesti i ponuditi odgovor, odnosno zaključak o njezinoj pravnoj prirodi, te predložiti rješenja u vezi njezine primjene u praksi, a kroz to i podvrgnuti kritici trenutno zauzeto (većinsko) stajalište o njezinoj pravnoj prirodi. U tu svrhu korištena je povijesna metoda, normativno- deskriptivna metoda, komparativna metoda i *case study* metoda.

## **2. POVIJESNI RAZVOJ I FILOZOFSKOPRAVNA RAZMATRANJA OPRAVDANOSTI ZASTARE U KAZNENOM PRAVU**

Razmatrajući institut zastare u kaznenom pravu svakako se treba osvrnuti na povijesni razvoj instituta. Zastara je imala dug i zanimljiv evolutivni put u sferi kaznenog prava, gorljive zagovornike i gorljive protivnike te da bi ju se razumjelo svakako ju je potrebno povijesno kontekstualizirati. Mora se uzeti u obzir razvoj pozitivnog prava i filozofska razmatranja koja su taj put pratila, jer sam razvoj pozitivnog prava ne rasvjetljuje svrhu i opravdanje postojanja zastare u kaznenom pravu. Svrha i opravdanje njezine osnovanosti mogu poslužiti u iznalaženju odgovara ili izvođenju zaključka o njezinoj pravnoj naravi, koja ne bi trebala biti ovisna o mijenama u društveno-političkim, pravnim i misaonim sferama, te promjenama zakona

ovisno o vladajućoj političkoj strukturi, a koje stajalište je izrazio i *Kant*,<sup>9</sup> što nažalost ispada da danas jest slučaj.

Povijesno gledajući zastara je prvotno bila institut civilnog prava, koja je s obzirom na povezanost djelovanja i ponašanja u životu te cjeline društvenih odnosa u jednoj zajednici, postala, odnosno prenijela se u kazneno pravo i kazneni postupak. Sam put prijenosa tog instituta iz jedne grane prava u drugu nije do danas u potpunosti razjašnjen, ali se najvjerojatnije dogodio u rimsko doba, o čemu će biti riječi u narednim poglavljima.<sup>10</sup> Kroz povijest su se javljali različiti razlozi za uvođenje zastare u kazneno pravo, koji su s vremenom, naročito u posljednjih pedesetak godina iznjedrili<sup>11</sup> i jedno od možda najprijeponijih pitanja u području kaznenopravne dogmatike - pravne prirode instituta (kaznenopravne) zastare. Ne može se poreći da se u nekim razdobljima povijesti smatrala isključivo ili pretežno institutom procesnog prava. Tako je jedan od razloga za uvođenje zastare u kazneno pravo bio čisto tehničkog, odnosno proceduralnog karaktera - da protekom vremena opada broj i kvaliteta dokaza. Iako je dakle začetak razvoja zastare govorio u prilog njezinoj procesnopravnoj prirodi, kasnija promišljanja i spoznaje odvele su zastaru u materijalnopravom smjeru, kako će biti vidljivo iz nastavka članka. Mnogi filozofi i pravni teoretičari su pokušali opravdati institut zastare u kaznenom pravu. Neki potpuno odričući (*Locke, Hobbes, Grotius, Kant, Hegel* i dr.) pravo zastarijevanja kaznenih djela, dok su drugi ipak dopuštali njegovo postojanje, ali samo za lakša kaznena djela (*Beccaria*). Povijesni razvoj zastare te filozofskopravna razmatranja učinjena su radi pružanja što preglednijeg i sveobuhvatnijeg prikaza tog instituta i njegovog razvoja kroz povijest, kao i prikazivanja argumenata pravnih teoretičara i filozofa o opravdanosti postojanja instituta zastare u kaznenom pravu, sve u cilju eventualnog zauzimanja eksplicitnijeg stava o pravnoj prirodi zastare.

---

<sup>9</sup> Kant je smatrao da je jedino pravedno i dobro društveno uređenje tamo gdje bi zakon „vladao“ sam bez utjecaja vladajućih struktura, neovisno od osoba, i kojim osiguralo ispunjenje svrhe javnog prava. – Za više vidjeti *Kant* 1999.

<sup>10</sup> Vrlo je vjerojatno da kada se nije mogla pružiti dovoljna zaštita određenim društvenim ponašanjima u civilnom pravu, tada su s tim ponašanjima u vezi, bila određena kaznena djela. Kada je prema civilnom pravu prestala potreba za rješavanjem nekog društvenog događaja, odnosno spora, tada se smatralo da je prestala i potreba za kažnjavanjem u kaznenom pravu.

<sup>11</sup> *Cvitanović* 2006, 511.

## 2.1. Povijesni razvoj zastare u svijetu i u Hrvatskoj

Prvobitne zajednice nisu poznavale zastaru u kaznenom pravu s obzirom da su se kazneni sustavi tih zajednica temeljili na principu privatne pravde i odmazde. Međutim, začetak instituta zastare može se potražiti u rimskom pravu u razdoblju Carstva, koje je poznavalo samo zastaru kaznenog progona, a ne i izvršenja kazne.<sup>12</sup>

Iako je u teoriji ostao u potpunosti nerazjašnjen put uvođenja zastare u kazneno pravo, smatra se da je najvjerojatnije korijen bila pretorova praksa privatnopravne kaznene tužbe radi povrede (*actio iniuria*) koja je zastarijevala u roku godine dana od počinjenja djela, a koja se potom proširila i na delikte (kaznena djela) koji se progone u javnom interesu.<sup>13</sup>

Potrebno je istaknuti da su stari Rimljani odavno poznavali institut zastare u civilnom pravu, te je zbog pravne nužnosti i pravno - tehničkih potreba<sup>14</sup> vrlo vjerojatno prenesena u kazneno pravo. Većina „delikata“, odnosno povreda društvenih regula (pravila ponašanja) smatrala se privatnopravnim deliktom, pa se u to doba većina delikata procesuirala po privatnoj tužbi.<sup>15</sup>

Tako je car *August* zastaru uveo za preljub, krađu državnog dobra i za prijevremeno otvaranje oporuke ubijenog, a zastarni rok za ta djela iznosio je pet godina i počinjao je teći s danom počinjenja odnosnog delikta.<sup>16</sup>

Važan moment u daljnjem razvoju kaznenopravne zastare je uvođenje dvadesetogodišnjeg roka zastare fiskalnog kaznenog zahtjeva kroz *Konstituciju careva Severa i Caracalle*.<sup>17</sup> U kaznenopravnoj teoriji smatra se

---

<sup>12</sup> *Gajšak* 1974., 8.

<sup>13</sup> *Ibidem*

<sup>14</sup> S obzirom da je nepoznato jesu li u to vrijeme postojala teoretiziranja o osnovanosti zastare u kaznenom pravu, nema jasnog odgovora na pitanje zašto je zastara uvedena u kazneno pravo. Najvjerojatnije je zbog analogije, odnosno postojanja zastare u civilnom pravu za ponašanja kojima se povređuju određena društvena pravila, a koja su se mogla rješavati i kroz civilno i kroz kazneno pravo, primjerice preljub. Jedan od razloga je vjerojatno bio i taj što je protek vremena destruktivno djeluje na mogućnost prikupljanja dokaza, te se u civilnom pravu smatralo da se pojedince ne smije neutemeljeno uznemiravati zahtjevom unedogled, pa su preuzeli institut civilnog prava koji tome služi i analogno ga primijenili u kaznenom pravu. - *Ibidem*

<sup>15</sup> *Ibidem*

<sup>16</sup> Za vrijeme cara Augusta formalizira se zastara za određena djela za koja se gonilo u javnom interesu. U odnosu na ta djela, u tom svojem začetku, zastara nije postojala kao opći institut primjenjiv na sve delikte, već je mogla nastupiti samo za pojedina djela. - *Ibidem*

<sup>17</sup> Oduzimanje imovine odsutnom okrivljeniku koji se unatoč javno objavljenom pozivu nije pojavio na sudu.

da je to bio prijelomni trenutak koji je udario temelje ideji da se određeni zahtjev zbog protoka vremena više ne može ostvarivati.<sup>18</sup> Upravo je iz te konstatacije o destruktivnom djelovanju protoka vremena za ostvarivanje određenog prava, najvjerojatnije izvedena sljedeća stepenica u razvoju zastare u kaznenom pravu - uvođenje formalnog zastarnog roka od 20 godina za kazneni progon u pravilu, svih kaznenih djela za koja se progoni u javnom interesu.<sup>19</sup> Postojala su i tri kaznena djela za koja zastara nikad nije mogla nastupiti- *paricidium*, *apostasia* i podmetanje djeteta.<sup>20</sup>

U teoriji ne postoji jednoznačno razmišljanje o pravnoj naravi zastare kod Rimljana- jedno mišljenje je da je rimska kaznenopravna zastara bila procesni institut usmjeren na tužbu i sudski proces, a drugo da se radi o institutu materijalnog prava.<sup>21</sup>

Rimsko uređenje kaznenopravne zastare zadržala je i srednjovjekovna talijanska doktrina koja je imala iste zastarne rokove (od 20, 5 i 1 godine), ali je primjenjivala i zastarne rokove statutarnog prava.<sup>22</sup> Važna novina koju uvodi u institut zastare jest prekid zastare.<sup>23</sup> U to vrijeme je uveden i jedan posve novi misaoni koncept- promatranje djelovanja protoka vremena od počinjenja na samog počinitelja, koji je dosta bitan za razjašnjenje osnovanosti zastare iz materijalnopravnog rakursa. Smatra se da nakon dužeg protoka vremena od počinjenja djela dolazi do popravljivanja počinitelja, ali pod uvjetom da počinitelj u tom periodu ne čini nova

---

<sup>18</sup> Gajšak 1974., 8.

<sup>19</sup> Osim za ona tri ranije navedena za koja je zastarni rok ostao pet. Na zastaru je u postupku morao paziti okrivljenik, dakle suci nisu pazili na zastaru po službenoj dužnosti. Ovako jedinstveno određen rok za progon kaznenih djela (od 20 godina), može navesti na sumnju da zastara uopće nije bila u korelaciji sa težinom kaznenog djela (te iako je u kasnijoj fazi zastara bila propisana u pravilu za sva djela), činjenica da su i stari Rimljani poznavali ekskluzijsko pravilo ipak ostavlja prostora zaključku da je zastara u svom samom začetku bila vezana uz težinu kaznenog djela.- Ibid., str. 11.

<sup>20</sup> *Paricidium*- umorstvo *pater familias*, *apostasia*- ođmetništvo od vjere. Za ta se djela kazneni progon u svakom trenutku mogao poduzeti i provesti. – Gajšak 1974., 9.

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> Bitno je proširila listu nezastarivih djela, pa su nezastariva bila sva djela za koja je zapriječena smrtna kazna smatrajući da se zastara kod najtežih kaznenih djela nikako ne može opravdati jer su polazili od koncepta da zastara isključivo predstavlja privilegij za počinitelja, što je kod tih najtežih djela nedopustivo. -Gajšak 1974., 10.

<sup>23</sup> Zastaru prekida svako podizanje optužbe ili formiranje inkvizicije i njeno otvaranje prekida zastaru nakon čega ona počinje iznova teći, te suci sada na zastaru paze po službenoj dužnosti jer kao što se kažnjava u javnom interesu, tako je i nekažnjavanje u javnom interesu ako za kažnjavanje više nema uvjeta. - Ibidem

kaznena djela, a takvo popravljjanje počinitelja opravdava primjenu blaže kazne, pa onda posljedično može opravdati i izostanak kazne zbog nastupa zastare, čime se zastara počinje razmatrati i s kriminalnopolitičkog aspekta.<sup>24</sup> Očito se već u tom periodu, premda ne *expressis verbis* počela promišljati svrha kažnjavanja i utjecaj vremena na istu te se odstupilo od čisto tehničkog sagledavanja zastare kao procesnog inhibitora.

*Constitutio Criminalis Carolina* nije sadržavala odredbe o zastari u kaznenim stvarima, nego se u tom pogledu recipiralo rimsko pravo, a najteži delikti (kaznena djela) i dalje su bili nezastarivi.<sup>25</sup>

U hrvatskoj kaznenopravnoj povijesti, na teoretskoj i praktičnoj razini, do 17. st. smatralo se da zastari nema mjesta.<sup>26</sup> Prvi put zastaru (u starijoj pravnoj terminologiji, *zagoda, prešastje, prošastje pravednog vremena*; lat. *praescriptio, antiquare*; njem. *Verjährung*)<sup>27</sup> *expressis verbis* spominje *Praxis criminalis*<sup>28</sup> koji se primjenjivao uz hrvatsko-ugarsko pravo samo kao pouka za suđenje i postupanje u kaznenim stvarima, dakle kao svojevrsna procesna uputa.<sup>29</sup> *Praxis criminalis* dopušta zastaru kaznenog progona i zastaru kazne za djela za koja nije propisana smrtna kazna i poznaje zastarne rokove od pet, deset i dvadeset godina ovisno o težini djela.<sup>30</sup> Do tada je zastara imala značaj civilnog instituta, a u kaznenom pravu bila je dopuštena samo kod privatnih tužbi, kao i u rimskom pravu.<sup>31</sup>

---

<sup>24</sup> Gajšak 1974., 10.

<sup>25</sup> Potrebno je spomenuti da je jedan od najvećih teoretičara toga vremena *Benedict Carpzov* zastari pridavao procesni značaj jer je temelj zastare vidio u poteškoćama koje za vođenje postupka predstavlja protek dugog vremenskog perioda.- Ibid., str. 10. i 11.

<sup>26</sup> Mažuranić 1975., 1662.

<sup>27</sup> Ibid., str. 1661. i 1662.

<sup>28</sup> koji je bio dodatak (drugom tomu) *Corpus iuris hungarici* od 30.prosinca 1656.god. – Cvitanović 2006., 506.

<sup>29</sup> *Praxis criminalis* u čl. 43. ima propise o zastari. Tako je navedeno da “*sva zločinstva kriminalna, za koja nije kazan smrti propisana, zastaruju za pet godina; za deset godina krađe i obična ubojstva, izuzevši roditeljsko, bratinsko ubojstvo ili ubojstvo na gospodaru ili djetetu; za dvadeset godina umorstvo, ako je tko na nj zaveden bio, palež itd. Utrnjuje i progon i kazan. Ali 'enormia maleficia': magija, blasphemia, crimen laesae, teška umorstva, teški blud, krivotvor novca itd. ne mogu nikada zastariti*” – Mažuranić 1975, 1662. i 1663.

<sup>30</sup> Ibidem

<sup>31</sup> Cvitanović 2006., 506. i 507.

Zanimljivo je da zastaru kaznenog progona nije poznavala niti *Theresiana* iz 1768. god.,<sup>32</sup> niti *Josephina* (Opći red za kaznene sudove *Josipa II* iz 1787. poznatiji kao austrijski Kazneni zakonik iz 1787. god.),<sup>33</sup> koja se primjenjivala i u Hrvatskoj pod nazivom „*Opchinska naredba od zlocdinstvah i njihovih pedepsah*“ iz 1788. i koja *explicite* je zabranila zastaru s obrazloženjem da nikakav protek vremena ne može opravdati nekažnjavanje.<sup>34</sup> Međutim, austrijska kodifikacija, odnosno austrijski Kazneni zakonik iz 1803. god.,<sup>35</sup> koji se u hrvatskoj naziva i *Skupozakonik* (iz 1804. god.)<sup>36</sup> ponovo uvodi zastaru (progona i kažnjavanja),<sup>37</sup> za koju kaže da nastupa protekom vremena ako se u određenom roku<sup>38</sup> od dana počinjenja djela ne pokrene postupak,<sup>39</sup> osim za kaznena djela za koja je bila

---

<sup>32</sup> Međutim, poznavala je zastaru izvršenja kazne. Poglavlje 16, čl. 16. *Constitutio Criminalis Theresiana*, str. 29.-30.; dostupna na: [https://www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/Constitutio\\_Criminalis\\_Theresiana.pdf](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Constitutio_Criminalis_Theresiana.pdf) [16.2.2016.].

<sup>33</sup> Tekst *Josephine* je dostupan na: [https://www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/Josephina\\_1787.pdf](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Josephina_1787.pdf) [22.2.2016.]

<sup>34</sup> Vjerojatno pod utjecajem misli svog vremena te na tragu Feuerbachovih teza o nedopustivosti nekažnjenog zločina zbog preventivnog djelovanja na društvo. *Gajšak* 1974., 16. i *Cvitanović* 2006, 507.

<sup>35</sup> 1803. god. stupa na snagu austrijski Kazneni zakonik ili *Codex poenalis criminibus* donesen za vrijeme vladavine cara Franje I- *Cvitanović* 2006, 507.

<sup>36</sup> *Skupozakonik „illiti naredbe cesarske kraljeve varhu zločinstva i pedipse odredjene protiva zločincem“*, koji je objavljen u Zadru „*godista 1804.*“ u „*utistaoniczi, olliti stamparij antona luigia battare kgnixara, i utistaocza kraglškogha*“.

<sup>37</sup> Radi proteka vremena nije više bilo mjesta niti progona niti izricanju kazne. Iako je to juridički posve neodrživo jer zločin ne prestaje biti zločin samim protekom vremena, očito je težište na materijalnopravnom sagledavanju zastare jer se polazi iz pozicije svrhe kažnjavanja, koja se protekom vremena ne može realizirati kroz kaznu.- §.209. „*Tvorje illiti plod mimoscasta vrmena jest, da radi dillovana Zločinstva nemoxe visce imatti misto ni iziskovanje, ni pedipsa*“.

<sup>38</sup> Rokovi nastupa zastare su bili, 20 godina za kaznena djela za koja je bila predviđena doživotna tamnica, 10 godina za kaznena djela za koje je bila propisana kazna tamnice od 10 do 20 godina i 5 godina za sva ostala kaznena djela. – §.207. „*Ovo mimoscaste vrmena ostaje zabilixeno*

*1)Na dvadeset godiscta za onna Zločinstva, kojizimje odredjena pedipsa od vikovitte Tamnicze; 2)Na deset godiscta za onne zlochje, koje po Zakonu imadjahuse pedipsatti s Tamniczom od deset do dvadeset godina; 3)Na pet godiscta za sva ostala Zločinstva*“.

<sup>39</sup> §.201. „*Zločinstvo svarscijese*

*1)Smartju Zločincza; 2)S'pedipsom podnesenom; 3)S'Odpustenjem; 4)S'Odvarxenjem, illiti s'mimoscastenjem vrmena*“ i §.206. „*Svarscijese i pogasijese Zločinstvo, i pedipsa s'mimoscastenjem vrmena, kada brojech od dneva dillovana Zločinstva, nebudese protiva krivezu započelo iziskovanje illiti proçes u vrime zabilixeno od ovogha Zakona*“.- *Skupozakonik*

propisana smrtna kazna, koja prema tom zakoniku ne zastaraju.<sup>40</sup> Zanimljivo je međutim, da za ta kaznena djela (za koja je bila propisana smrtna kazna) za koja zastara nije mogla nastupiti, je postojalo ograničenje u vezi izricanja smrtne kazne. Pa tako ako je prošlo 20 godina od dana počinjenja kaznenog djela, više se nije mogla izreći smrtna kazna već samo kazna tzv. „*tvarde Tamnicze*“ u trajanju od 10 do 20 godina, iz čega se razabire bliska povezanost zastare i (ispunjavanja svrhe) kažnjavanja.<sup>41</sup> U *Skupozakoniku* se nastup zastare ne veže samo uz protek vremena, nego se za njezin nastup zahtijeva i kumulativno ispunjenje dodatnih uvjeta od strane počinitelja, tj. osuđenika.<sup>42</sup> Uvjeti su da počinitelj popravi učinjenu štetu, da nije zadržao nikakve koristi koje je stekao djelom, da nije pobjegao i da za vrijeme tijeka zastare nije počinio novo djelo.<sup>43</sup> Ovi uvjeti ukazuju na promjene u počinitelju i njegovu ponašanje,<sup>44</sup> što je sve relevantno za ostvarivanje svrhe kažnjavanje (slični uvjeti, odnosno okolnosti su propisane odredbom o odmjeraivanju kazne u danas važećem KZ - čl. 47. KZ). Stoga se može zaključiti da je u fokusu bila upravo svrha kažnjavanja i ono što se kažnjavanjem željelo postići, a što se onda vezivalo za nastup zastare. Već iz prikazanog se vidi da je zastara u *Skupozakoniku* neodvojivo povezana sa svrhom kažnjavanja i da zajedno čine cjelinu unutar materijalnog kaznenog prava, iz čega se može zaključiti da su oba ova instituta, instituti materijalnog (kaznenog) prava te time i čisto materijalnoppravne prirode.

---

<sup>40</sup> §.210. „*U onnim Zločinstvum, kojizimje odredjena pedipsa od smarti, mimoscaste vrimenta ne oslobadja od iziskovanja, ni od pedipse:dalli ako od dobbi dillovana Zločinstva bude mimoslo vrime od dvadeset godiscta, i buduse doistiniti uvitti istomačeni u razdilku 208., tada na misto smarti podatichiese pedipsa tvarde Tamnicze od deset do dvadeset godiscta*“.

<sup>41</sup> Ibidem

<sup>42</sup> Ta vrsta zastare se još naziva i akvizitorna zastara, jer je učinak nastupa zastare ovisio ne samo o proteku vremena već i ponašanju, odnosno postupanju počinitelja, tj. osuđenika. Suprotna toj zastari je ekstinktivna za čiji nastup je dovoljan samo protek određenog vremena. – *Cvitanović* 2006, 507. i 508.

<sup>43</sup> §.208. „***Mimoscaste bo vrimenta oslobadja samo onne:***

*1)Koj ne darxi josc kod sebbe kakvu korist izlazechiu od Zločinstva; 2)Koji bude nastojao ponapraviti scetete uzrokovane uvridjenomu, koliko budu dopustile varst Zločinstva, i vridnost Zločincza; 3)Koji se nije odalečio od ovogha kraljestva; 4)Koji nije upa u ikakvomu drughomu Zločinstvu meju dobba zabilixena mimoscastu vrimenta.*“ - *Skupozakonik* .

<sup>44</sup> Ibidem



Francusko srednjovjekovno pravo, odnosno francuski *Code penal* iz 1791. godine unisono određuje zastrani rok kaznenog progona koji je iznosio tri godine za sva kaznena djela od dana od kada se za djelo saznalo,<sup>45</sup> a koja je svakako nastupala nakon proteka roka od 6 godina od dana za saznanje djela.<sup>46</sup> Također, je poznavao i zastaru izvršenja kazne za koju zastara iznosi 20 godina od donošenja presude.<sup>47</sup> Nezastarivi delikti nisu bili poznati, a zastara nije bila uvjetovana ničim drugim osim protekom vremena, dok prekida zastare nije bilo.<sup>48</sup> Međutim, koju god prirodu je *Code penal* zastari pridavao, može se reći da od tada institut zastare postaje pravni standard u europskim zakonicima.<sup>49</sup> Za razliku od *Code penala* iz

---

<sup>45</sup> Code pénal „du 25 septembre – 6 octobre 1791 (texte intégral original)“

Première partie - des condamnations ; Titre VI - de la prescription en matière criminelle.  
Article 1 „*Il ne pourra être intenté aucune action criminelle pour raison d'un crime, après trois années révolues lorsque dans cet intervalle il n'aura été fait aucunes poursuites.*“; dostupno na: [http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_25\\_09\\_1791.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm) [22.2.2016.].

<sup>46</sup> Taj zakon unosi novost koja bi se mogla tumačiti kao korijen razlikovanja apsolutne i relativne zastare. Naime, zastara kaznenog progona se ne prekida trenutkom pokretanja postupka, već se taj zastarni rok udvostručuje, pa zastara nastupa nakon šest godina, što znači da bi sadržajno odgovarala pojmu apsolutne zastare (koju podjelu je poznavao raniji KZ97). - Code pénal - Première partie - des condamnations; Titre VI - de la prescription en matière criminelle.

Article 2 „*Quand il aura été commencé des poursuites à raison d'un crime, nul ne pourra être poursuivi pour raison dudit crime, après six années révolues, lorsque dans cet intervalle aucun jury d'accusation n'aura déclaré qu'il y a lieu à accusation contre lui ; soit qu'il ait été ou non impliqué dans les poursuites qui auront été faites. Les délais portés au présent article et au précédent, commenceront à courir du jour où l'existence du crime aura été connue ou légalement constatée.*“.

<sup>47</sup> Code pénal - Première partie - des condamnations ; Titre VI - de la prescription en matière criminelle.

Article 3 „*Aucun jugement de condamnation rendu par un tribunal criminel, ne pourra être mis à exécution quant à la peine, après un laps de vingt années révolues, à compter du jour où ledit jugement aura été rendu.*“.

<sup>48</sup> Ibidem

U toj se fazi razvoja francuskog kaznenog prava zastara smatrala procesno pravnom tekovinom, zanemarujući posve njezinu materijalnopravnu bit. Stoga se pretpostavlja da je i to razlog unificiranog određenja zastarnih rokova kaznenog progona, odnosno potpunog odsustva korelacije između zastare i (zapriječene) kazne, pa se zastara razmatrala iz kuta (ne)moćnosti sigurnog i egzaktnog utvrđivanja činjenica zbog proteka vremena. Iako se treba imati na umu da je zastara u Code penal-u uređena kao akvizitorna zastara, što znači da nije zanemaren materijalnopravni element.

<sup>49</sup> Za više vidjeti- Cvitanović 2006, 507.

1791. godine, *Code d' instruction criminelle* iz 1808. god.<sup>50</sup> koji je zakonik o kaznenom postupku, radi razlikovanje između tri vrste kaznenih djela (zločina, prijestupa i prekršaja) i prema njima graduirao zastarne rokove (20, 10, 5 i 1 godinu).<sup>51</sup> Takvo rješenje, kroz vezanje zastarnih rokova za težinu kaznenog djela, za razliku od Zakonika iz 1791. naglašava materijalnopravnu prirodu zastare.<sup>52</sup>

*Code penal* iz 1810. godine<sup>53</sup> poznaje trodiobu kaznenih djela na zločine, prijestupe i prekršaje, ali ne sadrži odredbe o zastari, već se odredbe nalaze

---

<sup>50</sup> Zastarni rokovi su propisani u *Code d' instruction criminelle*, u člancima od 635. do 640. - *Code d' instruction criminelle de 1808 (Texte intégral de la version en vigueur en 1929)* (Troisième et dernière partie) ; Livre II - de la justice ; Titre VII - de quelques objets d'intérêt public et de sûreté générale. Chapitre V - de la prescription; dostupan na:

[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_instruction\\_criminelle\\_1929/code\\_1808\\_3.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1929/code_1808_3.htm) [22.2.2016.].

<sup>51</sup> Naime, za zločine koji su sankcionirani najtežim kaznama zastarni rok kaznenog progona iznosi deset godina, za prijestupe tri godine i za prekršaje jednu godinu od dana počinjenja djela, dok zastara izvršenja kazne nastupa za 20 godina za zločine, pet godina za prijestup i 2 godine za prekršaj i to od dana pravomoćnosti presude. Također ponovo uvodi institut prekida zastare nakon kojeg zastara počinje ponovo teći. –*Gajšak* 1974., 18.

<sup>52</sup> U to vrijeme ističe se i jedno novo razmišljanje o opravdanosti zastare s današnjeg aspekta s potpuno nezadovoljavajućim rješenjem i opravdanjem instituta zastare. Naime, smatralo se da je tijekom vremena, odnosno iščekivanje nastupa zastare, od strane počinitelja, kazna za počinitelja sama po sebi, te da u tom vremenu on trpi veliki strah, strepi pred izvjesnošću kazne, te da je taj strah i neizvjesnost od nastupa zastare dovoljna kazna za počinitelja, pa bi sankcioniranje zapravo bilo nesvrhovito. Iako ta teorija ne može biti prihvaćena kao ozbiljni argument u prilog osnovanosti zastare, jer se pravni instituti ne mogu procjenjivati kroz nečija možebitna emotivna stanja, relevantna je jer zastaru stavlja u korelaciju sa (ne)ostvarenjem svrhe kažnjavanja, ponovo akcentuirajući kroz to njezinu materijalnopravnu narav. - *Gajšak* tu teoriju naziva teorijom iskupljenja- Ibidem

<sup>53</sup> *Code pénal de 1810 édition originale en version intégrale, publiée sous le titre: Code des délits et des peines*, (Première partie), Dispositions préliminaires

Article premier

„L'infraction que les lois punissent des peines de police est une *contravention*.

L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un *délit*.

L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un *crime*.“;

dostupan na:  
[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_1810/code\\_penal\\_1810\\_1.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm) [22.2.2016.]

u *Code d' instruction criminelle* iz 1808. god., jer je prema francuskom shvaćanju zastara procesnopravni institut.<sup>54</sup>

Austrijski kazneni zakonik iz 1852. god., kod nas poznat pod nazivom *Kazneni zakon o zločinstvih, prestupciji i prekršajih* (dalje: KZZPP),<sup>55</sup> jednako kao i *Code penal* (1810) poznaje trodiobu kaznenih djela (zločini, prijestupi i prekršaji), te načelno stoji na istim pozicijama kao i *Skupozakonik*. Definiira zastaru na isti način,<sup>56</sup> zastara je akvizitorna,<sup>57</sup> zastarni rokovi su isti,<sup>58</sup> te izuzima od zastare kaznena djela za koja je propisana smrtna kazna,<sup>59</sup> ali isto kao i *Skupozakonik* predviđa da se nakon proteka 20 godina od dana počinjenja kaznenog djela, više ne može izreći smrtna kazna, već se počinitelja može „suditi samo na vremenitu kaznu slobode, na tešku tamnicu“<sup>60</sup> u trajanju od 10 do 20 godina.<sup>61</sup> Sadrži odredbe o prekidu zastare,<sup>62</sup> ali ne poznaje apsolutnu zastaru.<sup>63</sup> Propisuje i pravni učinak zastare, koji se ogleda u nemogućnosti vođenja kaznenog postupka i izricanju kazne.<sup>64</sup> *Gajšak* zaključuje da je takvo određenje zastare koje je bilo prisutno još od *Skupozakonika* sasvim u duhu specijalpreventivnih teorija o svrsi kažnjavanja.<sup>65</sup> Navedeno se jasno iščitava i iz njezinog akvizitornog obilježja i činjenice da najteža djela ne zastaraju, što posljedično znači jasnu prevagu njezine materijalnopravne prirode.

---

<sup>54</sup> Iako je *Code penal* iz 1810. god. naveo postojanje tri vrste kaznenih djela pojmovno i suštinsko razlikovanje zapravo je provedeno *Code d' instruction criminelle*, jer se temeljem tog razlikovanja razlikuju i kazneni postupci koji se vode.

<sup>55</sup> *Kazneni zakon o zločinstvih, prestupciji i prekršajih* proglašen „*Cesarskim patentom od 27. Svibnja 1852.*“, dostupan na: [https://www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/KZ\\_1.pdf](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/KZ_1.pdf) [22.2.2016.]

<sup>56</sup> „*Zagodom se uternjuje zločinstvo i kazan.*“ - §.227. KZZPP; dostupan na: [https://www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/KZ\\_3.pdf](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/KZ_3.pdf) [22.2.2016.]

<sup>57</sup> §.229. KZZPP

<sup>58</sup> §.228. KZZPP

<sup>59</sup> §.231. KZZPP

<sup>60</sup> *Šilović* 1913., 278.

<sup>61</sup> *Ibidem*

<sup>62</sup> §.227. KZZPP

<sup>63</sup> *Ibidem*

<sup>64</sup> „*Učinak zagode jest, da takova zločinstva radi nemože više imat miesta ni iztraga, ni kazan.*“ - §.230. KZZPP

<sup>65</sup> *Gajšak* 1974., 20., 21.

„Osnova novoga Kaznenog zakona o zločinstvima i prestupcima za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju“ iz 1879. godine (dalje: Osnova),<sup>66</sup> poznatija pod nazivom *Derenčinova osnova*, koja nije nikada postala zakonom, ali je vrlo značajna za hrvatsko kazneno pravo, jer je pokušaj donošenja prvog hrvatskog Kaznenog zakona, također poznaje zastaru kaznenog progona<sup>67</sup> koja teče od dana počinjenja kaznenog djela, bez obzira kada je nastupila posljedica,<sup>68</sup> te izvršenja kazne,<sup>69</sup> koja teče od pravomoćnosti presude.<sup>70</sup> Uglavnom slijedi rješenja ranijih zakona, uz razliku što je zastara ekstinktivna (njezin nastup nije uvjetovan poduzimanjem određenih radnji od strane počinitelja), rokovi zastare kaznenog progona su drugačiji (20, 15, 10, 5 i 2 godine)<sup>71</sup> i razlikuju se od rokova zastare izvršenja kazne (25, 20, 15, 10, 5)<sup>72</sup>, te uz prekid zastare,<sup>73</sup> poznaje i mirovanje zastare,<sup>74</sup> što je potpuno novo rješenje.

Krivični zakonik za kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca ili poznatiji pod nazivom Krivični zakonik kraljevine Jugoslavije iz 1929. god. (dalje: KZ29)<sup>75</sup> uvodi određene novine – predviđa zastarijevanje i kaznenih djela za koja je zapriječena smrtna kazna, produljuje zastarne rokove,<sup>76</sup> uz zastaru kaznenog progona poznaje i zastaru izvršenja kazne s nešto drugačijim zastarnim rokovima i drugačijim odredbama o prekidu te zastare.<sup>77</sup> Zastara prestaje imati akvizitorna obilježja, te postaje ekstinktivna pa je stoga za njezin nastup dovoljan protek propisanog vremenskog perioda.<sup>78</sup> Također,

---

<sup>66</sup> *Derenčin* 1997.

<sup>67</sup> §.88. Osnove, str. 23.

<sup>68</sup> §.90. Osnove, str. 24.

<sup>69</sup> §.93. Osnove, str. 24.

<sup>70</sup> §.96. Osnove, str. 25.

<sup>71</sup> §.89. Osnove, str. 23.

<sup>72</sup> §.96. Osnove, str. 25.

<sup>73</sup> §.91. Osnove, str. 24.

<sup>74</sup> §.92. Osnove, str. 24.

<sup>75</sup> za više vidjeti: *Šilović* i dr. 1929.

<sup>76</sup> Rok zastare kaznenog gonjenja iznosi dvadeset godina za zločinstva za koja je propisana smrtna kazna ili „većita robija“, 15 godina za zločinstva za koja je propisana kazna lišenja slobode u trajanju od dvadeset godina, 10 godina za ostala zločinstva; rok zastare izvršenja kazne iznosi 25 godina za smrtnu kaznu ili većitu robiju, 20 godina kod robije ili zatočenja dužeg od deset godina, 15 godina za robiju ili zatočenje do deset godina, 5 godina za strogi zatvor i zatvor duži od jedne godine, te dvije godine za svaku drugu kaznu- *Gajšak* 1974., 25., 26.

<sup>77</sup> *Ibidem*

<sup>78</sup> *Cvitanović* 2006., 511.

uz relativnu zastaru poznaje apsolutnu zastaru (za obje vrste zastare)<sup>79</sup> za čiji nastup je potreban protek dvostrukog vremena predviđenog za tijek redovne zastare.<sup>80</sup> Materijalnoppravna teoretska osnova zastare može se iščitati i iz razmišljanja da se „*svrha kazne može faktično postići samo u slučajevima ako se što brže potraži i izvrši ona mera, koja treba da utiče na učinioaca, da bi se njegovo antisocijalno ili asocijalno delovanje sprečilo, a njegovo dalje držanje da se uputi na pravi put*“.<sup>81</sup> Iz toga jasno proizlazi da je upravo svrha kažnjavanja esencijalna osnova za opravdanje zastare u kaznenom pravu jer protekom vremena kazna prestaje biti svrsishodna, pa bi utoliko i kazneni progon, pa i izvršenje izrečene kazne postalo posve nesvrhovito.

Krivični zakonik iz 1947. god. (dalje: KZ47) ne donosi ništa bitno novog u vezi instituta zastare.<sup>82</sup> Također kao i raniji Krivični zakonik iz 1929. godine poznaje zastaru kaznenog progona i izvršenja kazne,<sup>83</sup> prekid<sup>84</sup> i mirovanje zastare kaznenog progona,<sup>85</sup> te prekid izvršavanja kazne, kao i relativnu i „vanrednu“ (apsolutnu) zastaru kaznenog progona i izvršavanja kazne, koja nastupa nakon proteka dvostrukog vremena predviđenog za relativnu zastaru.<sup>86</sup> U pravilu zastarijevaju sva kaznena djela osim nekih čije zastarijevanje je isključeno posebnim zakonima<sup>87</sup> (primjerice Zakon o kažnjivim djelima protiv naroda i države).<sup>88</sup>

---

<sup>79</sup> Ibidem

<sup>80</sup> Ibidem

<sup>81</sup> Dolenc 1935., 146.

<sup>82</sup> Institut zastare reguliran je članicama od 87.- 91. KZ47 – Frank 1950., 185. – 191.

<sup>83</sup> Ibidem

<sup>84</sup> Zanimljivo je da unatoč tome što je zastara u pravilu ekstinktivna, postavlja se zahtjev da počinitelj ne počini jednako teško ili teže kazneno djelo od učinjenog, jer se i u tom slučaju zastara prekida. Ukoliko počini lakše kazneno djelo od onoga za koje teče zastara, zastara se ne prekida. – Frank 1950., 189.

<sup>85</sup> Ibid., str. 186.-187.

Skraćuje zastare rokove u odnosu na prethodni Krivični zakonik, pa je tako najdulji zastarni rok za kazneni progon bio 15 godina, za kaznena djela za koja je bila propisana smrtna kazna. - Ibid., str. 189.-191.

<sup>86</sup> Ibid., str. 189.-191.

<sup>87</sup> To isključenje je bilo uređeno člankom 88. stavkom 3. KZ47 - Ibidem

<sup>88</sup> Članak 16. Zakona o kažnjivim djelima protiv naroda i države koji je propisivao da određena kaznena djela prema tom Zakonu ne mogu zastarjeti.- Ibid., str. 186. Što je u stvari bilo u to vrijeme zajamčeno sredstvo političkog progona.

Sljedeći Krivični zakonik iz 1951. (dalje: KZ51), također ne donosi bitne promjene u vezi instituta zastare *per se*.<sup>89</sup> Produljuje zastarne rokove na 25, 15, 10, pet ili dvije godine,<sup>90</sup> te ne sadrži odredbu o nezastarijevanju određenih kaznenih djela.<sup>91</sup> Međutim, prije donošenja KZ51, je donesen Uvodni zakon kojim je određeno da će zakon stupiti na snagu 1.7.1951. godine. Predmetni zakon sadrži i neke odredbe o zastari, preciznije sadrži odredbu o retroaktivnoj primjeni novih zastranih rokova, a koja se u sličnom obliku i istom sadržaju nalazi i danas u članku 86. KZ.<sup>92</sup> Navedena odredba regulira situaciju primjene novih zastranih rokova (kako kaznenog progona, tako i izvršenja kazne) sadržanih u KZ51 na sve slučajeve kada je kazneno djelo počinjeno, kada je postupak u tijeku ili je donesena presuda prije stupanja na snagu KZ51, u situacijama kada zastara već nije nastupila.<sup>93</sup> Drugim riječima samo kada je zastara već nastupila neće biti dopuštena (u materijalnopravnom smislu) retroaktivna primjena odredbi o zastari sadržanih u novom Kaznenom zakonu (KZ51). Može se sa sigurnošću zaključiti da je upravo tom odredbom prvi put u hrvatskom materijalnom kaznenom zakonodavstvu postavljena iznimka od zabrane retroaktivne primjene kaznenog zakona. Takvim uređenjem otvorilo se pitanje procjene blažeg zakona, tj. procjenjuje li se blagost prema duljini zastarnih rokova. Ovime se apostrofira i aktualizira važno pitanje „iz pozadine“, koje je temelj svega, a to je upravo pitanje njezine pravne naravi. Evidentno je da produljenje zastarnih rokova ne dovodi počinitelja u povoljniji položaj, iz čega se može zaključiti da je zakon koji produljuje zastarne rokove za počinitelja stroži. Ako se pak dozvoljava retroaktivna primjena zakona koji je stroži tada se poništava materijalnopravna priroda zastare jer se ne primjenjuje (materijalno) načelo primjene blažeg zakona. Unatoč ovakvom rješenju koje ima naglašene procesnopravne elemente, zanimljivo je da je teorija i dalje stajališta da je smisao zastare u tome što zbog protoka vremena kažnjavanje gubi svoj smisao, dakle jasno je isticala njezin

---

<sup>89</sup> Krivični zakonik (prečišćeni tekst). Službeni list FNRJ, br. 30, od dana 29. srpnja 1959.

<sup>90</sup> Član 80. KZ51

<sup>91</sup> Vidjeti KZ51

<sup>92</sup> Člankom 10. Uvodnog zakona je rečeno da će se odredbe čl. 80. i 82. u kojima su propisani rokovi o zastari kaznenog progona, odnosno izvršenja kazne, primijeniti na sve situacije kada zastara još nije nastupila (kada je izrečena presuda prije stupanja na snagu KZ51). – Garačić, str. 2.

<sup>93</sup> Ibidem

materijalnopravni primat. Tako *Frank* smatra da „zastarjelost poništava zahtjev države da se kazni. Kada je proteklo određeno vrijeme kažnjavanje gubi svoj smisao“,<sup>94</sup> odnosno *Zlatarić i Damaška* ističu da se „instituti zastare temelji na tome što se primjena krivične sankcije poslije dužeg vremena pokazuje nesvršishodnom“<sup>95</sup> koja mišljenja evidentno počivaju na materijalnopravnom teorijskom supstratu zastare time što ju stavljaju u izričitu korelaciju sa (ne)potrebnošću realiziranja svrhe kažnjavanja zbog proteka vremena.<sup>96</sup> Sljedeći bitan moment za institut zastare dolazi 1965. godine kroz novelu kojom je određeno nezastarijevanje kaznenih djela genocida i ratnih zločina u svjetlu pripreme Konvencije Ujedinjenih naroda.<sup>97</sup> Da bi se takva odredba mogla unijeti u kazneno zakonodavstvo, tom novelom je bilo propisano da zastara kaznenog progona nastupa, osim ako u tom zakonu nije drugačije određeno, pa je takva formulacija ustvari omogućila da se predvidi nezastarijevanje kaznenog progona za određena kaznena djela, tj. nezastarijevanje nekih kaznenih djela.<sup>98</sup> Događaji u drugom svjetskom ratu u mnogočemu su utjecali na kazneno pravo, pa su tako kroz afirmaciju novih kaznenih djela postavljena i nova dogmatska pitanja vezana uz zastaru i još je jednom istaknuta njezina neporeciva materijalnopravna suštinska bit.

---

<sup>94</sup> Za više vidjeti: *Frank* 1950., 185.

<sup>95</sup> Za više vidjeti: *Zlatarić i dr.* 1966.

<sup>96</sup> Novela iz 1959. god. (dalje: Novela) zastarni rok od 25 godina predviđa samo za djela za koja se može izreći smrtna kazna, te uz to poznaje zastarne rokove od 15, 10, pet, tri, ili dvije godine. Zakonodavac je predvidio da će se odredbe o produljenim rokovima zastare iz te Novele primjenjivati od stupanja na snagu te Novele, pa se može reći da je zakonodavac propisao u kaznomaterijalnom smislu „povratnu primjenu“ odredbi o zastari kaznenog progona, jer se neće primjenjivati odredbe o zastari koje su bile u zakonu koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja djela, već ovi novi zastrani rokovi, stoga je iz te odredbe vidljivo da se zakonodavac vodio procesnopravnom logikom. Pretpostavlja se, da se u tom slučaju primjenjuju odredbe Uvodnog zakona kojim je bilo propisano da će se primijeniti novi zastrani rokovi ukoliko zastara još nije nastupila. – *Garačić*, 3. i 4.

<sup>97</sup> Konvencija o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti; dostupna na: [http://www.istra-istria.hr/fileadmin/dokumenti/upravna\\_tijela/UO\\_za\\_tal\\_nac\\_zaj/Instrumenti\\_zastite\\_ljudskih\\_prava/I.Multilateralni\\_odnosi/I.Ujedinjeni\\_narodi/I-1.5Konvencija%20o%20nezastarijevanju%20ratnih%20zlocina%20i%20zlocina%20protiv%20čovječnosti.pdf](http://www.istra-istria.hr/fileadmin/dokumenti/upravna_tijela/UO_za_tal_nac_zaj/Instrumenti_zastite_ljudskih_prava/I.Multilateralni_odnosi/I.Ujedinjeni_narodi/I-1.5Konvencija%20o%20nezastarijevanju%20ratnih%20zlocina%20i%20zlocina%20protiv%20čovječnosti.pdf) [15.8.2015.]; str.2.

<sup>98</sup> *Garačić*, 4.

U New Yorku je 1968. god. usvojena Konvencija o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti.<sup>99</sup> Tekst preambule *explicite* navodi da je zastara neprihvatljiva za najteža kaznena djela, iz čega je razvidno da se za takva djela posve uzmiče od procesnih razloga kao opravdanja za zastaru, što navodi na zaključak da procesni oportunitet uzmiče pred materijalnopравnom suštinom, jer upravo svrha kažnjavanja zahtijeva izostanak zastare zbog težine zločina. Nadalje, preambula kroz svoju formulaciju po prvi put jasno ističe još jedan bitan moment za genezu zastare, a to je kriminalnopolitički kontekst koji je u mnogočemu utjecao na uređenje zastare, čak i diktirao promjene pozitivnog prava o toj materiji. Sama pak Konvencija u formulaciji iz čl. 1. da „*ne postoji vremensko zastarijevanje u pogledu sljedećih zločina bez obzira na datum kada su počinjeni...*“<sup>100</sup> otvara važno pitanje vezano uz zastaru koje upravo reflektira problematiku njezine pravne naravi, a to je pitanje retroaktivne primjene kaznenog zakonodavstva. Ipak, Konvencija je nedvojbeno potvrdila materijalnopравnu bit zastare. Međutim, istovremeno ju je i problematizirala kroz postavljanje iznimke za zabranu retroaktivne primjene materijalnog kaznenog prava. Iako se u pogledu tih najtežih kaznenih djela uopće ne postavlja pitanje iznimke od zabrane retroaktivnosti, s čim su suglasne sve struje teoretičara, uključujući i one koje zagovaraju ekskluzivnu materijalnopравnu prirodu zastare. Ako se gleda čisto juridički, takvo

---

<sup>99</sup> Uredba o ratifikaciji Konvencije o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječanstva, Službeni list SFRJ– međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 50. od 12.11.1970.

<sup>100</sup> „Ne postoji vremensko zastarijevanje u pogledu sljedećih zločina bez obzira na datum kada su počinjeni: a) ratni zločini prema definiciji u Povelji Međunarodnog vojnog suda, Nürnberg, od 8.kolovoza 1945., potvrđenoj u rezolucijama 3 (I) od 13.veljače 1946. I 95 (I) od 11.prosinca 1946., koje je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih naroda, a osobito „teški prijestupi“ nabrojani u Ženevskim konvencijama od 12.kolovoza 1959. o zaštiti žrtava rata;

b) zločini protiv čovječanstva bilo da su počinjeni u doba rata ili u doba mira prema definiciji u Povelji međunarodnog vojnog suda, Nürnberg, od 8.kolovoza 1945., i kao što je potvrđeno rezolucijama 3 (I) od 13.veljače 1946. I 95 (I) od 11.prosinca 1946., koje je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih naroda, protjerivanje putem oružanog napada ili okupacije i nehumana djela koja proističu iz politike apartheida, kao i zločin genocida prema definiciji danj u Konvenciji o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948.godine čak i kad takva djela ne predstavljaju povredu domaćeg zakona zemlje u kojoj su izvršena.“- Uredba o ratifikaciji Konvencije o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječanstva, Službeni list SFRJ– međunarodni ugovori i drugi sporazumi, broj 50. od 12.11.1970.



normiranje je upitno s pozicije ekskluzivne materijalne naravi zastare koja se ogleda u vrlo restriktivnom tumačenju načela zakonitosti.

Jugoslavija je Konvenciju ratificirala 1970. godine, što je imalo za posljedicu da je nezastarijevanje u Krivičnom zakonu SFRJ iz 1976. godine<sup>101</sup> prošireno na sva djela za koja po međunarodnim ugovorima zastara ne može nastupiti.<sup>102</sup> Argumenatcija za takvu odredbu sadržana u komentaru zakona posve je materijalnopravna i ističe da je zastara vezana uz svrhu kažnjavanja te da je resocijalizacija počinitelja tih djela bez kažnjavanja upitna, pa da stoga ti počinitelji predstavljaju potencijalnu opasnost u budućnosti.<sup>103</sup> Komentar zakona iz 1977. god. nudi odgovor i na pitanje postavljeno još 1951. god. o procjenjivanju strogosti zakona s aspekta produljenih zastarnih rokova. U obrazloženju odredbe (dalje: Obrazloženje) kojom se dopušta povratna primjena produljenih rokova navedeno je da se „zakon koji produžuje rokove zastarevanja ili ukida zastarelost ne smatra strožijim, ako zastarelost gonjenja ili izvršenja nije po tom novom zakonu nastupila“.<sup>104</sup> Takav stav ugrađen je i u tvrdnju Zlatarića koji navodi da „ako zastara po starom zakonu još nije nastupila, onda produženje roka zastare ili njeno ukidanje novim zakonom ne dira ni u kakva prava učinioca“<sup>105</sup> što znači da on za njega nije ni stroži. Može se zaključiti iz Obrazloženja i Zlataraićevog mišljenja da se u to vrijeme zastara očito promatrala s aspekta procesnog prava i smatrala se

---

<sup>101</sup> Čl. 110. KZSFRJ Zbirka pravnih propisa: Krivični zakon SFRJ. Zagreb: Narodne novine, 1976.; KZSFRJ; dostupan na:

[http://adattar.adatbank.transindex.ro/Szerbia/Krivicni\\_zakon\\_Jugoslavije.pdf](http://adattar.adatbank.transindex.ro/Szerbia/Krivicni_zakon_Jugoslavije.pdf) [1.3.2016.]

<sup>102</sup> Krivični zakon SFRJ sadržavao je odredbe općeg dijela i dio inkriminacija koje su ostale na saveznoj razini u nadležnosti federacije, dok je Krivični zakon Socijalističke Republike Hrvatske iz 1976. godine, sadržavao manji broj odredbi općeg dijela i posebni dio koji je sadržavao katalog inkriminacija. Oba krivična zakona (Krivični zakon SFRJ i Krivični zakon SRH) činila su cjelinu i nisu se mogli primjenjivati jedan bez drugoga, te su oba stupila na snagu 1. srpnja 1977. godine.

Odredbe o zastari su se nalazile čl. 95. – čl. 100., a zastrani rok od 25 godina bio je propisan za kaznena djela za koja se može izreći smrtna kazna ili kazna zatvora od 20 godina (čl. 95.st.1. toč. 1. KZSFRJ)

<sup>103</sup> *Bavcon* 1978., 374.

<sup>104</sup> *Srzentić* 1978., 22.

<sup>105</sup> *Zlatarić* 1972.

procesnopravnim institutom, bez obzira što se nalazila u Krivičnom zakonu, i kao takva bila materijalnopravni institut.<sup>106</sup>

Novele koje su uslijedile nisu se odnosile na zastaru. Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske iz 1993. god.<sup>107</sup> nije sadržavao nikakve izmjene vezane uz zastaru, isto tako ni Kazneni zakon iz 1997. god.,<sup>108</sup> kao ni novele tog zakona do 2006. god.<sup>109</sup>

Novelom iz 2006. godine ukinut je zastarni rok od dvije godine i zapravo je produžen na tri godine,<sup>110</sup> što je za posljedicu imalo da kaznena djela koju su zastarijevala do tada u roku od dvije godine sada zastarijevaju u roku od tri. U obrazloženju istog zakona stoji da se „*produljeni zastarni rokovi mogu odnositi i primijeniti samo na kaznena djela koja bi bila ili će biti počinjena nakon stupanja na snagu zakona s takvim promjenama, a nikako retroaktivno na kaznena djela ili izrečene kazne prije toga*“.<sup>111</sup> Iz takvog

---

<sup>106</sup> S druge strane navedeni argumenti sadržani u obrazloženju kao i mišljenje *Zlatarića* ustvari ništa pravno ne argumentiraju, samo iznose stavove o tome kako opravdati ovu situaciju, a što znači da su ustvari svjesni da to i nije u skladu za zajamčenim načelima kaznenog materijalnog prava. Naime, ako je zastara institut materijalnog prava i ima materijalnopravnu narav, tada nije važno jesu li povrijeđena prava počinitelja u odnosu primjene produljenih zastranih rokova, nego je poštivaju li se načela kaznenog materijalnog prava.

<sup>107</sup> Republika Hrvatska je Zakonom o preuzimanju Krivičnog zakona SFRJ, od 28. lipnja 1991. godine, preuzela Krivični zakon SFRJ. Taj se zakon od tada (od preuzimanja) pa do preimenovanja (1992. godine) nazivao Krivični zakon Republike Hrvatske, jer je u hrvatsko zakonodavstvo bio preuzet kao republički zakon. Kasnije je taj Zakon novelom od 28. prosinca 1992. godine preimenovan u Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske (dalje u tekstu: OKZRH), pa se od 1993. počeo primjenjivati pod tim nazivom. Krivični zakon SRH je preimenovan i primjenjuje se pod nazivom Krivični zakon Republike Hrvatske (dalje u tekstu: KZRH). Zastara je bila regulirana čl. 90. – 95. OKZRH (KZSFRJ)- Za više vidjeti:

Zakon o preuzimanju Krivičnog zakona SFRJ NN 53/91; Dostupno na: [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1991\\_10\\_53\\_1294.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1991_10_53_1294.html) [16.7.2015.];

Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Hrvatske, NN 91/92; Dostupno na: [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1992\\_12\\_91\\_2360.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1992_12_91_2360.html) [16.7.2015.]

Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske (pročišćeni tekst), NN 31/93; Dostupno na: [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993\\_04\\_31\\_569.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993_04_31_569.html) [16.7.2015.]

Krivični zakon Republike Hrvatske (pročišćeni tekst), NN 32/93; Dostupno na: [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993\\_04\\_32\\_574.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993_04_32_574.html) [16.7.2015.]

<sup>108</sup> Kazneni zakon iz 1997 NN 27/98, 129/00, 51/01, 111/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11

<sup>109</sup> *Garačić*, 6.

<sup>110</sup> *Ibidem*

<sup>111</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona NN 71/06

obrazloženja, kroz zabranu retroaktivne primjene, vidljiva je intencija zakonodavca da zastari prida ekskluzivnu materijalnopravnu prirodu. Međutim, interesantno je da je Vrhovni sud u pravnom stajalištu zauzeo ponešto drugačije mišljenje, da će se novi zastarni rokovi primijeniti na postupke u tijeku ako za pojedino kazneno djelo zastara još nije nastupila, a ako je zastara već nastupila, ona ne može početi iznova teći.<sup>112</sup> Zauzeto shvaćanje svakako je ustupak procesnim viđenjima zastare kao procesnopravnog instituta jer pretpostavlja (procesno) načelo primjene zakona koji je na snazi u vrijeme vođenja kaznenog postupka, materijalnom načelu primjene zakona koji je bio na snazi u vrijeme počinjenja, odnosno načelu primjene blažeg zakona.<sup>113</sup>

Takva shvaćanja koja su u praksi prihvaćena i primjenjivana, te koja dozvoljavaju retroaktivnu primjenu bila su izvrgnuta kritici od dijela kaznenopravnih teoretičara, koji su čvrsto stajali na stanovištu da je zastara primarno materijalnopravni institut. Tako *Bačić* navodi da: „...propisi o zastari su pretpostavke kažnjivosti djela, da su dakle materijalnopravne priode. To onda znači da ne mogu imati povratni utjecaj na štetu pojedinca (zabrana retroaktivnosti strožeg zakona). Povratnu snagu nema onaj zakon koji bi produžio već započeti rok zastarijevanja ili ukinuo već nastupjelu zastaru. Ali, povratni učinak imao bi zakon koji bi skratio te rokove“.<sup>114</sup> U novijoj literaturi zastupa ga i *Cvitanović* koji ističe da je „retroaktivna primjena produljenih zastarnih rokova (...), praktički nepovoljnijeg zakona, sukladno sentenciji Vrhovnog suda/83 u tom kontekstu teško prihvatljiva“<sup>115</sup> i upozorava na potrebu primjene blažeg zakona pozivajući se načelo pravne sigurnosti.<sup>116</sup> Također, upozorava na jedinstvo općeg i posebnog dijela kaznenog zakona i nedopustivost sagledavanja strogosti zakona samo na

---

<sup>112</sup> Pravno shvaćanje sa sjednice Kaznenog odjela VSRH Su IVk 155/2006-8 od 10.11.2006.

<sup>113</sup> Pretpostavlja se da je ipak donošenje ovakvog pravnog shvaćanja i zauzimanje navedenog stava u prvom redu bilo motivirano sve većim brojem predmeta koji su zbog zastare ostali bez odlučivanja o meritumu, te su okrivljenici bili otpušteni od potencijalne krivnje bez posljedica, a ne osujećivanjem njezine materijalne pravne naravi. U Obrazloženju prijedloga zakona iz 2003.god. stajalo je da je „dosadašnje iskustvo pokazalo da su rokovi zastare kaznenog progona bili prekratki, što je dovodilo do prevelikog broja zastara u sudskoj praksi...“

<sup>114</sup> *Bačić* 1998., 481.

<sup>115</sup> *Cvitanović* 2006, 515.

<sup>116</sup> *Ibidem*

temelju odredaba posebnog dijela,<sup>117</sup> a argumentaciju između ostalog temelji i na navedenom Obrazloženju Kaznenog zakona iz 2006. god.<sup>118</sup>

## 2.2 Filozofskopravna razmatranja i opravdanja uvođenja zastare u kazneno pravo

U pogledu razmatranja osnovanosti ovog instituta s pravnofilozofskog aspekta izuzetno je važna „*Teorija prirodnog prava*“ sa svojim predstavnicima i postavkama jer po prvi puta razmatra i objašnjava osnovanost kaznenopravne zastare, te zastaru ne tumači i opravdava samo kroz pozitivno pravo, već za njezinu utemeljenost traži opravdanje u prirodnom, ustvari nekom suprapozitivnom pravu.<sup>119</sup> Iako su prvi pokušaji opravdanja uvođenja instituta zastare u kazneno pravo s prirodnopravnog stajališta bili obrazlagani pretežno razlozima procesne prirode, kasnije su ipak prevladali razlozi koji osnovanost ovog instituta i razloge njegova uvođenja u kazneno pravo izvode iz materijalnog kaznenog prava.<sup>120</sup> *Lauterbach* je opravdanje za zastaru nalazio u procesnim razlozima – protekom vremena sve je teže prikupiti čvrste i sigurne dokaze, a u odsustvu takvih pravednije je osloboditi nego osuditi, a slično stajalište je zastupao i *Carpzov*.<sup>121</sup> Neki predstavnici te prirodnopravne teorije su smatrali da zastari uopće nije mjesto u kaznenom pravu. Takvo stajalište su zastupali *Locke*,<sup>122</sup> *Hobbes*<sup>123</sup> i *Grotius* koji su naglašavali potrebu da zločin ne može ostati nekažnjen, jer postoji prirodno pravo svakog čovjeka na pravdu (za učinjeno zlo).<sup>124</sup> S druge strane, postojali su teoretičari koji su smatrali da zastari jest mjesto u kaznenom pravu, a njezinu osnovanost su izvodili iz materijalnog prava i smatrali da kazna prestaje biti svrsishodna protekom

---

<sup>117</sup> Ibidem

<sup>118</sup> Tako u Obrazloženju stoji da „se kazneni zakon mora uvijek smatrati i tumačiti kao jedinstvena i koherentna cjelina njegovog općeg i posebnog dijela...“ - Slično stajalište je zauzeo i Kos povodom rasprave u Saboru o izmjenama Kaznenog zakona iz 2006. god. te zauzetog pravnog shvaćanja kaznenog odjela Vrhovnog suda, istaknuvši da je „*zagovornik restriktivnog tumačenja normi o zastari kao isključivo materijalno-pravnih bez mogućnosti retroaktivne primjene*“. - *Branko Kos* sudac Vrhovnog suda - Večernji list, Sabor posvadio pravnik, 12.1.2007.. dostupno na [www.vecernjilist.hr](http://www.vecernjilist.hr)

<sup>119</sup> za više vidjeti: *Gajšak* 1974., 13.

<sup>120</sup> *Cvitanović* 2006, 510

<sup>121</sup> Ibidem

<sup>122</sup> Za više vidjeti: *Locke* 1952.

<sup>123</sup> Za više vidjeti: *Hobbes* 2006.

<sup>124</sup> *Gajšak* 1974., 13.

vremena, što zbog destruktivnog djelovanja proteka vremena na sjećanje drugih o počinjenom djelu (posljedično kojemu nema potrebe kažnjavati radi zastrašivanja drugih), što zbog konstruktivnog djelovanja proteka vremena na počinitelja koji se s vremenom popravlja sam po sebi.<sup>125</sup> Razdoblje prosvjetiteljstva predstavlja period intenzivnog razmatranja svrhe kažnjavanja. Kazna od represivne postaje preventivna, od retributivne utilitarna.<sup>126</sup> Te filozofske misli o svrsi kazne i kažnjavanja utrle su put afirmaciji zastare kao materijalnopravnog instituta. Međutim, u drugoj polovici njemačkog prosvjetiteljstva zastara se našla na udaru oštrih kritika osnovanosti pod utjecajem apsolutnih teorija o svrsi kažnjavanja.<sup>127</sup> Retributivni koncept kazne, kaznu smatra kategoričkim imperativom, pa se počinitelju mora vratiti zlo koje je učinio radi postizanja apsolutne pravde. Zastupnici takvog stajališta su *Kant*<sup>128</sup> i *Hegel*.<sup>129</sup> Procesnopravni tehnički moment posve je nebitan, kazna mora bit izvršena. *Hegel* je smatrao da samo da država ima obvezu kazniti, te da ta obveza nikad ne može zastarjeti, jer zastaraju samo prava, a ne i obveze.<sup>130</sup> Apsolutne teorije kazne, nepokolebljivo su odricale osnovanost zastari. Za afirmaciju zastare prostora je bilo tek kada se filozofija kažnjavanja okrenula prema relativnim teorijama o svrsi kažnjavanja, i to specijalno preventivnim, tako da je u tom trenutku zastari omogućen „ulaz“ u kazneno pravo.<sup>131</sup> Potrebno je istaknuti da su zagovornici generalne prevencije, poput *Feuerbacha* bili protiv zastare jer je zastaru smatrao nespojivom sa svrhom kažnjavanja te je bio mišljenja da joj nije mjesto u kaznenom pravu, jednako kao i *Bentham*,<sup>132</sup> dok je *Beccaria*<sup>133</sup> smatrao da bi zastaru trebalo dopustiti samo kod lakših kaznenih djela. Neovisno o stavu koji je zagovarala koja od teorija o svrsi kažnjavanja, evidentno je da se zastara u tom razdoblju razmatrala isključivo iz materijalnopravne pozicije, posve zanemarujući procesnopravne razloge.

---

<sup>125</sup> Ibidem

<sup>126</sup> Ibid., str. 14.

<sup>127</sup> *Cvitanović* 2006, 510.

<sup>128</sup> Za više vidjeti: *Kant* 1999.

<sup>129</sup> Za više vidjeti: *Hegel* 1989.

<sup>130</sup> *Gajšak* 1974., 14.

<sup>131</sup> *Cvitanović* 2006, 509.

<sup>132</sup> Ibidem

<sup>133</sup> Za više vidjeti: *Beccaria* 1984.

### 3. USTAVNE PROMJENE U RH IZ 2010. I KAZNENI ZAKON RH IZ 2011. S OSVRTOM NA SUDSKU PRAKSU

Do zaokreta u uređenju instituta zastare dolazi 2010., najprije kroz proširenje instituta nezastarijevanja, koje je provedeno na ustavnoj razini u članku 31. stavku 4. Ustava:<sup>134</sup> „*ne zastarijevaju kaznena djela ratnog profiterstva kao ni kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države, propisana zakonom ili ona koja ne zastarijevaju prema međunarodnom pravu.*“<sup>135</sup> Takva formulacija ne daje *expressis verbis* odgovor na pitanje primjenjuje li se ta odredba na kaznena djela koja su već zastarjela ili samo na kaznena djela za koja zastara još teče, no kako je u trenutku stupanja na snagu ustavne promjene većina navedenih djela zastarjela, a imajući u vidu i političko ekonomski kontekst i u tom smislu potrebu strogih mjera kriminalne politike<sup>136</sup> razvidno je da je namjera bila upravo da takva odredba pogodi djela za koja je zastara već nastupila. Takva namjera može se iščitati i iz Vladinog prijedloga Odluke o pristupanju promjeni Ustava RH (dalje: Vladin prijedlog) u kojoj se ističe prevaga načela pravednosti nad načelom zakonitosti.<sup>137</sup> Iz tog Prijedloga se jasno iščitava da je dan primat načelu pravednosti pred načelom zakonitosti. Temeljem takve ustavne promjene 2010. godine, Zakonom o dopuni Kaznenog zakona<sup>138</sup> određeno je da se odredbe o zastari ne odnose na kaznena djela koja ne zastarijevaju

---

<sup>134</sup> Ustav Republike Hrvatske NN 56/90,135/97, 113/00, 28/01, 74/10, 5/14; Dostupan na: <http://www.usud.hr/uploads/Redakcijski%20prociscen%20tekst%20Ustava%20Republike%20Hrvatske,%20Ustavni%20sud%20Republike%20Hrvatske,%202015.%20sijecnja%202014.pdf> [25.7.2015.]

<sup>135</sup> Ustav je izmijenjen Odlukom objavljenom u Narodnim novinama br.89/2010

<sup>136</sup> Prema izvješću DORH-a pronađeno je 659 predmeta s predikatnim kaznenim djelima u kojima su izvidi ili postupak bili u tijeku ili je odbačena prijava zbog zastare, odustalo se od kaznenog progona ili je bila donesena presuda. Kad su izdvojeni potonji predmeti, ostalo je 220 predmeta u kojima je, prema ZKDRPKDPP, bilo moguće nastaviti progon, odnosno kazneni postupak; - *Novoselec* i dr. 2011, 618.

<sup>137</sup> „*Pravedno je i u duhu međunarodnog prava da se počiniteljima teških kaznenih djela uskrati mogućnost da primjenom instituta zastare izbjegne kaznenu odgovornost. Temelj instituta zastare jest jamstvo pravne sigurnosti građanina, međutim, sigurno je da ovaj institut ne bi smio ići u korist počinitelja teških kaznenih djela kojima se kroz zastaru praktično omogućuje legaliziranje učinaka takvih kaznenih djela*“ - Vladin Prijedlog odluke o pristupanju promjeni Ustava RH, rujan 2009.

<sup>138</sup> Zakon o dopuni Kaznenog zakona NN 57/11

prema međunarodnom pravu ali i prema Ustavu. Takva izmjena Ustava i Kaznenog zakona bila je pravni temelj za donošenje Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije (dalje u tekstu: ZNKD) koji je precizirao na koja se kaznena djela odnosi i konkretizirao da se za ta djela kazneni progon može poduzeti i nakon isteka rokova zastare, apsolutne i relativne čime je potvrdio ono što se pretpostavljalo da je intencija ustavne reforme.<sup>139</sup> Navedena Ustavna promjena, pa posljedično i ZNKD izazvali su žustre polemike i postavilo se pitanje ima li ustavotvorac pravo na taj način zadirati u načelo zakonitosti i modificirati ga na taj način te nije li takva retroaktivna primjena u suprotnosti s člankom 7. Europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. *Novoselec* naznačuje da Ustav ne krši tu odredbu, jer je djelo bilo kažnjivo i u trenutku kad je počinjeno i ne propisuje se teža kazna od već propisane te da ustavotvorac ima ovlasti i slobodu da pobliže uređuje sadržaj i opseg načela zakonitosti.<sup>140</sup> Takav je stav vrlo problematičan s aspekta vladavine prava koja pretpostavlja pravnu sigurnost i predvidljivost. Potrebno je istaknuti i važna shvaćanja koja je u svojoj odluci povodom Ustavne tužbe u predmetu „*Hypo*“ iznio Ustavni sud Republike Hrvatske, a koja se referiraju na primjenu Zakona o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije.<sup>141</sup> Činjenična podloga neće biti razmatrana jer bi to iziskivalo novi rad, a nije niti toliko od važnosti za razmatranje pravne problematike instituta zastare, a uz to je predmet još pendentan. Naime, zauzeta shvaćanja i objašnjenja Ustavnog suda pridaju zastari primarno materijalnopravnu narav, stoga je ta odluka od izuzetne važnosti

---

<sup>139</sup> Katalog kaznenih djela na koji se ovaj zakon primjenjuje nabrojan je u čl. 2., 3., 4., 5. i 6., a razvrstan je prema zakonima koji su bili na snazi u pojedinom vremenskom periodu: Osnovni krivični zakon RH, Krivični zakon RH, Carinski zakon, Kazneni zakon, Zakon o izdavanju i prometu vrijednosnim papirima; kaznenim djelima ratnog profiterstva smatraju se kaznena djela nabrojana iz citiranih zakona ako je njima ostvarena nerazmjerna imovinska korist podizanjem cijena robe koja je u nestašici, prodajom državne imovine znatno ispod njezine vrijednosti ili na koji drugi način iskorištavanjem ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države- Zakon o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije, Narodne novine, 57/11

<sup>140</sup> *Novoselec* i dr. 2011., 609.,610.

<sup>141</sup> Zakon o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije NN 57/11

za rad jer potkrjepljuje tezu koja je postavljena u radu- zastara je institut materijalnog prava s materijalnopравnom prirodom. Tako prije svega Ustavni sud stoji na stajalištu da se „ustavne odredbe, a osobito ustavni amandmani naknadno uneseni u ustavni tekst moraju tumačiti u duhu cjelokupnog pravnog poretka oblikovanog u Ustavu...“.<sup>142</sup> Evidentno iz navedenog proizlazi da se ustavno načelo zakonitosti proteže na sve odredbe ustava i materijalnog kaznenog prava. U prvom redu se misli na nove odredbe o nezastarijevanju, što bi nedvojbeno išlo u prilog stavu da se zastara mora sagledavati kroz prizmu načela zakonitosti i uskladiti s tim načelom. Kako je osnovna ideja i cilj načela zakonitosti pravna sigurnost, koja u sebi sadrži i pravnu predvidljivost, ovakvo određenje nedvojbeno stavlja pod upitnik dispoziciju ZNKD-a kojom se dozvoljava kazneni progon i za djela za koja je zastara već nastupila.<sup>143</sup> Bitno pitanje je kako se takva promjena reflektira na pravnu narav zastare.<sup>144</sup> U prvom planu takvog pozitivnopravnog rješenja je dakle uklanjanje posljedica, kažnjavanje za počinjenja djela, dok manje prevencija. Znači efikasno (i zakašnjelo) provođenje kriminalne politike kako bi se realizirala svrha kažnjavanja, a što je posve materijalnopравni sadržaj. Međutim, zakašnjelo provođenje „pravde“, odnosno kažnjavanje više nije pravedno niti je u duhu pravnog poretka, te se takvim postupanjem ne ostvaruje načelo pravednosti kojem je

---

<sup>142</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka br.: U-III-4149/2014, str. 36.

Svoj stav potkrjepljuje jednim ustavnosudskim rješenjem u kojem je utvrdio da „...Ustav čini jedinstvenu cjelinu. Njemu se ne može pristupiti na način da se iz cjeline odnosa koji se njime ustrojavaju izvlači jedna odredba, pa se onda tumači zasebno i mehanički, neovisno o svim ostalim vrijednostima koje su Ustavom zaštićene. Ustav posjeduje unutarnje jedinstvo...Stoga se nijedna ustavna odredba ne može izvući iz konteksta i samostalno interpretirati...“ – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, rj. br. U-I-3789/2014., 8.12.2010., prema Odluka Ustavnog suda br.: U-III-4149/2014, str. 36.

<sup>143</sup> Čl. 1. ZNKD

<sup>144</sup> Iako se dozvoljavanjem retroaktivne primjene kaznenog zakona, na slučajeve u kojima je zastara već nastupila ostavlja puno prostora za zaključak da se radi o primarno procesnom institutu, činjenica da se uopće ne uvažava moment proteka vremena kao procesnog inhibitora, opovrgava taj zaključak. Ponovo, kao i kod Konvencije o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina genocida i njezine ratifikacije i unošenja u hrvatski (tada jugoslavenski) kaznenopravni sustav, ističe se da je ovakvo rješenje utemeljeno na materijalnopравnoj prirodi zastare, neovisno o problematici retroaktivne primjene kaznenog zakonodavstva, koja je s obzirom na političko ekonomski kontekst i kontekst štete koju su ta djela prouzročila za državu pa onda i za pojedince, opravdana i legitimna. Ideja je da se upravo zbog ekonomskih posljedica tih zločina, padanje tih zločina u zaborav ne dolazi u obzir jer se svrha kažnjavanja u tim slučajevima mora postići, i to upravo zbog efikasnosti kriminalne politike.



bio dan primat Vladinim prijedlogom.<sup>145</sup> Ustavni sud navodi da se relevantne dispozicije ustavnog amandmana i navedena dispozicija ZNKD-a "moraju promatrati u svjetlu općeg pravnog načela da u demokratskoj državi utemeljenoj na vladavini prava nije dopušteno retroaktivno propisivati mogućnost kaznenog progona za kaznena djela za koja je već nastupila zastara kaznenog progona".<sup>146</sup> Pritom precizira da je u konkretnom slučaju relevantan trenutak za određivanje je li zastara nastupila ili ne, na dan stupanja na snagu Promjene Ustava 2010, što u konkretnom slučaju nije učinio ni prvostupanjski sud, niti Vrhovni sud.<sup>147</sup> Nadalje, referirajući se na tvrdnju prvostupanjskog suda da su ustavni amandmani i dispozicija ZNKD-a retroaktivno ukinuli, odnosno izmijenili odredbe o zastari, koje ustvari predstavljaju opća načela prava radi zaštite javnog poretka, Ustavni sud ističe da se „ne radi o nikakvom zabacivanju zakonskih odredbi o zastari jer bi takvo tumačenje značilo poraz ustavnog načela zakonitosti kojem je cilj i svrha da nitko ne smije biti podvrgnut arbitrarnom progону, osudi ili kazni“.<sup>148</sup> Iz navedenog proizlazi da se institut zastare mora promatrati te se na njega ima primijetiti načelo zakonitosti, pa se stoga odredbe o zastari moraju sadržajno i pravno usuglasiti s tim materijalno-pravnim načelom iz čega nedvojbeno proizlazi njezin materijalno-pravni primat. Ustavni sud je u predmetnoj odluci zauzeo stav da je riječ o predmetu od presedanskog značenja,<sup>149</sup> te da se ZNKD ima primijeniti samo na ona kaznena djela, za koja u trenutku stupanja na snagu tog zakona, zastara još nije nastupila,<sup>150</sup> čime je ustvari zauzeo stajalište kakvo je danas sadržano u članku 86. KZ, a koje je bilo prvi put uneseno u kazneno pravni sustav Uvodnim zakonom iz 1951. Međutim, i takvo

---

<sup>145</sup> Smatra se da je problematiziranje pravne prirode zastare samo neizbježna posljedica konflikta takvog uređenja i zabrane retroaktivne primjene kaznenog zakona, a ne i namjerno podrivanje materijalno-pravne naravi zastare. Između ostalog mora se priznati da Ustavotvorac ima pravo na takav način modificirati sadržaj i opseg načela zakonitosti, i kroz to uklanjati taj konflikt, barem do granice do koje nije u sukobu sa supranacionalnim pravnim rješenjima (Konvenciju o ljudskim pravima i slobodama iz 1950.).

<sup>146</sup> Odluka Ustavnog suda br.: U-III-4149/2014, str.52 ; takav stav je evidentno protivan ranije navedenom stavu *Novoseleca*

<sup>147</sup> Odluka Ustavnog suda U-III-4149/2014, str. 53.

<sup>148</sup> Odluka Ustavnog suda U-III-4149/2014, str.61.

<sup>149</sup> Odluka Ustavnog suda U-III-4149/2014, str. 35.

<sup>150</sup> Odluka Ustavnog suda U-III-4149/2014, str. 41. -43.

Drugačijeg je stajališta *Novoselec*.- Za više vidjeti *Novoselec* 2015., 437.-451.

stajalište naglašava primarno materijalnopravnu prirodu zastare. Ustavni sud je utvrdio stajalište da su kaznena djela koja su navedena u ZKND-u dobila<sup>151</sup> novo zakonsko obilježje sadržano u članku 7. ZKND, koje se ogleda u „nesrazmjernoj“ imovinskoj koristi.<sup>152</sup>

Ustavni sud je učinio još nešto vrlo važno što ima dalekosežne posljedice glede primjene ZKND s aspekta kaznenog materijalnog prava. U svojoj odluci točno je odredio vremenski period na koji se ima primijeniti ZKND. Period je od 30.5.1990. do 15.1.1998., stoga je na neki način ZKND postao temporalni zakon u užem smislu<sup>153</sup> i to sa retroaktivnom primjenom, što je pozicije materijalnog kaznenog prava nedopustivo. Autorice smatraju da su posebne okolnosti iz ZKND, koje su inače relevantne za primjenu određenog temporalnog zakona,<sup>154</sup> upravo okolnosti navedene u članku 1. ZKND,<sup>155</sup> odnosno vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države, dok bi se okolnost ratnog profiterstva i okolnost da je djelo počinjeno u sklopu procesa pretvorbe i privatizacije, moglo i trebalo smatrati novim obilježjima djela. Ovo iz razloga što će se ZKND moći primijeniti samo u onim situacijama kada djela koja su taksativno nabrojana u članku 2. do 6. ZKND imaju obilježja ratnog profiterstva ili potječu iz procesa pretvorbe i privatizacije i počinjenja su za vrijeme Domovinskog rata, mirne reintegracije i dr. U ostalim slučajevima kada su djela iz kataloga ZKND-a počinjenja mimo procesa pretvorbe i privatizacije ili nemaju obilježaja ratnog profiterstva, a učinjena su također u tom vremenskom periodu (Domovinskog rata, mirne reintegracije...) neće se moći primijeniti ZKND

---

<sup>151</sup> Čl. 1.-6. ZKND

<sup>152</sup> Odluka Ustavnog suda U-III-4149/2014, str. 41. -43.

Ovakvo stajalište podupire i *Derenčinović*.- Za više vidjeti: *Derenčinović* 2015., 7.-14.

<sup>153</sup> Temporalni ili vremenski zakoni su zakoni koji sadrže izričitu odredbu do kada su na snazi (vremenski zakoni u užem smislu) odnosno na koji vremenski period se imaju primijeniti, ali i zakoni iz čijeg se sadržaja i svrhe može utvrditi da se njima uređuju vremenski ograničeni odnosi (vremenski zakoni u širem smislu). – Za više vidjeti *Novoselec* i dr. 2013, 82. i 83.

<sup>154</sup> Kod temporalnih zakona prestanak važenja nije uvjetovan „promjenom pravnih shvaćanja o kažnjivosti nekog ponašanja, već prestankom posebnih okolnosti koje zakon ima u vidu.“- *Novoselec* i dr. 2013., 83.

<sup>155</sup> „Za kaznena djela ratnog profiterstva i kaznena djela iz procesa pretvorbe i privatizacije počinjenja u vrijeme Domovinskog rata i mirne reintegracije, ratnog stanja i neposredne ugroženosti neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti države, kazneni progon se može poduzeti i nakon isteka rokova za zastaru kaznenog progona...“- Čl. 1. ZKND

niti će se raditi o tim djelima na koja se ima primijeniti navedeni Zakon,<sup>156</sup> o čemu govori i *Derenčinović* te predlaže primjenu tzv. *Trodijelnog testa*.<sup>157</sup> Glede povrede odredbi Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljenih sloboda (dalje: EKLJP), u vezi retroaktivne primjene zastranih rokova, Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) je u presudi *Coeme i drugi protiv Belgije* od 22.6.2000.<sup>158</sup> zauzeo je stajalište da retroaktivna primjena produljenih zastarnih rokova, s obzirom da se takvim produljenjem ne mijenja sadržaj kaznenog djela, ne krši čl. 7.<sup>159</sup> Uporište za takvo rješenje nalazi u belgijskom kaznenom zakonu koji zastaru tretira kao procesni institut.<sup>160</sup> Ovakvo stajalište ESLJP je u skladu s zauzetim stavom Venecijanske komisije u kojem je izraženo da bi se odredbe o zastari i kaznenoj odgovornosti trebale regulirati unutar kaznenopravno sustava svake pojedine države, a ne izravno ustavom.<sup>161</sup> Drugim riječima ostavlja

---

<sup>156</sup> Primjerice kada je kazneno djelo Zlouporebe položaja i ovlasti počinjeno u postupku procesa pretvorbe i privatizacije u vrijeme Domovinskog rata, mirne reintegracije..., tada će se moći primijeniti ZNKD jer je riječ o tim djelima, dok se na „obično“ kazneno djelo Zlouporebe položaja i ovlasti koje nije počinjeno u tom procesu, ali jest počinjeno u vrijeme Domovinskog rata, mirne reintegracije..., neće moći primijeniti ZNKD.

<sup>157</sup> Kod dopuštenosti primjene ZNKD *Derenčinović* uvodi tzv. *trodijelni test*, a kao kriterije smatra potrebnim uvesti protektivnost (koja podrazumijeva i proporcionalnost- samo za najteža kaznena djela koja su u nekom približnom rangu s međ. zločinima, te koja ugrožavaju fundamentalne interese društvene zajednice), temporalnost („činjenični opis na kojem se temelji određena pravna kvalifikacija mora se odnositi na razdoblje na koje se primjenjuje ZNKD“) i koneksitet (da su kd. počinjena u procesu pretvorbe i privatizacije ili predstavljaju ratno profiterstvo). – *Derenčinović* 2015., 13.

<sup>158</sup> Presuda ESLJP *Coeme i drugi protiv Belgije*, br. zahtjeva 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33210/96, od 22.6.2000.,

<sup>159</sup> *Munivrana Vajda & Roksandić Vidlička* 2013., 49., 50.

<sup>160</sup> *Ibidem*

<sup>161</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary* (720/2013), § 29.; dostupno na: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)012-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)012-e) [25.2.2016.]

Ovakvo stajalište je zauzeto povodom razmatranja zahtjeva Mađarske, o četvrtom amandmanu na mađarski Ustav 2013. godine, u kojem se navodi da je „odredba ustavne novele o nezastarijevanju „nečovječnih kaznenih djela počinjenih protiv mađarskog naroda tijekom socijalističke i komunističke diktature“ neprihvatljiva jer uvođenje u ustav lustracijskih mjera nakon proteka dugog vremena od početka procesa demokratizacije društva može značiti favoriziranje odmazde na štetu demokracije“. – *Derenčinović* 2015., 10.,

Za više vidjeti - European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary* (720/2013), § 27.

svakoj državi na volju hoće li zastaru smatrati kazneno-procesnim ili kazneno-materijalnim institutom, te ovisno o opredjeljenju, retroaktivna primjena (produljenih ili ukinutih) zastranih može predstavljati kršenje članka 7. EKLJP. Može se zaključiti da je načelo zakonitosti iz članka 7. EKLJP jedan od najvažnijih garancija vladavine prava,<sup>162</sup> koje u sebi sadrži i zabranu retroaktivne primjene kaznenog prava na štetu optuženika,<sup>163</sup> a temeljna ideja je da se ne dopusti arbitrarna primjena prava.<sup>164</sup> *Derenčinović* navodi kako do sada u praksi „ESLJP nije bilo slučajeva u kojima je predmet odlučivanja bila dopuštenost retroaktivnog produljenja zastarnog roka u situacijama u kojima je zastara prema nacionalnom pravu već nastupila“ uz jednu iznimku u predmetu *Kononov protiv Latvije*<sup>165</sup> u kojem se retroaktivna primjena odredbi o nezastarijevanju razmatrala u „kontekstu međunarodnih zločina koji ne zastarijevaju po međunarodnom pravu“.<sup>166</sup> Nakon svih polemika koje je reforma nezastarijevanja instituta zastare izazvala, pristupilo se izradi novog Kaznenog zakona koji je stupio na snagu 1.1.2013. (dalje u tekstu: KZ). Kazneni zakon uvodi bitne novine glede instituta zastare. Napušta se razlika između relativne i apsolutne zastare, te se uvodi jedna, jedinstvena zastara,<sup>167</sup> što zapravo praktično znači da se relativna zastara ukida, a sadržajno se takva novo određena zastara preklapa sa dosadašnjim pojmom apsolutne zastare.<sup>168</sup> Bitno je naglasiti da zastrani rokovi i zastara čine nerazdvojivo jedinstvo, ali nisu istoznačnice. Protekom

---

<sup>162</sup> *Derenčinović* 2015., 9.

<sup>163</sup> Za više o ovakvom stavu ESLJP vidjeti presudu ESLJP u predmetu *Del Rio Prada protiv Španjolske*, br. zahtjeva 42750/09, od dana 21.10.2013. § 116.

<sup>164</sup> ESLJP je zauzeo čvrst stav zabrane retroaktivne primjene kaznenog prava jer bi suprotnim postupanjem bilo dovedeno u pitanje načelo nepristranosti i objektivnosti države u kojoj se poštuje vladavina prava. Drugim riječima to „znači da država mora poštivati zakone na snazi i ne smije ih mijenjati kako bi ostvarila specifičan rezultat u odnosu na neke prethodne situacije“. – *Derenčinović* 2015., 10.

Shodno tome prava garantirana člankom 7. EKLJP sukladno članku 15. EKLJP nisu podložna derogaciji, a da se članak 7. EKLJP odnosi i na pitanje retroaktivne primjene (produljenih ili ukinutih) zastranih rokova proizlazi iz prakse ESLJP. - *Ibid.*, str. 9.

<sup>165</sup> Presuda ESLJP *Kononov protiv Latvije*, br. zahtjeva 36376/04, od dana 17. 5.2010.

<sup>166</sup> *Derenčinović* 2015., 10.

<sup>167</sup> Čl.81, čl.83. KZ

<sup>168</sup> U skladu s tim brisane su i odredbe o prekidu zastare. Značaj razlikovanja između relativne i apsolutne zastare sastojao se u tome što bi nakon prekida zastare, dakle svake postupovne radnje poduzete radi kaznenog progona počinitelja zastara počela iznova teći, i tako sve dok ne bi nastupila apsolutna zastara za koju je trebalo proteći dvostruko onoliko vremena koliko je određeno za nastup relativne zastare.

zastranih rokova nastupa zastara. Znači zastrani rokovi ističu, a zastara ne ističe, ona nastupa. Propisani su dakle novi zastarni rokovi za kazneni progon, kao i za izvršenje kazne, koji su u odnosu na dosadašnje rokove za relativnu zastaru duži, a u odnosu na dosadašnje rokove za nastup apsolutne zastare nešto kraći.<sup>169</sup> Iz toga se može zaključiti da su zastarni rokovi produljeni novim Kaznenim zakonom. Pitanje koje se javlja u svezi s takvim novim određenjem jedne jedinstvene zastare koja apsolutno nastupa nakon proteka propisanog roka, je koji su razlozi, te koja je svrha ukidanja ranijeg razlikovanja i novog uređenja. Ako se prihvati teza da je *ratio legis* zastare gašenje potrebe za kažnjavanjem, onda je sasvim proturječno da bi bilo kakva radnja državnih tijela utjecala na produživanje roka, pa se može zaključiti da napuštanje razlikovanja relativne i apsolutne zastare predstavlja pomak ka primarno matrijalnopravnom određenju njezine naravi.<sup>170</sup> Zakon uvodi još jednu novinu u kontekstu zastare kaznenog progona– određuje da se ista produljuje za dvije godine ako je prije proteka zastarnih rokova donesena bilo kakva prvostupanjska presuda.<sup>171</sup> Autorice su mišljenja da takva *explicite* odredba naknadnog produljenja već produljenih zastarnih rokova, *a fortiori* dovodi u pitanje načelo primjene blažeg zakona. Polemika

---

<sup>169</sup> Tako sada kazneni progon zastarijeva u roku od 40 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna dugotrajnog zatvora i kazna zatvora u trajanju dužem od 15 godina, 25 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od 10 godina, 20 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od 5 godina, 15 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od 3 godine, 10 godina za kaznena djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju dužem od jedne godine i 6 godina za ostala kaznena djela, a isti zastarni rokovi predviđeni su i za zastaru izvršenja kazne, s time da se izrečena kazna ne može izvršiti nakon što protekne 40 godina od izrečena kazne dugotrajnog zatvora, 25 godina od izrečene kazne zatvora u trajanju duljem od 10 godina, 20 godina od izrečene kazne zatvora u trajanju duljem od 5 godina, 15 godina od izrečene kazne zatvora u trajanju duljem od tri godine, 10 godina od izrečene kazne zatvora u trajanju duljem od 1 godine i 6 godina od izrečene kazne u trajanju do 1 godine, novčane kazne kao glavne ili sporedne kazne

<sup>170</sup> Ipak, potrebno je imati na umu da je takvo rješenje zapravo čisto tehnički produkt problema neegzaktnog definiranja instituta prekida zastare, jer se nije davao jasan odgovor na pitanje kojim se to točno radnjama zastara prekida, što je stvaralo velike teškoće i time dovelo do takvog rješenja o ukidanju instituta njezina prekida i kroz to samog pojma relativne zastare.

<sup>171</sup> Čl. 81. st. 3. KZ

U obrazloženju te zakonske odredbe navodi se da bi se na taj način onemogućilo (dosta često) prebacivanje odgovornosti s prvostupanjskih sudova na žalbene, jer bi se takvim produljenjem uklonila inercija i poticalo bi se na brže postupanje žalbeni sud, ali i prvostupanjski sud u slučaju ukidanja presude.- *Turković i dr.* 2013., 120.

i problematika oko primjene produljenih rokova ili ukidanja zastare odnosi se i na ovu odredbu, ali bi ovu odredbu, također trebalo razmatrati i odvojeno kao samostalnu, novu odredbu, kojom se produljeni rokovi dodatno produljuju, te se takvim dodatnim produljivanjem rokova već nepovoljnija pozicija okrivljenika pogoršava. Novina je i decidirana i eksplicitna regulacija primjene zastarnih rokova, sadržana u članku 86. KZ, kojom je propisano da „*ako se prije nastupa zastare kaznenog progona ili zastare izvršenja kazne primijeni rok zastare, primijenit će se rokovi novog zakona.*“<sup>172</sup> Ova odredba je istog sadržaja kao odredba iz Uvodnog zakona 1951. godine, te je potpuno suprotna razmišljanjima navedenim u obrazloženju Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona iz 2006. god. Zakonodavac se odmaknuo od ranije danog mišljenja u tom Obrazloženju te se priklonio stajalištu zauzetom u sudskoj praksi.<sup>173</sup> Naime, Vrhovni sud SRH je 1983. god. u jednoj svojoj odluci iznio sljedeće: „*zastara nije nikakav privilegij za počinitelja, već institut donesen zbog oportuniteta, pa se pitanje primjene blažeg zakona, u smislu čl.4. st.2. SFRJ,*“<sup>174</sup> *ne postavlja u odnosu na pitanje zastarevanja*“.<sup>175</sup> Prema izraženom stajalištu zastara bi se imala prosuđivati prema novom zakonu, čak i kada je novim zakonom produljen rok zastare pa čak i kada je zastara ukinuta, ako nije bila nastupila do trenutka donošenja pravomoćne presude. Iz navedenog citata, jasno proizlazi da se u to vrijeme zastara smatrala procesnopravnim institutom, jer je rečeno da je zastara uvedena zbog „oportuniteta“, odnosno svrhovitosti, što je institut procesnog prava.<sup>176</sup> Slično rezonira VSRH i 1998. godine, kada u obrazloženju odluke navodi da „*prema pravnom shvaćanju Vrhovnog suda Republike Hrvatske, zastara kaznenog progona (relativna i apsolutna) prosuđuje se prema novom zakonu, a to je i ovdje slučaj, i onda kad je novim zakonom produljen rok*

---

<sup>172</sup> Čl.86. KZ

<sup>173</sup> Pritom je bitno naglasiti da je sudska praksa svoj razlog za usvajanje povratne primjene produljenih zastarnih rokova temeljila na ponešto drugačijem stajalištu od onog koje je bilo presudno zakonodavcu 1977. god., možda i ranije.

<sup>174</sup> Načelo zakonitosti, je na isti način regulirano kao danas u KZ-u

<sup>175</sup> Presuda VSRH KŽ 256/83, od 9.11.1983.

<sup>176</sup> “Dođe li nakon počinjenja djela do skraćenja zastarnih rokova, ide to u prilog počinitelju. Budu li ti rokovi nakon počinjena produljeni ili zastara bude za određena kaznena djela potpuno ukinuta, smatra se da zastara koja je već nastupila ne može početi ponovo teći, ali ako je u trenutku izmjene zakona još tekla, ima se na počinitelja primijeniti novi zakon, makar bio za njega i nepovoljniji.“ - Presuda VSRH KŽ 256/83, od 9.11.1983.

*zastare (relativne i apsolutne) te i onda kad bi zastara novim zakonom bila čak i ukinuta, jer se primjena blažeg zakona u pogledu zastare ne postavlja.*<sup>177</sup> Dosljednost sudske prakse u takvom razmišljanju i dalje je prisutna što je vidljivo u nekim recentnim sudskim odlukama. Tako se u jednoj odluci VSRH iz 2008. godine eksplicitno poziva na odluku iz 1983. god. i citira odnosni navod,<sup>178</sup> a takav stav potvrdio je i Ustavni sud 2010. povodom ustavne tužbe u kojoj se između ostalog postavlja i pitanje primjene produljenih zastarnih rokova na kazneno djelo počinjeno prije stupanja na snagu zakona s produljenim zastarnim rokovima.<sup>179</sup> Iz zauzetih stajališta, da se pitanje primjene blažeg zakona ne postavlja u odnosu na zastarijevanje, odnosno da se na pitanje produljenja zastranih rokova i nastupa zastare ne primjenjuje načelo primjene blažeg zakona, razvidno je da praksa stoji na stajalištu da je zastara primarno procesni institut na koji se stoga primjenjuje načelo *tempus regit actum*, a ne materijalno pravna načela kao načelo primjene blažeg zakona.<sup>180</sup> S druge strane, kao što je već istaknuto do sada, zastara se trenutno u pozitivnom pravu smatra institutom mješovite pravne prirode. Potrebno je napomenuti da ne postoji nikakva formalna odluka među teoretičarima niti praktičarima da je zastara institut mješovite naravi.<sup>181</sup> Može se reći da je takvo stajalište zauzeto kao kompromis između materijalnopравnih i procesnopравnih teoretičara kaznenog prava. Međutim, takvim trenutno zauzetim shvaćanjem ništa nije riješeno, već naprotiv, složeno pitanje se samo joj više zakompliciralo (koja će se načela primjenjivati, i sl.). Ipak treba istaknuti da navedeno shvaćanje VSRH-a koje je implementirano u dosad navedenim odlukama, nije uniformno bilo prihvaćeno u našem pravnom sustavu, jer je potpuno

---

<sup>177</sup> Presuda VSRH Kž-1340/60

<sup>178</sup> VSRH Kr- 88/2008, od 12.11.2008.

<sup>179</sup> Odluka Ustavnog suda RH, U-III-54080/2009., 26.11.2010.

<sup>180</sup> Takvom formulacijom ide se za tim da zastara ne predstavlja jednu od pretpostavki kažnjivosti, što je stajalište zagovornika materijalnopравne naravi instituta, nego da se zastara uzima za (negativnu) procesnu pretpostavku što je svojstveno za procesnu teoriju o njezinoj pravnoj naravi. Navedeno je različito i od stajališta usvojenog u Komentaru zakona iz 1977. god., koji je unatoč tome što je dozvolio retroaktivnu primjenu zastarnih rokova smatrao da se ne radi o primjeni zakona koji je stroži za počinitelja, pa je stoga strogost zakona razmatrao s aspekta zastarnih rokova. Međutim, pogrešno je zaključio da takav zakon za počinitelja nije stroži.

<sup>181</sup> Istraživanjem autorica, spoznalo se da (prema njihovim saznanjima) ne postoji niti jedna formalna niti neformalna odluka (sa nekog savjetovanja ili skupa) u pisanom obliku, u kojoj bi se utvrdilo da je zastara institut mješovite naravi.

suprotno shvaćanje izraženo u nekim odlukama nižih kaznenih sudova. Tako je Županijski sud u Zagrebu u jednoj svojoj odluci iz 2000. god. potvrdio odluku Općinskog suda i u obrazloženju naveo da je „...*pravilan zaključak prvostupanjskog suda da i rokove zastare treba prosuđivati sukladno odredbi čl. 3. KZ*<sup>182</sup>...*Isto tako, novi zakon blaži je i u pitanju roka zastare...*“<sup>183</sup> Iako se u konkretnom slučaju radilo o skraćivanju zastarnih rokova, a ne o produljenju, jasno je izraženo stajalište da se blagost, odnosno strogost zakona ocjenjuje prema zastarnim rokovima.<sup>184</sup> Iz navedenog citata može se jasno izvesti zaključak da kad bi novi zakon produljio zastarne rokove bio bi *a contrario* stroži te posljedično u sukobu s načelom primjene blažeg zakona i stoga neprimjenjiv, što je posve u skladu s primarnim materijalnopravnim sagledavanjem zastare. Iako je u praksi bilo i takvih stavova, drugačijih od stava VSRH (koji je bio iznesen u presudama ali nije bio u formi sentence ili odluke o rješavanju nekog pravnog pitanja), ipak je Kazneni zakon izgleda išao drugom logikom i usvojio razmišljanje iz odluke iz 1983.<sup>185</sup> Komentar Kaznenog zakona iz 2011. godine ne daje nikakvo obrazloženje odredbe o retroaktivnoj primjeni produljenih zastarnih rokova. Jedino decidirano utvrđuje da se „*ne odnosi na situacije gdje je već nastupila zastara...*“<sup>186</sup> što je sasvim jasno, jer bi u protivnom takva odredba kojom se dozvoljava retroaktivna primjena i na situacije u kojima je zastara već nastupila izvršila ozbiljnu povredu ustavnosti takvog zakona. U drugom dijelu tog obrazloženja ističe se da počinitelj nema pravo znati kako dugo može izbjegavati kazneni postupak,<sup>187</sup> iz čega pak proizlazi da zastara ne predstavlja pravo počinitelja, o čemu se uostalom odavno usuglasila i

---

<sup>182</sup> Pritom se misli na čl. 3. st. 2. KZ97: „*Ako se zakon nakon počinjenja kaznenog djela, a prije donošenja pravomoćne presude, izmijeni jednom ili više puta, primijenit će se zakon koji je najblaži za počinitelja.*“ - načelo primjene blažeg zakona

<sup>183</sup> ŽSZG Kž-1058/00

<sup>184</sup> Shodno tome je zauzeto stajalište da je zakon koji skraćuje rokove zastare za počinitelja blaži i stoga obavezno primjenjiv, jer to zahtijeva materijalnopravno načelo (retroaktivne) primjene blažeg zakona za počinitelja, čime se apostrofira materijalnopravni primat instituta.

<sup>185</sup> Time je dokinuo svaku dilemu neovisno o tome produljuje li novi zakon ili skraćuje zastarne rokove, pa ukoliko zastara nije nastupila imaju se primijeniti rokovi iz novog zakona.

<sup>186</sup> Čl. 86. KZ – *Turković* i dr. 2013., 123.

<sup>187</sup> *Ibidem*



teorija i praksa, te stoga uopće nije sporno.<sup>188</sup> Međutim, počinitelj ima pravo znati kada će prema propisima nastupiti zastara, jer mu to jamči pravna sigurnost kao osnovno načelo svake pravne države, koja se trenutno narušava unošenjem ovakvog rješenja u Kazneni zakon (čl. 86. KZ). Ono što počinitelj nema pravo jest opstruirati taj postupak, ali naglašava se da u svakom slučaju ima pravo znati kada će nastupiti zastara.<sup>189</sup> Stoga, *Cvitanović* ističe da se radi o jednoj retrotendenciji u uređenju instituta zastare,<sup>190</sup> barem s aspekta retroaktivne primjene produljenih zastarnih rokova. Isto se može reći i za današnju odredbu o dodatnom produljenju zastarnih rokova u situaciji kada je donesena prvostupanjska presuda.<sup>191</sup> Novinu u pogledu zastare izvršenja kazne predstavlja odredba da zastara izvršenja ne teče za vrijeme izdržavanja kazne.<sup>192</sup> Naime do tog zakona takve odredbe nije bilo, a sudska praksa pratila je pravno shvaćanje VSRH-a na kojem je prihvaćeno shvaćanje da za vrijeme izdržavanja kazne apsolutna zastara i dalje teče, odnosno ako za vrijeme izdržavanja kazne nastupi apsolutna zastara daljnje se izdržavanje obustavlja.<sup>193</sup> Takvo shvaćanje VSRH je pravdao analogijom da ako izvršenje kazne ne može započeti zbog apsolutne zastare, onda se ne može ni nastaviti ako tijekom izvršenja kazne zastara nastupi. Međutim, takva analogija nije održiva, jer kada se jednom osoba nađe na izdržavanju kazne, tada više nema mjesta zastari, jer se svrha kažnjavanja može ostvariti jedino ako osoba izdrži izrečenu kaznu. Upravo je kod ove zastare najvidljivija njezina materijalnoppravna narav, jer se ne može govoriti o neizvršenju kazne zbog procesnih smetnji, s obzirom da je postupak proveden, o meritumu je odlučeno i kazna izrečena, pa zastara nastupa upravo iz materijalnopravnih razloga, odnosno ukoliko je osoba na

---

<sup>188</sup> Takvo obrazloženje sadržano je između ostalog i u citiranoj Odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske iz 1983.

<sup>189</sup> Zašto bi se na uštrb počinitelja prebacivala odgovornost nadležnih tijela koji nisu na vrijeme poduzimali radnje radi procesuiranja počinjenog kaznenog djela.

<sup>190</sup> *Cvitanović* 2006., 521.

<sup>191</sup> Naročito ako se uzme u obzir obrazloženje iz Komentara zakona 2006. god. koji je decidirano i čvrsto stajao na stanovištu da se zastarni rokovi koji su na snazi mogu primijeniti samo na kaznena djela koja bi bila ili će biti počinjena nakon stupanja na snagu tog zakona. Time je bila posve anulirana mogućnost retroaktivne primjene strožeg zakona, i potvrđen ekskluzivitet materijalnoppravne prirode zastare. Ovakvo zakonsko rješenje izneseno u novom zakonu nedvojbeno se može sagledavati kao retrotendencija u uređenju instituta zastare kao materijalnopravnog instituta.

<sup>192</sup> Čl. 84 st. 3. KZ

<sup>193</sup> VSRH, Izbor odluka, br.1/2001., str. 217.

izdržavanju kazne zastara više ne može nastupiti.<sup>194</sup> U drugoj polovici 2013. godine postojali su prijedlozi ukidanja zastare za kaznena djela teškog ubojstva počinjena iz političkih pobuda,<sup>195</sup> što je začetak novog koncepta u kaznenom pravu, koncepta koji preispituje opravdanost zastarijevanja određenih teških kaznenih djela. Navedeni prijedlog u takvoj formi nije usvojen, ali je Zakonom o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, od 13. svibnja 2015. člankom 22. tog Zakona predviđeno nezastarijevanje teškog ubojstva (članak 111. KZ) te ubojstva osoba pod međunarodnom zaštitom (članak 352. KZ).<sup>196</sup>

#### 4. POREDBENOPRAVNI PREGLED

Problematika produljenja zastarnih rokova, a kroz to i problematika pravne naravi zastare djelomično je vezana uz napuštanje razlikovanja relativne i apsolutne zastare. Švicarski Kazneni zakon u svojim je izmjenama 2007. god. napustio razlikovanje apsolutne i relativne zastare te brisao odredbe o prekidu zastare.<sup>197</sup> No, za razliku od našeg zakonskog rješenja, švicarski je zakonodavac *explicite* odredio da se promijenjeni zastarni rokovi mogu primijeniti i na djela počinjena prije njihova stupanja na snagu samo onda

---

<sup>194</sup> Međutim, ako je započelo izdržavanje kazne, započet je proces generalne i specijalne prevencije koji se mora i dovršiti jer se samom činjenicom da je započeto ispunjavanje svrhe kažnjavanje upućuje na to da se ono mora i dovršiti. Zato nova odredba ne ostavlja dvojbe i jasno služi toj svrsi, u čiji prilog govori i činjenica da zastara izvršenja počinje ponovo teći ukoliko dođe do prekida izdržavanja kazne.

<sup>195</sup> U Obrazloženju prijedloga stoji da je ukidanje zastare jedini način da se izbjegne da počinitelji tih djela ostanu nekažnjeni zbog zaštite koju im je u vrijeme počinjenja pružao tadašnji sustav. Navedeni prijedlog nije prošao, ali je nedvojbeno potvrdio da kazneno pravo, u konkretnom slučaju institut zastare, sve više postaje politički instrument koji je itekako ovisan o dinamici političkih procesa, što još više umanjuje mogućnost prijeko potrebnog strogog juridičkog definiranja odnosnog instituta i njegove jednoznačne i nepromjenjive pravne naravi.

<sup>196</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona, NN 56/15, od 13. svibnja 2015.

Pa primjenom članka 86. KZ jasno je da će se nezastarijevanje nastupiti (ili zastara biti ukinuta) u svim slučajevima u kojima zastara u trenutku stupanja na snagu ove odredbe (odnosno Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona) još nije nastupila.

<sup>197</sup> Švicarski kazneni zakon (dalje: ŠKZ), zastara je regulirana čl. 97. do čl. 101.; dostupan na:

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201501010000/311.0.pdf> [1.3.2016.] i na:  
[http://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss\\_criminal\\_code\\_en\\_html/Swiss\\_CC\\_1937\\_am2013\\_en.pdf](http://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss_criminal_code_en_html/Swiss_CC_1937_am2013_en.pdf) [1.3.2016.]

kada su blaži, odnosno povoljniji za počinitelja,<sup>198</sup> čime jasno odriče mogućnost retroaktivne primjene strožeg zakona. Takvo rješenje trpi kritike u švicarskoj literaturi jer je nedosljedno provedeno, s obzirom da se kod seksualnih kaznenih djela na štetu djece izričito dopušta retroaktivno produljenje zastarnih rokova ako u vrijeme stupanja na snagu tog zakona zastara još nije nastupila.<sup>199</sup> Zakon sadrži i odredbu prema kojoj zastara ne može nastupiti ako je prije njezina nastupa donesena prvostupanjska presuda,<sup>200</sup> čime se jasno ide za tim da se realizira svrha kažnjavanja i kroz to dade određena satisfakcija žrtvi u situacijama u kojima je postupak započeo i njegov prvi stadij je okončan, ali je isto tako u koliziji s ranije navedenom odredbom o obveznoj primjeni blažeg zakona, jer se njome *de facto* i *de iure* produljuje zastarni rok.

Njemački kazneni zakon primjerice navodi radnje koje predstavljaju prekid zastare, dakle poznaje relativnu i apsolutnu zastaru, ali samo za zastaru kaznenog progona, dok kod zastare izvršenja poznaje jednu jedinstvenu zastaru.<sup>201</sup> S obzirom da su zastarni rokovi zakonskim izmjenama učestalo produljivani, postavilo se i pitanje retroaktivne primjene takvih produljenih zastarnih rokova, koja zakonom nije riješena. U tom smislu bitna je odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda iz 2000. godine u kojem je zauzeto stajalište da retroaktivna primjena produljenih ili ukinutih zastarnih rokova nije u suprotnosti s načelom zakonitosti, ukoliko zastara još nije nastupila.<sup>202</sup> Iz takve odluke proizlazi da se strogost, odnosno blagost zakona ne sagledava kroz aspekt trajanja zastarnih rokova, iz čega proizlazi procesni primat njezine pravne naravi, koji je očito ugrađen i u sentencu našeg Vrhovnog suda iz 1983. god. i našu sudsku praksu, a potom i u najnovije zakonsko rješenje. Njemački zakon također sadrži odredbu prema kojoj zastara ne teče ako je prije njezina isteka donesena nepravomoćna presuda,<sup>203</sup> koja je u kontekstu dozvole retroaktivne primjene i *expressis verbis* proklamirane usuglašenosti takve retroaktivne primjene produljenih zastarnih rokova s načelom zakonitosti još jedan dokaz procesualističkom

---

<sup>198</sup> Čl. 389. ŠKZ

<sup>199</sup> Čl. 97. st. 4. ŠKZ - za više vidjeti *Novoselec* 2009., 757.

<sup>200</sup> Čl. 97. st. 3. ŠKZ

<sup>201</sup> Njemački kazneni zakon, *Strafgesetzbuch*, zastra je regulirana čl.78. do čl.79b; dostupan na: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html) [1.3.2016.]

<sup>202</sup> Odluka od 31.1.2000.god., *NSiZ*, 5/2000, str. 251.

<sup>203</sup> *Novoselec* 2009., 761.

sagledavanju instituta zastare. U Njemačkoj je 1979. godine ukinuta zastara za teška ubojstva.<sup>204</sup>

Francuski kazneni zakonik u noveli iz 2004. godine na isti način kao i naš Kazneni zakon rješava problematiku retroaktivne primjene- egzaktno i eksplicitno dozvoljava retroaktivnu primjenu izmijenjenih zastarnih rokova, bili oni produljeni ili skraćeni, uz uvjet da zastara u tom trenutku još nije nastupila.<sup>205</sup>

Interesantno je znati da su u Belgiji zastarni rokovi jasno definirani kao procesni institut, na što se pozivao ESLJP prilikom formiranja stava o pitanju da li retroaktivna primjena produljenih zastarnih rokova krši članak 7. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava.<sup>206</sup>

Novi slovenski Kazneni zakon iz 2008. god., također napušta razlikovanje apsolutne i relativne zastare,<sup>207</sup> jer je takvo razlikovanje izazivalo nejasnoće i teškoće.<sup>208</sup> Sada su jedinstveni rokovi za zastaru kaznenog progona zapravo dosadašnji rokovi relativne zastare u dvostrukom trajanju, dakle rokovi su produljeni. Slovenski Kazneni zakon poznaje mirovanje<sup>209</sup> zastare, te sadrži i odredbu o produljenju zastarnog roka za dvije godine, ali ju veže za slučaj kada je izvanrednim pravnim lijekom ukinuta pravomoćna presuda.<sup>210</sup> Prijeporno je da li se ti novi rokovi mogu nazvati apsolutnim, jer slovensko kazneno zakonodavstvo poznaje i prekid tijeka zastarnog roka, ukoliko počinitelj za vrijeme njegovog tijeka počini jednako teško ili teže kazneno djelo,<sup>211</sup> a koje je rješenje naišlo na mnoge kritike u literaturi.<sup>212</sup> Uz to, povećava listu kaznenih djela za koja zastara ne može nastupiti tako što institut nezastarijevanja širi i na kaznena djela za koja se može izreći kazna

---

<sup>204</sup>U Njemačkoj je bila velika rasprava koja je trajala gotovo 10 godine od 1969. do 1979. god. oko toga kako ukinuti zastaru za kazneno djelo teškog ubojstva. Postojali su i prijedlozi da se zastrani rok poveća sa 20, na 30 godina, ali je ipak *Bundestag* odlučio da teško ubojstvo neće zastarijevati.- Za više vidjeti- *Monson* 1982., 605., 618., 619.

<sup>205</sup> Francuski kazneni zakon, *Code penal*, zastara je regulirana čl. 112.-2.st.4.; dostupan na: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/fr/fr444fr.pdf> [1.3.2016.]

<sup>206</sup> *Munivrana Vajda & Rokсандić Vidlička* 2013., 49.-50.

<sup>207</sup> Slovenski kazneni zakon (dalje: SKZ), *Kazneni zakonik*, (Uradni list RS 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12) - zastara je regulirana čl. 90. do čl. 95.; dostupan na: <https://www.uradni-list.si/1/content?id=109161> [1.3.2016.]

<sup>208</sup> *Ambrož* 2008., 333.

<sup>209</sup> Čl. 91. st. 3. SKZ

<sup>210</sup> Čl. 91. st. 2. SKZ

<sup>211</sup> Čl. 91. st.4. SKZ

<sup>212</sup> *Ambrož* 2008., 334.

doživotnog zatvora.<sup>213</sup> Propisani su i novi, jedinstveni rokovi zastare izvršenja kazne, te je dodana odredba da zastara izvršenja kazne prestaje teći danom nastupa kazne,<sup>214</sup> što je i ranije bilo prihvaćeno u slovenskoj sudskoj praksi.<sup>215</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Kako se iz izloženog može vidjeti razvoj zastare je prilično dinamičan proces, koji je u određenom vremenskom razdoblju ovisio o različitim čimbenicima, ali i kriminalnopolitičkim razlozima. U novije vrijeme u Hrvatskoj najviše je obilježenim političkim strujanjima, što je dokazano recentnim izmjenama u pogledu ovog instituta. Ta dinamika razvoja u svakom svojem obličju utječe na shvaćanje o pravnoj prirodi zastare. Iako se u određenim povijesnim razdobljima, ponajviše u začetku geneze instituta zastare opravdanje za njezino uvođenje argumentiralo više procesnim razlozima, s vremenom se sve više počelo isticati njezino materijalnopravno naličje, te se opravdanje tražilo u odnosu na svrhu kažnjavanja kao materijalnopravni institut. Rimska kaznenopravna zastara je poznavala institut nezastarijevanja vezan uz izrazito teška kaznena djela, što upućuje na činjenicu da se već tada pojavilo razmišljanje o tome da procesne prepreke u obliku nemogućnosti utvrđivanja dokaza zbog proteka vremena ne mogu biti opravdanje za zaborav za sva kaznena djela, jer se za određena djela očito oduvijek tražilo da beziznimno moraju biti sankcionirana, vjerojatno zbog njihove težine.

Vrhunac ekskluziviteta materijalnopravnosti njezine naravi predstavlja koncept akvizitorne zastare, i to na način da je dozvoljena samo za lakša kaznena djela, jer je kao takva u najizrazitijoj korelaciji sa svrhom kažnjavanja, jer se „zaborav“ dozvoljava samo u uvjetima u kojima je došlo do vidljive promjene počinitelja nabolje. Stoga kazna gubi svoju svrhu, što upravo i jest materijalnopravno opravdanje osnovanosti zastare, i to samo kod lakših kaznenih djela, jer kod težih svrha kazne ne može otpasti s obzirom

---

<sup>213</sup> Čl. 95. SKZ

<sup>214</sup> Čl. 94. st. 3. SKZ

<sup>215</sup> Shvaćanje opće sjednice Vrhovnog suda Slovenije od 14. prosinca 2005. u kojem je na identičan način kao i u Kaznenom zakonu formulirano pitanje da li zastara teče za vrijeme izdržavanja kazne. – *Novoselec* 2009., 765.

na njihovu težinu te posljedično konsekvence na društvo i poredak. Iako je daljnji razvoj u nekim izmjenama polazio upravo od njezine materijalnopravne naravi, tijekom vremena se sve više problematizirala njezina materijalnopravna narav čime je procesni element dobivao na važnosti. Upravo je na tim osnovama dvojnosti njezine naravi nastala teorija o njezinoj mješovitoj pravnoj prirodi, koja u svojem obliku sadrži procesne elemente zastare kroz dozvolu retroaktivne primjene produljenih zastranih rokova, koja je prvi put uvedena u hrvatsko, odnosno tada jugoslavensko kazneno zakonodavstvo Uvodnim zakonom iz 1951. godine, čime se apostrofira njezina procesno-pravna priroda, ali i materijalnopravne elemente koji se očituju u neodricanju njezine suštinske materijalnopravne naravi u vidu povezanosti zastare sa svrhom kažnjavanja i određenim kaznama propisanim za pojedina kaznena djela. Iako se 2006. godine povodom izmjena KZ-a, u njegovom Obrazloženju činilo da je na pomolu zaokret prema materijalnom primatu naravi zastare, Kaznenim zakonom iz 2011. godine od toga se očigledno odustalo. Retroaktivna primjena produljenih zastranih rokova utemeljena je na dosadašnjim stajalištima zauzetim u većem dijelu sudske prakse, i kaznenom zakonodavstvu sredine 20 stoljeća. Iz povijesnopravnog i filozofskopravnog prikaza proizlazi da se postojanje zastare u kaznenom pravu može logički opravdati samo u kontekstu kada svrha kažnjavanja više nije potrebna ili se njome više ne ispunjava smisao kažnjavanja, čime se ističe njezina materijalnopravna priroda. Svako drugo obrazloženje relativizira sve ustavne i zakonske garancije očuvanja zaštićenih pravnih dobara, odnosno vrijednosti, a time i pravnog sustava. Cvitanović navodi da je ona „materijalnopravni ili u kontekstu mješovitih teorija, primarno materijalnopravni institut, s obzirom na to da je njegov materijalnopravni sadržaj u odnosu na procesni– causa efficiens (tvorni..)“.<sup>216</sup> I nedvojbeno jest upravo tvorni moment zastare materijalnopravni, jer bi u protivnom čitav kazneni sustav bio doveden pod upitnik kada bi načelno dozvoljavao nekažnjavanje samo zbog proteka vremena. Takav stav samo dodatno potvrđuje i zastara izvršenja kazne koja se nikako ne može opravdati procesnim poteškoćama, nego upravo činjenicom da je izrečena kazna postala nesvrshodna. Materijalnopravna priroda zastare je potvrđena i ukidanjem razlikovanja na apsolutnu i

---

<sup>216</sup> Cvitanović 2006., 515.

relativnu zastaru. Isto tako zastara je normirana kaznenim zakonom, koji se bavi materijalnom materijom, a ne procesnom.<sup>217</sup> U skladu s tim i Zakon o kaznenom postupku (dalje: ZKP)<sup>218</sup> određuje da se donosi odbijajuća presuda u slučaju nastupa zastare. Međutim, to što se donosi odbijajuća presuda je čisto odluka zakonodavca što će propisati. Isto tako se moglo propisati da će se donijeti oslobađajuća presuda, jer jednom kada je zastara nastupila više se ne može ostvariti kažnjavanje, to iz razloga što se trenutno zastara smatra posebnom pretpostavkom kažnjivosti. Osim toga, kroz formulaciju članka 508. ZKP „...rješenja kojim je dopuštena obnova kaznenog postupka važe iste materijalnopravne odredbe kao i za prvi postupak, osim odredaba o zastari...“<sup>219</sup> posredno potvrđuje da su odredbe o zastari materijalnopravne odredbe, čime ne ostavlja puno prostora za dvojbu. Iako su određene posljedice zastare nedvojbeno procesne, zbog svega navedenog, prevladavajući stav u sudskoj praksi, koji je odnedavno prihvaćen i potvrđen od strane zakonodavca, a koji se sastoji u dozvoli za retroaktivnom primjenom produljenih zastarnih rokova, odnosno u primjeni strožeg zakona, trebalo bi preispitati i podvrgnuti promišljanju i kritici, jer se njime, čak i u kontekstu mješovitih teorija, anulira materijalnopravni primat instituta zastare u kaznenom pravu. Međutim, važno je naglasiti da svaki institut materijalnog kaznenog prava ima pravni učinak u procesnom pravu, kao primjerice isključenje krivnje, ili postojanje beznačajnog djela i dr. U konačnici to je u suštini i u najvećem dijelu smisao procesnog prava, da se materijalno kazneno pravo realizira, odnosno „oživotvoruje“ kroz procesno; daju mu se učinci. Zastara se smatra pretpostavkom kažnjivosti, pa ako ju se sagledava u tom kontekstu retroaktivna primjena strožeg zakona trebala bi biti isključena. Također, ukoliko se uzme da je čisto materijalnopravni institut tada bi se u slučaju produljena ili ukidanja zastranih rokova trebao primijeniti kazneni zakon koji je bio na snazi u

---

<sup>217</sup> Materijalnopravna priroda zastare još proizlazi iz odluke Ustavnog suda, odnosno da je zastara u suštini materijalnopravni institutu (primjena načela zakonitosti i zabrane retroaktivnosti u slučajevima kada je zastara nastupila), nezastarijevanje je smješteno u članak 31. stavak 4. Ustava, a tim se člankom regulira načelo zakonitosti, te se zastara prema danas još važećem udžbeniku iz Kaznenog prava, smatra posebnom, negativnom pretpostavkom kažnjivosti (njezino nepostojanje je uvjeti postojanja kaznenog djela), odnosno ona je razlog isključenja kažnjivosti.

<sup>218</sup> Zakon o kaznenom postupku, čl. 452. st. 6., NN 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14

<sup>219</sup> Ibidem

vrijeme počinjenja djela, jer bi se drugačijim postupanjem kršilo načelo zakonitosti i njegova zabrana retroaktivnosti. Bila bi u tom slučaju riječ o strožem zakonu. Drugim riječima novi zakon koji bi produljio ili ukinuo zastrane rokove, mogao bi se primjenjivati samo *pro futuro*. Zanimljivo je naime, da se nikada nije postavilo pitanje retroaktivne produljenih zastranih rokova u slučaju kada su produljeni indirektno, tj. povećavanjem kaznenog okvira, odnosno povećavanjem posebnog minimuma ili maksimuma propisanog uz pojedino kazneno djelo. Tu su stvari naizgled čiste i nije dopuštena retroaktivna primjena takvog okvira, a time i zastare, jer se takav zakon smatra strožim. Pitanje glasi, u čemu je onda problem kod direktnog produljivanja zastranih rokova propisanih u općem dijelu KZ, kada su zastrani rokovi u oba slučaja, evidentno povezani sa propisanim kaznenim okvirima i svrhom kažnjavanja? Napominje se da je od Krivičnog zakona SFRJ iz 1976. sve do uvođenja članka 86. KZ sudska praksa u svojim odlukama (VSRH) svojim tumačenjima derogirala načelo zakonitosti zajamčeno Ustavom i Kaznenim zakonom (odnosno zakonima, jer kada se pogleda kroz povijest odredbe o zastari koje su se primjenjivale na području Hrvatske uvijek su se nalazile u zakonima koji su uređivali kazneno materijalnu materiju). Može se reći da je uvođenjem članka 86. KZ u Kazneni zakon, na neki način došlo do proturječnosti Kaznenog zakona *per se*, čime se nedvojbeno problematizira pravna sigurnost. Ono što je upitno s aspekta materijalnog kaznenog prava je opravdanost postojanje zastare za teža kaznena djela. Stoga autorice pozivaju da se ispita opravdanost zastarijevanja težih kaznenih djela, pa se može reći da su bliske Beccarijinom stajalištu. Predlažu da se nastupanje zastare predvidi samo za lakša kaznena djela. O kojim djelima bi bila riječ, ostavlja se na prosudbu kriminalne politike (možda za kaznena djela do pet godina zatvora). Bitno je naglasiti i sve jače definiranje kaznenog prava kao instrumenta tekuće kriminalne politike, pa u tom kontekstu treba sagledavati i institut zastare i njezinu pravnu prirodu. Iako je kriminalna politika u jednom periodu najprije bila obilježena mišlju da treba vremenski ograničiti pravo države na kažnjavanje, u sklopu zaokreta od represivnog prema preventivnom, zbivanja od drugog svjetskog rata pa nadalje izazvala su potrebu zajedničkog međunarodnog djelovanja na području suzbijanja i obračunavanja sa masovnim zločinima i u mnogočemu su utjecala na kazneno pravo i institut kaznenopravne zastare. Na našoj nacionalnoj razini



recentno i borba protiv ratnog i postratnog ekonomskog kriminala iznjedrila je razne izmjene s bitnim refleksijama na njezinu pravnu narav. Pravni sustav ne smije služiti samo kao politički instrument za ispravljanje možebitnih grešaka nekih prijašnjih sustava.<sup>220</sup> Neka stalnost mora postojati, upravo zbog načela pravne sigurnosti, odnosno pravne predvidljivosti. Pravna sigurnost je primarna zadaća jednog civiliziranog društva, ugrađenog u koncept toliko proklamirane pravne države i vladavine prava, između ostalog zajamčena i kaznenim pravom. Zato je možda zaista došao trenutak da se napokon zauzme jednoznačan stav o pravnoj prirodi zastare i kao takav sprovede najprije u zakonodavstvu, a potom posljedično i u praksi. Stoga se može zaključiti mišlju da je bitno jednom za svagda, jasno i jednoznačno odrediti pravnu narav zastare jer to omogućuje kako pravilnu primjenu zakonodavstva, tako i ispravno stvaranje budućeg kaznenog zakonodavstva.

#### LITERATURA:

1. Ambrož, M. (2008) Novi slovenski Kazneni zakonik. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), Vol.15, br.1., 323.-341.
2. Bačić, F. (1998). Kazneno pravo: Opći dio. Zagreb.
3. Bačić, F. (1986) Krivično pravo – opći dio. Zagreb.
4. Bavcon, Lj. (1978). Komentar Krivičnog zakona SFRJ. Beograd.
5. Beccaria, C. B. (1984). O zločinima i kaznama. Split.
6. Cvitanović, L. (2006). Aktualna problematika zastare u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu. (Zagreb), vol. 13. br. 2., 505.-521.
7. Derenčin, M. (1997). Osnova novoga Kaznenog zakona o zločinstvih i prestupciji za kraljevine Hrvatsku i Slavoniju iz 1879. godine. Zagreb.
8. Derenčinović, D. (2015). Doprinos Ustavnog suda Republike Hrvatske u definiranju okvira za tumačenje ustavne odredbe o nezastarijevanju ratnog profiterstva i kaznenih djela počinjenih u vrijeme pretvorbe i privatizacije. Sveske za javno pravo, vol. 21., br. 6., 7.-14.
9. Dolenc, M. (1930). Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije. Tipografija. Zagreb.
10. Dolenc, M. & Maklešov, A. (1935). Sistem celokupnog krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Beograd.
11. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary (720/2013)*; dostupno na: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)012-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)012-e) [25.2.2016].

---

<sup>220</sup> Istog su stajališta i Munivrana Vajda i Roksandić Vidlička, - Munivrana Vajda & Roksandić Vidlička 2013.

12. Frank, S. (1950). Kazneno pravo: Bilješke o Općem dijelu Krivičnog zakonika od 4.XII.1947. Zagreb.
13. Gajšak D. (1974). Institut zastare u našem krivičnom pravu i praksi, magistarski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Zagreb.
14. Garačić, A. Zastara kaznenog progona (*de lege lata-de lege ferenda*). Dostupno na: [http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic\\_ZastaraKaznenogProgona-delegelataidelegeferenda.pdf](http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic_ZastaraKaznenogProgona-delegelataidelegeferenda.pdf) [20.8.2015.].
15. Hegel, G. W. F. (1989). Osnovne crte filozofije prava: s Hegelovim vlastoručnim marginama u njegovu priručnom primjerku filozofije prava. Sarajevo.
16. Hobbes, T. (2006). Leviathan. Mineola, NY.
17. Kant, I. (1999). Metafizika ćudoređa. Zagreb.
18. Locke, J. (1952). The second treatise of government. New York.
19. Mažuranić, V. (1975). Prinosi za hrvatski pravno-povijesni rječnik. JAZU, Zagreb 1908-1922; pretisak Informator. Zagreb.
20. Monson, R. A. (1982). The West German Statute of Limitations on Murder: A Political, Legal, and Historical Exposition. The American Journal of Comparative Law, vol. 30., no. 4., 605. - 625. Dostupan na: [http://www.jstor.org/stable/840011?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/840011?seq=1#page_scan_tab_contents) [1.3.2016.].
21. Munivrana Vajda, M. & Roksandić Vidlička, S. (2013). Novije promjene u uređenju zastare u Republici Hrvatskoj- na tragu političke instrumentalizacije ili težnje ka ostvarenju pravednosti. Žurnal za kriminalistiku i pravo NBP., br.184., Beograd.
22. Novoselec, P. (2009). Kaznenopravna zastara pred reformom. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu. (Zagreb), vol.16, broj 2.
23. Novoselec, Petar. (2015). Nezastarijevanje kaznenih djela vezanih uz ratno profiterstvo i proces pretvorbe i privatizacije: Osvrt na odluku Ustavnog suda u 'slučaju Hypo'. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu. (Zagreb), vol. 22., br. 2., 437.-451.
24. Novoselec, P. & Bojanić, I. (2013). Opći dio kaznenog prava. Zagreb.
25. Novoselec, P. & Novosel, D. (2011). Nezastarijevanje kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu. (Zagreb), Vol. 18., br.2., 603.-619.
26. Srzentić, N. (1978). Komentar Krivičnog zakona SFRJ.
27. Šilović, J. (1913). Kazneno pravo. Zagreb.
28. Šilović, J. & Frank, S. (1929). Zakoni kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca: Krivični zakonik za kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca od 27. januara 1929. Zagreb.
29. Turković, K. & Novoselec, P. & Grozdanić, V. & Kurtović Mišić, A. & Derenčinović, D. & Bojanić, I. & Munivrana Vajda, M. & Mrčela, M. & Nola, S. & Roksandić Vidlička, S. & Tripalo, D. & Maršavelski, A. (2013). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb.
30. Zlatarić, B. (1972). Krivično pravo. Zagreb.
31. Zlatarić, B. & Damaška, M. (1966). Rječnik krivičnog prava i postupka. Informator. Zagreb.

## Propisi

1. Ustav Republike Hrvatske NN 56/90,135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 5/14.

2. *Code d'instruction criminelle de 1808*, dostupan na: [http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_instruction\\_criminelle\\_1929/code\\_1808\\_3.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1929/code_1808_3.htm) [22.2.2016.].
3. *Code pénal de 1810 édition originale en version intégrale, publiée sous le titre: Code des délits et des peines*, dostupan na: [http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_1810/code\\_penal\\_1810\\_1.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm) [22.2.2016.].
4. *Code pénal „du 25 septembre – 6 octobre 1791 (texte intégral original)“* dostupno na: [http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_25\\_09\\_1791.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm) [22.2.2016.].
5. *Constitutio Criminalis Theresiana.*; dostupna na: [https://www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/Constitutio\\_Criminalis\\_Theresiana.pdf](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Constitutio_Criminalis_Theresiana.pdf) [16.2.2016.].
6. Francuski kazneni zakon, *Code penal*; dostupan na: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/fr/fr444fr.pdf> [1.3.2016.].
7. *Josephine* je dostupna na: [https://www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/Josephina\\_1787.pdf](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Josephina_1787.pdf) [22.2.2016.].
8. Kazneni zakon iz 1997 NN 27/98, 129/00, 51/01, 111/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11.
9. Kazneni zakon Republike Hrvatske, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.
10. Krivični zakon Republike Hrvatske (pročišćeni tekst), NN 32/93; Dostupno na: [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993\\_04\\_32\\_574.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993_04_32_574.html) [16.7.2015.].
11. Krivični zakonik (prečišćeni tekst). Službeni list FNRJ, br. 30, od dana 29. srpnja 1959.
12. KZSFRJ Zbirka pravnih propisa: Krivični zakon SFRJ. Zagreb: Narodne novine, 1976.
13. Kazneni zakon o zločinstvima, prestupcima i prekršajima iz 1852.; dostupan na: [https://www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/KZ\\_1.pdf](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/KZ_1.pdf) [22.2.2016.] i na [https://www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/KZ\\_3.pdf](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/KZ_3.pdf) [22.2.2016.].
14. Njemački kazneni zakon, *Strafgesetzbuch*; dostupan na: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html) [1.3.2016.].
15. Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske (pročišćeni tekst), NN 31/93; Dostupno na: [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993\\_04\\_31\\_569.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1993_04_31_569.html) [16.7.2015.].
16. Skupozakonik; Zadar, 1804.
17. Slovenski kazneni zakon (Uradni list RS 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12); dostupan na: <https://www.uradni-list.si/1/content?id=109161> [1.3.2016.].
18. Švicarski kazneni zakon (dalje: ŠKZ); dostupan na: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201501010000/311.0.pdf> i na: [http://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss\\_criminal\\_code\\_en\\_html/Swiss\\_CC\\_1937\\_am2013\\_en.pdf](http://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss_criminal_code_en_html/Swiss_CC_1937_am2013_en.pdf) [1.3.2016.].
19. Zakon o preuzimanju Krivičnog zakona SFRJ NN 53/91; Dostupno na: [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1991\\_10\\_53\\_1294.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1991_10_53_1294.html) [16.7.2015.].
20. Zakon o nezastarijevanju kaznenih djela ratnog profiterstva i kaznenih djela iz procesa pretvorbe i privatizacije NN 57/11.
21. Zakon o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14.

22. Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Hrvatske, NN 91/92; Dostupno na: [http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1992\\_12\\_91\\_2360.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1992_12_91_2360.html) [16.7.2015.].

### **Odluke sudova**

1. Presuda ESLJP, *Del Rio Prada protiv Španjolske*, br. zahtjeva 42750/09, od dana 21.10.2013.
2. Presuda ESLJP *Coeme i drugi protiv Belgije*, br. zahtjeva 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33210/96, od 22.6.2000.
3. Presuda ESLJP *Kononov protiv Latvije*, br. zahtjeva 36376/04, od dana 17. 5.2010.; dostupno na:  
[http://www.google.hr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0ahUKEwj07I\\_QhJPLAhXoO5oKHfTGApEQFggZMAA&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-98669%26filename%3D001-98669.pdf&usq=AFQjCNGscBpMqeG\\_dilt09kCQ7pYjyC7g&sig2=L5XZpDqXR5-yKWLxC3sQg&bvm=bv.115277099,d.bGs](http://www.google.hr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0ahUKEwj07I_QhJPLAhXoO5oKHfTGApEQFggZMAA&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-98669%26filename%3D001-98669.pdf&usq=AFQjCNGscBpMqeG_dilt09kCQ7pYjyC7g&sig2=L5XZpDqXR5-yKWLxC3sQg&bvm=bv.115277099,d.bGs) [15.7.2015].
4. Odluka ustavnog suda br.: U-III-4149/2014.
5. Odluka Ustavnog suda RH, U-III-54080/2009., 26.11.2010.
6. Odluka Ustavnog suda br. U-I-3789/2014., od 8.12.2010.
7. VSRH Kr- 88/2008, od 12.11.2008.
8. Pravno shvaćanje sa sjednice Kaznenog odjela VSRH Su IVk 155/2006-8 od 10.11.2006.
9. Presuda VSRH KŽ 256/83, od 9.11.1983.
10. Presuda VSRH Kž-1340/60.
11. ŽSZG Kž-1058/00.

### THE RATIO LEGIS OF THE STATUTE OF LIMITATIONS IN CRIMINAL LAW FOCUSING ON THE PROBLEMS OF ITS LEGAL NATURE

*Recent developments in the Croatian penal legislation actualized once again the issue of the legal nature of the statute of limitations, primarily through the constitutional amendment of 2010, the adoption of the Act on Abolishing the Statute of Limitations for offenses of war profiteering and crimes of economic transformation and privatization, as well as the amendments of the penal code in matters of limitation. It can be said that the question of the legal nature of the statute of limitations is the "chronic disease" of Croatian criminal law, practice and theory. Scholarly opinions are divided, the legislator is inconsistent and politically determined, and the practice gives itself the right to directly create a legal issue in this area hiding behind a fairly extensive powers of interpretation. By those changes and actions of judicial practice, the so-called legal certainty has been called into question and the principle of legality is constantly relativized. It can be said that this is a clear trend that threatens the whole criminal justice system as it makes room for new changes that would, a fortiori, undermine the fundamental principles of criminal law and must therefore be reviewed.*

**Key words:** *statute of limitations; decision of the Constitutional Court; Act on Abolishing the Statute of Limitations.*

## **ZLOČIN PROTIV ČOVJEČNOSTI KAO IZRAZ DRŽAVNE POLITIKE**

*U ovom radu autorice analiziraju pojedina obilježja zločina protiv čovječnosti i bave se pitanjem je li za postojanje ovog međunarodnog zločina bitno da je počinjen pod okriljem državne politike ili politike neke organizacije. Iako je u praksi međunarodnih ad hoc kaznenih tribunala zauzet stav kako je za kvalifikaciju zločina protiv čovječnosti dostatno utvrditi sustavnost odnosno rasprostranjenost napada, autorice smatraju kako element politike u pozadini napada predstavlja običajnopravno obilježje zločina protiv čovječnosti, pogrešno zanemareno u praksi međunarodnih ad hoc tribunala. Rimski statut Međunarodnog kaznenog suda u čl. 7. st. 2. vraća se korijenima ovog kaznenog djela te izrijeком navodi kako "napad usmjeren protiv civilnog stanovništva" znači ponašanje koje uključuje višestruko činj enje pojedinih kaznenih djela protiv nekog civilnog stanovništva, na temelju ili u cilju državne politike ili politike neke organizacije da se takav napad počini, no niz pitanja se već otvorio u sudskoj praksi. Stoga se u radu analizira na kojoj razini vlasti treba biti usvojena neka politika da bi se mogla smatrati državnom, koja obilježja treba imati neka organizacija da bi se mogla smatrati relevantnim tvorcem politike, te u čemu se može sastojati određena (kriminalna) politika.*

**Ključne riječi:** *zločin protiv čovječnosti, državna politika, politika organizacije*

---

\* Doc.dr.sc. Maja Munivrana Vajda, Katedra za kazneno pravo, Pravni fakultet u Zagrebu, (Assistant Professor at Chair of Criminal Law Faculty of Law, University of Zagreb): [maja.munivrana@pravo.hr](mailto:maja.munivrana@pravo.hr)

Rad se temelji na diplomskom radu Majde Namačinski, napisanom pod mentorstvom doc.dr.sc. Munivrane Vajde.

\*\* Majda Namačinski, mag.iur., odvjetnička vježbenica, (Majda Namačinski, LLM, legal intern): [majda.namacinski@gmail.com](mailto:majda.namacinski@gmail.com)

## 1. UVOD

Rimski statut (u daljnjem tekstu: RS) definira zločin protiv čovječnosti (u daljnjem tekstu: ZPČ) kao niz kaznenih djela, poput ubojstva, mučenja ili silovanja (engl. *underlying crime*) počinjenih u sklopu sustavnog ili širokog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva, izvedenog na temelju politike države ili neke organizacije, uz znanje o tom napadu (engl. *contextual element*).<sup>1</sup> Kontekst zbog kojeg tzv. obično kazneno djelo postaje ZPČ određen je dvjema komponentama; napadom usmjerenim protiv civilnog stanovništva i politikom nekog entiteta. Najčešći i najjednostavniji primjer napada je vojni napad primarno usmjeren na civilno stanovništvo, no napad kao element ZPČ predstavlja svako zlostavljanje stanovništva koje uključuje višestruko činjenje zločina, primjerice zlostavljanje zarobljenika, a mogu ga izvesti bilo kakve skupine ljudi, teoretski i pojedinac.<sup>2</sup> U središtu ovoga rada jest ipak posljednja komponenta – državna politika ili politika neke organizacije, za koju držimo da je ključ razumijevanja ZPČ kao zasebnog kaznenog djela.

Iako je izraz ZPČ isprva korišten kao oznaka za zločine počinjene pod okriljem države, koji su uslijed toga predstavljali svojevrsan izraz kriminalne suverenosti, rat u bivšoj Jugoslaviji pokazao je da osim države, atmosferu i uvjete za počinjenje ZPČ mogu stvoriti i druge tvorevine, tzv. paradržave, a štoviše, danas se razmatra mogućnost da bi to mogle i neke druge organizacije, primjerice kriminalne bande. Pitanje nije samo od teorijske važnosti već se pojavilo i u sudskoj praksi - u predmetu *Kenija* pred stalnim Međunarodnim kaznenim sudom (engl. *International Criminal Court*, u daljnjem tekstu: MKS).<sup>3</sup> U tom se predmetu Predraspravno vijeće II (u daljnjem tekstu: PRV II) podijelilo; no većina je smatrala kako bi relevantnu politiku mogla stvoriti svaka organizacija koja ima „sposobnost povrijediti osnovne ljudske vrijednosti“.<sup>4</sup> Jasno je, međutim, kako su posljedice ekstenzivnog tumačenja pojmova politike i organizacije

---

<sup>1</sup> V. čl 7. Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda, UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17. 7. 1998., ISBN No. 92-9227-227-6.

<sup>2</sup> V. npr. *ICTY, Prosecutor v. Kunarac*, IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, 22.2.2001., par. 415.

<sup>3</sup> ICC, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19, 31.3.2010.

<sup>4</sup> *Ibid.* par. 90.

dalekosežne. Takvim se tumačenjem udaljava od „originalnog zločina“ – zločina nad Židovima počinjenih za vrijeme Drugog svjetskog rata. Gubi se iz vida i pravno dobro koje se želi zaštititi inkriminiranjem ZPČ. Vrijednosti poput života ili slobode već su zaštićene propisivanjem kaznene odgovornosti za ubojstvo ili porobljavanje, a ako se svako kolektivno nasilje koje rezultira većim brojem žrtava kvalificira kao ZPČ, nestaje kvalitativna razlika između ZPČ i nekoliko povezanih običnih kaznenih djela.

U prvom dijelu rada govorit ćemo o ZPČ kao međunarodnom zločinu, kao izrazu kolektivnog nasilja i zločinu iz poslušnosti. Držimo da je upravo politika ključni element koji kolektivno nasilje preobražava u ZPČ. Naime, za ZPČ je karakteristično da se politička organizacija okreće protiv nekog stanovništva koje obitava na njezinu teritoriju, ona izdaje svoju dužnost da ga zaštiti. U drugom dijelu rada bavit ćemo se povijesnim razvojem politike kao elementa ZPČ. Cilj je ovoga dijela pokazati kako politička pozadina napada predstavlja običajnopравни element ZPČ pogrešno napušten u praksi međunarodnih *ad hoc* kaznenih tribunala. Činjenični supstrat predmeta vođenih pred tim sudovima govori u prilog stavu kako samo države i njoj slične organizacije (*de facto* države, paradržave) predstavljaju entitet koji može stvoriti relevantnu politiku. Oslanjanje na običajno pravo je nužno jer sadržaj ZPČ još uvijek nije standardiziran nikakvom međunarodnom konvencijom.<sup>5</sup> Treći dio rada posvećen je RS i praksi MKS. RS otvara nekoliko pitanja: na kojoj razini vlasti - lokalnoj ili višoj - treba biti usvojena neka politika da bi se mogla smatrati državnom; koja obilježja treba imati organizacija koja nije država da bi se smatrala relevantnim tvorcem politike, te, konačno, u čemu se sastoji sadržaj politike.

## **2. POLITIKA KAO RAZLIKOVNO OBILJEŽJE ZLOČINA PROTIV ČOVJEČNOSTI**

Međunarodni zločini su zločini s izvorištem u međunarodnom pravu, prvenstveno međunarodnim konvencijama ili međunarodnom običajnom pravu. Formalno je to jedini kriterij koji razlikuje međunarodne zločine od običnih.<sup>6</sup> U literaturi se, međutim, razmatra niz materijalnih kriterija.<sup>7</sup> Što,

---

<sup>5</sup> Rad na usvajanju takve konvencije je u tijeku – v. *infra* bilj. 72.

<sup>6</sup> *Paust J.J.* 2010, str. 681.

<sup>7</sup> *V. Munivrana Vajda, M.* 2013, str. 3.



primjerice, razlikuje ubojstva koja je počinio serijski ubojica od onih koja su počinjena kao genocid ili ZPČ? Očito, prvo je običan zločin, a drugo međunarodni, no iz kriminološke perspektive serijski ubojica uvijek postupa protivno društvenim normama i njegovo će ponašanje beziznimno naići na osudu, dok u drugom slučaju okolina potiče počinitelja na počinjenje zločina tako da on ima razloga vjerovati da postupa u skladu s društvenim normama i očekivanjima.<sup>8</sup> Na tragu toga, *Smeulers* ističe dva obilježja međunarodnih zločina; prvo, oni su izraz kolektivnog nasilja te drugo, oni su zločini iz poslušnosti. Posljednje obilježje je ključno za razlikovanje međunarodnih zločina od drugih oblika kolektivnog nasilja, primjerice organiziranog kriminala. Obični kriminalci, naime, „djelujući sami ili u okviru grupe ili organizacije postupaju protivno vladajućim društvenim normama“, dok počinitelji međunarodnih zločina „postupaju u okviru specifičnog političkog, ideološkog i institucionalnog konteksta koji sankcionira i legitimira nasilje“.<sup>9</sup> Štoviše, istraživanja pokazuju da su počinitelji međunarodnih zločina često normalni i uzorni građani koji su postupali u skladu sa važećim društvenim normama, ponekad i zakonima, kao što je primjerice bilo u razdoblju *apartheida* u JAR-u. Presudno je da je „zločin, iz perspektive počinitelja, odobrila ili oprostila vlast“.<sup>10</sup>

Opasnost koju za stanovništvo predstavlja državna vlast, dakle država sa svojim represivnim aparatom, prepoznata je rano i to u prvom redu kao opasnost koja prijete stanovništvu pobijedene strane u oružanom sukobu od strane države pobjednice. Zato je međunarodnim konvencijama najprije uređeno vođenje oružanih sukoba.<sup>11</sup> Određene njihove povrede predstavljaju ratne zločine. No, masakri Armenaca pod okriljem Turske pokazali su kako

---

<sup>8</sup> *Fletcher* 2002.

<sup>9</sup> *Smeulers* 2008, str. 878.

<sup>10</sup> *Ibid.*, str. 879. U osloncu na *Rölinga, Cassese*, razmatrajući razliku između ratnih zločina i ZPČ počinjenih tijekom oružanog sukoba, ZPČ drži izrazom kriminalnog sustava (engl. *system criminality*), jer ih potiče ili tolerira izvršna vlast, čega su počinitelji svjesni. Za razliku od toga, ratni zločini su izraz individualnog kriminaliteta (engl. *individual criminality*) jer ih čine borci iz razloga koji su poznati samo njima. Zbog toga se počinitelj ZPČ, za razliku od počinitelja običnih kaznenih djela, može nadati da će proći nekažnjeno (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A and IT-94-1-Abis, *Judgement in Sentencing Appeals, Separate Opinion of Judge Cassese*, 26. 1. 2000., par. 14.).

<sup>11</sup> Na haaškim konferencijama 1899. i 1907. godine usvojen je niz konvencija kojima se uređuju oružani sukobi. Više o povijesnom razvoju pravila međunarodnog ratnog i humanitarnog prava u Josipović, I. (2001), *Stalni međunarodni kazneni sud*, Zagreb, str. 13-73.

stanovništvu nerijetko opasnost predstavlja i vlastita država. O kakvoj je prijetnji riječ zorno ilustriraju događaji prije i tijekom Drugog svjetskog rata. Organizirana i masovna stradanja Židova i drugih u Trećem Reichu i državama saveznicama pokazuju kako stanovništvo može postati žrtvom vlastite države, a takvi zločini, koji bi se tradicionalno smatrali unutrašnjom stvari svake države, po težini su nerijetko nadilazili „međunarodne“ ratne zločine. Ti su zločini nazvani ZPČ.<sup>12</sup>

Dok je evidentno kako je represija ratnih zločina od interesa za cijelu međunarodnu zajednicu jer se posljedice rata mogu osjetiti i preko državnih granica,<sup>13</sup> manje je jasno zašto takav interes postoji kod ZPČ. Povijest pokazuje da su to u pravilu nasilni zločini počinjeni od strane organiziranih grupa koje potiče ili štiti država ili slična tvorevina, nad državljanima te države ili drugim stanovništvom koje obitava na području pod kontrolom te tvorevine.<sup>14</sup> U svom klasičnom obliku, čiji je primjer progon Židova u Trećem Reichu, oni bi se smatrali unutrašnjom stvari države, a kažnjavanje odgovornih za njih od strane sudova druge države ili međunarodnog suda – povredom načela neintervencije. *Luban* drži kako međunarodna zajednica, shvaćena kao zajednica država, nema interesa u represiji ZPČ, ali ga zato ima čovječanstvo, shvaćeno kao zajednica ljudi, jer ZPČ izravno povređuje čovjeka kao društveno biće. Čovjekov je identitet individualan i kolektivan. Njegov kolektivan identitet, dakle određenost državom ili drugom zajednicom kojoj pripada, prema *Lubanu* je ključ razumijevanja čovjeka kao društvenog bića i, posljedično, ZPČ kao zločina koji povređuje baš tu vrijednost. Čovjek je društveno biće i ima potrebu živjeti u zajednici, ali je istovremeno i jedinka koja ima potrebu za slobodom. Te dvije potrebe

---

<sup>12</sup> Osim već spomenutih ratnih zločina i ZPČ, kao međunarodni zločin valja spomenuti i genocid. ZPČ i genocid su različiti međunarodni zločini iako će u praksi ponašanje koje nije genocid u pravilu predstavljati ZPČ. Kod oba zločina u pravilu je riječ o kolektivnom nasilju podržanom od strane državne vlasti prema skupinama ljudi. Neki komentatori drže da je kod genocida naglasak na kolektivitetu žrtava, a kod ZPČ na kolektivitetu počinitelja. Iako je teoretski moguće da genocid počinji pojedinac, koji postupa prema vlastitom kriminalnom planu, i neovisno od državne ili druge vlasti, praksa pokazuje da su sudovi u pravilu tražili dokaz postojanja državne politike i za genocid. V. *Schabas, W.* 2008, str. 954.

<sup>13</sup> *Deguzman* 2011, str.20.

<sup>14</sup> *Luban* 2004, str.113. Primjerice, MVS se bavio ZPČ počinjenima pod okriljem Trećeg Reicha, MKSJ onima počinjenima pod okriljem Srbije, SAO Krajine, ARK, HZHB i drugim tvorevinama poput države, dok je MKSR procesuirao zločine počinjene pod okriljem Ruande.

moguće je ostvariti samo životom u političkoj organizaciji, čiji je temelj u društvenom ugovoru.<sup>15</sup> Čovjek se pristaje odreći nekih svojih sloboda i podvrgnuti vlasti u zamjenu za zaštitu preostalih sloboda, ali on zapravo, zbog svoje društvene prirode, „nema alternative životu u grupi; i grupe nemaju alternative obitavanju na području pod nečijom ili tuđom političkom kontrolom“.<sup>16</sup> Posljedica toga je stalna opasnost da će se vlast, koja treba zaštititi stanovništvo na određenom području, okrenuti protiv toga stanovništva, „ubijati ga, porobiti ga, progoniti ga, preobražavajući njihovu domovinu od utočišta u smrtna polja“.<sup>17</sup> Progon Židova od strane Trećeg Reicha ili *apartheid* u JAR-u su primjeri ostvarenja te opasnosti i klasičan primjer ZPČ. Zavaravajuće je misliti da danas takve prijetnje nema. RS, koji predviđa, primjerice, ugovorno odricanje od državnih imuniteta i bezuvjetnu suradnju sa MKS u slučaju agresije, genocida, ZPČ i ratnih zločina, nisu ratificirale neke od najvećih svjetskih sila poput SAD-a, Kine, Rusije, Indije, ili Pakistana. Opasnost da će se institucije države ili „druge organizacije koja pod svojom vlašću i kontrolom ima civile“ okrenuti protiv stanovništva je stalna i zato cijelo čovječanstvo ima interes kažnjavati ZPČ. ZPČ predstavljaju „perverziju politike, i stoga perverziju društvenog bića“<sup>18</sup>. *Ratio* inkriminacije ZPČ je spriječiti da „politika prijeđe iz bezobzirnosti u gnjusnost zvanu ZPČ. Razlikovno obilježje ove kategorije kaznenih djela je političko, ne tek moralno“.<sup>19</sup>

Politika je, dakle, i pravni element ZPČ sadržan u definiciji iz RS. Riječ je o tome da država, ili drugi entitet koji je poput države, stvara atmosferu i uvjete u kojima je prihvatljivo činiti zločine nad nekim stanovništvom koje obitava unutar njezinih granica. Ona to može činiti aktivno, poput Trećeg Reicha, ili pasivno, namjernim propustom da zaštiti stanovništvo, iako ga objektivno može zaštititi.

---

<sup>15</sup> Luban se odbija prikloniti i jednog teoriji društvenog ugovora. Smatra da one ne mogu objasniti zašto bi države odabrale sustav međunarodnog prava koji štiti ljudska prava u drugim državama. *V. Ibid.* str. 126.

<sup>16</sup> *Ibid.* str. 117.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*, str. 120.

<sup>19</sup> *Ibid.*

### 3. POVIJESNI RAZVOJ POLITIKE KAO OBILJEŽJA ZLOČINA PROTIV ČOVJEČNOSTI

#### 3.1. Praksa Međunarodnog vojnog suda i primjena Zakona br. 10. Nadzornog vijeća

Do propisivanja individualne kaznene odgovornosti za ZPČ dolazi nakon Drugog svjetskog rata.<sup>20</sup> Članak 6. Nürnberške povelje određuje ovlast Međunarodnog vojnog suda (*u daljnjem tekstu*: MVS) da „sudi i kazni osobe koje su, postupajući u interesima europskih Sila Osovine, kao pojedinci ili članovi organizacija, počinili neki od sljedećih zločina... (c) zločine protiv čovječnosti: naime, ubojstvo, istrebljenje, porobljavanje, protjerivanje, i druga nečovječna djela počinjena protiv nekog civilnog stanovništva, prije ili tijekom rata; ili proganjanja na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi u izvršenju ili u vezi s bilo kojim zločinom iz nadležnosti Suda...“.<sup>21</sup> Sličnu odredbu sadržava i Povelja Međunarodnog vojnog suda za Daleki istok, ali, razumije se, govori o dalekoistočnim zločincima.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Izraz ZPČ prvi puta nalazimo u zajedničkoj deklaraciji Savezničkih sila o osudi turskog masakra nad Armencima iz 1915. godine. Deklaracija govori o „novim zločinima Turske protiv čovječnosti i civilizacije (...) za koje će osobno odgovarati svi članovi osmanlijske vlade i njihovi agenti“ (Preslika telegrama veleposlanstva Sjedinjenih Američkih Država State Departmentu od 29. 5. 1915. sa tekstom deklaracije dostupan je na <http://middleeast.about.com/od/turkey/qt/me090318.htm> [zadnji puta posjećen 21.8.2013.]. „Zakoni čovječnosti“ (eng. *laws of humanity*) dio su i tzv. *Martensove* klauzule iz preambule Haaške konvencije iz 1899. Komentatori drže da upravo *Martensova klauzula*, iz Preambule Haaških konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1899. i 1907., sadrži zametak ZPČ. Ona određuje kako u oružanim sukobima države stranke konvencija u prvom redu primjenjuju konvencijama propisana pravila, no ako za neku situaciju takvog pravila nema, suglasne su da će na civilno stanovništvo i borbe primjenjivati „načela međunarodnog prava koja proizlaze iz običaja utvrđenih među civiliziranim narodima, iz načela čovječnosti i diktata javne svijesti“.

<sup>21</sup> Charter of the International Military Tribunal, dostupno na <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> [2.11.2015]. Izraz ZPČ iz Nürnberške povelje odabrao je Robert Jackson, sudac američkog Vrhovnog suda i glavni američki tužitelj pred MVS, u konzultacijama sa Herschom Lauterpachtom (v. prema *Luban* 2004, str. 89.) Zbog statutarog zahtjeva da zločin mora biti počinjen u vezi sa ratnim zločinom ili zločinom protiv mira da bi se mogao kvalificirati kao ZPČ, može se tvrditi da ZPČ korijene vuku iz prava oružanih sukoba. Dapače, upravo je vojni napad na civilno stanovništvo, koje ne smije biti vojni cilj, klasičan primjer napada u smislu ZPČ.

<sup>22</sup> Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo, 19.1.1946., dostupno na <http://droitcultures.revues.org/2183> [6.9.2013.]. Njegova je praksa od manjeg značenja za

Pojednostavljeno, nürnberška definicija određivala je ZPČ kao zločin tipa ubojstva ili progona počinjen protiv civilnog stanovništva u vezi sa ratnim zločinom ili zločinom protiv mira kada je počinitelj postupao u interesu europskih Sila Osovine.<sup>23</sup> Propisivanjem odgovornosti za ZPČ htjelo se urediti odgovornost pojedinaca za zločine počinjene pod okriljem politike Sila Osovine u pravilu nad njihovim vlastitim državljanima. Zato *Schabas* ističe kako često citiranu rečenicu iz Presude MVS koja započinje riječima: „[z]ločine protiv međunarodnog prava čine pojedinci...“,<sup>24</sup> treba razumjeti sa dodatkom: „u mjeri u kojoj ti pojedinci postupaju u interesima države“.<sup>25</sup> Za ovu temu osobito su zanimljivi predmeti *Juliusa Streichera*<sup>26</sup> i *Baldura von Schiracha*<sup>27</sup> na koje se pogrešno oslonio Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju (engl. *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, u daljnjem tekstu: MKSJ) kao potporu svom zaključku kako postojanje državne politike ili politike neke organizacije nije običajni element ZPČ.<sup>28</sup> Oslobađajući *Streicher* optužbe za zločin protiv mira MVS je naveo kako „nema dokaza da je [okrivljenik] ikad bio u užem krugu Hitlerovih savjetnika, niti je tijekom karijere bio usko povezan s formiranjem politika koje su dovele do rata“ te je zaključio da „nema dokaza koji pokazuju njegovu vezu sa zavjerom ili zajedničkim planom da se povede agresivni rat“.<sup>29</sup> Međutim, osuđen je za poticanje progona Židova putem medija kao ZPČ. Iz ovog slučaja u prvom redu se može izvesti zaključak da bi *Streicher* bio osuđen za zločine protiv mira da se mogla dokazati njegova pripadnost Hitlerovom najužem krugu. Niti oslobađajuća presuda za zločine protiv mira, niti osuđujuća presuda za ZPČ ne dokazuju

---

ovaj rad budući da se Međunarodni vojni sud za Daleki istok pretežno bavio zločinima protiv mira.

<sup>23</sup> *Schabas* 2008, str. 954.

<sup>24</sup> Judgment of the International Military Tribunal, 30. 9. - 1. 10. 1946. Dostupno na: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judgen.asp> [21. 8. 2013].

<sup>25</sup> V. *Schabas* 2008, str. 954.

<sup>26</sup> Streicher je bio *Gauleiter* Franconije i izdavač lista „Der Sturmer“ u kojem je propagirao nacističku politiku progona Židova. Optužen je za zločin protiv mira i zločine protiv čovječnosti.

<sup>27</sup> Poput *Streichera* i *von Schirach* je optužen za zločin protiv mira i ZPČ. *Von Schirach* je bio vođa Hitlerove mladeži, ministar mladih i *Gauleiter* Beča.

<sup>28</sup> ICTY, Prosecutor v. Kunarac *et al.*, IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12. 6. 2002., par. 98.

<sup>29</sup> *Schabas* 2008, str. 961.

kako postojanje državne politike nije element ZPČ. Naprotiv, njegov zločin se u suštini i sastojao upravo u propagiranju državne politike.

*Von Schirach* je pak oslobođen optužbe za zločine protiv mira jer Sud „unatoč vojnim aktivnostima *Hitlerove* mladeži“ nije uspio utvrditi da je *von Schirach* „bio uključen u osmišljavanje *Hitlerova* plana teritorijalne ekspanzije...“<sup>30</sup> Zbog sudjelovanja u progonu Židova osuđen je za ZPČ „iako nije osmislio politiku progona Židova iz Beča“<sup>31</sup>. Iz slučaja *von Schiracha* proizlazi isto što i iz *Streicherova* slučaja; sud je osudio *von Schiracha* za ZPČ iako on nije bio idejni kreator politike progona Židova, iz čega se ne može izvesti zaključak kako samo postojanje takve politike nije smatrano sastavnim dijelom ZPČ.

Savezničko nadzorno vijeće usvojilo je 1945. godine Zakon Nadzornog vijeća br. 10. koji je ovlastio sudove na područjima pod kontrolom savezničkih vlasti da procesuiraju počinitelje ratnih zločina, zločina protiv mira i čovječnosti.<sup>32</sup> ZPČ ovaj Zakon je definirao kao „zvjerstva i zločine, uključujući ubojstvo, ... i druga nečovječna djela počinjena protiv nekog civilnog stanovništva, ili progone na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi“.<sup>33</sup> Definicija se bitno ne razlikuje od definicije sadržane u Nürnberškoj povelji. Od predmeta koji su se na temelju Zakona Nadzornog vijeća br. 10 pojavili pred njemačkim sudovima posebice valja istaknuti predmete *Pravosuđe*<sup>34</sup>, *Einsatzgruppen*<sup>35</sup> i *Weller*<sup>36</sup>. Ovi predmeti najbolje ilustriraju kako se ZPČ

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Control Council Law No. 10 Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20. 12. 1945. Dostupno na <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp> [21. 8. 2013.].

<sup>33</sup> *Ibid.*, čl. 2. t. 1.c.

<sup>34</sup> United States of America v. Josef Altstötter *et al.* ("The Justice Case"), 3 T.W.C. 1 (1948), 6 L.R.T.W.C. 1 (1948), 14 Ann. Dig. 278 (1948), 3.- 4. 12. 1947. Dostupno na: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/alstoeetter.htm> [22. 8. 2013.]. Postupak se vodio protiv vodio protiv 16 njemačkih sudaca, javnih tužitelja i službenika.

<sup>35</sup> United States of America v. Otto Ohlendorf *et al.* („Einsatzgruppen Case“), Case No. 9, 10. 4. 1948. Dostupno na: [http://www.worldcourts.com/ildc/eng/decisions/1948.04.09\\_United\\_States\\_v\\_Ohlendorf.pdf](http://www.worldcourts.com/ildc/eng/decisions/1948.04.09_United_States_v_Ohlendorf.pdf) [21.8.2013]. Postupak se vodio protiv 24 pripadnika SS-a.

<sup>36</sup> Riječ je o skupnom nazivu za šest predmeta koji su se našli pred njemačkim sudovima na temelju Nadzornog zakona br. 10. Raspravljani su u predmetu *Kupreškići*, IT-95-16-T, 14.1.2000. Radilo se o zlostavljanju nekolicine Židova od strane dvojice pripadnika SS-a pod Wellerovim zapovjedništvom. Riječ je bila o „privatnom“ zlostavljanju, činjenom

standardno počeo shvaćati kao sustavno izvršen zločin pod okriljem države.<sup>37</sup> Tako je u predmetu *Pravosuđe*, sud, analizirajući definiciju ZPČ iz Zakona Nadzornog vijeća br. 10, naveo kao „zanimljivo da Zakon koristi riječi 'protiv nekog civilnog stanovništva' umjesto 'protiv bilo kojeg civila'. Odredba je usmjerena protiv zločina ... koji su sustavno organizirani i izvršeni od strane vlade ili uz njezino odobrenje“.<sup>38</sup>

U predmetu *Einsatzgruppen* sud je pak nazvao ZPČ masivnom i sustavnom povredom života i slobode te istaknuo da se „koncept ZPČ ne primjenjuje na zločine primjereno predviđene u kaznenim zakonicima dobro uređenih država. Oni mogu doći u područje primjene ovog osnovnog zakonika čovječnosti samo ako se država koje se oni tiču, zbog svoje nezainteresiranosti, nesposobnosti ili vlastita sudjelovanja u njihovu činjenju, nije mogla ili htjela suočiti s njima i kazniti počinitelje“.<sup>39</sup>

Predmet *Weller* pokazuje kako je državno okrilje za počinjenje zločina, dakle državna politika, ne samo integralni dio ZPČ nego i razlikovni element prema ostalim međunarodnim zločinima. Prvostupanjski sud je Wellera oslobodio optužbe za ZPČ utvrdivši kako su zločini za koje je bio optužen nadilazili i nacističku državnu politiku budući da im se Gestapo protivio. Vrhovni sud ga je ipak osudio i pritom utvrdio: „radnje koje su navodno ili stvarno proizašle iz osobito osobnih razloga su također često i spremno stavljane od strane nacionalsocijalističkog vodstva u službu ostvarenja njihovih kriminalnih ciljeva i planova. To važi čak i za radnje koje formalno nisu odobravane (...) Veza, u tome smislu, s nacionalsocijalističkim sustavom moći i tiranije u ovome slučaju jasno postoji jer su se radnje optuženog uklapale u brojne mjere progona koje su bile nametnute Židovima u Njemačkoj ili su se mogle nametnuti u svako doba. (...) Veza sa nacionalsocijalističkim sustavom moći i tiranije ne postoji samo u slučajevima postupaka koje su nositelji hegemonije naredili ili odobrili; ta veza postoji i glede postupaka koji se mogu objasniti samo atmosferom i uvjetima koje su stvorile vlasti. Raspravni sud je pogriješio kad je odlučujuće značenje pridao činjenici da je optuženi opomenut i da

---

nakon što bi skinuli službene uniforme. Lokalna židovska zajednica se na zbog njihova maltretiranja obratila Gestapu. Gestapo ih je obavijestio da je riječ o izoliranom događaju koji ne podržavaju, a Wellera je NSDAP opomenula zbog incidenta (par. 555.).

<sup>37</sup> *Hwang* 1998, str. 461.

<sup>38</sup> *Supra* bilj. 34.

<sup>39</sup> *Hwang* 1998, 498.

čak niti Gestapo nije opravdao eksces držeći ga izoliranim događajem. Da se njegov postupak ipak uklapao u progon Židova koji su provodili država i Nacistička stranka, pokazuje činjenica da optuženik ...nije kažnjen...u razmjeru sa težinom svoje krivnje...“.<sup>40</sup> Govoreći o atmosferi i uvjetima koje su stvorile vlasti, Sud je izrazio stav kako je državno okrilje za počinjenje zločina odlučujući element ZPČ, ono po čemu se ZPČ prepoznao i razlikovao od ostalih kaznenih djela.

U predmetu *R.* sud u britanskoj zoni je utvrdio kako bi radnja prijavljivanja osobe zbog vrijeđanja vodstva NSADP „mogla biti ZPČ ako je prijavitelj htio predati prijavljenog 'nekontroliranoj strukturi moći stranke [NSADP, op.a.] i države', znajući da je vjerojatna posljedica prijave da će žrtva upasti u arbitrarni i nasilni sustav“.<sup>41</sup> U predmetu *P. et al* postavilo se pitanje može li i izricanje smrtne kazne pod određenim okolnostima predstavljati ZPČ. Sud je zauzeo stav da može. Naime, „očita diskrepancija između prekršaja i kazne čini jasnu manifestaciju brutalnog i zastrašujućeg nacističkog pravnog sustava, koji negira samu srž čovječnosti slijepim pridržavanjem navodno naređenih zahtjeva Trećeg Reicha“.<sup>42</sup> Pitanje odgovornosti suca za ZPČ zbog izricanja prestrogih kazni postavilo se i u predmetu *H.* Sud je utvrdio da je njemački sudac počinio ZPČ „iako nije bio politički motiviran, u mjeri u kojoj je njegova radnja namjerno poduzeta u vezi sa nacističkim sustavom nasilja i terora“.<sup>43</sup> Citirani se dijelovi tiču *nexusa* između pojedinog djela i šireg konteksta u kojemu je ono počinjeno. Središnji dio toga konteksta je državna politika.

---

<sup>40</sup> *Supra* bilj.36. para 555. bilj. 816.

<sup>41</sup> *R.* (S.StS 19/48), 27.7.1948., Entscheidungen des Obersten Gerishtshofes für die Britische zone, Berlin 1950, vol. 1., str. 45 - 49, str. 47. Optuženi *R.* bio je član NSADSTR. Prijavio je drugog člana NSADP zbog vrijeđanja vodstva stranke. Posljedica prijave bila je osuda na smrt prijavljenog koja ipak nije izvršena jer je SSSR okupirao Treći Reich.

<sup>42</sup> *P. et al* (S.StS 111/48), 7.12.1948., Entscheidungen des Obersten Gerishtshofes für die Britische zone, Berlin 1950, vol. 1, pp 217 - 229, na str. 220. Riječ je odgovornosti za izrečenu smrtnu kaznu četvorici njemačkih marinaca zbog dezertstva koji su 5. 5. 1945. pokušali pobjeći iz Danske u Treći Reich. Danci su ih uhvatili i predali Nijemcima. Izvedeni su pred vojni sud i osuđeni na smrt. Kazne su izvršene na dan kapitulacije Trećeg Reicha.

<sup>43</sup> *H.* (S.StS 309/49), 18.8.1949., Entscheidungen des Obersten Gerishtshofes für die Britische zone, Berlin 1950, vol. 1.,str. 231 -246, na str. 233. i 238. Optuženi je bio njemački sudac koji je predsjedavao vojnim suđenjima dvama oficirima mornarice. Jedan je optužen zbog vrijeđanja Hitlera, a drugi zato što je nabavio strane osobne iskaznice za sebe i suprugu. Sudac je u oba slučaja glasovao za izricanje smrtne kazne.



U svim navedenim predmetima sudovi su naglašavali ulogu države u pružanju podrške za počinjenje ZPČ; dapače može se zaključiti kako su sudovi ZPČ shvaćali kao izraz namjernog okretanja države protiv vlastitih državljana, a time i izdaju svoje temeljne zaštitničke dužnosti prema njima.

### 3.2. Sudska praksa drugih država

Do osnivanja *ad hoc* tribunala koncept ZPČ se razvijao u sudskoj praksi pojedinih država. Na nacionalnu praksu valja se osvrnuti posebice zbog činjenice da sadržaj ZPČ nije standardiziran međunarodnom konvencijom, već se razvijao u običajnom pravu.<sup>44</sup> U literaturi se, kao osobito značajne u kontekstu ZPČ ističu presude u predmetima *Barbie*<sup>45</sup>, *Touvier*<sup>46</sup>, *Finta*<sup>47</sup> i *Eichmann*<sup>48</sup>. Francuski su sudovi od početka držali da je državna politika imanentna ZPČ, i to ne bilo kakva politika, već politika ideološke supremacije. Tako je u predmetu *Barbie* Kasacijski sud utvrdio da se „ZPČ sastoji u činjenici da su radnje...počinjene na sustavan način u ime države koja provodi politiku ideološke supremacije“<sup>49</sup>. Francuski žalbeni sud oslobodio je *Touviera* jer se „ne može zaključiti da je počinio ZPČ ako se ne može utvrditi da je imao posebnu namjeru sudjelovati u izvršenju zajedničkog plana počinjenjem nečovječnih djela na sustavan način ili

---

<sup>44</sup> Statut Međunarodnog suda pravde navodi običajno pravo među izvorima međunarodnog prava. Čini ga opća praksa prihvaćena kao pravo (*Statute of the International Court of Justice*, 3 *Bevans* 1179; 59 *Stat.* 1031; T.S. 993; 39 *AJIL* Sustr.str. 215 (1945), čl. 38. toč. 1. b.).

<sup>45</sup> Cour de cassation (Chambre Criminelle), *Claus Barbie*, N° de pourvoi : 85-95166, 20.12.1985., dostupno na: [http://www.trial-ch.org/fileadmin/user\\_upload/documents/trialwatch/barbie1985.pdf](http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/barbie1985.pdf) [7.9.2013.]. Klaus Barbie bio je šef Gestapa u Lyonu. Optužen je 1982. godine za ZPČ.

<sup>46</sup> Cour de cassation (Chambre Criminelle), *Paul Touvier*, N° de pourvoi : 74-91949, 6.2.1975., dostupno na: [http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/France/Touvier\\_Cassation\\_6-2-1975.pdf](http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/France/Touvier_Cassation_6-2-1975.pdf) [7.9.2013.]. Paul Touvier bio je član Vichyevske milicije koji sudjelovao u ubojstvu sedmero Židova u Rillieuxu. Inače je prvi francuski državljanin osuđen za ZPČ.

<sup>47</sup> Supreme Court of Canada, *Regina v. Imre Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, Case number: 23023, 23097 24.3.1994., dostupno na: <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1124/index.do> [7.9.2013.]. Finta je bio pripadnik Kraljevske mađarske žandarmerije koja je provela deportaciju 8617 Židova iz Segedina u Mađarskoj.

<sup>48</sup> District Court of Jerusalem, *State of Israel v. Eichmann*, Criminal Case 40/16, 15.12.1961., dostupno na: [http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/Eichmann\\_Index.htm](http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/Eichmann_Index.htm) [9.9.2013.].

<sup>49</sup> *Supra* bilj. 45.

progona u ime države koja provodi politiku ideološke supremacije<sup>50</sup>. Naime, žalbeni sud je držao da *Vichyevski* režim nije provodio politiku ideološke supremacije, ali ga je Kasacijski sud osudio, zaključivši da je *Touvier* postupao po nalogima Gestapa koji jest provodio politiku ideološke supremacije.<sup>51</sup>

Početak devedesetih godina pred kanadskim sudovima vodio se postupak protiv *Imrea Finte*. Iako bitan, taj je predmet nepravedno zanemaren. Naime, kada je 2002. godine Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu *Kunarac* zaključilo da postojanje bilo kakve politike, a kamoli državne, nije uopće element ZPČ, citiralo je nekoliko predmeta koji su se vodili pred nižim kanadskim sudovima, a previdjelo onaj koji se u isto vrijeme vodio pred kanadskim Vrhovnim sudom i u kojem se eksplicitno razmatralo pitanje državne politike kao obilježja ZPČ.<sup>52</sup> Porota je *Fintu* oslobodila optužbe, a tu su odluku potvrdili žalbeni sud i kanadski Vrhovni sud. Vrhovni sud je zaključio kako je postojanje državne politike „pravni preduvjet ZPČ (*pre-requisite legal element of crimes against humanity*)“.<sup>53</sup> Posebnu težinu ovome zaključku Vrhovnog suda daje činjenica da državna politika nije bila dio definicije ZPČ u kanadskom kaznenom zakonu u to vrijeme. Drugim riječima, čak i kada državna politika nije bila propisani dio definicije ZPČ za Vrhovni sud nije bilo upitno da je ona njegov integralni dio i ono što ZPČ razlikuje od svih ostalih kaznenih djela.<sup>54</sup>

Postupak protiv *Adolfa Eichmanna* jedan je od najpoznatijih u povijesti. Ponekad se, međutim, taj predmet ističe kao dokaz kako državna politika nije obilježje ZPČ, no moguć i suprotan zaključak. Naime, istina je da definicija ZPČ sadržana u izraelskom Zakonu o kažnjavanju nacista i njihovih kolaboracionista, 5710/1950, ne uključuje obilježje 'politike', no izuzevši usmjerenost djela protiv civilnog stanovništva, ista ne navodi ni neka druga opće prihvaćena obilježja ZPČ (primjerice, sustavnost ili širinu

---

<sup>50</sup> *Supra* bilj. 46.

<sup>51</sup> Neki komentatori drže da su francuski sudovi otišli predaleko u određenju ZPČ kada su zahtijevali dokaz postojanja „politike ideološke supremacije“ i zaključuju kako je to možda bilo motivirano željom opravdavanja Vichyevskog režima ili francuskog djelovanja u Alžiru. V. *Hwang* 1998, str.475.

<sup>52</sup> Valja ipak napomenuti kako je središnje pitanje u predmetu *Finta* bilo pitanje postupanja po zapovijedi nadređenog.

<sup>53</sup> *Supra* bilj. 47.

<sup>54</sup> Zanimljivo je da je Vrhovni sud time potvrdio stajalište prvostupanjskog suda koji je o tome prihvatio Bassiounijevo mišljenje kao mišljenje svjedoka-stručnjaka.

napada). Osim toga, već i sam naziv zakona upućuje na važnost uloge politike Trećeg Reicha u kaznenim djelima iz toga zakona.

### 3.3. Rad Međunarodnog pravnog povjerenstva

Opća skupština Ujedinjenih naroda (*u daljnjem tekstu: UN*) osnovala je 1947. godine Međunarodno pravno povjerenstvo (*u daljnjem tekstu: MPP*) sa zadatkom da prouči metode kojima bi Opća skupština UN trebala poticati progresivni razvoj međunarodnog prava i njegovu moguću kodifikaciju.<sup>55</sup> Djelovanje MPP od posebnog je značenja za ovaj rad iz više razloga. Prvo, nakon što je 1948. godine usvojena Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida,<sup>56</sup> ZPČ ostao je jedini međunarodni zločin čiji sadržaj nije bio standardiziran međunarodnom konvencijom. Dokumenti MPP stoga predstavljaju prvorazrednu smjernicu u traganju za pravilima međunarodnog običajnog prava. S druge strane, zato što je MPP osnovano od strane UN baš sa zadaćom kodificiranja međunarodnog prava, njihovi dokumenti predstavljaju i svojevrsan *opinio iuris* međunarodne zajednice, pa predstavljaju i pravni autoritet. Konačno, MPP je 2013. godine uključilo u svoj dugoročni mandat kodifikaciju ZPČ. Rad na međunarodnoj kodifikaciji još uvijek je u tijeku.

Jedan od prvih zadataka MPP-a bio je „formulirati principe međunarodnog prava koji proizlaze iz Nürnberške povelje i Presude Međunarodnog vojnog suda“,<sup>57</sup> koje je MPP 1950. godine i podnijelo Općoj skupštini“,<sup>58</sup> a godinu dana kasnije pripremilo je i nacrt Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva.<sup>59</sup> Drugi nacrt Kodeksa usvojen je 1954. godine.<sup>60</sup> Ovi se

---

<sup>55</sup> Establishment of an International Law Commission, G.A. Res. 174(II), U.N. GAOR, 2d Sess., 123d mtg. at 105, U.N. Doc A/519 (1947).

<sup>56</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Dec. 9, 1948, 78 U.N.T.S. 277.

<sup>57</sup> Formulation of the principles recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal, G.A. Res. 177(11), U.N. GAOR, 2d Sess., 123d mtg. at 111, U.N. Doc. A/519 (1947).

<sup>58</sup> Report of the International Law Commission, U.N. GAOR, 5th Sess., Sustr.str. No. 12, U.N. Doc. A/1316, at 11 (1950), dostupno na: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_1\\_1950.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf) [3. 9. 2013.].

<sup>59</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, II YEARBOOK INT'L L. COMM'N 134 (1951).

<sup>60</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, II YEARBOOK INT'L L. COMM'N 151 (1954).

dokumenti najvećim dijelom bave pitanjem povezanosti ZPČ sa ratnim zločinima i zločinom protiv mira, tj. pitanjem je li ZPČ samostalno ili akcesorno kazneno djelo. Pojednostavljeno, postavilo se praktično pitanje da li masovna i organizirana ubojstva, progona i drugi zločini počinjeni pod okriljem Njemačke prije početka rata također predstavljaju ZPČ, odnosno je li bitna odrednica ZPČ njegova poveznica sa oružanim sukobom ili ne. U Presudi je navedeno: „Možda su i poduzete radnje, kao što se navodi u članku 6(c), 'prije ili tijekom rata', ali, očito, bit će teže dokazati njihovu povezanost sa zločinom protiv mira ili ratnim zločinom ako su radnje poduzete prije rata“.<sup>61</sup>

Postupci protiv neprijatelja Trećeg Reicha prije i tijekom rata sadržajno su bili isti, ne samo glede pojedinih djela kao što je ubojstvo, nego u pogledu cijelog konteksta u kojem su ta djela poduzeta, dakle državne politike i državnog okvira za činjenje zločina. Tako, primjerice, u Nürnberškim principima stoji: „Iako je utvrdio da su 'politički protivnici ubijani u Njemačkoj prije rata, i mnogi od njih su zatvarani u koncentracijske logore i držani u strašnim i okrutnim uvjetima', i da je 'politika progona, represije i ubojstava civila, percipiranih protivnika vlade, okrutno provođena u Njemačkoj prije rata iz 1939. godine', i da je 'progon Židova tijekom tog perioda nesporan', Sud je smatrao da nije dokazano da su te radnje, koje su poduzete prije izbijanja rata, počinjene u izvršenju ili u vezi s nekim zločinom iz jurisdikcije Tribunala. Zbog toga je sud utvrdio kako ne može 'općenito reći da su takve radnje prije 1939. godine bile ZPČ u smislu Povelje' (...) Tribunal nije, međutim, time isključio mogućnost da bi se ZPČ mogli počinuti i prije rata“.<sup>62</sup>

Nacrt kodeksa iz 1951. određuje ZPČ kao „nečovječna djela poduzeta od strane državnih organa ili privatnih osoba protiv nekog civilnog stanovništva kao ubojstvo, (...), kada su takva djela poduzeta u izvršenju ili u vezi sa drugim zločinima iz ovog članka“.<sup>63</sup> Nacrt kodeksa iz 1954. ih označava kao „nečovječna djela poput ubojstva, (...) počinjena protiv nekog civilnog stanovništva od strane državnih organa ili privatnih osoba koje

---

<sup>61</sup> *Supra* bilj.24, str. 80.

<sup>62</sup> *Supra* bilj. 58, par. 121. - 122.

<sup>63</sup> *Supra* bilj. 59, čl. 2. st.10. Iako je to od manjeg značenja za ovaj rad, izrazom „u izvršenju ili u vezi s drugim zločinima iz ovog članka“ krug ZPČ znatno je proširen jer čl. 2. nije sadržavao samo ratne zločine i zločine protiv mira već i niz drugih zločina.

postupaju na poticaj državnih organa ili uz njihovo dopuštenje“.<sup>64</sup> Uočava se da MPP u Nacrtu iz 1951. i 1954. zauzima stav kako počinitelji ZPČ mogu biti i privatne osobe. Nacrt iz 1951. međutim zahtijeva vezu sa nekim drugim zločinom, dok Nacrt iz 1954. napušta tu vezu, ali zato zahtijeva da privatne osobe postupaju „na poticaj državnih organa ili uz njihovo dopuštenje“. Tako je napušten *nexus* sa drugim međunarodnim zločinima, a usvojena je definicija koja je puno više odgovarala stvarnim obilježjima ponašanja koje se htjelo kazniti. Naime, ZPČ je unesen u Nürnberšku povelju kako bi se kaznili zločini koji su imali uporište u politici Trećeg Reicha, a ne obična kaznena djela počinjena za vrijeme trajanja rata.

MPP je s radom nastavilo tek osamdesetih godina 20. stoljeća. 1991. godine izrađen je treći Nacrt kodeksa. U njemu nema zločina pod nazivom ZPČ, već je uveden novi zločin pod nazivom „sustavno ili masovno kršenje ljudskih prava“ koji je svojim sadržajem obuhvatio ZPČ. Prema Nacrtu za taj bi zločin odgovarao onaj „tko počini ili naredi izvršenje bilo kojeg od sljedećih kršenja ljudskih prava: ubojstvo, (...) na sustavan način ili masovno; ili progon“.<sup>65</sup> Letimičan pogled na definiciju pokazuje da je izrijekom uveden novi element u ZPČ; naime, pojedina djela moraju biti počinjena na sustavan način ili masovno.<sup>66</sup> Istovremeno je napušten zahtjev iz Nacrta iz 1954. kako počinitelj treba postupati „na poticaj državnih organa ili uz njihovo dopuštenje“. Pritom MPP u Komentaru navodi da „članak ne ograničava moguće počinitelje ZPČ samo na državne službenike ili predstavnike. Istina, oni bi, s obzirom na svoj službeni položaj, imali veću stvarnu mogućnost počinjenja zločina na koji se odnosi članak; ipak članak ne isključuje mogućnost da privatne osobe koje imaju *de facto* vlast

---

<sup>64</sup> *Supra* bilj.60, čl. 2. st. 11.

<sup>65</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, II(2) YEARBOOK INT'L L. COMM'N 94 (1991), čl. 21.

<sup>66</sup> U pripadajućem Komentaru Nacrta navodi se što MPP podrazumijeva pod pojmovima „sustavnost“ odnosno „masovnost“. Tako se „sustavnost“ odnosi „na stalnu praksu ili na sustavan plan za izvršenje kršenja ljudskih prava“. „Masovnost“ se odnosi na „broj osoba pogođenih takvim kršenjem“, odnosno „pogođeni entitet“ (čl. 21. st. 3.) . U Komentaru se nadalje navodi kako je funkcija tih elemenata isključiti „izolirane akte ubojstava ili mučenje (...) bez obzira kako odvratno kršenje ljudskih prava je u pitanju“. U praksi, međutim, ta dva nova elementa, evidentno postavljena alternativno, nisu bila novina. Planska priroda i organiziranost zločina počinjenih pod okriljem politike Trećeg Reicha redovito je isticana u presudama za ZPČ, a francuski i kanadski sudovi držali su sustavnost počinjenja pojedinih radnji dijelom ZPČ.

ili su organizirane u kriminalne bande ili grupe mogli također počiniti tip sustavnih ili masovnih kršenja ljudskih prava na koje se odnosi članak; u tom slučaju, njihove radnje bi došle u domet Kodeksa<sup>67</sup>. Proizlazi, stoga, kako treba razlikovati počinitelja ZPČ, koji može biti bilo službena bilo privatna osoba, od države ili drugog entiteta koji pruža podršku ili omogućuje počinjenje ZPČ. Prema tome, privatna osoba, postupajući prema vlastitom kriminalnom planu, bez „zaleđa“ neke grupe, ne bi mogla počiniti ZPČ. MPP je koristeći izraz „*de facto* vlast“, otvorio mogućnost da bi taj entitet mogao biti tvorevina poput države ali nije posve isključio i neke druge grupe koje takvu vlast nemaju. Dakle, ostalo je nužno postojanje nekog entiteta koji usmjerava činjenje djela, no ponovno je otvoreno pitanje potrebne naravi tog entiteta.

Nacrt kodeksa iz 1996. iznova uvodi pojam ZPČ, a definira ga kao „bilo koje od sljedećih djela, počinjeno na sustavan način ili masovno i potaknuto ili usmjereno od strane Vlade ili bilo koje organizacije ili grupe: ubojstvo, (...)“<sup>68</sup>. Prema toj definiciji, kontekst u kojem je počinjen zločin koji se kvalificira kao ZPČ, ima dvije komponente: prvo, zločin mora biti počinjen sustavno ili zločini moraju biti masovni; i drugo, zločin mora biti počinjen pod okriljem nekog entiteta. Nacrt kodeksa iz 1991. izrijekom nije tražio pružati podršku tim zločinima od strane nekog entiteta; o tome je govorio tek prateći Komentar.

Podrška entiteta prema Nacrtu kodeksa iz 1996. godine se sastoji u poticanju ili usmjeravanju zločina, a pruža ju Vlada ili bilo koja organizacija ili grupa. Određenje je bliže Nacrtu kodeksa iz 1954. godine koji je govorio o ZPČ kao zločinima počinjenima protiv civilnog stanovništva „od strane državnih organa ili privatnih osoba koje djeluju na poticaj tih organa ili uz njihovo dopuštenje“<sup>69</sup>. Te dvije definicije se razlikuju utoliko što Nacrt iz 1996. osim države uključuje i mogućnost da bi relevantnu podršku činjenju ZPČ mogli pružiti i drugi entiteti. No, Nacrt iz 1996. je zato puno stroži glede sadržaja te podrške. Dok je za Nacrt iz 1954. dovoljna obična pasivnost, što proizlazi iz riječi „uz njihovo dopuštenje [državnih organa, op.a]“, Nacrt iz 1996. zahtijeva da činjenje zločina bude „potaknuto ili

---

<sup>67</sup> *Supra* bilj. 65, čl. 21. st. 3.

<sup>68</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 11(2) YEARBOOK INT'L L. COMM'N 15 (1996), čl. 18.

<sup>69</sup> *Supra* bilj.60, čl. 2. st. 11.

usmjeravano od strane Vlade, druge organizacije ili grupe...“, dakle da entitet bude aktivan. U Komentaru Nacrta iz 1996. MPP navodi kako je funkcija ove komponente isključiti slučajeve „u kojima pojedinac počini nečovječno djelo postupajući na vlastitu inicijativu na temelju vlastitog kriminalnog plana bez ikakvog ohrabrenja ili usmjeravanja od strane Vlade, ili grupe ili organizacije. Takav tip izoliranog kriminalnog ponašanja ne bi predstavljalo ZPČ...Poticanje ili usmjeravanje od strane Vlade ili neke organizacije ili grupe, koja može ili ne mora biti povezana s Vladom, daje djelu njegovu veliku dimenziju i čini ga ZPČ koji se može pripisati privatnim osobama ili državnim agentima“. <sup>70</sup> Uz taj navod MPP se pozvao na presude *Streicheru* i *Von Schirachu*, iz kojih se, kako je već objašnjeno *supra*, samo mogao izvesti zaključak da konkretni počinitelj ZPČ ne mora biti dio užeg kruga kreatora državne politike, a ne i da takva politika nije potrebna. Stoga je upitno u kojoj mjeri citirane presude podržavaju zaključak MPP kako relevantan entitet može biti i nedržavna organizacija. Nadalje, uočava se i da MPP razlikuje „vladu“ s jedne strane, i „grupu ili organizaciju“ s druge strane. Zahtjev logičke uravnoteženosti nalagao bi zaključak da „grupa ili organizacija“ treba imati takva obilježja koja ju čine sposobnom izvršiti „poticanje ili usmjeravanje“ odgovarajuće onome koje je u stanju učiniti vlada. U tome dijelu Komentara MPP u bilješci navodi kako je MVS na temelju Nürnberške povelje proglasio kriminalnima i neke organizacije „koje su osnovane za i upotrebljavane u vezi s počinjenjem zločina protiv mira, ratnih zločina i ZPČ“. <sup>71</sup> Riječ je organizacijama poput SS-a i Gestapa koje su bile povezane sa državom. Izjavu da bi grupe ili organizacije koje nisu povezane s državom mogle pružiti pravno relevantnu podršku ZPČ-i, MPP nije potkrijepio primjerima iz sudske prakse jer takve prakse nije bilo. Zato tu izjavu treba shvatiti kao prijedlog *de lege ferenda*, a ne kao potvrdu običajnog prava o tome pitanju. Konačno, valja ukazati kako je trenutno u tijeku rad MPP na kodifikaciji upravo zločina protiv čovječnosti. Posljednji prijedlog slijedi tekst Rimskog statuta, što svakako govori u prilog shvaćanju o politici kao obilježju ZPČ, no ne pruža detaljne

---

<sup>70</sup> V. *supra* bilj. 68.

<sup>71</sup> *Ibid.*

smjernice niti o sadržaju politike niti o prirodi entiteta u njenoj pozadini.<sup>72</sup> Hoće li u tome obliku konvencija biti i usvojena, ostaje tek vidjeti. Zaključno, vrijednost rada MPP velika je i neupitna. Međutim, iako su njegovi dokumenti od velike pomoći u traganju za pravilima običajnog prava, oni nisu potvrda običajnog prava. Dokumenti MPP eventualno mogu predstavljati *opinio iuris* država, no običajno pravo uz *opinio iuris* čini i kontinuirana sudska praksa. S druge strane, MPP je u Nacrtima kodeksa i pripadajućim Komentarima, uz iznimku Nacrta kodeksa iz 1991. godine, naglašavao ulogu države odnosno drugog entiteta u pružanju podrške počinjenju ZPČ. Njegovi zaključci o ulozi države i državnih organizacija su ispravni, i u svjetlu tadašnje sudske prakse, mogu se uzeti kao potvrda običajnog prava. Međutim, zaključke o nedržavnim organizacijama, a osobito onima koje nemaju *de facto* vlast, MPP nije moglo potkrijepiti sudskom praksom, pa se oni mogu držati samo prijedlozima glede smjera u kojem bi se ZPČ trebali razvijati. U samo dva navrata MPP se očitovalo o sadržaju politike entiteta. Prema Nacrtu iz 1954. ona bi se mogla sastojati i u toleriranju zločina, dok je prema Nacrtu iz 1996. potrebna aktivnost. Smatramo kako je Nacrt iz 1954. zauzeo pravilan stav, na temelju ranije izloženog predmeta *Weller*. U tome su slučaju zločini počinjeni protivno propisima Trećeg Reicha, dapače *Wellera* je Gestapo i opomenuo, ali su se ipak uklapali u opću politiku toleriranja zločina nad Židovima.

### 3.4. Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju

Devedesete godine 20. stoljeća obilježio je slom komunizma u Europi. U Jugoslaviji je on popraćen raspadom države i višegodišnjim ratom. Rat su obilježila teška kršenja humanitarnog prava, velika civilna stradanja i uništenja kulturnih objekata, a osobito praksa tzv. etničkog čišćenja. U odgovoru na ta zbivanja VS UN je 1993. godine osnovalo MKSJ.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> V. International Law Commission, Sixty-seventh session, Geneva, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2015, Report of the Drafting Committee on Crimes against Humanity A/C.4/L.853

<sup>73</sup> UN Security Council, Resolution 808 (1993) Adopted by the Security Council at its 3175th meeting, 22.2.1993., S/RES/808 (1993), dostupno elektronički na: <http://www.refworld.org/docid/3b00f15d30.html> [posjećeno 23.8.2013.].



Statut MKSJ<sup>74</sup> je sastavljen u osloncu na Izvješće Glavnog tajnika UN-a od 3.svibnja 1993. godine.<sup>75</sup> Prema članku 5. Statuta ZPČ se definiraju kao taksativno navedena djela „počinjena u tijeku oružanog sukoba, međunarodnog i nemeđunarodnog, i usmjerena protiv nekog civilnog stanovništva“. U komentaru predložene odredbe navodi se da su ZPČ „vrlo ozbiljna nečovječna djela kao (...) ubojstvo, (...), počinjena u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv nekog civilnog stanovništva na nacionalnoj, političkoj ili vjerskoj osnovi“.<sup>76</sup>

Statut MKSJ pobliže ne definira obilježja ZPČ te stoga ne čudi da se sadržaj ZPČ kristalizirao u sudskoj praksi, s prekretnicom u predmetu *Kunarac*. Iz prakse proizlazi da je ZPČ kompleksno kazneno djelo, sastavljeno od objektivnog i subjektivnog obilježja. Objektivno obilježje čini određeno taksativno navedeno djelo i kontekst u kojemu je djelo počinjeno. Kontekst čini sustavan ili široki napad<sup>77</sup> usmjeren protiv nekog civilnog stanovništva<sup>78</sup> i poduzet tijekom oružanog sukoba.<sup>79</sup> Pojedino djelo mora biti počinjeno u sklopu takvog napada, treba dakle postojati određeni *nexus*

---

<sup>74</sup> *Statute for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., U.N. Doc. S/RES/827 (1993).

<sup>75</sup> *Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808* (1993), 3.5.1993., str. 13, dostupno na [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/25704](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/25704) [1.9.2013.]

<sup>76</sup> *Ibid.*, par. 48.

<sup>77</sup> U praksi MKSJ standardiziralo se shvaćanje da izraz „napad“ u smislu ZPČ ima drukčije značenje od onog koje mu pridaje ratno pravo, u smislu vojnog napada. „Napad“ u smislu ZPČ znači slijed ponašanja koje uključuje višestruko počinjenje nasilnih radnji, obuhvaća i svako zlostavljanje civilnog stanovništva. V. ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić et al.*, *Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, IT-95-13-R61, 3. 4. 1996., par. 436. U praksi će napad ipak najčešće biti vojni, tako što će vojni odred napasti civilno stanovništvo, npr. zbog osvete, zastrašivanja i sl.

<sup>78</sup> Napad je „usmjeren“ protiv nekog civilnog stanovništva ako je ono primarni objekt napada (V. *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23&15-96-23/I-A, 16.6.2002., par. 90-92.). To je od važnosti za ratno pravo jer napad usmjeren na vojni cilj sa kolateralnim civilnim žrtvama nije napad usmjeren protiv civilnog stanovništva. Izraz „neko civilno stanovništvo“ znači stanovništvo bilo kojeg državljanstva, dakle i istog kao i počinitelj. Riječ „civilno“ ne znači da su automatski isključene osobe koje su bile borci, ali u vrijeme počinjenja zločina to više nisu, npr. zato što su izvan stroja zbog polaganja oružja, ranjavanja ili zarobljavanja. V. *Mrkšić (supra bilj. 77)*, par. 29.; ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, 7.5.1997., par. 635, 636.

<sup>79</sup> Uvjet *nexusa* sa oružanim sukobom nije materijalni element ZPČ, on je isključivo jurisdikcijske prirode tako da ograničava nadležnost MKSJ na ZPČ koje su počinjene u vrijeme trajanja oružanog sukoba. V. *Tadić (supra bilj.78)*, par. 627.

između djela i konteksta.<sup>80</sup> Napad protiv civilnog stanovništva je trebao biti usmjeren ili potican politikom države ili nekog entiteta, ali se taj uvjet u praksi povezivao sa zahtjevom da napad bude sustavan. Subjektivno obilježje ZPČ je znanje počinitelja o kontekstu, u sklopu kojeg je poduzeto i njegovo djelo.<sup>81</sup>

Postojanje politike nekog entiteta nije sastavni dio definicije ZPČ u Statutu, niti je dio izvješća Glavnog tajnika. Unatoč tome, Komisija stručnjaka u svojem je Završnom izvješću naglasila kako je politika dio konteksta ZPČ.<sup>82</sup> Komisija je o politici govorila u okviru sustavnosti počinjenih djela, odnosno njihove masovnosti. Ona je držala da i sustavno i masovno počinjena djela moraju biti počinjena na osnovi „zajedničke politike“. Komisija nije izravno odgovorila na pitanje treba li zajedničku politiku shvatiti kao politiku države, ali čini se da je upravo nju imala u vidu kada je utvrdila: „Trebalo naglasiti da porast stope počinjenih zločina, koji prati opći raspad pravnog sustava i reda, nije ZPČ. Ipak, opći raspad pravnog sustava i reda može biti smišljen instrument, pažljivo izvedena situacija kako bi se sakrila prava priroda namjeravanog zla. Stoga, ne treba bez preispitivanja zaključivati da su počinitelji samo nekontrolirani elementi... Nepostojanje volje da se nekontrolirani elementi stave pod kontrolu, progone i kazne može biti pokazatelj da su ti elementi, u stvarnosti, korisno sredstvo za implementaciju politike kao dijela ZPČ“.<sup>83</sup> Iz toga se vidi da Komisija pojam „politike“ promatra kroz prizmu namjernog propusta entiteta odgovornog za uspostavu pravnog sustava i reda da zaštiti ugroženo

---

<sup>80</sup> *Nexus* između djela i konteksta postoji ako je djelo objektivno, s obzirom na prirodu i posljedice, dio napada. V. ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, par. 248., 251. i 271.

<sup>81</sup> Počinitelj mora znati za postojanje širokog ili sustavnog napada te da je njegovo djelo dio toga napada. V. ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22. 2. 2001., par. 417.

<sup>82</sup> Komisija stručnjaka, koja je dala prvu analizu sadržaja Statuta MKSJ u svojem Završnom izvješću, osnovana je na zahtjev VS UN sa zadaćom prikupljanja dokaza o kršenju humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije (*United Nations Security Council Resolution 780 (Establishing a Commission of Experts to Examine and Analyze Information Submitted Pursuant to Resolution 771)*), S.C. res. 780, 47 U.N. SCOR at 36, U.N. Doc. S/RES/780 (1992) dostupno na: <http://www1.umn.edu/humanrts/peace/docs/scres780.html> [23.8.2013.]. Na čelu joj je bio M. C. Bassiouni.

<sup>83</sup> *Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780* (1992), S/1994/674 – 27.5.1994., dostupno na: <http://www.his.com/~twarrick/commxy1.htm> [7.9.2013.].

stanovništvo od „nekontroliranih elemenata“. Pitanje je koji entitet osim države ima takvu odgovornost i sposobnost. Po prirodi stvari to bi mogao biti samo *de facto* država, tj. entitet poput države.

Iz navedenog ulomka može se izvesti zaključak i o sadržaju politike. Država, odnosno drugi sličan entitet, može biti aktivna, dakle aktivno sudjelovati u sustavnom ili masovnom počinjenju pojedinih djela, ili može namjerno ostati pasivna i tolerirati zločine, ne pokušavati spriječiti počinitelje, niti ih kazнено progoniti i kažnjavati. Iako politiku nije izdvojila kao zasebno obilježje, nego je o njoj govorila kao osnovi djela počinjenih sustavno ili masovno, Komisija ju je ipak držala ključnom za kvalifikaciju djela kao ZPČ: „opseg i priroda tih zločina postaju od osobitog značenja i interesa za međunarodnu zajednicu zbog gnusnog karaktera cjelokupne politike, uporabljenih sredstava za njezinu provedbu i broja žrtava kojima rezultira“.<sup>84</sup>

Kako je već ranije spomenuto, prva presuda MKSJ donesena je u postupku protiv *Tadića*.<sup>85</sup> U prvoj presudi MKSJ se priklonio ranije zauzetom stavu u odluci u predmetu *Nikolić* prema kojoj 'politika' predstavlja obilježje ZPČ.<sup>86</sup> No, predmet *Nikolić* nije bio od pomoći glede određenja prirode entiteta o čijoj je politici riječ, budući da je sud samo naveo kako to ne mora biti „država u konvencionalnom smislu“.<sup>87</sup> Kako Statut ne sadrži nikakvu odredbu u tom smislu, niti odredbe o izvorima prava i pravilima tumačenja,

---

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, *supra* bilj. 78 Nekoliko napomena o samom predmetu kako bi se dobio bolji uvid u ulogu politike Kriznog štaba ARK, izvršne vlasti u ARK, srpskog entiteta za trajanja oružanog sukoba u bivšoj Jugoslaviji, kojoj je pripala i općina Prijedor. U općini je, kada je pala pod srpsku vlast, osnovan lokalni Krizni štab ARK koji je bio podređen Kriznom štabu ARK. On je u Prijedoru odmah implementirao niz mjera kojima se otežava život i kretanje nesrbima, uključujući otkaze, gubitak zdravstvenog i socijalnog osiguranja, zabranu privatnog rada, pohađanja škole, isključenje struje, telefonskih linija, a tolerirale su se krađe, zlostavljanja, silovanja i ubojstva što je život za nesrbe u Prijedoru učinilo nemogućim (par. 147-153.). Najteža od tih djela Tužitelj je kvalificirao kao ZPČ, a za njih je optužen Duško Tadić koji je u tome je razdoblju bio predsjednik lokalnog ogranka stranke SDS.

<sup>86</sup> *Ibid.*, par. 653.: „Tradicionalno se taj zahtjev shvaća tako da treba postojati neki oblik politike da se ta djela počine“, „Koncept ZPČ također zahtijeva – iako to nije izraženo u tako puno riječi u gornjoj definiciji [Članak 6(c) Nurnberške Povelje] – da zločini u pitanju moraju biti dio sustava utemeljenog na teroru ili čine vezu u svjesno vođenoj politici usmjerenoj protiv određenih grupa ljudi.“

<sup>87</sup> ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, *Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, IT-94-2-R61, 20. 8. 1995., par. 27.

sud se morao osloniti na druge izvore u prilog svojem zaključku da se od razdoblja Trećeg Reicha „pravo o ZPČ razvilo tako da obuhvaća sile koje, iako ne pripadaju legitimnoj vladi, imaju *de facto* kontrolu nad, ili se mogu slobodno kretati u okviru, definiranog područja“.<sup>88</sup> Kao takvi prepoznati su Nacrt kodeksa iz 1996. koji govori o tome da djela mora poticati ili usmjeravati „vlada ili neka organizacija ili grupa“<sup>89</sup> te Nacrt iz 1991. godine prema kojemu su počinitelji u pravilu državni službenici jer imaju veću stvarnu mogućnost počinjenja takvih kaznenih djela, ali „ne treba isključiti niti privatne osobe sa *de facto* vlašću ili organizirane u kriminalne bande ili grupe“.<sup>90</sup>

Zaključak MKSJ načelno treba pozdraviti. Ipak, MKSJ se trebao ograditi od široke formulacije „kriminalnih bandi ili grupa“ iz Komentara Nacrta iz 1996. jer ih niti MPP nije moglo potkrijepiti sudskom praksom.<sup>91</sup> Ovako je bilješkom omogućio zaključak da bi organizacija koja nema obilježja države mogla stvoriti politiku u smislu ZPČ.

Drugo, MKSJ je pomalo nespretno i ne oslanjajući se na ikakve pravne izvore zaključio kako „politika ne mora biti formalizirana i njezino postojanje se može izvesti iz načina na koji se djela javljaju...ako su počinjena sustavno ili su širokog opsega, to pokazuje politiku da se počine, bila ona formalizirana ili ne“.<sup>92</sup> Iako politika ne mora biti službena politika entiteta, stav kako bi se o njezinu postojanju moglo zaključivati iz sustavnosti ili opsega počinjenih djela čini se pogrešan. Definicija ZPČ iz Statuta MKSJ ne sadrži pojmove „sustavnost“, „široki opseg“ ili „politika entiteta“, no oni se izrijekom navode u čl. 18. Nacrta kodeksa iz 1996. godine i pratećem Komentaru, a MKSJ ih je držao implicitno sadržanima u zahtjevu da taksativno navedena djela budu usmjerena protiv civilnog stanovništva. Iz Komentara Nacrta iz 1996. godine, na koji se MKSJ snažno oslonio, proizlazi da kontekst ZPČ ima dvije komponente: a) da su

---

<sup>88</sup> Tadić, *supra* bilj.78, par. 654.

<sup>89</sup> *Supra* bilj.68.

<sup>90</sup> *Supra* bilj. 65, čl. 21. st. 5. Osim toga, MKSJ (Tadić, *supra* bilj. 78, par. 655.) se pozvao i na odluku u predmetu Nikolić te na odluku američkog suda u predmetu Kadić v. Karadžić (United States Court of Appeals for the 2nd Circuit, Kadić v. Karadžić: Opinion of 2nd Circuit re: Subject Matter Jurisdiction, 13.10.1995., dostupno na: <http://avalon.law.yale.edu/diana/4298-12.asp> [9.9.2013.]).

<sup>91</sup> MPP je citirao presude *von Schirachu* i *Streicheru* te govorio o organizacijama povezanim sa Trećim Reichom poput Gestapa i SS-a.

<sup>92</sup> Tadić, *supra* bilj.78, par. 653.

počinjena i druga takva djela na sustavan način ili masovno, te b) da je počinjenje djela poticano ili usmjeravano od strane nekog entiteta. Tek utvrđenje da postoje obje okolnosti dozvoljava zaključak o postojanju konteksta. U Komentaru se doista navodi da počinjenje djela na sustavan način znači „na temelju ranije osmišljenog plana ili politike“ te da bi „implementacija toga plana ili politike mogla... rezultirati ponovljenim ili kontinuiranim činjenjem nehumanih djela“, ali se to odmah potkrepljuje navodom da je i MVS „naglasio da su nehumana djela počinjena kao dio politike terora te su 'u mnogim slučajevima bila organizirana i sustavna“.<sup>93</sup> Iz toga je jasno da je MPP razlikovao plan ili politiku na temelju kojeg su djela počinjena, posljedica čega je da se uočava organiziranost u počinjenju zločina, od „politike terora“ tj. politike nekog entiteta koja takva djela potiče ili usmjerava. Obje su morale biti prisutne istovremeno da bi postojao odgovarajući kontekst. Primjerice, serijski ubojica postupa sustavno jer postupa prema određenom planu ili politici, ali to ne znači da u njegovu slučaju postoji i politika određenog entiteta koji ga potiče ili usmjerava. Politika entiteta postoji ako se može očekivati da će sustavno počinjeni zločini proći nekažnjeno zbog namjernog propusta entiteta koji ih može kazniti.<sup>94</sup>

Za razmatranje ovog pitanja važan je i predmet *Kupreškići*. Predmet je otvorio pitanja obilježja entiteta o čijoj politici je riječ, ali još više sadržaja te politike.<sup>95</sup> Naime, iako je uzeo u obzir zaključak iz presude *Tadić* da bi, osim države, dolazili u obzir i entiteti sa *de facto* vlašću ili grupe koje se slobodno kreću definiranim područjem, Sud se nije usudio potvrditi tako široku formulaciju jer ju nije mogao potkrijepiti postojećom sudskom praksom, prema kojoj bi bio moguć samo zaključak da bi, osim države, u obzir dolazio entitet sa *de facto* vlašću.<sup>96</sup> Središnje pitanje u ovom

---

<sup>93</sup> *Supra* bilj.68.

<sup>94</sup> *V. Schabas* 2011, Crimes Against Humanity in Norway, MKSJ se u daljnjoj praksi oslanjao na presudu *Tadić*, osobito u pogledu zaključka da se o postojanju politike entiteta može zaključivati iz sustavnosti ili opsega počinjenih djela, što je kulminiralo drugostupanjskom presudom u predmetu *Kunarac* kojom je konačno zaključeno kako politika entiteta uopće nije obilježje ZPČ.

<sup>95</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškići, IT-95-16-T, 16.1.2000.*, par. 543.: „Suština je tih zločina sustavna politika određenog opsega i težine usmjerena protiv civilnog stanovništva.“

<sup>96</sup> *Ibid.* par. 552.: „Potreba da su ZPČ barem tolerirani od strane države, vlade ili entiteta također se naglašava u nacionalnoj i međunarodnoj sudskoj praksi. Zločini u pitanju mogu biti sponzorirani od strane države ili mogu na bilo kojoj razini biti dio vladine politike ili

predmetu, međutim, bilo je pitanje sadržaja politike: mora li entitet aktivno sudjelovati u stvaranju uvjeta za počinjenje zločina ili je dovoljno da se pasivno postavi prema zločinima koje čine privatne osobe? Sud je rješenje našao u predmetu *Weller*, već ranije analiziranome u ovome radu, te je zaključio: „proizlazi da je u takvim slučajevima potreban neki oblik eksplicitnog ili implicitnog odobrenja ili podrške od strane države ili izvršne vlasti, ili da je počinjenje zločina evidentno ohrabreno općom politikom izvršne vlasti ili da se jasno uklapa u takvu politiku“.<sup>97</sup> Time je sud ujedno i izvrsno izrazio bit politike u kontekstu ZPČ.

Pa ipak, vrlo brzo MKSJ je odustao od politike kao obilježja ZPČ, odričući joj značenje običajnog elementa ZPČ.<sup>98</sup> Prema mišljenju žalbenog vijeća u predmetu *Kunarac* postojanje politike može služiti samo kao dokaz da su zločini počinjeni sustavno.<sup>99</sup> Žalbeno vijeće se pozvalo na definiciju iz čl.6(c) Nürnberške povelje, ali pritom je izostavilo *chapeau* tog članka koji govori o počiniteljima koji su postupali „u interesu Sila Osovine“, a pogrešno je protumačilo i predmete *Streicher*, *Von Schirach* i *Eichmann* koji su se temeljili upravo na postojanju državne politike (*V. supra* 3.1. i 3.2.). Žalbeno je vijeće uzelo u obzir i nekoliko presuda donesenih od nižih kanadskih sudova: *Mugesera*, *Sivakumar* i *Moreno*, ni ne spominjući predmet *Finta* koji se vodio pred kanadskim Vrhovnim sudom u isto doba, a koji je državnu politiku držao „nužnim obilježjem ZPČ“.<sup>100</sup> Nadalje,

---

politike entiteta koji drži *de facto* vlast nad teritorijem“. Sud se u tome oslonio na predmete *Barbie* i *Touvier*, analizirane *supra* u ovome radu.

<sup>97</sup> *Ibid.* par. 555.

<sup>98</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac, Appeal Judgement, IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12.6.2002.* Predmet *Kunarac* se tiče silovanja, mučenja i porobljavanja muslimanskog stanovništva od strane srpskih snaga u općini Foča. Muškarci su uglavnom zatočeni, dok su žene zatvarane na različitim privatnim lokacijama s ograničenom mogućnošću kretanja. One su sustavno silovane od strane vojske, uz odobrenje lokalne policije, koja im je često takva silovanja i omogućavala (v. presudu Raspravnog vijeća, *supra* bilj. 2, par. 576). Predsjedništvo Republike Srpske formalno se pokušalo distancirati od navedenih zločina, te izdalo naredbu da se zaštite preostali nesrbi u Gornjem Podrinju, ali ta naredba nije implementirana i ostala je bez ikakvog učinka.

<sup>99</sup> Korijene toga pogrešnog zaključka, kao što je objašnjeno, nalazimo već u presudi *Tadić*.

<sup>100</sup> Zanimljivo je kako je Žalbeno vijeće primijetilo kako su slučajevi iz nacionalne prakse koji se često spominju u prilog zaključku kako je politika element ZPČ samo primjenjivali vlastite kaznene zakone koji sadrže takav uvjet pa se zato ne mogu uzeti u obzir. Osim što je pogrešno držati da se takva nacionalna praksa zbog navedenog razloga ne može uzeti u obzir, žalbeno vijeće nije bilo u pravu niti kada je tvrdilo da su u navedenim predmetima samo primjenjivani nacionalni kazneni zakoni. U razdoblju kada se vodio predmet *Finta*

pozvalo se na „lakonske“ paragrafe iz Izvješća Generalnog tajnika<sup>101</sup> na temelju kojeg je donesen Statut MKSJ, te pogrešno shvatilo smisao relevantnog dijela Komentara Nacrta Kodeksa iz 1954. jer on zapravo izričito spominje ulogu državne vlasti. Iako u konkretnim predmetima ovaj zaključak MKSJ nije doveo do pogrešnog ishoda, imao je dalekosežne posljedice na razvoj međunarodnog kaznenog prava. Prihvatio ga je Međunarodni kazneni sud za Ruandu (engl. International Criminal Tribunal for Rwanda, u daljnjem tekstu: MKSR), a čini se da se snažno urezao i u dosadašnju praksu MKS (o čemu više *infra*).

Na temelju navedenog može se, dakle, zaključiti kako su se do pojave MKSJ nacionalni i međunarodni sudovi isključivo bavili ZPČ počinjenima pod okriljem države. Zločini na području bivše Jugoslavije nedvojbeno su pokazali da i entitet poput države može pružiti kvalitativno jednaku podršku tim zločinima. MKSJ je na početku svojeg rada ispravno zaključio kako je politika nekog entiteta dio konteksta u kojem djelo mora biti počinjeno da bi bilo kvalificirano kao ZPČ, kao i da bi osim države, taj entitet mogla biti i organizacija sa *de facto* vlašću nad područjem. Referencama da bi grupe koje nisu entiteti sa *de facto* vlašću mogle biti entiteti u smislu ZPČ ne treba pridati veće značenje jer činjenični supstrat konkretnih predmeta pred MKSJ nije opravdavao takav zaključak; radilo se, naime, o zločinima pod okriljem država ili tzv. „paradržava“. Stoga su takve reference samo *obiter dicta*. Glede sadržaja politike, MKSJ je otišao korak dalje od Nacrta kodeksa iz 1996. dopuštajući da bi se politika mogla sastojati i u namjernom toleriranju zločina od strane entiteta koji ih može spriječiti. U toj mjeri njegova je praksa doprinijela razumijevanju ZPČ i može biti izvrsna smjernica MKS u

---

pred kanadskim Vrhovnim sudom, politika kako je već navedeno, nije uopće bila dijelom definicije ZPČ u kanadskom kaznenom zakonu, no taj je sud ipak zaključio kako državna politika predstavlja obilježje ZPČ.

<sup>101</sup> Citirani paragrafi glase: „48. ZPČ su prvi puta prepoznati u Povelji i Presudi Numberskog Tribunala, kao i Zakonu br. 10 Nadzornog vijeća za Njemačku. 8/ ZPČ su usmjereni protiv nekog civilnog stanovništva i zabranjeni su bez obzira jesu li počinjeni u oružanom sukobu, međunarodnom ili nemeđunarodnom. 9/ 49. ZPČ se odnose na vrlo ozbiljna nehumana djela poput namjernog ubojstva, mučenja ili silovanja, počinjena u sklopu sustavnog napada ili napada širokog opsega protiv nekog civilnog stanovništva na nacionalnoj, političkoj, etničkoj ili vjerskoj osnovi. U sukobu na području bivše Jugoslavije, takva nehumana djela su preuzela oblik tzv. „etničkog čišćenja“ i rasprostranjenog i sustavnog silovanja i drugih oblika seksualnog nasilja, uključujući prisilnu prostituciju.“

traganju za pravilima običajnog prava. Međutim, MKSJ je pogriješio kada je politiku pomiješao sa sustavnošću napada, pa je stoga potreban poseban oprez.

### 3.5. Međunarodni kazneni sud za Ruandu

Osim rata u Europi, devedesete godine 20. stoljeća obilježila su velika stradanja i u drugim dijelovima svijeta. Građanski rat u Ruandi dobio je svoj epilog u organiziranom masakru pola milijuna Tutsija i progonu stotina tisuća u susjedne države. Kao odgovor na to VS UN osnovalo je MKSR, čiji je statut priložen odluci o osnivanju.<sup>102</sup>

ZPČ su u članku 3. Statuta MKSR definirani kao pojedina djela počinjena u sklopu sustavnog ili širokog napada protiv nekog civilnog stanovništva na diskriminatornoj osnovi. Za razliku od Statuta MKSJ, nema zahtjeva za vezom sa oružanim sukobom. Umjesto toga, izrijekom se određuje kontekst u kojem neko djelo mora biti počinjeno da bi se moglo kvalificirati kao ZPČ.

Ni Statut MKSR, dakle, pobliže ne definira obilježja ZPČ pa se MKSR, kao i MKSJ, u počecima svojeg djelovanja suočio s problemom utvrđivanja njihova sadržaja. Najveći oslonac našao je u praksi MKSJ, nacionalnoj praksi i Nacrtima kodeksa zločina s pripadajućim komentarima. Osnovni sadržaj pojedinih elemenata ZPČ utvrdio je u svojoj prvoj presudi u predmetu *Akayesu*.<sup>103</sup> Kao kontekstualne elemente ZPČ Sud je izdvojio sljedeće: postojanje napada,<sup>104</sup> usmjerenost napada protiv nekog civilnog stanovništva,<sup>105</sup> diskriminatoran karakter napada<sup>106</sup>, sustavnost napada ili

---

<sup>102</sup> UN SC Res 955 (1994), 8.9.1994., [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/955\(1994\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955(1994)) [3.9.2013.].

<sup>103</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Judgement, ICTR-96-4-T, 2. 9. 1998.

<sup>104</sup> Napad već čini bilo koje od taksativno navedenih djela u Statutu, ali da on može biti i nenasilan u klasičnom smislu pa bi obuhvaćao i, primjerice, uspostavu sustava apartheida, ili vršenje pristiska nad stanovništvom da se ponaša na određeni način ako je to izvedeno na masovan ili sustavan način (*Ibid.* par. 580.).

<sup>105</sup> Izraz „civilno stanovništvo“ shvaćen je široko, tako da ne obuhvaća samo osobe koje aktivno ne sudjeluju u neprijateljstvima, već i borce izvan stroja (*hors de combat*) zbog bolesti, ranjavanja, zarobljavanja ili drugog razloga. Osim toga, stanovništvo ne gubi karakter civilnog ako se među njime nalaze pojedinci koji se ne mogu smatrati civilima u izloženom smislu (*ibid.*, par. 582).

<sup>106</sup> Zahtjev da napad treba biti diskriminatoran, rano je prepoznat kao isključivo jurisdikcijski kriterij. Imao je i istu funkciju kao i veza sa oružanim sukobom iz čl. 5.



njegov široki opseg.<sup>107</sup> Konačno, MKSR je zahtijevao određenu veza, tzv. *nexus*,<sup>108</sup> između pojedinog djela i konteksta u kojemu je djelo počinjeno. Osim što njegovo djelo mora objektivno biti dijelom napada, počinitelj ga mora poduzeti uz znanje o tome napadu.<sup>109</sup>

U predmetu *Akayesu*, politika nije istaknuta kao poseban element. Sud se o njoj očitovao ukratko, u dijelu izlaganja o sustavnosti napada. Tako je sustavan napad „temeljito organiziran, prati pravilan obrazac na osnovi zajedničke politike i uključuje značajna javna i privatna sredstva“<sup>110</sup>. Ne mora biti riječ o formalno usvojenoj državnoj politici, ali „mora postojati neki ranije osmišljeni plan ili politika“.<sup>111</sup> Sud je citirao Komentar Nacrta iz 1996. godine.

Iz teksta presude *Kayishema i Ruzindana*<sup>112</sup> dolazi do izražaja razlikovanje sustavnog ili širokog napada od politike. „Sustavan“ napad je tako rezultat primjene osmišljene politike, u skladu sa shvaćanjem MPP izraženom u Komentaru Nacrta kodeksa iz 1996., a izraz „politika“ se zapravo svodi na pitanje „tko ili što potiče politiku“.<sup>113</sup> Čini se da je vijeće smatralo kako izraz „politika“ u sebi podrazumijeva stvaranje određenih uvjeta za ostvarenje napada. Međutim, vijeće nije puno ponudilo po pitanju entiteta koji „potiče politiku“. Iako je citiralo relevantne paragrafe Komendara Nacrta iz 1996. o „vladi, organizaciji ili grupi“, problem „poticanja politike“ je svelo na pitanje ima li sud jurisdikciju nad privatnim akterima

---

Statuta MKSJ, dakle, ograničiti stvarnu nadležnost MKSR na jednu skupinu ZPČ (*ibid.* par. 583.).

<sup>107</sup> Zbog pogreške u definiciji ZPČ u francuskoj verziji Statuta, Sud se na početku rada morao pozabaviti pitanjem jesu li pojmovi „široki“, odnosno „sustavni“ napad postavljeni alternativno. Utvrdivši da doista jesu, nastavio je s analizom sadržaja tih pojmova (*ibid.* par. 579.). „Široki“ napad je onaj koji je masivan, čest, velikog opsega, određene ozbiljnosti i usmjeren protiv više žrtava. Kao „sustavan“ napad određen je onaj koji je temeljito organiziran i slijedi pravilan obrazac na osnovi zajedničke politike i koja uključuje značajna javna i privatna sredstva (*ibid.* par. 580.).

<sup>108</sup> *Nexus* znači da čak i kada djelo nije počinjeno u isto vrijeme ili na istom mjestu gdje se dogodio napada, ono mora svojim obilježjima, ciljevima, prirodom ili posljedicama objektivno biti dijelom napada (ICTR, *Prosecutor v. Semanza*, ICTR 97-20-T, 15.5.2003., par. 326).

<sup>109</sup> ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A, 7. 6. 2001., par. 93-94.

<sup>110</sup> *Akayesu*, *supra* bilj.103, par. 580.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> V. ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-I-T, 21.5.1999., par. 289..

<sup>113</sup> *Ibid.* par. 125.

(*Ruzindana*), i nad državnim akterima (*Kayishema*).<sup>114</sup> To je pogrešan pristup jer pitanje „politike“ nije pitanje pojedinih počinitelja, zapravo nije sporno da bi privatni akteri mogli počiniti ZPČ, već kakva obilježja treba imati entitet koji pruža podršku napadu.

Konačno, vrijedi još istaknuti predmet *Bagilishema*. Taj je predmet i pred MKSR otvorio pitanje pretvara li zahtjev za postojanjem politike široki napad u sustavni, odnosno jesu li statutarni zahtjevi da napad bude „širok“ ili „sustavan“ alternative samo na papiru. Ako je sustavan napad onaj koji izveden na temelju ranije osmišljene politike, a politika je „inherentni element napada“<sup>115</sup> bio on sustavan ili širok, kako definirati široki, rašireni napad? Sud nije ponudio odgovor, već je samo primijetio, u osloncu na zaključke iz presude *Blaškić*, kako je u praksi teško razlikovati široki napad od sustavnog, „jer se u praksi i napad usmjeren protiv većeg broja žrtava u pravilu oslanja na neki oblik organiziranja ili planiranja“.<sup>116</sup> To je jasan primjer zamućivanja razlike između politike i sustavnosti napada. Međutim, postojanje politike entiteta ne pretvara nužno široki napad u sustavan napad, o čemu više *infra*.

Zahtjev za „politikom“ se napušta u predmetu *Semanza* u osloncu na predmet *Kunarac*.<sup>117</sup> Ipak, s obzirom da su zločini kojima se bavi MKSR počinjeni pod jasnim okriljem državne politike, to i nije imalo praktično značenje za ishod slučajeva pred tim sudom.

## 4. RIMSKI STATUT I MEĐUNARODNI KAZNENI SUD

### 4.1. Definicija zločina protiv čovječnosti i njezino tumačenje

Na Rimskoj konferenciji 17.5.1998. godine potpisan je RS MKS. Osim RS usvojeni su i Obilježja kaznenih djela (*u daljnjem tekstu: OKD*)<sup>118</sup> te Pravila o postupku i dokazima (*u daljnjem tekstu: PPD*). U čl. 7. st.1. RS stoji: „Za svrhe ovoga Statuta, izraz "zločin protiv čovječnosti" znači bilo koje od niže opisanih djela, počinjenih u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog

---

<sup>114</sup> *Ibid.* par. 126.

<sup>115</sup> *Supra* bilj.109, par. 78

<sup>116</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-T, 3. 3. 2004, par. 207.

<sup>117</sup> *Semanza*, *supra* bilj. 108, par. 329

<sup>118</sup> OKD je dokument u kojem su navedena sva kaznena djela iz nadležnosti RS, sa detaljnim opisom njihovih obilježja. OKD pomažu pri tumačenju i primjeni odredbi RS o kaznenim djelima (RS, čl. 9. st. 1.) i mora biti u skladu sa RS (čl. 9. st. 3.).

protiv nekog civilnog stanovništva, uz znanje o tome napadu, kao što je: ubojstvo, ...“. U st. 2. istog članka izraz „napad usmjeren protiv civilnog stanovništva“ definira se kao „ponašanje koje uključuje višestruko činjenje djela navedenih u stavku 1. ovoga članka protiv nekog civilnog stanovništva, na temelju ili u cilju državne politike ili politike neke organizacije da se takav napad počini“. OKD dodatno pojašnjava kako uvjet politike znači da „država ili organizacija aktivno promoviraju ili hrabre ...napad“ te da „politika koja ima civilno stanovništvo za objekt napada treba biti implementirana državnom radnjom ili radnjom organizacije. Takva politika može, u iznimnim okolnostima, biti implementirana namjernim propustom da se poduzme radnja, koji je svjesno usmjeren na ohrabrenje takvog napada. Zaključak o postojanju takve politike ne može se izvesti samo iz odsutnosti radnje vlade ili organizacije“.<sup>119</sup>

Time je kontekst u kojem treba biti počinjeno djelo da bi bilo kvalificirano kao ZPČ određen preciznije nego ikad prije. No, i dalje ostaje znatan prostor za tumačenje. Između ostalog, sucima je i dalje prepušteno utvrđenje kakva obilježja ima „organizacija“ kao entitet koji promovira politiku, i koji je sadržaj politike. U tome im, međutim, RS daje jasne smjernice. Naime, za razliku od statuta drugih međunarodnih sudova, RS izrijekom propisuje izvore prava za MKS i njihovu hijerarhiju (čl. 21. st. 1.). Prvi su u hijerarhiji sam RS, OKD i PPD. Tek ako oni ne pružaju odgovor MKS, ako je to svrhovito, mora primijeniti međunarodne konvencije te načela i pravila međunarodnog običajnog prava. Vlastitu praksu može primijeniti iako ga ona ne obvezuje, dok praksa drugih međunarodnih sudova nije sama po sebi izvor prava za MKS (čl. 21. st. 2.) već je to samo u mjeri u kojoj ona odražava načela i pravila međunarodnog običajnog prava, tj. upućuje na postojanje konzistentne prakse (*longa consuetudo*) koju prati *opinio iuris sive necessitatis*. To je osobito bitno kod ZPČ čiji sadržaj još uvijek nije, za razliku od ratnih zločina i genocida, standardiziran konvencijom, već se razvijao u običajnom pravu.

---

<sup>119</sup> OKD, čl. 7. toč 3. i pripadajuća bilj. 6. Neki komentatori drže da su oni u suprotnosti s RS i stoga ništavi. Čl. 7. toč. 3. određuje sadržaj politike tako što navodi da se ona mora sastojati u aktivnom promoviranju ili ohrabriranju napada. Bilješka govori o implementaciji te politike. Ona se u pravilu implementira radnjom države ili organizacije, ali iznimno i namjernim propustom da se poduzme radnja. Pitanje je može li se politika *implementirana namjernim propustom* da se poduzme radnja *sastojati u aktivnom promoviranju ili hrabrenju* napada.

Pri tome bi suci MKS trebali strogo voditi računa o pravilima tumačenja koja proizlaze iz čl. 22. RS. Stav da nedefinirane izraze iz RS treba tumačiti primjenom pravila običajnog prava prema Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora nije apsolutno prihvatljiv zbog dvojne prirode pravila sadržanih u RS.<sup>120</sup> S jedne strane, RS je međunarodni ugovor jer uređuje odnose među državama, s druge strane, kada ga sud primjenjuje u postupku, on je za njega propis kaznenopravne naravi. Običajna pravila tumačenja međunarodnih ugovora sadržana u Bečkoj konvenciji treba primijeniti u prvom slučaju, ali za drugi slučaj RS sadrži posebna pravila tumačenja. Dok Bečka konvencija govori o tumačenju izraza prema njegovu uobičajenom značenju, uzimajući u obzir kontekst, cilj i svrhu ugovora, pravila koja su se često koristila u prilog aktivističkog tumačenja pravila međunarodnog kaznenog prava pozivanjem na različite idealističke ciljeve kao što je sprječavanje nekažnjivosti, RS izrijeком propisuje principe *nullum crimen sine lege*, zabranu analogije i obvezu restriktivnog tumačenja izraza (čl. 22 RS). MKS ne bi smio odstupati od navedenih principa.

Činjenica je da će se MKS u tumačenju nedefiniranih pojmova iz RS oslanjati na pravila običajnog prava koja proizlaze iz prakse MKSJ. Glede oslanjanja na tu praksu u odnosu na politiku kao element ZPČ treba voditi računa o nekoliko stvari. Prvo, MKSJ je, kako je već objašnjeno, 2002. godine s drugostupanjskom presudom u predmetu *Kunarac* napustio politiku kao obilježje ZPČ. Drugo, za vrijeme dok ju je držao elementom ZPČ, MKSJ ju je miješao sa sustavnošću počinjenih djela, što nije prihvatljivo iz perspektive MKS. Politika je sastavni dio „napada“ prema RS, a „sustavnost“ samo njegovo obilježje. Sud bi se prvo morao uvjeriti da uopće postoji napad, tj. da postoji višestruko počinjenje djela na temelju politike nekog entiteta, a tek onda bi se mogao upustiti u analizu njegovih obilježja, naime utvrđenje je li on sustavan ili široka opsega. Treće, MKSJ je izvodio različite zaključke vezano uz pitanje kakvi bi entiteti mogli biti iza politike kao indikatora sustavnosti. Međutim, u predmetima pred tim sudovima uvijek se radilo o entitetima sa *de facto* vlašću. Zaključci o

---

<sup>120</sup> *Jacobs, D.*, 2013, Why the Vienna Convention should not be applied to the ICC Rome Statute: a plea for respecting the principle of legality.. Jacobs, međutim, zagovara primjenu principa *in dubio pro reo* na tumačenje RS, gubeći iz vida kako se taj princip primjenjuje u procesnom pravu na situacije u kojima postoji dvojba o činjenicama. Takva dvojba ne smije za sudove postojati kada su u pitanju pravni propisi. Sudovi moraju znati pravo.

drugim grupama kao potencijalnim entitetima predstavljali su samo *obiter dicta* pojedinih vijeća MKSJ. Četvrto, u praksi se često spominju Komentari Nacrta kodeksa zločina. MKS se ne bi smio pozivati na njih kao samostalni izvor prava. Oni mogu biti, kako je ranije rečeno – samo svojevrsan *opinio iuris* međunarodne zajednice, tj. mogu govoriti u prilog zaključka da postoji običajnopravno pravilo o nekom pitanju, pod pretpostavkom da istovremeno postoji i konzistentna sudska praksa. Isto vrijedi i za isključiva oslanjanja na mišljenja teoretičara međunarodnog kaznenog prava. S tim u vezi valja naglasiti kako u akademskoj zajednici ne postoji jedinstven stav oko elementa politike kao obilježja ZPČ što otežava traganje za pravilom običajnog prava.<sup>121</sup>

Imajući u vidu sve ove metodološke napomene, valja dakle razmotriti: na kojoj razini vlasti treba biti usvojena politika da bi se mogla smatrati državnom, kakva obilježja treba imati neka grupa da bi se mogla smatrati organizacijom u smislu RS i u čemu se sastoji politika države ili organizacije. U nastavku teksta, izložit ćemo dosadašnju praksu MKS o tim pitanjima i ponuditi svoje prijedloge.

#### **4.2. Država ili organizacija kao kreator politike**

Svaka rasprava o elementu politike treba započeti s razmatranjem naravi entiteta o čijoj politici je riječ. Naime, ukoliko entitet ne ispunjava uvjete na temelju kojih bi se mogao smatrati relevantnom organizacijom, nije ni potrebno upuštati se u analizu sadržaja politike. Nasilje nad civilnim stanovništvom izvršeno od strane nekog kolektiva koji ima svoju politiku, ali ne predstavlja relevantnu organizaciju u smislu ZPČ, obično je kolektivno nasilje i treba biti predmetom ispitivanja u nacionalnom kaznenom postupku. RS govori o politici „države ili organizacije“ bez dodatnih objašnjenja tih pojmova. Dok je pojam države sam po sebi jasan, iako i on otvara barem jedno važno pitanje - naime na kojoj razini vlasti, lokalnoj ili višoj, treba biti usvojena neka politika da bi se mogla

---

<sup>121</sup> Robinson ih sve ugrubo dijeli u četiri skupine. Prva, predvođena *Bassiounijem*, koja drži da bi entitet iza politike mogla biti samo državna organizacija. Druga, predvođena *Schabasom, Kressom i Ambosom*, prema kojoj dolazi u obzir samo organizacija koja je poput države. Treća, u kojoj je i sam Robinson, koja zastupa elastičniji pristup sličan onome *Trendafilove i Tarfussera* u predmetu *Kenija*. Četvrta, u kojoj je *Mettreaux*, prema kojoj politika uopće nije element ZPČ pa je bespredmetno razgovarati o prirodi entiteta koji bi mogao stajati iza nje. V. *Robinson* 2011..

kvalificirati kao državna - manje je jasno što podrazumijeva izraz „organizacija“.

MKS se nije puno bavio ovim pitanjima na početku svojeg rada. Tragove rasprave o razini na kojoj treba biti usvojena politika da bi se mogla kvalificirati kao državna nalazimo u situacijama *Kenija*<sup>122</sup> i *Obala Bjelokosti*<sup>123</sup>. U situaciji *Kenija* suci *Trendafilova* i *Tarfusser*, oslanjajući se bez ikakvih obrazloženja na odluku MKSJ u predmetu *Blaškić*, zauzeli su stav kako državna politika može biti usvojena na lokalnoj ili regionalnoj razini, a ne nužno na centralnoj.<sup>124</sup> U citiranom paragrafu u predmetu *Blaškić* MKSJ je svoj zaključak izveo iz Komentara Nacrta kodeksa iz 1991. i 1996. godine u dijelovima u kojima govore o nedržavnim kriminalnim bandama i grupama, iz jednog paragrafa iz predmeta *Barbie* o tome da postoje grupe opasnije od države,<sup>125</sup> te i samog čl. 7. RS u dijelu u kojem govori o politici organizacije. Osim što je riječ o cirkularnom zaključivanju PRV II, niti MKSJ nije citiranim dijelom potkrijepila zaključak da bi državna politika mogla biti usvojena na nižoj razini jer izneseni argumenti govore isključivo o obilježjima nedržavnih grupa. Primjerice, citirani paragraf iz presude *Barbie* puno više govori o obilježjima nedržavne organizacije kao relevantnog entiteta za ZPČ, i bilo bi ga prikladnije koristiti u prilog argumentu da bi ta nedržavna organizacija morala raspolagati vlašću poput države. Zaključak PRV II prihvatilo je nekritički i PRV III u predmetu *Obala Bjelokosti*.<sup>126</sup> Sudac *Kaul* je, međutim, u svojem izdvojenom suprotnom mišljenju izrazio stajalište da bi politika u smislu RS u pravilu morala biti usvojena na najvišoj razini vlasti odnosno, ako bi bila usvojena na nižoj razini, morala bi biti podržana na najvišoj razini.

---

<sup>122</sup> *Supra* bilj. 3.

<sup>123</sup> ICC, Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", ICC-02/11-14-Corr, 15.11.2011.

<sup>124</sup> *Supra* bilj. 3, par. 89.

<sup>125</sup> Citirani tekst iz presude *Barbie* (*supra* bilj.45) glasi: „Zar ne postoje sile i organizacije čija bi moć bila veća i čije bi postupci bili dalekosežniji od nekih država institucionalno predstavljenih u UN? Treba paziti jer druge metode totalnog zlostavljanja ljudskog stanja bi mogle biti jednako strašne, iako iz drugih aspekata, od onih o kojima smo sad govorili“.

<sup>126</sup> *Supra* bilj.123, par. 45.

Regionalni organ vlasti mogao bi usvojiti politiku u smislu RS samo ako bi za to imao sredstva u okviru svojeg djelokruga.<sup>127</sup>

Priklanjaje jednom ili drugom stavu izravno ovisi o tome kako tko shvaća politiku u smislu ZPČ. Shvati li se politika kao stvaranje određene atmosfere i uvjeta, te pružanje strukturalne podrške činjenju zločina, ona čini razliku između zločina kao izraza kolektivnog nasilja i zločina iz poslušnosti. Takve uvjete u pravilu može stvoriti samo najviša državna vlast (*de facto* ili *de iure*), ali ako bi zbog velikog stupnja autonomije upravljala sustavom i represivnim aparatom na manjem području, primjerice unutar regije, to bi mogla učiniti i regionalna vlast. Centralna vlast koja bi namjerno tolerirala činjenje zločina, ili tolerirala zločinačku politiku niže vlasti, stvorila bi državnu politiku.

Što se tiče pojma „organizacije“ u njegovu se analizu već upustilo PRV I u predmetu *Katanga i Chui*.<sup>128</sup> Organizacijom je PRV I držalo „grupe koje vladaju određenim teritorijem ili bilo koju organizaciju koja ima sposobnost izvesti rasprostranjen ili sustavan napad“.<sup>129</sup> U zaključku se izričito pozvalo na Komentar Nacrta kodeksa iz 1991. u dijelu u kojem on govori o „privatnim osobama sa *de facto* vlašću ili organiziranima u kriminalnim bandama ili grupama“.<sup>130</sup> PRVI I nije obrazložilo zašto se oslonilo na Komentar budući da isti nije sam po sebi izvor prava za MKS u smislu čl. 21. RS. Nadalje, ako se već odlučilo osloniti na rad MPP, trebalo je analizirati njihov cjelokupan rad glede toga pitanja ili barem objasniti zašto je to učinilo, odnosno zašto je taj Komentar smatralo autoritativnijim od njegova prethodnika i sljedbenika. Zaključke PRV I iz predmeta *Katanga i Chui* prihvatilo je i PRV II<sup>131</sup> prilikom potvrđivanja optužnice *Jean-Pierru*

---

<sup>127</sup> ICC, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul, ICC-01/09-19, 31.3.2010., par. 43.

<sup>128</sup> ICC, Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, 30.9.2008., par. 369.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> *Supra* bilj.65.

<sup>131</sup> Zanimljivo je kako je član PRV II u predmetu *Bemba Gombo* (*infra* bilj. 133) sudjelovao i sudac Kaul koji će kasnije u predmetu *Kenija* iznijeti suprotno mišljenje, zauzimajući stav da MKS mora uvijek obrazložiti zašto je primijenilo pravni izvor koji nije sadržan u RS te se strogo pridržavati pravila o izvorima prava i tumačenju. Pohvalno je što se Kaul ipak očitovao o ranijoj praksi MKS, u čijoj kreaciji je i sam sudjelovao. Objasnio je da je u tim predmetima riječ bila o „organiziranim oružanim skupinama poput vojske u

*Bemba Gombi*.<sup>132</sup> U situaciji *Kenija* MKS se upustio u detaljniju analizu pojma organizacije.<sup>133</sup> Trebalo je odgovoriti na pitanje je li postizborno nasilje u Keniji izvedeno na temelju ili u cilju politike neke organizacije u smislu RS. Većina koju su činili suci *Trendafilova* i *Tarfusser* najprije je utvrdila da je „RS nejasan glede kriterija koji grupu čine organizacijom... Dok neki drže da bi to mogle biti samo organizacije poput države,<sup>134</sup> Vijeće smatra da formalna priroda grupe i razina njezine organizacije ne bi trebali biti određujući kriterij“.<sup>135</sup> Vijeće je potom utvrdilo da bi kriterij trebala biti sposobnost grupe da povrijedi osnovne ljudske vrijednosti („*capability to infringe on basic human values*“). Izraz je preuzet od *di Filippa* koji, govoreći u kontekstu uključivanja terorizma među međunarodne zločine, drži da privatne grupe mogu nanijeti štetu poput one koju mogu nanijeti

---

kontekstu nemeđunarodnog oružanog sukoba koje su djelovale tijekom dužeg vremena“ (*supra* bilj. 127, par. 48.). Ipak, treba požaliti što to nije izričito rečeno i u tim predmetima.

<sup>132</sup> ICC, Prosecutor v. *Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against *Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, 15.6.2009.

<sup>133</sup> *Supra* bilj. 3. Predmet se odnosi se događaje koji su uslijedili nakon proglašenja pobjednika predsjedničkih izbora u Keniji krajem 2007. godine. U narednim su danima izbili neredi koji su rezultirali tisućama mrtvih i tri stotine tisuća prognanih (Office of the

Prosecutor, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09,

26.11.2009., par. 81.). Najteže je bilo u Nairobiju te provincijama Rift Valley, Nyanza i Zapadnim provincijama (par. 82.). Neredi su izbili spontano, kao nasilne demonstracije, ali su ubrzo prešli u organizirane i intenzivne napade na etničkoj osnovi (par. 84.). Prema navodima Tužitelja, sukobe su započeli pristaše stranke ODM – političari, biznismeni i plemenski starješine etničkih zajednica Kalenjini i Luo. Oni su angažirali lokalne kriminalne bande i pozvali obične ljude da sudjeluju u napadima na percipirane pristaše stranke PNU, uglavnom pripadnike etničke zajednice Kikuyu (par. 85-87.). Mediji su korišteni kao platforme za širenje govora mržnje i pozivanje na nasilje (par. 89.). Izvedeni su i kontranapadi protiv percipiranih pristaša ODM. Njih je pretežito izvodila banda Mungiki koju su angažirali pristaše pobjedničke stranke PNU – političari i lokalni biznismeni, uz pasivno sudjelovanje policije (par. 3., 92.).

<sup>134</sup> Dov Jacobs u svojem je blogu „Spreading the Jam“ sarkastično primijetio da su ti „neki“, koje je sud i naveo u bilješci, eminentni profesori Bassiouni i Schabas. Jacobs, D. (2010), The ICC authorizes first use of OTP proprio motu powers in Kenya: Opening a new Pandora's Box of legal difficulties (and revisiting some old ones too...), <http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2010/04/07/the-icc-authorizes-first-use-of-otp-prop/> [9.9.2013.].

<sup>135</sup> *Supra* bilj. 3., par. 90.



teritorijalni entiteti.<sup>136</sup> Nadalje, Vijeće se oslonilo na Komentar Nacrta iz 1991. prema kojemu bi i privatne osobe koje imaju *de facto* vlast ili suorganizirane u kriminalne bande ili grupe mogle počiniti masovna ili sustavna kršenja ljudskih prava.<sup>137</sup> Kao treći i zadnji argument vijeće se pozvalo na namjeru tvoraca RS i navelo: „da su sastavljači namjeravali isključiti nedržavne aktere iz pojma „organizacija“, ne bi uključili ovaj pojam u...Statut“.<sup>138</sup> No, Vijeće je navelo kako zadovoljava li neka grupa kriterije prema kojima bi se mogla smatrati organizacijom u kontekstu RS treba ispitivati od slučaja do slučaja.<sup>139</sup> Kao kriterije koje pritom treba uzimati u obzir, koji ne moraju biti kumulativno ispunjeni, Vijeće je primjera radi navelo postojanje odgovorna zapovjedništva ili uspostavljene hijerarhije, raspolaganje sredstvima da se izvede široki ili sustavan napad, ostvarivanje kontrole nad dijelom teritorija, činjenicu da su kriminalne aktivnosti primaran cilj grupe, te izravno ili neizravno izražavanje namjere da se napadne civilno stanovništvo.

Što se tiče argumenta o namjeri tvoraca RS, isti ne daje odgovore na pitanja kakva bi svojstva trebao imati nedržavni akter, bi li trebao biti poput države ili dolaze u obzir i elastičnije tvorevine.<sup>140</sup> Nadalje, neupitna je vrijednost rada MPP i njihov doprinos u traganju za pravilima običajnog međunarodnog prava. Ipak, koliko god oni bili korisni, dokumenti MPP nisu navedeni u čl. 21. kao izvori prava za RS. *Trendafilova* i *Tarfusser* su stoga trebali objasniti njihovo značenje,<sup>141</sup> kao i zašto su smatrali kako baš Nacrt kodeksa iz 1991. odražava pravila međunarodnog prava. Osim toga, istina je kako privatne grupe, poput mafije i raznih terorističkih grupa, mogu izvesti napade koji bi rezultirali mnogim žrtvama. Međutim, kad se već oslonilo na teleološki argument, PRV II je trebalo objasniti i koje su to osnovne ljudske vrijednosti i je li ZPČ usmjeren na zaštitu, primjerice, života ili slobode, vrijednosti koje bi se mogle nazvati osnovnima ili te vrijednosti dovoljno štite „obična“ kaznena djela poput ubojstva, silovanja, ropstva, itd.<sup>142</sup> Nije posve jasno niti kako su suci primijenili ove kriterije na činjenice slučaja. U

---

<sup>136</sup> V. *Kress* 2010, str. 858.

<sup>137</sup> *Supra* bilj. 3. par. 91.

<sup>138</sup> *Ibid.*, par. 92.

<sup>139</sup> *Ibid.*, par. 93.

<sup>140</sup> V. *Kress* 2010, str. 859.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> *Ibid.*

dijelu odluke pod nazivom „državna politika ili politika organizacije“, suci se u većoj mjeri bavili organiziranošću napada, a o tome kvalificira li se grupa koju se detektirali kao entitet u pozadini tih napada kao organizacija u smislu RS sukladno kriterijima koje su postavili, govorili su neizravno i vrlo općenito.<sup>143</sup> Čini se da je PRV II primijenilo samo dva svoja kriterija: postojanje sredstava da se napadi izvedu i javno izražavanje namjere da će se napadi izvesti. Upitno je da li je to dovoljno.

Dok je većina, dakle, držala da pojam organizacije treba tumačiti elastično, *Kaul* je bio mišljenja kako treba postaviti strože kriterije. Sudac *Kaul* je i o ovom pitanju priložio izdvojeno suprotno mišljenje u kojem je obrazložio stav da organizacija iz RS može biti samo entitet koji ima obilježja države. Za njega su ta obilježja: kolektivitet osoba; činjenica da je organizacija utemeljena i djeluje radi zajedničkih interesa; da djeluje tijekom duljeg vremena; da se nalazi pod odgovornim zapovjedništvom i ima određeni stupanj hijerarhijske strukture, uključujući, minimalno neku političku razinu; da ima sposobnost nametanja politike svojim članovima i njihova sankcioniranja; te sposobnost i dostupna sredstva da izvede široki napad na civilno stanovništvo.<sup>144</sup> Organizirani kriminal, mafija, grupe naoružanih civila i kriminalne bande, i konkretno „nasilju sklone grupe osnovane *ad hoc*, slučajno, spontano, prigodno, sa fluktuirajućim članstvom i bez potrebne strukture i razine za donošenje politike“, nemaju te karakteristike. Prihvatiti da bi navedene grupe bile organizacija u smislu RS prema *Kaulu* bi dovelo do zamagljivanja razlike između običnih kaznenih djela i ZPČ. *Kaul* je priznao vrijednost prakse *ad hoc* tribunala, ali smatrao ju je ograničenom s obzirom da ona nije navedena kao izvor prava za MKS, kao i zbog zamagljivanja razlike između politike i sustavnosti napada. Pojam politike iz RS *Kaul* je ispravno vezao uz pojam napada, a ne uz pitanje

---

<sup>143</sup> PRV II je detektiralo dvije grupe, jednu pro-PNU i drugu pro-ODM, osnovane *ad hoc*, i sastavljene od političara, biznismena i plemenskih vođa (*supra* bilj.3, par. 123. - 124.). Pripadnici su se povremeno sastajali kako bi dogovorili i organizirali napade (*ibid.* par. 118.), a bilo je i javnih prijetnji političara iz obje stranke, pripadnika odgovarajućih detektiranih grupa, protjerivanjem zajednice *Kikuyu*, odnosno *Kalenjin* još prije izbora (*ibid.* par. 120. i 125.). Mediji i plemenski vođe su širili govor mržnje (*ibid.* par. 120., 123. i 125.). Napade su izvele kriminalne bande, mahom sastavljene od mladih ljudi, u nekim slučajevima i privatno uvježbavanima. U napadima su se koristila vozila i sofisticirano oružje, a upotrijebljena je i znatna količina benzina. PRV II zaključilo da su sredstva za te napade osigurali političari i biznismeni (*ibid.* par. 122.).

<sup>144</sup> *Supra* bilj. 127, par. 51.

njegove sustavnosti. U analizi značenja pojma „organizacija“ za *Kaula* je bilo ključno to što se u definiciji taj pojam navodi zajedno sa pojmom država što „indicira da iako ne trebaju biti ostvareni konstitutivni elementi državnosti, organizacija treba imati neke karakteristike države“. Osvrnuo se i na kontekst čl. 7. st. 1., imajući u vidu prvenstveno preambulu RS koja govori o ciljevima MKS - sprječavanju nekažnjivosti za najteže zločine, u kakvima su tijekom posljednjeg stoljeća stradali milijuni ljudi. Prema njemu bi elastično tumačenje moglo dovesti do „banaliziranja i trivijaliziranja“ ZPČ, a ukazivao je i na opasnost od povrede principa *nullum crimen sine lege*.<sup>145</sup> *Kaulova* argumentacija počiva na teleološkom tumačenju. ZPČ se razvio nakon Drugog svjetskog rata kao odgovor na masovne i sustavne zločine nad civilima. No, ono što je te zločine učinilo ZPČ nije samo njihova masovnost niti sustavnost, već činjenica da su izvedeni u režiji Trećeg Reicha. *Kaul* je isticao kako je vrijednost čijoj zaštiti služi inkriminacija ZPČ čovječanstvo, i to od prijetnje koja proizlazi iz državne politike.<sup>146</sup> Kako je snažno *Kaul* argumentirao svoj stav pokazuje i činjenica da PRV III u predmetu *Obala bjelokosti* nije mehanički preuzelo zaključak većine. Utvrdilo je da među sucima postoji nesuglasnost glede obilježja koje bi trebala imati organizacija, te se vratilo na zaključak iz predmeta *Katanga i Chui* koji govori o „grupama koje upravljaju određenim teritorijem ili organizacijama sposobnima počinuti širok ili sustavan napad“.<sup>147</sup> Istovremeno, ovo je vijeće naglasilo kako *Kaulovo* razilaženje s većinom nije od značenja za njihov predmet jer je u konkretnom slučaju riječ o organizaciji koja se mogla smatrati stranom u oružanom sukobu.<sup>148</sup>

### 4.3. Sadržaj politike

Sadržaj politike određuje OKD u čl. 7. toč. 3. i pripadajućoj bilješki 6. Politika se sastoji u aktivnom promoviranju ili ohrabrivanju napada. Treba biti implementirana radnjom, a u iznimnim okolnostima i namjernim propustom, no iz same pasivnosti se ne može izvoditi zaključak o postojanju politike. Iako je sadržaj detaljno određen, OKD ipak ostavljaju otvorenima neka pitanja. Tekst OKD podsjeća na izričaj iz Komentara Nacrta kodeksa

---

<sup>145</sup> *Ibid.* par. 31-32., 51-55.

<sup>146</sup> *Ibid.* par. 61, 63.

<sup>147</sup> ICC, Côte d'Ivoire, ICC-02/11-14-Corr, 15.11.2011. par. 43.

<sup>148</sup> *Ibid.* par. 99.

iz 1996. godine, koji govori o „usmjeravanju ili poticanju“ od strane entiteta. Komentar obuhvaća širi krug entiteta, jer uključuje i grupe, ali zato ne spominje pasivnost entiteta kao oblik implementacije politike. Pasivnosti entiteta se, međutim, dotaknuo MKSJ u već spomenutom predmetu *Kupreškići* u dijelu u kojem govori o privatnim pojedincima kao počiniteljima ZPČ. Da bi se zločini privatnih osoba kvalificirali kao ZPČ, potrebno je da ih državna vlast ili *de facto* vlast „barem tolerira“, odnosno da ih „eksplicitno ili implicitno odobri ili potiče“, tj. „da su ohrabreni općom vladinom politikom ili da se jasno uklapaju u tu politiku“.<sup>149</sup>

MKS se još nije upustio u detaljnu analizu sadržaja politike. Dosada se u manjoj mjeri samo razmatralo značenje izraza „aktivno promoviranje ili hrabrenje“. U predmetu *Mbarushimana*, PRV II se podijelilo po pitanju je li ono u konkretnom slučaju dokazano. PRV II je bez daljnjih obrazloženja samo bilo jedinstveno u stavu da će se aktivno promoviranje ili hrabrenje smatrati dokazanim ako se dokaže postojanje „naredbe FDLR da se stvori humanitarna katastrofa“.<sup>150</sup> Čini se da je od pitanja aktivnog promoviranja još složenije pitanje pasivnosti entiteta. MKS se nije njime bavio, iako u njemu možda leži i odgovor na pitanje jesu li, u svjetlu zahtjeva za postojanjem politike, širina i sustavnost napada stvarne alternative. OKD navodi da bi u iznimnim slučajevima politika mogla biti implementirana namjernim propustom da se poduzme radnja, no da se iz same neaktivnosti ne može izvoditi zaključak o postojanju politike. Naglasak je, mišljenja smo, na izrazima „iznimne okolnosti“ i „namjerna propust“. Moguće je zamisliti situaciju u kojoj država iz određenih političkih razloga tolerira nasilje nad dijelom stanovništva na nekom području.<sup>151</sup> Nasilnici su brojni, možda povezani u neke grupe ili organizacije, no nisu povezani s državom. Svjesni su, međutim, da država neće stati u zaštitu napadnutog stanovništva. U takvoj situaciji opravdan bi bio zaključak o postojanju državne politike u smislu RS usprkos pasivnosti države. Naime, u tom bi primjeru država bila pasivna namjerno, a ne zato što ne bi raspolagala sredstvima za suzbijanje takvih zločina. Da je država pasivna zato što nije sposobna nositi se sa

---

<sup>149</sup> *Supra* bilj. 36., par. 552. i 555.

<sup>150</sup> ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges*, ICC-01/04-01/10-465-Red, 16.12.2011., par. 246.

<sup>151</sup> Primjerice, situacija u kojoj je zbog izbornog sustava i političkih afiniteta pojedinih dijelova stanovništva, vladajućoj političkoj stranci prihvatljiva promjena društvene kompozicije određenog područja.

zločinima, državna politika ne bi postojala, ali kod namjernog propusta ona postoji. U takvoj situaciji nije bitno kako su povezani počinitelji i izvode li napade na stanovništvo organizirano, bitno je samo da postoji napad koji država namjerno tolerira. Isto tako je razvidno da nije opravdan zaključak kako sustavnost ili širina napada zbog uvjeta politike više nisu stvarne alternative. Iz situacije u kojoj je entitet sposoban spriječiti rasprostranjene zločine, ali to ne čini, jasno je da postojanje politike ne implicira nužno sustavnost napada. Napadi ne postaju organizirani ili isplanirani, tj. sustavni, samom činjenicom da ih država tolerira, tj. time što postoji državna politika njihova toleriranja.<sup>152</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Kao međunarodni zločini ZPČ imaju dvije karakteristike; oni su izraz kolektivnog nasilja koje u pravilu vrše grupe nad grupama koje obitavaju na određenom teritoriju, ali oni su i zločini iz poslušnosti, jer njihovi počinitelji smatraju da postupaju u skladu, a ne protiv vladajućih društvenih normi. Za razliku od ostalih međunarodnih zločina, ZPČ povrjeđuje čovjeka kao društveno biće, njegovu potrebu da živi u političkoj organizaciji kojoj predaje dio svojih sloboda u zamjenu za zaštitu preostalih. Politička organizacija koja bi ga trebala štiti se okreće protiv njega. Zato je ZPČ i prvorazredan politički zločin, svojevrsan izraz kriminalnog suvereniteta. Kao takav se redovito javlja i kroz povijest. Različiti nasilni zločini poput ubojstva ili progona činjeni pod okriljem Trećeg Reicha, Ruande, SAO Krajine ili Republike Srpske, redovito su kvalificirani kao ZPČ. Pa ipak, politički supstrat ZPČ izrijekom je priznat tek u tekstu RS.

RS definira ZPČ kao djela poput ubojstva ili progona počinjena u sklopu sustavnog ili širokog napada, izvedenog na temelju ili u cilju politike države ili neke organizacije. Politika se sastoji u aktivnom promoviranju ili hrabrenju napada, a iznimno može biti implementirana i namjernim propustom da se poduzme radnja. Složena definicija i stroga pravila o tumačenju i izvorima prava stavila je suce MKS pred izazov utvrđivanja

---

<sup>152</sup> V. *Ambos, Wirth*, 2002, str. 30. Ovi komentatori smatraju da bi osim namjernog propusta da zaštiti neko stanovništvo, morala postojati i međunarodna obveza pasivnog entiteta da to učini. Postojanje takve obveze drže „iznimnom okolnošću“ o kojoj govori bilješka 6 OKD (str. 32.).

sadržaja pojedinih nedefiniranih izraza. Unatoč ranom nekritičkom oslanjanju na praksu *ad hoc* tribunala, suci MKS sve više uviđaju razlike između definicije ZPČ sadržane u RS i njihova sadržaja standardizirana u praksi drugih sudova. Neslaganje sudaca oko obilježja koje bi trebala imati organizacija da bi smatrala organizacijom u smislu RS otkriva zapravo puno dublje suštinsko neslaganje glede biti ZPČ, naime pitanja je li ZPČ svako masovno ili sustavno kršenje temeljnih ljudskih prava ili pak samo ono koje je izraz kriminalne suverenosti. Jaz između dvije opcije je puno veći nego što se čini isprva, a proizlazi iz različitog shvaćanja sadržaja politike kao obilježja ZPČ.

Iako element politike nije bio izrijeком sadržan u definiciji ZPČ ni u Nürnberškoj povelji ni u Zakonu br. 10 Nadzornog vijeća, MVS i njemački sudovi u svojim su presudama redovito naglašavali da je upravo veza običnog zločina sa politikom Trećeg Reicha ono što ga preobražava u ZPČ. Isto tako, i kanadski Vrhovni sud u predmetu *Finta* smatrao je postojanje politike nužnim obilježjem ZPČ unatoč tome što u to vrijeme ona nije bila dio definicije ZPČ u kanadskom kaznenom zakoniku. MPP je redovito u svojem radu naglašavalo politiku kao komponentu ZPČ i jedino pitanje koje je stvarno držalo otvorenim bilo je pitanje može li relevantnu politiku, sa svime što ona nosi, stvoriti i entitet koji nije država, te kakav bi on trebao biti.

Politika, državna ili neka druga, nije bila ni dio definicije ZPČ u statutima *ad hoc* tribunala. Ipak, oni su u svojoj ranijoj praksi držali da je ona dio običajnog prava ZPČ. Nažalost, od samih početaka su je usko povezivali sa sustavnošću napada, tj. držali su da se o njezinu postojanju može zaključivati iz sustavnosti napada. U predmetu *Kunarac* MKSJ je, vrlo površnom analizom, zaključio kako ona nije običajnopравни element ZPČ, te da njezino postojanje eventualno može govoriti u prilog zaključku da je napad bio sustavan. To pokazuje zanemarivanje i nerazumijevanje rada MPP, usprkos tome što rana praksa MKSJ obiluje referencama na dokumente MPP, osobito u pogledu entiteta koji bi, osim države, mogli stvoriti relevantnu politiku. Naime, do osnivanja MKSJ događaji kvalificirani kao ZPČ imali su uporište isključivo u državnoj politici Trećeg Reicha. MKSJ se prvi morao baviti pitanjem može li entitet poput države, tj. paradržava, stvoriti pravnorelevantnu politiku. Činjenice predmeta pred tim sudom, primjerice zločini u Prijedoru, pokazale su kako je to moguće. Stoga

treba prihvatiti zaključke MKSJ da bi entiteti sa *de facto* vlašću mogli stvoriti relevantnu politiku. Svaki drukčiji zaključak doveo bi do apsurdne situacije da zločini nad civilnim stanovništvom koje se nalazi unutar entiteta koji funkcionira poput države, u smislu da ima izvršnu vlast ima kontrolu nad područjem i upravlja represivnim aparatom, nije zaštićeno od suštinski iste opasnosti koja stanovništvu prijete od *de iure* države. MKSJ se također prvi bavio i mogućnošću da se politika implementira pasivno, namjernim propustom da se zaštiti stanovništvo, što je bilo predmetom rasprave u slučaju *Kupreškići*. No, ostale zaključke MKSJ, osobito one koji govore o entitetima koji nemaju *de facto* vlast kao mogućim kreatorima relevantne politike, treba smatrati samo *obiter dicta* jer nisu bili relevantni u konkretnim predmetima. Naime, činjenično je riječ uvijek bila o entitetima koji su imali *de facto* vlast. Isto još u većoj mjeri vrijedi za zaključke MKSR koji se isključivo bavio zločinima počinjenima pod okriljem države.

RS, osim izričitog uključivanja obilježja politike u definiciju ZPČ, sadrži pravila o tumačenju i izvorima prava. Temeljno je pravilo restriktivnog tumačenja i zabrane analogije, a u odsutnosti odredbi RS i OKD, MKS se u traganju sadržaja pojedinih pojmova sadržanih u definicijama kaznenih djela mora poslužiti međunarodnim konvencijama i običajnim pravom. Vlastitu praksu može slijediti, ali praksa *ad hoc* tribunala nije izvor prava za MKS osim u mjeri u kojoj odražava pravila običajnog prava. U ranim tumačenjima sadržaja ZPČ MKS nije vodio računa o navedenim pravilima, a upitno je u kojoj mjeri to čini i danas. Iako se nastojao distancirati od stava MKSJ da je politika samo komponenta sustavnosti napada, MKS čini se, i dalje izvodi zaključke o postojanju politike iz sustavnosti napada, a nije se još detaljno dotaknuo ni analize njezina sadržaja. Još uvijek nema ni odgovora na pitanje jesu li zahtjevi širine ili sustavnosti napada stvarne alternative u svjetlu uvjeta politike u oba slučaja. Smatramo da jesu. Naime, kada entitet koji može zaustaviti rasprostranjene zločine nad nekim civilnim stanovništvom to ne čini, primjerice iz političkih razloga, postoji politika pasivnosti u smislu RS, a napadi istovremeno ne postaju sustavnima. Oni bi bili sustavni da se entitet u pitanju postavi aktivno, pa ih usmjerava ili na drugi način potiče, kao što je to bio slučaj s Trećim Reichom.

Trenutačno goruće pitanje je pitanje obilježja koje treba imati neka grupa da se može smatrati organizacijom u smislu RS. PRV II u predmetu Kenija se podijelilo o tome pitanju. Većina je zauzela stav da bi to mogla biti svaka

grupa koja ima sposobnost povrijediti osnovna ljudska prava, dok je sudac *Kaul* držao da to može biti samo organizacija poput države. Treba podržati zaključak suca *Kaula*. Iz činjenice da RS govori o „državi ili organizaciji“ i da zahtjev pravne sigurnosti zahtijeva da se pritom obuhvate kvalitativno slična ponašanja, nameće se zaključak da bi organizacija trebala biti poput države. To je i jedini prihvatljiv stav kada se uzmu u obzir zahtjevi restriktivnog tumačenja i zabrane analogije. Nadamo se da će buduća praksa MKS ići u tom smjeru i tako se vratiti korijenima i biti ovog teškog međunarodnog zločina.

## LITERATURA

1. Paust J.J. (2010). The International Criminal Court does not have complete jurisdiction over customary crimes against humanity and war crimes, *The John Marshall Law Review* 43: 3, str. 681.-718. Dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1598440> [7.9.2013].
2. Munivrana Vajda, M. (2013), Kaznena djela protiv čovječnosti i ljudskog dostojanstva u Derenčinović, D. (ur.). Posebni dio kaznenog prava, Zagreb.
3. Fletcher G. P. (2002). *Romantics at War, Glory and Guilt in the Age of Terrorism*, Princeton University Press, Princeton and Oxford.
4. Smeulers, A. (2008). Review Essays. Punishing the Enemies of All Mankind, *Leiden Journal of International Law*, 21, str. 971-993. Dostupno na: <http://law.wlu.edu/faculty/facultydocuments/drumbml/reviewLJIL.pdf> [7.9.2013].
5. Josipović, I. (2001). *Stalni međunarodni kazneni sud*, Zagreb.
6. Schabas, W. (2008). State Policy as an Element of International Crimes, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 98:3, str. 953-982. Dostupno na <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7299&context=jclc> [7.9.2013].
7. deGuzman, M.M. (2011). Crimes Against Humanity, u Bartram S. B., (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law*, Edgar Elgar Publishing, Temple University Legal Studies Research Paper 2010:9, str. 1-25. Dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1745183> [7.9.2013].
8. Luban D. (2004). A Theory of Crimes Against Humanity, *Yale Journal of International Law*, 29, str. 85-167. Dostupno na: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146/> [7.9.2013].
9. Hwang P. (1998). Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court, *Fordham International Law Journal* 22:2, str. 457-504. Dostupno na: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1594&context=ilj> [7.9.2013].
10. Schabas, W. (2011), *Crimes Against Humanity in Norway*. Dostupno na: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/07/crimes-against-humanity-in-norway.html> [1.9.2013].
11. Jacobs, D. (2013). Why the Vienna Convention should not be applied to the ICC Rome Statute: a plea for respecting the principle of legality. Dostupno na:



- <http://dovjacobs.blogspot.com/2013/08/why-vienna-convention-should-not-be.html> [9.9.2013].
12. Robinson, D. (2011). Essence of Crimes Against Humanity Raised by Challenges at ICC. Dostupno na: <http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/> [8.9.2013].
  13. Jacobs, D. (2010). The ICC authorizes first use of OTP proprio motu powers in Kenya: Opening a new Pandora's Box of legal difficulties (and revisiting some old ones too...). Dostupno na: <http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2010/04/07/the-icc-authorizes-first-use-of-otp-prop/> [9.9.2013].
  14. Kress, C. (2010), On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision“, Leiden Journal of International Law, 23, str. 855–873. Dostupno na: <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/KeniaFinale.pdf> [9.9.2013.].
  15. Ambos, K & Wirth, S. (2002), The current law of Crimes Against Humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000, Criminal Law Forum 13:1, str. 1- 90, Dostupno na: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1972244](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972244) [9.9.2013].

## Summary

---

### CRIMES AGAINST HUMANITY AS AN EXPRESSION OF STATE POLICY

*In this paper the authors analyze individual elements of crimes against humanity and, in particular, tackles the question of whether this international crime has to be committed under the aegis of state or organizational policy. Although in case law of international ad hoc criminal tribunals it has been decided that for crimes against humanity it is sufficient to establish only the systematic or widespread nature of the attacks, the author believes that the element of policy in the background of the attack is a customary element of crimes against humanity, wrongly neglected in the practice of international ad hoc tribunals. The Rome Statute of the International Criminal Court in Art. 7. para. 2. returns to the roots of this crime by explicitly stating that "an attack directed against a civilian population" means a course of conduct involving the multiple commission of certain criminal offenses against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack. Yet, a number of issues have already arisen in practice. Therefore, this paper seeks to analyze at which level of government a policy needs to be adopted in order to be considered a state policy, which characteristics an organization should have to be considered a relevant policy maker, and what may be the substance of such a (criminal) policy.*

**Key words:** *crimes against humanity, state policy, organizational policy*

## **EKSPERIMENTI NA LJUDIMA KAO ZLOČIN PROTIV ČOVJEČNOSTI: OD NÜRNBERŠKOG MEDICINSKOG SUĐENJA DO PREDMETA PFIZER**

*Metamorfoza zločina protiv čovječnosti iz jezgrenog zločina kroz koji međunarodno pravo daje odgovor na najteža kršenja međunarodnog humanitarnog prava u zločin kroz koji se daje odgovor na najteža kršenja međunarodnog prava ljudskih prava otvara pitanje koja kršenja temeljnih ljudskih prava opravdavaju stigmatu zločina protiv čovječnosti. Supsumiranje nekonsenzualnog podvrgavanja ljudi masovnim eksperimentima u kategoriju zločina protiv čovječnosti dugo se smatralo pravnom avangardom, čak i nakon nürnberškog suđenja nacističkim liječnicima za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti počinjene vršenjem medicinskih eksperimenata u koncentracijskim logorima. Povezujući nürnberško „medicinsko“ suđenje s postupkom protiv vodeće farmaceutske korporacije Pfizer za provođenje fatalnih eksperimenata nad djecom u Nigeriji, rad promišlja mogućnost kaznenopravnog tretmana ovih zločina počinjenih u sprezi multinacionalnih korporacija, državne vlasti i političkih elita kao zločina protiv čovječnosti. I dok nacistički „medicinski“ zločini predstavljaju najekstremniji oblik masovnog eksperimentiranja nad civilnim stanovništvom čijom je jedinom vrijednošću smatrano to da su poslužili kao objekt iznalaženju sredstva za istrebljenje društvenih skupina kojima su pripadali, za „moderni“ kontekst kriminalnog eksperimentiranja na ljudima svojstven je proboj novih aktera – multinacionalnih farmaceutskih korporacija i primat novog interesa – onog ekonomskog. Problematizirajući utemeljenost stavljanja nekonsenzualnih medicinskih eksperimenata u istu ravan s „klasičnim“ modusima izvršenja zločina protiv čovječnosti, u radu se preispituju elementi ovog zločina koji bi na prvi pogled mogli uputiti na nemogućnost odgovora međunarodnog kaznenog prava na ove prakse. Rad prati proboj zabrane nekonsenzualnih eksperimenata u međunarodno pravo kroz recepciju nürnberškog kodeksa, analizirajući uzroke odbojnosti koja je spram vodećih bioetičkih instrumenata koji odstupaju od nürnberškog naslijeđa prisutna upravo u državama čiji su prošli režimi*

---

\* Dr. sc. Sunčana Roksandić Vidlička, docentica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu (Assistant Professor at Chair of Criminal Law Faculty of Law, University of Zagreb); voditeljica Znanstveno-istraživačkog odbora za pravnu perspektivu u integrativnoj bioetici pri Znanstvenom centru izvrsnosti za integrativnu bioetiku: [suncana.roksandic.vidlicka@pravo.hr](mailto:suncana.roksandic.vidlicka@pravo.hr).

\*\* Vinko Galiot, mag. iur. (Vinko Galiot, LLM): [galiotvinko@gmail.com](mailto:galiotvinko@gmail.com).

izvršili najveća zvjerstva eksperimentirajući s ljudima. Iako se danas ovakve kriminalne prakse više ne vrše u ime zločinačke ideologije nad „ljudima nevrijednim življenja“, primjetna je tendencija da se nekonzenzualnim eksperimentima primarno podvrgavaju oni smatrani manje vrijednima—ugrožene skupine iz najsiromašnijih zemalja svijeta—redovito u režiji korporacija iz najbogatijih zemalja svijeta s barem prešutnim pristankom vlasti zemalja čiji su stanovnici subjekti eksperimenata. Rad ukazuje na posljedice neriješavanja kolizije interesa različitih dionika u provođenju medicinskih istraživanja u korist samih subjekata istraživanja te razmatrajući pruža li im međunarodno kazneno pravo dostatnu zaštitu.

**Ključne riječi:** medicinski eksperimenti; zločin protiv čovječnosti; međunarodno kazneno pravo; predmet Pfizer; Nürnberško medicinsko suđenje; Nürnberški kodeks, informirani pristanak.

## 1. UVOD: ZAŠTO OVA TEMA I ZAŠTO POVEZIVANJE NÜRNBERŠKOG MEDICINSKOG SUĐENJA I POSTUPKA PROTIV PFIZERA<sup>1</sup>

Nürnberško suđenje najznačajnijim liječnicima Trećeg Reicha u predmetu *Brandt et al.*<sup>2</sup> za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti počinjene podvrgavanjem zatočenika logora smrti medicinskim eksperimentima i provođenjem programa eutanazije ljudi *nevrijednih življenja*, ostavilo je neizbrisiv trag u razvoju međunarodnog kaznenog prava, ali i medicinskog prava, bioetike, i prava ljudskih prava.<sup>3</sup> U Nürnbergu su udareni temelji za pravnu kvalifikaciju nedopuštenih medicinskih eksperimenata kao zločina protiv čovječnosti. Kako će prilikom jedne od brojnih reminiscencija sudova

---

<sup>1</sup> Članak je pisan u okviru projekta „Novi hrvatski pravni sustav“ na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Autori se zahvaljuju kolegama Jurju Brozoviću, mag. iur., i Relji Rajkoviću, studentu Pravnog fakulteta u Zagrebu i seminaristu iz kaznenog prava doc. dr. sc. Roksandić Vidličke u akademskoj godini 2013./14., na pomoći oko tehničkog uređivanja teksta i prevođenja određenih dijelova teksta.

<sup>2</sup> V. predmet *The United States of America against Karl Brandt, Siegfried Handloser, Paul Rostock, Oskar Schroeder, Karl Genzken, Karl Gebhardt, Kurt Blome, Rudolf Brandt, Joachim Mrugowsky, Helmut Poppendick, Wolfram Sievers, Gerhard Rose, Siegfried Ruff, Hans Wolfgang Romberg, Viktor Brack, Hermann Becker-Freyseng, Georg August Weltz, Konrad Schaefer, Waldemar Hoven, Wilhelm Beiglboeck, Adolf Pokorny, Herta Oberheuser, and Fritz Fischer, Defendants*. Spis predmeta dostupan u: *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 1, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1949 [dalje: *Trials of War Criminals – Medical Case I*] i *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 2, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1949, 1-352. [dalje: *Trials of War Criminals – Medical Case II*].

<sup>3</sup> V. pogotovo *Freyhofer* 2004. Također i *Schaller* 2008, 6.

na ovo suđenje i osobito na tzv. Nürnberški Kodeks biti potvrđeno, „Zaključak američkog tribunala da postupci protivni prvom načelu [Nürnberškog] Kodeksa konstituiraju zločin protiv čovječnosti je lucidna indikacija međunarodnopravnog značaja zabrane nekonsenzualnog medicinskog eksperimentiranja. Kao što su suci Vrhovnog suda prepoznali, 'medicinsko suđenje u Nürnbergu 1947. duboko je usjeklo u svijest čovječanstva da je eksperimentiranje na subjektima bez njihova znanja moralno i pravno neprihvatljivo'.“<sup>4</sup> Značaj Medicinskog suđenja ne iscrpljuje se u njegovoj važnosti za međunarodno kazнено pravo. Suđenje nacističkim liječnicima od neizmjernog je utjecaja i za medicinsko pravo, pravo ljudskih prava i bioetiku. Problemizirajući odnos ovih disciplina, George Annas ističe kako upravo Nürnberški kodeks predstavlja „vezivno tkivo koje povezuje ljudska prava, bioetiku i medicinsko pravo te se može ustvrditi da je upravo u Nürnberškom suđenju nacističkim liječnicima rođena moderna bioetika.“<sup>5</sup>

Svjedoci smo epidemije ebole u zapadnoj Africi i odgovora međunarodne zajednice čiju kulminaciju predstavlja usvajanje Rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih Naroda 2014. godine kojom je utvrđeno kako „unprecedented extent of the Ebola outbreak in Africa constitutes a threat to international peace and security“.<sup>6</sup> Na samoj sjednici Vijeća Sigurnosti pojedine su države, poput Kanade i Japana, istaknule da su pružile ili će

---

<sup>4</sup> V. odluku *United States Court of Appeals for the Second Circuit* o vraćanju predeta na ponovno suđenje, *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 179. Ovdje je žalbeni sud citirao Izdvojeno mišljenje suca *Brennana* u predmetu *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 687, o čemu više u poglavlju 5.1.

<sup>5</sup> *Annas* 2009, 19. Isti autor, oslanjajući se na Descartesovo metaforičko poimanja filozofije, iznosi kako je „[d]rvo ljudskih prava ukorijenjeno u Drugom svjetskom ratu i Holokaustu, njegovo je korijenje u univerzalnom pravu i ljudskom dostojanstvu, artikuliranima na suđenju glavnim nacističkim ratnim zločincima u Nürnbergu, te primjenjivima na sve ljude temeljem njihove pripadnosti ljudskom rodu“. *Annas* 2004, 659. Iako priznaje da su tri discipline, ljudska prava, bioetika i medicinsko pravo, često jedna na drugu gledala sumnjičavo, autor drži da iste treba shvaćati kao „integralne simbiotičke dijelove organske cjeline.“ *Ibid.*, 658. Descartesov pasus na koji se referira *Annas* glasi: „Prema tome, cijela filozofija je kao drvo, kod kojeg je metafizika korijen, fizika deblo, a sve ostale znanosti grane koje rastu iz tog debla koje se dijele u tri glavne, naime, medicinu, mehaniku i etiku. Pod znanošću morala, podrazumijevam najvišu i savršenu koja je, pretpostavljajući znanje svih drugih znanosti, zadnji stupanj mudrosti. Međutim, plodove ne beremo iz korijena i trupa, već vrhova grana pa glavna korisnost filozofije ovisi o odvojenom korištenju svojih dijelova koje možemo zadnje spoznati.“ V. *Descartes* 2004, 10.

<sup>6</sup> United Nations Security Council Resolution 2177, 18 September 2014, UN Doc. S/RES/2177 (2014).

pružiti pomoć u vidu eksperimentalnih cjepiva i lijekova protiv ebole.<sup>7</sup> U ožujku 2015., godinu dana nakon izbijanja epidemije, počelo je ispitivanje cjepiva protiv ebole u zapadnoj Africi u okviru treće faze kliničkog ispitivanja lijeka nad većim brojem ispitanika.<sup>8</sup> Gorak okus stoljeća kršenja temeljnih ljudskih prava ljudi podvrgnutih istraživanjima poziva na oprez. Poučeni povijesnim iskustvom, potrebno je ponovno ukazati kako plemenita želja za suzbijanjem teških bolesti ne smije biti ostvarena kršenjem temeljnih prava subjekata istraživanja, bez obzira koristi li njima samima samo istraživanje ili ne, odnosno bez obzira radi li se o terapeutskom istraživanju, kao što je slučaj s ispitivanjem cjepiva protiv ebole, ili neterapeutskom. Kako i epidemija teških bolesti, kako je utvrdilo Vijeće sigurnosti UN-a, može predstavljati prijetnju miru i sigurnosti čovječanstva, nužno je osigurati da se nastojanja suzbijanja tih bolesti kroz eksperimentiranje nad ljudima ne prometnu u drugu prijetnju miru i sigurnosti čovječanstva – zločin protiv čovječnosti. Negacija temeljnih prava kroz kriminalno eksperimentiranje više ne bi bila vršena u ime zločinačke ideologije, kao u nacističkoj Njemačkoj, nego u ime očuvanja mira i sigurnosti čovječanstva.

Da globalizacijom i eksperimenti na ljudima dobivaju globalnu dimenziju<sup>9</sup> pokazuje i predmet *Pfizer*,<sup>10</sup> u kojem se postavilo pitanje odgovornosti jedne

---

<sup>7</sup> United Nations Security Council, Sixty-ninth year, 7268th meeting, 18 September 2014, UN Doc. S/PV.7268, str. 33: “*Recognizing the extraordinary circumstances, and for the benefit of the global community, Canada donated to WHO 800 to 1,000 doses of the experimental vaccine VSV-EBOV. We have also actively contributed to WHO’s expert panels on Ebola*”, str. 34: “*Japan is ready to provide a new medication to cope with Ebola. The use of the medication known as T-705, or Favipiravir, is expected to be effective as a post-exposure prophylaxis against Ebola. This medicine is an experimental drug developed by two Japanese companies: Toyama Chemical and Fujifilm Corporation. We are working with WHO, pharmaceutical companies and other countries so that this medication can be put to use as soon as possible.*”

<sup>8</sup> V. npr. članke *First Ebola vaccine to be tested in affected communities one year into outbreak*, Press Release, 25 March, 2015, Guinea WHO Country Office, dostupno na: [http://www.who.int/medicines/ebola-treatment/ebola-press\\_release\\_guinea/en/](http://www.who.int/medicines/ebola-treatment/ebola-press_release_guinea/en/) [25.4. 2015.]; *New Ebola Vaccine to Be Tested in Guinea*, The Wall Street Journal, March 5, 2015, dostupno na: <http://www.wsj.com/articles/new-ebola-vaccine-to-be-tested-in-guinea-1425556605> [25.4.2015.].

<sup>9</sup> V. npr. *Honnefelder* 1999, osobito 38-40. Provođenje medicinskih eksperimenata je globalno pitanje, ali izazva brojne kontroverze i na nacionalnom planu što je bilo vidljivo i prilikom donošenja novog hrvatskog Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (NN 76/14). V. *Roksandić Vidlička* 2014, 15-17. Također i *Garašić et al.* 2015. U novom Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama koji je stupio na snagu 1. siječnja 2015. godine poštovana su Nürnberška načela koja zabranjuju provođenje medicinskih istraživanja nad pacijentima koji nisu sposobni sami dati pristanak na iste.

<sup>10</sup> V. bilj. 4.

od najvećih multinacionalnih farmaceutskih kompanija zbog provođenja nedopuštenih medicinskih eksperimenata u Nigeriji bez pristanka subjekata, ali uz odobravanje tamošnjih javnih dužnosnika i službenika. Kako i svjedoči navedeni citat iz predmeta *Pfizer*, kriminalni eksperimenti izvršeni od strane *Pfizer* evociraju nacističke zločine i aktualiziraju pitanje eksperimentiranja na ljudima kao zločina protiv čovječnosti. Upravo takvi slučajevi iznova stavljaju pod povećalo sumnje pojavu novih cjepiva i potrebu za njihovim testiranjem na ljudskim subjektima. *Pfizer* nije izoliran slučaj – istraživanja u zemljama u razvoju postala su *trend* nakon što su razvijene države u kojima su sjedišta farmaceutskih korporacija koje provode istraživanja postrožile regulaciju.

Nacistički užasi nisu bili dovoljna opomena koja bi spriječila nekonsenzualno podvrgavanje ljudi eksperimentima. I nakon suđenja *Brandtu* i ostalima za eksperimente provedene nad ljudima *nevrijednih življenja*, vršeni su brojni eksperimenti provedeni od strane samih država podvrgavanjem onih *manje vrijednih življenja* nekonsenzualnim i često fatalnim eksperimentima. Kako predmet *Pfizer* pokazuje, modernizam je doveo do stupanja na scenu kriminalnog eksperimentiranja nove aktere – multinacionalne farmaceutske kompanije, te otvorilo pitanje njihove odgovornosti i povezanosti s organima vlasti u državama u kojima provode eksperimente.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Iako *stricto sensu* medicinsko istraživanje nije isto što i medicinski eksperiment, ova je distinkcija bez praktične važnosti te se isti termini vrlo često koriste kao sinonimi. Napominjemo kako ćemo u ovome članku koristiti oba termina. Za razliku između istraživanja i eksperimenata v. npr. *Mason, Laurie & Aziz* 2011, 612-614. Iako navodeći kako se eksperiment i istraživanje koriste kao zamjenjivi pojmovi, *Mason, Laurie i Aziz* ipak luče navedene termine. Dok za eksperiment može biti karakterističan *ad hoc* pristup, ali i ne mora, kao što je to vidljivo sa suđenja u Nürnbergu, istraživanja su ona koja bi trebala biti pomno isplanirana i strogo nadzirana, što ne znači naravno da u procesu ostala prava subjekata istraživanja i etičke prakse neće biti prekršena. Pravno i etički opravdana istraživanja dakle podliježu strogoj regulaciji, dok eksperiment može imati značenje onog istraživanja koji krši sva pravila koja mora slijediti i zapravo time postaje svoja suprotnost – eksperiment shvaćen u svom negativnom kontekstu. Termin *experiment* (u hrvatskim prijevodima dolje navedenih akata i domaćem zakonodavstvu, poput Kaznenog zakona: *pokus*) ipak prevladava u međunarodnopravnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava poput Pakta o građanskim i političkim pravima (v. bilj. 195) i Konvencije o pravima osoba s invaliditetom (v. bilj. 135), kao i međunarodnih ugovora iz područja međunarodnog humanitarnog i međunarodnog kaznenog prava, poput Ženevskih konvencija od 12. kolovoza 1949. (v. bilj. 199) i Rimskog Statuta Međunarodnog kaznenog suda (v. bilj. 128). Termin *research* prevladava u dokumentima iz područja medicinske etike poput Helsinške deklaracije o etičkim principima glede medicinskih istraživanja nad ljudima Svjetskog liječničkog udruženja (v. bilj. 98), i ostalim pravilima struke donesenih pod okriljem liječničkih udruženja i Svjetskog liječničkog udruženja, Međunarodnim etičkim smjernicama za biomedicinska istraživanja na ljudskim subjektima (v. bilj. 102), ali i

## 2. NÜRNBERŠKO MEDICINSKO SUĐENJE

Nürnberško suđenje vodećim nacističkim zločincima u predmetu *Göring et al.*<sup>12</sup> iznjedrilo je neka od temeljnih načela međunarodnog prava:<sup>13</sup> svaka

---

obvezujućim instrumenti iz područja bioetike, poput Bioetičke Konvencije Vijeća Europe (v. bilj. 99) i njoj pripadajućem dopunskom protokolu glede biomedicinskih istraživanja (v. bilj. 100). S druge strane sam Nürnberški kodeks, kao dio presude nacističkim liječnicima u predmetu *Brandt*, koji je bio ishodište gore navedenih akata, koristi riječ *experiment* kada opisuje koje sve preduvjete *experiment* mora imati da bi bio valjan, što odgovara, prema našem mišljenju, pojmu kako se danas koristi kao *research*. Izbjegavanje termina *eksperiment* u bioetičkim dokumentima, osobito u pravilima medicinske etike usvojenima od strane same medicinske zajednice, pripisujemo i stigmi koju taj termin nosi za sobom od medicinskog suđenja u Nürnbergu koje je i iznjedrilo Kodeks s deset osnovnih načela kojima sva istraživanja na ljudima moraju udovoljavati kako ne bi postala *eksperimenti*, u negativnom kontekstu ovoga termina. Konačno, mogu se naći i primjeri dokumenata gdje se koriste oba termina – istraživanje i eksperiment. Tako Visoki povjerenik Ujedinjenih naroda za ljudska prava i Svjetska zdravstvena organizacija, tumačeći sadržaj prava na zdravlje zajamčenog Paktom o ekonomskih, socijalnim i kulturnim pravima, navode kako pravo na zdravlje, između ostalog uključuje i slobodu od liječenja bez pristanka, i od medicinskog eksperimentiranja i istraživanja bez pristanka. V. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, World Health Organization, *The Right to health*, Fact sheet No. 31, 2008, 3.

<sup>12</sup> V. predmet *The United States of America, the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Göring, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Robert Ley, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, Karl Dönitz, Erich Raeder, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Martin Bormann, Franz von Papen, Artur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin von Neurath, and Hans Fritzsche, Individually and as Members of Any of the Following Groups or Organizations to Which They Respectively Belonged, Namely: Die Reichsregierung (Reich Cabinet); Das Korps Der Politischen Leiter Der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (Leadership Corps of the Nazi Party); Die Schutzstaffeln Der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (commonly known as the "SS") and including Die Sicherheitsdienst (commonly known as the "SD"); Die Geheime Staatspolizei (Secret State Police, commonly known as the "Gestapo"); Die Sturmabteilungen Der N. S. D. A. P. (commonly known as the "SA") and the General Staff and High Command of the German Armed Forces are as defined in Appendix B of the Indictment, Defendants. Spis predmeta objavljen je u seriji od 42 sveska: Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Published at Nuremberg, Germany, 1947.*

<sup>13</sup> V. *The Principles of International Law Recognized in the Charter and the Judgment of the Nürnberg Tribunal; Texts and Comments* u: Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. 2, 191-195. Opća skupština Ujedinjenih naroda Rezolucijom 95 (I) prihvatila je načela međunarodnog prava priznata Statutom Međunarodnog vojnog tribunala i njegovom presudom te stavila u zadatak tadašnjem Odboru za kodifikaciju međunarodnog prava formulaciju tih načela. V. General Assembly resolution 95 (I) of 11 December 1946,

osoba koja počini djelo koje predstavlja kazneno djelo po međunarodnom pravu je odgovorna te podliježe kazni; činjenica da domaće pravo ne predviđa kaznu za čin koji predstavlja kazneno djelo po međunarodnom pravu ne oslobađa tu osobu odgovornosti po međunarodnom pravu; okolnost da je netko počinio djelo koje predstavlja kazneno djelo po međunarodnom pravu u svojstvu predsjednika države ili dužnosnika vlade ne oslobađa ga odgovornosti po međunarodnom pravu; ako je osoba djelovala u skladu s naredbama vlade ili nadređenog ne oslobađa je odgovornosti po međunarodnom pravu, pod uvjetom da je moralni izbor bio moguć.<sup>14</sup>

U suđenju nacističkim liječnicima u predmetu *Brandt et al.*, prvome od dvanaest nürnberških suđenja pred Vojnim tribunalom Sjedinjenih Američkih Država koja su uslijedila nakon glavnog nürnberškog suđenja,<sup>15</sup> utvrđeno je deset načela za procjenu dopuštenosti provođenja eksperimenata na ljudima, danas poznatih pod nazivom Nürnberški Kodeks. Razumljivo je zbog čega je tribunal, nadležan za suđenja najvišim političkim i vojnim dužnosnicima Trećega Reicha, analizirao pitanja poput individualne odgovornosti za međunarodne zločine ili zapovjedne odgovornosti. Međutim, zašto bi vojni kazneni sud našao nužnim ulaziti u sferu

---

*Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, UN Doc. A/RES/1/95. Iduće je godine na svom drugom zasjedanju Opća skupština Ujedinjenih Naroda Rezolucijom 177 (II) novoosnovanoj Komisiji za međunarodno pravo naložila formulaciju načela međunarodnog prava priznatih Statutom Međunarodnog vojnog tribunala i njegovom presudom te pripremu Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva. V. General Assembly resolution 177 (II) of 21 November 1947, *Formulation of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal*, UN Doc. A/RES/2/177. Prvi je dio zadatka Komisija za međunarodno pravo uspješno dovršila 1950. godine, dok će proći gotovo pola stoljeća do usvajanja Nacrta Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva. V. *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* u: *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol. 2, Dio drugi, 17-56.

<sup>14</sup> Navedeno se odnosi na prva četiri načela navedena u tzv. Načelima međunarodnog prava prepoznatih u Povelji ipresudi Nurnberškog tribunala (v. bilj. 13) koje je 1950. utvrdila Komisija za međunarodno pravo.

<sup>15</sup> Nekoliko je razina na kojima su se odvijala suđenja pripadnicima Sila osovine. Najviša razina suđenja odvijala se pred međunarodnim vojnim sudovima u Nürnbergu i Tokiju. Drugu razinu, kojoj pripada i suđenje nacističkim liječnicima, predstavljala su suđenja pred vojnim sudovima pojedinih sila pobjednica (prvenstveno u okupacijskim zonama u Njemačkoj i američkim vojnim sudovima na Dalekom istoku). Treću razinu, koja traje i danas, čine suđenja pred nacionalnim sudovima pojedinih država. V. *Josipović u Josipović, Krapac & Novoselec* 2001, rub. toč. 35. *Bassiouni* ističe kako su povjesničari našli mjesta za neslaganje sa presudama tribunala u svim od trinaest nürnberških procesa osim onome za „*medicinske zločine*“ koji obrađujemo u nastavku rada. V. *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1641.



utvrđivanja kriterija za ocjenu dopuštenosti provođenja medicinskih eksperimenata na ljudima općenito? Kako ćemo pokazati, upravo će pitanje dopustivosti eksperimenata provedenih od strane nacističkih liječnika biti determinirajuće za njihovu kaznenu odgovornost za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti. Odgovarajući na ovo pitanje ukazat ćemo na kronologiju razvoja politike *uništenja života nevrijednih življenja* u Trećem Reichu te razmjere do kojih se ljudsko dostojanstvo može povrijediti u ime ostvarenja *viših* ciljeva.

## 2.1. Životi nevrijedni življenja

Ideja uništenja *bezvrijednih života* sustavno je realizirana, osim vršenjem kriminalnih eksperimenata, u okviru programa T-4, provođenjem eutanazije osoba s duševnim smetnjama protiv njihove volje. Idejni tvorac pojma *života nevrijednog življenja* glasoviti je teoretičar kaznenog prava, *Karl Binding*, koji je svoja stajališta bazirao na učenju dobitnika Nobelove nagrade za fiziologiju i medicinu *Alexisa Carrel*a, koji je predlagao eutanaziranje zločinaca i osoba s duševnim smetnjama.<sup>16</sup> U glasovitom djelu napisanome u koautorstvu s psihijatrom *Alfredom Hocheom*, *Dopustivost uništenja bezvrijednih života*,<sup>17</sup> korištenom od strane nacista kao opravdanje programa T-4, *Binding* je, pošavši od premise da osobe s duševnim smetnjama nemaju pravno relevantnu volju, pa istu za njih očituje netko drugi, i od premise da je samoubojstvo legalno, izveo konkluziju da i o njihovom samoubojstvu treba odlučivati netko drugi, a kako je njihov život bezvrijedan, racionalno je uništiti ga.<sup>18</sup> Program T-4 započeo je 1939. godine *Hitlerovim* dopuštenjem da dr. *Brandt*, prvooptuženi u predmetu *Brandt*, odredi izvjestan broj liječnika koji će pružati „smrt iz milosrđa“. Takva je „milost“ u narednih godinu i pol dana u stotinama bolnica ukazana

---

<sup>16</sup> *Carrel* 1935, 12: „Ostaje neriješen problem velikog broja poremećenih i kriminalaca. Oni su velik teret za dio populacije koja je ostala normalna. Kao što je to ranije navedeno, velike sume su sad potrebne za održavanje zatvora i azila za luđake te za zaštitu društva od kriminalaca i luđaka. Zašto zadržavamo ta beskorisna i štetna bića? Abnormalni sprječavaju napredak normalnih. S ovom činjenicom moramo se ozbiljno suočiti. Zašto se kriminalcima i luđacima ne bi raspolagalo na ekonomičniji način? [...] U međuvremenu, kriminalci se trebaju efektivno riješiti smrću. Možda bi zatvori bili napušteni. Mogli bi biti zamijenjeni manjim i jeftinijim institucijama. [...] One koji su ubili, oružano opljačkali, oteli djecu, oteli siromašnima uštedu, zaveli javnost u bitnim stvarima, trebali bi humano i ekonomično odložiti u male eutanazijske institucije opskrbljene odgovarajućim plinom. Sličan tretman mogao bi se na odgovarajući način primijeniti na lude počinitelje kaznenih djela. Moderno društvo ne bi se trebalo susprezati od organizacije usmjerene na normalnog pojedinca. Filozofski sistemi i sentimentalne predresude moraju se napustiti prije takve nužnosti. Napredak ljudske osobnosti je najvažnija svrha civilizacije.”

<sup>17</sup> *Hoche & Binding* 1920.

<sup>18</sup> Prema *Turković, Roksandić Vidlička & Maršavelski* 2010, 226, bilj. 10.

više od 70.000 ljudi, u onome što se može opisati kao „glavna proba za uništenje Židova, homoseksualaca, komunista, Cigana, Slavena i ratnih zarobljenika koja će ubrzo uslijediti“.<sup>19</sup>

Medicinska etika dr. *Brandta*, osobito u pogledu eutanazije pojedinaca *nevrijednih življenja*, bila je pod znatnim utjecajem *Karla Bindinga*, i, posebice, *Alfreda Hochea*<sup>20</sup>, čije tečajeve je *Brandt* pohađao.<sup>21</sup> Poput mnogih drugih njemačkih liječnika toga vremena, *Brandt* je smatrao kako zdravlje društva u cjelini ima prednost pred zdravljem pojedinaca. Na društvo se gledalo kao na jedinstveni organizam koji je trebalo izliječiti, stoga se na njegove najslabije i neizlječive članove gledalo kao na dijelove koje bi trebalo odstraniti. Takvim se bespomoćnim bićima treba pružiti „milosrdna smrt“ (*Gnadentot*).<sup>22</sup> Osim navedenih razmatranja, *Brandtovo* objašnjenje na vlastitom suđenju u pogledu njegovih kriminalnih aktivnosti – osobito glede naredbi u vezi s eksperimentiranjem na ljudskim bićima – bilo je sljedeće: “[a]ny personal code of ethics must give way to the total character of the war“.<sup>23</sup>

Ipak, ideja *uništenja bezvrijednih života* nije započela s nacističkom ideologijom, no svakako je u istoj doživjela svoju kulminaciju. U novijoj povijesti raspravljana je ekstenzivno, kako naglašava *Proctor*, u pravnoj i medicinskoj znanosti u Sjedinjenim Američkim Državama još od kraja Prvog svjetskog rata.<sup>24</sup> No, shvatimo li eliminiranje *života nevrijednih življenja* kao eugenički pojam, čijim se začetnikom obično smatra *Francis Galton*,<sup>25</sup> valja napomenuti da već kod *Platona* nalazimo „vrlo razrađene,

---

<sup>19</sup> V. Polšek 2004, 102. Više o programu T-4 u istom djelu, 102-104. Također i *Lifton, The Nazi Doctors, Medical Killing and the Psychology of Genocide*, 1988, 21-134, te *Faulstich* 2001, 84-96.

<sup>20</sup> Izjavu *Hockea* citira *Lifton*: „wir haben es...verlernt,...den staatlichen Organismus im selben Sinne wie ein Ganzes mit eigenen Gesetzen und Rechten zu betrachten, wie ihn etwa ein in sich geschlossener menschlicher Organismus darstellt, der, wie wir Ärzte wissen, im Interesse der Wohlfahrt des Ganzen auch einzelne wertlos gewordene oder sädliche Teil oder Teilchen preisgibt und abstörst.“ V. *Lifton, Ärzte im Dritten Reich*, 1988, 45

<sup>21</sup> *Ibid.*, 64.

<sup>22</sup> *Ibid.*, poglavlje 2. Euthnasie, Direkte medizinische Tötung, 45-90.

<sup>23</sup> *Hamilton* 1984, 138. V. i opis *Brandta* u *Lifton, op. cit.* (bilj. 19), osobito 58 *et seq.* Iz prikaza *Brandta*, primjećujemo i da je njega moguće opisati kroz prizmu banalnosti zla. Tvorac ovog termina je *Hannah Arendt* koja ga je koristila opisujući *Eichmanna* izvještavajući s njegovom suđenja u Jeruzalemu. Isti je, smatramo, primjenjiv i na brojne druge nacističke intelektualce, uključujući nacističke liječnike. V. *Arendt* 1963.

<sup>24</sup> V. *Proctor* 2003, 413.

<sup>25</sup> *Polšek* 2004, 17: “*Galton* je postao poznat godine 1869. po svojim istraživanjem prirodnih talenata, koje je izabirao prema enciklopedijama eminentnih pojedinaca, analognim današnjim *Tko je tko*. Proučavanje podrijetla, tj. *pedigrea*, takvih pojedinaca dvjesto godina unatrag, dovelo ga je do zaključka u djelu *Nasljeđivanje genijalnosti*, tj.

brojne primjere eugeničkih postupaka koje bi vladar morao imati na umu radi ostvarenja kolektivnoga 'dobra'<sup>26</sup>.

Prema nacističkoj vrijednosnoj ljestvici, uništenje života stotina zatočenika u koncentracijskim logorima s ciljem povećavanja šansi spašavanja jednog njemačkog pilota smatrano je opravdanom investicijom.<sup>27</sup> Naime, „[c]oncentration camp inmates were valued as slave labor, and when that labor was exhausted they were not even worth keeping alive. Their lives were without value, and their deaths implied a savings“.<sup>28</sup> Stoga i ne čudi masovnost podvrgavanja fatalnim eksperimentima osoba *nevrijednih življenja* čiji se pristanak, dakako, nije tražio.<sup>29</sup> Određene društvene skupine smatrane su kao „*unhygenic intruder*“<sup>30</sup> na temelju razloga pruženih ideologijom „*Jewish impurity*“.<sup>31</sup> O poštovanju dostojanstva i autonomije takvih osoba prilikom obavljanja *istraživanja* nad njima nije bilo niti govora. Predmet *Brandt* najbolja je ilustracija potpune dehumanizacije i objektivizacije čovjeka – ne samo da je čovjek sveden na sredstvo, već je i

---

*Hereditary Genius iz 1869. da se u renomiranim obiteljima češće rađaju sposobni potomci.*” Država bi prema Galtonu trebala rangirati ljude, tj. djecu, prema kvaliteti brakova. Oni *nevrijedni (unworthy – nedostojni da žive)* jednostavno će se segregirati u samostane, gdje se neće moći ploditi i množiti. *Ibid.*, 18.

<sup>26</sup> Polšek 2004, 16. Galtonova ideja, nastavlja Polšek, prema kojoj se ljudska reprodukcija, po ciljevima i sredstvima može usporediti s uzgojem stoke, pojavljuje se kod Platona u četvrtoj i petoj knjizi Države. U petoj knjizi Platon izriče opće načelo eugenike: „*Ako želimo biti dosljedni, i ako želimo imati kvalitetni uzgoj, moramo sparivati naše najbolje muškarce s najboljim ženama što je više moguće, a inferiorne muškarce i žene što je rijeđe moguće, kako bi dobili i uzgojili nasljednike samo najboljih*“ (459e). Ali ta načela, dodaje Platon, vladar treba sakrivati, jer će se inače stado pobuniti (460b). Vladar radi ostvarenja Dobra mora određivati tko može rađati, odnosno koliko koji par smije imati djece. U petoj knjizi Zakona, Platon dodaje: „*Kao što pastir i uzgajivač stoke čisti svoje stado, tako i zakonodavac mora očistiti državu*“ . *Ibid.*

<sup>27</sup> Tako Proctor 2003, 416-417.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 417.

<sup>29</sup> V. više Webber 2009, 110 i 116 i tamo navedenu literaturu.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 116 (citirajući Glass, J.M., *Against the indifference hypothesis: the holocaust and the enthusiasts for murder*, Political Psychology, 18(1), 129-145).

<sup>31</sup> *Ibid.*, 113, oslanjajući se na Cohena (Cohen, S., *States of Denial: Knowing About Atrocities and Suffering*, Polity Press, Cambridge, 2001) Webber navodi: „*Tvrdilo se da su nacistički liječnici mogli podijeliti svoj identitet u dvije različite osobe, tako da su mogli razdvojiti aktivnost ubijanja ljudi smrtonosnim injekcijama ili izvođenja eksperimenata u logorima smrti nad logorašima te svoj obiteljski život. Ideja da u jednom trenutku oni rade moralno odvratano zločin, dok u sljedećem uspravljaju svoju djecu u krevetu. Cohen nije uvjeren takvim teorijama jer one ne uzimaju u obzir bogatstvo dokaza koje je postojalo da je postojao ideološki jedan razlog ovakvom ponašanju i on se temelji na ideji židovske nečistoće*“.

cilj te instrumentalizacije bio zločinački.<sup>32</sup> Dok je sam cilj „običnih“ kriminalnih eksperimenata, za razliku od zločinačkog puta ka tom cilju, ipak plemenit – stjecanje novih znanja i doprinos dobrobiti čovječanstva, kroz, između ostalog, i razvijanje novih lijekova za suzbijanje bolesti donedavno smatranih smrtonosnima, za nacističke je eksperimente inherentan i zločinački cilj – kako će se pokazati na primjeru sterilizacijskog eksperimenta, eksperimenti vršeni na zatočenicima koncentracijskih logora trebali su dovesti do iznalaženje sredstva za što uspješnije istrebljenje naroda kojima su pripadali.

## **2.2. Prikaz Nürnberškog Medicinskog suđenja– zločin protiv čovječnosti kao uvertira „zločina nad zločinima“**

Temeljem Zakona broj 10 Kontrolnog savjeta za Njemačku od 20. XII. 1945.,<sup>33</sup> koji je sadržavao odredbe mjerodavnog kaznenog materijalnog prava, dvadeset i troje liječnika<sup>34</sup> optuženo je za ratne zločine (t. 2), zločine protiv čovječnosti (t. 3), zločinačku zavjeru radi počinjenja ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti (t. 1), te dio i za članstvo u zločinačkoj organizaciji (t. 4).<sup>35</sup> Kao ratni zločin inkriminirani su „*okrutnosti ili zločine*

---

<sup>32</sup> Kriminalni eksperimenti provedeni svođenjem čovjeka na puko sredstvo za postizanje određenog cilja aktualiziraju Kantov drugi kategorički imperativ. V. *Kant* 2002, 46, AK 4:429: „*Act so that you use humanity, as much in your own person as in the person of every other, always at the same time as end and never merely as means.*”

<sup>33</sup> Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946). Zakon br. 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku dostupan je i u: *Trials of War Criminals – Medical Case I, XVI-XIX*. Zakon je, zajedno s Londonskom poveljom – Statutom Međunarodnog vojnog suda, pridružen Londonskom sporazumu od 8. 8. 1945., koji su sklopili SAD, Francuska, Ujedinjeno Kraljevstvo i SSSR, „*djelujući u interesu svih Ujedinjenih Nacija*” (*Ibid.*, X). Zakon br. 10 Kontrolnog savjeta za Njemačku normirao je suđenja pred sudovima sila pobjednica u njihovim okupacijskim zonama. V. *Josipović u Josipović, Krapac & Novoselec* 2001, rub. toč. 34. *et seq.*

<sup>34</sup> Prvooptuženi, Karl Brandt, Hitlerov osobni liječnik i Reichov komesar za zdravlje i provođenje zdravstvenih mjera, obnašao je najvišu medicinsku funkciju u Njemačkoj te je imao ovlast nadzora nad svim vojnim i civilnim medicinskim ustanovama. Siegfried Handloser bio je čelnik medicinske službe Wehrmachta, Oskar Schroeder medicinske službe Luftwaffe, Karl Gebhard predsjednik Njemačkog Crvenog križa, Paul Rostock dekan Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Berlinu, Gebhard Rose međunarodno priznati specijalist tropske medicine. Ostali optuženici bili su uglavnom članovi medicinskog osoblja angažiranog na provođenju medicinskih eksperimenata. V. *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1639.

<sup>35</sup> Čl. 2(1)(d) Zakona br. 10 inkriminirao je „*članstvo u zločinačkoj grupi ili organizaciji proglašenoj zločinačkom od strane Međunarodnog vojnog suda.*“ Međunarodni vojni sud je temeljem čl. 9. Statuta, zločinačkim organizacijama proglasio Schutzstaffel (SS), Sicherheitsdienst (SD) i Gestapo, čime je, sukladno čl. 10. Statuta, otvorena mogućnost

počinjene protiv osoba ili imovine koji predstavljaju kršenje zakona i običaja rata, uključujući, ali se ne ograničavajući na: ubojstvo, zlostavljanje ili deportiranje radi robovskog rada ili u bilo koju drugu svrhu civilnog stanovništva okupiranog područja, ubojstvo ili zlostavljanje ratnih zarobljenika ili osoba na moru, ubijanje talaca, pljačkanje javne ili privatne imovine, bezobzirno razaranje gradova i sela ili vojnom potrebom neopravdano pustošenje.<sup>36</sup> Zločini protiv čovječnosti definirani su kao: „okrutnosti i zločini, uključujući, ali se ne ograničavajući na: ubojstvo, istrebljenje, porobljavanje, deportiranje, zatočenje, mučenje, silovanje, ili ostala nečovječna djela počinjena prema bilo kojem civilnom stanovništvu, ili progone na političkoj, rasnoj ili religijskoj osnovi, neovisno o tome predstavljaju li to kršenje unutarnjeg prava zemlje u kojoj su počinjeni“.<sup>37</sup> Optuženicima je stavljeno na teret da su, *inter alia*, od rujna 1939. do travnja 1945., protupravno, namjerno i znajući („*wilfully and knowingly*“) kao glavni počinitelji, sudionici, nalogodavci i poticatelji, provodili medicinske eksperimente bez pristanka subjekata, a u provedbi istih počinili ubojstva, brutalnosti, mučenja, okrutnosti te ostala nečovječna djela.<sup>38</sup> Opisani zločini su, prema optužnici, predstavljali kršenje međunarodnih konvencija,<sup>39</sup> zakona i običaja rata, općih načela kaznenog prava izvedenih iz kaznenih prava civiliziranih naroda, unutrašnjeg kaznenog prava zemalja u kojima su zločini počinjeni, te Zakona br. 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku.<sup>40</sup>

---

procesuiranja članova tih organizacija: „U slučajevima u kojima je Tribunal proglasio grupu ili organizaciju zločinačkom, nadležne nacionalne vlasti bilo koje države potpisnice imaju pravo suditi pojedincima pred nacionalnim, vojnim ili okupacijskim sudovima. U svakom od tih slučajeva, zločinačka narav grupe ili organizacije smatra se dokazanom te neće biti dovođena u pitanje.“ V. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Published at Nuremberg, Germany, 1947, Vol. 22, 512-523.

<sup>36</sup> Čl. 2(1)(b) Zakona broj 10.

<sup>37</sup> Čl. 2(1)(c) Zakona broj 10.

<sup>38</sup> *Nürnberg Military Tribunals: Indictments, Case No. 1, 6 et seq.* Optužnica u predmetu *USA v. Karl Brandt et al.*, zajedno s jedanaest optužnica u suđenjima koja su uslijedila, dostupna je u zbirci *Nuremberg Military Tribunals: Indictments, Case No. 1-12*, Office of Military Government for Germany (US), Nuremberg, 1946, dostupno na internet stranicama Kongresne knjižnice: [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/NT\\_Indictments.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Indictments.pdf) [14.5. 2015.], te kao dio spisa predmeta u *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 8-17.

<sup>39</sup> Optuženima je stavljeno na teret kršenje Četvrte Haške konvencije iz 1907., napose člancaka: 4, 5, 6, 7 i 46, te Ženevske konvencije o ratnim zarobljenicima iz 1929., napose članaka 2, 3 i 4. *Ibid.*, 11-12.

<sup>40</sup> *Ibid.*

Eksperimenti koje su provodili optuženici na čelu s *Karлом Brandtom* uključivali su više od 15 raznovrsnih medicinskih eksperimenata, eksperimente smrzavanjem, inficiranje malarijom sa svrhom istraživanja procesa imunizacije, eksperimente sulfaminlamidom, eksperimente zacjeljivanja lomova udova i ostale regenerativne eksperimente, eksperimente u vezi sterilizacije, desalinizacijske eksperimenti itd.<sup>41</sup> Subjekti istraživanja bili su zatvorenici u koncentracijskim logorima koji niti su pristali niti su imali ikakve koristi od eksperimenata. Eksperimenti su, povrh svega, bili bez ikakve znanstvene vrijednosti, a počinjeni su pod izlikom „*spasa države*“.

Analizirajući ovaj sudski predmet, navodimo izvatke iz dokaznog materijala koji možda i najbolje svjedoče o užasima koji su se odvijali, te dokazuju postojanje konstitutivnih elemenata zločina protiv čovječnosti, a tiču se eksperimenata čiji je cilj bio pronalaženje što uspješnije metode sterilizacije ljudi *nevrijednih življenja*, prvenstveno Židova. Navedenim je fragmentima lako dokazati postojanje elemenata zločina protiv čovječnosti ne samo prema Zakonu br. 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku, već i prema pozitivnom međunarodnom običajnom pravu.<sup>42</sup> Međutim, iako se u predmetnom slučaju sudilo za ratne zločine i zločin protiv čovječnosti, a ne za genocid, već sama činjenica da se radilo o eksperimentu čiji je cilj bio otkriće uspješne metode za uništenje *neprijatelja* ukazuje kako su ovdje opisani zločini bili tek uvertira za planirano potpuno istrebljenja pojedinih naroda, te kao takvi dokaz genocida prema pozitivnom pravu.<sup>43</sup>

Tako je npr. iz *Brandtovog* iskaza pod prisegom vidljiva njegova spremnost (*willfully and knowingly*) da napravi što je potrebno kako bi što prije razvio sterilizacijsku metodu za uništenje neprijatelja, u skladu sa državnom politikom (*state policy*) Trećeg Reicha:

„*Himmler je bio iznimno zainteresiran za razvoj jeftine i brze sterilizacijske metode koja bi mogla biti korištena protiv neprijatelja Njemačke, kao što su Rusi, Poljaci i Židovi. Postojala je, stoga, nada da će se otvoriti mogućnost ne samo poraziti neprijatelja, već ga i istrijebiti. Radna snaga steriliziranih osoba mogla bi biti iskorištena od strane Njemačke, dok bi opasnost od*

---

<sup>41</sup> V. više *Lifton, op. cit.* (bilj. 19), osobito 62-65.

<sup>42</sup> Za konstitutivne elemente zločina protiv čovječnosti i njegov prodor u međunarodno običajno pravo v. osobito *Bassiouni* 2011. Za elemente zločina protiv čovječnosti prema Rimskom Statutu, v. npr. *Schabas* 2010, 137-187.

<sup>43</sup> Usp. čl. II (d), Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 U.N.T.S. 277: “*In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: [...] (d) Imposing measures intended to prevent births within the group.*”

razmnožavanja bila eliminirana. Kako je ova masovna sterilizacija bila dio Himmlerove rasne teorije, posvećeno je mnogo vremena i brige sterilizacijskim eksperimentima. Kirurška sterilizacija je, dakako, bila poznata i primjenjivana u Njemačkoj; uključujući kastraciju. Ipak, za masovnu primjenu, ovaj je postupak smatran presporim i preskupim<sup>44</sup>.

Iz Pokornyjevog pisma Himmleru, listopad 1941., u svezi sa sterilizacijskim lijekom namijenjenom za upotrebu protiv njemačkih neprijatelja, vidljiva je glavna intencija provođenja eksperimenata:

„Vođen idejom kako neprijatelj mora biti ne samo pobijeđen, nego i uništen, osjećam obvezu predočiti Vam sljedeće:

Dr. Madaus objavio je rezultate svog istraživanja o medicinskoj sterilizaciji (oba članka priložena). Čitajući ove članke, zapazio sam neizmjernu važnost ovog lijeka u sadašnjoj borbi našeg naroda. Ukoliko bi, na temelju ovog istraživanja, bilo moguće proizvesti lijek koji bi nakon relativno kratkog vremena uzrokovao neprimjetnu sterilizaciju, na raspolaganju bi imali novo moćno oružje. Sama pomisao na činjenicu da bi 3 milijuna boljševika, sadašnjih njemačkih zatvorenika, mogla biti sterilizirana, tako da bi mogli i dalje biti korišteni kao radnici, ali onemogućeni u reprodukciji, otvara najdalekosežnije perspektive.

Madaus je otkrio da ekstrakt Schweigrohra (*caladium seguinum*), unesen oralno ili injekcijom u životinjske organizme, bilo muške, bilo ženske, nakon određenog vremena uzrokuje permanentnu sterilnost. Ilustracije priložene znanstvenom članku su uvjerljive.

Ukoliko moje ideje naiđu na Vaše odobravanje, valjalo bi poduzeti sljedeće:

1. Dr. Madaus ne smije više objavljivati ovakve članke. (Neprijatelj čuje!)
2. Multipliciranje biljke. (Lako kultivirana u staklenicima!)
3. Smjesta provesti istraživanje na ljudskim bićima (zločincima!) kako bi ustanovili potrebnu dozu i duljinu tretmana.
4. Brzo istraživanje kemijske formule efektivne tvari s ciljem sintetičke proizvodnje, ukoliko je moguće.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Dokument Br-440, Dokaz optužbe br. 141, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 695. Sve izvatke iz sudskog spisa preveli su autori ovoga rada.

<sup>45</sup> Pismo Pokornyja Himmleru iz listopada 1941. o sterilizacijskom lijeku korištenom protiv neprijatelja Njemačke, Dokument Br-035, Dokaz optužbe br. 142, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 713-714. Navedeno je pismo predstavljalo jedini dokaz protiv Pokornya, koji je u obrani iznio da je, kao specijalist za kožne i spolne bolesti, znajući da je *caladium seguinum* neprikladno sredstvo za sterilizaciju, zapravo sabotirao sterilizacijski program. Iako je njegova obrana ocijenjena neuvjerljivom, Pokorny je oslobođen zbog nedostatka dokaza. “Kako god bilo, svaki optuženik je nevin dok se ne dokaže suprotno. U slučaju Pokornyja, optužba nije uspjela osloboditi se tereta dokazivanja. Koliko god bile

Iz *Brajkovog* pisma *Himmleru*, 23. lipanj 1942. vidljiv je ushit potencijalnim učinkom nove „naprednije“ sterilizacijske metode koja bi dovela do sterilizacije milijuna Židova, a ujedno očuvala radnu snagu:

„Prije otprilike godinu dana, izvijestio sam Vas kako su moji djelatnici izvršili eksperimente na ljudima za ovu svrhu. Volio bih još jednom podsjetiti na izložene činjenice. Sterilizacija, kakva se uobičajeno obavlja na osoba s nasljednim bolestima, ovdje ne dolazi u obzir; oduzima previše vremena te je preskupa. Kastracija X-zrakama, s druge strane, ne samo da je relativno jeftina, već može biti izvršena na više tisuća ljudi u najkraćem vremenu. [...]

Ukoliko biste, *Reich Fuehreru*, odlučili odabrati navedenu metodu u interesu očuvanja radne snage, tada bi *Reichsleiter Bouhler* bio u mogućnosti staviti na raspolaganje sve liječnike i ostalo osoblje potrebno za ovu svrhu“.<sup>46</sup>

Memorandum *Rudolfa Brandta*, srpanj 1942., o raspravi između *Reichsführera SS-a, Himmlera*, i *Brigadeführera Gebharda, Gluecksa* i *Clauberga* glede sterilizacijskih eksperimenata provedenih na Židovkama, gromoglasno svjedočio odnosu najvišeg državnog vrha prema provođenju sterilizacijskih eksperimenata. Kako slijedi, *Himmler* stavlja jednom od najistaknutijih dužnosnika i liječnika nacističke Njemačke na raspolaganje najzloglasniji koncentracijski logor radi eksperimentiranja na ljudima i životinjama:

„Najstrože povjerljivo.

7. lipnja 1942. vodila se rasprava između *Reichsführera SS-a, SS Brigadeführera prof. Gebharda, SS Brigadeführera Gluecksa* i *SS Brigadeführera Clauberga*. Tema rasprave bila je sterilizacija Židovki. *Reichsführer SS-a* obećao je *SS Brigadeführeru, prof. Claubergu*, da će mu staviti na raspolaganje *Koncentracijski logor Auschwitz* radi provođenja eksperimenata na ljudima i životinjama, s ciljem pronalaženja metode sterilizacije ljudi bez njihova znanja. *Reichsführer SS-a* zahtijevao je da mu se dostavi još jedno izvješće čim rezultati eksperimenta budu poznati, kako bi sterilizacija Židovki mogla biti uistinu i izvedena.

---

monstruoze pretpostavke u pismu, nema ni dijelića dokaza da je bilo kakav korak poduzet da bi se stavili u prave ljudske eksperimente. Smatramo, dakle, da bi optuženi treba biti oslobođen.” Presuda u predmetu *Brandt et al.*, *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 292-294. V. i *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 705 et seq.

<sup>46</sup> Pismo *Bracka Himmleru*, 23. lipanj 1942, kojim se predlaže iznalaženje metode koja bi dovela do sterilizacije dva do tri milijuna Židova, Dokument br. 205, Dokaz optužbe br. 163, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 721.



Također bi trebalo istražiti, po mogućnosti u suradnji s prof. dr. Hohlfelderom, specijalistom radiologije iz Njemačke, koji bi način sterilizacije mogao biti ostvaren izlaganjem X-zrakama.

Reichsführer traži da prisutna gospoda posvete osobitu pozornost na činjenicu da izloženo predstavlja najstrožu tajnu, te bi se o istom smjelo raspravljati samo s nadležnim dužnosnicima. Osobe prisutne eksperimentima ili s kojima je o istima raspravljano, moraju se obvezati na povjerljivost.<sup>47</sup>

Iz Gundovog pisma Himmleru, 24. kolovoz 1942., u pogledu istraživanja medicinske sterilizacije i razvoja sterilizacijskih lijekova vidljivo je kako je potreba izvođenja eksperimenata nad ljudima bila prikazana kao nužnost za ostvarenje zajedničkog cilja:

*„Imajući u vidu da prevencija reprodukcije kongenitalno neprikladnih i rasno inferiornih spada u dužnosti naše nacional-socijalističke rasne i demografske politike, sadašnji direktor Okružnog ureda za rasnu politiku, Dr. Fehringer, istražio je pitanja sterilizacije i otkrio da su sada dostupne metode, kastracija i sterilizacija, nedostatne da bi ispunile naša očekivanja. [...]*

*Potrebno je, dakako, provesti istraživanje na ljudskim bićima. Direktor mog ureda za rasnu politiku naglašava da je moguće provesti potrebna istraživanja i eksperimente na ljudima od strane adekvatno odabranog medicinskog osoblja u suradnji s Institutom za farmakologiju Medicinskog fakulteta u Beču na zatvorenicima u ciganskom logoru Lackenbach u Donjoj Danubi, a svoj bi rad trebali temeljiti na Madausovim eksperimentima na životinjama.“<sup>48</sup>*

I pismo prof. *Clauberga Himmleru*, 7. srpnja 1943., kojim izvještava o istraživanju u svezi sa sterilizacijom žena pokazuje zapravo natjecateljsko raspoloženje koje je postojalo u svim tim „istraživanjima“:

---

<sup>47</sup> Memorandum Rudolfa Brandta, srpanj 1942., o raspravi između Himmlera, Gebharda, Gluecksa i Clauberga glede sterilizacijskih eksperimenata provedenih na Židovkama, Dokument br. 216, Dokaz optužbe br. 170, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 728. Odnos jednog od vodećih arhitekata holokausta prema eksperimentima vidljiv je i iz Himmlerovog pisma Bracku u pogledu Himmlerovog interesa za provođenje sterilizacijskih eksperimenata: „*Dragi Brack, Tek sam danas u mogućnosti potvrditi primitak Vašeg pisma od 23. lipnja. Apsolutno sam zainteresiran da se sterilizacijski eksperiment X-zrakama provede barem jednom u našem logoru u seriji eksperimenata...*“ Pismo Himmlera, potpisano od strane Rudolfa Brandta, od 11. 8. 1942., Bracku o Himmlerovom interesu za sterilizacijske eksperimente, Dokument br. 206, Dokaz optužbe br. 164, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 722-723.

<sup>48</sup> Pismo Gunda Himmleru od 24.8.1942. o istraživanju medicinske sterilizacije i razvoju sterilizacijskih lijekova, Dokument br. 039, Dokaz optužbe br. 153, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 717-718.

„Spomenuo sam, kao primjer, da sam tek od veljače 1943. u posjedu röntgenskog uređaja, koji je od izuzetne važnosti za moje posebno istraživanje. Unatoč kratkom vremenu od samo 4 mjeseca, već sada Vas mogu izvijestiti o slijedećem:

Metoda koju sam uspio iznaći s ciljem sterilizacije ženskih organizama bez operacije je gotovo savršena. Sterilizacija može biti izvršena već jednim injektiranjem kroz ulaz u uterus tijekom uobičajenog ginekološkog pregleda poznatog svakom liječniku. – Pod „gotovo savršenom“ metodom podrazumijevam slijedeće:

1. Potrebno je izvršiti tek manje korake u cilju unapređenja metode.

2. Već danas može biti u praktičnoj upotrebi u kontekstu naše redovne eugeničke sterilizacije, i kao takva zamijeniti operaciju.

U pogledu pitanja koje ste mi uputili prije gotovo godinu dana – koliko je vremena potrebno za sterilizaciju 1000 žena upotrebom ove metode – danas Vam mogu odgovoriti:

Ukoliko moje istraživanje nastavi imati iste rezultate kao i do sada – u što nema razloga sumnjati – nije daleko trenutak kada ću moći reći:

'Jedan adekvatno osposobljen liječnik na jednom adekvatno opremljenom mjestu, s možda 10 asistenata (broj asistenata je u korelaciji sa željenom brzinom), vjerojatno će biti u stanju sterilizirati nekoliko stotina, ako ne i 1000 žena dnevno<sup>49</sup>

Iz Blankenburgovog pisma Himmleru, 29. travanj 1944., glede angažmana dr. Horsta Schumanna na eksperimentima u pogledu utjecaja X-zraka na ljudske genitalne žlijezde u svezi sa sličnim eksperimentom provedenim u Koncentracijskom logoru Auschwitz, vidljivi su razmjeri užasa koji se odvijao kako bi se pronašle najjeftinije i najbrže metode sterilizacije:

„Temeljem naredbe Reichsleitiera Bouhlera, podnosim Vam u prilogu rad dr. Horsta Schumanna o utjecaju X-zraka na ljudske genitalne žlijezde.

Prethodno ste tražili od Oberfuehrera Bracka da izvrši ovaj eksperiment, koji ste potpomogli osiguranjem adekvatnih materijala u Koncentracijskom logoru Auschwitz. Posebno se referiram na drugi dio ovog rada koji ukazuje da je kastracija muškaraca ovim sredstvom gotovo nemoguća ili zahtjeva suviše truda koji se ne isplati. Uvjerio sam se kako operativna kastracija ne zahtjeva više od 6 do 7 minuta, te kao takva može biti izvedena pouzdanije i brže nego kastracija X-zrakama“.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Pismo Clauberga Himmleru od 7. 6. 1943. o obavijesti o istraživanju u vezi sa sterilizacijom žena, Dokument br. 212, Dokaz optužbe br. 173, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 730-732.

<sup>50</sup> Pismo Blankenburga Himmleru od 29. 4. 1944. o zapošljavanju dr. Schumanna na eksperimentima o utjecaju x-zraka na spolne organe u vezi sa sličnim eksperimentima u

### 2.3. Završna riječ optužbe i presuda – rođenje Nürnberškog Kodeksa

Finale optužbe je jasno ukazalo kako je upravo nepostojanje pristanka bila okolnost koju je samo tužiteljstvo smatralo krucijalnom i determinirajućom za odgovornost optuženih liječnika, te na kojoj je zasnivao slučaj. Kako je istakao tužitelj u završnoj riječi, „*najosnovnije je pravilo medicinske etike i ljudske pristojnosti da subjekti eksperimenta volontiraju nakon što su obaviješteni o prirodi i opasnostima istraživanja. Ovo jasno odvaja granicu između kriminalnog i nekriminalnog. Ako se ne može reći da su subjekti volontirali, nije potrebno dalje istraživati. U tome je jednostavnost ovog slučaja. Što je, onda, volonter? Ako osoba ima bujnu maštu, pretpostavljeni slučajevi mogli bi se uzeti u obzir, što bi zahtijevalo ponešto izmijenjenu odluku. Tribunal nema takav problem. Spis je prepun dokaza da nikad nije bilo ni trunke pokušaja da se koriste volonteri. Zbog činjenice da se od volontera ne može očekivati sudjelovanje u smrtonosnim eksperimentima koji su predmet ovog postupka, optuženici su se okrenuli potlačenim zatvorenicima u logorima smrti. Vjeruje li itko da su se Poljaci, Židovi, Rusi ili čak Nijemci, dobrovoljno podvrgnuli torturi dekompresijske komore i zamrznutih umivaonika u Dachau, plinskoj komori u Natzweileru ili sterilizaciji X-zrakama Auschwitzu? Bi li trebali uzeti da su Poljakinje u Ravensbruecku dale svoj slobodan pristanak da budu unakažene i ubijene za slavu Trećeg Reicha? Je li jadan Cigan koji je napao optuženika Beiglboecku upravo u ovoj sudnici dobrovoljni sudionik eksperimenata s morskom vodom? Jesu li stotine žrtava smrtonosnih stanica tifusa u Buchenwildu i Natzweileru pod ikojim okolnostima pristali na te eksperimente? Pretežni broj dokaza bez sumnje ne ostavlja dvojbe pri odgovoru na ova pitanja. Svjedočanstva subjekata eksperimenata, očevidaca i dokumenata izrađenih od samih optuženika, bez ikakve sumnje dokazuju da su ti subjekti bili nevolonteri u svakom smislu te riječi*“.<sup>51</sup>

Konačno, od dvadeset i troje optuženika sedmero je oslobođeno, dok su ostali oglaseni krivima i osuđeni na smrt, odnosno na kaznu zatvora u rasponu od kazne zatvora u trajanju od 10 godina do doživotnog zatvora.<sup>52</sup>

---

Auschwitzu, Dokument br. 208, Dokaz Optužbe br. 166, *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 723-724.

<sup>51</sup> Presuda u predmetu *Brandt et al.*, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 1, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1949, 980-981.

<sup>52</sup> Na smrt su osuđeni: Viktor Brack, Karl Brandt, Rudolf Brandt, Karl Gebhardt, Waldemar Hoven, Joachim Mrugowsky, Wolfram Siever; na kaznu doživotnog zatvora: Fritz Fischer, Karl Genzken, Siegfried Handloser, Gerhard Rose, Oskar Schroeder; na vremenske kazne zatvora: Hermann Becker-Freyseng, Wilhelm Beiglboeck, Herta Oberheuser, Helmut Poppendick. Oslobođeni su: Konrad Schaefer, Paul Rostock, Kurt Blome, Siegfried Ruff,

Sud je točku 2. (ratni zločin) i točku 3. (zločin protiv čovječnosti) optužnice tretirao kao jednu, pošto su sadržajno bile identične, s jedinom razlikom da su zločini navedeni u točki 2. počinjeni protiv civila i pripadnika oružanih snaga zemalja u ratu s Reichom, dok su zločini iz točke 3. optužnice počinjeni protiv njemačkih civila te državljana drugih zemalja.<sup>53</sup> Kako provođenje eutanazije u okviru programa T-4, za koje se sudilo u ovome predmetu zajedno s eksperimentiranjem u koncentracijskim logorima, prelazi okvire ovog rada i zaslužuje posebnu obradu, u ovom ćemo članku dati pregled dokaza o počinjenju drugih medicinskih zločina protiv čovječnosti koje je Brandt orkestrirao i provodio, ali valja odmah napomenuti kako su Brandt i drugi osuđeni i za umiješanost u program eutanazije (točke 2 i 3 optužnice) koji je trajao od 1939. do 1945. godine, a koji je uključivao ubijanja starijih osoba, osoba s duševnim smetnjama, neizlječivo bolesnih, djece s vidljivim fizičkim oštećenjima i dr., prvo na području Njemačke, a onda i na okupiranim područjima.<sup>54</sup>

Osim tužiteljstva i Vojni je Tribunal presudnu ulogu pridao pristanku, a njegovo nepostojanje našao odlučnom okolnošću za odgovornost optuženih za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti. Dio presude koji će postati poznat kao Nüremberški kodeks – dekalog koji „slavi slobodu i ljudsko dostojanstvo“,<sup>55</sup> postat će središnji i najcitiraniji dio presude, s neizmjernim utjecajem na niz pravnih grana i ostalih disciplina poput bioetike i medicinske etike. Nakon ocjene više od tisuću dokaza Vojni Tribunal je utvrdio jasna pravila za procjenu dopuštenosti medicinskih eksperimenata.<sup>56</sup> Istaknuto mjesto u dekalogu pripada prvom načelu da je pristanak na eksperimentiranje „apsolutno esencijalan“.<sup>57</sup> No, sud se nije ovdje zadržao. Postavljane su dodatne pretpostavke koje moraju biti zadovoljene da bi se smatralo da je pristanak dan: subjekt eksperimentiranja mora biti u mogućnosti ostvariti pravo izbora bez intervencije bilo primjenom sile, prijevare, obmane, prisile, ili nekog drugog skrivenog oblika prinude; subjekt mora imati dovoljno znanja o svim okolnostima, tako da mu bude omogućeno donošenje informirane odluke temeljene na razumijevanju; prije davanja pristanka subjektu eksperimentiranja mora biti poznata priroda, trajanje i svrha istraživanja, način i sredstva kojima se istraživanje treba provesti, sve neugodnosti i opasnosti koje razumno može očekivati, te

---

Hans Wolfgang Romberg, Georg August Wetz, Adolf Pokorny. V. *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 298-300.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 174.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 198.

<sup>55</sup> Katz 1997, 418.

<sup>56</sup> *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 181-182.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 181.

učinci na njegovo zdravlje ili na druge osobe koji mogu proisteći iz njegova sudjelovanja u istraživanju. Posebno je utvrđeno kako dužnost i odgovornost za utvrđivanje kvalitete pristanka počiva na svakom pojedincu koji inicira, usmjerava ili se upušta u istraživanje; te da je to osobna dužnost i odgovornost koja se ne može nekažnjeno prenijeti na drugoga.<sup>58</sup> Jasno je da je ovdje riječ o onome što se danas naziva informiranim pristankom.

Prema tome, pribavljanje informiranog pristanka je preduvjet za provođenje svih vrsta istraživanja. Kako je Vojni tribunal utvrdio, svi eksperimenti navedeni u presudi „*koji su uključivali brutalnosti, mučenja, nanošenje teških tjelesnih ozljeda i smrt, izvedeni potpuno kršeći međunarodne ugovore, zakone i običaje rata, opća načela kaznenog prava koja su izvedena iz kaznenih prava svih civiliziranih naroda i Zakona br. 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku. Eksperimenti izvedeni pod ovim uvjetima očito su protivni 'načelima međunarodnog prava (law of nations), proizašlog iz prakse uspostavljene među civiliziranim narodima, zakona humanosti i diktata javne savjesti*“.<sup>59</sup> Sud je dodatno istaknuo kako je za osudu za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti koji su stavljeni na teret točkama 2. i 3. optužnice nužno bilo dokazati „*izvan razborite sumnje da su optuženici u bilo kojem svojstvu sudjelovali u počinjenju barem jednog medicinskog eksperimenta ili drugih zločina koji su bili predmet optužnice (npr. u programu T-4, op. a.). Niti pod kojim drugim uvjetom osuda nije moguća*“.<sup>60</sup>

Zabrana istraživanja (eksperimentiranja) bez informiranog pristanka, *explicite* priznata Nürnberškom presudom, u Nürnbergu je započela svoj prodor u međunarodno običajno pravo, a što ćemo nastojati dokazati i u nastavku rada. Takva istraživanja predstavljala su i kršenje njemačkog kaznenog zakonodavstva koje je bilo na snazi za vrijeme nacističke Njemačke.<sup>61</sup> Kao što smo naveli, u presudi je potvrđeno kako su kaznena prava civiliziranih naroda zabranjivala takve eksperimente, a daljnji je razvoj međunarodnog prava samo potvrdio zabranu nedobrovoljnog istraživanja. U narednom ćemo poglavlju analizirati kaznenopravni odgovor na nekonsenzualno eksperimentiranje u Njemačkoj, kako prije, tako i nakon nacističke vladavine, a u nastavku rada ćemo istražiti i vjernost duhu Nürnberškog Kodeksa u međunarodnom pravu i nacionalnim pravima, te recepciju njegovog temeljnog pravila o apsolutnoj nužnosti pristanka.

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, 181-182.

<sup>59</sup> *Ibid.*, 183.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 174.

<sup>61</sup> Kao i Kodeska liječničke etike. V. *Bassiouni* 2011, 421.

### 3. NJEMAČKA I EKSPERIMENTIRANJE BEZ PRISTANKA – PRIJE I NAKON TREĆEG REICHA

Iako je još u prvom Nürnberškom suđenju utvrđeno da dopuštenost određenih djela prema internom pravu ne može biti opravdanje za međunarodne zločine,<sup>62</sup> nužno je naglasiti kako su zločini stavljeni na teret optuženicima u predmetu *Brand tempore criminis* bili kažnjivi i prema njemačkom kaznenom zakonodavstvu. Ne samo da su bili inkriminirani ubojstvo, mučenje ili ropstvo, već je i samo provođenje istraživanja bez pristanka subjekta nedugo po stupanju na snagu njemačkog kaznenog zakona ocjenjeno kao činjenični supstrat koji valja supsumirati pod odredbu njemačkog Kaznenog zakona o tjelesnoj ozljedi.

Osim pod zakonski opis kaznenog djela tjelesne ozljede,<sup>63</sup> medicinski postupak može predstavljati i činjenični supstrat koji se može supsumirati, ovisno o okolnostima slučaja, i pod zakonske opise kvalificiranih kaznenih djela tjelesne ozljede. Tako je kod kaznenog djela teške tjelesne ozljede (*Gefährliche Körperverletzung*) kvalifikatorna okolnost sredstvo, odnosno *modus* počinjenja,<sup>64</sup> dok je kod opasne tjelesne ozljede (*Schwere Körperverletzung*) kvalifikatorna okolnost posljedica medicinskog postupka kao teža posljedica.<sup>65</sup> Posebno je inkriminirana tjelesna ozljeda kvalificirana smrću.<sup>66</sup> Ovakvo je normativno rješenje primjenjivije na terapijski i

---

<sup>62</sup> V. Načelo br. II, *The Principles of International Law Recognized in the Charter and the Judgment of the Nürnberg Tribunal; Texts and Comments* (v. bilj. 13).

<sup>63</sup> § 223 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juni 2015 (BGBl. I S. 926) [dalje: dStGB]: „(1) *Tko drugoga tjelesno ozljedi ili mu naruši zdravlje, kaznit će se kaznom zatvora do 5 godina ili novčanom kaznom.* (2) *Pokušaj je kažnjiv.*”

<sup>64</sup> § 224 dStGB: „*Tko prouzroči tjelesnu ozljedu (1) 1. davanjem otrova ili drugih štetnih tvari; 2. uporabom oružja ili opasnog oruđa; 3. djelujući na podmukao način; 4. djelujući zajedno s drugim; 5. na način koji predstavlja opasnost po život, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do deset godina, a u manje ozbiljnim slučajevima, kaznom zatvora od tri mjeseca do pet godina.* (2) *Pokušaj je kažnjiv.*“ U kontekstu istraživanja lijekova, koja čine oko 55 % svih biomedicinskih istraživanja u Njemačkoj (European Network of Research Ethics Committees (EUREC), National Information: Germany, dostupno na: <http://www.eurecnet.org/information/germany.html> [28.4.2015.]) u obzir dolazi primjena § 224(1)1.

<sup>65</sup> § 226 dStGB. Takve su kvalifikatorne okolnosti: gubitak vida na jedno ili na oba oka, gubitak sluha, govora, gubitak mogućnosti prokreacije; gubitak ili nemogućnost korištenja važnog dijela tijela; značajna i trajna iznakažanost, dugotrajna bolest, paraliza, duševna smetnja ili onesposobljenost. Propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina, no, ukoliko je posljedica obuhvaćena počiniteljvom namjerom, zakonski minimum je tri godine zatvora. Predviđen je niži zakonski okvir za manje ozbiljne slučajeve.

<sup>66</sup> § 227 dStGB: „(1) *Ako počinitelj prouzroči smrt ozljeđene osobe nanošenjem tjelesne ozljede (§ 223-226), kaznit će se kaznom zatvora od najmanje tri godine.* (2) *U manje*

dijagnostički zahvat izvršen bez pristanka, no ubrzo po stupanju zakona na snagu je prihvaćeno kako se i provođenjem biomedicinskog istraživanja bez pristanka ispitanika ostvaruje biće kaznenog djela tjelesne ozljede.

Ukazujemo ovdje na „*Neisserov slučaj*“, *cause célèbre* kasnog 19. stoljeća, koji je uvelike utjecao na donošenje prvog poznatog općenormativnog pravnog akta kojim se regulira istraživanje na ljudima – Direktive pruskog Ministra bogoštovlja, prosvjete i zdravlja iz 1900. godine upućene čelnicima svih medicinskih ustanova.<sup>67</sup> *Albert Neisser*, znameniti njemački dermatolog i venerolog, proveo je 1892. godine medicinsko istraživanje s ciljem pronalaska metode prevencije sifilisa i to cijepljenjem zdravih ljudi serumom iz osoba oboljelih od sifilisa.<sup>68</sup> Bez informiranja o postupku i ishodu pristanka ispitanika, odnosno njihovih zakonskih zastupnika, na provođenje istraživanja, injektirao je serum u osam mladih žena zaprimljenih u bolnicu zbog drugih razloga, nadajući se kako će iste razviti imunitet na sifilis.<sup>69</sup> U četverogodišnjem periodu opservacije koje je uslijedilo, četiri su ispitanice, u radovima o provedenom istraživanju opisane kao „*puellae publicae*“ (lat.: javne žene, prostitutke, *op. a.*), razvile sifilis, a *Neisser* je, ustanovivši nedjelotvornost cjepiva, zaključio kako se sifilis nije razvio zbog vakcinacije serumom, već je oboljenje pripisao njihovom bavljenju prostitucijom.<sup>70</sup> Zbog provođenja istraživanja na ljudima bez njihova pristanka, *Neisser* je kažnjen u disciplinskom postupku pred Carevinskim disciplinskim sudom.<sup>71</sup> Budući da je slučaj postao poznat

---

*ozbiljnim slučajevim, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina.*“ Kod počinitelja mora postojati namjera na prouzročenje tjelesne ozljede, dok smrt, kao teža posljedica, mora biti obuhvaćena nehajem (tzv. preterintencionalitet), ocjena postojanja kojeg će biti svedena na ocjenu predvidljivosti smrti kao teže posljedice. V. *Novoselec* 2009, 274. Ukoliko bi počinitelj u odnosu na smrt postupao s namjerom, radilo bi se o kaznenom djelu ubojstva, a ne prouzročenja tjelesne ozljede sa smrtnim ishodom.

<sup>67</sup> V. *Grođin* 1992, 127-128. Direktiva je *expressis verbis* apsolutno zabranjivala provođenje neterapeutskih istraživanja na maloljetnicima i ostalima koji nisu u potpunosti sposobni po nekoj drugoj osnovi (§ 1(1)). Nadalje, zahtijevala je nedvosmisleni pristanak ispitanika (§ 1 (2)), te adekvatno objašnjene mogućih negativnih posljedica istraživanja (§ 1(3)). *Argumentum a contrario* § 3 Direktive („*Ova direktiva ne primjenjuje se na medicinske zahvate poduzete u dijagnostičke, terapijske svrhe ili radi vakcinacije*“), priozlazi kako je ista bila primjenjiva samo na neterapeutska istraživanja. Propisivala je i kako svako istraživanje može biti provedeno samo od strane direktora medicinske ustanove ili s njegovim posebnim odobrenjem (§ 2(1)), te kako o svakom istraživanju mora biti sastavljen zapis u medicinskoj zbirci slučajeva kako bi se potvrdilo da su ispunjeni kriteriji iz § 1, te § 2(1), specificirajući detalje slučaja (§ 2(2)).

<sup>68</sup> V. *Vollmann & Winau* 1996, 1445.

<sup>69</sup> *Winau* 2007, 49.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> V. *Vollmann & Winau* 1996, 1445-1446. Sud je utvrdio kako je *Neisser*, iako uvjeren kako je ispitivanje bezopasno, bio dužan ishoditi pristanak pacijentica. Takav je bio i

javnosti tek objavom radova o istraživanju koje je uslijedilo šest godina nakon njegova provođenja, zbog nastupa zastare otpala je mogućnost kaznenog progona *Neissera*.<sup>72</sup> Za razumijevanje kaznenopravnog tretmana biomedicinskih istraživanja bez pristanka u kontekstu njemačkog prava od osobitog je značaja i bilo i stajalište istaknutih pravnika, zatraženo od strane Ministra bogoštovlja, prosvjete i zdravlja povodom *Neisserovog* slučaja, prema kojem se „*provođenjem neterapeutskog istraživanja na ljudima bez njihova pristanka ostvaruju obilježja kaznenog djela tjelesne ozljede*“.<sup>73</sup> Štoviše, prvi dobitnik Nobelove nagrade za fiziologiju i medicinu, *Emil von Behring*, posebno se referirajući na *Neisserov* slučaj istaknuo je u izvješću Ministru kako je čisto znanstveno eksperimentiranje na ljudima (neterapeutsko istraživanje) neetično, čak i ako su ispitanici dali pristanak. Naveo je i kako vršenje eksperimenta na samome sebi mora uvijek prethoditi eksperimentiranju na pacijentima.<sup>74</sup> Ističući nužnost pribave informiranog pristanka kao obveznog preduvjeta za provođenje neterapeutskog istraživanja te naglašavajući kako znanstvena valjanost istraživanja ne umanjuje odgovornost liječnika ako je istraživanje provedeno bez pristanka, mišljenje je učinilo značajan iskorak u afirmaciji ljudskih prava zaključkom kako je „*poštovanje prava [ispitanika, op. a.] i morala jednako važno za dobrobit čovječanstva kao i medicinski i znanstveni napredak*“.<sup>75</sup> Citat ne gubi na aktualnosti niti danas, budući da se još uvijek pojmovima poput: „dobrobiti čovječanstva“, „društvene korisnosti“, „javnog interesa“ nastoje opravdati zločini počinjeni u ime znanosti te ekskulpirati njihovi počinitelji.<sup>76</sup>

---

zaključak vodećih njemačkih liječnika koji su, nakon nekoliko parlamentarnih rasprava na kojima je zatraženo hitno djelovanje Vlade, zaduženi od strane Ministra bogoštovlja, prosvjete i zdravlja sastaviti detaljno izvješće o slučaju. U istome su se usredotočili na autonomiju i dobročinstvo kao načela za provođenje istraživanja na ljudima zaključujući kako liječnik koji je prepoznao mogućnost razvitka bolesti kao posljedice injektiranja seruma, nije imao pravo cijepiti ispitanike takvim serumom. Naglašeno je kako su u svakom slučaju informiranje ispitanika i ishođenje njihova pristanka nužni preduvjeti za provođenje istraživanja.

<sup>72</sup> *Winau* 2007, 49.

<sup>73</sup> *Vollmann & Winau* 1996, 1446.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> U literaturi se izlaže kritici ustaljenu praksu nekažnjavanja liječnika za provođenje istraživanja na ljudima bez pristanka, a jedno od objašnjenja takve prakse pronalazi se i u argumentu društvene korisnosti takvih istraživanja. Tako *Song Richardson* navodi kako jedno od objašnjenja neprocesuiranja odgovornih istraživača „*leži u društvenoj korisnosti istraživanja. Društvo vjeruje kako je djelatnost istraživača vrijedna, korisna i važna. Općenito, naše društvo prihvaća praksu istraživanja na ljudima, unatoč činjenici da ista može rezultirati ozbiljnim ozljedama i smrću, zato što može dovesti do načina izlječenja*



Kako je točno došlo do preokreta njemačkih liječnika i apsolutnog zanemarivanja svih etičkih principa odnosa prema pacijentima prelazi obujam ovog rada. Napominjemo ovdje kako je već 1935. godine načelo *nullum crimen sine lege* u Njemačkoj bilo naprosto zamijenjeno načelom *nullum crimen sine poena* koji nikako nije odgovaralo kontinentalnom pravnom sustavu.<sup>77</sup> Upravo je izmjena načela zakonitosti doprinijela nebrojenim kršenjima osnovnih ljudskih prava što je također bilo vidljivo i iz provođenja medicinskih eksperimenata pri čemu su zanemarena u potpunosti i sama shvaćanja njemačkih pravika i interpretacije njemačkih propisa koji su prije Trećeg Reicha štitili ljudsko dostojanstvo i pravo pojedinaca da svojim prihvatom odbije ili prihvati sudjelovanje u medicinskom eksperimentu.

U kontekstu njemačkog kaznenog prava, svaki je liječnički postupak *prima facie* protupravan.<sup>78</sup> Stajalište o medicinskom zahvatu kao radnji kojom se ostvaruje biće kaznenog djela tjelesne ozljede za čije je opravdanje potreban pristanak oštećenika navedeno je prvi puta u glasovitoj presudi njemačkog Carevinskog suda u predmetu „*Fußwurzelknochen-Fall*“.<sup>79</sup> Nakon citirane presude, Carevinski je sud svaki zahvat, neovisno o tome je li poduzet u dijagnostičke, terapijske, kozmetičke ili istraživačke svrhe, držao za radnju

---

*razornih bolesti. [...] Propust da se kazne krivi počinitelji možda proizlazi iz straha da će kazna osujetiti provođenje medicinskih istraživanja koja smo motivitani promicati.“ V. Song Richardson 2009, 101.*

<sup>77</sup> *Steinke* navodi da su „[g]odine 1935. Nacisti učinkovito promijenili *nullum crimen, nulla poena sine lege* iz § 2 njemačkog Kaznenog zakona u *nullum crimen sine poena*” te da je u novoj verziji ovaj paragraph Kaznenog zakona glasio kako slijedi: „Kaznit će se svaka osoba koja počini čin koji zakon proglašava kažnjivim ili koji zaslužuje kažnjavanje u skadu s temeljnim postulatima kaznenog prava i osjećaju javnog mnijenja [...]“. *Steinke* 2012, 49. Naime, iako 1945. godine obrana u Nürnbergu isticala da je procesuiranje pojedinaca za čini države „revolucionarno“ i predstavlja povredu načela *nullum crimen sine lege* (v. Zajednički podnesak obrane od 10. 11. 1945., objavljeno u Kraus, H., *Gerichtstag in Nürnberg*, Hamburg, Gesetz-und-Recht-Verlag, 1947, i citirano prema *Steinke* 2012, 48.) valja naglasiti da se radilo, između ostalih, i o onim istim znanstvenicima koji su to samo načelo „uništavali za vrijeme Trećeg Reicha“ (*Steinke* 2012, 49). Kao što je to poznato, Nürnberški tribunal na takvu je obranu reagirao na način da je načelo *nullum crimen* proglasio načelom materijalne pravde, na koje se obrana ne može pozivati jer su optuženici bili svjesni da krše međunarodno parvo (*Steinke* 2012, 48, citirajući *Albrecht, H.-J., Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit in 20. Jahrhundert*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 75.). Tada je i nastalo čuveno tumačenje *Gustava Radbrucha* koji je jasno označio kako u svakom slučaju pravni pozitivizam mora biti ograničen sljedećim načelom: kada je stupanj nepravde u domaćim zakonima toliko značajan i nesnošljiv do razine da ti zakoni ne predstavljaju pravo, isti se ne bi se trebali smatrati obvezujućima. V. *Radbruch* 1946, 107.

<sup>78</sup> *Arg. ex § 228 dStGB.*

<sup>79</sup> *RGSt 25 (1894), 375. Prema Eser 1994, 237.*

kojom se ostvaruju obilježja kaznenog djela tjelesne ozljede.<sup>80</sup> Takvo je stajalište zadržano i danas. Slijedeći njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici svojstveno razlikovanje između suglasnosti kao pristanka koji isključuje biće kaznenog djela (njem. *Einverständnis*) i pristanka čiji je učinak isključenje protupravnosti (njem. *Einwilligung*),<sup>81</sup> valja naglasiti kako je informirani pristanak razlog isključenja protupravnosti. U tom kontekstu njemački KZ ne razlikuje informirani pristanak na medicinski zahvat od pristanka općenito, no valja naglasiti da zakonodavac propisuje daleko strože kriterije za prosudbu valjanosti informiranog pristanka, osobito u pogledu pristanka na biomedicinsko istraživanje, od pristanka na tjelesnu ozljedu općenito.<sup>82</sup> Iako sposobnost dati informirani pristanak, prema stajalištu njemačke judikature, prihvaćenom u brojnim posebnim zakonima i literaturi, imaju svi koju su u mogućnosti shvatiti „narav, značaj i implikacije“ (njem. *Wesen, Bedeutung und Tragweite*) svoje odluke o podvrgavanju liječničkom postupku, uključujući i poslovno nesposobne osobe (zbog maloljetnosti ili lišenja poslovne sposobnosti), pristanak na kliničko ispitivanje može dati samo poslovno sposobna osoba.<sup>83</sup> Informirani pristanak je, dakle, opravdavajući razlog (njem. *Rechtfertigungsgründe*) neovisno o tome radi li se o temeljnom obliku kaznenog djela tjelesne ozljede ili nekom od navedenih kvalificiranih oblika, čime njemački zakonodavac određuje tjelesni integritet, odnosno zdravlje, kao dostupibilno

---

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> V. *Bohlander* 2008, 77; *Bachmann* 2003, 1038. No, neovisno o tome radi li se o suglasnosti kao razlogu isključenja bića kaznenog djela ili pristanku kao razlogu isključenja protupravnosti, zaštićeno pravno dobro mora biti individualno. V. *Dubber* 2005, 694, bilj. 72. Ipak, imajući u vidu da je dostupibilnost pravnog dobra jedna od pretpostavki isključenja protupravnosti zbog pristanka oštećenika, valja naglasiti kako pravo ne dozvoljava disponiranje individualnim pravnim dobrima kod kojih se sukobljavaju autonomija pojedinca i društveni interes. V. *Novoselec* 2009, 226. U pogledu inkriminacija kod kojih pristanak (suglasnost) isključuje već samo biće kaznenog djela, jasno je da zakonodavac, propisivanjem nepostojanja suglasnosti kao obilježja kaznenog djela, izrazio stav o dostupibilnosti zaštićenog pravnog dobra.

<sup>82</sup> Zakon o zaštiti prava pacijenata (*Patientenrechtegesetz*) stupio je na snagu 26. veljače 2013. godine te je pobliže utvrdio sadržaj informiranog pristanka koji je reguliran u § 630d (*Einwilligung*) Općeg građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch Artikel 16 des Gesetzes vom 29. Juni 2015 (BGBl. I S. 1042) [dalje: BGB].

<sup>83</sup> V. § 40(1)3 Njemačkog Zakona o medicinskim proizvodima. Iznimke su predviđene i u pogledu pristanka na sterilizaciju i kastraciju, gdje nije dostatna faktička sposobnost shvaćanja naravi, značaja i implikacija odluke o pristanku na zahvat, već je za valjanost pristanka na sterilizaciju nužno da je osoba punoljetna (§ 1631c BGB), a za kastraciju da je starija od 25 godina (§ 2(1)3 Zakona o dobrovoljnoj sterilizaciji i drugim metodama liječenja). Prema *Amelung* 2000, 2.

pravno dobro bez obzira na stupanj zadiranja u ista.<sup>84</sup> Ipak, dStGB predviđa jednu restrikciju – tjelesna ozljeda će unatoč pristanku oštećenika biti protupravna ako je postupanje počinitelja protivno moralu društva.<sup>85</sup> Nužno je naglasiti kako radnja na koju je dan pristanak, kako bi isti isključivao protupravnost, ne smije biti protivna moralu društva, dok je irelevantno je li pristanak *per se* protivan moralu društva.<sup>86</sup> Osim materijalnopravne disponibilitnosti, za kaznena djela tjelesne ozljede i nehajne tjelesne ozljede zakonodavac predviđa i procesnopravnu disponibilitnost.<sup>87</sup>

Iako se liječničkim postupkom ostvaruje biće kaznenog djela tjelesne ozljede čime dolazi do povrede tjelesnog integriteta, odnosno zdravlja čovjeka – pravnih dobara čija je zaštita *ratio legis* kaznenih djela protiv osobe<sup>88</sup> – takva je povreda u slučaju pristanka opravdana, odnosno

---

<sup>84</sup> Brojna zakondavstava, za razliku od njemačkog i austrijskog, ipak ne prizaje pojedincu tako široku diskreciju u raspolaganju zaštićenim pravnim dobrima, te je pristanak, u slučaju teškog narušenja zdravlja, odnosno tjelesnog integriteta, reguliran kao privilegirajuća okolnost ili kao olakotna okolnost, koja može dovesti i do ublažavanja kazne, ili kao razlog isključenja kažnjivosti. V. *Meulders-Klein* 1983, 39-40. U hrvatskom kaznenom pravu pristanak oštećenika ne isključuje protupravnost teške tjelesne ozljede, no kaznenopravna odgovornost liječnika se prosuđuje na razini bića kaznenih djela protiv zdravlja ljudi, a ne u kontekstu isključenja protupravnosti kaznenih djela protiv života i tijela.

<sup>85</sup> V. § 228 dStGB. Ovdje upućujemo na odluku njemačkog Ustavnog suda koji nije smatrao da je došlo do povrede prava izvjesnog Armina Meiwesa uslijed njegove osude na kaznu doživotnog zatvora za tesko ubojstvo. Objavivši oglas na internetu u kojem je tražio „volontera“ koji bi pristao da ga ovaj ubije i pojede, Armin Meiwes je izabrao jednog između stotina kandidata te izvršio upravo ono što je najavio u oglasu. Meiwais je zastupao tvrdnju da se smrt Bernda Jürgena Brandesa treba kvalificirati kao usmrćenje na zahtjev. Niti jedan sud koji je odlučivao u ovome predmetu nije prihvatio ovu kvalifikaciju. V. više u Mitsch 2007, 197-203. V. i *Arzt, Weber, Heinrich & Hilgendorf* 2009, 97

<sup>86</sup> Tako i *Bohlander* 2008, 84.

<sup>87</sup> Kazneni progon za ova kaznena djela poduzima se povodom prijedloga, osim ukoliko bi nadležno tijelo kaznenog progona držalo da je zbog posebnog javnog interesa potrebno poduzeti progon *ex proprio motu*. V. § 230 dStGB (1). *Argumentum a contratio*, odstupanje od načela oficijelnosti kaznenog progona nije predviđeno za kvalificirane oblike kaznenog djela tjelesne ozljede, pa se za njih kazneni progon poduzima uvijek *ex proprio motu*. Nastupi li smrt kao posljedica namjerne tjelesne ozljede, pravo podnošenja prijedloga za kazneni progon pripada i članovima obitelji. Ovlaštenici na podnošenje prijedloga taksativno su određeni § 77(2) dStGB, kao i redosljed kojim su pozvani podnijeti prijedlog. Ukoliko je ovlaštenik sudjelovao u kaznenom djelu ili je njegova veza s oštećenim prestala postojati, isključen je iz kruga osoba ovlaštenih podnijeti prijedlog. Također, nije dozvoljeno podnijeti prijedlog ukoliko bi progon bio protivan izričitoj volji oštećenika. Imajući u vidu kako njemački zakonodavac u ovom slučaju pravo pokretanja kaznenog postupka stavlja u ruke oštećenoga, ovakvo je rješenje jedino i prihvatljivo – bilo bi uistinu nelogično i normativno nekonzistentno kada bi zakon predviđao pokretanje kaznenog postupka povodom prijedloga, a ujedno dozvoljavao progon *contra voluntatem* oštećenoga nakon njegove smrti.

<sup>88</sup> V. § 223-§ 231 dStGB, 17. odijeljak, Kaznena djela protiv tjelesnog integriteta.

isključuje protupravnost. Oštećeni se, naime, davši pristanak, odrekao zaštite svog pravnog dobra,<sup>89</sup> pa pravni poredak zbog nepostojanja interesa odustaje od njegove zaštite. Ovakvo je rješenje jedino održivo sagledavajući ga kroz prizmu njemačkog kaznenog zakonodavstva koje kaznenopravnu odgovornost liječnika za izvršenje liječničkog postupka bez pristanka pacijenta prosuđuje u kontekstu općih kaznenih djela protiv osobe kod kojih nepostojanje pristanka ne predstavlja obilježje kaznenog djela. Naime, kako dStGB ne poznaje posebnu inkriminaciju u kontekstu koje bi nepostojanje (informiranog) pristanka bilo obilježjem kaznenog djela (npr. samovoljno liječenje), tako niti postojanje takvog pristanka ne može biti razlogom isključenja bića kaznenog djela.<sup>90</sup>

Osim što je ovakvo dogmatsko rješenje, kako ističe *Eser*, u kontradikciji s autopercepcijom medicinske struke,<sup>91</sup> ono je i neadekvatno te neće biti primjenjivo na sve slučajeve provođenja biomedicinskih istraživanja bez pristanka. Naime, kaznena djela protiv osobe, kroz koja njemačko kazneno pravo daje odgovor na zlorabu biomedicinskih istraživanja, materijalna su kaznena djela,<sup>92</sup> a provođenje biomedicinskog istraživanja, ipak ne mora rezultirati posljedicom u vidu povrede tjelesnog integriteta ili zdravlja ispitanika.<sup>93</sup> Sukladno navedenom, ako ne nastane povreda, njemačko kazneno zakonodavstvo ne predviđa kažnjavanje za provođenje biomedicinskog istraživanja bez pristanka, osim eventualno za pokušaj tjelesne ozljede.<sup>94</sup>

---

<sup>89</sup> V. *Eser* 1987, 49.

<sup>90</sup> Ipak, prihvaćanjem teorije o negativnim obilježjima kaznenog djela (njem. *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*), prema kojoj je nepostojanje razloga isključenja protupravnosti sastavni dio bića kaznenog djela (njegova negativna komponenta), informirani pristanak postao bi razlogom isključenja bića kaznenog djela. U tom kontekstu, v. *Bohlander* 2008, 83 i 88. Autor ukazuje na stajalište prema kojem pristanak oštećenika uvijek isključuje biće kaznenog djela jer se nepostojanje pristanka smatra nepisanim obilježjem kaznenog djela, čime se negira tradicionalno razlikovanje suglasnosti kao razloga isključenja bića kaznenog djela i pristanka kao razloga isključenja protupravnosti. Kritički o teoriji o negativnim obilježjima bića kaznenog djela, v. *Novoselec* u *Horvatić* (gl. ur.) 2002, 583.

<sup>91</sup> *Eser* 1994, 237.

<sup>92</sup> Iznimka je kazneno djelo sudjelovanja u tučnjavi iz § 231 dStGB, kod kojeg je smrt ili teška tjelesna ozljeda objektivni uvjet kažnjivosti, odnosno posebna pretpostavka kažnjivosti izvan bića kaznenog djela, a ne teža posljedica u kontekstu § 18 dStGB. No kazneno djelo sudjelovanja u tučnjavi je irelevantno u kontekstu bilo kojeg medicinskog postupka te njegova primjena ne dolazi u obzir.

<sup>93</sup> Štoviše, može dovesti i do poboljšanja zdravlja.

<sup>94</sup> V. § 223(2) dStGB. Ovdje još valja napomenuti kako austrijsko kazneno zakonodavstvo (*Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, BGBl. Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 154/2015; öStGB) daje, po našem stajalištu, adekvatniji odgovor na zlorabu biomedicinskih istraživanja, no

Iz navedenog proizlazi kako su stravična kršenja prava ljudi *bezvrijednih življenja* za vrijeme Trećeg Reicha, između ostalog, podvrgavanjem istih eksperimentima bez njihova pristanka, ipak devijacija u stoljetnoj uzornoj njemačkoj praksi regulacije eksperimentiranja na ljudima i adekvatnog odgovora na kršenje iste. Ne samo da je gotovo netom po stupanju njemačkog Kaznenog zakona eksperimentiranje bez pristanka ocijenjeno kao kriminalno od strane sudova, pažnju zavrjeđuje i izrazito razvijena svijest unutar same medicinske struke o neprihvatljivosti takve prakse i to u vrijeme izrazitog medicinskog paternalizma, kada razvoj koncepta autonomije pojedinca i njegove vlasti nad samim sobom nije bio niti u povojima. Stajalište uglednih pravnika od prije više od jednog stoljeća o nužnosti davanja primata pravima pojedinca nad interesima znanosti i društva u cjelini također treba biti ocijenjena kao intelektualna hrabrost. Napokon, iako su upravo u Njemačkoj počinjena najteža zvjerstva pri eksperimentiranju u vidu dehumanizacije ljudi i svođenja istih na bezvrijedna sredstva za postizanje daljnjih zločinačkih ciljeve, poput istrebljenja pojedinih društvenih skupina rezultatima takvih eksperimenata, ili baš zato, Njemačka je danas, kako ćemo pokazati, najvjernija duhu Nürnberškog Kodeksa.

---

pritom žrtvujući normativnu konzistentnost. Naime, ista okolnost – informirani pristanak, bit će, ako je nastala tjelesna ozljeda kao posljedica, razlog isključenja protupravnosti (§ 90 öStGB, *Einwilligung des Verletzten*), dok će kod neovlaštenog liječenja biti dovoljno da je poduzeto bez pristanka te će pribavljanje pristanka biti tretirano kao razlog isključenja bića kaznenog djela (§ 110 öStGB, *Eigenmächtige Heilbehandlung*). Time Austrija izrijeком predviđa kaznenu odgovornost za slučajeve biomedicinskog istraživanja, ako ono nije poduzeto s informiranim pristankom čak i ako nije nastala posljedica. Najsretnije rješenje glede regulacije nedopustenog eksperimentiranja na ljudima pruža francuski zakonodavac (LOI n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, Version consolidée au 30 décembre 2015; Code pénal). Tako Code pénal (čl. 223-8, *De l'expérimentation sur la personne humaine*) inkrimirana provođenje biomedicinskog istraživanja ili stvaranje mogućnosti da isto bude provedeno bez pribavljanja slobodnog, informiranog i eksplicitnog pristanka osobe podvrgnute istraživanju, osobe koja nad ispitanikom ostvaruje roditeljsku skrb, skrbnika, ili bilo koje druge osobe, tijela vlasti ili organizacije ovlaštene dati pristanak, odnosno dozvoliti provođenje istraživanje temeljem Zakona o javnom zdravlju. Predviđena je i kaznenopravna odgovornost pravne osobe za provođenje eksperimenta bez pristanka (čl. 223-9).

#### 4. TEMELJNI PRIJEPORI U REGULACIJI BIOMEDICINSKIH ISTRAŽIVANJA DANAS I ODSUPANJA OD NÜRNBERŠKIH NAČELA

Možemo reći da je još dalek put do potpunog ujednačavanja pravila istraživanja na međunarodnoj razini.<sup>95</sup> Zbog nedostatka ujednačene regulacije izvođenje medicinskih istraživanja biva dodatno komplicirano i podložno zlouporabama. Navedeno osobito dolazi do izražaja u slučajevima kada se istraživanje provodi u jurisdikciji različitoj od one tržišta gdje će lijek biti prvotno registriran i stavljen u uporabu, kao što je to bilo u predmetu *Pfizer*.<sup>96</sup> Medicinska istraživanja u svakom slučaju moraju biti isplanirana, etički odobrena i strogo nadzirana. Informirani pristanak pacijenta je *conditio sine qua non* svakog istraživanja.<sup>97</sup> U ovom ćemo poglavlju iznijeti osnovne prijepore koji su nastali kao posljedica razrade Nürnberškog kodeksa u Helsinškoj deklaraciji,<sup>98</sup> Konvenciji Vijeća Europe o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene

---

<sup>95</sup> Za pregled važeće regulative u 120 država v. International Compilation of Human Research Standards, 2016 Edition, U.S. Department of Health and Human Services, Office for Human Research Protections, dostupno na: <http://www.hhs.gov/ohrp/sites/default/files/internationalcomp2016%20.pdf> [31.5.2016.].

<sup>96</sup> Dodatne prijepore izaziva preklapanje odnosa liječnik-pacijent s odnosom ispitivač-isпитanik, osobito kada istraživanja provodi liječnik pacijenta bez da je pacijent obaviješten da se radi zapravo o istraživanju kroz postupak liječenja, a ne samo o liječenju. V. *Doppelfeld* 2010, 109. Radi se o tzv. problemu dvostruke lojalnosti (eng. *double-loyalty problem*). Liječnik mora ostati lojalan pacijentu, ali i istraživačkom projektu na kojem radi. Taj se problem rješava tako da se interesu pacijenta prida primarna važnost. Čl. 6 st. 2 Kodeksa medicinske etike i dentologije Hrvatske liječničke komore (NN 55/08) između ostalog navodi da u medicinskim istraživanjima „*dobrobit pojedinca ima prednost pred interesima znanosti i društva*” te da je “[o]bveza [je] liječnika da u medicinskim istraživanjima štiti život, zdravlje, privatnost i dostojanstvo ispitanika.“ Sličan zahtjev sadrže i čl. 3 i 4 Helsinške deklaracije.

<sup>97</sup> Elementi informiranog pristanka uključuju sposobnost pacijenta za samostalno odlučivanje u svakom pojedinom slučaju (*competence*), njegovu obaviještenost o postupku (*disclosure*), njegovo razumijevanje tijeka bolesti kao i prednosti i nedostataka postupka (*understanding*), samostalnost u odlučivanju (*voluntariness*) te pristanak na takav zahvat (*consent*). Prema *Beauchamp & Childress* 2001, 79. Općenito o poštovanju autonomije v. istog djelo, 57-112. Za njemačko pravo v. *Eser* 1994, 235-253.

<sup>98</sup> WMA Declaration of Helsinki - Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects. Deklaracija je prihvaćena na 18. Godišnjem zasjedanju Glavne skupštine Svjetskog medicinskog udruženja (World Medical Association) u Helsinkiju 1964. godine, te dopunjena na godišnjim zasjedanjima Glavne skupštine u Tokiju 1975. godine, Veneciji 1983., Hong Kongu 1989., Somerset Westu 1996., Edinburghu 2000., Washingtonu 2002., Tokiju 2004., Seoulu 2008., te Fortalezi 2013. godine. Deklaracija je dostupna na web stranicama Svjetskog liječničkog udruženja: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html> [23.4.2015.].

biologije i medicine (dalje: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, Bioetička Konvencija)<sup>99</sup> i Dopunskom Protokolu na Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini glede biomedicinskih istraživanja,<sup>100</sup> Općoj Deklaraciji o bioetici i ljudskim pravima,<sup>101</sup> te u Međunarodnim etičkim smjernicama za biomedicinska istraživanja na ljudskim subjektima.<sup>102</sup>

Iako Nürnberški Kodeks nije bio direktno inkorporiran u njemačko ili američko pravo<sup>103</sup> isti je služio kao polazište pri donošenju Helsinške Deklaracije od strane Svjetskog liječničkog udruženja 1964. godine, a zatim i svih ostalih nabrojanih dokumenata.<sup>104</sup> Od svih dokumenata najviše ćemo pozornosti u ovom poglavlju dati Bioetičkoj konvenciji jer ona predstavlja prvi pravnoobvezujući međunarodni akt kojim se regulira istraživanje nad ljudima. Koliko su poštovana sva načela iz Kodeksa u pravilima koja su uslijedila, ne samo u Bioetičkoj konvenciji, već i u ostalim navedenim dokumentima, drugo je pitanje,<sup>105</sup> ali zasigurno se može smatrati da u svima informiranom pristanku pripada centralno mjesto, po uzoru na Nürnberški

---

<sup>99</sup> Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No. 164.

<sup>100</sup> Additonal Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research, CETS No. 195.

<sup>101</sup> Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, UNESCO General Conference 33 C/Resolution 36, 19 October 2005.

<sup>102</sup> International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO), CIOMS, Geneva, 2002. Međunarodne etičke smjernice za biomedicinska istraživanja na ljudskim subjektima usvojene su 1982. i izmijenjene 1993. i 2002. godine. Posljedna verzija s komentarom dostupna je na engleskom jeziku na stranici:

[http://www.cioms.ch/publications/layout\\_guide2002.pdf](http://www.cioms.ch/publications/layout_guide2002.pdf) [12.7.2015.].

<sup>103</sup> Američko pravo je vrijedno spomena jer je Vojni tribunal SAD-a bio nadležan za suđenje u predmetu *Brandt*. Ova će okolnost biti od značaja u suđenjima koja će uslijediti pred američkim sudovima zbog provođenja nedopuštenih istraživanja na ljudima, gdje će reference na Medicinsko suđenje biti brojne, što ćemo prikazati u obradi predmeta *Pfizer* i *Stanley* u nastavku rada. Ipak, iako je suđenje u predmetu *Brandt* provedeno pred vojnim tribunalom jedne od zemalja pobjednica u Drugom svjetskog ratu, naglašavamo ipak međunarodni karakter presude u ovome predmetu, u prilog čega svjedoči i oglašavanje Vrhovnog suda SAD-a nenadležnim za postupanje u ovome predmetu (v. bilj. 153). Tako *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1640, bilj. 221, navodi kako su „[p]etitions to the United States Supreme Court for review of these sentences were denied for lack of jurisdiction,“ što smatra „a further recognition of the international character of the judgments.“

<sup>104</sup> Usp. *Lötjönen* 2005, 175.

<sup>105</sup> Kao i pitanje koje su pravne posljedice tog odstupanja, odnosno obvezatnosti odnosno neobvezatnosti akata.

kodeks.<sup>106</sup> Dodatno pitanje koje se može postaviti je mogu li te regulacije odstupati od načela navedenih u Nürnberškom Kodeksu, i ako mogu, koja je granica tih odstupanja. Odstupanje od apsolutne nužnosti pribavljanja informiranog pristanka pri provođenju medicinskih istraživanja dovest će i do njezine neprihvatljivosti državama koje, primarno zbog povijesnog iskustva, pokazuju osobit senzibilitet glede ovog pitanja.

Najznačajniji prijevori tiču se upravo odstupanja od pribavljanja informiranog pristanka za provođenje istraživanja, koji se smatra, prema Nürnberškom Kodeksu, apsolutno nužnim preduvjetom za provođenje svih vrsta istraživanja.<sup>107</sup> Upravo je odredba o pristanku kao apsolutno nužnom preduvjetu za upuštanje u istraživanje prekršena u navedenim dokumentima. Moguće je naći argumente u obrani tog odstupanja, barem glede terapijskih istraživanja kada ne postoji konvencionalna terapija pa se pristupa primjeni eksperimentalnog lijeka. Tako je npr. davanje lijeka koji nije odobren u konačnici *ultima ratio* postupak liječenja. Često pacijenti žele primiti eksperimentalni lijek kada drugo liječenje ne pomaže. Epidemija ebrole te nepostojanje efikasnog odobrenog lijeka protiv iste ukazale su na potrebu liječenja eksperimentalnim lijekovima.<sup>108</sup> Prema tome, ako osobe koje mogu pristati na liječenje imaju mogućnost primiti takav eksperimentalni lijek zašto takav lijek ne bi mogle primiti osobe koje nisu sposobne izraziti svoj pristanak? Apsolutnom bi se zabranom pravilo koje je namijenjeno zaštititi osoba koja ne mogu dati pristanak na istraživanje okrenulo protiv njih samih. Ipak, važući te mogućnosti sa zlouporabama koje su se događale nad osobama *nevrijednih življenja*, Njemačka je, kao i Austrija, uvelike pod teretom vlastite prošlosti, odbila obvezati se Bioetičkom konvencijom.<sup>109</sup> Naime, sporne odredbe iz Konvencije

---

<sup>106</sup> Doduše, ponekad u organičenom obilku dopuštanjem mogućnosti da tu odluku donese druga osoba umjesto subjekta istraživanja.

<sup>107</sup> U Nürnberškom kodeksu je jasno propisano (u prvom pravilu) kako je “*voluntary consent of the human subject is absolutely essential*”, te da subjekti istraživanja “*should have legal capacity to give consent.*” V. bilj. 57-58 i tekst iznad.

<sup>108</sup> Štoviše, kako je i navedeno, neke od najrazvijenih država svijeta, poput Kanade i Japana, donirale su pomoć, između ostalog, i u vidu eksperimentalnog cjepiva (v. bilj. 7). Sasvim je drugačiji slučaj provođenja istraživanja bez pristanka u slučajevima kada već postoji efikasn i odobreni lijek, ali se oboljeli umjesto liječenja istim podvrgavaju nekonsenzualnom ispitivanju eksperimentalnog lijeka, kao što je bilo u predmetu *Pfizer* koji ćemo analizirati u poglavlju 5.2.

<sup>109</sup> Posebno sporan je za Njemčku čl. 17(2) Bioetičke konvencije. Usp. čl. 7(b) Opće Deklaracije o Bioetici i Ljudskim Pravima. Za listu država članica Vijeća Europe koje su potpisale i ratificirale Konvenciju, prema stanju s 1.6.2016., v. Chart of signatures and ratifications of Treaty 164, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Status as of 01/06/2016, dostupno na:



omogućavaju u iznimnim slučajevima provođenje medicinskih istraživanja i bez pristanka ako osoba nije sposobna za davanje pristanka.<sup>110</sup> Uglavnom se to odnosi na djecu<sup>111</sup> i osobe s duševnim smetnjama. Kamen spoticanja i za Njemačku i Austriju dodatno predstavlja mogućnost da se to istraživanje provede, pod određenim uvjetima, ne u njihovu izravnu korist, već u korist drugih, dakle kao tzv. neterapeutsko istraživanje.<sup>112</sup> Podjela istraživanja na terapijska i neterapeutska tekovina je postnürnberškog razvoja regulacije istraživanja.<sup>113</sup> Terapeutsko se istraživanje odnosi na ono istraživanje koje ujedno predstavlja liječenje.<sup>114</sup> Izravnu korist od neterapeutskog istraživanja

---

[http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p\\_auth=2POv0vgL](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=2POv0vgL) [1.6.2016.]. Na listi država koje nisu obveznice Konvencije nalaze se, osim Njemačke i Austrije, *inter alia*, i Irska, Belgija, Ujedinjeno Kraljevstvo i Rusija [1.6.2016.].

<sup>110</sup> V. čl. 17 Bioetičke konvencije koji regulira zaštitu osoba koje nisu sposobne dati pristanak.

<sup>111</sup> Za Republiku Hrvatsku v. *Turković, Roksandić Vidlička & Brozović* 2011, 191-214. Napominjemo da je članak pisan prema stanju propisa prije donošenja novog Obiteljskog zakona i Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama.

<sup>112</sup> V. *Stühlinger et al.* 2009, 51-53. Nadalje, kako ističe *Spranger*, „Njemačka vlada se ne slaže s odredbom čl. 17 Bioetičke konvencije i doživljava ju kao 'slippery slope' [...] i zbog toga što je zaštita djece u njemačkom pravnom sustavu jedna od najviših vrednota koja ne smije biti podrivana.“ V. *Spranger* 2012, 37.

<sup>113</sup> Helsinška deklaracija iz 1964. godine prva je uvela distinkciju terapijskog i neterapeutskog istraživanja te predvidjela različite mehanizme pribavljanja informiranog pristanka za neterapeutsko istraživanje i medicinsko istraživanje kombinirano s medicinskom njegom. Ipak, ističemo kako revizija Helsinške deklaracije usvojena na Godišnjem zasjedanju Glavne skupštine Svjetskog medicinskog udruženja u Edinburghu 2000. godine (v. bilj. 98) takva razlikovanja napušta te podjelu istraživanja temelji na riziku koje istraživanje može predstavljati za subjekte istraživanja. V. *Liddelet* 2006, 381 i 382.

<sup>114</sup> Tako *Pattinson* 2011, 381. Podjela na terapijska i neterapeutska istraživanja naišla je na izrazito široko prihvaćanje u zakonodavstvima europskih zemalja, dok je u SAD-u uglavnom žestoko kritizirana. V. *Schaller* 2008, 41; *Stühlinger et al.* 2009, 47. O važnosti i poteškoćama glede diferencijacije terapijskog i neterapeutskog istraživanja *Stühlinger et al.* ističu slijedeće: „*The precise differentiation of the two terms is of prime importance, because through this distinction the systematic ethic wakes are set. There is, of course, an inevitable grey zone, which is caused by the fact that the benefit of therapeutic research for a sick person can, per se, only be a potential one. It follows that the decision whether the adverse effects and risks that a sick person is subjected to through the trial are balanced by a realistic chance of convalescence depends on the correct estimation of the respective researcher or the physician concerned. In order to assume that the research is 'therapeutic', there must be a concrete basis of scientific information from existing scientific knowledge. Such relevant scientific results are not necessary in the case of 'non-therapeutic' trials.*“ *Ibid.*, 48-49. Kada su predviđena različita pravila za provođenje terapijskog i neterapeutskog istraživanja, ispravna klasifikacija je od iznimne važnosti. Međutim, osim objektivnih poteškoća razlikovanja ovih istraživanja te često difuzne granice između istih te potencijalnog nenamjernog pogrešnog klasificiranja istraživanja od

imaju druge osobe a ne pojedinac podvrgnut istraživanju. Bioetička konvencija samo iznimno dopušta istraživanje nad osobama koje nisu u stanju dati pristanak a koje ne bi išlo u korist njihova zdravlja nego u korist zdravlja drugih.<sup>115</sup>

Prikazano Medicinsko suđenja ostavlja malo dvojbe zašto države poput Austrije i Njemačke normativno artikuliraju veći senzibilitet glede mogućih zlouporaba u području medicinskih istraživanja od drugih. Skepticizam je u Njemačkoj i Austriji povijesno uzrokovan i dodatno poduprijet snažnim javnim mnijenjem.<sup>116</sup> Tako je npr. i Radna skupina Njemačke Evangeličke Crkve objavila svoje mišljenje o istraživanjima: *“Istraživanje bez direktne korisnosti za subjekt istraživanja treba biti već načelno odbačeno. Kako je tanka granica između opasnosti od zlouporabe istraživanja i znanosti postalo je jasno u koncentracijskim logorima i programu eutanazije za vrijeme Nacional-socijalističke tiranije.”*<sup>117</sup>

Kritika tih odredbi koje omogućuju provođenje istraživanja nad osobama koje na to nisi mogle pristati, čini se razumna ako polazimo od dosada iznijetog o shvaćanju davanja pristanka kao *conditio sine qua non* medicinskog istraživanja. Ipak, moramo naglasiti kako Bioetička konvencija stavlja interes pojedinca ispred interesa društva u svojim odredbama te je u Bioetičkoj konvenciji naglašeno da se istraživanja na nekoj osobi mogu poduzeti jedino ako ne postoji alternativa usporedive učinkovitosti istraživanju na ljudima te ako rizici kojima se izlaže ta osoba nisu nerazmjerni potencijalnim koristima od istraživanja.<sup>118</sup> Temeljno je i dalje

---

strane istraživača, odnosno liječnika, ne treba zanemariti niti potencijal zlouporabe u vidu namjernog neispravnog klasificiranja istraživanja kao liječenja, kako bi isto ulazilo u doseg povoljnije regulacije kada je ista predviđena za terapijskog istraživanja.

<sup>115</sup> Čl. 17 st. 2 Bioetičke konvencije. I Opća deklaracija o bioetici i ljudskim pravima omogućava provođenje istraživanja nad osobama koje na to nisu u stanju pristati (putem instituta tzv. zamjenskog pristanka), ali, također u ograničenim okolnostima. Sukladno čl. 7(b) Opće deklaracije, istraživanje se može provesti samo radi neposredne koristi za zdravlje te dotične osobe, što podliježe ovlaštenju i uvjetima zaštite koji su propisani zakonom, te ako ne postoji druga alternativa istraživanju, a čija bi se učinkovitost mogla usporediti kod tog sudionika s nekim drugim istraživanjem na koje bi on mogao pristati. Istraživanja koja nemaju eventualnu izravnu korist za zdravlje ispitanika mogu se poduzeti kao iznimka, uz maksimalna ograničenja i minimalne opasnosti i opterećenja kojima se izlaže ta osoba, a ako se očekuje da ta istraživanja doprinesu koristima za zdravlje drugih ljudi iz iste kategorije, moraju udovoljavati uvjetima propisanim zakonom i biti usklađena s zaštitom ljudskih prava individualnih osoba. Deklaracija isto navodi da se odbijanje takvih osoba da sudjeluju u istraživanju mora poštivati.

<sup>116</sup> V. *Stühlinger et al.* 2009, 62 i tamo navedenu literaturu.

<sup>117</sup> *Ibid.* (citirajući de Wachter, M.A., Hastings Center Report, Vol. 27, No. 1, 1997).

<sup>118</sup> V. čl. 16 t. i. i ii. Bioetičke konvencije. Ujedno kumulativno se traži da je istraživački projekt odobrilo nadležno tijelo nakon neovisnog ispitivanja njegove znanstvene

pravilo da se medicinski zahvat može izvršiti samo nakon što je osoba na koju se zahvat odnosi, kojoj su prethodno pružene odgovarajuće informacije o svrsi i prirodi zahvata kao i njegovim posljedicama i rizicima, izričito i konkretno dala svoj slobodan pristanak koji može povući u svako doba.<sup>119</sup>

Daljnje problem koji se javlja glede odstupanja od odredbi Nürnberškog Kodeksa tiče se pribavljanja pristanka od kolektiva, a ne samo od pojedinca podvrgnutog istraživanju. Naglašavamo, poglavito u svjetlu predmeta *Pfizer* kojeg ćemo u nastavku analizirati, da iako Helsinška deklaracija predviđa mogućnost da se u odgovarajućim slučajevima glede provođenja istraživanja konzultiraju i članovi obitelji, odnosno vođe zajednice čiji su članovi subjekti istraživanja, nitko sposoban dati pristanak ne može biti podvrgnut istraživanju bez svog slobodnog pristanka.<sup>120</sup> Ova je odredba odraz činjenice da se istraživanja provode i u društvima u kojima je utjecaj zajednice vrlo jak, kao što su to npr. određena područja afričkog kontinenta u kojima je čvrsto plemensko vodstvo i dalje prisutno. Načela navedena u Međunarodnim etičkim smjernicama za biomedicinska istraživanja na ljudskim subjektima CIOMS-a uvode dodatna pravila za istraživanje u zemljama u razvoju.<sup>121</sup> Od osobite je važnosti odredba da se istraživanje nad osobama u zemljama ili zajednicama s oskudnim sredstvima da istraživanje mora biti odgovarajuće zdravstvenim potrebama stanovništva nad kojim se provodi istraživanje i da će svaki rezultat takvog istraživanja biti dostupan za dobrobit tog stanovništva odnosno zajednice.<sup>122</sup> Iako Međunarodne etičke smjernice nalažu nužnost poštovanja kulturnih običaja sredine u kojima se provodi istraživanje, uključujući potrebu ishoda pristanka vođe kolektiva ili kojeg drugog autoriteta prije pristupa zajednici ili potencijalnim subjektima istraživanja radi pribavljanja pristanka na istraživanje, značajno je što smjernice predviđaju kako niti u kojem slučaju pristanak vođe

---

vrijednosti, uključujući važnost cilja istraživanja i multidisciplinarnu ocjenu njegove etičke prihvatljivosti (t. iii.), te, što je osobito važno, da su osobe podvrgnute istraživanju informirane o svojim pravima i jamstvima propisanim za njihovu zaštitu (t. iv.).

<sup>119</sup> V. čl. 5 i čl. 16 t. v. Bioetičke konvencije.

<sup>120</sup> Čl. 25 Helsinške deklaracije. Eventualni pristanak člana obitelji ili vođe kolektiva, dakle, ne može zamijeniti individualni pristanak pojedine osobe dobiven temeljem dostatnih i relevantnih informacija. Iznimku predstavlja kritizirana mogućnost istraživanja nad osobama koja nisu sposobne dati pristanak, za koje pristanak daje njihov pravni zastupnik. V. čl. 28 Helsinške deklaracije.

<sup>121</sup> V. bilj. 102.

<sup>122</sup> Smjernica br. 10 (Research in populations and communities with limited resources) glasi: „*Before undertaking research in a population or community with limited resources, the sponsor and the investigator must make every effort to ensure that: the research is responsive to the health needs and the priorities of the population or community in which it is to be carried out; and any intervention or product developed, or knowledge generated, will be made reasonably available for the benefit of that population or community.*“

zajednice ili kojeg drugog autoriteta ne može zamijeniti pristanak osoba koje se podvrgavaju istraživanju.<sup>123</sup>

Osobit problem glede istraživanje u zemljama u razvoju, prvenstveno na afričkom kontinentu, predstavlja činjenica nepostojanja dostatno regulirane pravne zaštite osoba koje se podvrgavaju medicinskim eksperimentima. Može se tvrditi da je ta prva praznina čak i namjerna.<sup>124</sup> Razlog je ovakve minimalističke regulacije i nepostojanja gotovo ikakvih ograničenja ovih istraživanja u afričkim zemljama bojazan da bi detaljna normativna infrastruktura koja bi štitila subjekte istraživanja te sudski postupci koji bi bili vođeni protiv istraživača mogli otjerati istraživače i farmaceutske kompanije razvijenih zemalja s kontinenta.<sup>125</sup> Jasno je da manjak regulacije u usporedbi s razvijenim zemljama čini provođenje istraživanja u zemljama u razvoju osobito atraktivnima farmaceutskim korporacijama i istraživačima iz razvijenih zemalja: „*lack of effective regulation has given a perverse incentive to scientists in developed countries to conduct human trials in Africa when they cannot get approval for such research at home*“.<sup>126</sup>

Nürnberški kodeks ima danas veliku važnost i zbog same činjenice da međunarodni i regionalni dokumenti koji reguliraju biomedicinska istraživanja nisu ujednačeni. Držimo kako bi to ujednačavanje trebalo biti izvedeno vraćanjem nürnberškim korijenima. Danas je neujednačenost regulative tim opasnija jer su istraživanja postala globalna te je uobičajeno za multinacionalne kompanije da istraživanja provode izvan država u kojima su registrirane.

Različite regulacije mogu dovesti i do neujednačenih rješenja, kako pred nacionalnim tako i pred međunarodnim sudovima. Napominjemo kako međunarodno pravo ljudskih prava, uključujući i norme međunarodnih instrumenata koje štite subjekte istraživanja, te odluke tijela koja primjenjuju međunarodno pravo ljudskih prava, može biti od koristi u primjeni i interpretaciji međunarodnog kaznenog prava, prvenstveno

---

<sup>123</sup> V. komentar uz CIOMS smjernicu br. 4 (Individual informed consent), *op. cit.* u bilj. 102, 35. Ipak, drži se kako su CIOMS smjernice inicijalno, u starijim verzijama, pružale vrlo rastezljiv pristup potrebi pribavljanja informiranog pristanka, pogotovo u slučajevima terapijskog istraživanja. Potreba pribavljanja informiranog pristanka pojedinca podvrgnutog istraživanju sa svim njegovim sastavnicama bila je zamijenjena tzv. pristankom zajednice. Smjernice su se temeljile na tzv. *communal-oriented approach*. V. Meier 2002, 543.

<sup>124</sup> Tako Meier, *ibid.*, 532. Naime, kako autor nastavlja, „*Dok vlade zemalja u razvoju očajnički pokušavaju omogućiti medicinska istraživanja svojim umirućim građanima, te države si nemogu omogućiti istraživanja bez potpore multinacionalnih farmaceutskih korporacija.*“ *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid.*, 532-533.

<sup>126</sup> *Ibid.*, 533.

materijalnog prava, ali i procesnih standarda zaštite prava okrivljenika u postupku. Oni nisu sami po sebi obvezujući za sud, ali djeluju snagom svoga autoriteta te pomažu u određivanju sadržaja međunarodnog običajnog prava u području međunarodnog humanitarnog prava.<sup>127</sup> Navedeno je aktualnije time što čl. 22 st. 3 Rimskog Statuta<sup>128</sup> jasno navodi da primjena i tumačenje prava mora biti sukladna međunarodno priznatim ljudskim pravima. Prema tome, u suđenju za međunarodni zločin, npr. za zločin protiv čovječnosti počinjen podvrgavanjem civilnog stanovništva masovnim eksperimentima, može se postaviti pitanje obuhvaća li običajnopravna zabrana eksperimentiranja bez pristanka samo neterapeutska istraživanja, ili i terapeutska. Dakako, ovo pitanje neće se uvijek postaviti, pošto već i iz mjerodavnog prava može biti jasno kakvi eksperimenti ulaze u sferu zabranjenog. Tako npr. podvrgavanje ratnih zarobljenika neterapeutskim eksperimentima, odnosno onima koji nisu „*justified by the medical, dental or hospital treatment of the prisoner concerned and carried out in his interest*“, predstavlja ratni zločin.<sup>129</sup> S druge strane, čini se da bi podvrgavanje ratnih zarobljenika postupcima koji predstavljaju istraživanje kombinirano s liječenjem, odnosno onim postupcima koji ulaze u sferu terapeutskog istraživanja, ulazilo u sferu dozvoljenoga.<sup>130</sup>

Važno je istaknuti kako sva pravila liječničke struke, kao što je Helsinška deklaracija, moraju biti usklađena s pozitivnim pravom. Provođenje eksperimenata na ljudima ne može biti prepušteno autoregulaciji medicinske zajednice. Nužnost medicinskoj struci izvanjske regulacije ilustrira i samo Svjetsko liječničko udruženje (*World Medical Association*), prvo „*uistinu*

---

<sup>127</sup> V. npr. presudu raspravnog vijeća Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23/1-T, 22. II. 2001., para. 467: „*Because of the paucity of precedent in the field of international humanitarian law, the Tribunal has, on many occasions, had recourse to instruments and practices developed in the field of human rights law. Because of their resemblance, in terms of goals, values and terminology, such recourse is generally a welcome and needed assistance to determine the content of customary international law in the field of humanitarian law. With regard to certain of its aspects, international humanitarian law can be said to have fused with human rights law.*” V. više u *Cryer et al.* 2010, 13-15.

<sup>128</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90.

<sup>129</sup> Čl. 13 Ženevske konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima (v. bilj. 199).

<sup>130</sup> *V. de Preux et al.* 1960, 141: „*The Convention, of course, refers only to experiments not justified by the medical treatment of the prisoner concerned. It does not prevent doctors from using treatment for medical reasons with the sole object of improving the patient's condition. It must be permissible to use new medicaments and methods invented by science, provided that they are used only for therapeutic purposes. The prisoners must not in any circumstances be used as 'guinea-pigs' for medical or scientific experiments.*”

međunarodno udruženje liječnika<sup>131</sup> koje je usvojilo Helsinšku deklaraciju te Ženevsku deklaraciju, kao nasljednicu Hipokratove zakletve.<sup>132</sup> Iako je Svjetsko liječničko udruženje ubrzo osudilo zločine počinjene od strane liječnika koji su vršili eksperimente na ljudskim bićima u Njemačkoj za vrijeme II. Svjetskog rata, 1992. godine izabralo je *Hansa Joachima Seweringa*, bivšeg nacističkog liječnika umiješanog u program eutanazije, za svog predsjednika.<sup>133</sup>

Jedno od pitanja koje se može postaviti je da li je i Bioetička konvencija postala dio međunarodnog običajnog prava, odnosno da li njezine odredbe mijenjaju Nürnberška pravila u dijelu u kojem reguliraju iznimke od obveznog pribavljanja informiranog pristanka pri provođenju istraživanja. Smatramo da to ipak nije slučaj. Bioetička konvencija je ipak konvencija regionalnog karaktera<sup>134</sup> te je u dijelu u koliziji s drugim konvencijama, poput Konvencije o osobama s invaliditetom koja striktno zabranjuje provođenje eksperimenata bez slobodnog pristanka osobe koja se podvrgava eksperimentu.<sup>135</sup> Smatramo kako je zabrana eksperimentiranja bez informiranog pristanka dio korpusa međunarodnog običajnog prava, a svoj prodor u međunarodno pravo započela je upravo u Nürnbergu. Daljnji je razvoj međunarodnog prava samo potvrdio zabranu nedobrovoljnog istraživanja. Odredbe Bioetičke konvencije i Deklaracije o bioetici i ljudskim pravima trebalo bi shvatiti kao minimalne standarde za provođenje istraživanja nad ljudima. S druge strane moramo biti svjesni da apsolutna zabrana istraživanja nad osobama koje nisu sposobne same dati pristanak može voditi do nepravednog isključivanja tih osoba iz istraživanja koje im mogu donijeti korist, a na koje one nemaju primjedbu.

Kao primjer vjernosti Kodeksu navodimo i Republiku Hrvatsku, koja se uzorno držala Nürnberških pravila u novom Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama propisavši da zakonski zastupnik ne može dati pristanak na istraživanje koje bi se provodilo nad osobom s duševnim

---

<sup>131</sup> Meier 2002, 530.

<sup>132</sup> Upravo Ženevska deklaracija pruža odgovor na pitanje kako riješiti koliziju interesa pacijenta i interesa društva i znanosti: „[n]ajvažnija će mi briga biti zdravlje i život mojega pacijenta.“ Također, Kodeks medicinske etike i deontologije u svom čl. 6 regulirajući biomedicinska istraživanja navodi kako „dobrobit pojedinca ima prednost pred interesima znanosti i društva.“

<sup>133</sup> Meier 2002, 531. Sewering je dao ostavku tek pošto je Američko liječničko udruženje predočilo dokumente koji su ukazivali na njegovu osobnu umiješanost u nacističkom programu eutanazije osoba s duševnim smetnjama

<sup>134</sup> Donesena je u okviru Vijeća Europe te su sve njene obveznice ujedno i države članice ove regionalne međunarodne organizacije. Međutim, kako smo pokazali, nije u potpunosti prihvaćena niti među članicama Vijeća Europe.

<sup>135</sup> V. čl. 15 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2515 U.N.T.S. 3.

smetnjama. Osoba može sama odlučiti sudjelovati u istraživanju, ako je sposobna donijeti takvu odluku. U suprotnom, istraživanje se ne može provesti.<sup>136</sup> Hrvatska se tim propisima svrstala uz bok država kao što su Njemačka i Austrija koje kritiziraju Bioetičku konvenciju koja takva istraživanja omogućuje.

## 5. EKSPERIMENTI NAD LJUDIMA NAKON DRUGOG SVJETSKOG RATA – ZABORAV NÜRNBERŠKOG NASLIJEĐA

### 5.1 Tradicionalni kontekst – Masovni eksperimenti provedeni od strane države

Nakon Medicinskog suđenja po završetku Drugog Svjetskog rata pa sve do nedavno, ukoliko je pravosuđe i šutjelo na nedopušteno eksperimentiranje na ljudima, nije bilo zatišja u provođenju samih nedopuštenih eksperimenata. Ovoga puta eksperimentima nisu podvrgnuti ljudi *nevrijedni življenja* kao u nacističkim koncentracijskim logorima, već oni, prema vrijednosnoj ljestvici sustava koji ih je podvrgnuo takvim često smrtonosnim eksperimentima, *manje vrijedni življenja*. Eksperimenti koje ćemo obraditi ukazuju na apsolutnu neprihvatljivost rješavanja kolizije između prava pojedinca i općeg interesa davanjem prevage interesima znanosti i društva u cjelini. Provođenje medicinskih istraživanja nužno je za razvitak znanosti i povećanja korpusa ljudskog znanja, ali je prihvatljivo samo ako je zajamčena zaštita ljudskih prava onih koji se stavljaju u službu znanosti. Ljudi ne smiju biti svedeni na puke objekte i instrumente za napredak znanosti, jer „u demokratskim društvima ljudi ne žive za dobrobit društva ili znanosti, nego imaju svoje vlastite svrhe, što uvelike nadilazi

---

<sup>136</sup> Tako čl. 19 Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama predviđa da se „[b]iomedicinsko istraživanje može [se] primijeniti prema osobi s duševnim smetnjama ako: 1. je Povjerenstvo za zaštitu osoba s duševnim smetnjama (u daljnjem tekstu: Povjerenstvo) odobrilo projekt biomedicinskog istraživanja nakon preispitivanja znanstvenog značaja, važnosti cilja i etičnosti istraživanja 2. je etičko povjerenstvo dalo pozitivno mišljenje o etičkoj prihvatljivosti uključivanja osobe s duševnim smetnjama u istraživanje 3. je osoba s duševnim smetnjama na precizan i razumljiv način, usmeno i pisano upoznata o važnosti istraživanja, te njegovoj svrsi, prirodi, posljedicama, koristima i rizicima 4. je osoba s duševnim smetnjama dala pisani pristanak koji može opozvati u svakom trenutku i ako je sposobnost za davanje pristanka na biomedicinska istraživanja utvrdio još jedan psihijatar izvan zaposlenika psihijatrijske ustanove koja ih provodi, a kojeg je odredilo Povjerenstvo 5. se opravdano očekuje da će rezultati istraživanja biti korisni za zdravlje te osobe i bez štetnih popratnih posljedica, o čemu mišljenje daje odjelni liječnik“ dok čl. 20 st. 2 istog Zakona propisuje kako „[p]ristanak na posebni medicinski postupak i biomedicinsko istraživanje umjesto osobe s duševnim smetnjama ne mogu dati zakonski zastupnik niti osoba od povjerenja.“ Navedeno je u suglasnosti sa člankom 15. Konvencije o pravima osoba s invaliditetom.

*granice društvenih i znanstvenih interesa [...] znanost je napravljena da služi ljudima, a ne da ljudi služe znanost.*<sup>137</sup>

Slično je i Pence, dajući osvrt na najtamnije stranice u povijesti medicine, utvrdio da „*ljudi ne postoje da bi služili medicinskoj znanosti. Ljudska bića – svih rasa, bogati ili siromašni, zdravi ili bolesni, obrazovani ili neobrazovani – imaju pravo kontrolirati svoja tijela i svoje liječenje bez rizika da će im istraživači nanijeti štetu [...] sustavnim obmanjivanjem i neliječenjem ovi istraživači doveli su svoje subjekte u opasnost od nastanka štete, lišavajući ih time njihovih prava.*“<sup>138</sup> Pence je bio ponukan ovu izjavu dati opisujući *Tuskegee* eksperimente, provedene u Alabami između 1931. i 1972. nad više stotina osoba oboljelih od sifilisa, isključivo Afroamerikanaca.<sup>139</sup> Naime, u ovom eksperimentu provedenom u tzv. prirodnim uvjetima, odnosno neliječenjem pacijenata, osobe oboljele od sifilisa nisu primale nikakvu terapiju za svoju bolest, čak niti nakon otkrića penicilina kao učinkovite terapije protiv sifilisa, niti su obaviještene da su zaraženi. Većina pacijenata je ujedno imala i bračne partnere, a upravo je ta uskrata informacija, uz neliječenje, dovela i do daljnjeg širenja bolesti. Otkriće ovog eksperimenta, dovelo je do promjene regulacije istraživanja u SAD-u koja je uslijedila 1972. godine „*zahtijevajući da sve institucije koje provode medicinske eksperimente nad ljudima i primaju sredstva iz federalnih fondova, imaju odbore za institucionalni nadzor*“.<sup>140</sup> Ti su eksperimenti doveli u konačnici i do javne isprike preživjelima od strane predsjednika *Clintona* 1997. godine.<sup>141</sup> Ovdje moramo napomenuti da javno razotkrivanje *Tuskegee* eksperimenta koje je nastalo *post festum* samog istraživanja, ili na samom njegovom kraju, nije bilo jedino takvo razotkrivanje u SAD-u.

Primjerice, godine 1994, otkriveno je da je preko 16.000 američkih pacijenata podvrgnuto eksperimentima s radijacijom od strane brojnih liječnika i istraživača od Drugog svjetskog rata do sredine sedamdesetih

---

<sup>137</sup> *Andorno* 2010, 133. Prema Andornu, princip primata ljudskog bića nad znanostu i društvom je direktna posljedica zahtjeva za poštivanjem ljudskog dostojanstva, stoga je i davanje prevage interesu znanosti nad temeljnim ljudskim pravima pojedinca negacija njegovog ljudskog dostojanstva. *Ibid.*

<sup>138</sup> *Pence* 2007, 498.

<sup>139</sup> *V. Brandt* 1978, 21 *et seq.*

<sup>140</sup> *Pence* 2007, 498.

<sup>141</sup> The White House, Office of the Press Secretary, May 16, 1997, Remarks by the President in apology for study done in Tuskegee. Tekst isprike predsjednika *Clintona* dostupan je na web stranici: <http://www.cdc.gov/tuskegee/clintonp.htm> [14.5.2015.]. Federalna vlada je isplatila više od 10 milijuna dolara subjektima istraživanja i njihovim nasljednicima.



godina.<sup>142</sup> Kako *Pence* navodi, barem 435 eksperimenata vršilo je samo Ministarstvo energetike ili njegovi prednici u 21 američkoj saveznoj državi.<sup>143</sup> Kao i kod prethodnog *Tuskegee* eksperimenta posebno oformljen predsjednikov Odbor o eksperimentima nad ljudima s radijacijom 1995. godine zaključio je da bi se vlada morala ispričati i isplatiti naknade štete osobama koje su možda bile povrijeđene u tim eksperimentima.<sup>144</sup> Godine 2010. javno je objavljeno o još jednom medicinskom eksperimentu – Sjedinjene Američke Države, putem, između ostalog, Nacionalnih Instituta za zdravlje (*US. National Institutes of Health*) provele su medicinske eksperimente u Gvatemali 1940-ih godina, u kojoj su liječnici zarazili vojnike, zatvorenike i osobe s duševnim smetnjama sifilisom i drugim spolno prenosivim bolestima kako bi ispitali učinkovitost penicilina u liječenju tih bolesti.

Eksperimenti, u kojima je sudjelovao i liječnik koji je pomogao voditi i *Tuskegee* eksperiment u Alabami, obuhvaćali su oko 1.500 muškaraca i žena koji su bez svog pristanka sudjelovali u istom. Ispitivanja su provedena između 1946. i 1948. godine, a ispitanici su namjerno bili zaraženi sifilisom i to putem prostitutki od koje su neke također bile namjerno zaražene. "*Iako su se ti događaji dogodili prije više od 64 godine, ogorčeni smo da se takvo osude vrijedno istraživanje moglo dogoditi pod krinkom javnog zdravstva*", izrekao je još jedan predstavnik Američke vlade, ovoga puta državna tajnica *Hillary Rodham Clinton* 2010. godine, ispričavajući se žrtvama: „*Duboko žalimo što se to dogodilo i ispričavamo se svim pojedincima koji su bili pogođeni takvom odvratnom istraživačkom praksom*“.<sup>145</sup>

Također, prema navodima *Pencea*, a koji citira ostale izvore,<sup>146</sup> u operaciji “Pustinjska oluja” 1991 godine, vojno osoblje primilo je eksperimentalno cjepivo protiv biološkog oružja, a koje nisu bili ni u mogućnosti odbiti u ratnim uvjetima. Primanje tog cjepiva je navodno dovelo do mnogih oboljenja. *Pence* ispravno zaključuje da u svim tim događajima čini se kako

---

<sup>142</sup> *Pence* 2007, 502.

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> V. Final Report, Advisory Committee on Human Radiation Experiments, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1995, dostupno na: [http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/\\_Public/27/031/27031227.pdf](http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/27/031/27031227.pdf) [6.5.2015.].

<sup>145</sup> V. novinske članke: *U.S. infected Guatemalans for STD tests*, Washington Post, 2. 10. 2010., dostupno na: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/10/01/AR2010100107299.html> [6.5.2015.]; *Guatemalan STD medical experiments were just one crime in a long history of medical-government collusion to use humans as guinea pigs*, Natural News, 2. 10. 2010., dostupno na: [http://www.naturalnews.com/029924\\_medical\\_experiments\\_Guatemala.html](http://www.naturalnews.com/029924_medical_experiments_Guatemala.html) [6.5.2015.].

<sup>146</sup> *Pence* 2007, 503.

se stalno ponavlja isti obrazac, “*liječnici i znanstvenici koji rade za vojsku ili vladu namjerno, u ime nekog nejasnog višeg dobra, nanose štetu ranjivim osobama koje nemaju načina to izbjeći*”.<sup>147</sup>

Nadalje, 1997. godine došlo je do, opet *post festum*, objave kako “*američka istraživanja u Africi na proučavanju AZT-a (zidovudina), u kojima je trudnim ženama zaraženim HIV-om, davan placebo, nalik na Tuskegee eksperiment, zato sto su liječnici istraživači dopuštali da mnoga djeca pod njihovom negom budu rođena zaražena HIV-om – što se moglo spriječiti*”.<sup>148</sup> Ta je objava nastala kao posljedica studije objavljene 1994. godine, koja je financirana iz federalnih fondova, a koja je dokazala da davanje lijeka AZT tijekom trudnoće za dvije trećine smanjuje rizik od prenošenja HIV-a s majke na dijete. Naime, prema *Angell*, iz ovog istraživanja može se zaključiti sljedeće: “*Novofinacirana istraživanja u afričkim zemljama obavljena su na subjektima koji su bili: (1) crnci, (2) žene, (3) siromašni, (4) većinom nepismeni, (5) žrtve bolesti koje se prenose spolnim putem (6) bez drugih dostupnih sredstava za liječenje. U oba slučaja istraživanja su vodile važne, ali daleke vladine agencije [...]*”.<sup>149</sup>

Iako je istraživanje poduzeto na teritoriju izvan SAD-a, kao i iz *Tuskegee* eksperimenta, vidljivo je da su subjekti istraživanja bili mahom niže obrazovane osobe, lošijeg imovinskog stanja. Takvo je istraživanje još dodatno bilo kontroverzno, jer je dovelo u središte pitanje primjene dvostrukih standarda.<sup>150</sup> Naime, “*ako je neetično da se proučavanja u kojima kontrolna grupa prima placebo izvode u Americi, trebalo bi biti i neetično da se ista izvode u državama Trećeg svijeta*”.<sup>151</sup> *Tuskegee* istraživanje nije okončano, već je naprosto izvezeno u inozemstvo.<sup>152</sup>

Gotovo četiri desetljeća nakon što je Vrhovni sud SAD-a, oglasivši se nenadležnim, odbio zahtjev za izdavanje *writ of habeas corpus* i *writ of prohibition* – posljednjih pravnih sredstava na raspolaganju nacističkim liječnicima osuđenima u nürnberškom procesu,<sup>153</sup> Nürnberški kodeks našao je svoje mjesto i u judikaturi Vrhovnog suda SAD-a. Predmet *Stanley* ticao

---

<sup>147</sup> *Ibid.*, 504.

<sup>148</sup> *Ibid.* (citirajući *Angell, M., Tuskegee Revisited*, Wall Street Journal, 28.10.1997.).

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> V. više u *Macklin* 2004.

<sup>151</sup> *Pence* 2007, 504 (citirajući *Macklin, R., Ethics and International Collaborative Research, Part I*, American Society for Bioethics and Humanities Exchange, Vol. 1, No. 2, 1). Odnosno, uopćeno, „*ako je neetično provoditi određenu vrstu istraživanja u razvijenoj zemlji, neetično je provoditi to isto istraživanje u zemlji u razvoju.*“ V. *Macklin* 2004, 45.

<sup>152</sup> *Pence* 2007, 504 (citirajući *Goodman, E., Is Tuskegee Study Ok Abroad?*, *The Boston Globe* od 25. 7. 1997.). Ovo je istraživanje prekinuto tek 1998.godine.

<sup>153</sup> *Brandt v. United States*, 333 U.S. 836 (1948). V. Order of the United States Supreme Court denying writ of habeas corpus, *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 330.

se narednika američke vojske, *James Stanleyja*, koji je bez pristanka bio podvrgnut ispitivanju učinaka psihodelične droge LSD.<sup>154</sup> *Stanley* se 1958. godine dobrovoljno prijavio za sudjelovanje u programu čija je navodna svrha bilo ispitivanje učinkovitosti zaštitne odjeće i opreme s ciljem korištenja iste u slučajevima kemijskog ratovanja. Međutim, prava je svrha programa, sukladno vojnom planu, bilo testiranje učinaka psihodelične droge na ljude – u Vojnom laboratoriju za kemijsko ratovanje, četiri su mu puta u mjesec dana u organizam potajno unesene doze lisergične dietilamidne kiseline (LSD).<sup>155</sup> Temeljem *The Federal Tort Claims Act*<sup>156</sup> podnio je tužbu protiv Savezne Vlade zbog nemara u provođenju programa testiranja droge, nadzora testiranja, te naknadnog praćenja, kasnije je dopunivši i navodima protiv nepoznatih saveznih dužnosnika zbog kršenja njegovih ustavnih prava.<sup>157</sup> Ostajući pri *Feresovoj* doktrini, prema kojoj SAD ne može biti smatran odgovornim za ozljede koje pretrpe pripadnici oružanih snaga na dužnosti,<sup>158</sup> Sud je odbio pružiti pravnu zaštitu naredniku *Stanleyju*. Međutim, valja naglasiti kako zaključak suda nije bio taj da je eksperimentiranje bez pristanka dozvoljeno po američkom ili međunarodnom pravu, već je naprosto potvrđena ispravnost stajališta nižestupanjskog suda o neodgovornosti države za ozljede nanesene aktivnim vojnim službenicima.

Ipak, u izdvojenim mišljenjima sudaca *Brennan* i *O'Connor*, stajalište o eksperimentiranju bez pristanka kao nedopuštenom činu našlo je svoju afirmaciju. U izdvojenom je mišljenju sudac *Brennan*, izričito se pozivajući na Nürnberški Kodeks, prije problematiziranja iznesenih pravnih pitanja našao nužnim staviti postupke američke savezne vlade u povijesni kontekst – i to upravo onaj nacističkih zvjerstava.<sup>159</sup> Izričito je naglasio kako je upravo nürnberško „*medicinsko suđenje*“ u kolektivnu svijest ukorijenilo shvaćanje kako je eksperimentiranje sa subjektima koji nisu svjesni da su podvrgnuti istima moralno i pravno neprihvatljivo.<sup>160</sup> Stavljanje

---

<sup>154</sup> *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987).

<sup>155</sup> *Ibid.*, 671. Zbog izlaganja LSD-u, *Stanley* je patio od halucinacija i periodičnih gubitaka sjećanja, uslijed čega je znatno oslabila i njegova sposobnost obavljanja vojnih obveza. Otpušten je iz vojske 1969., a godinu dana kasnije se i razveo zbog promjena osobnosti uzrokovanih LSD-om; povremeno bi se „*noću budio iz sna, te bez razloga premlaćivao svoju suprugu i djecu, kasnije se ne mogavši sjetiti cijelog incidenta*“ (citirano unutar presude preuzet iz dokaznog materijala, *op. a.*).“ Tek je 1975. obaviješten od strane Vlade da je provedeno istraživanje o dugoročnom učinku LSD-a i da je on bio jedan od ispitanika.

<sup>156</sup> *The Federal Tort Claims Act* (28 U.S.C. § 2671 *et seq.*).

<sup>157</sup> *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 672.

<sup>158</sup> *Feres v. United States*, 340 U.S. 135 (1950), 146.

<sup>159</sup> Izdvojeno mišljenje suca *Brennana*, *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 687.

<sup>160</sup> *Ibid.*

eksperimenta nad pripadnicima oružanih snaga od strane same vlade u kontekst brutalnosti nacističkih eksperimenata mogla bi se učiniti neprimjerenom. Međutim, evocirajući temeljno pravilo Nürnberškog kodeksa da je pristanak subjekta ispitivanja apsolutno esencijalan,<sup>161</sup> primijećeno je kako je upravo „*Vojni tribunal Sjedinjenih Američkih Država razvio Nürnberški Kodeks kao standard prema kojem će se prosuđivati djela nacističkih liječnika*“<sup>162</sup> te kako „*niti jedno sudački kreirano pravilo ne može osloboditi od odgovornosti za provođenje nedobrovoljnog ili neinformiranog medicinskog eksperimenta*“.<sup>163</sup> Jasno je izraženo stajalište kako tvorac pravila – američka vlada, odnosno njezina vojska, ne mogu biti izuzeti od njegove primjene. Ovdje se pokazuje istinitom Bassiounijeva misao kako „*[h]uman experimentation authorized by the state dramatizes the notion that the state is free to treat its nationals in the manner it chooses because it perceives itself as the source of all rights, and therefore as beyond the reach of law, rather than regarding rights as inalienable, that is, not subject to arbitrary cancellation by the State*“.<sup>164</sup>

## **5.2 Moderni kontekst: Predmet *Pfizer* i farmaceutske kompanije kao novi akteri**

Danas se može smatrati da su načela iz Nürnberškog Kodeksa dio međunarodnog običajnog prava, a upravo je sud u predmetu *Pfizer*, kako ćemo pokazati, veći dio ispitivanja odgovornosti *Pfizer*a posvetio ovome pitanju. I dok je u predmetu *Stanley* Nürnberški kodeks našao mjesto tek u izdvojenim mišljenjima, u predmetu *Pfizer* doživio je svoju punu afirmaciju. Potonji predmet zorno ukazuje na novog aktera koji stupa na scenu u desetljećima nakon Drugog svjetskog rata – farmaceutske multinacionalne kompanije. Nedopušteni eksperimenti više se u pravilu ne vrše od strane država, već farmaceutskih kuća. Ipak, kao što predmet *Pfizer* ukazuje, i ovdje je nedopušteno eksperimentiranje gotovo nemoguće bez potpore od strane države. Upravo će povezanost farmaceutskih društava s organima vlasti biti odlučujuća za kvalifikaciju eksperimentiranja kao zločina protiv čovječnosti. U predmetu *Pfizer* jasno je izraženo stajalište kako je eksperimentiranje bez pristanka subjekta protivno međunarodnom

---

<sup>161</sup> Izdvojeno mišljenje suca Brennana, *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 687; Izdvojeno mišljenje sutkinje O'Connor, *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 710.

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> Izdvojeno mišljenje sutkinje O'Connor, *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 709-710.

<sup>164</sup> *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1607. Navedeni citat našao je svoje mjesto i u predmetu *Stanely*. V. Izdvojeno mišljenje suca Brennana, *United States v. Stanley*, 483 U.S.669 (1987), 687.

običajnom pravu – zabrana eksperimentiranja “*prihvaćena je gotovo beziznimno od strane država diljem svijeta*”.<sup>165</sup> Također je utvrđeno da je prodor običajnopravne zabrane vršenja eksperimenata nad subjektima koji nisu dali pristanak počeo upravo u Nürnbergu: “*Evolucija zabrane u normu međunarodnog običajnog prava počela je s ratnim suđenjima u Nürnbergu. SAD, Sovjetski Savez, Ujedinjeno Kraljevstvo i Francuska, postupajući u interesu Ujedinjenih naroda, osnovali su Međunarodni kazneni sud kroz potpisivanje Londonskog Sporazuma 8. 8.1945.*”<sup>166</sup> Nadalje, ako su ispunjenje i ostale pretpostavke, podvrgavanje ljudi nekonsenzualnim eksperimentima, prema našem mišljenju, može voditi i do klasifikacije takvog ponašanja kao zločina protiv čovječnosti. Ovaj predmet zorno ukazuje na neuralgične točke u sustavu regulacije i provođenja istraživanja, pozivajući na pojačanu kontrolu kako bi se istraživanja odvijala sukladno pravilima struke i slijedila zakonsku regulativu.

U nastavku iznosimo činjenično stanje predmeta kako je izneseno u presudi žalbenog suda.<sup>167</sup> Godine 1996, *Pfizer* je proveo istraživanje lijekova u Kano regiji u Nigeriji za vrijeme epidemije bakterijskog meningitisa gdje testirao eksperimentalni lijek – antibiotik *Trovan* – na 200 djece. Nekoliko skupina tužitelja je u SAD-u na temelju *The Alien Tort Claims Act*<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 177.

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163, 169-170. V. detaljnije o činjeničnom stanju slučaja na stranicama *Business & Human Rights Resource Centre*, dostupno na: <http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria#c9346> [12.5.2015.]. Na navedenoj stranici dostupne su poveznice na presude u predmetu *Pfizer*, podnesci stranaka, priopćenja za javnost, kao i niz članaka glede ovoga predmeta.

<sup>168</sup> *The Alien Tort Claims Act* (28 U.S.C. § 1350) (dalje: ATCA). Citirani odjeljak *United States Code* glasi: „*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.*“ Za historijat ovih postupaka vođenih temeljem ATCA, koje je žalbeni sud konsolidirao te donio jedinstvenu odluku, v. odluku povodom žalbi *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163, 170-172. Kako je navedeno u ovome predmetu, Vrhovni sud SAD-a prvi je put sveobuhvatno pristupio tumačenju ATCA u predmetu *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), utvrdivši da je ovaj zakon „*usvojen da bi se ustanovila nadležnost u pogledu 'relativno skromnog dijela tužbi za navodna kršenja međunarodnog prava [...] Vrhovni sud potvrdio je da federalni sudovi zadržavaju ograničenu ovlast za 'primjenu međunarodnog prava na privatne odnose' prepoznajući 'usku skupinu međunarodnih pravila' koja će biti primjenjiva od strane sudova [...] Upozorio je, međutim, da sudovi moraju koristiti tu ovlast sa zadržkom i da 'razumijevanje da su vrata (utuživim štetnim radnjama) još uvijek tek odškrinuta i pod prismotrom budnom vrataru' koji dopušta samo one zahtjeve koji 'se temelje na normi međunarodnog karaktera prihvaćenoj od civilizarnog svijeta i definiranoj sa specifično usporedivim okolnostima paradigmi 18. stoljeća koje je Vrhovni sud priznao.' Te paradigme iz 18. stoljeća sastoje se od povreda*

podnijelo tužbe protiv *Pfizera*, tvrdili da je ova vodeća svjetska farmaceutska korporacija, prekršila međunarodno običajno pravo davanjem *Trovan*-a djeci, pacijentima Zarazne bolnice u Kanu, bez pribavljanja informiranog pristanka. *Pfizer* je, s ciljem ishoda odobrenja američke Agencije za hranu i lijekove (*U.S. Foods and Drug Administration*, dalje: FDA) za registriranje ovog antibiotika kao lijeka koji se može davati i djeci, proveo istraživanje u Nigeriji na način da je poslao svoja tri liječnika da rade zajedno s Nigerijskim liječnicima na ovom istraživanju. Tužitelji su u tužbi naveli da je *Pfizer* radio u dogovoru s nigerijskim državnim službenicima kako bi istraživanje bilo omogućeno. Polovica djece je primala *Trovan*, a druga polovica *Cetriaxone*, već odobreni lijek u Sjedinjenim Američkim Državama. Tužitelji su tvrdili da su već preliminarna testiranja na životinjama pokazala kako *Trovan* ima ozbiljne, po život opasne, nuspojave i da nije nikad prije bio testiran u ovoj formi na djeci. Nadalje, prema tvrdnjama tužitelja, *Pfizer* je namjerno dao djeci koja su bila u kontrolnoj skupini niske doze *Cetriaxona*, kako bi rezultati po učinkovitosti bili što povoljniji za *Trovan*. Nakon otprilike 2 tjedna provođenja istraživanja, *Pfizer* je završio istraživanje te napustio Zaraznu bolnicu u Kanu bez ikakve daljnje procedure nadzora. Prema riječima tužitelja, istraživanje je dovelo do smrti jedanaestero djece, i to petero djece koje su primala *Trovan* i šestero djece koja su primila smanjenu dozu *Ceftriaxona*, dok su mnoga druga ostala slijepa, gluha, paralizirana ili s posljedicom oštećenja mozga. Dodatno, prema riječima tužitelja, *Pfizer* je, u dogovoru s nigerijskom vladom, propustio ne samo pribaviti informirani pristanak bilo djece, bilo njihovih zastupnika, nego je osim toga, propustio obavijestiti ih da se ne radi o standardnom liječenju, već o davanju eksperimentalnog lijeka. Ujedno moguće posljedice uzimanja tog lijeka, kao i uzimanja niže doze *Ceftriaxona* nisu bile predložene niti djeci niti njihovim zastupnicima, niti im je ponuđen alternativni tretman liječenja bakterijskog meningitisa. Isti je bio dostupan čak i na istom mjestu jer su Liječnici bez granica pružali učinkovit, siguran i konvencionalan način liječenja bakterijskog meningitisa. Tužitelji su tvrdili da je *Pfizer*, postupajući kako je gore opisano, namjerno kršio protokol istraživanja kako bi ubrzao odobrenje *Trovana* od strane FDA. *Pfizer* je s druge strane, kako je to vidljivo iz predmeta, tvrdio da je dobio odobrenje od strane nigerijske vlade, te od strane etičkog odbora Zarazne bolnice u Kanu. No, odobrenje je navodno antedatirano jer u vrijeme kad su se vršila istraživanja, Zarazna bolnica nije

---

*protiv veleposlanika, povrede protiv prava na siguran prolaz i pojedinačne radnje koje proizlaze iz piratstva.*“ Citirano prema *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163, 173.

ni imala uspostavljen etički odbor. Nadalje, 1998 godine, FDA je odobrila *Trovan* samo za liječenje punoljetnih pacijenata, no nakon izvještaja o zatajenjima jetre kao nuspojavi kod nekih od pacijenata koji su primali *Trovan*, dozvoljena uporaba lijeka ograničena je na hitne slučajeve. Europska Unija je 1999. godine zabranila korištenje *Trovana* kao lijeka. Godine 2009. Žalbeni je sud ukinuo prvostupanjske presude, oglasio se nadležnim za postupanje u predmetu utvrdivši da je istraživanje nad ljudima bez pristanka zabranjeno međunarodnim pravom, te vratio predmet na ponovno odlučivanje prvostupanjskom sudu.<sup>169</sup> Protiv ove odluke *Pfizer* podnosi Vrhovnom sudu SAD-a zahtjev za izdavanje *writ of certiorari*, koji Vrhovni sud odbija.<sup>170</sup> Konačno, 23. veljače 2011. stranke su objavile da su postigle nagodbu u ovoj parnici.<sup>171</sup>

U svibnju 2007. godine, pokrajina Kano pokrenula je kazneni postupak te tužbu za naknadu štete protiv *Pfizera* tražeći isplatu preko 2 milijarde dolara. Dogovori oko nagodbe u tijeku su od 2007. godine. Za to je vrijeme i sudski postupak mirovao. Poseban je postupak pokrenula i Vlada Nigerije protiv *Pfizera* u lipnju 2007. godine, tražeći 7 milijardi s naslova naknade štete zbog smrti djece podvrgnutih istraživanju. *Pfizer* se uspio nagoditi i s Vladom Nigerije i s pokrajinom Kano. *Pfizer* i Kano su postigli nagodbu na način da je *Pfizer* dužan isplatiti \$75 milijuna i to: \$35 milijuna za isplatu naknada štete žrtvama, odnosno subjektima istraživanja; \$30 milijuna projektima za zaštitu zdravlja u Kanou te \$10 milijuna za sudske troškove Kano-a.<sup>172</sup> Osim što je Nigerija kao suverena država omogućila *Pfizeru* provođenje ovog kriminalnog eksperimentiranja, te sudjelovala u zataškavanju istoga, ima naznaka da je nigerijsko tužiteljstvo odustalo od kaznenog progona *Pfizera* zbog pritiska i ucjena Glavnog državnog

---

<sup>169</sup> *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 191.

<sup>170</sup> *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), cert. denied, 130 S. Ct. 3541 (2010)

<sup>171</sup> Uvjeti nagodbe su povjerljivi, stoga nismo u mogućnosti ispitati njezin sadržaj. Međutim, prema dostupnim informacijama, odnosno zajedničkoj izjavi koja je objavljena 22. veljače 2011., utvrđeno je kako će tužitelji biti isplaćeni preko posebnog fonda (tzv. *Healthcare/Meningitis Trust Fund*) oformljenog od strane neovisnog tijela u Kanuu u Nigeriji. Vidjeti detaljnije na: <http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria#c9346> [12.5.2015.].

<sup>172</sup> Prva isplate izvršene su u kolovozu 2011. godine, i to obiteljima četvero djece koja su umrla uslijed istraživanja. U studenom 2011. godine, 186 žrtava je pokrenulo novu parnicu pred Federalnim visokim sudom u Kanou, navodeći da je *Pfizer* prekršio nagodbu iz 2009. godine ograničavajući isplate. Žrtve su konačno isplaćene krajem 2014. godine. Navedene informacije su dostupne na <http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria#c9346> [12.05.2015.].

odvjetnika Nigerije.<sup>173</sup> Ovo dokazuje da osim znatno fleksibilnije regulacije istraživanja koja čini zemlje u razvoju atraktivnima za farmaceutske kompanije, u državama pripadnosti kojih vrijede znatno stroža pravila za provođenje eksperimenata i općenito viši standard zaštite ljudskih prava, dodatni moment je taj što se iste mogu pouzdati da u slučaju kršenja, pa i takvog koje će rezultirati fatalnim posljedicama, neće biti sankcionirane. Izravno se referirajući na presudu u predmetu *Brandt*, američki je sud potvrdio stajalište o moralnoj i pravnoj neprihvatljivosti nekonsenzualnog eksperimentiranja na ljudima<sup>174</sup> te mogućnosti da eksperimenti bez pristanka budu tretirani zločinima protiv čovječnosti. Iako se ovdje nije radilo o kaznenom postupku, predmet je značajan zbog utvrđivanja običajnopravne zabrane nekonsenzualnog eksperimentiranja na ljudima.<sup>175</sup> Kako je već rečeno, temeljem ATCA dopušteni su samo oni zahtjevi koji se temelje na normi međunarodnog karaktera prihvaćenoj od strane civiliziranih naroda. Nadalje, predmet je, evocirajući suđenje nacističkim liječnicima, repositionirao eksperimente bez pristanka subjekta u kontekst međunarodnih zločina te aktualizirao pitanje kada se ovakvi zločini mogu smatrati zločinima protiv čovječnosti. Ostaje otvorenim pitanje postojanja državnog plana ili politike kao elementa zločina protiv čovječnosti, osobito je li dostatno stavljanje velikog broja svojih državljana na raspolaganje jednom trgovačkom društvu radi provođenja fatalnih eksperimenata testiranjem lijeka čija je smrtonosnost bila barem vrlo vjerojatna, ako ne i izgledna (dok na istom mjestu Liječnici bez granica provode liječenje sigurnim, učinkovitim i od strane FDA odobrenim lijekom), zataškavanje takvih kriminalnim eksperimenata te ostatak „udruženog rada“ *Pfizera* i Nigerije za utvrđivanje ovog elementa zločina protiv čovječnosti.<sup>176</sup> Štoviše,

---

<sup>173</sup> V. novinski članak *Secret Cable Discusses Pfizer's Actions in Nigeria Case*, New York Times, 10. 12. 2010., dostupno na:

[http://www.nytimes.com/2010/12/11/business/11pfizer.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/12/11/business/11pfizer.html?_r=0) [12.5.2015.].

<sup>174</sup> *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 179. Sud se ovdje pozvao upravo na već citirano mišljenje izdvojena misljenja suca *Brennana* u *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987), 687.

<sup>175</sup> Žalbeni se sud upustio u neobičajeno detaljnu razradu ovog problema. V. *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 174-184.

<sup>176</sup> *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), 188-189: „*The Appellants have alleged that the Nigerian government was involved in all stages of the Kano test and participated in the conduct that violated international law. They allege that the Nigerian government provided a letter of request to the FDA to authorize the export of Trovan, arranged for Pfizer's accommodations in Kano, and facilitated the nonconsensual testing in Nigeria's Infectious Disease Hospital ("IDH") in Kano. Despite overcrowding due to concurrent epidemics, the Nigerian government extended the exclusive use of two hospital wards to Pfizer, providing Pfizer with control over scarce public resources and the use of the hospital's staff and facilities to conduct the Kano test, to the exclusion of MSF. This*



dovodi se u pitanje i je li državni plan ili politika uopće konstitutivni element zločina protiv čovječnosti.<sup>177</sup> Negativan bi odgovor učinio razmatranje postojanja istog u slučaju kriminalnog eksperimentiranja od strane *Pfizera* izlišnim.

---

*unlawful conduct is alleged to have occurred in a Nigerian facility with the assistance of the Nigerian government and government officials and/or employees from the IDH and Aminu Kano Teaching Hospital. [...] Finally, in addition to assisting with the Kano test, Nigerian officials are alleged to have conspired to cover up the violations by silencing Nigerian physicians critical of the test and by back-dating an 'approval letter' that the FDA and international protocol required to be provided prior to conducting the medical experiment. In addition to these allegations, the Adamu plaintiffs explicitly allege that the Nigerian government 'was intimately involved and contributed, aided, assisted and facilitated Pfizer's efforts to conduct the Trovan test,' 'acted in concert with Pfizer,' and, according to a Nigerian physician involved in the Trovan experimentation, appeared to 'back[]' the testing. At the pleading stage, these contentions meet the state action test because they adequately allege that the violations occurred as the result of concerted action between Pfizer and the Nigerian government."*

<sup>177</sup> Tako je npr. Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Kunarac* utvrdilo kako „*neither the attack nor the acts of the accused needs to be supported by any form of 'policy' or 'plan'. There was nothing in the Statute or in customary international law at the time of the alleged acts which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes. As indicated above, proof that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic, are legal elements of the crime. But to prove these elements, it is not necessary to show that they were the result of the existence of a policy or plan. [...] Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime.*“ Presuda žalbenog vijeća u predmetu *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23/1-A, 12. VI. 2002., para. 98. Za snažnu kritiku ovog stajališta, v. *Schabas* 2008, osobito 958-965. Kritički također i *Bassiouni* 2011, 25-28, 41. S druge strane, u predmetu *Blaškić* raspravno je vijeće istoga suda nekoliko godina ranije zauzeo stajalište prema kojem je postojanje plana ili politike jedan od konstitutivnih elemenata zločina protiv čovječnosti. V. presudu raspravnog vijeća u predmetu *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, 3. III. 2000., paras. 203-205. Ipak, žalbeno se vijeće u ovom predmetu, utvrdivši kako je nejasno smatra li raspravno vijeće postojanje plana elementom ovog zločina, priklonilo stajalištu zauzetom u predmetu *Kunarac* i zaključilo kako „*a plan or policy is not a legal element of a crime against humanity, though it may be evidentially relevant in proving that an attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic.*“ V. presudu žalbenog vijeća u predmetu *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, 29. VII. 2004, para. 120. Prema Rimskom Statutum „*državna politike ili politika neke organizacije*“ konstitutivni je element zločina protiv čovječnosti (čl. 7(2)(a)).

## 6. OD NÜRNBERGA PREKO RIMA DO UNIVERZALNE KODIFIKACIJE ZLOČINA PROTIV ČOVJEČNOSTI

Prije rađanja *ad-hoc* međunarodnih kaznenih tribunala i razvoja međunarodnog kaznenog prava devedestih godina prošlog stoljeća potaknutog kršenjima međunarodnog humanitarnog prava intenziteta neviđenog od Drugog Svjetskog rata, smatralo se da „*eksperimentiranje na ljudima počinjeno protiv ratnih zarobljenika i civila pod vojnom okupacijom konstituira ratne zločine, dok se takvi eksperimenti nad svojim vlastitim stanovništvom smatraju zločinima protiv čovječnosti pod uvjetom da su izvršeni u kontekstu rata*“.<sup>178</sup> Konstatcija da eksperimenti moraju biti izvršeni u kontekstu rata da bi bili kvalificirani zločinima protiv čovječnosti zaslužuje pažnju. Ovo je pitanje osobito značajno jer se danas masovni nedozvoljeni eksperimenti vrše primarno u stanju mira, pa je potrebno ispitati može li zločin protiv čovječnosti biti i „*mirnodopski zločin*“.

Za razliku od Statuta Međunarodnog vojnog suda, Zakon broj 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku nije zahtijevao *nexus* zločina protiv čovječnosti i stanja oružanog sukoba.<sup>179</sup> Zanimljivo, pola stoljeća kasnije upravo je Zakon broj 10 Kontrolnog Savjeta za Njemačku bio jedan od akata na koji se pozivao krug država u Pripremnoj komisiji za izradu Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda zagovarajući tezu kako veza zločina protiv čovječnosti i ratnog stanja ne odražava postojeće međunarodno pravo.<sup>180</sup> Ipak, jasno je kako četiri velesile koje su uspostavile

---

<sup>178</sup> V. Bassiouni, *Baffes & Evrard* 1981, 1665.

<sup>179</sup> Ovdje ističemo kako je obrana optuženika u predmetu *Brandt*, smatrajući Zakon broj 10 implementacijskim propisom Londonskog sporazuma i Statuta, prema čijem je čl. 6(c) kazneno djelo zločina protiv čovječnosti moralo biti počinjeno „*u izvršenju nekog zločina ili u vezi sa zločinom koji spada pod nadležnost Suda*“, iznjela stav kako Zakon br. 10 ne može proširivati opseg inkriminacija definiranih Statutom te da je međunarodno pravo nepirmjenjivo na zločine počinjene protiv osoba njemačke nacionalnosti. Prema rezoniranju obrane, bilo koji zločin počinjen protiv osoba njemačke nacionalnosti nakon 1939. koji nije počinjen u izvršenju ili u vezi ratnog zločina ili zločina protiv mira, kao takav ne bi mogao biti smatran zločinom protiv čovječnosti. V. *Trials of War Criminals – Medical Case I*, 909 *et seq.*

<sup>180</sup> Oponenti stališta da je zločin protiv čovječnosti moguće počinuti samo u kontekstu oružanog sukoba, uporište su nalazili, osim u Zakonu broj 10, i u Konvenciji o kažnjavanju i sprečavanju zločina genocida, Konvenciji o nezastarjevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti, Statutu ICTR, odluci ICTY-a u predmetu Tadić, te Nacrtu Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva Komisije za međunarodno pravo. Delegacija Sjedinjenih Američkih Država išla je toliko daleko da je iznijela tvrdnju kako niti tvorci koncepta zločina protiv čovječnosti, utjelovljenog u čl. 6. Statuta Međunarodnog vojnog tribunala, počinjenje zločina u kontekstu oružanog sukoba nisu smatrali konstitutivnim elementom zločina protiv čovječnosti. Prema *Schabas* 2010, 146.

Nürnberški tribunal ne bi stavile zločin protiv čovječnosti u nadležnost tribunala bez propisivanja veze kažnjivog djela i oružanog sukoba. Sjedinjene Američke Države, Ujedinjeno Kraljevstvo, Francuska i Sovjetski savez bile su svjesne koje bi implikacije izostavljanja veze zločina i ratnog stanja moglo imati po njih same, imajući u vidu njihovo postupanje spram manjinskog stanovništva u vlastitim državama i svojim kolonijama.<sup>181</sup> *Nexusom* agresivnog rata i zločina protiv čovječnosti, velesile su omogućile kažnjavanje nacističkih zločina uz izbjegavanje „*uspostavljanja presedana zbog kojih bi mogle požaliti*“.<sup>182</sup> Iako je Zakon broj 10 poslije izostavio vezu oružanog sukoba i zločina protiv čovječnosti, još je pola stoljeća bilo uvriježeno stajalište kako takva veza proizlazi iz međunarodnog običajnog prava. No, glavni tajnik Ujedinjenih naroda u svome izvješću koje je podnio Vijeću sigurnosti 1993. godine, i u čijem je aneksu sadržan Statut Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, navodi kako su „*zločini protiv čovječnosti usmjereni protiv bilo kojeg civilnog stanovništva zabranjeni bez obzira jesu li počinjeni u međunarodnom ili unutaršnjem oružanom sukobu*“.<sup>183</sup> Prema *Schabasu*, osoblje Ujedinjenih naroda koje je izradilo nacrt odredbe čl. 5 Statuta Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju<sup>184</sup> vjerovalo je kako je prema međunarodnom običajnom pravu zločin protiv čovječnosti moguće počinuti samo u oružanom sukobu te da bi procesuiranje zločina protiv čovječnosti izvan konteksta oružanog sukoba značilo povredu načela zakonitosti.<sup>185</sup> I dok je Statut Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu izostavio vezu zločina protiv čovječnosti i oružanog sukoba,<sup>186</sup> te uveo novi

---

<sup>181</sup> *Ibid.*, 144-145.

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), 3 May 1993, UN Doc. S/25704, para. 47. Izvješće sa Statutom Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, sadržanog u njegovom aneksu, odobreno je Rezolucijom Vijeća sigurnosti 827 (1993), kojom je i osnovan ovaj sud. V. UN Doc. S/RES/827 (1993).

<sup>184</sup> Članak 5. Statuta Međunarodnog suda za kazneni progon osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriju bivše Jugoslavije od 1991. godine (UN Doc. S/RES/827, 1993) propisuje: „*Međunarodni sud je nadležan za kazneni progon osoba odgovornih za sljedeća kaznena djela kada su počinjena u oružanom sukobu, bilo međunarodnog bilo unutrašnjeg karaktera, i usmjereni protiv civilnog stanovništva: (a) ubojstvo; (b) istrebljivanje; (c) porobljavanje; (d) deportacija; (e) zatvaranje; (f) mučenje; (g) silovanje; (h) progoni na političkoj, rasnoj i vjerskoj osnovi; (i) druga nečovječna djela.*”

<sup>185</sup> V. *Schabas* 2010, 145

<sup>186</sup> Članak 3. Statuta Međunarodnog kaznenog suda za kazneni proguru osoba odgovornih za genocid i druge ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava počinjene na teritoriju Ruande i susjednih zemalja između 1. 1. 1994 i 31. 12. 1994, UN Doc. S/RES/955, 1994,

„kontekstualni element“ u vidu široko rasprostranjenog i sustavnog napada, iz izvješća Glavnoj tajnika o uspostavljanju Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu podnesenog Vijeću sigurnosti proizlazi da je to shvaćeno ne kao odraz razvoja međunarodnog običajnog prava, već, naprotiv, odstupanje od istog.<sup>187</sup> Zanimljivo, iste godine Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju, čiji statut *expressis verbis* propisuje ovaj nexus kao konstitutivni element zločina protiv čovječnosti, u jednoj od odluka u predmetu *Tadić* utvrđuje: „*Sad je već utvrđeno pravilo međunarodnog običajnog prava da zločini protiv čovječnosti ne pretpostavljaju postojanje međunarodnog oružanog sukoba. Doista, kao što to ističe Tužitelj, međunarodno običajno pravo uopće ne dovodi u vezu zločine protiv čovječnosti i oružane sukobe. Prema tome, zahtijevajući da su zločini počinjeni u domaćem ili međunarodnom oružanom sukobu, Vijeće sigurnosti je u članku 5. kazneno djelo definiralo restriktivnije nego međunarodno običajno pravo. Nije upitno, međutim, da je ta definicija u skladu s načelom nullum crimen sine lege*“.<sup>188</sup> U ovoj odluci izraženo je stajalište kako „*ne postoji nikakvo logično niti pravno uporište za ovaj zahtjev te je isti napušten u praksi država koja je uslijedila [nakon Drugog Svjetskog rata] u pogledu zločina protiv čovječnosti*“.<sup>189</sup>

---

propisuje: „*Međunarodni sud je nadležan za kazneni progon osoba odgovornih za sljedeća kaznena djela kada su počinjena u sveopćem ili sistematskom napadu protiv civila na političkoj, etničkoj, rasnoj ili religijskoj osnovi: (a) ubojstvo; (b) istrebljivanje; (c) porobljavanje; (d) deportacija; (e) zatvaranje; (f) mučenje; (g) silovanje; (h) progoni na političkoj, rasnoj i vjerskoj osnovi; (i) druga nečovječna djela.*“ Međutim, iako je isključen nexus zločina protiv čovječnosti i rata, uključena je diskriminatorna osnova ili motiv kao konstitutivni element zločina, bez obzira na radnju kojom se ostvaruju njegova obilježja. Statutom Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju (čl. 5(h)) te Rimskim Statutom Međunarodnog kaznenog suda (čl. 7(1)(h)), diskriminatorna osnova ili motiv relevantni su samo u slučaju počinjenja zločina protiv čovječnosti progonom (*persecution*), a ne i kada su obilježja zločina ostvarena nekom od ostalih inkriminiranih radnji (npr. ubojstvom, silovanjem etc.).

<sup>187</sup> Tako i *Schabas* 2010, 145. Kako je istaknuto u Izvješću Glavnog tajnika UN-a podnesenom sukladno Rezoluciji kojom je osnovan Međunarodni kazneni tribunal za Ruandu, „*Vijeće sigurnosti je izabralo ekspanzivni pristup izboru mjerodavnog prava od onoga na kojem se temelji Statut Suda za bivšu Jugoslaviju i uključio u stvarnu nadležnost Suda za Ruandu, bez obzira na to jesu li se smatrali dijelom međunarodnog običajnog prava ili jesu li povlačila za sobom individualnu odgovornost pojedinaca.*“ V. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994), 13 February 1995, UN Doc. S/1995/134, para. 12.

<sup>188</sup> *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-I-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2. X. 1995., para. 141.

<sup>189</sup> *Ibid.*, para. 140. Zanimljivo, i ovdje nalazimo na pozivanje na Zakon broj 10 koji je definirajući zločin protiv čovječnosti izostavio njegovu vezu s oružanim sukobom.

Nesporno je da je razvoj međunarodnog kaznenog prava vodio ka dokidanju shvaćanja da se zločini protiv čovječnosti mogu počinuti samo u kontekstu oružanih sukoba. *Cassese*, predsjedavajući sudskog vijeća koje je donijelo gore navedenu odluku u predmetu *Tadić*, navodi kako pozitivno običajno pravo ne pridaje više nikakvu važnost ovom *nexusu*.<sup>190</sup> Zločini protiv čovječnosti su zabranjeni i kažnjivi bez obzira jesu li počinjeni u vrijeme rata ili mira. Dok je stanje oružanog sukoba bio „kontekstualni element“ zločina protiv čovječnosti, koji bi ga razlikovao od *običnog zločina*, danas taj element nalazimo u konstrukciji „*široko rasprostranjeni i sustavni napad*“.<sup>191</sup> Članak 7 Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda potvrđuje ovu značajnu evoluciju međunarodnog prava. Izraz „*zločin protiv čovječnosti znači bilo koje od opisanih djela u čl. 7 Statuta, počinjenih u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv nekog civilnog stanovništva, uz znanje o tome napadu*“, pri čemu je „*napad usmjeren protiv civilnog stanovništva*“ definiran kao „*ponašanje koje uključuje višestruko činjene djela navedenih u čl. 7 st. 1 protiv nekog civilnog stanovništva, na temelju ili u cilju državne politike ili politike neke organizacije da se takav napad počini*“.

Daljnje pitanje koje se postavlja je predstavlja li eksperimentiranje na ljudima radnju počinjenja zločina protiv čovječnosti. Iako eksperimentiranje na ljudima nije bilo obuhvaćeno eksplicite niti u čl.6(c) Londonske povelje, baš kao niti u jednoj od daljnjih formulacija ovoga zločina, slažemo se sa stajalištem da ono ulazi u doseg generalne klauzule „*i ostala nečovječna djela*“.<sup>192</sup> Iako se u ovu *Prokrustovu* postelju nastoji opravdano ili neopravdano smjestiti niz drugih zločina, poput međunarodne prostitucije i pranja novca,<sup>193</sup> povijesno iskustvo pokazuje kako je eksperimentiranju nad ljudima ovdje uistinu i mjesto.

Alternativa smještanja eksperimenata bez pristanka u ovu generalnu klauzulu je tretiranje istih kao mučenja.<sup>194</sup> Stavljanje eksperimentiranja na ljudima bez pristanka u istu ravan s mučenjem ima svoju tradiciju u međunarodnog prava – međunarodnom pravu ljudskih prava, međunarodnom humanitarnom i međunarodnom kaznenom pravu. Tako npr.

---

<sup>190</sup> *Cassese* 2008, 99.

<sup>191</sup> *Ibid.* V. i *Schabas* 2010, 146.

<sup>192</sup> Tako *Bassiouni* 2011, 419.

<sup>193</sup> Tako je Vrhovni sud Venezuele upućujući na čl. 7 st. 1(k) Rimskog statuta držao krijumčarenje droge, terorizam i dječju prostituciju za zločine protiv čovječnosti. Prema *Schabas* 2010, 185.

<sup>194</sup> *Bassiouni* ističe da nedopušteno eksperimentiranje predstavlja mučenje ukoliko prouzrokuje bol i patnje subjektu podvrgnutom eksperimentiranju. *Bassiouni* 2011, 424.

čl. 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima<sup>195</sup> stavlja eksperimentiranje bez pristanka u kontekst mučenje i okrutnog, nečovječnog, ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja. Odmah nakon utvrđenja da „[n]itko ne smije biti podvrgnut mučenju ili okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni“, već u slijedećoj rečenici istog članka navodi kako je „[o]sobito [je] zabranjeno podvrgavanje osobe medicinskom ili znanstvenom eksperimentu bez njezinog slobodnog pristanka“.<sup>196</sup> Eksperimentiranje bez pristanka pristupa se kao jedinom posebno istaknutom pojavnom obliku mučenja ili okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja i u čl. 15 Konvencije o pravima osobama s invaliditetom<sup>197</sup> koja u istoj odredbi zabranjuju mučenje, okrutno, nečovječno ili ponižavajuće postupanje te podvrgavanje medicinskim ili znanstvenim pokusima (na engleskom jeziku *experiment*) bez slobodnog pristanka subjekta. U istu ravan s mučenjem i nečovječnim postupanjem eksperimentiranje na ljudima stavlja i Rimski Statut u čl. 8 st. 2 (a)(ii), prema kojem izraz "ratni zločini" znači teške povrede Ženevskih konvencija od 12. kolovoza 1949., što uključuje mučenje ili nečovječno

---

<sup>195</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171.

<sup>196</sup> SAD je stavio rezervu, između ostalih, i na ovaj članak Pakta prema kojoj „*the United States considers itself bound by Article 7 to the extent that 'cruel, inhuman or degrading treatment or punishment' means the cruel and unusual treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States.*“ V. I(3), U.S. Reservations, Declarations, and Understandings, International Covenant on Civil and Political Rights, 138 Cong. Rec. S4781-01 (daily ed., Apr. 2, 1992). Za rezerve i deklaracije na odredbe Pakta, v. bazu podataka United Nations Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General (dalje: MTDSG), Chapter IV.4, dostupno na: [https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg\\_no=iv-4&lang=en#EndDec](https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg_no=iv-4&lang=en#EndDec) [14.5.2015.]. Međutim, ova je rezerva, kao protivna predmetu i svrsi Pakta, bez učinka. Prema čl. 19 st. 1 t. c Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331, rezerva na neki međunarodni ugovor zabranjena ako je „*inkompatibilna s predmetom i svrhom ugovora.*“ Tako je među državama koje su prigovorile na ovu rezervu SAD-a i Kraljevina Nizozemska, koja je istaknula: „*The Government of the Kingdom of the Netherlands objects to the reservation with respect to article 7 of the Covenant, since it follows from the text and the interpretation of this article that the said reservation is incompatible with the object and purpose of the Covenant*“ (dostupno u bazi podataka MTDSG). Uostalom, Pakt je 1966. godine predstavljao kodifikaciju međunarodnog običajnog prava te se može smatrati kako rezerve na njegove odredbe nemaju pravni učinak ako se odredbe na koje je stavljena rezerva mogu smatrati međunarodnim običajnim pravom, a odredbu o zabrani nekonsenzualnog eksperimentiranja smatramo takvom. Tako ni rezerva Sjedinjenih Američkih Država stavljena na članak 7. Pakta ne bi imala učinka jer je eksperimentiranje na ljudima bez njihovog pristanka bilo zabranjeno međunarodnim običajnim pravom. Čak i ukoliko se ne prihvati da je ova odredba bila dijelom općeg običajnog prava, nepobitno je da je danas dio istog. V. i *Martin et al.* 2006, 235.

<sup>197</sup> V. bilj. 135.

postupanje, uključujući biološke pokuse (*biological experiments*). Navedena je odredba Rimskog Statuta gotovo doslovno preuzeta u čl. 91 st. 1 t. 2 hrvatskog KZ-a, koji, doduše, inkriminira i ratne zločine počinjene u nemeđunarodnom oružanom sukobu.<sup>198</sup> Eksperimente bez pristanka protiv osoba zaštićenih pojedinom konvencijom zabranjuju, doduše uz ponešto drukčiju dikciju, sve četiri Ženevske konvencije od 12. kolovoza 1949.,<sup>199</sup> propisujući podvrgavanje eksperimentima zaštićenih osoba „teškim kršenjem“ Ženevskih konvencija.<sup>200</sup>

Držimo međutim, kako bi način na koji bi se ova materija mogla urediti na međunarodnoj razini *explicite* navođenjem nedopuštenih eksperimenata kao kaznenih djela koja predstavljaju *modus* počinjenja zločina protiv čovječnosti – bilo u posebnoj klauzuli, bilo uz mučenje. Prilika za izričito unošenje nedopuštenih eksperimenata u definiciju zločina protiv čovječnosti, ali i razrješenje brojnih prijepora glede konstitutivnih elemenata ovog zločina, vidimo u trenutnom radu Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih Naroda.

Prepoznavanje potrebe za kodifikacijom materije zločina protiv čovječnosti, kao jedinog od tri međunarodna zločina kojemu nije posvećen univerzalni međunarodni ugovor, nije novijeg datuma. Komisija za međunarodno pravo radeći na Nacrtu Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva,<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> V. čl. 91 st. 1 Kaznenog zakona (NN 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15).

<sup>199</sup> V. čl. 13 Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 U.N.T.S. 135 (“*no prisoner of war may be subjected to physical mutilation or to medical or scientific experiments of any kind which are not justified by the medical, dental or hospital treatment of the prisoner concerned and carried out in his interest*”); čl. 32 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 U.N.T.S. 287 (“*This prohibition applies not only to murder, torture, corporal punishment, mutilation and medical or scientific experiments not necessitated by the medical treatment of a protected person but also to any other measures of brutality whether applied by civilian or military agents*”); čl. 12 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S. 85 (“*Any attempts upon their lives, or violence to their persons, shall be strictly prohibited; in particular, they shall not be murdered or exterminated, subjected to torture or to biological experiments*”); čl. 12, Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S. 31 (“*Any attempts upon their lives, or violence to their persons, shall be strictly prohibited; in particular, they shall not be murdered or exterminated, subjected to torture or to biological experiments*”).

<sup>200</sup> V. čl.130 Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War; čl.147 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War; čl.51 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; čl.50 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field.

<sup>201</sup> V. bilj. 13. U čl. 18 Nacrta Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva koji regulira zločine protiv čovječnosti mučenje je navedeno kao poseban modalitet počinjenja

polu stoljeća se bavila kodifikacijom, *inter alia*, i zločina protiv čovječnosti.<sup>202</sup> U tom razdoblju ponudila je četiri definicije zločina protiv čovječnosti, dodajući ili izostavljajući koji od konstitutivnih elemenata ovog jezgrenog međunarodnog zločina. Zločin protiv čovječnosti je, baš kao i genocid i ratni zločin, podvrgnut jurisdikciji međunarodnih kaznenih sudova. Međutim, dok su ratni zločini i genocid uspješno kodificirani u univerzalnim konvencijama koje zahtijevaju od država obveznica prevenciju i kažnjavanje tih zločina, kao i kooperaciju ugovornica u cilju njihove prevencije i kažnjavanja, niti jedan takav međunarodni ugovor ne postoji u pogledu zločina protiv čovječnosti.<sup>203</sup> Stoga ne čudi što Komisija za međunarodno pravo ponovno na svojoj agendi ima problematiku zločina protiv čovječnosti; ovaj put, kao posebnu temu.<sup>204</sup> Ostaje tako za nadati se kako će uroditi plodom nastojanje da se ovaj Gordijski čvor rasplete u vidu univerzalne kodifikacijske konvencije koja neće ostaviti nerazriješenim sporna pitanja glede konstitutivnih elemenata zločina protiv čovječnosti, ili barem, u obliku nacrtu članaka Komisije za međunarodno pravo koji će zaista predstavljati kodifikaciju međunarodnog običajnog prava ili njegov progresivni razvoj. Ukoliko to bude slučaj, valjalo bi eksperimente izrijeком navesti ili uz mučenje, za što uzor nalazimo u međunarodnom pravu, ili kao posebnu klauzulu kod definicije samih *modusa* počinjenja zločina protiv čovječnosti.

## 7. ZAKLJUČAK

Jedno od prvih i najvažnijih suđenja za zločine protiv čovječnosti ikada ticalo se upravo nedopuštenog eksperimentiranja – nacistički liječnici osuđeni su za „*provođenje eksperimenata bez pristanka subjekata eksperimentiranja, uslijed čega su počinili ubojstva, brutalnosti, okrutnosti, mučenja, zvjerstva i ostala nehumana djela*“. Iako su optuženici osuđeni za

---

ovog zločina, dok eksperimenti nisu izrijeком spomenuti. Također u prijedlogu International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity predložene od strane Whitney R. Harris World Law Institute, Crimes Against Humanity Initiative, Washington University School of Law, iz 2010. godine, eksperimenti također nisu izrijeком spomenuti (vidjeti čl. 3. Prijedloga). Prijedlog je dostupan, između ostalog, i u *Sadat* 2011, 359-397.

<sup>202</sup> V. o nastojanjima kodifikacije zločina protiv čovječnosti u *Clark* 2011, 8-27, te *Stanton* 2011, 345-359. V. i *Bassiouni* 2011, osobito 171-189.

<sup>203</sup> V. International Law Commission, Report on the work of its sixty-fifth session (6 May to 7 June and 8 July to 9 August 2013), General Assembly, Official Records, Sixty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/68/10), Annex B, Crimes Against Humanity, 140 *et seq.*

<sup>204</sup> *Ibid.*



“klasične” *moduse* počinjenja ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti (ubojstva, mučenja, itd.), nema sumnje da su nedopušteni eksperimenti bili okosnica cijelog suđenja. Štoviše, sud je zaključio kako niti jedan optuženik ne može biti osuđen ukoliko se ne dokaže „*izvan razborite sumnje da su optuženici u bilo kojem svojstvu sudjelovali u počinjenju barem jednog medicinskog eksperimenta*“ te kako „*niti pod kojim drugim uvjetom osuda nije moguća*“.<sup>205</sup> Nürnberški kodeks kao oporuka žrtava logora smrti danas doživljava svoju renesansu. Danas je možda čak i aktualniji nego što je bio u zadnjim desetljećima, čemu pridonosi i mogućnost procesuiranja medicinskih eksperimenata kao zločina protiv čovječnosti pred Međunarodnim kaznenim sudom temeljem Rimskog Statuta.

Držimo kako nedopušteno eksperimentiranje nad ljudima svakako spada u “*ostala nečovječna djela slične naravi kojima se namjerno uzrokuje teška patnja, teška ozljeda odnosno povreda duševnog ili tjelesnog zdravlja*”, dok je alternativa supsumpciji eksperimenata pod ovu generalnu klauzulu tretiranje istih kao mučenja, dakako, ukoliko su ispunjene pretpostavke da se eksperimentiranje smatra mučenjem. Iako, dakle, smatramo kako je procesuiranje eksperimenata na ljudima kao zločina protiv čovječnosti moguće i *de lege lata* podvođenjem istog pod opću klauzulu „*ostala nečovječna djela*“ ili tretiranjem eksperimenata kao mučenja, *de lege ferenda* bi bilo poželjno izričito navesti eksperimente u anticipiranoj konvenciji o zločinu protiv čovječnosti kao modalitet počinjenja ovog zločina jezgrenog zločina, bilo u vidu posebne klauzule, ili u klauzuli koja zabranjuje mučenje. Ovo bi, držimo, bilo i u skladu s tendencijama izraženima u međunarodnom pravu ljudskih prava, kao i međunarodnom humanitarnom i međunarodnom kaznenom pravu, da se eksperimentiranje bez pristanka regulira kao oblik mučenja, te se izričito zabranjuje već u istoj odredbi kao i mučenje.

Zločinu protiv čovječnosti sestrinski ratni zločin bi pritom mogao poslužiti kao uzor. Osim što sve četiri Ženevske konvencije izričito zabranjuju eksperimente i propisuju ih kao teška kršenja Ženevskih konvencija, dakle, ratni zločin, što slijedi i Rimski Statut, razlog za izričitu zabranu eksperimenata nad zaštićenim osoba od strane međunarodne zajednice bio je zauvijek zabraniti kriminalnu praksu eksperimentiranja na ljudima viđenu u logorima smrti.<sup>206</sup> Kao što su pri kodifikaciji ratnog zločina izričito

---

<sup>205</sup> *Trials of War Criminals – Medical Case II*, 174 (v. bilj. 60 i tekst iznad).

<sup>206</sup> V. npr. Uhler et al. 1958, 224: “*In prohibiting medical experiments on protected persons, the Diplomatic Conference wished to abolish forever the criminal practices from which thousands of persons suffered in the death camps of the last world war. [...] Protected persons must not in any circumstances be used as ‘guinea-pigs’ for medical experiments.*”; de Preux et al. 1960, 141: “*The authors of the Convention wished expressly*

navedeni eksperimenti kao teška kršenja Ženevskih konvencija, čime je svijet dao odgovor na nacističku praksu koja je šokirala savjest čovječanstva, držimo da bi i buduća univerzalna konvencija o zločinu protiv čovječnosti kojom bi rad Komisije za međunarodno pravo trebao rezultirati trebala izričito navesti i eksperimente kao modalitet počinjenja ovog zločina. Osim nacističke prakse, koja je bila na umu tvorcima Ženevskih konvencije, i brojna podvrgavanja civilnog stanovništva nedopuštenim eksperimentima nakon Drugog svjetskog rata daju dodatno opravdanje za uključivanje eksperimenata u prvu univerzalnu konvenciju o zločinu protiv čovječnosti. Kako zločin protiv čovječnosti može biti počinjen i u stanju mira, izričitim uključivanjem eksperimenata bilo bi neprijeporno da pod doseg međunarodnog kaznenog prava ulaze i „mirmodopski“ kriminalni eksperimenti.

Danas su, zbog globalizacije, istraživanja postala i transnacionalna, ili, čak, internacionalna, te, iako je prošlo više od 65 godina od Nürnberške presude, pitanje dopuštenosti provođenja medicinskih istraživanja i razlikovanje dopuštenih istraživanja i nedopuštenih eksperimenata i dalje zaokuplja znanstvenu, stručnu i opću javnost. Osim toga, pitanje dopustivosti istraživanja postalo je političko i ekonomsko pitanje. Globalizacija biomedicinskih istraživanja povećava rizike kojima su izloženi subjekti istraživanja. Regulacija istraživanja mora u prvom planu imati prava i interese osoba podvrgnutih istraživanju te koliziju oprečnih interesa različitih dionika u postupcima istraživanja rješavati u korist subjekata istraživanja, a ne interesa društva ili znanosti, a pogotovo ne partikularnih interesa istraživača i njihovih sponzora. Predmet *Pfizer* zorno ilustrira posljedice nerješavanja ove kolizije interesa u korist subjekata istraživanja. Nažalost, razvoj međunarodnih dokumenata koji reguliraju medicinsko istraživanje nije pravocrtan te visok stupanj zaštite pojedinaca koji se podvrgavaju istraživanju zajamčen Nürnberškim kodeksom nije više u potpunosti takav. Može se tvrditi kako razvoj međunarodnog prava ljudskih prava slijedi tragove Nürnberškog kodeksa, u čemu su najdosljedniji Međunarodni Pakt o građanskim i političkim pravima te Konvencija o pravima osoba s invaliditetom, koja zabranjuje eksperimentiranje bez pristanka, bez obzira je li ono poduzeto isključivo s ciljem stjecanja novih znanja, ili i subjekt podvrgnut eksperimentu ima koristi od istih u vidu poboljšanja zdravstvenog stanja.

---

*to prohibit mutilation and medical experiments which are a particularly reprehensible form of attack on the human person. [...] The intention was to abolish forever the criminal practices inflicted on thousands of persons during the Second World War. [...] The prisoners must not in any circumstances be used as 'guinea-pigs' for medical or scientific experiments."*

Iako nezakoniti medicinski eksperimenti mogu predstavljati zločin protiv čovječnosti, u većini slučajeva povreda neće biti takve jačine da dozvoljava ovu pravnu kvalifikaciju. Ali i tada je, po našem mišljenju, bitno razriješiti pitanje što se danas smatra nedopuštenim odnosno dopuštenim medicinskim eksperimentom, odnosno istraživanjem. Ukoliko ipak povreda bude takve jačine da opravdava kvalifikaciju djela kao zločina protiv čovječnosti, moramo istaknuti da iako slučajevi koje smo obrađivali u ovom radu (*Brandt* i *Pfizer*) nipošto nisu isti, to ne priječi svođenja istih na zajednički nazivnik ovog međunarodnog zločina. Na krivi bi zaključak u pogledu kvalifikacije ovih zločina mogla navesti činjenica da je krajnji cilj eksperimentiranja nad nigerijskom djecom bio plemenit – povećanja korpusa ljudskog znanja i otkriće sredstva za borbu protiv bolesti, dok je u monstruoznom nacističkom ludilu konačni cilj bio potpuno uništenje pojedinih društvenih skupina. Međutim, dostatno je da se za kvalifikaciju djela kao zločina protiv čovječnosti državni plan ili politika iscrpljuju već u samom napadu,<sup>207</sup> a napad je izvršen već ispunjenjem obilježja kojeg od *modusa* počinjenja zločina protiv čovječnosti (npr. ubojstva, silovanja, deportacije, eksperimenta itd.). Svaki daljnji cilj, u vidu korištenja produkta zločinačkog istraživanja u zločinačke svrhe – bila to masovna sterilizacija Židova s ciljem njihova istrebljenja ili “liječenje” ljudi od homoseksualnosti – nije nužan za kvalifikaciju određenog djela kao zločina protiv čovječnosti. Takav daljnji cilj, kakav je primjerice postojao u slučaju nacističkih dužnosnika osuđenih za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, može biti konstitutivni element drugog jezgrenog međunarodnog zločina – genocida. Takav cilj nerijetko će biti *differentia specifica* zločina protiv čovječnosti i genocida – dok je za zločin protiv čovječnosti dostatno da je izvršen napad koji se iscrpljuje u ispunjenju obilježja kojega od *modusa* počinjena zločina protiv čovječnosti, za genocid je nužno postojanje posebne namjere.<sup>208</sup> Državni cilj ili politika uništenja jedne skupine nije konstitutivni element zločina protiv čovječnosti, pa tako ni zločina protiv čovječnosti izvršenog provođenjem eksperimenata nad ljudima, već dokaz postojanja *dolus specialis* – genocidne namjere kao elementa ovog zločina nad zločinima.<sup>209</sup> Smatramo da je kaznenopravna regulacija medicinskih eksperimenata bez pristanka nužnost, a kao najsretnije rješenje ističemo inkriminiranje nekonsenzualnog eksperimentiranja na ljudima kao posebnog kaznenog djela po uzoru na francusko pravo.<sup>210</sup> Mišljenja smo da bi ovakvo rješenje trebao preuzeti i hrvatski zakonodavac, te smatramo nesretnom okolnošću

---

<sup>207</sup> V. *Schabas* 2010, 153.

<sup>208</sup> *Ibid*, 126.

<sup>209</sup> *Ibid*.

<sup>210</sup> V. bilj. 94.

što je radna skupina za izradu novog hrvatskog Kaznenog zakona, iako prvotno na tragu ovakvog rješenja, u konačnici od istoga odustala.<sup>211</sup> Držimo kako i zemlje poput Njemačke, uz određene manjkavosti, daju uspješan kaznenopravni odgovor na ove eksperimente supsumirajući ih pod zakonske opise općenitijih kaznenih djela poput tjelesne ozljede, o čemu svjedoče i primjeri iz sudske prakse netom po stupanju na snagu njemačkog Kaznenog zakona. Međutim, ovakva regulacija ipak brojne zloporabe ostavlja izvan dosega kaznenopravne regulacije. Kako kod nekonsenzualnog eksperimentiranja povrijeđeno pravno dobro nije samo zdravlje pojedinca, već i njegova autonomija, trebalo bi inkriminirati i one eksperimente bez pristanka koji neće rezultirati pogoršanjem zdravlja, odnosno kazneno djelo eksperimentiranja bez pristanka bi trebalo biti formalno kazneno djelo. Osim toga, jasno je kako je ovdje riječ o blanketnim kaznenim djelima te da je potrebno poznavati popise medicinskog, ljekarničkog i ostalih srodnih grana prava kako bi se dobio jasan uvid u sadržaj pojma (bio)medicinsko istraživanje i distinkcije između dopuštenog istraživanja i kriminalnog eksperimentiranja. Dodatne poteškoće za pravnu kvalifikaciju predstavljaju transnacionalna ili internacionalna istraživanja koja često uključuju više jurisdikcija s različitim primjenjivim pravom.

Iako smatramo da *Bassiouni, Baffes i Evrard* nisu bili u potpunosti u pravu držeći da je kod eksperimenata „*focus upon individual conduct rather than state action*“, pa da shodno tome „*experimentation creates relatively neutral political concerns so that sovereign nations can meet without fear of retaliation or loss of power and reasonably expect to reach agreement on regulatory schemes*“,<sup>212</sup> u pravu su glede zaključka do kojeg su došli još 1981. godine da je usvajanje međunarodne konvencije za sprečavanje i suzbijanje nedopuštenog eksperimentiranja na ljudima nužnost, kao i međunarodna regulacija samih istraživanja.<sup>213</sup> Iako je točno da je u većini slučajeva pojedinac taj koji provodi eksperimente nad drugim pojedincem, primjeri eksperimentiranja koja su se odvijala za vrijeme Trećeg Reicha, ali i na tlu SAD-a neposredno prije Drugog Svjetskog rata i nakon njega, pokazuju kako je upravo uloga države ključna za provođenje medicinskih eksperimenata. Kao i kod ostalih *modusa* počinjenja zločina protiv

---

<sup>211</sup> Nacrt prijedloga Kaznenog zakona iz ožujka 2011. predviđao je kazneno djelo Istraživanja na ljudima bez pristanka, zakonski opis kojeg je glasio: „*Tko na drugome bez njegovog slobodnog, informiranog i pisanog pristanka ili pristanka njegovog zakonskog zastupnika kad je on potreban provodi biomedicinsko istraživanje, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine.*“ V. Republika Hrvatska, Ministarstvo pravosuđa, Radna skupina za izradu Kaznenog zakona, Nacrt prijedloga Kaznenog zakona, Zagreb, Ožujak 2011.

<sup>212</sup> *Bassiouni, Baffes & Evrard* 1981, 1598.

<sup>213</sup> *Ibid.*, 1666.

čovječnosti, ni nedopušteno podvrgavanje civilnog stanovništva eksperimentima nije moguće počinuti u privatnom aranžmanu. Masovno podvrgavanje kriminalnim eksperimentima, pa i kada takvi eksperimenti ne dosežu razinu zločina protiv čovječnosti, nije moguće ostvariti bez barem tolerancije državnog aparata.<sup>214</sup> Kao što analizirani predmeti pokazuju, masovno podvrgavanje ljudi eksperimentima provedeno je ili u državnom aranžmanu, bilo svođenjem *ljudi nevrijednih življenja* na objekte stavljene u dispoziciju zločinačkog državnog aparata (*Brandt*), bilo podvrgavanjem vlastitih državljana u vojnoj službi eksperimentima sa znanjem da će im pravna zaštita biti uskraćena (*Stanley*) ili, pak, novijeg datuma, uz podršku i odobravanje organa državne vlasti ekonomski stimuliranih od strane moćnih farmaceutskih kompanija (*Pfizer*).

Razvoj znanosti putem provođenja istraživanja je potreban u konačnici i zbog pojedinca samog, ali to se istraživanje ne bi smjelo provoditi na uštrb tog istog pojedinca. Predmet *Pfizer* možemo i moramo koristiti kao opomenu trenutnom međunarodnom sustavu regulacije istraživanja, nedostatka dovoljne kontrole istih i (ne)kažnjavanja prekršitelja. Od značaja je i za ponovni smještaj eksperimentiranja na ljudima u kontekst zločina protiv čovječnosti. Ukoliko bi se tretiranje eksperimenata na ljudima kao zločina protiv čovječnosti učinilo suviše avangardnim, valja podsjetiti da je jedno od prvih i najvažnijih suđenja za zločine protiv čovječnosti bilo upravo ono za podvrgavanje ljudi nedopuštenim eksperimentima.

---

<sup>214</sup> V. presudu raspravnog vijeća Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-T, 14. I. 2000., para. 552 („*The need for crimes against humanity to have been at least tolerated by a State, Government or entity is also stressed in national and international case-law*“) i presudu žalbenog vijeća istoga suda u predmetu *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, 29. VII. 2004, para. 119 (citirajući pravno shvaćanje tužiteljstva da je za kvalifikaciju zločina protiv čovječnosti dovoljno da „*State, government or entity tolerated the crimes in question*“). V. i *Ambos* 2014, 70.

## LITERATURA

1. *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009).
2. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research, CETS No. 195.
3. Advisory Committee on Human Radiation Experiments, Final Report, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1995. Dostupno na: [http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/\\_Public/27/031/27031227.pdf](http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/27/031/27031227.pdf) [6.5.2015.].
4. Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*. New York.
5. Amelung, K. (2000). Competency to Consent – A German Approach. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 8:1, 1-12.
6. Andorno, R. (2010). Regulatory Discrepancies Between the Council of Europe and the EU Regarding Biomedical Research, u: den Exter, A.P. (ed.). *Human Rights and Biomedicine*. Antwerpen, Apeldoorn, Portland.
7. Annas, G.J. (2004). American Bioethics and Human Rights: The End of All Our Exploring. *Journal of Law, Medicine & Ethics* 32:4, 658-663.
8. Annas, G.J. (2009). The Legacy of the Nuremberg Doctors' Trial to American Bioethics and Human Rights. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 10:1, 19-40.
9. Arendt, H. (1963). *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. New York.
10. Arzt, G., Weber, U., Heinrich, B. & Hilgendorf, E. (2009). *Strafrecht: Besonderer Teil*. Bielefeld.
11. Bachmann, G. (2003). Volenti non fit iniuria – How to make a principle work. *German Law Journal* 4:10, 1033-1042.
12. Bassiouni, M.C. (2011). *Crimes Against Humanity, Historical Evolution and Contemporary Application*. New York.
13. Bassiouni, M.C., Baffes, T.G. & Evrard, J.T. (1981). An Appraisal of Human Experimentation in International Law and Practice: The Need for International Regulation of Human Experimentation. *Journal of Criminal Law & Criminology* 72:4, 1597-1666.
14. Beauchamp, T.L. & Childress J.F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*. New York. Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331.
15. Bohlander, M. (2008). *Principles of German Criminal Law, Studies in International and Comparative Criminal Law: Vol. 2*. Oxford and Portland.
16. Brandt, A.M. (1978). Racism and research: The case of the Tuskegee Syphilis study. *The Hastings Center Report* 8:6, 21-29.
17. Carrel, A. (1935). *Man, the Unknown*. New York. 1935.
18. Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. New York.
19. Chart of signatures and ratifications of Treaty 164, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Status as of 01/06/2016. Dostupno na: [http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p\\_auth=2POv0vgL](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=2POv0vgL) [1.6.2016.].
20. Clark R.S. (2011). *History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity: From the Charter of Nuremberg to the Statute of Rome*, u: Sadat L.N. (ed.). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge.

21. Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946).
22. Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No. 164.
23. Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2515 U.N.T.S. 3.
24. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 U.N.T.S. 277.
25. Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. New York.
26. de Preux, J. et al. (1960). *Commentary: III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*. Geneva.
27. Descartes, R. (2004). *The Principles of Philosophy*. Kessinger Publishing LLC.
28. Doppelfeld, E. (2010). *Appropriate Regulations for Different Types of Medical Research*, u: den Exter, A.P. (ed.). *Human Rights and Biomedicine*. Antwerpen, Apeldoorn, Portland.
29. Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission, 1996, Vol. 2, Dio drugi.
30. Dubber, M.D. (2005). *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*. *American Journal of Comparative Law*. 53:3, 679-708.
31. Eser, A. (1987). *Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime*, u: Eser, A. & Fletcher, G. (ur.). *Rechtfertigung und Entschuldung, Rechtsvergleichende Perspektiven – Justification and Excuse, Comparative Perspectives*, Vol. 1. Freiburg.
32. Eser, A. (1994). *Functions and Requirements of Informed Consent in German Law and Practice*, u: Westerhäll, L. (ur.). *Patient's Rights*. Stockholm.
33. European Network of Research Ethics Committees (EUREC), National Information: Germany. Dostupno na: <http://www.eurecnet.org/information/germany.html> [28.4.2015.].
34. Faulstich, H. (2001). *Abseits von T4-Aktion und Reichsausschußprogramm: Hungersterben in der Psychiatrie*, u: Kopke, C. (ur.). *Medizin und Verbrechen, Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wuttke*. Ulm.
35. *First Ebola vaccine to be tested in affected communities one year into outbreak*, Press Release, 25 March, 2015, Guinea WHO Country Office. Dostupno na: [http://www.who.int/medicines/ebola-treatment/ebola-press\\_release\\_guinea/en/](http://www.who.int/medicines/ebola-treatment/ebola-press_release_guinea/en/) [25.4.2015.].
36. Freyhofer, H.H. (2004). *The Nuremberg Medical Trial, The Holocaust and the Origin of the Nuremberg Medical Code*. New York.
37. Garašić, J., Goretta, M., Grđan, K., Grozdanić, V., Roksandić Vidlička, S., Škorić, M., Tripalo, D. & Veselić, I. (2015). *Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s provedbenim propisima, primjerima sudskih odluka, međunarodnim dokumentima i presudama Europskog suda za ljudska prava*. Rijeka.
38. General Assembly resolution 177 (II) of 21 November 1947, *Formulation of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal*, UN Doc. A/RES/2/177.
39. General Assembly resolution 95 (I) of 11 December 1946, *Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, UN Doc. A/RES/1/95.

40. Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S. 31.
41. Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S. 85.
42. Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 U.N.T.S. 287.
43. Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 U.N.T.S. 135.
44. Grodin, M.A. (1992). Historical Origins of the Nuremberg Code, u: Annas, G.J. & Grodin, M.A. (eds.). *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code: Human Rights and Human Experimentation*. New York.
45. Guatemalan STD medical experiments were just one crime in a long history of medical-government collusion to use humans as guinea pigs, *Natural News*, 2.10.2010. Dostupno na: [http://www.naturalnews.com/029924\\_medical\\_experiments\\_Guatemala.html](http://www.naturalnews.com/029924_medical_experiments_Guatemala.html) [6.5.2015.].
46. Hamilton, C. (1984). *Leaders and Personalities of the Third Reich: Their Biographies, Portraits, and Autographs*. San Jose.
47. Hoche, A.E. & Binding, K. (1920). *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens - Ihr Maß und ihre Form*. Leipzig.
48. Honnefelder, L. (1999). *Biomedizinische Ethik und Globalisierung, Zur problematik völkerrechtlicher Grenzziehung am Beispiel der Menschenrechtskonvention zur Biomedizin des Europarates*, u: Eser, A. (Hrsg.). *Biomedizin und Menschenrechte, Die Menschenrechtskonvention des Europarates zur Biomedizin – Dokumentation und Kommentare*. Frankfurt am Mein.
49. Horvatić, Ž. (gl. ur.) (2002). *Rječnik kaznenog prava*. Zagreb.
50. *International Compilation of Human Research Standards 2016 Edition*, U.S. Department of Health and Human Services, Office for Human Research Protections, dostupno na: <http://www.hhs.gov/ohrp/sites/default/files/internationalcomp2016%20.pdf> [31.5.2016.].
51. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171.
52. *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO), CIOMS, Geneva, 2002. Dostupno na: [http://www.cioms.ch/publications/layout\\_guide2002.pdf](http://www.cioms.ch/publications/layout_guide2002.pdf) [12.7.2015.].
53. *International Law Commission, Report on the work of its sixty-fifth session (6 May to 7 June and 8 July to 9 August 2013)*, General Assembly, Official Records, Sixty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/68/10), Annex B, Crimes Against Humanity.
54. Josipović, I., Krapac, D. & Novoselec, P. (2001). *Stalni međunarodni kazneni sud*. Zagreb.
55. Kant, I. (2002). *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven and London.
56. Katz, J. (1997). Human Sacrifice and Human Experimentation: Reflections at Nuremberg. *Yale Journal of International Law* 22:2, 401-418.
57. *Kazeni zakon Republike Austrije. Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, BGBl Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 154/2015 (öStGB).



58. Kazneni zakon Francuske Republike. LOI n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, Version consolidée au 30 décembre 2015 (Code pénal).
59. Kazneni zakon Republike Hrvatske (NN 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15) (KZ).
60. Kazneni zakon Savezne Republike Njemačke. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juni 2015 (BGBl. I S. 926) (dStGB).
61. Kodeks medicinske etike i dentologije Hrvatske liječničke komore (NN 55/08).
62. Liddelet, K. et al. (2006). Medical Research Involving Incapacitated Adults: Implications of the EU Clinical Trials Directive 2001/20/EC. *Medical Law Review* 14:3, 367-417.
63. Lifton, R.J. (1988). *Ärzte im Dritten Reich*. Stuttgart.
64. Lifton, R.J. (1988). *The Nazi Doctors, Medical Killing and the Psychology of Genocide*. New York.
65. Lötjönen, I.S. (2005). Research on Human Subject, u: Gevers, J.K.M., Hondius, E.H. & Hubben, J.H. (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention, Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*. Leiden and Boston.
66. Macklin, R. (2004). *Double Standards in Medical Research in Developing Countries*. New York.
67. Martin, F.F., Schnably, S.J., Wilson, R., Simon, J. & Tushnet, M. (2006). *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases, and Analysis*. New York.
68. Mason, J.K., Laurie, G.T. & Aziz, M. (2011). *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*. Oxford.
69. Meier, B.M. (2002). International Protection of Persons Undergoing Medical Experimentation: Protecting the Right of Informed Consent. *Berkley Journal of International Law* 20:3, 513-554.
70. Meulders-Klein, M.T. (1983). The Right Over One's Own Body: Its Scope and Limits in Comparative Law. *Boston College International and Comparative Law Review* 6:1, 29-79.
71. Mitsch, W. (2007). Der „Kannibalen-Fall“. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 5, 197-203.
72. New Ebola Vaccine to Be Tested in Guinea, *The Wall Street Journal*, March 5, 2015. Dostupno na: <http://www.wsj.com/articles/new-ebola-vaccine-to-be-tested-in-guinea-1425556605> [25.4.2015.].
73. Novoselec, P. (2009). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb.
74. Nuremberg Military Tribunals: Indictments, Case No. 1-12, Office of Military Government for Germany (US), Nuremberg, 1946. Dostupno na internet stranici: [http://www.loc.gov/r/frd/Military\\_Law/pdf/NT\\_Indictments.pdf](http://www.loc.gov/r/frd/Military_Law/pdf/NT_Indictments.pdf) [14.5.2015.].
75. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, World Health Organization, *The Right to Health*, Fact sheet No. 31, 2008.
76. Opći građanski zakonik Savezne Republike Njemačke. *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738)*, das durch Artikel 16 des Gesetzes vom 29. Juni 2015 (BGBl. I S. 1042) (BGB).
77. Pattinson, S.D. (2011). *Medical Law & Ethics*. London.
78. Pence, G.E. (2007). *Klasični slučajevi iz medicinske etike, Opis slučajeva koji su uobličili medicinsku etiku, sa njihovom filozofskom, pravnom i historijskom pozadinom*. Beograd.

79. Pfizer lawsuit (re Nigeria), Business & Human Rights Resource Centre. Dostupno na: <http://business-humanrights.org/en/pfizer-lawsuit-re-nigeria#c9346> [12.5.2015.]
80. Polšek, D. (2004). Sudbina odabranih, Eugeničko nasljeđe u vrijeme genske tehnologije. Zagreb.
81. Proctor, R.N. (2003). Nazi Medical Ethics: Ordinary Doctors?, u: Beam, T.E., Sparacino, L. R., Pellegrino, E.D., Hartle, A.E. & Howe, E.G. (eds.). *Military Medical Ethics*, Vol. 2. Washington, D.C.
82. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23/1-T, 22. II. 2001.
83. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23/1-A, 12. VI. 2002.
84. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2. X. 1995.
85. *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, 29. VII. 2004.
86. *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, 3. III. 2000
87. *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-T, 14. I. 2000.
88. Radbruch, G. (1946). Gesetzliches Unrecht and übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristenzeitung* 1:5, 105-108.
89. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), 3 May 1993, UN Doc. S/25704.
90. Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994), 13 February 1995, UN Doc. S/1995/134.
91. Republika Hrvatska, Ministarstvo pravosuđa, Radna skupina za izradu Kaznenog zakona, Nacrt prijedloga Kaznenog zakona, Zagreb, Ožujak 2011.
92. Roksandić Vidlička, S. (2014). Regulacija provođenja istraživanja nad osobama s duševnim smetnjama u nacrtu novog Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama – usklađenost s međunarodnim i regionalnim dokumentima, Simpozij Novi Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Klinika za Psihijatriju Vrapče. Zagreb.
93. Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90.
94. Sadat L.N. (ed.) (2011). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge.
95. Schabas, W.A. (2008). State Policy as an Element of International Crimes, *Journal of Criminal Law and Criminology* 98:3, 953-982.
96. Schabas, W.A. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. New York.
97. Schaller, B.R. (2008). *Understanding Bioethics and the Law, The Promises and Perils of the Brave New World of Biotechnology*. Westport and London.
98. Secret Cable Discusses Pfizer's Actions in Nigeria Case, *New York Times*, 10.12.2010. Dostupno na: [http://www.nytimes.com/2010/12/11/business/11pfizer.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/12/11/business/11pfizer.html?_r=0) [12.5.2015.].
99. Song Richardson, L. (2009). When Human Experimentation is Criminal. *Journal of Criminal Law and Criminology* 99:1, 89-133.
100. Spranger, T.M. (2012). *Medical Law in Germany*. Alphen aan den Rijn.
101. Stanton G.H. (2011). Why the World Needs an International Convention on Crimes Against Humanity, u: Sadat L.N. (ed.). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*. Cambridge.
102. Steinke, R. (2012). *The Politics of International Criminal Justice, German Perspectives from Nuremberg to the Hague*. Oxford and Portland.

103. Stühlinger, V., Fortwengel, G., Thoeni, M. & Staudinger, R. (2009). Biomedical Research and Human Research Subject Protection: Is there Need for Action in Germany and Austria?. *European Journal of Health Law* 16:1, 45-68.
104. The Alien Tort Claims Act (28 U.S.C. § 1350).
105. The Federal Tort Claims Act (28 U.S.C. § 2671 *et seq.*).
106. The Principles of International Law Recognized in the Charter and the Judgment of the Nürnberg Tribunal; Texts and Comments, Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. 2.
107. *The United States of America against Karl Brandt et al.* Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1949, Vol. 1. & Vol. 2.
108. *The United States of America, the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Göring et al.* Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Published at Nuremberg, Germany, 1947.
109. The White House, Office of the Press Secretary, May 16, 1997, Remarks by the President in apology for study done in Tuskegee. Dostupno na: <http://www.cdc.gov/tuskegee/clintonp.htm> [14.5.2015.].
110. Turković, K., Roksandić Vidlička, S. & Brozović, J. (2011). Informirani pristanak djece u hrvatskom zakonodavstvu, u: Čović, A. & Radonić, M. (ur). *Bioetika i dijete – moralne dileme u pedijatriji*. Zagreb.
111. Turković, K., Roksandić Vidlička, S. & Maršavelski, A. (2010). Eutanazija i potpomognuto samoubojstvo – etičke dileme kriminalne politike. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 17:1, 223-246.
112. U.S. infected Guatemalans for STD tests, *Washington Post*, 2.10.2010. Dostupno na: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/10/01/AR2010100107299.html> [6.5.2015.].
113. U.S. Reservations, Declarations, and Understandings, International Covenant on Civil and Political Rights, 138 Cong. Rec. S4781-01 (daily ed., Apr. 2, 1992).
114. Uhler, O.M., Coursier, H. et al. (1958). Commentary: IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva.
115. United Nations Security Council Resolution 2177, 18 September 2014, UN Doc. S/RES/2177 (2014).
116. United Nations Security Council Resolution 827, 25 May 1993, UN Doc. S/RES/827 (1993).
117. United Nations Security Council Resolution 955, 8 November 1994, UN Doc. S/RES/955 (1994).
118. United Nations Security Council, Sixty-ninth year, 7268th meeting, 18 September 2014, UN Doc. S/PV.7268.
119. United Nations Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Chapter IV.4. Dostupno na: [https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg\\_no=iv-4&lang=en#EndDec](https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg_no=iv-4&lang=en#EndDec) [14.5.2015.].
120. *United States v. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987).
121. Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, UNESCO General Conference 33 C/Resolution 36, 19 October 2005.
122. Vollmann, J., Winau, R. (1996). Informed consent in human experimentation before the Nuremberg Code. *British Medical Journal* 313:7070 (7 Dec. 1996), 1445-1449.

123. Webber, C. (2009). *Psychology & Crime*. London.
124. Winau, R. (2007). *Experimentation on Humans and Informed Consent: How We Arrived Where We Are*, u: LeFleur, W.R., Böhme, G. & Shimazono, S. (eds.). *Dark Medicine: Rationalizing Unethical Medical Research*. Bloomington.
125. WMA Declaration of Helsinki - Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects. Dostupno na: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html> [23.4.2015.].
126. Zakon o dobrovoljnoj sterilizaciji i drugim metodama liječenja Savezne Republike Njemačke.
127. Zakon o medicinskim proizvodima Savezne Republike Njemačke.
128. Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (NN 76/14).
129. Zakon o zaštiti prava pacijenata Savezne Republike Njemačke (*Patientenrechtgesetz*).

EXPERIMENTS ON HUMAN BEINGS AS CRIMES AGAINST HUMANITY: FROM  
THE NUREMBERG MEDICAL TRIALS TO PFIZER CASE

*The metamorphosis of a 'crime against humanity' from a core crime addressing the most serious violations of international humanitarian law into one empowering the international community with a tool to respond to the gravest violations of international human rights law warrants consideration which human rights violations justify the stigma of crime against humanity being attached to them. Subsuming mass non-consensual human subject experiments under the category of crimes against humanity has been deemed avant-garde for a long time, even after the Nuremberg trial against Nazi physicians for war crimes and crimes against humanity committed by subjecting concentration camps inmates to medical experiments. Linking the Nuremberg trial with the trial against the leading pharmaceutical corporation Pfizer for performing fatal experiments on Nigerian children, the paper reconsiders crimes committed by leading multinational corporations in collusion with national authorities and political elites within the framework of crimes against humanity. While Nazi "medical" crimes represent the most extreme form of mass experiments on civilian population whose only perceived value was to serve as object for obtaining means for exterminating social groups they belonged to, the "modern" context of criminal experiments on human beings is marked by both the appearance of new actors on the international scene – multinational pharmaceutical corporations, and the primacy of a new interest – the economic one. Critically reflecting on the justifiability of placing non-consensual medical experiments on the same level with "classical" modalities of commission of crimes against humanity, the paper examines elements of the crime that might suggest that international criminal law is currently incapable of responding to such criminal practices. The paper traces the emergence of the prohibition of non-consensual experiments in international law by examining the reception of the Nuremberg code, analyzing the causes of reluctance to bind themselves with bioethical instruments that depart from the Nuremberg legacy among precisely those countries whose prior regimes had committed the gravest atrocities by experimenting on people. Even though such crimes today are not committed on people deemed unworthy of living in the name of criminal state ideology, noticeable is the tendency of non-consensual subjection to medical experiments of those perceived less worthy,—i.e., vulnerable groups from the poorest countries—ordinarily in the orchestration of corporations from the wealthiest countries, with at least the tacit consent of authorities in the countries in question, in order to devise medicine for the benefit of groups in the wealthiest countries. The present reflection on the Pfizer case unveils the consequences of not resolving conflicts of interests among the various stakeholders in the process of medical research in favor of human subjects and calls for reconsideration whether there is a proper protection of human subjects by international criminal law.*

**Key words:** *medical experiments; crime against humanity; international criminal law; Pfizer case; Nuremberg Doctor's Trial; Nuremberg Codex; informed consent.*

## **ILLEGAL STATE AID IN TAXATION AND POSSIBLE CONSEQUENCES FOR THE CROATIAN TAX ADMINISTRATION<sup>1</sup>**

*This article presents recent EU investigations on transfer pricing arrangements in corporate taxation of some multinational corporations. These investigations examine whether decisions by tax authorities in Ireland, The Netherlands and Luxembourg (regarding Apple, Starbucks and Fiat Finance and Trade, respectively) comply with EU rules on state aid. Encouraged by the efforts of the OECD and public criticism on the unfair allocation of the tax burden among multinational corporations and smaller, domestic businesses and ordinary people, the EU Commission has taken many measures in the last two years to make corporate taxes fairer across Europe. This article discusses the impact of current international efforts to re-arrange the global tax system on the Croatian Tax Administration which is trying to keep on the track of harmonisation with EU tax legislation, best practice and a partner-like relationship with taxpayers.*

**Key words:** *fiscal state aid; EU investigations; Croatian Tax Administration.*

### **1. INTRODUCTION**

Tax principles were developed at a time when economies were relatively closed and predominantly concerned with the domestic activities of individuals and enterprises. An international tax regime has been built around a network of bilateral tax treaties, the majority of which were

---

\* Dr.sc. Jasna Bogovac, Assistant professor, the Chair of Financial Law and Financial Science, Faculty of Law, University of Zagreb, jbogovac@pravo.hr.

<sup>1</sup> This article is part of a project of the Faculty of Law, University of Zagreb, 2015.

structured upon the OECD Model<sup>2</sup>. Today, the international tax community (represented by the OECD, the G20 and the EU<sup>3</sup>) have recognised the need to harmonize tax systems and make them more transparent, with the final goal to tackle tax evasion at a global level.

According to the Commission, corporate taxation in the EU needs to be fundamentally reformed as the current corporate taxation rules within the EU no longer fit contemporary market realities<sup>4</sup>.

The OECD and the EU, with the substantial monitoring of media, emphasise that the tax burden of the economic crisis is unjustly borne by smaller domestic enterprises and citizens, while multinational corporations use its opportunities to engage in tax avoidance. Such a generalisation and simplification of reality can hardly be explained by the risks and complexity of the environment that multinationals are confronted with.

Multinationals are facing a variety of financial markets, currency risks, costs and standards (of production models, environmental protection, accounting), tax and foreign exchange systems, as well as trade, cultural and sociological obstacles. All these different aspects of business are the result of different factors that affect them, due to the exposure of a group of companies in international markets. Differences in tax systems can result in double taxation and double non-taxation for multinational corporations (in spite of the general opinion that multinationals are constantly avoiding double taxation by taking every opportunity for double non-taxation). Actually, multinational corporations suffer from tax costs caused by disparities in international taxation unknown to small and medium enterprises nor to the majority of citizens. These costs include, for example, non-creditable withholding taxes, non-deductible items, transfer pricing disputes, unused losses and multiplied tax compliance costs<sup>5</sup>. For example, with increased internationalisation, “(M)ultinationals have been forced to hire an army of

---

<sup>2</sup> The OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. The first OECD Model dates back to the time of the League of Nations, which initiated working on double taxation in 1920 and which eventually, in 1928, resulted in a first draft (*Bogovac*, 2014).

<sup>3</sup> Nearly 90 countries, members of the OECD, G20 and developing countries, are working together on the development of a multilateral instrument capable of incorporating the tax treaty-related BEPS (Base erosion and profit shifting) measures into the existing network of bilateral treaties (*OECD* 2013).

<sup>4</sup> *EU* 2015c, 11.

<sup>5</sup> *Bogovac* 2014, 12.

tax lawyers, accountants, and economists to defend the particular transfer prices they use”<sup>6</sup>. Today, 20 years after these words were written, multinational corporations are even more under pressure to protect themselves from ongoing public criticism and the scrutiny of the OECD and the EU regarding transfer pricing arrangements.

Simultaneously, during the last 20 years, in the course of the implementation of the modern tax system within the newly established market economy in Croatia, the tax administration has been on the path of harmonisation with the best practices of the EU in the area of legislation, efficiency and institutional reputation. Substantial efforts have been put into building a better relationship and better communication with taxpayers. The tax system has been used in order to make some activities or regions attractive for investors and to promote economic growth. All these activities were done to create a positive tax environment for business and thus motivate foreign direct investment.

With the aim of explaining all relevant aspects of the issue, in Part 2 of this essay the Croatian Tax Administration is presented. Part 3 offers explanations on EU investigations and several issues closely connected with them, namely the raising of public opinion and international efforts to combat global tax avoidance, the dynamic environment and profit-oriented management of MNEs, together with the rationales of transfer pricing regimes and the basics of fiscal state legislation. Part 4 predicts some possible consequences of the behaviour and practice of the Croatian Tax Administration and offers a conclusion to the issue.

## **2. TAX ADMINISTRATION IN CROATIA**

The Croatian Tax Administration (hereinafter CTA) is the administrative organization within the Ministry of Finance whose basic task is to prepare, draft and implement regulations concerning the payment of taxes and obligatory contributions. The main duties of the CTA include: (i) normative activities; (ii) a proactive role in tax policy - to suggest changes in tax policy in order to improve the tax system and to collect, more efficiently, taxes and compulsory insurance contributions; (iii) numerous administrative and other

---

<sup>6</sup> *Tanzi* 1995, 139.



professional tasks within the process of the implementation of tax regulations and compulsory insurance contributions, including audits and simultaneous audits with representatives of competent authorities from Member States; (iv) international cooperation and administrative assistance with Member States and international organizations in the field of taxation; (v) the development and maintenance of a taxpayers service system to facilitate the fulfillment of the rights and obligations of taxpayers; (vi) tasks related to recording, determining, monitoring, collecting and enforcing the collection of taxes which belong entirely to the local and regional government and other public levies stipulated by law; and (vii) the collection and distraint of state budget revenues determined by the organizational units of the Ministry of Finance, upon the request of other Member States, and Croatian administration bodies and courts in accordance with special laws.<sup>7</sup>

Within the scope of normative activities, the CTA provides official opinions and interpretations in individual cases on the implementation of regulations. As of the 25 July 2015, in accordance with the General Tax Act and By-law on binding opinions, tax return correction, statistical reports and tax settlements,<sup>8</sup> a binding opinion may be issued on the following tax issues: (i) identification of taxable supplies for the purpose of pro-rata VAT calculation; (ii) application of the tax regulations on investment projects in Croatia whose value exceeds HRK 20,000,000 (approx. 2.6m EUR); (iii) tax base assessments in business combinations (excluding those in accordance with the relevant EU directives; and (iv) the application of double taxation treaties to the assessment of corporate and personal income tax liabilities. Additionally, a binding opinion may be issued on a tax issue with regards to business activities that are, due to their specific particularities, not typical in the Croatian business environment. The binding opinion is subject to a fee. The fee must be paid by the applicant before the submission of the application and its structure depends on the revenue the applicant has

---

<sup>7</sup> As prescribed by the *Decree on internal organization of the Ministry of Finance* the CTA performs multifold duties listed separately, as well as other duties stipulated by the *Tax Administration Act*. For the purpose of simplification and a general view of the roles and responsibilities of the CTA, they are all arranged here in seven groups of tasks.

<sup>8</sup> Art. 9.a of the *General Tax Act* and Art. 1. – 13. of the *Bylaw on binding opinions, tax return correction, statistical reports and tax settlements*.

declared in its tax return (max. HRK 30,000 or approx. 4,000 EUR). The CTA is obliged to issue the opinion within 60 days of the application date, however the deadline may be extended by 30 days in particularly complex cases. To the best of the author's knowledge, the CTA has not issued any binding opinions until now, but some are under preparation.

Tax administration in Croatia, like in other countries from Central and Eastern Europe, does not have long a history, tradition or experience in a market economy or the globalized world. Moreover, at the very beginning of its establishment, the CTA suffered from substantial pressure to collect public revenue during the Homeland War (1991-1995). After a long and scrutinized screening and audit of the harmonization of the tax legislation with the *acquis communautaire*, on 1<sup>st</sup> July 2013 Croatia became the 28<sup>th</sup> member of the European Union. While the other EU countries already felt the benefits of the recoveries of their economies, Croatia has been facing a period of austerity, with the CTA being under even more pressure to maintain public finance. If we bear in mind the dual (and self-contradictory) responsibility of tax administration, i.e. to collect public revenues in accordance with the budget and to promote the investment climate in the country by supporting it with different tax incentives that will decrease tax payments in the short-run, it goes without saying that the latter is of less importance for the CTA..

Frequent changes of tax legislation and the organisation of the CTA during the last two decades, repeatedly caused by political changes in Government, together with a weakly equipped tax administration, have created additional tensions between taxpayers and the tax administration.

During the process of accession to the EU, the Commission's progress reports in the area of taxation (Chapter 16)<sup>9</sup> were not very optimistic about the improvements in the Croatian tax system, but the most important issue that needed to be resolved remained administrative capacity.<sup>10</sup> This is the rational conclusion, because although the overall structure of the tax legislation was similar to the *acquis*, the alignment of Croatian tax

---

<sup>9</sup> Since March 2002, the Commission has reported regularly to the Council and the Parliament on progress made by the countries of the Western Balkans region.

<sup>10</sup> Even in the years with better reviews, for example for 2010, when the Commission found that "Croatia made good progress" in some area of taxation, administrative capacity remains emphasized as improvable (*cf. EU 2007, 40-41; EU 2010, 41*).

legislation persists in being “far from complete“ and “further alignment is required“.<sup>11</sup>

Legal tax certainty was substantially improved with the General Tax Act enacted in 2000. However, the non-uniform and authoritarian practices of the tax administration needed to change from the traditional old-fashioned relationship with the taxpayers to a modern, proactive partnership-like cooperation based on trust. The experience of the tax administrations of Member States was used as a guideline for the implementation of principles laid down in the law. The general goal of the CTA’s external communication has become “(T)o build the reputation of the CTA as a successful institution of Croatia’s public sector based on good communication with the taxpayers”<sup>12</sup>. This goal should be reached by improvements in communication services, transparency in communication, training and knowledge-sharing. Changing the course of work from the single control and collection of taxes to more sophisticated ways of fulfilling its roles and responsibilities (in, basically, reaching the same goals) implies a change from the routine type of organisation technology<sup>13</sup> to an organisation that provides extraordinary public services. In the constantly and fast changing business environment, it is crucial to understand taxpayers<sup>14</sup> and *vice versa*, hence communication and good faith is key.

The CTA issued a *Charter of cooperation with taxpayers* in June 2014, aiming to improve understanding of the rights and obligation of taxpayers.<sup>15</sup> The simple, transparent and concise wording and structure of the Charter, together with the limited number of pages (nine pages in total), clearly

---

<sup>11</sup> Ibidem

<sup>12</sup> CTA 2012, 5.

<sup>13</sup> Koprić 1999, 416.

<sup>14</sup> For example, the tax administration officials can find themselves in the unenviable position of providing interpretations, omitting or failing to prevent transactions that exceed their capabilities. Tax administrations do not have much knowledge of the business conditions under which taxpayers make business decisions on a daily basis, specific to each industry and by the undertaking. Also, officials have no support in its organizational unit as employees working on joint projects at entrepreneurs have it. Therefore, the tax inspectors often are in the unenviable position where it is easier to reach for the "safer" choice, that is to decide at the expense of the taxpayer (Bogovac 2014, 99-100).

<sup>15</sup> CTA 2014.

explain what taxpayers can expect from the CTA and what the CTA expects from them.

In addition to other instruments that are embedded in the General Tax Act (*supra* mentioned binding opinion and tax settlement), the issuance of *The Communication Strategy*<sup>16</sup> and Charter (2014), *The Code of professional ethics of public servants in Tax Administration*,<sup>17</sup> *Strategy of the Tax Administration*<sup>18</sup>, as well as numerous workshops and the training of CTA employees, have been accomplished in the last 20 years. Even though all these efforts mean less, being only words on paper, if not supported with a change in the state of mind and a devotion to persist in the implementation of an enhanced relationship with taxpayers, they still form a solid basis for a new era in the relationship between the CTA and taxpayers in Croatia.

### **3. EU INVESTIGATIONS OF FISCAL STATE AIDS**

The OECD sets new international standards and creates the basis for an EU approach in tackling double non-taxation of multinational enterprises. With a view to improving the functioning of the internal market and protecting tax revenues, the European Union recognized aggressive tax planning as a global issue that needs to be solved along with the OECD and Member States.

Fiscal state aid rules have been applied in the European Union for decades, but their application in the context of tax rulings is relatively new. Tax rulings have been issued by tax authorities as a response to taxpayer's questions and create certainty for taxpayers and tax authorities. Though completely legal and desirable, they may involve state aid and be subject to scrutiny from the European Commission. In the last few years the Commission has tightened its control of fiscal state aid, by using the EU competition tools, in order to examine individual tax rulings issued by Member States to apply to some multinational corporations. These rulings were concluded as advance pricing agreements with taxpayers in order to determine transfer prices used by taxpayers in future transactions in the

---

<sup>16</sup> CTA 2012.

<sup>17</sup> CTA 2009.

<sup>18</sup> CTA 2011.

complex and unpredictable business environment. Transfer prices are the most complicated issue in the field of taxation, and also constitute a very useful instrument for tax avoidance by multinational companies, as well as for tax revenue for governments. Therefore it is unsurprising that the European Commission has started to establish a systematic approach to the problem of tax rulings within the available measures of state aid.

### **3.1. Public opinion and international efforts**

Multinational corporations are often blamed for undermining social welfare. Awakened public attention that questions “good corporate citizens“ has resulted in movements towards the establishment of codes, guidelines, communications, notes and declarations in the international regulation arena. Substantial improvements regarding corporate governance and the tax responsibility of MNEs have been made in the last decade due to the escalated activities of media and politicians.

Though public opinion can be defined (slightly ironically) as “opinions held by private persons which governments find it prudent to heed”<sup>19</sup>, many fiscal programmes and political initiatives have been announced with the aim of closing loopholes which allow large corporations to avoid paying the proper amount of taxes in the countries where they make their profits. Necessarily, these actions have been rationalized by the need for fairness in taxation.

In the 1990s, the incoming American Democratic President, Bill Clinton, announced his “determination to step up control over taxation of foreign MNEs on the premise that foreign corporations do not pay their ‘fair share’ of taxes in the United States”<sup>20 21</sup>.

Following a proposal from a report issued in 1998 (*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*; OECD 1998, 9), the OECD has created a special forum named *Forum on Harmful Tax Practices*, whose work focuses on three areas: (i) harmful tax practices in Member Countries; (ii) tax havens; and (iii) involving non-OECD economies. The Forum has

---

<sup>19</sup> As defined by the American political scientist V.O. Key in 1961 (*Britannica* 2015).

<sup>20</sup> Wallace 2002, 898.

<sup>21</sup> Though the later Report by the Internal Revenue Service showed that “for the most part, foreign companies do pay their fair share of taxes”(Wallace 2002, 898).

also issued a *Model Tax Agreement on Exchange of Information in Tax Matters*.

In 2004, the EU Commission adopted a *Communication on Preventing and Combating Financial and Corporate Malpractice*, which provides a strategy for coordinated action in financial services, company law, accounting, tax, supervision and enforcement areas, in order to reduce the risk of financial malpractice<sup>22</sup>. In the area of taxation, the Commission suggests more transparency and information exchange in corporation tax in order to enable tax systems to better deal with complex corporate structures.

In April 2009, the Commission adopted a Communication identifying actions that EU Member States should take to promote "good governance" in the area of taxation (e.g. more transparency, exchange of information and fair tax competition). The Communication identifies how good governance could be improved within the EU. It also lists the tools that the EU and its Member States have at their disposal to ensure that good governance principles are applied at the international level. Finally, it calls on Member States to adopt an approach that is more coherent with good governance principles in their bilateral relations with third countries.

Driven by a context of tight public budgets and financial crisis in the years following 2008, the OECD and the EU continued with efforts to combat tax avoidance by big business. Even though some developed countries conducted their own investigations in 2012 (namely USA<sup>23</sup>, France<sup>24</sup> and UK<sup>25</sup>), substantial improvements were accomplished by EU investigations in the domain of fiscal state aid.

Google is an example of a multinational company that has been exposed to public criticism and the scrutiny of tax administrations and committees in the UK and France, due to the minimized tax paid within the letter of the law. After public accusations claiming that Google used complicated legal structures to avoid tax obligations in the UK (*Wintour and Arthur* 2013), six years of Google's UK tax returns (2006-2011) were placed under review by

---

<sup>22</sup> EU 2004b.

<sup>23</sup> Senat investigations on Microsoft, Hewlett-Packard and Caterpillar (*USA* 2012; *USA* 2012a).

<sup>24</sup> France investigated Apple, Google and Facebook Inc. (*Fairless and Schechner* 2014).

<sup>25</sup> The Parliament Committee on Public Accounts held a hearing with representatives from Amazon, Google and Starbucks (*UK* 2012b).

HMRC. This increased legal tax uncertainty for Google and other corporations. Interestingly enough, HMRC was also accused by the Parliamentary Public Accounts Committee of ineffectiveness in enforcing the tax laws and collecting tax “owing under both national and international tax systems”<sup>26</sup>.

Maybe the reason why HMRC is “lenient with big business”<sup>27</sup> can be linked to the collaboration of Google with the British Government regarding the new Google Campus in London. In addition to cooperation with academics and business, the British Government has also cut tax rates and introduced new tax incentives aiming to “create new jobs, new growth and new prosperity” in the UK, and “build a more competitive economy”.<sup>28</sup> Though Google reported a low effective tax rate in the UK, it has to be taken into consideration that it clearly disclosed its minimized UK tax and explained that this had been effected in accordance with tax legislation. Confronted with a dynamic environment, especially in the global arena, investors and analysts expect management to earn profits and, at the same time, to play fairly, acting as a good corporate citizens. A similar dual responsibility for HMRC is also self-contradictory: “it had been a policy of successive Governments to make the UK an attractive place for business and for multinationals to see the UK as competitive”<sup>29</sup> while pursuing all the tax due from multinationals in accordance with tax laws.

Cooperation with the government, and active roles in the creation of a competitive economy in the UK, and paying taxes in accordance with the letter of law, did not bring public approval to Google (nor to the UK Government); rather it brought great risks of financial losses and legal tax uncertainty. Representatives from Google attended the hearing held by the UK Parliamentary Committee, pursuant to the Committee's intention to explore issues on artificial transactions which Google used to reduce their profits in the UK.<sup>30</sup> Though the Committee was not convinced on the business rationales offered by Google, it expressed its gratitude for the

---

<sup>26</sup> UK 2012b, para 2.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> UK 2012a.

<sup>29</sup> UK 2012b, para 2.

<sup>30</sup> UK 2012b, para 10-11.

provision of evidence, because this gave them an example of the practices of other multinationals.

All this time, Google was under constant media pressure for paying less tax in the USA and the UK than the majority of local companies and citizens. Corporate reputation is a very important aspect of the business future, because the ethical behaviour of corporations is an “important issue to their customers”<sup>31</sup>. Thanks to public opinion, a newly enacted UK tax is popularly called the ‘Google tax’.<sup>32</sup> While other countries also raised questions about Google’s tax avoidance schemes,<sup>33</sup> and Ireland changed its tax legislation in order to close tax loopholes used by Google,<sup>34</sup> the company has become famous not only for its innovations but also for its tax affairs.

Google’s representatives have been very collaborative with respect to participation at hearings, investigation and public debate. This shows that they were either (i) convinced of the certainty of the company’s tax planning schemes, due to the respect they showed to legislation, or (ii) aware of the importance of public opinion. Almost certainly, they were both: maybe, at the beginning, they were sure that they had arranged their tax affairs in the most reasonable and legally safe way, because they would not have used such tax planning techniques if they had been aware of the possibility of such a public response. Later, awareness of damage caused to its corporate reputation prevailed, so the possible penalties for the previously used techniques were overridden by the possible financial losses that might be caused by the loss of trust of their customers. It seems that neither Google’s management nor its tax advisors were alerted to the change in the global tax playing field.

---

<sup>31</sup> UK 2012c, para 12.

<sup>32</sup> Diverted Profits Tax, introduced in Finance Act 2015, applicable from April 2015. Tax is implemented to UK legislation in aim to counter the use of aggressive tax planning techniques used by multinational enterprises to divert profits from the UK”. The standard rate of DPT is 25% of the diverted profit plus any ‘true-up interest’ (UK Government 2014).

<sup>33</sup> For example in Italy, see: *D’Alessandro and Masoni* (2015).

<sup>34</sup> *Stamp* 2014.



As Google chairman Eric Schmidt told political leaders: “if there was a distinction between the letter and the spirit of the law, companies expect politicians to define the difference”.<sup>35</sup>

Still, it is understandable that “there is genuine public anger and frustration” due to a notion that “rigorous action is taken against ordinary people and small businesses” in contrast to the benevolent approach to large, especially foreign-based corporations.<sup>36</sup>

The OECD has continued its work on the integrity and fairness of tax systems. In July 2013 it published its Action Plan on base erosion and profit shifting (hereinafter BEPS) in order to address perceived flaws in international tax rules. BEPS contains 15 separate action points or work streams on different tax planning strategies that “exploit gaps and mismatches in tax rules to artificially shift profits to low or no-tax locations where there is little or no economic activity, resulting in little or no overall corporate tax being paid”<sup>37</sup>. G20 countries also participated in the development of BEPS, while the EU has, already in March 2013, emphasized the importance of fiscal consolidation to ensure that everybody pays their share of taxes. It concluded that “(C)lose cooperation with the OECD and the G20 is needed to develop internationally agreed standards for the prevention of base erosion and profit shifting”.<sup>38</sup>

Tax evasion has been an important topic in most of the G8 countries<sup>39</sup> and it is unsurprising that, during the G8 meeting in June 2013, the UK Prime Minister David Cameron concluded that they “will focus on 3 Ts: Taxes, Transparency and Trade” (the transparency mentioned here functions to improve fairness in taxation).

The OECD Report from 2014 (regarding Action Item 5 of the BEPS Action Plan) points out a different approach to preferential regimes, less ring-fencing and more oriented to the reduction of the corporate tax base of some

---

<sup>35</sup> This requirement is concretely addressing Ed Miliband, the Labour leader who challenged Schmidt to say whether “Google would comply with the “spirit” of the tax laws, which might then lead to it being taxed more” (*Wintour and Arthur* 2013).

<sup>36</sup> *UK* 2012b, para 3.

<sup>37</sup> *OECD* 2013.

<sup>38</sup> *EU* 2013, para 6.

<sup>39</sup> As, for example, investigations on banking and offshore oasis (USA), football coaching star (Germany), fashion icons and former Prime Minister (Italy), football player (Spain, under pressure of G8) (*Phillips Erb* 2013).

multinational corporations which manipulate the base with particular types of income.<sup>40</sup>

On 17 June 2015, the Commission adopted an Action plan for fair and efficient corporate taxation in the EU. Corporate taxation in the EU, according to the Commission, needs to be fundamentally reformed. Therefore, the Action Plan sets out to reform the corporate tax framework in the EU, in order to tackle tax abuse, to ensure sustainable revenues and to support a better Single Market by encouraging the business environment. The Commission identified five key action areas: (i) re-launching the Common Consolidated Corporate Tax Base, CCCTB; (ii) ensuring fair taxation where profits are generated; (iii) creating a better business environment; (iv) increasing transparency; and (v) improving EU coordination.

The recent EU Commission Work Programme 2016, with the suggestive title ‘No Time for Business as Usual’<sup>41</sup> committed to focusing “on the big things where citizens expect Europe to make a difference”. Taxation, namely corporate taxation and fairness (“based on the principle that companies should pay taxes in the country where profits are generated”<sup>42</sup>), finds its place among several very important issues. The Corporate Tax Package consists of a set of measures to enhance the transparency of the corporate tax system and to fight tax avoidance, including the implementation of international standards on base erosion and profit shifting, and a staged approach starting with a mandatory tax base together with the withdrawal of the existing CCCTB proposal<sup>43</sup>.

Simultaneously with the efforts of international and supranational organizations to fight against aggressive the tax planning of MNEs through guidelines, reports and action plans, formal investigations into EU fiscal state aid have been undertaken, explained *infra* in more detail.

After the widespread awareness of the importance and unfairness of the tax evasion of (some) multinationals during the last decades, the question remains as to why governments have not acted sooner after the aggressive tax planning of the multinationals came to light? A reasonable explanation

---

<sup>40</sup> OECD 2014.

<sup>41</sup> EU 2015.

<sup>42</sup> EU 2015c, para 8.

<sup>43</sup> EU 2015c.

is given by a “source close to Osborne”, the UK chancellor in 2013: “introducing the changes earlier may have scared the companies away from the UK and the nation could have lost them as big employers”. Now, however, the source has said “the tide of global political opinion has changed and the rest of the world agrees that tax avoidance must stop”<sup>44</sup>. If every government had been driven by the same fears, it is obvious that the outcome with regards to international taxation could not have been different. It seems that global tax issues need global actions to be solved at national levels. Unfortunately, global movements need more time, thus it took decades to reach this point of harmonization. Through the diligence and unity of the leading organizations and countries around the globe, we can expect to see a new global tax arena, accomplished with the new global economy.

### **3.2. Transfer prices, rulings and advance pricing arrangements**

“Transfer prices are the prices at which an enterprise transfers physical goods and intangible property or provides services to associated enterprises”, and they are “significant for both taxpayers and tax administrations because they determine in large part the income and expenses, and therefore taxable profits, of associated enterprises in different tax jurisdictions”<sup>45</sup>. There are many types of inter-company transactions, which include transfers of tangible and intangible property, and the provision of services and finance, as well as rentals and leasing arrangements. The basis for determining proper compensation is the arm's length principle. This principle requires that compensation for any inter-company transaction conform to the level that would have applied had the transaction taken place between unrelated parties, all other factors remaining the same. Even though the principle is simply stated, the actual determination of arm's length compensation is very complex.

The OECE Guidelines study various pricing methodologies, with examples of their application, the first being “traditional transaction methods”. These are preferable methods as they are the most direct. However, under the

---

<sup>44</sup> Neate 2014.

<sup>45</sup> OECD 2010, 19.

Guidelines, a taxpayer must select the method that provides “the best estimation of an arm’s length price”.

In addition to “traditional transaction methods” (the comparable uncontrolled price method, the resale price method and the cost-plus method), the OECD Guidelines describe “transactional profit methods” (the transactional net margin method and the transactional profit split method) that can be used to establish whether the conditions imposed between associated enterprises are consistent with the arm's length principle.<sup>46</sup>

Another important issue regarding transfer pricing arrangements and EU investigations in the last two years are advance pricing arrangements (APAs) and tax rulings.

“An APA is an arrangement that determines, in advance of a controlled transaction, an appropriate set of criteria (e.g. method, comparable and appropriate adjustments thereto, critical assumptions as to future events) for the determination of the transfer pricing for those transaction over a fixed period of time”<sup>47</sup>. APAs can be unilateral, bilateral or multilateral (involving the taxpayer and one, two or more tax administrations). Administrative tax rulings are provided by many national tax authorities for reasons of legal certainty for taxpayers regarding specific transactions, for example in determining arm's length profits for transfer pricing transactions. In some countries advance rulings are published and some of them “have adopted circulars regulating the scope and extent of their ruling practices”<sup>48</sup>.

The importance of administrative rulings in taxation and their relationship with state aid measures is highlighted in situations where, often in the absence of publication, they contain an interpretation of provisions which deviates from case law and administrative practice. The Commission indicates the importance of involved selectivity in tax rulings by bringing attention to particular circumstances: “(i) the tax authorities have discretion in granting administrative rulings; (ii) the rulings are not available to undertakings in a similar legal and factual situation; (iii) the administration appears to apply a more ‘favourable’ discretionary tax treatment compared with other taxpayers in a similar factual and legal situation; and (iv) the

---

<sup>46</sup> OECD 2010, 59.

<sup>47</sup> OECD 2010, 23.

<sup>48</sup> EC 2014b, 44.

ruling has been issued in contradiction to the applicable tax provisions and has resulted in a lower amount of tax.”<sup>49</sup>.

The aim of advance rulings should be to give taxpayers formal confirmation of related tax consequences in advance of entering into specific transactions. It should not result in the lower taxation of the taxpayer who obtains it, in comparison with taxpayers in a similar economic and legal situation who were not entitled to such rulings. The tax administrations of Member States should provide legal tax certainty and predictability but not selective state aids.

### **3.3. Fiscal State Aid – Legal Basis**

In accordance with the EU policy of making the EU market equally competitive and fair for all companies, state aid rules (Articles 101-109 of the Treaty on the Functioning of the EU, hereinafter TFEU) prescribe conditions for undertakings and rules on competition, while Articles 110 to 113 of Chapter 2 (ex Articles 90 to 93 of the Treaty establishing the European Community, hereinafter TEC) separately lay down provisions on tax measures that may be regarded as fiscal state aid<sup>50,51</sup>.

If the European Commission (Commission Directorates-General for Fisheries, Agriculture or Competition) has doubts about the compatibility of state law with the state aid provisions of the TFEU, for example, if a company receives government support as an advantage in any form on a selective basis, the Commission will open a formal investigation procedure. Where Member States prescribe general measures which do not address individual undertakings in a way that they do not depart from the general tax rules referring to all taxpayers in that country, the state aid provisions of the TFEU do not apply. On the contrary, if a tax measure is discriminatory, favouring specific enterprises or certain activities, it gives rise to proceedings for infringement under the rules of state aid prohibition.

State aid measures are characterized by the following: (i) they involve an intervention by the state or through state resources; (ii) they give the

---

<sup>49</sup> *EU* 2014b, 45.

<sup>50</sup> Together with Chapter 3: Approximation of Laws - Articles 114 – 117 (ex Articles 95 – 97 TEC) and Article 118, these articles make the Title VII of the TFEU – “Common rules on competition, taxation and approximation of laws”.

<sup>51</sup> *EU* 2002.

recipient an advantage on a selective basis; (iii) they cause or may cause a distortion of competition; and (iv) they affect trade between the Member States.<sup>52</sup>

Tax provisions (Chapter 2, Title VII TFEU) prescribe tax measures in the form of state aid in the field of the turnover taxes, excise duties, repayments of exports and other forms of indirect taxation. Without prejudice to the reasons for the absence of similar provisions in the TFEU in the area of direct taxation, the Commission has made a considerable effort in tackling harmful tax competition and improving transparency in business taxation.<sup>53</sup>

In 1998 the Commission issued a *Notice on the application of state aid rules to measures relating to direct business taxation* (98/C 384/03, hereinafter the Notice<sup>54</sup>) where it refers to the aids granted by states (today Article 107, paragraph 1 TFEU) of Chapter 1 (Rules on competition) which states that:

*“any aid granted by a Member State or through state resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favoring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market.”*

A tax measure constitutes aid if it meets the cumulative criteria:

1. It gives an advantage through a reduction in the firm's tax burden in various ways (a reduction in the tax base, a total or partial reduction in the amount of tax or deferment, cancellation or special rescheduling of tax debt).
2. The advantage is granted by the state or through state resources, including the forms of fiscal expenditures, granted also by regional or local bodies, through tax provisions of a legislative, regulatory or administrative nature, as well as through the practices of the tax authorities.

---

<sup>52</sup> Art 107, para 1 TFEU.

<sup>53</sup> 1 December 1997 may be considered a starting date, when the Council (ECOFIN) adopted the Code of Conduct for business taxation, after a wide-ranging discussion on the need for coordinated action at Community level to tackle harmful tax competition, including state aid (Articles 92 to 94 TEC).

<sup>54</sup> EU 1998.

3. The measure affects competition and trade between Member States due to the exercise of an economic activity of the beneficiary (regardless of its legal status or means of financing, or the fact that aid is relatively small in amount, or the fact that the recipient is moderate in size and regardless of the fact that the recipient does not carry exports inside the Community).

4. The measure favours certain undertakings or the production of certain goods, including selective advantages which derive from an exception to the tax provisions of a legislative, regulatory or administrative nature or from a discretionary practice of the tax authorities<sup>55</sup>.

Even though the Commission was initially supposed to review the application of the Notice two years after its publication (Paragraph 38), the *Commission report on the implementation of the Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation* (hereinafter the Report) was adopted by the Commission on 9 February 2004<sup>56</sup>. Due to the shortage of tax aid cases before 2001, the Commission had decided to issue the Report when it had sufficient experience in the actions taken in the field of tax aid. The aim of the Report was to accomplish an initial review of how the Notice has been applied.<sup>57</sup> After an extended but concise analysis of transfer pricing methods and many state-specific regimes of diverse tax measures, which constitute different fiscal state aids, the conclusions consist of three aspects:

(i) the application of the Notice has allowed its principles to be clarified while being a suitable tool for assessing tax aid;

(ii) with regards to the relationship between state aid monitoring and actions to tackle harmful taxation, the Commission will continue to review tax aid, focusing on aid with significant economic impacts and particularly harmful effects on trade and competition; and

---

<sup>55</sup> In some cases, the nature or general scheme of the tax system may constitute the justification of the selective nature of a measure: the distinction between state aid and general measures are explained in more detail in paragraphs 13 – 16. *See also* EU 2012.

<sup>56</sup> EU 2004a.

<sup>57</sup> The purpose of the Notice was (i) not to constitute a new set of guidelines for assessing tax aid nor to signal any change in the Commission's approach to assessing the compatibility of such aid, but to (ii) clarify how Articles 87 and 88 TEC (new Articles 107 and 108 TFEU) applied to tax measures (Report, para 3).

(iii) with regard to the question as to whether the principles set out in the Notice that concern only direct taxation can be applied to indirect tax measures, the Commission concluded that “the current Notice has provided a basis for the work in certain cases, in particular as regards the application of the principle whereby measures may be justified by the nature and general scheme of the system, but it does not cover all aspects of indirect taxation”.<sup>58</sup>

### 3.4. EU Investigations

After the Reuters release of a special report titled *How Starbucks avoids UK Taxes* on 15 October 2012, which compared legal filings in the UK with Starbucks' own group reports and transcripts of conference calls with investors and analysts over a 12 year period, and showed huge differences between Starbucks' performance as disclosed to the government and as marketed to the public,<sup>59</sup> there was an immediate public and political reaction, including protests of activist organizations<sup>60</sup> and testimonies before a Committee held in November 2012.<sup>61</sup>

Even though some accusations failed to identify specific and concrete financial interests in Starbucks' favour,<sup>62</sup> the mere fact that the UK taxable base had been decreased formed a solid base for the further suspicion of the Committee and the public. Moreover, these transactions were also the subject of voluntary tax payments that Starbucks rendered in December 2012 “above what is currently required by tax law”.<sup>63</sup>

But these moves, conducted with the aim of minimizing the impact of the public outcry and recovering the trust of customers, have not impressed officials in the Commission. Following a statement a Starbucks executive

---

<sup>58</sup> EU 2004a, para 75 – 80.

<sup>59</sup> The Committee found it “a bit odd” because the company were reporting losses in accounts submitted “to Companies House” and simultaneously “were promoting profits and promoting the individual responsible for the UK business”. Additionally, an inconsistency was found in the fact that Starbucks in UK “have run the business for 15 years”, with losses, but still are “carrying on investing here” (UK 2012c).

<sup>60</sup> Huet 2012.

<sup>61</sup> UK 2012b, para 7 and 8.

<sup>62</sup> For example, the loans that Starbucks UK received from the Starbucks headquarters in the USA, have not produced any tax savings at the consolidated level, due to the fact that the profits were moved to a country with a substantially higher tax rate (UK 2012c).

<sup>63</sup> Starbucks, 2012.



made to the Committee during the hearing, they “had a special tax arrangement with the Netherlands”, which they were asked to “hold in confidence”<sup>64</sup>, in July 2013 the Commission asked the Dutch authorities to provide information regarding tax ruling practices in the Netherlands and all rulings related to Starbucks’ Dutch subsidiaries.<sup>65</sup>

The Commission opened an in-depth investigation into individual tax rulings and the tax regime in the Netherlands. Even though the Commission “does not expect to encounter systematic irregularities in tax rulings” in the Netherlands, it expressed concerns that the tax rulings for Starbucks Manufacturing EMEA BV (the Dutch subsidiary of Starbucks) “is providing that company with a selective advantage, because there are doubts about whether it is in line with a market-based assessment of transfer pricing”.<sup>66</sup>

Based on a preliminary analysis of calculations used to determinate the taxable basis in this ruling, the Commission expressed concerns that they could decrease the taxable profits for Starbucks in the Netherlands, and thus could constitute state aid.<sup>67</sup>

A preliminary analysis presents the transfer pricing regime in general and the transfer pricing arrangements Starbucks had agreed with the tax authorities in the Netherlands.<sup>68</sup> It is a comprehensive report on all aspects of the legal and economic circumstances of the transactions between the Dutch subsidiaries and other related parties: financial reports, legal structures, APAs, benchmarking analysis, functional analysis and selection of transfer pricing methods; it consists of 132 recitals and a decision, in total 40 pages. It thoroughly explains and concludes on the substance of the analysis, examining in a very detailed manner the transfer pricing methods agreed by the Dutch tax authorities.

On 21 October 2015, the Commission issued a press release on the negative decisions with respect to the recovery from Starbucks and Fiat. The APAs concluded between these corporations and Member States constituted unlawful state aid<sup>69, 70</sup>. Due to the artificial and complex methods endorsed in

---

<sup>64</sup> UK 2012c, para 8.

<sup>65</sup> EU 2014a.

<sup>66</sup> EU 2014.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> EU 2014c.

<sup>69</sup> EU 2015d.

the tax-rulings,<sup>71</sup> taxable profits were established in a way that they did not reflect economic reality. The concrete results for the Starbucks' coffee roasting company were profits shifted abroad, with the tax burden being unduly reduced by EUR 20 to 30 million over the period under investigation. The Commission required the Netherlands to recover such state aid from Starbucks, and the company must cease to benefit from the advantageous tax position granted by this ruling.

The Commission found that Starbucks used two ways to artificially lower taxes in the Netherlands, through Starbucks Manufacturing EMEA BV. This is a Starbucks manufacturing company based in the Netherlands as the only coffee roasting company in the Starbucks group in Europe which sells and distributes roasted coffee and coffee-related products (such as cups, pastries and packaged food) to Starbucks outlets in Europe, the Middle East and Africa. These two ways are:

- i. A substantial royalty paid for the use of know-how. It cannot be justified, as it does not adequately reflect market value. Royalty payments to affiliated company Alki in the UK<sup>72</sup> for coffee-roasting know-how was the only know-how payment because no other Starbucks group company, or independent roasters to which roasting is outsourced, are required to pay a royalty in essentially the same situation. The existence and level of the royalty means that a large part of its taxable profits was unduly shifted, as the Commission found. Alki was neither liable to pay corporate tax in the UK, nor in the Netherlands. These overestimated royalties, as accepted by the

---

<sup>70</sup> At the time of the finalization of this article, the public version of decision was not yet available. As explained, it will be displayed as soon as it has been cleared of any confidential information. Therefore, with the aim of finding an adequate explanation of the arguments used by the Commission and the Netherlands, the EC Letter to the Netherlands is used in this article, even though later documentation and meetings were observed by the Commission (*EC Letter*, C(2014) 3626 final).

<sup>71</sup> It is emphasized again that tax rulings as such are “perfectly legal”.

<sup>72</sup> Interestingly enough, during the Committee hearing in the UK, Alki LP, the UK based company that receives the royalty payments, was not mentioned. Even though the fact that royalties are remitted back to the US was stressed few times, this tax transparent legal entity (limited partnership with partners in the Netherland and in the USA), if mentioned in due course at the hearing, might raise the question of UK competence over this remuneration route.

Dutch tax authorities, conferred a selective advantage on Starbucks Manufacturing BV.

- ii. An inflated price for green coffee beans to Switzerland-based Starbucks Coffee Trading SARL, that unduly reduced Starbucks Manufacturing tax base, leaving no margin to pay the above mentioned royalties (since transfer prices for its manufacturing/roasting services were set at very low level). This caused other profits of the Starbucks Manufacturing BV to cover royalty remunerations and decrease tax due in the Netherlands.

Both ways that Starbucks used, and the Dutch tax authorities approved, to artificially shift those profits where there was no economic justification, were analyzed by the Commission in detail in accordance with the OECD transfer pricing guidelines.

As for the first point, in relation to the royalty payments to Alki LP, the most important concern for the Commission was the volatility of the royalty payments from year to year, which was not in line with sales (or profits). Moreover, the artificial character of the APA was recognized in situations where the royalty payments were negative, which would not be the case in transactions between independent economic operators. Finally, the complex and separate calculation of the royalty payments for know-how in the roasting process, which is more technical specification than intangible innovation, together with previous arguments, suggested that the level of those remunerations could have been overestimated.<sup>73</sup>

The second way used to artificially decrease the tax base, payments for the raw materials at inflated prices, was in direct connection with: (i) the classification of Starbucks Manufacturing BV as a low-risk toll manufacturer; and (ii) two adjustments of the cost base for the application of the mark-up within the TNMM.

A toll manufacturer (or contract manufacturer) usually processes raw materials or semi-finished products for another company and, as opposed to a fully-fledged manufacturer, does not bear the risk of inventories (or owns the inventory). Toll manufacturers offer expertise in performing certain manufacturing functions only and do not perform functions such as

---

<sup>73</sup> EU 2014c, sec. 3.1.3.

materials purchasing and production scheduling. Moreover, they usually do not face direct market risk because they have a guaranteed revenue stream from the customer with which they have concluded an agreement. Accordingly, their remuneration is on a fee basis (cost plus), or on a pre-established price per unit. The intangibles of toll manufacturers are limited and typically consist of know-how related to the manufacturing processes. Due to all these characteristics, the rate of return received by toll manufacturers is generally significantly lower than the rate of return received by a fully-fledged manufacturer. The Commission expressed doubts regarding Starbucks Manufacturing BV being considered as a low-risk toll manufacturer related to the fact that the inventories, though considered as being in consignment, appeared in the balance sheet and Starbucks Manufacturing BV records provisions for losses of inventory value. The relevant risks were not shifted from the Netherlands. An additional doubt with regards to the toll manufacturing arrangement was about the costs of raw materials (COGS) that were treated as pass-through costs, contrary to the OECD Guidelines, which indicates that full costs or operating expenses may be an appropriate base for a service or manufacturing activity and that they are often used in similar circumstances.<sup>74</sup>

Using adjustments to decrease the tax base for the application of the mark-up rate actually resulted in a lower mark-up and, moreover, using complicated and separate calculations for functions performed by Starbucks Manufacturing BV, excess remuneration was not attributed to it, but was transferred to Alki LP for the risk of taking title to raw material.<sup>75</sup> Another doubt about the appropriateness of the adjustments referred to the similarity of both adjustments, so the Commission concluded that they addressed the same comparability concern and, therefore, “one of those adjustments seems redundant”<sup>76</sup>. Other important suspicions the Commission expressed were: (i) the assumption from the transfer pricing study that EURIBOR is a risk-

---

<sup>74</sup> OECD 2010, para 2.87 and 2.93.

<sup>75</sup> In spite of the fact that it was not documented in the file. Furthermore, this structure provides that a function allegedly performed in Switzerland would be remunerated in the UK, where Alki LP is established. It means that income will be taxed in the countries of the tax residences of its partners.

<sup>76</sup> EU 2014c, para 98.

free rate<sup>77</sup> so further spread was added to it (50 basis points without explanation); (ii) adjustment of the costs relating to the employees of Starbucks' Swiss subsidiary performing the sourcing activities, even though these costs were not part of the operating costs of Starbucks Manufacturing BV; and (iii) adjustment for the working capital which was not based on working capital figures.<sup>78</sup>

Therefore, the Commission considered that Starbucks Manufacturing BV did not comply with the arm's length principle and it obtained an advantage from the Dutch authorities since these measures appeared to constitute a reduction of remuneration that normally should be borne by independent parties.

#### **4. POSSIBLE CONSEQUENCES FOR THE CROATIAN TAX ADMINISTRATION**

The financial goals of multinational enterprises are important issues that shape transfer pricing policies. Managing cash flows, funding capital expansion, paying interest on debt, encouraging research and development, supporting stock option plans and funding dividend payments to shareholders, require placing income in the legal entity where the funds are required. If this allocation of income is based on overriding business reasons for wanting to place functions, risks and assets (mainly intangible) in certain locations due strictly to tax motives and ignoring economic reality, the transfer prices resulting from such circumstances will not be accepted by tax authorities. The gap between substantial profits on a corporate level (consolidated accounts shown to investors and analysts), and tax losses reported to the tax authorities, can be a result of tax planning techniques that are inspired by governments. However, the same difference may be a result of taxpayers' tax planning that is not accomplished in accordance with the spirit of the tax legislation. If, for example, a taxpayer decreases its tax base

---

<sup>77</sup> Euro Interbank Offered Rate. The Euribor rates are based on the average interest rates at which a large panel of European banks borrow funds from one another, so it includes the applicable risk premium (*Euribor-rates.eu*).

<sup>78</sup> *Ibidem*.

due to investments in research and development, or the training of employees, it is often recognised by tax authorities as a desirable tax cut. But, if a taxpayer reports consolidated profits with little or no tax paid in a certain country owing to complicated and artificial tax planning schemes, then it will be considered as tax avoidance inconsistent with the intent of the law.

However, there is a fine line between the two that legislators and international leaders have to regulate in order to improve fairness and certainty in the global tax arena. Due to the complexity of the economic substance of the transactions and the dynamic global environment, legislators need time to clarify the issues.

Until tax administrations clarify the criteria and take another critical step towards safeguarding legal tax certainty, a general estimation of the tax risks for multinationals can be pointed out: those who have relied strictly on the letter of law using the principle “if they know it is too good to be true, they should be worried”<sup>79</sup>. More worries for corporate managers may arise from the words of Commissioner Moscovici, who said that the tax affairs of an additional 300 multinationals could potentially come under the Commission's scrutiny<sup>80</sup>.

Unfortunately, additional tax risks are likely to be raised due to the impact of these investigations on the tax administrations of Member States. Following the announcements of the verdicts of Competition Commissioner M. Vestager on Starbucks and Fiat Finance and Trade, and welcoming the Commission's decisions, M. Ferber stressed that “the Member States who granted them also need to be punished”, while M. Theurer pointed out that this verdict was not only issued “against Starbucks and Fiat, but also against Member States”<sup>81</sup>. Commissioner Margrethe Vestager herself said “I hope that, with today's decisions, this message will be heard by Member State governments and companies alike.”<sup>82</sup> These strong words, coming from the the key TAXE MEPs, and Commissioner, might sound threatening for the tax administrations and governments of Member States.

---

<sup>79</sup> Concretely, Heather Self, a tax partner at the law firm Pinsent Masons said: “Anyone who has got a ruling they know is too good to be true should be worried.”(*Garside*, 2014).

<sup>80</sup> *Kavanagh and Robins* 2015, 370.

<sup>81</sup> *EU TAXE* Press release, 2015.

<sup>82</sup> *EC* Press release IP-15-5880.

In this way HMRC, for example, was blamed by the Parliamentary Committee for not pursuing all the tax due from big businesses, towards which it was too lenient<sup>83</sup>. The Dutch tax administration was also forewarned in the Commissions Letter<sup>84</sup> that tax authorities are responsible for the comparison of the method proposed by the taxpayer with “the prudent behaviour of a hypothetical market operator, which would require a market to confirm remuneration of a subsidiary or a branch, which reflects normal conditions of competition”.

Maybe this might be an easy task for a modern European tax administration, such as the Dutch one, due to the fact that, in addition to its tradition and modernity, they operate at typical western European market standards and functions almost perfectly, with all the players being perfectly informed and acting as a simple *homo oeconomicus*.<sup>85</sup> However, bearing in mind the economic crisis in Croatia, and thousands of employers struggling to survive in the market, with thousands of employees not getting a salary for their work<sup>86</sup>, together with a tax administration that has to grow from the “old” to a new, modern and sophisticated administration, one which serves taxpayers, in an uncertain environment of constantly changing tax legislation and the implementation of new legal tax instruments, it is reasonable to be sceptical. Croatia does not have strong, successful multinational companies established within the country, and suffers from low inward foreign direct investment, as well as from an important presence of foreign based multinational enterprises. Even the simple export of goods and services is considered as a success for Croatian entrepreneurs. Legal uncertainty and labour costs are very high, while the market is very small. All these factors combined together mean that market conditions and prerequisites for Croatian companies during negotiations on business deals with its counterparts can differ, with margins extremely volatile, largely dependable on weak negotiation positions and a strong willingness to compromise.

---

<sup>83</sup> UK 2012b, para 3.

<sup>84</sup> EU 2014c, para 77.

<sup>85</sup> Which can hardly be true, due to the complexity of human behavior and even more complex market imperfections and rapid changes.

<sup>86</sup> See: List of the taxpayers/employers that, according to available information, do not give salaries to their employees (CTA 2015).

The CTA might be confused by such scrutiny from the EU Commission: on the one hand required to be a partner with taxpayers, and supportive to foreign investors and business, and on the other, instructed by supranational bodies to establish “the prudent behaviour” of entrepreneurs.<sup>87</sup> At the time when Croatian tax officers receive the first enquiries for binding rulings and answer them to their best of their knowledge, putting great efforts into understanding the business positions of the entrepreneurs who seek greater legal tax certainty, the development of such a supranational tax system within the EU might result in turning the administration’s approach back to traditional scrutiny.

If tax administration officers are to understand EU instructions so as to act in a manner that strictly applies the best margin available, according to the evidence, on transactions within their country for each and every case, then businesses would depend on the tax bureaucracy's subjective interpretation of the tax bureaucracy relating to the market conditions which determine market prices, always with best case scenarios for the budget and worst case scenarios for taxpayers.<sup>88</sup>

In such a scenario it would be less harmful to establish “tax transfer prices” for all entrepreneurs in advance.<sup>89</sup> Consequently, every company should know what is acceptable as a revenue or a cost for tax purposes. Paradoxically enough, in some cases the result of these “prescribed transfer prices” might be a profit. It sounds like a very unpopular measure of a ‘command economy’, but it seems that it might be favourable for entrepreneurs to have clear guidelines of prices with affiliated companies

---

<sup>87</sup> Interestingly enough, some projects of the CTA were realised in cooperation with experts from the Tax and Customs Administration of the Netherlands (see: *CTA 2011*; *CTA 2010*).

<sup>88</sup> Every transaction with an affiliated company can be accomplished in both directions – a domestic company might be in a position to buy or sell from/to a foreign company. If buying and selling transactions are interpreted differently, depending on the consequences for the state budget, then it is better to have the same prices stipulated in advance, no matter the market conditions, but in favor of legal tax certainty and possible positive consequences for profitability. In other words, if every transaction is recognized by tax officials, with the fear of being accused of ‘lenient treatment’ and ‘selective advantage’ for a taxpayer, in accordance with the comparable data available only to the tax administration, at a price that the less it increases the budget income the more it increases taxable profit and tax payable.

<sup>89</sup> Within the scope of the arm's length principle for transfer prices it would mean, for example, determining margins and a basis for the application of these margins.



which they know in advance<sup>90</sup>. Under such conditions, entrepreneurs would have ‘a clear picture’ of future tax liability and a better chance to choose profitable transactions. Nonetheless, this would be contrary to the principles of taxation<sup>91</sup> and as such has a very low probability of realization.

Therefore, what can be expected consequent to the EU investigations into the CTA? How will it affect the issuance of binding opinions or the attitude towards big business, mainly multinational companies, in Croatia? First, binding opinions that could be issued by the CTA have a very narrowly defined scope of subjects, as explained *supra*, where an APA is not an option so it is not possible to sign advance agreements on transfer pricing.<sup>92</sup> As the CTA had always been reluctant to prescribe APAs, bearing in mind recent EU investigations, it is hard to believe that such tax arrangements would be allowed in the near future. Moreover, if we imagine how negatively the Commission’s investigations and warnings may influence the CTA, then this might be hypothetically visible as a change during tax audits, where tax inspectors might change (or pursue) their behaviour with the simple aim of using the best case scenario for the Croatian budget as the only “economic substance”, with benchmarking analysis in accordance with the transactions from the market that best fit. Conducting an audit in such a manner will be accepted from the public as well as from the EU Commission. However, it is also possible that the CTA, after years of training and practice, will act confidently, recognising instructions from the EU as guidelines and assistance in better understanding transfer pricing issues, at the same time as supporting business with legal tax certainty.

Without any prejudice against the tax avoidance of multinationals and against European tax administrations, the mere fact that well-known tax

---

<sup>90</sup> The market prices in such cases are not the same as prices that would be recognized for taxation purposes, but this information would be crucial for taxpayers to calculate the taxable profit and plan their activities in advance.

<sup>91</sup> As pointed out in the analysis of Starbucks' transfer prices (but not in the same context): “If the same logic is followed, the business of the company could be considered as low-risk because there would be no variation of the tax liability between fiscal years. However, such a lump sum payment could hardly be reconciled with the underlying economic reality of the transactions and the risks of the business activity and could not be reconciled with the principles of taxation.” (EU EC Letter, 2014, recital 88).

<sup>92</sup> As explained in the letter of Mr. Lalovac (Croatian Minister of Finance) to TAXE Special Committee (*MF*, 2015).

administrations within the EU have been warned about the distortions of competition through selective tax advantages given to some enterprises, raises the question as to the possible consequences for tax administrations in developing countries and decreases tax safety for entrepreneurs. Partnership and cooperation between the tax administration and taxpayers in Croatia are at the rudimentary stage, so this fragile phase can be easily threatened by potential accusations from European authorities.

## 5. CONCLUSION

The basic principles of an actual international tax regime were laid out at the first Model convention issued by the League of Nations, based on the report of four economists in March 1923<sup>93</sup>. This, almost 100 year-old, concept of taxation needs to be modernised. The OECD, the G20 and the EU have taken the initiative, and it seems that nothing can stop the process of the implementation of fairness in taxation in the globalized arena, not even the threats of the scrutiny of tax administrations which could slow down economic recovery.

While transfer pricing represents the most complex and fluid issue in tax practice, when combined with intellectual property, and hybrid mismatch arrangements together with considerable amounts of international trade employed, it goes without saying that a number of actions were undertaken to combat the aggressive tax planning of multinationals. The EU has found a new *modus operandi* to deny benefits in the case of harmful transfer pricing arrangements with the tax administrations of Member States, namely compatibility with state aid rules.

Traditionally 'tax friendly' countries, which have a well-developed and consistent practice providing security to tax payers, have been warned by these actions of the OECD and the EU about certain behaviour which is no longer considered acceptable. The ability of these countries (as well as MNEs) to adapt to new circumstances is undoubtable.

Nonetheless, there is a question as to how, with such turnarounds in tax policy, the EU states still in development will manage. One can assume that the tax authorities of countries in transition, which are trying to catch up

---

<sup>93</sup> *Bogovac* 2014, 111.

with modern administrations, would find themselves in a difficult situation adjusting the process of ‘partnership with taxpayers’ to the new direction of fighting against tax evasion. The CTA has made great efforts in developing better relations with taxpayers, while introducing instruments that reduce tax risk. Now that it is these instruments to increase legal tax safety (such as binding opinions) which have become the subject of the scrutiny of the EU, the focus has shifted to instruments which prevent tax evasion, to the detriment of ‘partnership’ and the legal certainty of taxpayers.

The very complex system of unreliable allowances and the incompatibility of tax systems makes it extremely difficult for businesses to take long-term investment decisions, while decisions they have already made for undertakings that are now part of their everyday business life are under the unexpected scrutiny of the OECD and EU officials.

The ratio of trust between tax administrations and taxpayers is one of the important ratios in the increase of tax avoidance. In such a manner as to identify it, Jelčić finds that, in Croatia, the tax administration and its attitude towards taxpayers are unprofessional, unconscionable and non-objective, as well as inefficient and arrogant<sup>94</sup>. Following the path of tax avoidance, whether conducted with or without the intention of taxpayers, the tax administration increases the number of investigations and treats all taxpayers with more scrutiny, creating a vicious circle of constant antagonism between taxpayers and tax authorities<sup>95</sup>. Since the EU fiscal state aid investigations put pressure on both subjects of the tax system (the taxpayers as well as tax administrations) they constitute an additional accelerant in this vicious circle of taxation. This may give rise to a lengthened period of uncertainty for business and tax authorities, especially in developing countries, due to their struggles in identifying what constitutes ‘economic reality’ or ‘market conditions’ in accordance with newly established supranational standards. The categories and values ascribable to the rule of law, such as predictability and legal certainty in the tax field, are now at very low levels, as a new era begins of taxation regarding big business.

---

<sup>94</sup> Jelčić et al. 2008, 216.

<sup>95</sup> Bogovac 2015, 268-269.

While the Croatian economy shows some signs of recovery,<sup>96</sup> we can only hope that the hard-earned profits of entrepreneurs will not be lost in tax disputes with the CTA.

## REFERENCES

1. Bogovac, J. (2014). Oporezivanje multinacionalnih korporacija. Zagreb.
2. Bogovac, J. (2015). The Paradox of Tax Incentives in Developing Countries. System of Financial Law, System of Tax Law, Conference Proceedings, Vol. 515. p. 256-273. Brno, Czech Republic.
3. Britannica (2015). "Public opinion". Encyclopaedia Britannica on-line. Available at: <http://www.britannica.com/topic/public-opinion> [12.6.2015].
4. CBS (2015) Croatian Bureau of Statistics, Key Figures, Quarterly rate of GDP, 27 November 2015, available at: [http://www.dzs.hr/default\\_e.htm](http://www.dzs.hr/default_e.htm) [27.11.2015].
5. CTA (2010). Supporting the capacity of CTA for further development of EU information exchange systems, IPA 2010 FFRAC. Available at: <http://www.mingo.hr/page/program-europske-unije-ipa-2010-ffrac-za-hrvatsku>, [12.7. 2015].
6. CTA (2011). Strategy of the Tax Administration for the period 2011 – 2015. CTA. Available at: [http://www.porezna-uprava.hr/en/EN\\_publikacije/Pages/handbooks.aspx](http://www.porezna-uprava.hr/en/EN_publikacije/Pages/handbooks.aspx). [2 December 2014].
7. CTA (2012). External and internal communication strategy for the 2012 – 2015 period. Zagreb. Available at: [http://www.porezna-uprava.hr/en/EN\\_publikacije/Pages/handbooks.aspx](http://www.porezna-uprava.hr/en/EN_publikacije/Pages/handbooks.aspx). [23.5.2015].
8. CTA (2014). CTA, Charter of cooperation with taxpayers, Class: 011-01/14-01/195, Ref. No.: 513-07-21-01/14-1, Zagreb. Available at: <http://www.porezna-uprava.hr/bi/Stranice/Vodic-za-po.aspx> [20.10. 2015].
9. CTA (2015). Popis poreznih obveznika/poslodavaca koji prema dostupnim podacima ne isplaćuju plaće (List of taxpayers/employers that, according to available information, do not pay salaries to their employees). Available at: <http://www.porezna-uprava.hr/bi/Stranice/Neisplatiteljiplaca.aspx>. [16.11.2015].
10. D'Alessandro, M. and Masoni D. (2015). Google investigated in Italy over tax issues, Reuters on-line. Available at: <http://www.reuters.com/article/2015/02/25/us-italy-google-tax-idUSKBN0LT1NP20150225#L60P44zPkGwzuv66.97>. [25.10.2015].
11. Garside, J. (2014). European commission to investigate tax affairs of Apple, Starbucks and Fiat. The Guardian, 11 June 2014. Available at: <http://www.theguardian.com/world/2014/jun/11/eu-formal-tax-inquiry-apple-starbucks-fiat>. [2.2.2015].
12. EU (1997). Code of conduct for business taxation. Code of Conduct Group (Business Taxation) to ECOFIN Council on 29 November 1999 SN 4901/99. Available at:

---

<sup>96</sup> GDP increased in real terms by 2.8% in the 3<sup>rd</sup> quarter of 2015, as compared to the same quarter in 2014, which is the highest increase since 2008, after six years of decline in economic activity (CBS, 2015).

- [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/company\\_tax/harmful\\_tax\\_practices/index\\_en.htm#code\\_conduct](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm#code_conduct). [25.10.2015].
13. EU (1998). Commission Notice on the application of state aid rules to measures relating to direct business taxation. Official Journal C 384 10/12/1998. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998Y1210%2801%29>. [20.10.2015].
  14. EU (2002). TEC. Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002) OJ C 325, 24.12.2002, Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:12002E/TXT>. [21.10.2015].
  15. EU (2004). European Commission launches broad strategy to prevent financial and corporate malpractice. Press release IP/04/1164. Available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-04-1164\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1164_en.htm?locale=en), [20.4.2015].
  16. EU (2004a). Commission report on the implementation of the Commission notice on the application of state aid rules to measures relating to direct business taxation. Available at: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/company\\_tax/harmful\\_tax\\_practices/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm). [21.10.2015].
  17. EU (2004b). Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Preventing and Combating Corporate and Financial Malpractice, COM (2004) 611. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/191747>. [15.9.2015].
  18. EU (2007). Croatia 2007 Progress Report SEC(2007) 1431 Commission Staff Working Document, Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2007-2008 {COM(2007) 663 final} Available at: <http://euinfo.pravo.hr/page.aspx?pageID=109#2007>. [15.9.2015].
  19. EU (2009). Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, Promoting Good Governance in Tax Matters, Commission of the European Communities, COM(2009) 201 final. Available at: [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu). [12.9.2015].
  20. EU (2010). Croatia 2010 Progress Report. Commission Staff Working Document, Accompanying The Communication From The Commission To The European Parliament And The Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2010-2011. COM(2010) 660 final. Available at: <http://euinfo.pravo.hr/page.aspx?pageID=109#2007>. [23.6.2015].
  21. EU (2012). TFEU. Treaty on the Functioning of the EU, Consolidated version. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>, [20.10.2015].
  22. EU (2013). European Council – Conclusions, Brussels, 14-15/03/2013, D/13/3. Available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_DOC-13-3\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-13-3_en.htm). [20.7.2015].
  23. EU (2014). State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland) Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg). European Commission Press Release. Available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-663\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-663_en.htm). [14.4.2015].
  24. EU (2014a). Draft commission Notice on the notion of state aid pursuant to Article 107(1) TFEU. Available at: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_state\\_aid\\_notion/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html). [25.10.2015].

25. EU (2014c) Letter to the Netherlands C(2014) 3626 final, Published on 13.11.2014, State aid SA.38374 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) – Netherlands Alleged aid to Starbucks. Available at: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38374](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38374). [12.3.2015].
26. EU (2015). Commission Work Programme 2016: No Time for Business as Usual. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Strasbourg, 27.10.2015 COM(2015) 610 final. Available at: [http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm), [28.10. 2015].
27. EU (2015a). Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2015) 610 final, available at: [ec.europa.eu/atwork/key-documents/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm), [29.10. 2015].
28. EU (2015b). Commission decides selective tax advantages for Fiat in Luxembourg and Starbucks in the Netherlands are illegal under EU state aid rules. Pres release IP/15/5880, Brussels, 21 October 2015, available at: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38374](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38374), [26.10.2015].
29. EU (2015c). A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Brussels, 17.6.2015 COM(2015). 302 final. [27.7.2015].
30. EU (2015d). Verdicts tax rulings Starbucks (NL) and Fiat Finance (LUX) show need for transparency and strong role for Commission, say key TAXE MEPs. Press release. TAXE, Special Committee on Tax Rulings and Other Measures Similar in Nature or Effect. Available at: <http://www.europarl.europa.eu/news/sv/news-room/content/20151021IPR98611/html/Key-MEPs-Verdicts-tax-rulings-Starbucks-and-Fiat-show-transparency-is-needed>. [26.10.2015].
31. Euribor-rates.eu. Available at: <http://www.euribor-rates.eu/>. [15.10.2015].
32. Fairless, T. and Schechner, S. (2014). Facebook Seeks EU Antitrust Review of \$19 Bln WhatsApp Purchase, 05/28/2014. Available at: <http://new.dowjones.com/newsletter/facebook-seeks-eu-antitrust-review-19-bln-whatsapp-purchase/>. [1.9.2015].
33. Huet, N. (2012). UK anti-austerity protestors target Starbucks cafes, December 08, 2012, Available at: [http://articles.chicagotribune.com/2012-12-08/business/sns-rt-us-britain-starbucksbre8b70cb-20121208\\_1\\_starbucks-cafes-kris-engskov-anti-austerity](http://articles.chicagotribune.com/2012-12-08/business/sns-rt-us-britain-starbucksbre8b70cb-20121208_1_starbucks-cafes-kris-engskov-anti-austerity). [12.7.2015].
34. Jelčić B., Lončarić-Horvat, O., Šimović, J., Arbutina, H. and Mijatović, N. (2008). *Financijsko pravo i financijska znanost*. Zagreb.
35. Kavanagh, J. and Robins, N. (2015). Corporate Tax Arrangements Under EU State Aid Scrutiny. *European State Aid Law Quarterly* 3/2015, 358-370.
36. Koprić, I. (1999). *Struktura i komuniciranje u upravnim organizacijama*. Zagreb.
37. MF (2015). Ministry of Finance, Letter to TAXE, Class: 910-01/15-01/502, Ref.No.: 513-07-21-01/15-349, Zagreb, 23 June 2015. Available at: <https://polcms.secure.europarl.europa.eu/Croatia>. [15.10.2015].
38. Neate, R. (2014). What is the “Google tax”? *The Guardian* 29 September 2014. Available at: <http://www.theguardian.com/politics/2014/sep/29/what-is-google-tax-george-osborne>, [2.6.2015].

39. OECD (1998). Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue. Available at: [www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf](http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf). [13.2.2015].
40. OECD (2010). Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Amsterdam.
41. OECD (2013). BEPS, Base Erosion and Profit Shifting. Available at: <http://www.oecd.org/ctp/beps-about.htm>. [15.10.2015].
42. OECD (2014). Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264218970-en>. [18.7.2015].
43. Phillips Erb, K. (2013). Cameron Announces That G8 Will Focus On 3Ts: Taxes, Transparency & Trade. Forbes on-line, Jun 17, 2013. Available at: <http://www.forbes.com/sites/kellyphillipserb/2013/06/17/cameron-announces-that-g8-will-focus-on-3ts-taxes-transparency-trade/>. [12.6.2015].
44. Stamp, D. (2014). Irish tax changes may cost U.S. groups billions. Reuters, 14 October 2014. Available at: <http://www.reuters.com/article/2014/10/14/us-irelandtaxusa-idUSKCN0131WD20141014#7LSMURPSVq1VqC5U.99>. [12 July 2015].
45. Starbucks (2012). Open Letter from Kris Engskov, Managing Director, Starbucks Coffee Company UK, 6 December 2012. Available at: <http://www.starbucks.co.uk/blog/an-open-letter-from-kris-engskov/1249>. [15.10.2015].
46. Tanzi, V. (1995). Taxation in an Integrating World. Washington D.C.
47. UK (2012a) Speech by the Chancellor of the Exchequer, Rt Hon George Osborne MP; at Google Campus launch, (HM Treasury 2012). Available at: <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-by-the-chancellor-of-the-exchequer-rt-hon-george-osborne-mp-google-campus-launch>. [2.10.2015].
48. UK (2012b). Parliament Annual Reports, 1. Tax avoidance by multinational companies. HM Revenue and Customs. Annual Report and Accounts - Public Accounts Committee, 3 December 2012. Available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/716/71605.htm>. [1.10.2015].
49. UK (2012c). Minutes from the meeting, Oral Evidence Taken before the Public Accounts Committee on Monday 12 November 2012. Parliament Public Accounts Committee. Available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmpubacc/716/121112.htm>. [20.10.2015].
50. UK (2014). Diverted profits tax: guidance. HMRC. Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/diverted-profits-tax-guidance>, [16. 5. 2015].
51. USA (2012). Senate subcommittee investigations on Microsoft and Hewlett-Packard. U.S. Senate Committee on Homeland Security & Governmental Affairs. Available at: [https://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/media/subcommittee-hearing-to-examine\\_billions-of-dollars-in-us-tax-avoidance-by-multinational-corporations](https://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/media/subcommittee-hearing-to-examine_billions-of-dollars-in-us-tax-avoidance-by-multinational-corporations). [15.4.2015].
52. USA (2012a). Senate subcommittee investigations on Caterpillar. U.S. Senate Committee on Homeland Security & Governmental Affairs. Available at:

<https://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/media/subcommittee-exposes-caterpillar-offshore-profit-shifting>, [15.4. 2015].

53. Wallace, C. D. (2002). *The Multinational Enterprise and Legal Control*. The Netherlands.
54. Wintour, P. and Arthur, C. (2013). *The Guardian* 22 May 2013. Available at: <http://www.theguardian.com/technology/2013/may/22/google-boss-international-tax-system-eric-schmidt>. [20. 12. 2014].

#### Legislation (Croatia)

55. General Tax Act (*Official Gazette*, No. 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13, 26/15).
56. Tax Administration Act (*Official Gazette*, No. 148/13, 141/14).
57. Decree on internal organization of the Ministry of Finance (*Official Gazette*, No. 32/12, 67/12, 124/12, 78/13, 102/13, 24/14, 134/14, 154/14).
58. By-law on binding opinions, tax return correction, statistical reports and tax settlements (*Official Gazette*, No. 78/15).

#### Sažetak

---

### ISTRAGE O NEZAKONITIM DRŽAVNIM POTPORAMA U OPOREZIVANJU I MOGUĆI UTJECAJ NA HRVATSKU POREZNU UPRAVU

*U članku su prikazane nedavno pokrenute istrage EU-a o transfernim cijenama kod oporezivanja dobiti nekih multinacionalnih korporacija. Ove istrage ispituju jesu li odluke poreznih uprava Irske, Nizozemske i Luksemburga (u vezi s Appleom, Starbucksom i Fiat Finance and Tradeom) sukladne EU-pravilima o državnim potporama. Potaknute naporima OECD-a i porasta javne kritike na nepoštenu alokaciju poreznog tereta između multinacionalnih korporacija i manjih, tuzemnih poduzeća i stanovništva, Europska je komisija u posljednje dvije godine poduzela mjere s ciljem uvođenja više pravednosti u oporezivanje porezom na dobit u Europi. Ovaj članak proučava utjecaj trenutnih međunarodnih napora u ponovnom uređivanju globalnog poreznog sustava, na hrvatsku Poreznu upravu, koja nastoji držati korak u harmonizaciji s Europskim poreznim pravom, praksom i partnerskim odnosom s poreznim obveznicima.*

**Ključne riječi:** fiskalna potpora; EU istrage; Porezna uprava Republike Hrvatske.





Dr. sc. Dana Dobrić<sup>1</sup>  
Dr. sc. Stjepan Gadžo<sup>2</sup>  
Dr. sc. Dejan Bodul<sup>3</sup>

UDK: 352.07:347.736(497.5)  
352.07(4)EU  
339.923:061.1>(4)EU  
Primljeno: listopad 2015.  
Pregledni znanstveni rad

## **PROBLEM „BANKROTA“ HRVATSKIH LOKALNIH JEDINICA: STANJE I PERSPEKTIVE U KONTEKSTU EUROPEIZACIJE SUSTAVA VIŠERAZINSKOG UPRAVLJANJA**

*Izazovi s kojima se suočava hrvatski javni sektor u kompleksnim uvjetima tržišnog gospodarstva nameću potrebu za analizama koja prelaze tradicionalne granice pravnih disciplina. Autori ovog rada problematici lokalne samouprave pristupaju prepoznajući komplementarnost stečajnog i financijskog prava, po svim bitnim obilježjima samostalnih pravnih disciplina te upravne znanosti kao društveno-empirijske discipline. Ta se međuovisnost očituje i u dubini krize koja zahvaća sva tri sustava. S jedne strane, duže od desetljeća opetovano upozoravanje znanstvenih i stručnih krugova o nužnosti upravno-teritorijalne preraspodjele Hrvatske (u smjeru okrupnjavanja JLS-a) ne nailazi na pozitivne odgovore vladajuće političke elite. Stoga se, u cilju jačanja ekonomsko-financijskog kapaciteta JLS-a otvaraju zakonske mogućnosti njihovog apliciranja na fondove Europske unije, zatim strateškog planiranja razvoja potpomognutim novim institucionalnim rješenjima (lokalnim razvojnim agencijama, lokalnim akcijskim grupama, inkubatorima, i sl.), kao i funkcionalnih prilagodbi europskim trendovima (javno-privatno partnerstvo, outsourcing, contracting-out). S druge strane, posljednje u nizu zakonodavnih intervencija u hrvatski porezni sustav, napose one vezane za oporezivanje dohotka, nameću pitanje održivosti fiskalnih pozicija većeg broja hrvatskih JLS-a. Očekivano smanjenje prihoda od poreza na dohodak, jednog od najizdašnijih izvora financiranja JLS-a, uz istovremenu neizvjesnost postizanja željenog cilja zakonskih reformi u obliku povećanja osobne potrošnje i poticanja cjelokupnog gospodarstva, povećava rizike od tzv. „bankrota“ ovih*

---

<sup>1</sup> Dr. sc. Dana Dobrić, viši asistent, Katedra za upravnu znanost, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci (*Senior Assistant, Chair of Administrative Science, Faculty of Law, University of Rijeka*): dana.v.dobric@gmail.com.

<sup>2</sup> Dr. sc. Stjepan Gadžo, asistent, Katedra za financijsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci (*Research Assistant, Chair of Financial Law, Faculty of Law, University of Rijeka*): sgadzo@pravri.hr.

<sup>3</sup> Dr. sc. Dejan Bodul, docent, Katedra za građansko procesno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci (*Assistant Professor, Chair of Civil Procedure Law, Faculty of Law, University of Rijeka*): dbodul@pravri.hr. Koautor je suradnik na projektu Hrvatske zaklade za znanost u okviru Projekta br. 6558 *Business and Personal Insolvency - the Ways to Overcome Excessive Indebtednes*.

političko-teritorijalnih jedinica. Očekivana pomoć središnje države u rješavanju kriznih situacija također nosi predznak neizvjesnosti, s obzirom na ograničenja daljnjeg povećanja ukupnog javnog duga, koja su se postrojila nakon pristupanja Hrvatske Europskoj uniji. S treće strane, opredjeljenje je novog hrvatskog stečajnog zakonodavstva u nejasnom normativnom odgovoru na pravno-političko pitanje: koji je primarni cilj stečajnog postupka i u čiju se korist on vodi? Ovo je stoga što se kroz stečajni postupak „prelamaju“ interesi više zainteresiranih osoba (vjerovnika, radnika, vlasnika kao i širi društveni interesi). Kako pozitivna stečajna regulativa, za sada, isključuje mogućnost provođenja stečaja nad imovinom jedinca lokalne samouprave, štoviše nikakva ex post pravna rješenja ne postoje u slučaju da lokalna jedinica postane insolventna, autori analiziraju i opravdanost proširenja pasivne stečajne sposobnosti na jedinice lokalne samouprave. Kompleksnost predmeta istraživanja i postavljeni zadaci uvjetovali su izbor metoda pa je u istraživanju korišten metodološki pristup koji obuhvaća proučavanje domaće i strane literature, odgovarajućih zakonskih propisa, kao i analizu pozitivne i strane sudske prakse.

**Ključne riječi:** lokalna samouprava; lokalne javne financije; Zakon o porezu na dohodak; „bankrot“ lokalnih jedinica; okrupnjavanje lokalnih jedinica.

## 1. UVOD

Na paleti prijepora vezanih za lokalnu i regionalnu samoupravu u Republici Hrvatskoj, posljednja je, i nažalost još uvijek aktualna, ekonomska kriza u prvi plan nametnula one primarno financijske i/ili ekonomske prirode. Njih bi, dakako, bilo pogrešno promatrati izvan puno šireg konteksta optimalnog političko-teritorijalnog ustroja. Primjerice, često postavljano pitanje prevelikog broja lokalnih jedinica neumitno je višedimenzionalno, s obzirom na njegove političke, socijalne, ekonomske i druge implikacije.<sup>4</sup> Razdoblje od 2001., kojom započinje proces značajnije decentralizacije u RH, pa do danas obilježava kontinuirani nesklad između funkcija zakonski ostavljenih u djelokrug lokalnih jedinica i izvora za njihovo financiranje. Nedostatan fiskalni kapacitet hrvatskih lokalnih jedinica još više dolazi do izražaja u posljednjih sedam godina, obilježenih „kriznom“ odrednicom. Dodatni problem s kojima su one suočene (za razliku od središnje vlasti) jest nizak stupanj porezne autonomije u formalnom smislu, tj. gotovo potpuni izostanak normativnih ovlaštenja u pogledu tzv. lokalnih poreza.<sup>5</sup> Posljedica je ovisnost financijskog položaja lokalnih jedinica o nerijetko hirovitim intervencijama zakonodavca u području (materijalnog) poreznog prava.

---

<sup>4</sup> Vidi, detaljno, *Koprić* 2010c.

<sup>5</sup> Detaljnije o odrednicama porezne autonomije subnacionalnih razina vlasti vidi *Arbutina* 2010, 649-655.

Najaktualniji je primjer posljednja novela Zakona o porezu na dohodak (dalje: ZPD)<sup>6</sup> čije su najvažnije odredbe stupile na snagu 1. siječnja 2015. Njome su, u financijskom smislu, najviše pogođene hrvatske općine i gradovi, s obzirom na umanjene proračunskih prihoda od poreza na dohodak. U svjetlu drugih zakonskih noviteta izravno vezanih za financiranje lokalnih jedinica (primjerice, novi Zakon o regionalnom razvoju (dalje: ZRR)<sup>7</sup>, novela Zakona o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave (dalje: ZFJLRS)<sup>8</sup> i dr.), vrlo je vjerojatno da će se bar jedan dio lokalnih jedinica susresti s nezanemarivim teškoćama u podmiranju dospjelih obveza.

Posljedično se nameće pitanje načina rješavanja problema insolventnosti lokalnih jedinica (*subnational insolvency*). To pitanje nije nepoznato u financijskoj teoriji, u kojoj se pojam „bankrota države“ koristi za opis svih slučajeva nesposobnosti države (u najširem smislu te riječi) za namirenje svojih vjerovnika.<sup>9</sup> Kad se radi o lokalnim jedinicama, čak je i letimičan uvid u hrvatsku i komparativnu praksu dovoljan za potvrdu aktualnosti problema. Dok su u Hrvatskoj vjerojatno najpoznatiji primjeri bankrota gradova Slavenskog Broda i Zlatara iz 2009.<sup>10</sup>, svjetske su naslovnice 2013. prenijele vijest o bankrotu nekadašnjeg ponosa američke auto-industrije, Detroita.<sup>11</sup> Slični su primjeri poznati i u nizu drugih država, od onih visokorazvijenih (primjerice, Švicarska, Njemačka, Švedska) do država u razvoju (primjerice, Argentina, Rusija). Pritom je uočljivo da u većini slučajeva središnja vlast na sebe preuzima ulogu „spasitelja“ insolventnih jedinica, npr. davanjem (ne)povratnih pomoći. S druge strane, manji broj država (SAD, Brazil, Mađarska) odlučio se za drugi put, koji podrazumijeva ograničenu intervenciju središnje vlasti. Radi se o normativnom uređenju posebnog postupka koji se provodi nad insolventnim lokalnim jedinicama, a koji je po svom cilju veoma sličan postupku korporativnog stečaja.

## 1.1. Cilj rada

U domaćoj je znanstvenoj literaturi više puta istaknuto da se ideja o lokalnoj samoupravi u Republici Hrvatskoj najčešće izvodi iz političkih razloga, a ne ekonomskih postulata.<sup>12</sup> Time se ugrožavaju elementarna načela i argumenti

---

<sup>6</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, NN br. 147/14.

<sup>7</sup> Zakon o regionalnom razvoju Republike Hrvatske, NN br. 147/14.

<sup>8</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, NN br. 147/14.

<sup>9</sup> Vidi: Jelčić 2010, 620

<sup>10</sup> Vidi: Bilas 2009; Radusinović 2013.

<sup>11</sup> Vidi, npr.: Dossett 2013.

<sup>12</sup> Vidi, npr. Koprić 2008; Dulabić 2008.

učinkovite ekonomske politike, dovodeći u opasnost principe racionalnog pristupa decentralizaciji, a time i gospodarsku učinkovitost i opstojnost lokalne samouprave. Cilj je rada ukazati kako recepcija mjera reorganizacije lokalnih jedinica kroz stečajni postupak, koje pružaju poredbena rješenja, može biti odgovor za problem insolventnih lokalnih jedinica. Struktura i koncepcija rada prilagođena je davanju što sveobuhvatnijeg odgovora na postavljenu hipotezu. Promatranj se problematici pristupa interdisciplinarno, uvažavajući komplementarnost stečajnog i financijskog prava, po svim bitnim obilježjima samostalnih pravnih disciplina, te upravne znanosti kao društveno-empirijske discipline.

## 1.2. Pregled dosadašnje literature i korištena metodologija

Pravna literatura, iako obimna i svrsishodna, ponekad može biti ograničavajuća u pogledu nemogućnosti pružanja adekvatnih odgovora, kao ni korisnih objašnjenja i adekvatnih pristupa za određene probleme. Jedan od očiglednih primjera nalazimo u činjenici nepostojanja konvencionalnih rješenja za problem insolventnosti lokalnih jedinica, napose u kontekstu sve jače „europeizacije“ sustava višerazinskog upravljanja.

Prvo valja napomenuti kako se interes za istraživanje reperkusija europske integracije na subnacionalne razine vlasti pojačao posljednjih desetak godina.<sup>13</sup> Odnos europeizacije i lokalne samouprave u domaćoj literaturi nije sustavno obrađen, već ga se pojedini istraživači djelomično dotiču u okviru znanstvenih i stručnih radova.<sup>14</sup> Drugo, popularnost koju istraživanja

---

<sup>13</sup> Ta je problematika posebno naglašena u radovima *Heinelta i Niederhafner (Cities and Organized Interest Intermediation in the EU Multi-level System, 2005)*, *Marshalla (Europeanization at the urban level: local actors, institutions and the dynamics of multi-level interaction, 2005)*, *Zimmermana (Die Europäische Verfassung – Eine Bilanz aus kommunaler Perspektive, 2006)*, *Guderjana (European Integration from a Local Government Perspective Theoretical Considerations, 2011 i Local Government and European integration – beyond Europeanisation?, 2012)* i *Huggingsa (New frontiers in researching European local government networks, 2011)*.

<sup>14</sup> Europeizaciju lokalne samouprave i dobro upravljanje u lokalnim jedinicama tematizira *Musa* u radu *Lokalna samouprava u kontekstu europskih integracija: trendovi i izazovi (2011)*. U knjizi *Europski upravni prostor (2012)* *Koprić* i dr. bave se, između ostalog, teorijskim pristupima europskim integracijama i upravljanju u Europskoj uniji te utjecajem Europske unije i Vijeća Europe na lokalnu samoupravu. U istom kontekstu potrebno je istaknuti i knjige *Reforma lokalne i regionalne samouprave u Hrvatskoj (2013)* i *Europeizacija hrvatske javne uprave* urednika *Koprića*. O strukturnim i funkcionalnim promjenama koje lokalnoj samoupravi nameće proces europeizacije doznajemo također iz zbornika radova *Nova hrvatska lokalna i regionalna samouprava (2010)*, a radovi o regionalnom razvoju i poduzetničkom pristupu njegovim upravljanjem sadržani su u zborniku radova *Forumi o regionalizaciji i održivom življenju (2007)* te knjizi *Participativno upravljanje za održivi razvoj (2009)* urednika *Kordej-De Villa* i dr. *Dulabić*

iz područja fiskalnog izravnjanja (ili fiskalnog federalizma), tradicionalno uživaju u drugim državama u posljednjih se 15-ak godina reflektira i u sve plodnijoj domaćoj znanstvenoj produkciji, napose ekonomskog i pravnog predznaka. Međutim, domaća produkcija iz ovog područja pitanja zaduženja lokalnih jedinica, a napose pitanja mogućih modela restrukturiranja njihova duga, dotiče tek periferno.<sup>15</sup>

Treće, iako se može tvrditi kako rješenja pozitivnog stečajnog prava prate globalne tendencije, u Republici Hrvatskoj postoji, možda, stotinjak znanstvenih tekstova koji se bave opsežnom i složenom problematikom korporativnog i međunarodnog stečaja.<sup>16</sup> Štoviše, postoji skroman broj i monografija iz područja stečaja, za razliku od kapitalnih djela i znanstvenih članaka koja postoje u pravu, primjerice, SAD-a. Ipak posljednjih godina, u uvjetima globalizacije i internacionalizacije poslovanja, modernizacija stečajnog postupka, pa i kroz proširenje pasivne stečajne sposobnosti, dobiva još više na značaju jer se pokazuje kako primjena zastarjele i nefleksibilne stečajne regulative samo doprinosi produblivanju krize. U navedenom kontekstu, još uvijek skroman, broj studija analizira ekonomske i pravne mogućnosti recepcije instituta stečajnog postupka nad jedinicama lokalne samouprave.<sup>17</sup>

S obzirom na opisana ograničenja, za potrebe se ovog rada nužnom čini primjena poredbeno-pravne metode, i to i u odnosu na normativna rješenja i u pogledu razvijene pravne doktrine. U određenoj će se mjeri koristiti i druge općeprihvaćene znanstvene metode: metoda analize (pri razmatranju obilježja promatranog problema), metoda deskripcije i klasifikacije, metoda studija slučaja (prikaz slučajeva iz sudske prakse), metoda sinteze (pri zaključivanju o potencijalnom utjecaju poredbenopravne teorije na buduće hrvatsko zakonodavno uređenje).

Strukturno je rad podijeljen na pet poglavlja. Nakon uvoda, u drugom se poglavlju analiziraju dosezi prilagodbe hrvatskog sustava višerazinskog upravljanja europskim zahtjevima. Treće je poglavlje posvećeno analizi učinaka koje su noviteti hrvatskog poreznog sustava imali na održivost financijskog položaja hrvatskih općina i gradova, što može rezultirati njihovom insolventnosti. Četvrto poglavlje istražuje moguća rješenja koje

---

je u knjizi *Regionalizam i regionalna politika (2007)* podrobno obradio regionalnu politiku Europske unije i upravljanje regionalnim razvojem u Hrvatskoj.

<sup>15</sup> Najcjelovitiji prikaz hrvatskog sustava fiskalnog izravnjanja, uz usporedbu s teorijskim modelima, sadržan je u djelu *Baje i Jurline Alibegović* 2008. S druge strane, svojom se podrobnošću ističe znanstvena studija *Rogić Lugarić* 2012, o financijskom položaju hrvatskih velikih gradova.

<sup>16</sup> *Exempli causa*, *Dika* 1998, *Garašić* 2005, *Eraković* 1997 i *Čuveljak* 2013.

<sup>17</sup> Vidi: *Bodul* 2012.

nudi komparativna stečajna regulativa. U posljednjem, petom poglavlju iznose se zaključna razmatranja.

## **2. SUBNACIONALNE RAZINE VLASTI: HRVATSKA RJEŠENJA U EUROPSKOM KONTEKSTU**

Procesi globalizacije (od 1970-ih), europske integracije i europeizacije (od 1980-ih) te neoliberalne reforme (od 1979. u Velikoj Britaniji i 1980. u Sjedinjenim Američkim Državama) imale su snažan utjecaj na promjene položaja i uloge subnacionalnih razina vlasti (lokalnih i regionalnih).

Uzimajući u obzir definiciju procesa globalizacije kao porasta, ubrzavanja i produbljivanja utjecaja međuregionalnih tokova i obrazaca društvene interakcije,<sup>18</sup> moguće ga je klasificirati kao najveći izazov tradicionalnom poimanju nacija-država kao temelja političkog, odnosno kolektivnog povezivanja i odlučivanja te kao institucije nadležne za rješavanje problema u modernim društvima. U proces političkog odlučivanja sve su više uključene multinacionalne kompanije i globalno tržište što uzrokuje promjene u odnosima između država i tržišta. Pored toga, globalizacija drastično ograničava mogućnosti klasične nacionalne socijalne države u upravljanju vlastitim društvom i gospodarstvom.<sup>19</sup>

Iako postoje različita tumačenja odnosa fenomena globalizacije i europeizacije, potonji također ima za posljedicu labavljenje teritorijalnih političkih veza i raspodjelu regulatornih ovlasti između različitih institucionalnih razina čime dolazi do izmjena temeljnog načela o teritorijalnom određenju vlasti. Naravno, to ne implicira automatsku deteritorijalizaciju u smislu da teritorij gubi svoju ulogu u političkom sustavu neke zemlje, već se paralelno javlja proces reteritorijalizacije u kontekstu regionalizma i novih državnih strategija.

Konačno, do promjene u shvaćanju uloge države te odnosa države i tržišta dolazi i nakon krize socijalne države te prodiranja koncepcije neoliberalnog modela upravljanja. Težište je sa „sustava jasno razdijeljenih institucija i funkcija te hijerarhijskog načela“ premješteno na „mrežno upravljanje s isprepletenim funkcijama i akterima“.<sup>20</sup> Pod utjecajem doktrine novog javnog menadžmenta socijalna se država transformira u regulatornu pri čemu dolazi do značajne institucionalne promjene u vidu „povlačenja

---

<sup>18</sup> Eklund i Wimelius 2008, 4.

<sup>19</sup> Fürst, Prange i Wolf, 2002.

<sup>20</sup> Musa 2014, 89.

države“ (*retreat of the state*). No, pod time se ne podrazumijeva povlačenje države u potpunosti nego promjena njezinih funkcija.<sup>21</sup>

## **2.1. Globalizacija i europeizacija kao kauzalni mehanizmi transformacije tradicionalnog poimanja subnacionalnih razina vlasti**

Iako, snaženjem oba istaknuta procesa, nacionalne vlasti i dalje ostaju ključna razina političkog odlučivanja u državi, također postaju dio sustava višerazinskog upravljanja (*multilevel governance*),<sup>22</sup> što znači da se određene odluke donose i izvan kontrole države. Ta činjenica pak relativizira ulogu središnje vlasti kao „čuvara“ nacionalnog suvereniteta. Lokalna (i regionalna) tijela pritom su stekla svoje pravo na demokratsku legitimaciju te se nadzor državne vlasti nad njima opsegom znatno suzio. S jedne strane, međunarodnim dokumentima (Europskom poveljom o lokalnoj samoupravi (CoE, CETS No.122), Jedinstvenim europskim aktom, Ugovorom iz Maastrichta te Lisabonskim ugovorom (2007) čiji sastavni dio čine Protokol o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti te Povelja temeljnih prava) te najvišim nacionalnim aktima (ustavima) ojačan je položaj lokalnih vlasti institucionalizacijom načela supsidijarnosti. Preferirano obavljanje javnih poslova na razini najbližoj građanima<sup>23</sup> u kombinaciji s metodom opće klauzule (čija primjena karakterizira i hrvatski ustavni i zakonski okvir) rezultira širokim samoupravnim djelokrugom i mogućnostima uključivanja lokalnih jedinica u *policy* procese na nacionalnoj i nadnacionalnoj razini.

S druge strane, lokalne jedinice šire svoje aktivnosti izvan nacionalnih granica i državne kontrole (tzv. paradiplomacija). Višerazinska priroda sustava EU-a omogućuje im uključivanje u javne politike izvan nacionalnih granica, primjerice putem Odbora regija, Kongresa lokalnih i regionalnih vlasti ili mreža (i udruženja) lokalnih jedinica. Pored toga, paradiplomatske

---

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Pristup višerazinskog upravljanja prvotno je razvijen u okviru istraživanja kohezijske politike EU-a te je naknadno primijenjen na proces političkog odlučivanja općenito. Marks ga opisuje kao sistem kontinuiranih pregovora između različitih razina upravljanja – nadnacionalne, nacionalne, regionalne i lokalne – povezanih *policy* mrežama koje nadilaze teritorijalne granice (*Hooghe i Marks* 2001). Slično tomu, *Bache* (2005, 5) definira višerazinsko upravljanje kao promjene u odnosima između pojedinih razina vlasti te u njihovim odnosima s javnim, privatnim i neprofitnim sektorom. U takvom sistemu dolazi do intenzivnije i složenije vertikalne interakcije između pojedinih razina vlasti te je sve značajnija horizontalna dimenzija koja podrazumijeva uključivanje nedržavnih aktera u odlučivanje o kohezijskoj politici.

<sup>23</sup> Građani, u pravilu, traže rješavanje svojih problema na lokalnoj razini. Prvo, jer su im lokalne političke institucije pristupačnije i, drugo, jer je većina tih problema rješiva jedino na lokalnoj razini.



aktivnosti lokalnih aktera temelje se i na neformalnim kontaktima i personalnim mrežama koje je jako teško nadzirati te stoga pružaju dodatni impuls lokalnoj autonomiji. Time je izazvan dominantan položaj središnjih vlasti u procesu europskog odlučivanja. Participativni način upravljanja je, zamijenivši hijerarhijsko i kooperativno upravljanje, doveo do značajnih promjena u logici utjecaja u europskom odlučivanju i triangulacije odnosa unutar europske zajednice.<sup>24</sup> Posljedično se otvaraju mogućnosti ostvarivanja interesa lokalnih jedinica neovisno od središnje vlasti, prvenstveno njihovim sudjelovanjem u regionalnoj politici EU-a i apliciranjem za financijska sredstva iz europskih fondova.

U okviru regionalne politike<sup>25</sup> smanjenje razlika u stupnju razvoja pojedinih zemalja nastoji se postići ulaganjem u infrastrukturne projekte, izgradnju informacijskog društva, edukaciju i inovacije, održivi razvoj, razvoj novih proizvoda i proizvodnih metoda, energetska učinkovitost, itd., te poticanjem prekogranične suradnje. Na taj se način pomaže manje prosperitetnim državama ili onima koje se suočavaju sa strukturnim problemima da povećaju kompetitivnost i stopu gospodarskog razvoja na održivi način. Pritom, Europska komisija surađuje s nacionalnim, regionalnim i lokalnim tijelima na definiranju prioriteta ulaganja za svaku zemlju tijekom sljedećeg financijskog razdoblja osiguravajući maksimalan utjecaj ulaganja u konkurentnost i otvaranje radnih mjesta te jačajući tematski fokus na rezultate reformiranih politika.

---

<sup>24</sup> U modelu višerazinskog upravljanja političke arene nisu smještene unutar vlastitog okvira i odvojene jedne od drugih, nego su međusobno povezane. Nacionalne vlasti ne monopoliziraju vezu između domaćih i europskih aktera. One i dalje ostaju integralni dio EU-a, no ne i jedina poveznica između nadnacionalnih i subnacionalnih arena.

<sup>25</sup> Trenutno je na snazi regulativa koja se odnosi na financijsko razdoblje od 2014. do 2020. godine te sadrži izmjene (u odnosu na regulaciju prethodnog razdoblja, od 2006. do 2013. godine) Opće uredbe o strukturnim i kohezijskom fondu te uredaba o Europskom fondu za regionalni razvoj (ERDF), Europskom socijalnom fondu (ESF), Kohezijskom fondu (CF), Europskom fondu za prilagodbu globalizaciji (EGF), Europskom programu za socijalne promjene i inovacije (EaSI), europskoj teritorijalnoj suradnji i europskim grupacijama za teritorijalnu suradnju. Glavni smjerovi reforme jesu: (1) ulaganje u rast i razvoj u skladu sa strategijom „Europa 2020“, (2) koncentracija 50%-80% proračuna ERDF-a na mjere kojima se podupiru inovacije, istraživanje i razvoj, digitalna agenda, konkurentnost malih i srednjih poduzeća te prijelaz na gospodarstvo s niskim emisijama ugljičnog dioksida, (3) izdvajanje najmanje 12%-20% za energetska učinkovitost i obnovljivu energiju, (4) pojednostavljenje korištenja EU fondova, šira uporaba digitalne tehnologije i postizanje „e-kohezije“ (*e-Cohesion*), te (5) postavljanje jasnih i mjerljivih ciljeva država članica povezanih s učinkom ulaganja (EC, 2013).

**Tablica 1:** Alokacija sredstava iz europskih fondova za razdoblje 2014-2020<sup>26</sup>

Kohezijska politika EU 2014-2020 ( $\Sigma$ 325.145 milijarde €)					
Ulaganje u rast i radna mjesta (313.197 milijardi €)					Europska teritorijalna suradnja (8.948 milijardi €)
	Slabo razvijene regije	Tranzicijske regije	Razvijene regije	Ukupno	
Europski socijalni fond	41.069	12.833	25.523	79.427	--
Europski fond za regionalni razvoj	123.21	19.251	23.561	166.022	8.948
Kohezijski fond	TEN-T ENV	TEN-T ENV	--	66.362	--
Udaljene regije	Guadeloupe, Francuska Gvajana, Martinique, Reunion, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Azori, Kanari, Madeira <sup>5</sup>			1.386	--
Inicijativa zapošljavanja mladih (15-24 godine)	NUTS 2 regije sa stopom nezaposlenosti mladih većom od 25% u 2012. godini i/ili većom od 20% u državama članicama u kojima je stopa nezaposlenosti mladih porasla za više od 30% u 2012.			3	--

<sup>26</sup> Izradili autori prema podacima iz objavljenih dokumenata institucija EU-a o planiranim rashodima proračuna EU-a za razdoblje 2014-2020. Vidi: [http://ec.europa.eu/budget/mff/figures/index\\_en.cfm#documents](http://ec.europa.eu/budget/mff/figures/index_en.cfm#documents).

## 2.2. Transformacija paradigme subnacionalnog upravljanja uzrokovana menadžerskim reformama

Menadžerske reforme javne uprave usmjerene su, između ostalog, jačanju ekonomske uloge lokalnih jedinica koja obuhvaća dva aspekta. Prvi obuhvaća pitanja javnih financija tj. poreznog opterećenja, neporeznih davanja te ekonomičnosti i svrhovitosti trošenja sredstava iz lokalnog proračuna,<sup>27</sup> a koja će detaljnije biti obrazložena u sljedećem dijelu rada. Drugi aspekt odnosi se na jačanje lokalnih jedinica kao promotora i aktivnog sudionika u ekonomskom razvoju i/ili rastu lokalne zajednice.

Glavni instrumenti koje EU preporuča za ostvarenje ekonomske uloge lokalnih jedinica jesu strateško planiranje<sup>28</sup> i participativno upravljanje.<sup>29</sup> Riječ je o funkcionalnim instrumentima koji posredno dovode i do strukturnih prilagodbi lokalnih razina vlasti. Primjerice, u vidu ustrojavanja odjela/sluzbi za europska pitanja, osnivanja lokalnih razvojnih agencija, lokalnih akcijskih grupa, inkubatora i tehnoloških parkova. No, pored navedenih, tipična neoliberalna funkcionalna rješenja financijskih problema generalno, pa tako i u kontekstu pružanja javnih usluga na lokalnoj razini, jesu javno-privatno partnerstvo, *outsourcing*, privatizacija i *contracting out*.

Kako bi se lokalne jedinice što bolje pripremile za korištenje sredstava iz europskih fondova, potrebno je da prihvate izazov strateškog planiranja razvojnih projekata.<sup>30</sup> Naime, glede planiranja lokalnog razvoja Europska unija promiče načelo partnerstva, odnosno zajedničko djelovanje teritorijalno i sektorski različitih aktera. U ovom slučaju načelo partnerstva implicira i participaciju svih koji u izradi i provedbi strategije razvoja mogu pronaći svoj interes.<sup>31</sup> Pritom je moguće razlikovati horizontalnu i

---

<sup>27</sup> Koprić 2012, 9.

<sup>28</sup> Teoretičari nude različite definicije strateškog planiranja. Barry (1997, 5) promatra strateško planiranje kao proces određivanja ciljeva koje organizacija treba ostvariti u budućnosti te mjera za njihovo ostvarenje. Pfeiffer, Goodstein i Nolan (1986) te Rothwell (1986) definiraju strateško planiranje u sličnom tonu, kao proces u kojem rukovoditelji organizacije planiraju njezine buduće aktivnosti te razrađuju potrebne procedure i operacije za ostvarenje planova. Bryson (1995, 7-8) je, pak, konstruirao sljedeću definiciju: „strateško planiranje predstavlja disciplinirane napore usmjerene donošenju odluka i određivanju akcija kojima se definiraju ciljevi i djelatnosti organizacije.

<sup>29</sup> Glavno je obilježje participativnog pristupa aktivna uključenost svih zainteresiranih aktera u izradu i provedbu razvojne strategije. O genealogiji koncepta v. Stubbs 2009.

<sup>30</sup> Razvojni projekti sadrže strateške ciljeve i prioritete za njihovo ostvarenje. Prioriteti su konkretizirani strateškim mjerama u okviru kojih se određuju institucije odgovorne za provedbu projekta, predviđeno razdoblje provedbe, očekivani troškovi i izvori financiranja, nadzor provedbe, krajnji korisnici i konačne beneficije.

<sup>31</sup> Naspram participativnog pristupa čije je glavno obilježje uključivanje građana u planiranje, tradicionalni se pristup sastoji u angažiranju vanjskih dionika (stručnjaka):

vertikalnu participaciju. Prvi oblik pretpostavlja sudjelovanje različitih sektora, društvenih skupina, proizvođača, trgovačkih društava, i dr., dok se vertikalna participacija odnosi na hijerarhiju između nacionalnih i lokalnih vlasti u procesu odlučivanja. Dakle, akteri u participativnom procesu mogu biti predstavnici lokalne i središnje vlasti, lokalno stanovništvo, organizacije civilnog društva, privatni sektor, znanstvene institucije, sponzori, itd.<sup>32</sup>

Osim toga, postoji niz mjera kojima lokalne vlasti mogu podupirati razvoj poduzetništva na svom području. *Puljiz* navodi sljedeće: (1) održavanje redovitih kontakata s lokalnim poduzetnicima (lokalne vlasti tako mogu dobiti informacije o potrebama poduzetnika), (2) pronalaženje i uređenje lokacija i objekata za poduzetnike, (3) pomoć poduzetnicima u pribavljanju potrebnih dozvola i odobrenja, (4) tehnička podrška, (5) savjeti oko izrade mjera za privlačenje investicija, (6) poticanje razvoja formalnih i neformalnih poslovnih mreža, (7) podizanje razine poduzetničke kulture (primjerice, dodjeljivanjem nagrada za uspješno poduzetništvo ili iniciranje medijskih kampanja), i sl.<sup>33</sup> O tim bi mjerama lokalne vlasti trebale voditi računa prilikom oblikovanja razvojnih strategija.

Konačno, posebnu ulogu u poticanju razvoja imaju lokalne razvojne agencije čije su ključne aktivnosti postizanje društvenog konsenzusa o strategiji razvoja te njezina izrada, poticanje umrežavanja i suradnje lokalnih jedinica, lokalnih poduzeća i građana. Krajnji je cilj njihove djelatnosti stvoriti privlačno okruženje za investitore i trgovinu.<sup>34</sup>

### **2.3. Prilagodbe hrvatskog sustava lokalne samouprave europskim trendovima: status quo na relaciji apsorpcija-akomodacija**

Donošenjem Odluke o proglašenju promjene Ustava Republike Hrvatske<sup>35</sup> sustav lokalne samouprave dobiva novu dimenziju i to izmjenom čl. 4. Ustava koji propisuje da je državna vlast u Republici Hrvatskoj u skladu s načelom diobe vlasti podijeljena na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu (horizontalna dioba vlasti), a ograničena pravom na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu (vertikalna dioba vlasti). Temeljem ove odredbe provedena je politička decentralizacija uslijed čega lokalna i regionalna samouprava postaju protuteže središnjoj vlasti. Nasuprot konceptu upravne

---

međunarodnih organizacija, mreža, pojedinačnih poduzetnika, vlada drugih zemalja, i sl. (*Stubbs* 2009, 155-156).

<sup>32</sup> Detaljnije v. *Puljiz* 2005; *Stubbs* 2009; *Đokić i dr.* 2009; *Đokić i dr.* 2010.

<sup>33</sup> *Puljiz* 2005.

<sup>34</sup> *Maleković i Puljiz* 2010.

<sup>35</sup> Odluka o proglašenju promjene Ustava Republike Hrvatske, NN br. 124/00.

decentralizacije prihvaćenom u prethodnom razdoblju,<sup>36</sup> ustavnim promjenama priznata je pravna osobnost i autonomija lokalnih vlasti u odlučivanju i upravljanju poslovima od njihovog neposrednog značaja. Državni nadzor nad lokalnim jedinicama ograničen je na provjeru ustavnosti i zakonitosti njihovog djelovanja.<sup>37</sup> Uvođenjem metode generalne klauzule, prema kojoj je presumpcija za obavljanje lokalnih poslova na strani subnacionalnih jedinica, široko je određen krug poslova o kojima one mogu odlučivati. Isto tako, samostalno raspolažu vlastitim prihodima, ovlaštene su donositi opće akte za samostalno uređenje svojeg unutarnjeg ustrojstva i organizaciju upravnih tijela te im je dana mogućnost suradnje i povezivanja na nacionalnoj i međunarodnoj razini.

Značajnu komponentu procesa decentralizacije predstavlja načelo supsidijarnosti proklamirano čl. 4 st. 3 Europske povelje o lokalnoj samoupravi (CoE, CETS No. 122). Iako Hrvatska 1997. nije ratificirala navedenu odredbu, načelo supsidijarnosti svejedno postaje ustavno-pravna kategorija 2000. godine.<sup>38</sup> Prednost pri dodjeljivanju poslova iz lokalnog i regionalnog djelokruga imaju tijela najbliža građanima. Osim toga, konstitucionalizirano je i načelo kapaciteta lokalnih jedinica te načelo solidarnosti. Prvo načelo pretpostavlja da se prilikom određivanja djelokruga jedinica lokalne i regionalne samouprave mora se voditi računa o širini i prirodi poslova i o zahtjevima učinkovitosti i ekonomičnosti,<sup>39</sup> dok se drugo odnosi na dužnost pružanja pomoći države financijski slabijim teritorijalnim jedinicama.<sup>40</sup> Čimbenici koji su potonje načelo doveli u pitanje bit će razrađeni u drugom i trećem dijelu rada.

Osim svojevrstne derogacije načela solidarnosti do koje dolazi uslijed globalne financijske krize, u domaćem znanstvenom krugu dulje se vrijeme upozorava na neracionalnost teritorijalnog uređenja Hrvatske, potrebu za njegovom reorganizacijom, kao i provođenjem funkcionalne i fiskalne

---

<sup>36</sup> Promjene upravo-teritorijalnog ustroja Hrvatske mogu se pratiti kroz tri razdoblja (*Koprić* 2010b, 2010c, 2013; usp. *Đulabić* 2004; *Musa* 2014). Prvo je razdoblje osamostaljenja Hrvatske od 1990.-1993. kada je uspostavljen novi pravni okvir koji regulira područje lokalne samouprave. Druga faza traje od 1993. do ustavnih promjena 2000. godine koje su činile podlogu za donošenje općeg i niza posebnih propisa kojima su uređena pitanja teritorijalnog ustroja. Od 2000. započinje treća faza koju obilježava pokretanje procesa decentralizacije i ustavna garancija prava na lokalnu samoupravu kao protutežu središnjoj vlasti. Detaljnije o svakom razdoblju v. *Dobrić* 2014, 208-220.

<sup>37</sup> Čl. 137. Ustava RH, NN br. 124/00.

<sup>38</sup> Čl. 135., st. 3., al. 2) Ustava RH, NN br. 124/00.

<sup>39</sup> Čl. 135., st. 4. Ustava RH, NN br. 124/00.

<sup>40</sup> Čl. 138., st. 3. Ustava RH, NN br. 124/00.

decentralizacije sustava.<sup>41</sup> Obilježja su prevelikog broja općina i gradova njihov nedovoljan financijski i kadrovski kapacitet. Shodno tomu, nisu u stanju kvalitetno ispunjavati javne funkcije u čiju su svrhu i osnovane, a otprilike polovica teritorijalnih jedinica nije u mogućnosti isplaćivati plaće svojim čelnicima i zaposlenicima bez pomoći središnje vlasti. Tako se u posebnom statusu financiranja nalaze jedinice od posebne državne skrbi, jedinice u brdsko-planinskim područjima te na području otoka.<sup>42</sup> Županije također nemaju financijskih mogućnosti za obavljanje njihove temeljne funkcije koordinatora razvoja na svom području, kao ni za obavljanje poslova od regionalnog značaja. Prema *Kopriću*, glavni su uzroci navedenih problema prevelika složenost teritorijalne organizacije, njezina nedovoljna stabilnost i efikasnost, neuravnoteženost, slabi razvojni potencijali i centralistički model upravljanja zemljom.<sup>43</sup>

### **2.3.1. Decentralizacija javnih funkcija**

Od 2001. u sustavu posebnog financiranja nalazi se i 33 općina i gradova te Grad Zagreb.<sup>44</sup> Naime, fiskalnom decentralizacijom je na njih prenesena

---

<sup>41</sup> Vidi: *Hrženjak* 2009; *Ivanišević* 1999, 2010; *Jurlina-Alibegović* 2009, 2010; *Kopajtich Škrlec* 2008; *Koprić*, 1999, 2006, 2006a, 2006b, 2008, 2008a, 2010, 2010a, 2010b, 2010c, 2013, 2013a, *Kregar* 2011; *Musa* 2011; *Pavić* 2010; *Podolnjak* 2010; *Rogić Lugarić* 2011, 2013.

<sup>42</sup> Zakon o područjima posebne državne skrbi (dalje: ZPPDS; NN 86/08, 57/11) razlikuje tri potkategorije područja.<sup>42</sup> U prve dvije uključena su područja koja su bila okupirana tijekom Domovinskog rata. Prva obuhvaća jedinice koje se nalaze neposredno uz državnu granicu: 48 općina i gradova te pet naselja na području gradova Osijeka (10% područja grada) i Vinkovaca (25% područja grada) (ZPPDS, čl. 4 st. 2 i 3). U drugu potkategoriju ulaze 53 općine i grada te 75 naselja u gradovima Daruvar (25% područja grada), Virovitica (10% područja grada), Slatina (10% područja grada), Sisak (10% područja grada), Karlovac (10% područja grada), Zadar (10% područja grada), Vodice (25% područja grada) i Dubrovnik (50% područja grada). U trećoj potkategoriji nalaze se područja koja zaostaju u razvoju prema ekonomskom, strukturnom i demografskom kriteriju. Takvih je ukupno 74 općina i gradova. Najveći broj jedinica iz treće potkategorije nalazi se u Brodsko-posavskoj županiji (12), Splitsko-dalmatinskoj (9), Osiječko-baranjskoj (8) i Vukovarsko-srijemskoj (7) (*Đulabić i Škarica*, 2012: 440). Nadalje, Zakonom o brdsko-planinskim područjima (NN br. 12/02, 32/02, 117/03, 42/05, 90/05, 80/08, 148/13) dodijeljen je poseban status 45 općinama i gradovima, a Zakonom o otocima (NN br. 34/99, 149/99, 32/02, 33/06) dodatnim pedeset lokalnim jedinicama. Dakle, ukupno 270 teritorijalnih jedinica i 80 naselja u još deset gradova na ukupno 64,3% državnog teritorija uživa poseban status (*Đulabić* 2008; *Koprić* 2013). Povrh toga, potrebno je spomenuti i donošenje Zakon o obnovi i razvoju Grada Vukovara (NN 44/2001, 90/2005, 80/2008, 38/2009, 148/13) te Zakona o Gradu Zagrebu (NN 62/2001, 125/2008, 36/2009) kojima je i gradovima iz naslova priznat poseban status.

<sup>43</sup> *Koprić* 2010; 2010c; 2012; 2013; 2013a.

<sup>44</sup> V. *Lukeš-Petrović* 2002, 2002a; *Bajo i Bronić* 2004, 2007; *Jurlina Alibegović* 2009; *Kopajtich Škrlec* 2008; *Koprić* 2013, 2013a.

odgovornost za financiranje određenih javnih funkcija. Decentralizirane funkcije predstavljaju rashode koji su posebnim zakonima za osnovno i srednje školstvo, socijalnu skrb, zdravstvo i vatrogastvo preneseni na jedinice lokalne i regionalne samouprave, a financiraju se iz dodatnog udjela poreza na dohodak i pomoći izravnjanja za decentralizirane funkcije.<sup>45</sup> Teritorijalne jedinice koje su korisnici pomoći izravnjanja ostvaruju prihode iz dodatnog udjela poreza na dohodak za decentralizirane funkcije, i to: za osnovno školstvo 3,21%, srednje školstvo 2,2%, socijalnu skrb 2,2%, zdravstvo 3,2% i vatrogastvo 1,3%.<sup>46</sup> Radi se o tekućim namjenskim dotacijama kao obliku vertikalnog fiskalnog izravnjanja.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Detaljnije v. Zakon o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave (NN 117/1993, 69/1997, 33/2000, 73/2000, 127/2000, 59/2001, 107/2001, 117/2001, 150/2002, 147/2003, 132/2006, 26/2007, 73/2008, 25/2012), Zakon o osnovnom školstvu (NN 69/2003 – pročišćeni tekst, 76/2005), Zakon o srednjem školstvu (NN 69/2003 – pročišćeni tekst, 81/2005), Zakon o socijalnoj skrbi (NN 157/2013), Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju (NN 80/2013, 137/2013) i Zakon o vatrogastvu (NN 139/2004 – pročišćeni tekst, 174/2004, 38/2009, 80/2010).

<sup>46</sup> Čl. 3., st. 2. Uredbe o načinu izračuna iznosa pomoći izravnjanja za decentralizirane funkcije jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave za 2014. godinu, NN br. 07/2014.

<sup>47</sup> V. *Bajo* 1999; *Bajo i Bronić* 2004. Za osnovnoškolsko obrazovanje se iz proračuna lokalnih jedinica izdvajaju sredstva za (1) materijalne troškove osnovne škole, (2) investicijsko održavanje školskog prostora, opreme, nastavnih sredstava i pomagala, (3) nabavu školske opreme, nastavnih sredstava i pomagala, (4) prijevoz učenika i (5) kapitalnu izgradnju školskog prostora i opreme prema standardima i normativima koje utvrđuje nadležni ministar (Zakon o osnovnom školstvu, čl. 12 st. 3). Glede srednjoškolskog obrazovanja iz proračuna Grada Zagreba osiguravaju se sredstva za (1) investicijsko održavanje školskog prostora, opreme i nastavnih sredstava i pomagala, (2) nabavu školske opreme, nastavnih sredstava i pomagala, (3) materijalne troškove srednje škole, (4) prijevoz zaposlenika srednje škole, (5) potpore za sufinanciranje smještaja i prehrane učenika u učeničkim domovima te (6) kapitalnu izgradnju školskog prostora i opreme prema standardima i normativima koje utvrđuje ministar (Zakon o srednjem školstvu, čl. 87 st. 3). U decentralizirane funkcije djelatnosti socijalne skrbi Grada Zagreba spadaju materijalni i financijski rashodi centra za socijalnu skrb, troškovi ogrjeva korisnicima koji se griju na drva te financiranje rada domova za starije i nemoćne osobe nad kojima su prenesena osnivačka prava. Za financiranje decentraliziranih domova za starije i nemoćne osobe čiji je osnivač Grad Zagreb izdvajaju se sredstva za rashode za zaposlene, za materijalne rashode i financijske rashode te hitne intervencije (u vidu investicijskog održavanja, opreme i nabave nefinancijske imovine) (Zakon o socijalnoj skrbi, čl. 120 st. 1, čl. 121 st. 1). Zakon o zdravstvenoj zaštiti (NN 150/08, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/2011, 12/2012, 35/2012, 70/2012, 144/12, 82/13, 159/13) i Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju izrijeком ne sadrže odredbe o konkretnim obvezama Grada Zagreba (ni jedinica područne (regionalne) samouprave) glede financiranja zdravstva. Stoga se u praksi i dalje postupa prema odredbama Zakona o zdravstvenom osiguranju (NN 94/2001). Prethodnim je Zakonom propisano financiranje održavanja prostora i opreme ustanova čiji je osnivač Grad Zagreb, zdravstvenih mjera zaštite čovjekova okoliša, epidemioloških, zdravstveno-

Pojedine teritorijalne jedinice nemaju dovoljno prihoda za financiranje standardnih javnih usluga pa se može govoriti o njihovoj fiskalnoj nejednakosti u odnosu na druge teritorijalne jedinice. Bajo definira fiskalni kapacitet (*fiscal capacity*) kao sposobnost/mogućnost vlasti da prikuplja prihode iz vlastitih izvora te da financira javne usluge.<sup>48</sup> Veće porezno opterećenje po stanovniku temelj je visokog fiskalnog kapaciteta lokalne jedinice, odnosno više razine zadovoljavanja javnih potreba građana. No, neravnomjerna raspoloživost poreznih osnovica između lokalnih jedinica dovodi do razlika u njihovom fiskalnom kapacitetu zbog čega se poseže za instrumentima fiskalnog izravnjanja.

Sustavom fiskalnog izravnjanja nastoje se ublažiti nejednakosti u razvoju subnacionalnih razina vlasti. Središnja vlast transferira novčana sredstva lokalnim jedinicama kako bi se povećali njihovi raspoloživi prihodi i omogućilo svim građanima pružanje jednakih javnih usluga neovisno o tomu na kojem području žive. Pritom, vertikalno financijsko izravnjanje predstavlja transfer sredstava svim lokalnim jedinicama određene razine vlast iz razloga što nemaju dovoljno prihoda za financiranje osnovnih ili decentraliziranih rashoda.<sup>49</sup> Glavni je problem neuravnoteženost između dodijeljenih prihoda i rashoda za pružanje temeljnih javnih funkcija lokalnih jedinica. Većina glavnih poreza je u nadležnosti središnje države dok su rastuće odgovornosti za financiranje rashoda na regionalnim i lokalnim jedinicama.<sup>50</sup> S druge strane, horizontalnim financijskim izravnjanjem sredstva se transferiraju određenim lokalnim jedinicama koje nemaju dovoljno prihoda za financiranje svojih rashoda, a što je uzrokovano razlikama u stupnju razvoja među lokalnim jedinicama, odnosno prirodnim, povijesnim, političkim, demografskim i ekonomskim uvjetima u kojima su se razvijale.<sup>51</sup>

Decentralizacija javnih funkcija doprinosi povećanju efikasnosti u pružanju javnih usluga budući da lokalne vlasti, kao razina najbliža građanima, imaju najbolji uvid u potrebe lokalnog stanovništva. Također, može imati niz drugih pozitivnih posljedica, poput smanjenja udjela javnog sektora u ukupnom zakonodavstvu, mobiliziranje javnih prihoda uz istodobno

---

statističkih i socijalno-medicinskih djelatnosti (za koje se sredstva ne osiguravaju iz državnog proračuna), zdravstvene zaštite osoba koje sudjeluju u javnim radovima, civilnoj zaštiti, DVD-u, zatim zdravstvene zaštite učenika na praksi i sl. (za koje se sredstva ne osiguravaju iz državnog proračuna). Konačno, od 2002. godine 83 općine i grada preuzeli su potpuno financiranje vatrogastva (Zakon o vatrogastvu, čl. 43).

<sup>48</sup> Bajo 1999, 281.

<sup>49</sup> Bajo i Bronić 2007, 6.

<sup>50</sup> Bajo, 1998, 649.

<sup>51</sup> Bajo i Bronić 2004; 2007. Detaljnije o instrumentima vertikalnog i horizontalnog fiskalnog izravnjanja v. Jurlina Alibegović 2002; Bajo i Bronić 2004; 2007.



smanjenje troškova pružanja javnih usluga, usklađivanje odgovornosti za lokalne javne izdatke s raspoloživim financijskim sredstvima, jačanje vlastitih prihoda lokalne vlasti i poticanje suradnje različitih razina vlasti glede pružanja javnih usluga.<sup>52</sup> Posebna pozornost trebala bi se u ovom kontekstu posvetiti velikim gradovima. Uz decentralizaciju javnih poslova, trebali bi im se osigurati i veći javni prihodi u odnosu na kategoriju grada i općine. Na taj bi način mogli financirati ne samo gradske službe nego i službe širih područja koja im gravitiraju.<sup>53</sup>

### **2.3.2. Funkcionalne prilagodbe**

Početak 2014. provedeno je empirijsko istraživanje utjecaja europeizacijskih procesa na funkcionalne i strukturne promjene u nacionalnom sustavu lokalne samouprave.<sup>54</sup> U prikupljanju podataka korišteni su anketa i intervju kao kvantitativna i kvalitativna metoda. Osim toga, kao sporedne, primijenjene su metode pretraživanja službenih internet stranica gradova i općina (kao temeljnih jedinica analize) i pregleda njihovih strateških dokumenata.

Prvi korak u određivanju uzorka istraživanja bio je uvid u popis članova nacionalne udruge općina i gradova koji je objavljen na službenim portalima Udruge općina u Republici Hrvatskoj i Udruge gradova. Pretpostavka je bila da su lokalne jedinice, koje iniciraju svoje aktivnosti na nacionalnoj razini, sklonije i u provođenje funkcionalnih i strukturnih reformi u skladu s europskim trendovima.<sup>55</sup> Anketu je ispunilo ukupno 22 grada, od toga 6 velikih gradova (Bjelovar, Karlovac, Sisak, Velika Gorica, Rijeka, Split) i 32 općina. Nakon prikupljanja i preliminarne analize dobivenih odgovora, odabrano je još 11 lokalnih jedinica u svrhu provođenja intervjua: 4 velika grada (Dubrovnik, Zadar, Osijek i Vinkovci), 4 grada (Kaštela, Rovinj, Trogir i Varaždin) te 3 općine (Bilje, Kostrena i Pitomača). Strukturirani intervju proveden je s lokalnim službenicima nadležnima za europska pitanja. Postavljena pitanja odnosila su se na ista područja koja su ispitivana anketom: opći podaci o lokalnoj jedinici, osnivanje novih organizacijskih jedinica, predstavništva lokalnih jedinica na europskoj razini, uključivanje u europske mreže subnacionalnih vlasti, natjecanje za dobivanje sredstava iz

---

<sup>52</sup> Jurlina Alibegović 2002.

<sup>53</sup> Koprić 2013.

<sup>54</sup> V. Dobrić (2014).

<sup>55</sup> Uz potporu obiju udruga, ođasłana on-line anketa svim članovima udruga. Distribucija i ispunjavanje ankete obavljeno je *on-line* putem, odnosno njihovim slanjem na službene *e-mail* adrese gradova i općina. Uz anketu je također priloženo pismo u kojem se obrazlaže svrha i važnost istraživanja te se ističe da slično istraživanje dosad nije provedeno u Hrvatskoj. Detaljnije v. *ibid.*, 281-285.

europskih fondova, osnivanje lokalnih agencija, suradnja s drugim lokalnim jedinicama, strateško planiranje.

Kada su u pitanju funkcionalne prilagodbe, uvidom u prikupljene podatke utvrđeno je da se samo jedan od ukupno 30 ispitanih gradova nijednom nije natjecao za dobivanje sredstava iz europskih fondova. Ostalih 29, odnosno 96.666% gradova, prijavljivalo se na natječaj u više navrata. Devet gradova (31.034%) započelo je s praksom prijavljivanja projekata u razdoblju od 2005. do 2007., dok je ostalih 20 gradova (68.965%) počelo sudjelovati od 2009. nadalje. Četiri grada (13.793%) se za fondove natjecalo samostalno, petnaest gradova u partnerstvu (51.724%), a preostalih deset gradova (34.482%) je dio projekata prijavljivalo samostalno, a dio u partnerstvu. Najčešći su oblici partnerstva s drugim domaćim ili lokalnim jedinicama susjednih zemalja, razvojnim agencijama osnovanim na razini županije, ustanovama i udrugama te turističkim zajednicama.

U pogledu općina, situacija je nešto drugačija. Od ukupno 35 općina na europske fondove se dosad prijavljivalo njih 25, odnosno 71.428%. Od svih ispitanih općina, jedino je općina Medulin započela s prijavljivanjem projekata prije 2010. U odnosu na gradove, veći je broj općina koje su samostalno prijavljivale projekte, ukupno 9 općina, tj. 36%. Četrnaest općina surađivalo je s drugim akterima (56%), dok su se samo dvije općine natjecale samostalno i u partnerstvu (8%).

Osim toga, potpunu orijentiranost na strateško planiranje kao novu metodu djelovanja pokazala su samo 2 od 30 ispitanih gradova (6.666%) i 2 od 35 ispitanih općina (5.714%). Klasičan pristup proračunu i dalje primjenjuje 10 gradova (33.333%) i 22 općine (62, 857%). U treću kategoriju ubrajaju se lokalne jedinice koje kombiniraju oba pristupa. Takvih je gradova 18, odnosno 60%, a općina 11, odnosno 31.428%.

### ***2.3.3. Strukturne prilagodbe***

Od strukturnih promjena analizirane su unutar-organizacijske, osnivanje lokalnih razvojnih agencija i lokalnih akcijskih grupa (dalje: LAG). Prvo, od ukupnog broja ispitanih, novu organizacijsku jedinicu<sup>56</sup> formiralo je 12 gradova (40%) i samo jedna općina (2,857%),<sup>57</sup> dok je posebno radno mjesto uvelo 9 gradova (30%) te 4 općine (11.428%). Ostali gradovi i

---

<sup>56</sup> Različiti su nazivi tih jedinica, primjerice: upravni odjel za EU fondove, upravni odjel za programe i projekte EU i gospodarstvo, upravni odjel za proračun, gospodarstvo i europske fondove, služba za gospodarstvo, turizam, međunarodne i europske fondove, upravni odjel za investicije i EU fondove, ured za EU fondove, upravni odjel za održivi razvoj i europske poslove, upravni odjel za europske integracije, i sl.

<sup>57</sup> Broj zaposlenih u odjelima varira od 1 (Vukovar, Velika Gorica i Požega), 2 (Krk, Karlovac, Zadar, Osijek), 3 (Vodnjan, Rovinj i Koprivnica) do 12 (Split).

općine nisu proveli strukturne prilagodbe već su za EU pitanja i nadležni postojeći odjeli za gospodarstvo, međunarodnu suradnju ili opće poslove.

Drugo, osnivanje lokalnih agencija za razvoj predstavlja stvaranje novih organizacijskih oblika čija je primarna aktivnost davanje stručne potpore lokalnim jedinicama u izradi strateških razvojnih dokumenata. Međutim, prikupljeni podaci pokazuju kako je na području lokalnih jedinica zasad osnovano devet razvojnih agencija u sljedećim gradovima (broj zaposlenih): Splitu (4), Dubrovniku (8), Kutini (3), Koprivnici (4), Bjelovaru (4), Vukovaru (2), Vinkovcima (5), Čakovcu (5) i Čazmi (1).

Konačno, hrvatske lokalne jedinice započinju s formiranjem LAG-ova kao jednog od oblika participativnog upravljanja od 2009. (među prvima su osnovani LAG Laura, Gorski Kotar i Vallis Colapis).<sup>58</sup> U LAG-u su okupljeni predstavnici lokalnih vlasti i javnih ustanova, profesionalne organizacije i savezi (poljoprivrednika, malih poduzetnika i drugih djelatnosti), udruge (za razvoj zajednice, za zaštitu okoliša i krajolika, usluge u kulturi, socijalne usluge, udruge žena, mladih, i sl.), razvojne agencije, dionička društva, poslovni inkubatori i druge organizacije poslovnog sektora, mediji i građani, a glavna im je aktivnost izrada lokalnih razvojnih strategija te usmjeravanje i praćenje njihove provedbe. Do lipnja 2015. u Hrvatskoj je osnovan 61 LAG.

### **3. FISKALNI POLOŽAJ HRVATSKIH JLS-a U SVJETLU UMANJENIH PRIHODA PO OSNOVI POREZA NA DOHODAK: NA PUTU PREMA INSOLVENTNOSTI?**

U ovom se dijelu rada analiziraju potencijalni učinci donošenja novele ZPD-a iz prosinca 2014.<sup>59</sup> na stabilnost fiskalnog položaja hrvatskih općina i gradova kao jedinica lokalne samouprave (dalje: JLS-i).<sup>60</sup> Osnovna je teza kako će ova diskrecijska mjera fiskalne politike, donesena od strane središnje vlasti, dovesti određeni broj JLS-a na rub solventnosti, s obzirom na postojeći normativni okvir financiranja hrvatskih lokalnih jedinica. Stoga

---

<sup>58</sup> LAG-ovi predstavljaju službeno registrirane udruge te se na njih primjenjuju odredbe Zakona o udrugama (NN br. 88/2001, 11/2002). Javni i privatni lokalni partneri udružuju se oko zajedničkih projekata i međusektorskih djelatnosti s ciljem jačanja dijaloga i suradnje te smanjenja potencijalnih konflikta i postizanja učinkovitijih dogovora. Detaljnije na: [www.hmrr.hr](http://www.hmrr.hr).

<sup>59</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, NN br. 143/14.

<sup>60</sup> Zbog toga što je fiskalni utjecaj promatranih zakonskih promjena manji u slučaju županija, one su izostavljene iz analize prezentirane u ovom dijelu rada. Međutim, jedan dio iznesenih argumenata moguće je analogno primijeniti i na ove lokalne jedinice, koje čine hrvatski sustav regionalne samouprave. Isto vrijedi i za idući dio rada (poglavlje 4), u kojem se analiziraju mogući odgovori kroz regulativu stečaja lokalnih jedinica.

se nameće i pitanje svrsishodnosti razvoja mehanizama za *ex post* rješavanje insolventnosti JLS-a, poput različitih stečajnih modela, izloženih *infra*, u poglavlju 4.

Uvodno, međutim, valja naznačiti kako se i promatrani problem mora analizirati unutar šireg konteksta *supra* opisanih promjena položaja i uloge subnacionalnih razina vlasti u sustavu višerazinskog upravljanja (vidi: poglavlje 2.). Sfera lokalnih javnih financija od 80-ih je godina prošlog stoljeća obilježena dinamizmom, u najvećoj mjeri uvjetovanog prihvaćanjem onih modela javnog upravljanja koji slijede dominantnu neoliberalnu paradigmu. Dok se lokalnim jedinicama, kao dio gore opisanog trenda decentralizacije, prepušta sve veći broj alokacijskih, ali i redistribucijskih funkcija (stabilizacijska funkcija i dalje ostaje *domaine réservée* središnje vlasti), izvori sredstava povećanih financijskih potreba sve se više diferenciraju te iskazuju i neka inovativna obilježja. U tom smislu u područje financija lokalnih jedinica prodiru pojmovi koji su dotad vezani isključivo za poduzetničku sferu, poput u radu tematiziranog problema insolventnosti, te, posljedično, „stečaja“.<sup>61</sup> Komparativna iskustva ukazuju da, paralelno s povećanjem udjela prihoda i rashoda lokalne države u приходима и rashoda ukupnog javnog sektora, raste – i nominalno i relativno – njihovo zaduženje.<sup>62</sup> U post-kriznim uvjetima opće neizvjesnosti na financijskim tržištima, sama ta činjenica dovoljno upozorava na potrebu za raspravom o ugradnji poželjnih institucionalnih mehanizama za rješavanje potencijalnih problema i ublažavanjem povezanih makroekonomskih rizika.

### **3.1. Učinci novele Zakona o porezu na dohodak na financijski položaj JLS-a**

1. siječnja 2015. na snagu su stupile odredbe osme po redu novele ZPD-a, čija je prvotna verzija donesena 2004.<sup>63</sup> Za potrebe ovog rada od posebnog su interesa one izmjene koje se odnose na 1) osnovni osobni odbitak, 2) porezne razrede te 3) porezni tretman kamata na štednju.

Iznos osnovnog osobnog odbitka, temeljne olakšice kojom se ostvaruje tzv. subjektivno neto načelo pri oporezivanju dohotka fizičkih osoba,<sup>64</sup> povećan

---

<sup>61</sup> Vidi: *Bird* 1995, 44; *Arbutina* 2001, 249-250.

<sup>62</sup> Vidi, npr. *Canuto* i *Liu* 2010, 1.

<sup>63</sup> Zakon o porezu na dohodak, NN br. 177/04. *Nota bene*, riječ je o trećem po redu zakonskom tekstu kojim je u RH na sistemski način uređeno oporezivanje dohotka fizičkih osoba. ZPD čini jedan od stupova novog hrvatskog poreznog sustava, osmišljenog tijekom 1994. godine od strane grupe njemačkih poreznih stručnjaka, predvođenih profesorom ekonomike javnog sektora Sveučilišta u Heidelbergu, *Manfredom Roseom*. Detaljno o historijatu oporezivanja dohotka u RH vidi: *Jelčić* i *Bejaković* 2012, 140-158.

<sup>64</sup> *Arbutina* 2010, 315.

je s 2.200 na 2.600 HRK za svaki mjesec poreznog razdoblja. Povećan je i prag za priznavanje osobnog odbitka poreznih obveznika koji dohodak ostvaruju od različitih oblika mirovine u visini mirovine, s 3.400 na 3.800 HRK.<sup>65</sup> Iako su zakonske stope poreza na dohodak ostale iste (progresivne stope od 12, 25 i 40%), promijenjeni su, tj. „rastegnuti“ porezni razredi. Sukladno tomu, najniža se stopa od 12% primjenjuje na iznos porezne osnovice do najvišeg iznosa od 2.200 HRK. Stopa od 25% primjenjuje se na razliku porezne osnovice između 2.200 i 13.200 HRK (ranije: 8.800 HRK). Stopa od 40% primjenjuje se na poreznu osnovicu iznad 13.200 HRK (ranije: 8.800 HRK). Izravni učinak navedenih zakonskih promjena očituje se u smanjenju poreznog opterećenja dohotka fizičkih osoba. Pritom se najveće rasterećenje od oporezivanja odnosi na porezne obveznike s natprosječno visokim dohocima (između 12.500 i 30.000 HRK mjesečno).<sup>66</sup> Istovremeno, pod uvjetom stagnacije ukupne razine dohotka fizičkih osoba kao objekta oporezivanja (*ceteris paribus* pretpostavka), neizbježno je i umanjenje ukupnih prihoda od poreza na dohodak. Prema izračunu predlagatelja zakonskih izmjena opisane radi se o oko 2 milijarde HRK izgubljenih prihoda od poreza na dohodak na godišnjoj razini.<sup>67</sup> Hoće li se i drugi, uglavnom dugoročni, ciljevi promatrane zakonske intervencije (npr. povećanje osobne potrošnje građana i konkurentnosti domaćih poduzetnika) ostvariti zasad ostaje pod znakom pitanja.

S obzirom na odredbe ZFJLRS-a<sup>68</sup> koje uređuju pripadnost prihoda od poreza na dohodak, smanjenje prihoda po ovoj osnovi najviše pogađa JLS-e, a ne središnju državu. Ako se uzme u obzir da smanjenje prihoda od poreza na dohodak izravno dovodi i do smanjenja prihoda po osnovi prireza (pod uvjetom nepromijenjene stope prireza), također značajnog prihoda JLS-a (vidi *infra*, poglavlje 3.2.), negativni fiskalni učinak promatrane novele ZPD-a na proračune JLS-a procjenjuje se na 1,8 milijardi HRK.<sup>69</sup> Usporedbe radi, riječ je o 7,9% od ukupnih prihoda koje su JLS-i ostvarili u 2013.<sup>70</sup>

Precizno određenje učinaka na proračune pojedinih JLS-a otežano je stoga što zakonodavac, gotovo istodobno s promjenama u sustavu oporezivanja dohotka, izglasava i novelu ZFJLRS-a kojom se mijenja formula raspodjele prihoda od poreza na dohodak. Nova formula raspodjele polazi od temeljnih

---

<sup>65</sup> Vidi: čl. 36., st. 1. ZPD-a.

<sup>66</sup> Vidi: *Urban i Bezeredi* 2014.

<sup>67</sup> Vidi: *Vlada Republike Hrvatske* 2014, 4.

<sup>68</sup> Zakon o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, NN, br. 117/93-147/14.

<sup>69</sup> Vidi, npr.: *Lider* 2014. Usporedi i: *Vlada Republike Hrvatske* 2014, 9.

<sup>70</sup> *Bajo i Primorac* 2014a, 3.

postavki nove politike regionalnog razvoja RH, utvrđene ZRR-om. Prema ZRR-u osnovni pokazatelj prema kojem se ocjenjuje stupanj razvijenosti lokalnih jedinica jest tzv. indeks razvijenosti, čiji je izračun uređen posebnom uredbom Vlade.<sup>71</sup> JLS-i se, ovisno o indeksu razvijenosti koji iskazuju, razvrstavaju u pet skupina, a status potpomognutog područja (onog čiji razvoj zaostaje za nacionalnim prosjekom te ga treba dodatno poticati) dobivaju JLS-i razvrstani u skupinu I (indeks razvijenosti manji od 50% nacionalnog prosjeka) te JLS-i razvrstani u skupinu II (indeks razvijenosti manji od 75% nacionalnog prosjeka).<sup>72</sup> Opisani pokazatelji razvijenosti lokalnih jedinica ugrađeni su u novu formulu raspodjele prihoda od poreza na dohodak. Tako povlašteni status u raspodjeli više nemaju jedinice koje imaju status područja posebne državne skrbi (PPDS) te brdsko-planinskog područja (BPP), već isključivo JLS-i svrstani u skupinu I i II prema indeksu razvijenosti.<sup>73</sup> U tablici 2 prikazana je nova raspodjela prihoda od poreza na dohodak, koja se primjenjuje od 1. siječnja 2015.

**Tablica 2:** raspodjela prihoda od poreza na dohodak nakon 1.1.2015.<sup>74</sup>

Oblik raspodjele	Udio općine/ grada	Udio županije	Udio za decentralizirane funkcije	Udio fonda izravnanja za decentralizirane funkcije	Udio pomoći za EU projekte	Kapitalni projekti (otoci)
Posebna raspodjela – JLS-i sa statusom potpomognutih područja <sup>75</sup>	88%	12%	/	/	/	/

<sup>71</sup> Vidi: Uredba o indeksu razvijenosti, NN br. 63/10.

<sup>72</sup> Razvrstavanje JLS-a provodi se odlukom Vlade RH, donesena u skladu sa ZRR-om. Vidi: Odluka o razvrstavanju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave prema stupnju razvijenosti, NN br. 89/10.

<sup>73</sup> Detaljnije o promjenama formule raspodjele prihoda od poreza na dohodak vidi: *Bajo i Primorac* 2014a.

<sup>74</sup> Izradili autori prema odredbama ZFJLRS-a.

<sup>75</sup> S obzirom na posljednje izmjene i dopune ZFJLRS-a (NN br. 100/15), od 1. siječnja 2016. u režimu posebne raspodjele biti će i JLS-i sa statusom BPP-a, a koji su, prema indeksu razvijenosti, razvrstani u III. i IV. skupinu. Njihov će osnovni dio u raspodjeli ubuduće iznositi 70,5%.

Posebna raspodjela – otoci <sup>76</sup>	60%	16,5%	6%	/	1,5%	16%
Redovna raspodjela – Grad Zagreb	76,5%		6%	16%	1,5%	/
Redovna raspodjela – svi ostali JLS-i	60%	16,5%	6%	16%	1,5%	/

Polazeći od nove raspodjele prihoda od poreza na dohodak, jasno je da će učinci novele ZPD-a na fiskalne pozicije JLS-a biti različiti, ovisno o indeksu razvijenosti pojedine jedinice. Konačan negativan fiskalni učinak u odnosu lokalnu državu u cijelosti determiniran je relativnim udjelima prihoda pojedinih jedinica u ukupnim prihodima lokalne države. To potvrđuje i analiza proračunskih dokumenata odabranih JLS-a.<sup>77</sup> Usporedba podataka o izvršenju njihovih proračuna za 2014. i podataka navedenih u proračunima za 2015.<sup>78</sup> ukazuje na sljedeće:

- 1) četiri najveća hrvatska grada, koji su razvrstani u IV. (Osijek, Rijeka, Split), odnosno u V. skupinu po indeksu razvijenosti, trpe značajan fiskalni udarac zbog promatranih izmjena; najveći pad prihoda po osnovi poreza i prireza na dohodak predviđen je u Osijeku (13,2%), a najmanji u Rijeci (3,7%); predviđeni pad prihoda u Zagrebu je 9,2%, a u Splitu 9,3%;
- 2) puno je izraženije smanjenje prihoda po osnovi poreza i prireza na dohodak u onim JLS-ima koji su imali povlaštenu status prema ranijoj raspodjeli, a prema novom rješenju obuhvaćeni su tzv. redovnom raspodjelom; npr. Općina Matulji (status BPP-a) predviđa pad prihoda od 44,7% po istoj osnovi, a Grad Delnice (status BPP-a) predviđa pad od 44%;
- 3) šaroliku sliku daje analiza odabranih JLS-a na otocima; primjerice Grad Cres predviđa pad prihoda po istoj osnovi od 13,2%, Grad Komiza

<sup>76</sup> Ovaj se oblik raspodjele primjenjuje samo na one JLS-e na otocima koji međusobno zaključuju sporazum o zajedničkom financiranju kapitalnog projekta od interesa za razvoj otoka.

<sup>77</sup> Detaljnija analiza proračunskih dokumenata svih JLS-a izvan je granica ovog rada te zaslužuje zasebno istraživanje.

<sup>78</sup> Valja napomenuti kako su, zbog nedostatka podataka o izvršenju proračuna za 2014. godinu u trenutku izrade rada, u odnosu na pojedine JLS-e (Osijek i Split) korišteni podaci o planu za navedenu proračunsku godinu.

predviđa minimalan pad od 0,85%, a Grad Supetar predviđa značajan rast prihoda od 29,7%;

- 4) što se tiče ostalih JLS-a, i bez dublje analize dostupnih podataka, moguće je pretpostaviti kako rast prihoda po osnovi poreza na dohodak mogu očekivati jedino oni JLS-i koji ranije nisu imali povlaštenu status u raspodjeli prihoda, a po novom rješenju, zbog svog statusa kao potpomognutog područja, dobivaju veći udio;<sup>79</sup> s druge strane, većina ostalih JLS-a na koje se i prije i nakon promatranih zakonskih izmjena primjenjuje redovna raspodjela, morat će se suočiti s padom prihoda po ovoj osnovi.

Posebno je zanimljivo da je, kao posljedica promatrane novele ZPD-a, istodobno predviđeno i povećanje prihoda od poreza na dohodak, iz izvora koji dosad nije bio predmetom oporezivanja – kamata na štednju. Očekivanih novih 300 milijuna HRK godišnjeg prihoda po toj osnovi, međutim, u cijelosti predstavljaju prihod državnog proračuna (državni prihod), s obzirom na odredbu čl. 45., st. 4. ZFJLRS-a. Izmjene poreznog tretmana kamata na štednju dijelom su motivirane željom za smanjenjem proračunskog deficita, napose imajući u vidu postupak prekomjernog deficita koji je s razine EU-a pokrenut u odnosu na RH.<sup>80</sup> Stoga valja primijetiti da novela ZPD-a istodobno iskazuje obilježja i ekspanzivne i restriktivne mjere fiskalne politike. Problem je u tomu što fiskalni udarac (dominantnog) ekspanzivnog elementa, u vidu smanjenog poreznog opterećenja (većine) građana, snose ponajprije JLS-i, dok središnja država u cijelosti ubire povećane prihode nastale djelovanjem restriktivnog elementa, u vidu uključivanja kamata na štednju u poreznu osnovicu. Poradi ove asimetrije novela ZPD-a zasigurno neće imati fiskalno negativan učinak za proračun središnje države, ali predstavlja značajan izazov za fiskalne pozicije JLS-a.

### **3.2. Normativni okvir financiranja hrvatskih JLS-a**

Konačne učinke izmjena u sustavu poreza na dohodak na fiskalni položaj JLS-a valja analizirati s obzirom na normativni okvir financiranja lokalnih jedinica u RH, temelji kojega su postavljeni na ustavnoj i međunarodno-pravnoj razini. Naime, ustavno jamstvo na lokalnu i regionalnu samoupravu (čl. 133. Ustava RH), kao izraz načela supsidijarnosti,<sup>81</sup> proizlazi iz nekoliko ustavnih odredbi koje imaju izravne financijske učinke. Tako čl.

---

<sup>79</sup> Bajo i Primorac 2014b, 1.

<sup>80</sup> Vidi: Vlada Republike Hrvatske 2014, 5.

<sup>81</sup> Šimović i Rogić Lugarić 2008, 405.



135., st. 1. Ustava, određenjem općeg djelokruga JLS-a, ujedno određuje i njihove temeljne rashodovne ovlasti. Čl. 138. Ustava od posebnog je značaja, jer propisuje osnovna načela koja se moraju poštivati prilikom podjele prihodovnih ovlasti lokalnim jedinicama: 1) pravo lokalnih jedinica na vlastite prihode, 2) načelo razmjernosti prihoda i rashoda te 3) načelo solidarnosti, tj. dužnost države na pomaganje financijski slabijih jedinica. Ova tri načela propisana su i u čl. 9. Europske povelje o lokalnoj samoupravi (dalje: Povelja)<sup>82</sup>, čija je RH stranka od 1997. Valja naglasiti kako čl. 9. Povelje pred zakonodavca nameće i druge zahtjeve u vezi dizajna sustava fiskalnog izravnjanja, poput prava lokalnih jedinica na lokalne poreze i naknade te dužnosti države da od lokalnih jedinica traži mišljenje o načinu dodjele izvora financiranja.<sup>83</sup>

Rashodovne ovlasti JLRS-a detaljnije su razrađene odredbama Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi.<sup>84</sup> Sistemski propis kojim su u RH uređene prihodovne ovlasti JLRS-a, tj. izvori sredstava za financiranje njihovih rashoda, jest ZFJLRS. Normativni okvir financiranja JLRS-a zaokružuju drugi propisi javno-financijskog prava koji se primjenjuju i na središnju državu, tj. na korisnike državnog proračuna, poput Zakona o proračunu (dalje: ZP)<sup>85</sup>, godišnjih zakona o izvršavanju državnog proračuna te Zakona o fiskalnoj odgovornosti.<sup>86</sup>

Ukupnost navedenih propisa postavlja značajna normativna ograničenja mogućnosti JLS-a da kompenziraju smanjenje prihoda uslijed *supra* navedene novele ZPD-a. Pritom polaznu točku predstavljaju odredbe ZP-a, napose: 1) načelo proračunske ravnoteže (čl. 7. ZP-a), sukladno kojemu ukupni rashodi i izdaci proračuna JLRS-a moraju biti pokriveni ukupnim prihodima i primicima te 2) odredbe čl. 86.-92. ZP-a o ograničenju zaduživanja i davanja jamstava JLRS-a.<sup>87</sup> Kako je prikazano u tablici 3, u RH se primjenjuje kombinacija nekoliko tipičnih metoda normativnog ograničenja zaduživanja lokalnih jedinica.<sup>88</sup> Iz toga slijedi da, za razliku od središnje države, koja deficit iskazan u računu prihoda i rashoda državnog proračuna redovno financira (novim) zaduživanjem, hrvatske lokalne

---

<sup>82</sup> Europska povelja o lokalnoj samoupravi, NN MU, br. 14/97.

<sup>83</sup> Vidi detaljnije: *Šimović i Rogić Lugarić* 2008, 407.

<sup>84</sup> Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, NN, br. 87/08, 136/12, 15/15. Detaljnije o poslovima JLS-a vidi *supra*, poglavlje 2.3.1.

<sup>85</sup> Zakon o proračunu, NN br. 87/08, 136/12, 15/15.

<sup>86</sup> Zakon o fiskalnoj odgovornosti, NN, br. 139/10, 19/14.

<sup>87</sup> Ove su odredbe detaljnije razrađene u Pravilniku o postupku zaduživanja te davanja jamstava i suglasnosti jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, NN br. 55/09, 139/10.

<sup>88</sup> Općenito o ovim metodama vidi: *Arbutina* 2010, 665-666; *Bajo i Jurlina Alibegović* 2008, 158-159.

jedinice mogu koristiti deficitarno financiranje tek uz ispunjavanje niza prilično restriktivnih uvjeta.<sup>89</sup> Pritom valja primijetiti kako su u povoljnijem položaju one jedinice čije su postojeće obveze na ime otplate postojećih dugova manje.

**Tablica 3:** normativna ograničenja zaduživanja lokalnih jedinica u RH<sup>90</sup>

Metoda ograničenja	Ograničenje
Određenje svrhe zaduživanja	1) kratkoročno zaduženje (do 12 mjeseci): samo za premošćivanje jaza likvidnosti
	2) dugoročno zaduženje: samo za investicije (nabava nefinancijske imovine)
Razina autonomije pri donošenju odluke o zaduženju	Potrebna suglasnost Vlade, donesena na prijedlog ministra financija
Postavljanje granice iznosa zaduženja	1) u odnosu na pojedine lokalne jedinice: ukupna godišnja obveza otplate javnog duga najviše do 20% prihoda ostvarenih u prethodnoj godini
	2) u odnosu na ukupno novo zaduženje svih lokalnih jedinica: u 2015. max. 3% ukupnih prihoda poslovanja svih jedinica ostvarenih u 2014. <sup>91</sup>

### 3.3. Prikaz mogućih mjera za nadoknadu izgubljenih prihoda po osnovi poreza na dohodak

S obzirom na navedena ograničenja deficitarnog financiranja, postavlja se pitanje mogu li JLS-i kojim drugim izvorima prihoda nadomjestiti umanjene prihode po osnovi poreza na dohodak, pod pretpostavkom da žele zadržati postojeću razinu javne potrošnje. ZFJLRS klasificira prihode hrvatskih lokalnih jedinica u tri kategorije, ovisno o izvoru: 1) tzv. vlastiti prihodi, 2) zajednički porezi (porezi čiji se prihodi dijele između političko-teritorijalnih jedinica različitog ranga) te 3) dotacije (pomoći) iz državnog ili županijskih proračuna.<sup>92</sup>

Potonje dvije kategorije su, s aspekta normativnih ovlasti, pod isključivom kontrolom središnje vlasti. ZFJLRS određuje dva poreza kao „zajednička“ – porez na dohodak (raspodjela prikazana *supra*) te porez na promet

<sup>89</sup> O izbjegavanju ovih uvjeta u praksi zaduživanja JLRS-a i njihovih komunalnih društava vidi detaljnije *Bajo i Primorac* 2010, 379-406; 2014b. Zanimljivo je da sličnu praksu izbjegavanja normativnih restrikcija zaduženja JLS-a nalazimo i u Kini. Vidi: *UN-HABITAT* 2009, 44.

<sup>90</sup> Izradili autori prema odredbama ZP-a.

<sup>91</sup> Vidi: čl. 18. Zakona o izvršavanju državnog proračuna za 2015. godinu, NN br. 148/14 (dalje Zakon o izvršavanju proračuna).

<sup>92</sup> Vidi: čl. 3. ZFJLRS-a.

nekretnina (dalje: PPN).<sup>93</sup> Istodobno s tematiziranim promjenama u sustavu oporezivanja dohotka, koje su imale negativan fiskalni učinak na lokalnu državu u cijelosti, izmjenama ZFJLRS-a izmijenjena je raspodjela prihoda od poreza na promet nekretnina, te se udio općine/grada na čijem se području nekretnina nalazi povećao sa 60% na 80%.<sup>94</sup> Međutim, ova promjena će teško ozbiljnije pomoći u kompenzaciji izgubljenih prihoda po osnovi poreza na dohodak. Naime, prihodi od PPN-a imaju gotovo bagatelni značaj u odnosu na prihode od poreza na dohodak. Također, nakon promjena u sustavu oporezivanja prometa nekretninama porezom na dodanu vrijednost (PDV-om), koje su stupile na snagu 1.1.2015., osnovica PPN-a se sužava u odnosu na prethodno razdoblje.<sup>95</sup>

Što se tiče dotacija (međuproračunskih transfera), početno vrijedi upozoriti da je uloga ovih prihoda pri financiranju lokalnih jedinica u RH puno manja nego u drugim europskim državama, iako s tendencijom jačanja u posljednjih nekoliko godina.<sup>96</sup> Također, literatura opetovano upozorava na nejasne kriterije pri davanju dotacija od strane središnje države<sup>97</sup>, a koji se postavljaju godišnjim zakonima o izvršavanju državnog proračuna<sup>98</sup>. S obzirom na postojeći normativni okvir dodjele dotacija JLS-ima, jasno je da na ove izvore prihoda kao kompenzacijsku mjeru neće moći računati oni JLS-i koji ni prije ni nakon *supra* opisanih izmjena ZPD-a i ZFJLRS-a nisu imali povlašten status u raspodjeli prihoda od poreza na dohodak.<sup>99</sup> S druge strane, oni JLS-i koji su ranije imali povlašten status u raspodjeli, a prema novom rješenju na njih se primjenjuje redovna raspodjela (npr. BPP-i koji prema indeksu razvijenosti potpadaju u III., IV. ili V. skupinu), mogu računati na određeni kompenzacijski učinak u obliku povećanih prihoda od dotacija. Mogući pozitivan fiskalni učinak dotacija za ovu kategoriju JLS-a, međutim, ovisit će o specifičnostima svake pojedine jedinice.<sup>100</sup>

---

<sup>93</sup> Vidi: čl. 45., st. 1. ZFJLRS-a.

<sup>94</sup> Vidi: čl. 45., st. 10. ZFJLRS-a. Preostali udio (ranije 40%, a prema novom rješenju 20%) pripada središnjoj državi.

<sup>95</sup> O ovomu detaljnije vidi: *Markota* 2014, 80-91.

<sup>96</sup> Vidi, npr. *Rogić Lugarić i Maksimovska Veljanovski* 2011, 396.

<sup>97</sup> Vidi, npr. *Bajo i Jurlina Alibegović* 2008, 131.-134); *Jurlina Alibegović* 2013, 74.-75.

<sup>98</sup> Za kriterije koji se primjenjuju za proračunsku godinu 2015. vidi: čl. 35. i 36. Zakona o izvršavanju proračuna.

<sup>99</sup> Ovo se odnosi i na četiri najveća hrvatska grada, čiji je fiskalni položaj u svjetlu promatranih zakonskih izmjena izložen *supra*.

<sup>100</sup> Tako primjerice uvid u proračunske dokumente Općine Matulji i Grada Delnica daju potpuno različitu sliku kad se radi o kompenzacijskom učinku dotacija. Dok Matulji ne računaju na značajniju ulogu dotacija, Delnice kroz povećane prihode od dotacija unutar općeg proračuna namjeravaju pokriti značajan udio izgubljenih prihoda po osnovi poreza na dohodak.

Stoga se ključnim čini pitanje mogu li JLS-i nadomjestiti umanjene prihoda po osnovi poreza na dohodak iz tzv. vlastitih izvora. Prema čl. 29. ZFJLRS-a vlastiti prihodi JLS-a su: prihodi od vlastite imovine, općinski/gradski porezi (porezi čiji prihodi u cijelosti pripadaju općini/gradu), novčane kazne i oduzeta imovinska korist za prekršaje, upravne pristojbe, boravišne pristojbe, komunalne naknade i doprinosi, naknade za uporabu javnih općinskih ili gradskih površina te drugi prihodi utvrđeni posebnim zakonom.

Prihodi od prodaje dugotrajne nefinancijske imovine u vlasništvu JLS-a (kapitalni prihodi) ne mogu služiti kao značajniji instrument kompenzacije. To proizlazi iz određenja ovih prihoda kao namjenskih (čl. 70. ZP-a), a mogu se trošiti isključivo za kapitalne rashode JLS-a, za ulaganja u dionice i udjele trgovačkih društava te za otplate glavnice na temelju dugoročnog zaduživanja.

Općinski/gradski porezi također imaju veoma ograničeni potencijal pri nadoknadi izgubljenih prihoda po osnovi poreza na dohodak. Naime, većina ovih poreza, određenih čl. 30. ZFJLRS-a, prema fiskalnom se potencijalu može označiti bagatelnim (porez na potrošnju, porez na tvrtku, porez na kuće za odmor te porez na korištenje javnih površina). Dodatno, JLS-ima su prepuštene tek neznatne normativne ovlasti pri određenju pri određenju materijalnih elemenata ovih poreznih oblika, što upućuje na zaključak o niskom stupnju porezne autonomije lokalnih jedinica, i s formalnog i s materijalnog aspekta. U važećem modelu hrvatskog fiskalnog federalizma samo jedan porezni oblik *a priori* ima značajan prihodovni potencijal – prirez porezu na dohodak. Normativne ovlasti JLS-a i u ovom su slučaju uvelike ograničene odredbama ZFJLRS-a. JLS može samostalno regulirati tek dva pitanja: 1) hoće li uopće uvesti prirez, čiji su obveznici poreza na dohodak s prebivalištem/uobičajenim boravištem na njezinom području te 2) ako je prirez uveden, može odrediti poreznu stopu, ali najviše do maksimalne stope postavljene zakonom.<sup>101</sup> S obzirom na to, moguće kompenzacijsko obilježje prireza razlikuje se od jedinice do jedinice: oni JLS-i koji su prirez u trenutku stupanja na snagu izmjena u sustavu poreza na dohodak prirez već uveli te njegovu stopu postavili na maksimalnu zakonski dozvoljenu prihodima od prireza ne mogu se koristiti za nadoknadu prihoda izgubljenih po osnovi poreza na dohodak. S druge strane, mnogi drugi JLS-i upravo su u uvođenju i/ili povećanju stope prireza prepoznali učinkovit način nadoknade barem dijela izgubljenih prihoda. Prema dostupnim podacima<sup>102</sup> 15 je JLS-a (osam gradova i sedam općina) u

---

<sup>101</sup> Vidi: čl. 30.a ZFJLRS-a.

<sup>102</sup> Vidi: *RRIF* 2015.

razdoblju neposredno nakon izmjena u sustavu oporezivanja dohotka uvelo prirez, a njih 18 (sedam gradova i jedanaest općina) je povećalo stopu prireza.<sup>103</sup> Time su barem dijelom ublažili negativan pritisak na svoje fiskalne pozicije.

Od ostalih vlastitih prihoda JLS-a značajniji prihodovni potencijal iskazuje komunalna naknada. Svi najvažniji elementi ovog javno-financijskog instrumenta, koji je po svojim obilježjima najbliži porezu na nekretnine,<sup>104</sup> uređeni su Zakonom o komunalnom gospodarstvu (dalje: ZKG).<sup>105</sup> Barem tri problema u bitnome ograničavaju mogućnost korištenja komunalne naknade kao instrumenta kompenzacije: 1) problem političke prirode: povećanje komunalne naknade vrlo će vjerojatno izazvati značajan otpor njezinih obveznika (vlasnika i korisnika nekretnina na području JLS-a u pitanju), 2) problem praktične prirode: komunalna naknada niti u prethodnom razdoblju nije u potpunosti ostvarila svoj prihodovni potencijal, što se može pripisati poteškoćama s kojima se JLS-i susreću pri njezinom utvrđivanju i naplati<sup>106</sup> te 3) problem namjenske prirode (destiniranosti) prihoda od komunalne naknade: prihodi od komunalne naknade mogu se trošiti isključivo za svrhe izričito navedene u ZKG-u.<sup>107</sup>

Konačno se valja osvrnuti i na ulogu sredstava iz tzv. europskih fondova.<sup>108</sup> Nakon pristupanja Hrvatske EU upravo se u ovim instrumentima prepoznaje okosnica budućeg razvoja na lokalnoj i regionalnoj razini. Time je motivirana i promjena u raspodjeli prihoda od poreza na dohodak, gdje od 1. siječnja 2015. na novu poziciju nazvanu „Udio pomoći za EU projekte“ otpada 1,5% (osim za prihode prikupljene na potpomognutim područjima).<sup>109</sup> Međutim, sredstva iz EU fondova ne mogu se uistinu smatrati instrumentom kompenzacije umanjjenih prihoda po osnovi poreza na dohodak. Naime, radi se o sredstvima koja služe isključivo projektnom financiranju određenih kapitalnih projekata (npr. izgradnja objekata komunalne infrastrukture), a ne tekućih rashoda. Također, neki hrvatski JLS-i još nisu poduzeli funkcionalne i strukturne prilagodbe koje bi jamčile

---

<sup>103</sup> Među ovim JLS-ima su i Grad Komiža (uveo prirez) te Grad Rijeka (povećao stopu prireza na maksimalnu zakonom dopuštenu), što je uvelike utjecalo na fiskalni učinak promjena u sustavu oporezivanja dohotka, prikazane *supra*. Također, kao kuriozitet se ističe Grad Ilok, koji je, kao jedini JLS, u promatranom razdoblju smanjio stopu prireza.

<sup>104</sup> V. Žunić Kovačević i Gadžo 2014, 256-259.

<sup>105</sup> Zakon o komunalnom gospodarstvu, NN br. 36/95-36/15.

<sup>106</sup> Vidi: Žunić Kovačević i Gadžo 2014, 246.

<sup>107</sup> Vidi: čl. 22., st. 1. i 2. te čl. 28., st. 2. ZKG-a.

<sup>108</sup> Za iznose sredstava alocirane pojedinim europskim fondovima u razdoblju 2014.-2020. vidi *supra*, poglavlje 2.1., tablica 1.

<sup>109</sup> Vidi *supra*, tablica 3.

željenu razinu apsorpcije sredstava iz europskih fondova te učinkovito upravljanje EU projektima (v. *supra*, poglavlje 2.).

### **3.4. Suočavanje s posljedicama: smanjenje lokalne javne potrošnje i povećanje rizika od insolventnosti JLS-a**

Iz gore izložene analize proizlazi kako veći broj JLS-a nije u prilici nadoknaditi umanjene prihoda po osnovi poreza na dohodak iz drugih izvora. S obzirom na normativna ograničenja zaduženja JLS-a i obvezu poštivanja načela proračunske ravnoteže, kao imperativ se postavlja smanjenje proračunskih izdataka (rashoda). To potvrđuje i uvid u proračunske dokumente onih JLS-a čiji se ukupni prihodi osjetnije smanjuju u tekućoj godini zbog promjena u sustavu oporezivanja dohotka. U takvim uvjetima očekuje se, a to potvrđuju i iskustva lokalnog financijskog upravljanja u proteklom kriznom razdoblju<sup>110</sup>, najprije smanjenje kapitalnih rashoda, tj. rezanje na razvojnoj strani proračuna.<sup>111</sup> Međutim, velik broj JLS-a, s obzirom na visinu umanjenih prihoda, suočit će se s potrebom rezanja i tekućih rashoda, čime se izravno ugrožava održavanje postojećih standarda u pružanju javnih usluga te jača njihova ovisnost o središnjoj državi.

Postojeće neracionalnosti hrvatskog modela višerazinskog upravljanja ne pomažu. Ako se u obzir uzmu podaci da čak 126 općina na plaće zaposlenih i materijalne troškove općinske uprave troši više od polovine vlastitih prihoda, a čak u 165 općina ukupni broj zaposlenih u pravnim osobama i u općinskoj upravi ne premašuje 100,<sup>112</sup> nije teško predvidjeti probleme pri financiranju tekućih rashoda određenog broja JLS-a u ovoj godini, te u narednom razdoblju. Dodatno, s obzirom da je u odnosu na Republiku Hrvatsku ubrzo nakon pristupanja EU pokrenut tzv. postupak prekomjernog deficita<sup>113</sup>, i intervencija središnje vlasti u obliku spašavanja održivosti fiskalnih pozicija JLS-a postaje svojevrsni *deus ex machina*. Drugim riječima, u uvjetima strogog nadzora ukupnog deficita opće države i potrebe za smanjenjem ukupnog javnog duga, središnja država ne može više neograničeno preuzimati tekuće obveze insolventnih JLS-a.<sup>114</sup> S obzirom na *supra* izložene temeljne postavke normativnog okvira financiranja JLS-a najveći rizik od insolventnosti predvidiv je u slučaju onih JLS-a u odnosu na koje su ispunjeni svi ili bar većina od sljedećih uvjeta: 1) izmjenama u

---

<sup>110</sup> Vidi: *Jurlina Alibegović* 2013, 72.

<sup>111</sup> Vidi, npr. *Andrić* 2015, 31.

<sup>112</sup> *Rašić Bakarić, Šimović, i Vizek* 2013, 4.

<sup>113</sup> Za pregled tijeka ovog postupka vidi: [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/economic\\_governance/sgp/deficit/countries/croatia\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/deficit/countries/croatia_en.htm).

<sup>114</sup> Jedan primjer iz nedavne prošlosti jest bankrot Grada Zlatara. Vidi: *Radusinović* 2013.

sustavu oporezivanja dohotka ostali su bez značajnog dijela prihoda, 2) u razdoblju prije promatranih zakonskih promjena zadužili su se do zakonom dopuštene granice te ih u narednom razdoblju očekuje dospjeće većih iznosa na ime povrata glavnice i kamata, 3) nemaju prostora za povećanjem prihoda iz vlastitih izvora (npr. prireza i/ili komunalne naknade) te 4) ne raspolažu administrativnim kapacitetima za apsorpciju značajnijih sredstava iz europskih fondova.

Komparativna iskustva ukazuju na porast svijesti o makroekonomskim rizicima koje nose neodržive fiskalne pozicije subnacionalnih razina vlasti. Paradigmatičan je primjer Argentine, gdje je nekontrolirani rast dugovanja provincija Mendoze i Buenos Airesa bio jedan od uzroka izbijanja financijske krize na državnoj razini, a čiji je konačni rezultat bio jedno od najvećih restrukturiranja javnog duga u povijesti (tj. bankrot države).<sup>115</sup> To još više dolazi do izražaja s rastom ukupnog dugovanja subnacionalnih razina vlasti prema privatnim vjerovnicima, čemu je poticaj dala i praksa izdavanja tzv. municipalnih obveznica. Hrvatska se, kao i mnoge druge države, u dosadašnjoj normativnoj praksi odlučila isključivo za tzv. *ex ante* pristup problemu fiskalno neodrživih pozicija lokalnih jedinica: rigidna zakonska pravila o zaduženju lokalnih jedinica (v. *supra*, poglavlje 3.2.) trebala bi spriječiti prezaduženost. Postavlja se pitanje dostatnosti takvog pristupa. Naime, mnogi JLS-i izbjegavaju zakonske granice zaduživanja putem komunalnih društava u svom vlasništvu,<sup>116</sup> što nosi dodatne fiskalne rizike, uz one koji su u radu već istaknuti. Također, dosadašnja praksa rješavanja problema likvidnosti pojedinih JLS-a (npr. Zlatar, Slavonski Brod) ukazuje da obveze JLS-a zapravo predstavljaju implicitne obveze središnje države. To ne samo da nosi rizik moralnog hazarda na strani JLS-a,<sup>117</sup> već se izravno protivi ciljevima smanjenja deficita opće države i javnog duga, koji su od 2013. Hrvatskoj nametnuti i sa razine EU-a. Stoga se u idućem poglavlju istražuje svrsishodnost alternativnog, *ex post* pristupa problemu insolventnosti JLS-a, tj. kreiranja normativnog okvira za postupak tzv. stečaja, tj. restrukturiranja duga subnacionalnih razina vlasti.

#### **4. MODI OPERANDI STEČAJNE REGULATIVE**

Želeći se osvrnuti na dio grane prava, kao što je stečajno-pravna regulativa te što u njoj najuočljivije obilježava hrvatsku normativu, tj. koji su njeni glavni smjerovi, utjecaji koje ona vrši, ali i trpi te njen „susret“ s europskom

---

<sup>115</sup> V. *Canuto i Liu* 2013, 2.

<sup>116</sup> V. *Bajo i Primorac* 2014a.

<sup>117</sup> V. *Canuto i Liu* 2013, 4.

i američkom pravnom mišlju u davanju odgovora na tezu iz naslova, prvi i nužan korak je „iscrtavanje“ pravnog okvira i problema.

Danas, u pozitivnom pravu pod sintagmom stečajni postupak podrazumijeva se likvidacijski stečaj<sup>118</sup> i reorganizacija (stečajni plan ili predstečajni postupak)<sup>119</sup> subjekta kao dva osnovna *modusa* temeljem kojih može biti okončan stečajni postupak insolventnog/prezaduženog subjekta. Iako ova dva postupka transplantirana 1997. iz njemačkog Insolvencijskog zakonika (*Insolvenzordnung*) od 5.10.1994.<sup>120</sup> imaju niz sličnosti i razlika, ključno je ukazati kako stečajni postupak ne mora biti nužno i „smrtni“ ishod za pravnu osobu,<sup>121</sup> jer usporedna, pozitivno pravna svrha SZ-a je takva da on *ex post* omogućava vraćanje imovine i resursa u produktivnu uporabu kroz postupak sanacijskog stečaja, odnosno predstečajnog postupka. Štoviše, kao *ratio* implementiranja odredbi o predstečajnoj nagodbi kroz Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (dalje ZFPPN)<sup>122</sup> navodila se činjenica kako je dotadašnja primjena SZ dovela u pravilu do nestanka pravne osobe te da u europskim zakonodavstvima postoji tendencija prema modelu restrukturiranja i opstanka dužnika po modelu glave 11 Stečajnog zakonika SAD-a<sup>123</sup>. Stoga je i cilj ZFPPN bio da se kroz predstečajne

---

<sup>118</sup> Kod ovakvih subjekata gotovo da nema mogućnosti za oporavak jer je izgubljen cijeli kapital, što znači da je imovina niža od visine obveza koje imaju. U takvom postupku se prodaje cjelokupna imovina koju poslovni subjekt posjeduje u trenutku otvaranja stečajnog postupka, kao i imovina koju stekne tijekom postupka ili se proda subjekt kao cjelina u cilju najpovoljnijeg namirenja njegovih, prije svega neosiguranih vjerovnika. Ishod je uvijek i isključivo brisanje iz sudskog registra (Stečajni zakon, NN, br. 71/15. – dalje u tekstu: SZ), čl. 2., st. 2., reč. 1.

<sup>119</sup> Nasuprot likvidacijskom stečaju, reorganizacija (spašavanje, restrukturiranje, preustroj, rehabilitacija, predstečajna nagodba, predstečajni postupak, odnosno stečajni plan) jedan je od mogućih načina provođenja stečajnog postupka i jedina alternativa likvidacijskom stečaju - unovčenju imovine stečajnog dužnika. Ona ima za cilj da se insolventno poduzeće uz poduzimanje određenih ekonomsko-pravnih mjera, poduzetih od strane vlasnika i vjerovnika, „održi“. Interesi vjerovnika u postupku reorganizacije se, dakle, štite izbjegavanjem likvidacijskog stečaja. Cilj je kroz planiran proces, čije se krajnje posljedice i rezultati jasnije mogu sagledati nego posljedice prodaje imovine stečajnog dužnika i njegove likvidacije, spasiti subjekt (SZ, čl. 2., st. 1., st. 2., reč. 2. te st. 3.).

<sup>120</sup> *Bundesgesetzblatt*, 1994., I, str. 2866; posljednja izmjena *Bundesgesetzblatt*, 2011., I, str. 2854.

<sup>121</sup> Detaljnije Novak, Sajter, i Hadrović Zekić, 2006.

<sup>122</sup> Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 71/15. i 78/15.). Stupanjem na snagu novog SZ prestale su vrijediti odredbe zakona o predstečajnoj nagodbi (čl. 19.-86.).

<sup>123</sup> *Bankruptcy Code*, Pub. L. 114-38. Dostupno na mrežnim stranicama Cornell Law University: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/> (12.04.2015.). Podrobnije, Warren i Westbrook 2009, 603-606.



nagodbe omogućiti dužniku restrukturiranje i nastavak poslovanja.<sup>124</sup> Ipak, iako je donošenjem ZFPPN 2012. znatno izmijenjen stečajni postupak u RH, u njegovoj trogodišnjoj praktičnoj primjeni uočeno je niz problema u tumačenju i učincima pojedinih odredbi i instituta, što će se pokušati izmijeniti donošenjem novog SZa. Također treba istaknuti da pravna doktrina nije od početka sklona sadašnjem uređenju instituta predstečajne nagodbe u kojoj se favorizira dužnik, marginalizira sud, ograničavaju prava vjerovnika te postavlja pitanje ustavnosti važećeg instituta predstečajne nagodbe.<sup>125</sup>

Dakle, shvaćajući važnost stečajne regulative, a u cilju poboljšanja ključnih procesnih parametara, zakonodavac je napravio još jednu izmjenu Stečajnog zakona (stupila na snagu 01. rujna 2015.). Za ovaj rad najvažnije novine su članci Glave II prema kojima odredbe o predstečajnoj nagodbi prelaze iz ZFPPN u SZ kao predstečajni postupak, čime se ZFPPN stavlja izvan snage u dijelu koji se odnosi na predstečajne nagodbe. Također je bitno istaknuti kako se vraća institut stečajnog plana kao novo/staro rješenje s kojim se s mnogobrojnim mjerama ekonomske, financijske, pravne i organizacijske prirode pruža daleko veći dijapazon mogućnosti stečajnom dužniku izaći iz krize i namiriti svoje vjerovnike na prihvatljiv način. Dakle, govoreći o stečajnim propisima, nizom reformi, pravna regulacija iz područja stečaja usklađena je s stečajnom legislativom zapadno-europskih zemalja te su stvoreni normativni preduvjeti za funkcionalizaciju stečajno-pravne zaštite (kraće trajanje stečajnog postupka, veće namirenje tražbina vjerovnika te niže troškove postupka), ali i za nastavka poslovanja stečajnog dužnika.

#### **4.1. Normativistički optimizam i stečajna „fobija“**

Iz praktične perspektive, kada govorimo o hrvatskoj „stečajnoj kulturi“ doktrinarne analize ukazuju kako je zakonodavna regulacija u ekonomskoj oblasti, u koje svakako spada i stečajna problematika, bila, barem do 1997. i donošenja prvog hrvatskog modernog Stečajnog zakona,<sup>126</sup> loša u pravno-tehničkom smislu.<sup>127</sup> To je omogućavalo slobodna, nerijetko pogrešna tumačenja od strane državnih tijela, a na račun poslovnih subjekata.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> Kako je ZFPPN omogućio restrukturiranje dužnika, u stečajnom je postupku bila napuštena mogućnost financijskog restrukturiranja stečajnog dužnika, pa je vjerovnicima jedino omogućeno da se stečajnim planom prenese cjelokupna imovina dužnika na osobu koju će osnovati stečajni dužnik (tzv. prijenosni stečajni plan) (SZ, NN, br. 133/12.).

<sup>125</sup> Podrobnije, *Barbić* 2014.

<sup>126</sup> Za usporedni prikaz povijesnog razvoja europske i hrvatske stečajne legislative podrobnije, *Bodul* 2013, 911-941.

<sup>127</sup> Ipak to je bio problem u bivšim socijalističkim zemljama. Vidi, *Falke* 2003, 78. *et seq.*

<sup>128</sup> Vidi, *Dika* 1975, 57- 62.; 1988.

Štoviše činjenica kako je (novi) SZ stupio na snagu sedam godina od osamostaljena RH ukazuje na otpor tranzicijskim procesima. Ipak iako je stečajna regulativa počevši od 1997. bila normativno uokvirena, njena primjena je bila zapostavljena. Poslovni subjekti su preživljavali zahvaljujući nedefiniranom proračunskom ograničenju, odnosno subvencijama države, „topljenju“ njihovog kapitala te činjenici nepostojanja odgovornosti za nepokretanje stečajnih postupaka. Kaznenopravna regulativa se u praksi, zbog nejasnih razloga, gotovo uopće ne provodi te ne postoji nikakav strah od eventualnog kažnjavanja.<sup>129</sup> Štoviše, analizirajući danas, iz pozitivno pravne perspektive, iako je ostvaren određeni normativni i strukturalni napredak (kvaliteti sudaca i stečajnih upravitelja, kao glavnih operativnih tijela), stečajni postupak je više iznimka nego pravilo tako da posljedice okončanih stečajnih postupaka nisu u funkciji zadanih ciljeva, namjera i opredjeljenja zakonodavca. Naravno, razlozi neučinkovitosti stečajne procedure ne mogu ograničiti samo na adekvatan ili neadekvatan normativni okvir, već su znatno širi. Razlog tomu je i okruženje relevantno za primjenu SZ-a, a to je ovršni postupak i njegovo unapređenje,<sup>130</sup> ali djelotvornost i učinkovitost pravosuđa. Naime, doktrina ukazuje kako stečajni postupak predstavlja, između ostalog, mehanizam zaštite dužnika, a u uvjetima u kojima je dužnik „dobro“ zaštićen nedostatnim rješenjima, primjerice, ovršnog postupka, on nema poticaj tražiti stečajnu zaštitu.<sup>131</sup> Ipak, analizirajući poredbena iskustva smatramo kako ovakve „stečajne fobije“ pripadaju onom tipu razmišljanja koje gubi iz vida činjenicu da stečajni postupak nije izvor problema, već pravni mehanizam da se problem riješi.

#### **4.2. Zašto stečajni postupak može biti odgovor na problem insolventnih lokalnih jedinica – *ex ante* pristup**

Zadnjih par godina bile su u znaku globalne ekonomske krize koja je, gotovo u svakoj (ne)prilici, slovila kao uzrok najrazličitijim problemima hrvatskog gospodarstva. Kad je riječ o ekonomskim propisima u koje svakako spada i stečajna regulativa (ali i porezna), pokušaj je bio da se djeluje na posljedice neovisno od cjeline i uzroka (globalnog) problema. Štoviše, u uvjetima svjetske financijske krize smatrano je važnim omogućiti gospodarstvu učinkovitije pravne mehanizme za rješavanje posljedično nastalih problema u poslovanju pa se počelo shvaćati kako sve prisutni „fenomen“ insolventnosti nije nešto što pogađa samo poduzetnike, već

---

<sup>129</sup> Vidi, *Bodul et al.* 2014.

<sup>130</sup> Podrobnije, *Zoroska-Kamilovska* 2013.

<sup>131</sup> *Bodul i Vuković* 2012, 654.

postoje i šire implikacije stečaja kako na gospodarstvo cijele države tako i za lokalnu razinu. Stoga iako je implementacijom modernih stečajnih propisa normativno znatno unaprijeđen stečajni postupak, analize ukazuju na niz nedostataka, a jedan od tih nedostataka je i nepostojanje, odnosno potreba za institutom stečaja nad imovinom lokalnih jedinica.

### 4.3. Značaj istraživanja poredbenih iskustava

Poredbeno-pravna istraživanja pokazuju kako u procesnoj doktrini i zakonodavstvu postoje različita shvaćanja o modelima stečaja. Stoga pri recepciji/transplantaciji novih instituta (u bivšim socijalističkim zemljama) doktrinarne analize redovito postavljaju pitanje - treba li slijediti tradicionalno kontinentalne modele ili pak *common-law* modele? Naime, američki i europsko-kontinentalni pravni modeli stečaja počivaju na različitim teorijskim postulatima, što nužno uvjetuju, a možemo tvrditi i objašnjava razlike koje postoje između ovih sustava.

S jedne strane, neprijeporno je da anglosaksonske zemlje, prvenstveno SAD, imaju najstarije zakonodavno uređenje instituta stečaja nad imovinom lokalnih jedinica. Ono je utjecalo i na zakonodavna uređenja stečaja i u europskom pravnom krugu.<sup>132</sup>

S druge strane, većina zemalja Europe nema reguliran institut stečaja nad imovinom lokalnih jedinica kao poseban vid stečajnog postupka.<sup>133</sup> Da bi se stekao uvid u kompleksnost materije stečajnog postupka u EU dovoljno je reći kako su pri stvaranju Uredbe 1346/2000,<sup>134</sup> uvjetno rečeno, usuglašavana pravila iz 54 različita modela stečajnih postupaka.<sup>135</sup>

Stoga, iako je u praksi potreba za proširenjem pasivne sposobnosti i prilagođavanju novim uvjetima sagledan odavno, a uzroci koji su to zahtijevali nisu došli naglo i neočekivano, proces je s institucionalnog aspekta tekao dosta sporo. Tako je tek 1996., počevši s Mađarskom, stečajna regulativa nad imovinom lokalnih jedinica polako pronalazila svoj put u zakonodavstvima europskih država.<sup>136</sup> Stoga ćemo dati kratak komparativni pregled institucionalnih okvira stečajnih postupaka nad imovinom lokalnih jedinica, kako u anglosaksonskom tako i u kontinentalnom pravu, smatrajući to korisnom podlogom za *de lege ferenda* razmatranja.

---

<sup>132</sup> Wiegand 1996.

<sup>133</sup> Zanimljivost je da su prva znanstvena razmatranja instituta stečaja lokalne samouprave predstavljena na konferenciji u Zagrebu 1987. godine. V. Raffer 1989.

<sup>134</sup> Uredbe Vijeća (EC) broj 1346/2000, od 29. svibnja 2000. o stečajnim postupcima (OJ 2000 L 160) izmijenjene Uredbom 603/2005 od 12. travnja 2005. (OJ 2005 L 100).

<sup>135</sup> Baltić 2003, 44.

<sup>136</sup> Detaljnije Jókay, Szepesi i Szmétana 2005.

#### 4.4. Common law model – Sjedinjene Američke Države

U praksi država postoji veliki broj različitih mogućnosti u situaciji kada se lokalna jedinica nađe u finansijskoj krizi i sve one su u uskoj vezi i izravno pod utjecajem „klasičnog“ stečajnog zakona. Američki Stečajni zakonik, kao federalni zakonik, pruža više mogućnosti za stečajne dužnike. Ovisno o pravnim karakteristikama dužnika, Stečajni zakonik je za dužnike namijenio i različite postupke. Svaki od postupaka obuhvaća različitu glavu Stečajnog zakonika: 7.,<sup>137</sup> 9.,<sup>138</sup> 11.,<sup>139</sup> 12.<sup>140</sup> i 13.<sup>141</sup> Reformom Stečajnog zakonika 2005. (dalje: BAPCA)<sup>142</sup> uveden je i stečajni postupak prema glavi 15.<sup>143</sup> koji obuhvaća stečajne postupke s međunarodnim/prekogrančnim elementom. Svakako smatramo bitnim istaknuti kako prostor koji ovdje imamo, ne dopušta detaljnu raščlambu problematike, pa smo prinuđeni ograničiti se isključivo, po mišljenju autora, na neke aspekte stečajne regulative glave 9.

##### 4.4.1. Pravno uređenje instituta stečaja nad imovinom lokalnih jedinica

Institut stečaja nad imovinom lokalnih jedinica, prema današnjoj glavi 9. Stečajnog zakonika, uveden je u pravni sustav SAD-a 1934. tijekom razdoblja tzv. Velike depresije.<sup>144</sup> Vrhovni sud SAD-a 1934. takvu je zakonodavnu konstrukciju odredio neustavnom, prvenstveno zbog zadiranja u suverenitet saveznih država,<sup>145</sup> što je zajamčeno X. amandmanom Ustava.<sup>146</sup> Stoga je Kongres bio prisiljen novelirati Zakon o stečaju lokalnih jedinica,<sup>147</sup> koji je u konačnici podržao i Vrhovni sud SAD-a.<sup>148</sup>

---

<sup>137</sup> §§ 701.-784.

<sup>138</sup> §§ 901.-946.

<sup>139</sup> §§ 1101.-1174.

<sup>140</sup> §§ 1201.-1231.

<sup>141</sup> §§ 1301.-1330.

<sup>142</sup> *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005.*, S. 256, *Pub. L. No. 109-8*, 119 *Stat. 23* (2005).

<sup>143</sup> §§ 1501.-1532.

<sup>144</sup> An Act to Amend an Act Entitled "An Act to Establish A Uniform System of Bankruptcy Throughout the United States," approved July 1. 1898. i Acts Amendatory thereof and Supplementary thereto, *Pub. L. No. 251*, 73d Cong., 2d Sess., 48 *Stat. 798* (1934), cit. prema *Amdursky* 1990.

<sup>145</sup> *Ashton v. Cameron County Water Improvement Dist. No. 1*, 298 U.S. 513, 532 (1936), cit. prema *loc. cit.*

<sup>146</sup> Amandman X (1791): „Ovlasti koje nisu Ustavom dodijeljene Sjedinjenim Državama ni njime zabranjene Državama, pridržane su odnosnim Državama ili narodu.“ Prijevod *Smerdel* 1994.

<sup>147</sup> *Municipal Bankruptcy Act in 1937*, *Pub. L. No. 302*, 50 *Stat. 653* (1937), cit. prema *Amdursky* 1990, 2.

<sup>148</sup> *United States v. Bekins*, 304 U.S. 27, 54 (1938), cit. prema *loc. cit.*

Prvotni cilj je omogućiti pravnu zaštitu financijski opterećenim lokalnim jedinicama od ovršnih radnji vjerovnika u vrijeme kada se pokušava napraviti sporazum o reguliranju duga s vjerovnicima. Takav sporazum, odnosno restrukturiranje duga lokalnih jedinica postiže se prolongiranjem rokova dospijeca, smanjivanjem kamatnih stopa ili refinanciranjem duga kroz postupak novog zaduživanja što je, iz logičnih razloga, najrjeđa opcija. Ipak, ista se uzima u obzir smatrajući da bi *ex ante* uređeni pravni okvir za provedbu stečajnog postupka nad lokalnim jedinicama utjecao i na smanjenje kamatnih stopa i olakšavao dostupnost kredita za financiranje razvoja lokalne uprave. Iako je slična s drugim glavama Stečajnog zakonika, glava 9. je specifična jer ne uključuje odredbe koje bi nalagale likvidaciju imovine lokalne samouprave i njezinu razmjernu distribuciju vjerovnicima. Takve odredbe bile bi protivne X. amandmanu Ustava SAD-a. Stoga, sud nema aktivnu ulogu u provođenju stečaja nad lokalnim jedincima. Njegova je uloga izraženija u drugim glavama Stečajnog zakonika, prvenstveno u glavi 11. Stečajnog zakonika.<sup>149</sup> Funkcije suda isključivo su ograničene na mogućnost utvrđivanja prijedloga za stečaj dopuštenim i osnovanim, prihvaćanjem plana otplate duga, kao i nadzorom nad izvršenjem plana otplate duga. Zanimljivost je, a što je praksa pokazala i praktična stvar, mogućnost lokalnih jedinica (stečajnih dužnika) da samoinicijativno prošire ovlasti suda, budući da odluke istog imaju veći autoritet. Takvom mogućnošću neizravno bi se izbjegle mogućnosti obijesnog parničenja oko određenih pitanja koja nisu pravomoćno utvrđena.<sup>150</sup>

Isključivo lokalna jedinica (*municipality*) može proglasiti stečaj u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika. U ime lokalne jedinice samo ovlaštenu predstavnik ima pravo pokrenuti stečaj. Sljedeći preduvjet je da lokalna jedinica mora biti određena kao insolventna te mora imati mogućnost provesti postignuti plan otplate duga. Dok ekonomsko-financijska teorija prilazi problemu definiranja insolventnosti s pozicije održivosti fiskalne politike, pravne definicije služe kao „procesni okidači“ za pokretanje stečajnog postupka. Svakako treba spomenuti kako stečajni zakonik određuje još četiri preduvjeta koji entitet mora ispuniti da bi bio podoban za stečaj u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika.

Nadalje, Stečajni zakonik nalaže publiciranje rješenja kojim se pokreće stečajni postupak nad jedinicama lokalnih samouprava, kao i publiciranje prijedloga kojim se traži otpust dugova. Stečajna pravila nalažu da sudski

---

<sup>149</sup> Prijedlog podnesen u skladu s glavom 11. Stečajnog zakonika najčešće je prijedlog za reorganizacijski stečaj (*reorganization bankruptcy*). Za istaknuti je da pod određenim preduvjetima glavu 11. mogu koristiti i potrošači za potrošački stečaj. Tako *Warren i Westbrook* 2009, 606.

<sup>150</sup> Detaljnije o cilju *Amdursky* 1990, 3.

službenik, ili druga osoba koju odredi sud, treba objaviti rješenje. Takva obavijest mora biti publicirana, barem, jednom tjedno tijekom sljedeća tri tjedna u dnevnom tisku okruga gdje se pokreće stečaj. U praksi sud najčešće izdaje nalog kojim se vjerovnici moraju obavijestiti poštom i određuje dnevne novine u kojima se publicira činjenica otvaranja stečaja te druge relevantne činjenice. Takvo je publiciranje bitno budući da dovodi do prekida parničnih i ovršnih postupaka. Cilj je spriječiti namirenje upućenijih i jačih vjerovnika. Vjerovnici imaju pravo prigovora na rješenje o otvaranju stečajnog postupka te sud mora održati posebno ročište na kojem će raspraviti o osnovanosti prigovora.

U skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika i stečajni upravitelj je znatno ograničen u svojim ovlastima i dužnostima. Iako stečajnog upravitelja imenuje odbor vjerovnika (*creditors' committee*), ne održava se ispitno ročište pa isti nema mogućnost operativnog vođenja postupka. Budući da, kao materijalno pravnu posljedicu otvaranja stečajnog postupka, ne preuzima poslove upravljanja i zastupanja dužnika, nema nikakvog nadzora nad financijskim poslovima dužnika, kao i nad naknadama koje se isplaćuju za ugovore o radu sklopljene na određeno vrijeme radi dovršenja započetih poslova i otklanjanja moguće štete.

Prvenstveno zbog zakonskih ograničenja koja su nametnuta sudu u stečajnom postupku u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika, sud je manje uključen u proceduru dok dužnik pokušava reorganizirati svoje financijsko stanje. Dužnik, lokalna jedinica, ima široke ovlasti u pogledu korištenja imovinskih prava, povisivanja poreznih stopa te raspolaganja prihodima i rashodima.<sup>151</sup> Također je dopušteno reorganizirati sve nenovčane ugovorne obveze u skladu s ovlastima da se napravi moratorij na ugovore s ovršnim klauzulama. Takva mogućnost važna je za financijsku održivost lokalnih jedinica koje su izabrale stečaj kao „posljednje utočište“.<sup>152</sup>

Kada lokalne jedinice podnesu prijedlog za stečaj u skladu s glavom 9., postoji veliki broj sudionika koji najčešće čekaju svoju priliku da se izjasne o nekim činjenicama. Stečajna postupovna pravila određuju da se ministar SAD-a nadležan za poslove financija može, ili ako ga pozove sud hoće, umiješati se u postupak u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika. Nadalje, predstavnici savezne države u kojoj je dužnik smješten, također se mogu umiješati u postupak u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika. Kao dodatak, Stečajni zakonik dopušta Komisiji (*Securities and Exchange Commission*) da se pojavi i iznese svoje stajalište o bilo kojem pitanju. Drugi sudionici, primjerice, zaposlenici lokalne jedinice, građani lokalne jedinice, osobe koje

---

<sup>151</sup> Detaljnije: *Kordana* 1997.

<sup>152</sup> Fraza je posuđena od *Adler* 2002, 1661.

nemaju prebivalište, ali imaju nekretnine, svatko tko plaća porez lokalnoj jedinici kao i lokalne banke, također, imaju mogućnost izjasniti se.

Stečajni zakonik određuje da dužnik mora podnijeti plan otplate duga. Plan mora biti priložen uz prijedlog za pokretanje stečajnog postupka ili u primjerenom roku kako ga odredi sud. Zanimljivost je da Stečajni zakonik ne sadrži odredbu koja bi dopuštala ili zabranjivala vjerovnicima ili drugim zainteresiranim sudionicima da podnesu plan otplate duga. Stoga polazeći od pretpostavke, što nije zabranjeno-dopušteno je, vjerovnici su pokušali podnijeti plan otplate duga. Ipak takve planove odbacio je Vrhovni sud<sup>153</sup> koji se pozvao na X. amandman Ustava SAD-a, tvrdeći da isti zahtijeva da lokalne jedinice imaju nadzor nad svojim poslovima tijekom postupka u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika. Stoga, niti vjerovnici niti sud nemaju kontrolu nad predlaganjem plana otplate duga koji bi se *ex post* odrazio na mogućnost reguliranja poreznih stopa kao i na odluku o raspolaganju dostupnim imovinskim sredstvima. Sami standardi prihvaćanja plana otplate duga u glavi 9. Stečajnog zakonika kombinacija su preduvjeta iz 11 U.S.C. čl. 943(b) i onih iz 11 U.S.C. čl. 1129 (iz glave 11. Stečajnog zakonika) koji se primjenjuju temeljem 11 U.S.C. čl. 901(a). Općenito govoreći alternativa je odbacivanje prijedloga za stečaj u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika i dopuštanje da se brži i obavješteniji vjerovnici prioritetno namire.

Lokalna jedinica ima pravo na oslobođenje od dugova u skladu s glavom 9. Stečajnog zakonika po potrebitom prihvatu plana otplate duga te nakon što je određeni iznos, osiguranje, položeno u sudski depozit (11 U.S.C. čl. 944(b)). Postoje dvije iznimke na otpust dugova: ako su se stranke drugačije dogovorile planom otplate duga i ako postoji tražbina, za koju vjerovnik nije ni znao da je predmet razmatranja u stečajnom postupku te o istoj nije niti bio obaviješten (11 U.S.C. čl. 944(c)). Sud također ima ovlast da 180 dana nakon prihvaćanja plana otplate duga, te nakon saslušanja i obavijesti vjerovnika, opozove takav prihvata ako je isti ishodovan na prijevaran način (11 U.S.C. čl. 901(a), 1144.).

#### **4.5. Kontinentalni model - Mađarska**

Pravi moderni mađarski stečajni zakon implementiran je 1991. U svim suvremenim stečajnim propisima, pa trako i u mađarskom, je predviđeno da se stečajni postupak može voditi u dva smjera: u pravcu reorganizacije i sanacije stečajnog dužnika ili u pravcu njegove likvidacije, brisanja iz sudskog registra i prestanka postojanja kao pravnog subjekta.<sup>154</sup> Na

---

<sup>153</sup> Ashton, 298 U. S., str. 528. i Bekins, 304 U. S., str. 51.

<sup>154</sup> Podrobnije, Gray, Schlorke i Szanyi 1996.

postulatima postojećeg sustava vremenom se spoznala potrebu za osiguranjem sistem pravila i procedura za reguliranje “fenomena“ insolventnosti lokalnih jedinica.

#### **4.5.1. Pravno uređenje instituta stečaja nad imovinom lokalnih jedinica**

Zakon o stečaju nad imovinom lokalnih jedinica kao *lex specialis* stupio je na snagu u lipnju 1996. Tijekom rasprave o njegovu donošenju, zaključeno je da, ako država nema mogućnost kontrolirati dopuštenu razinu zaduženosti lokalnih jedinica, to se treba raditi kroz stečajni zakon, koji bi imao sljedeće ciljeve: spriječiti insolventnost na način da se preventivno djeluje; propisati jasne procedure i definirati položaj svih sudionika postupka; osigurati postupak kako likvidacije tako i reorganizacije lokalnih jedinica; zabraniti spašavanje od strane centralne vlasti osim određenih modela sufinanciranja i to u iznimnim situacijama; osigurati financiranje javnih servisa financiranih od strane lokalne razine te dopustiti razumno povisivanje poreznih opterećenja. U osnovi cilj je bio kroz postupak reguliranja odgovornosti za dugove lokalnih jedinica, u kombinaciji s *pre-pack* modelom reorganizacije, izbjeći nesvršishodno zaduživanje.

U slučaju da lokalna jedinica ne podmiri svoje obveze u roku od 60 dana od dana dospelosti, gradonačelnik je obavezan obavijestiti gradsko vijeće i podnijeti prijedlog za pokretanje stečajnog postupka. Gradonačelnik odgovara osobnom imovinom u slučaju da pravovremeno ne pokrene stečajni postupak. Kako kvalitetan stečajni zakon treba pružiti adekvatne poticaje kako vjerovnicima tako i dužnicima da pravovremeno pokrenu stečajni postupak, vjerovnici također imaju mogućnost pokretanje postupka pod istim uvjetima. Sud je obavezan u roku od 15 dana razmotriti prijedlog i tražiti eventualnu dopunu. U slučaju da smatra prijedlog neosnovanim, jer postoji mogućnost da se tekućim prihodima namire obveze, prijedlog se odbija. U protivnom prijedlog se usvaja te se otvara stečajni postupak što za sobom povlači određene procesne i materijalno-pravne posljedice, a jedna od najvažnijih je prekid svih ovršnih postupaka. U sljedećem roku od 30 dana izrađuje se proračun isključivo za zadovoljavanje najosnovnijih javnih potreba, poput zdravstva, predškolskog odgoja, vatrogastva i dr. Cilj je, dakako, spriječiti eroziju zaštićenih standarda pružanja javnih usluga. U iznimnim situacija, državni parlament može smijeniti lokalnu vlast i imenovati privremenu upravu. Nadalje, rješenje o otvaranju se objavljuje u službenom glasilu i imenuje se stečajni upravitelj kao i tzv. krizni odbor u roku od osam dana. Jedna od obveza stečajnog upravitelja je i da ispita razloge zbog kojih je došlo do stečaja te da, ako smatra kako postoje osnove sumnje u počinjenje gospodarskog kriminala, pokrene kaznene postupke. Također je u obvezi sačiniti detaljan popis imovine i obveza te pod



pretpostavkom da se ne izglasa krizni proračun, dužan je predložiti i likvidaciju imovine. U većini slučajeva, paralelno s otvaranjem stečajnog postupka počinju pregovori između vjerovnika i lokalne jedinice koje vodi gradonačelnik zajedno sa stečajnim povjerenikom. Takav sporazum se potencijalno mora postići u roku od 210 dana od dana otvaranja stečajnog postupka jer u suprotnom upravitelj mora napraviti plan koji potencijalno neće zadovoljiti niti interese vjerovnika niti dužnika. Ipak, zakonsko definiranje mogućnosti sporazuma kao alternative općoj rasprodaji imovine ne znači da je ona uvijek moguća, niti da se njoj kao zakonskoj mogućnosti uvijek mora pribjeći, čak ni da se reorganizacija uvijek i neizostavno mora pokušati. Drugim riječima, ako vjerovnici, temeljem realnih ekonomskih pokazatelja, utvrde da se mogu povoljnije namiriti kroz postupak otplate duga nego u postupku bankrotstva, odnosno da postoji njihov interes da se stečajni postupak nastavi u pravcu reorganizacije umjesto u pravcu likvidacije, postići će se sporazum. U slučaju da vjerovnici i dužnici nisu u mogućnosti postići sporazum o otplati duga, dolazi do likvidacije lokalne imovine. Ipak praksa je pokazala kako je najviše slučajeva insolventnosti lokalnih jedinica riješeno sporazumno. Razlog tomu su i negativni posljedice u slučaju nepravovremenog pokretanja stečajnog postupka, odnosno u slučaju odugovlačenja samog postupka od strane ovlaštenih predstavnika. Naime, izgrađen je sustav sankcija i poticaja u svakoj fazi postupka. Cilj je poticati sporazumno i brzo rješavanje problema; racionalizaciju trošenja proračunskih prihoda i osigurati pristupačnost javnih usluga te propisivati kaznene i građanske sankcije za donositelje odluka koje ugrožavaju vršenje takvih usluga.

## **5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA**

Utjecaj europskih institucija na domaće strukture njihovih država članica može se očitovati kao skup adaptacijskih pritisaka. Proporcionalno s mjerom nepodudarnosti domaćih institucionalnih rješenja, normi i praksi raste stupanj adaptacijskih pritisaka koji je posebice izražen u slučaju tranzicijskih zemalja. Iako je Hrvatska proces prilagodbe započela krajem 2005. godine, istraživanje europeiziranosti sustava lokalne samouprave pokazalo je da na tom području nije daleko odmakla (vidi: poglavlje 2.3.). Radi se o perifernom prilagođavanju postojećih procesa, institucija i politika bez promjene ključnih značajki i kolektivnih shvaćanja (akomodacija). Ili, pak, o još nižem stupnju prilagodbe, tj. usvajanja europskih zahtjeva bez supstancijalnih promjena postojećih struktura i logike političkog ponašanja. Problem veličine te fiskalnog i upravnog kapaciteta lokalnih jedinica prepreka je ostvarenju i/ili jačanju njihove ekonomske uloge.

U navedenom kontekstu jedan od možda, s operativnog stanovišta, i najvažnijih problema hrvatskog sustava višerazinskog upravljanja, nepostojanje je koherentne politike u području financijskog izravnjanja (fiskalnog federalizma). Dakle, odgovor na u radu postavljeno pitanje o potrebi za implementacijom instituta stečaja nad imovinom lokalnih jedinica nužno zahtijeva prethodnu analizu korelacije realne ekonomske snage, tj. fiskalnog kapaciteta, lokalnih jedinica te obima njihovih nadležnosti. U tom smislu značajno je upozoriti na barem dva, u literaturi često isticana, nalaza. Prvo, fiskalna održivost najvećeg broja hrvatskih JLS-a veoma je upitna. Drugo, cijela RH je u ekonomskom i teritorijalnom smislu relativno mala za uspostavljanje održivog fiskalnog federalizma i većih teritorija nego što su postojeće općine i gradovi bez ugrožavanja ukupne makroekonomske stabilnosti.

Unutar ovako ocrtanog općeg okvira hrvatskog modela fiskalnog federalizma valja promatrati i neposredni motiv pisanja ovog rada: posljednje intervencije zakonodavca u sustav oporezivanja dohotka, koje su imale neposredne negativne učinke na fiskalni položaj lokalnih jedinica, posebno JLS-a. S obzirom na ograničenja postavljena normativnim okvirom financiranja hrvatske lokalne samouprave, veći broj JLS-a, napose onih koji su izloženi najvećim „proračunskim šokovima“, izgubljene prihode neće moći nadoknaditi iz drugih izvora. Posebno vrijedi napomenuti da često puta naglašavana panacea u obliku sredstava iz europskih fondova nije realna kompenzacijska mjera, s obzirom na u radu opisane nedostatke u funkcionalnim i strukturnim prilagodbama hrvatskih JLS-a. Posljedica je smanjenje i kapitalnih i tekućih rashoda na lokalnim razinama, čime se ne samo izravno ugrožava održavanje postojećih standarda u pružanju javnih usluga, već i dodatno jača ovisnost JLS-a o središnjoj državi. Međutim, financijska pomoć središnje vlasti nosi predznak neizvjesnosti, ako se u obzir uzme potreba za smanjenjem deficita opće države i ukupnog javnog duga. U takvim uvjetima raste rizik od insolventnosti (pojedinih) JLS-a, što izaziva pitanje mogućih institucionalnih odgovora. Dok se RH u dosadašnjoj normativnoj praksi opredijelila isključivo za tzv. *ex ante* pristup problemu fiskalno neodrživih pozicija lokalnih jedinica, u radu je postavljeno pitanje svrshodnost alternativnog, *ex post* pristupa ovom problemu. Radi se o normativnom reguliranju postupka tzv. stečaja, tj. restrukturiranja duga subnacionalnih razina vlasti.

Ukazali smo na dva osnovna modela stečaja nad imovinom lokalne jedinice: sudski i upravni pristup. Naravno različiti hibridni modeli postoje (Brazil, Južna Afrika, Japan). Mađarski je zakonodavac, u želji da izbjegne politički pritisak na postupke stečaja lokalnih jedinica, odabrao sudski put. Ovdje govorimo o modelu u kojem sud ima ključnu ulogu na način da odlučuje o

postupku reorganizacije, počevši od donošenja rješenja o otvaranju postupka do namirivanja različitih klasa vjerovnika. Njegova je najveća prednost u mogućnosti neutralizacije političkog utjecaja na sam postupak. Problem se potencijalno može pojaviti u ograničenoj ulozi suda da utječe na fiskalnu prilagodbu lokalnih jedinica, budući da je ista u nadležnosti izvršne i zakonodavne vlasti. S druge strane, upravni pristup je mnogo fleksibilniji jer dopušta veći upliv izvršne vlasti koja nerijetko preuzima fiskalnu, a i političku odgovornost za vršenje javnih usluga. Američki model je prvenstveno upravne prirode. Ipak neovisno govorimo li o sudskom ili upravnom modelu, postoje više zajedničkih elementa: definiranje stečajnih razloga temeljem kojih postoji obveza pokretanja postupaka, stvaranje kolektivnog mehanizma kojim bi se stečajnim vjerovnicima pružila mogućnost da prepoznaju najbolju strategiju za povrat iznosa koji im se duguju (ovim kolektivnim mehanizmom zamjenjuju se pojedinačna prava na ovrhu koja su vjerovnici imali prije pokretanja postupka), fiskalna prilagodba dužnika na način da se potrošnja uskladi s prihodima i zaduživanja u skladu s održivim mogućnostima otplate duga. U konačnici u svakom modelu postoje univerzalna pravila, koja iako predstavljaju pravni standard, pružaju mogućnost da se od njih odstupa ili da se bira između „manje dobrih“ ili „boljih puteva“.

S obzirom na zatečeno stanje u RH, u radu je predložena implementacija mađarskog sudskog modela zakona o stečaju nad imovinom lokalnih jedinica. Međutim, svjesni smo, u pogledu ovog *de lege ferenda* rješenja, da kada i ako se u najvećoj mjeri uspostavi pravna regulativa i institucionalni okvir to opet ne znači da će primjena tih propisa biti učinkovita i u krajnjoj liniji imati pozitivne posljedice.<sup>155</sup> S jedne strane ukazujemo na opravdanu

---

<sup>155</sup> Prijašnja iskustva u radikalnom reformiranju stečajnih propisa govore kako postoji ustavna, ali i konvencijska mogućnost i potreba implementiranja prvenstveno sudskog modela. Osvrnimo se ukratko na model predstečajnih nagodbi. Naime jedno od tijela u postupku predstečajne nagodbe je i nagodbeno vijeće koje je vodilo upravni postupak sklapanja predstečajne nagodbe. (čl. 32. ZFPPN). Dakle, provedbom predstečajne nagodbe sudovi (trgovački i upravni) su isključeni iz postupka, čime su, prije svih oštećeni vjerovnici u legitimnim očekivanjima da će im nezavisni i nepristrani sud pružiti zaštitu legitimnih očekivanja. Na taj način, uskraćujući trgovačkim sudovima mogućnost da interpretiraju zakone, što je sama bit sudačke funkcije u demokratskom društvu, krši se i pravo na pravično suđenje, odnosno pravo na pristup sudu. Štoviše, vladavina prava u građanskim stvarima teško se može zamisliti bez postojanja mogućnosti pristupa sudovima. Kako određuje čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10.) „...radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi .. svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj“. (Vodeći predmet u praksi ECHR-a kojim su propisane granice zakonodavca u pogledu tumačenja propisa je

orijentacija zakonodavaca na već postojećem modelu stečaja nad lokalnim jedinicama, iz razloga što takva situacija omogućava korištenje inozemne sudske prakse i stručne literature kao pomoćnog sredstva u rješavanju problema koji će se javiti u primjeni „novog“ zakona.<sup>156</sup> S druge strane, iako sve zemlje za opći i identični cilj imaju modernizaciju svoga prava, ukazujemo kako one imaju svoju tradiciju, probleme i uvjete pa stoga stoje pred individualnim izazovima. Stoga je cilj rada ukazati na to da, iako stečaj može biti možda i ekonomski najkvalitetniji odgovor, čimbenici koji utječu na formiranje odgovarajućeg modela su mnogobrojni. U konačnici, rezultat su mnogobrojna stajališta i nerijetko otežana mogućnost izrade i formuliranja jedinstvenog rješenja problema insolventnosti lokalnih jedinica.

## LITERATURA

1. Adler, B.E. (2002). Symposium: The Law of Last Resort, *Vanderbilt Law Review*, 55:1, 1661.
2. Amdursky, R.S. (1990). The 1988 Municipal Bankruptcy Amendments: History, Purposes and Effects, *The Urban Lawyer*, 22:4, 2.
3. Andrić, N. (2015). Udruga općina Republike Hrvatske o regionalnom ustroju i decentralizaciji. U: A. Bajo, (ur.) *Fiskalni položaj županija*. Zagreb: Institut za javne financije.
4. Arbutina, H. (2001). Neka pitanja financiranja jedinica lokalne samouprave: međunarodno-komparativni aspekt. U: Mijatović, N. (ur.) *Zbornik radova u povodu 70. godišnjice života prof. dr. sc. Božidara Jelčića*. Zagreb: Pravni fakultet
5. Arbutina, H. (2008). Sredstva financiranja javnih potreba jedinica decentraliziranih razina vlasti. U: Jelčić, B. et al. *Financijsko pravo i financijska znanost*. Zagreb: Narodne novine.
6. Bache, I. (2005). *Europeanization and Britain: Towards Multi-level Governance?* Paper for the EUSA9th Biennial Conference, Austin.
7. Bajo, A. & Bronić, M. (2004). Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj: problemi fiskalnog izravnjanja. *Financijska teorija i praksa*, 28: 4, 445-467.
8. Bajo, A. & Bronić, M. (2007). Procjene učinkovitosti modela fiskalnog izravnjanja u Hrvatskoj. *Financijska teorija i praksa*, 31: 1, 1-24.
9. Bajo, A. & Jurlina Alibegović, D. (2008). *Javne financije lokalnih jedinica vlasti*. Zagreb: Školska knjiga.
10. Bajo, A. & Primorac, M. (2010). Local government borrowing practice in Croatia. *Financial Theory and Practice*, 34:4, 379-406.
11. Bajo, A. & Primorac, M. (2014a). Dug i fiskalni rizici jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Institut za javne financije, Newsletter, br. 73. Dostupno na: <http://www.ijf.hr/upload/files/file/newsletter/93.pdf> [09.09.2015].

---

Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke, presuda, 9. prosinca 1994., Serija A, br. 301-B.)

<sup>156</sup> *Schroeder* 2011, IX-XV.

12. Bajo, A. & Primorac, M. (2014b). Nova raspodjela poreznih prihoda između središnje države i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Institut za javne financije, Aktualni osvrti, Br. 72. Dostupno na: <http://www.ijf.hr/upload/files/file/osvrti/72.pdf> [09.09.2015].
13. Bajo, A. (1998). Fiskalno izravnjanje. *Financijska praksa*, 22: 4-5, 649-652.
14. Bajo, A. (1999). Zašto i kako mjeriti fiskalni kapacitet lokalnih jedinica. *Financijska praksa*, 23:3, 277-308.
15. Baltić, M. (2003). Načela evropskog stečajnog prava sa posebnim osvrtom na evropsku regulativu o stečajnim postupcima, *Revija za evropsko pravo*, 5:1-3, 43-63.
16. Barbić, J. (Ur.) (2014). *Hrvatsko insolventijsko pravo*, HAZU – Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, Zagreb, 1-227.
17. Barry, B.W. (1997). *Strategic Planning Workbook for Nonprofit Organizations*. St. Paul, MN: Amherst H. Wilder Foundation.
18. Bilas, B. (2009). Bankrot Slavenskog Broda zbog zemljišta koje mu je poklonila država. Dostupno na: <http://arhiva.nacional.hr/clanak/68964/bankrot-slavenskog-broda-zbog-zemljista-koje-mu-je-poklonila-drzava> [09.09.2015].
19. Bird, R. (1995). *Financing Local Services: Patterns, Problems and Possibilities*. Toronto: University of Toronto Press.
20. Bodul, D. (2012). Zakonska regulacija stečaja nad jedinicama lokalne samouprave - komparativna rješenja i hrvatska perspektiva, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 33:1, 413-443.
21. Bodul, D. & Vuković, A. (2012). Stečajno zakonodavstvo u tranziciji: komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 49:3, 633-661.
22. Bodul, D., et al. (2013). Pravnopovijesni i poredbenopravni prikaz razvoja stečajnog postupka, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 34:2, 911-941.
23. Bodul, D., et al. (2014). Novosti i problemi u provedbi stečajnog zakonodavstva u Republici Hrvatskoj, *Ekonomski pregled*, 65:4, 318-351.
24. Bryson, John M. (1995). *Strategic Planning for Public and Nonprofit Organizations*. San Francisco: Jossey-Bass.
25. Canuto, O. & Liu, L. (2010). Subnational Debt Finance and the Global Financial Crisis. *Economic Premise*, br. 13. Dostupno na: <http://siteresources.worldbank.org/INTPREMNET/Resources/EP13.pdf> [09.09.2015].
26. Čuveljak, J. (2013). Stečajni zakon s komentarom i sudskom praksom i Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi s komentarom, III. Izdanje, Zgombić & Partneri, Zagreb, 1-1186.
27. Dika, M. (1975). Pravne značajke posljednje novele Zakona o prisilnoj nagodbi i stečaju, *Naša zakonitost*, 29:10, 57- 62.
28. Dika, M. (1998). *Insolventijsko pravo*, Zagreb, 1-106.
29. Dika, M., (ur.). *Sanacija i stečaj organizacija udruženog rada*, Zbornik radova, Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb, 1988.
30. Dobrić, D. (2014). *Europeizacija lokalne samouprave*. Doktorski rad. Zagreb: Pravni fakultet.
31. Dossett, P. (2013). What can UK local authorities learn from Detroit's descent into bankruptcy? Dostupno na: <http://www.theguardian.com/local-government-network/2013/jul/26/detroit-bankrupt-uk-councils-debt> [09.09.2015].
32. Đokić, I. & dr. (2009). *Participacija u tranziciji: problem i mogućnosti participativnih pristupa upravljanju strateškim razvojem u Hrvatskoj – 3 analize slučaja*.

34. Đokić, I. & dr. (2010). *Strateški programi lokalnog razvoja – hrvatska iskustva*. Zagreb: Ekonomski institute Zagreb. U: Ž. Kordej-De Villa & dr. (ur.) *Participativno upravljanje za održivi razvoj*. Zagreb: Ekonomski institute Zagreb.
35. Đulabić, V. & Škarica, M. (2012). *Regional Policy and the Various Statues of Local Units in Croatia*. *Hrvatska i komparativna javna uprava – Croatian and Comparative Public Administration*, 12:2, 433-462.
36. Đulabić, V. (2004). *Neki razvojni procesi uređenja lokalne samouprave u Republici Hrvatskoj*. *Hrvatska javna uprava*, 5:1, 111-136.
37. Đulabić, V. (2008). *Moderna regionalna politika u Hrvatskoj: stanje i šanse*. U: E. Pusić (ur.) *Hrvatska država i uprava – stanje i perspektive*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.
38. Eklund, N. & Wimelius, M.E. (2008). *Globalization, Europeanization, and Administrative Reform*. U: J. Killian & N. Eklund (ur.) *Handbook of Administrative Reform. An International Perspective*. Boca Raton: CRC Press.
39. Eraković, A. (1997). *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, RRIF, Zagreb, 1-250.
40. Falke, M. (2003). *Insolvency Law Reform in Transition Economies*, Humboldt University, Berlin, 78. et seq.
41. Fürst, V. & Prange, H. & Wolf, D. (2002). *Globalization, Europeanization and All That: Sorting Out the Issues. The Examples of European States*, Paper at the ECSA-Canada Fifth Biennial Conference, Toronto.
42. Garašić, J. (2005). *Europska uredba o insolventijskim postupcima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 26:1, 257-305.
43. Gray, C. C. & Schlorke, S. & Szanyi, M. (1996). *Hungary's Bankruptcy Experience, 1992-93.*, *The World Bank Economic Review*, 10:3, 425–50.
44. Graziano, P. (2003). *Europeanization or Globalization?* *Global Social Policy*, 3:2, 173-194.
45. Haas, E.B. (1958). *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957*. 2<sup>nd</sup> Edition. London: Library of World Affairs.
46. Hooghe, L. & Marks, G. (2001). *Multi-Level Governance and European Integration*. Lanham, Boulder, New York, Oxford: Rowman & Littlefield Publishers.
47. Howell, K. (2002). *Developing Conceptualizations of Europeanization and European Integration: Mixing Methodologies*. ESRC Seminar Series. Dostupno na: <http://www.aei.pitt.edu/1720/1/Howell.pdf> [01.07.2015.]
48. Hrženjak, J. (2009). *Napomene o lokalnoj i regionalnoj samoupravi u Hrvatskoj*. *Hrvatska javna uprava*, 9: 4, 999-1010.
49. Ivanišević, S. (1999). *Glavni problemi i mogući pravci reforme lokalne samouprave u Hrvatskoj*. *Hrvatska javna uprava*, 1: 4, 587-598.
50. Ivanišević, S. (2010). *Teritorijalna organizacija lokalne samouprave u europskim zemljama i njihove teritorijalne reforme*. U: J. Barbić (ur.) *Nova hrvatska lokalna i regionalna samouprava*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.
51. Jelčić, B. & Bejaković, P. (2012). *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.
52. Jelčić, B. (2008). *Bankrot države*. U: Jelčić, B. et al. *Financijsko pravo i financijska znanost*. Zagreb: Narodne novine.
53. Jurlina Alibegović, D. (2013). *The Fiscal Decentralisation in Croatia*. U: A. Levitas, (ur.) *Discussions on Changed Context and Trends in Fiscal Decentralization in South-East Europe*. Skopje: NALAS.

54. Jurlina-Alibegović, D. (2002). *Financiranje lokalne samouprave*. U: K. Ott, A. Bajo & M. Pitarević (ur.) *Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj*. Zagreb: Institut za javne financije.
55. Jurlina-Alibegović, D. (2009). *Kako doći do optimalnog broja općina, gradova i županija u RH*. *Informator*, 57: 5750-5751, 22.
56. Jurlina-Alibegović, D. (2010). *Trinaest sretnih koraka do učinkovite lokalne i područne (regionalne) samouprave u Republici Hrvatskoj*. *Informator*, 58: 5833, 5-6.
57. Kopajtich Škrlec, N. (2008). *Lokalna samouprava u Republici Hrvatskoj – mogućnosti, perspektive i dvojbe daljnje decentralizacije*. U: E. Pusić (ur.) *Hrvatska država i uprava – stanje i perspektive*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.
58. Koprić, I. (1999). *Neke osnove za raspravu o reformi sustava lokalne samouprave u Hrvatskoj*. *Hrvatska javna uprava*, 1: 4, 599-608.
59. Koprić, I. (2006). *Djelokrug lokalne i područne (regionalne) samouprave*. U: I. Koprić (ur.) *Javna uprava. Nastavni materijali*. Zagreb: Društveno veleučilište u Zagrebu-Pravni fakultet u Zagrebu.
60. Koprić, I. (2006a). *Različite koncepcije o ulozi lokalnih jedinica*. U: I. Koprić (ur.) *Javna uprava. Nastavni materijali*. Zagreb: Društveno veleučilište u Zagrebu-Pravni fakultet u Zagrebu.
61. Koprić, I. (2006b). *Razvoj lokalne samouprave u Hrvatskoj – problemi i vrijednosne orijentacije*. U: I. Koprić (ur.) *Javna uprava. Nastavni materijali*. Zagreb: Društveno veleučilište u Zagrebu-Pravni fakultet u Zagrebu.
62. Koprić, I. (2008). *Reforma hrvatske javne uprave: problemi, rješenja i zablude*. U: E. Pusić (ur.) *Hrvatska država i uprava – stanje i perspektive*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.
63. Koprić, I. (2008a). *Upravljanje procesom decentralizacije kao nov pristup razvoju sustava lokalne samouprave*. *Hrvatska javna uprava*, 8:1, 95-133.
64. Koprić, I. (2010). *Karakteristike sustava lokalne samouprave u Hrvatskoj*. *Hrvatska javna uprava*, 10:2, 371-386.
65. Koprić, I. (2010a). *Prijedlozi za reformu lokalne i regionalne samouprave u Hrvatskoj*. U: O. Cvitan (ur.) *Teritorijalni ustroj i regionalizacija Republike Hrvatske u kontekstu europskih integracija*. Split: Pravni fakultet Split.
66. Koprić, I. (2010b). *Stanje lokalne samouprave u Hrvatskoj*. *Hrvatska javna uprava*, 10:3, 665-681.
67. Koprić, I. (2010c). *Teritorijalna organizacija Hrvatske: stanje, kriteriji za prosudbu racionalnosti i prijedlog novog sustava*. U: J. Barbić (ur.) *Nova hrvatska lokalna i regionalna samouprava*. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.
68. Koprić, I. (2012). *Lokalna samouprava u Hrvatskoj: pokvarena igračka u rukama politike*. U: N. Zakošek (ur.) *1. Forum za javnu upravu*. Zagreb: Friedrich Ebert Stiftung, Institut za javnu upravu.
69. Koprić, I. (2013). *Dvadeset godina lokalne i područne (regionalne) samouprave u Hrvatskoj: razvoj, stanje i perspektive*. U: *Lokalna samouprava i lokalni izbori*. Zagreb: Institut za javnu upravu.
70. Koprić, I. (2013a). *Glavna obilježja postojećeg i prijedlog novog teritorijalnog ustrojstva Hrvatske – zašto nam treba teritorijalna reorganizacija*. U: I. Koprić (ur.) *Reforma lokalne i regionalne samouprave u Republici Hrvatskoj*. Zagreb: Institut za javnu upravu – Pravni fakultet Zagreb, Studijski centar za javnu upravu i javne financije.
71. Kordana, K. A. (1997). *Tax Increases in Municipal Bankruptcies*, *Virginia Law Review*, 83:1, 1035.

72. Kregar, J. (2011). Decentralizacija. U: J. Kregar & dr. Decentralizacija. Zagreb: Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo.
73. Ladi, S. (2006). Globalization and Europeanization: Analysing Change, IBEI Working Papers, 4.
74. Lider (2014). Pad prihoda lokalne samouprave bit će oko 1.8 milijardi kuna. Dostupno na: <http://liderpress.hr/biznis-i-politika/hrvatska/pad-prihoda-lokalne-samouprave-bit-ce-oko-18-milijardi-kuna/> [09.09.2015].
75. Lindberg, L. (1963). The Political Dynamics of European Economic Integration. Stanford-London: Stanford University Press and Oxford University Press.
76. Lukeš-Petrović, M. (2002). Decentralizacija funkcija javnog sektora s državne razine na jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i fiskalna decentralizacija. Hrvatska javna uprava, 4:1, 157-182.
77. Lukeš-Petrović, M. (2002a). Fiskalna decentralizacija javnog sektora u Republici Hrvatskoj – proces i učinci. U: K. Ott, A. Bajo & M. Pitarević (ur.) Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj. Zagreb: Institut za javne financije.
78. Maleković, S. & Puljiz, J. (2010). Izazovi novog pristupa upravljanju razvojem na lokalnoj i regionalnoj razini u Hrvatskoj. U: J. Barbić (ur.) Nova hrvatska lokalna i regionalna samouprava. Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti.
79. Markota, Lj. (2014). Porezni položaj prometa nekretnina i novosti od 1. siječnja 2015. RRiF, 9, 80-91.
80. Musa, A. (2011). Lokalna samouprava u kontekstu europskih integracija: trendovi i izazovi. U: J. Kregar & dr. Decentralizacija. Zagreb: Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo.
81. Musa, A. (2014). Agencijski model javne uprave. Zagreb: Pravni fakultet Zagreb-Studijski centar za javnu upravu i javne financije.
82. Novak, B. & Sajter, D. & Hadrović Zekić, B. (2006). Mora li stečaj biti i „smrt“ trgovačkog društva? Odgovori Europske unije i Hrvatske, XXVII. Wissenschaftliches Symposium Osijek - Pforzheim: Wie real ist ein Europa der zwei Geschwindigkeiten, Marijanović, G.; Wentzel, D. (ur.), Osijek, Ekonomski fakultet u Osijeku i Fachhochschule Pforzheim, 77. et seq.
83. Pavić, Ž. (2010). Veličina lokalnih jedinica – europske tendencije i hrvatske nedoumice. Hrvatska javna uprava, 10:1, 81-131.
84. Pfeiffer, J.W. & Goodstein, L.D. & Nolan, T.M. (1986). Applied strategic planning: A how to do it guide. San Diego: University Associates.
85. Podolnjak, R. (2010). O teritorijalnoj i upravnoj reformi hrvatske lokalne samouprave. Informator – prilog „Ustavni vidici“, 58:5851-5852, 2-8.
86. Puljiz, J. (2005). Gospodarski razvoj. U: Kako potaknuti razvoj na lokalnoj razini. Priručnik s primjerima najbolje prakse iz Jugoistočne Europe, Zagreb: Friedrich Ebert Stiftung.
87. Radusinović, D. (2013). Magazin Jutarnjeg u bankrotiranom gradu: Težak život u Zlataru, gradu kojem su ukrali budućnost. Dostupno na: <http://www.jutarnji.hr/tezak-zivot-u-zlataru--gradu-kojem-su-ukrali-buducnost/1108706/> [09.09.2015].
88. Raffer, K. (1989). International Debts: A Crisis for Whom?, in H.W. Singer and Soumitra Sharma, (eds.), Economic Development and World Debt, St. Martin's.
89. Rašić Bakarić, I. & Šimović, H. & Vizek, M. (2013). Ekonomska uspješnost gradova u Hrvatskoj - statistička analiza. EFZG Working Paper Series/EFZG Serija članaka u nastajanju. Dostupno na: <http://hrcak.srce.hr/136792> [09.09.2015].



90. Rogić Lugarić, T. & Maksimovska Veljanovski, A. (2011). Samooporezivanje kao izvor financiranja lokalnih jedinica - hrvatska i makedonska iskustva. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61:2, 391-416.
91. Rogić Lugarić, T. (2011). Financiranje jedinica lokalne i regionalne (područne) samouprave. U: J. Kregar & dr. Decentralizacija. Zagreb: Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo.
92. Rogić Lugarić, T. (2012). Financiranje velikih gradova. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Studijski centar za javnu upravu i javne financije.
93. Rogić Lugarić, T. (2013). Financijski aspekti položaja velikih gradova. U: I. Koprić (ur.) Reforma lokalne i regionalne samouprave u Republici Hrvatskoj. Zagreb: Institut za javnu upravu – Pravni fakultet Zagreb, Studijski centar za javnu upravu i javne financije.
94. Rosamond, B. (2000). Review Article: Globalization and Europeanization. Yearbook of European Studies, 14, 261-274.
95. Rothwell, W.J. (1986). The Strategic Planning Workshop. Pennsylvania: Human Resources Development Press.
96. RRIF (2015). Stručne informacije u 2015. godini. Dostupno na: <http://www.rrif.hr/obav-2015-3.html> [09.09.2015].
97. Scharpf, F.W. (2002). The European Social Model: Coping with Challenges of Diversity. Journal of Common Market Studies, 40:4, 645-670.
98. Schroeder, F.C. (2011). Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke (Strafprozeßordnung (StPO)), Pürner, S; Marković, D. (ur.), University Press-Magistrat, Sarajevo, IX-XV.
99. Smerdel, B. (1994). Ustav Sjedinjenih Američkih Država, Pan Liber, Osijek, 43.
100. Stubbs, P. (2009). Participacija, partnerstvo i/ili pomoć: unutarnji i vanjski dionici u održivom razvoju. U: Ž. Kordej-De Villa & dr. (ur.) Participativno upravljanje za održivi razvoj. Zagreb: Ekonomski institute Zagreb.
101. UN-HABITAT (2009). Guide to Municipal Finance, Nairobi: United Nations.
102. Urban, I. & Bezeredi, S. (2015). Promjene u Zakonu o porezu na dohodak: utjecaj na prosječnu poreznu stopu. Institut za javne financije, Aktualni osvrti, br. 71. Dostupno na: <http://www.ijf.hr/upload/files/file/osvrti/71.pdf> [09.09.2015].
103. Wallace, H. (2000). The Policy Process: A Moving Pendulum. U: H. Wallace & W. Wallace (ur.) Policy-Making in the European Union. 2<sup>nd</sup> Edition. Oxford: Oxford University Press.
104. Warren, E., Westbrook, J. L. (2009), The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics, Michigan Law Review, 107, 603, 606
105. Wiegand, W. (1996). „Americanization of Law: Reception or Convergence?“, u: Lawrence, F., Scheiber, H. (ur.), Legal Culture and Legal Profession, Boulder, Colorado, Westview Press, 140-141.
106. Zoroska-Kamilovska, T. (2013). Reforme sistema izvršenja u državama regiona - konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme, Zbornik radova - Harmonizacija građanskog prava u regionu, 447-477.
107. Žunić Kovačević, N. & Gadžo S. (2014). Komunalna naknada u RH i njezino pozicioniranje u odnosu na teoretske i normativne koncepte financijskog prava. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 35:1, 245-270.

## **DRUGI PRAVNI IZVORI I DOKUMENTI**

1. Council of Europe (1985). European Charter of Local Self-Government. CETS No. 122, 15.10.1985.
2. EUROATOM, ESCS, EEC (1992). Treaty of Maastricht on European Union. OJ C 191, 29.07.1992.
3. European Commission (2013). Member States and regions must lose no time in preparing the next generation of EU programmes for growth. IP/13/670, 10.07.2013.
4. European Parliament and Council Regulation (EC) 1303/2013 of 17 December 2013 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund, the European Agricultural Fund for Rural Development and the European Maritime and Fisheries Fund and laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund and the European Maritime and Fisheries Fund and repealing Council Regulation (EC) No 1083/2006. OJ L 347, 20.12.2013
5. Europska povelja o lokalnoj samoupravi, NN MU, br. 14/97.
6. Odluka o razvrstavanju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave prema stupnju razvijenosti, NN br. 89/10.
7. Pravilnik o postupku zaduživanja te davanja jamstava i suglasnosti jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, NN br. 55/09, 139/10.
8. Uredba o načinu izračuna iznosa pomoći izravnjanja za decentralizirane funkcije jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave za 2014. godinu, NN br. 7/2014.
9. Ustav Republike Hrvatske, NN 85/2010 – pročišćeni tekst.
10. Vlada Republike Hrvatske (2014) Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, s konačnim prijedlogom zakona. Dostupno na: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/2014/189%20sjednica%20Vlade//189%20-%206.pdf> [09.09.2015].
11. Zakon o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, NN br. 117/1993, 69/1997, 33/2000, 73/2000, 127/2000, 59/2001, 107/2001, 117/2001, 150/2002, 147/2003, 132/2006, 26/2007, 73/2008, 25/2012., 147/2014., 100/2015.
12. Zakon o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave (NN, br. 117/93 - 147/14
13. Zakon o Gradu Zagrebu, NN br. 62/2001, 125/2008, 36/2009.
14. Zakon o izvršavanju državnog proračuna za 2015. godinu, NN br. 148/14.
15. Zakon o komunalnom gospodarstvu, NN br. 36/95, 70/97, 128/99, 57/00, 129/00, 59/01, 26/03, 82/04, 110/04, 178/04, 38/09, 79/09, 153/09, 49/11, 84/11, 90/11, 144/12, 94/13, 153/13, 147/14, 36/15.
16. Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, NN, br. 87/08, 136/12, 15/15.
17. Zakon o obnovi i razvoju Grada Vukovara, NN br. 44/2001, 90/2005, 80/2008, 38/2009, 148/2013.
18. Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, NN br. 80/2013, 137/2013.
19. Zakon o osnovnom školstvu, NN br. 69/2003 – pročišćeni tekst, 76/2005.
20. Zakon o otocima, NN br. 34/1999, 149/1999, 32/2002, 33/2006.
21. Zakon o područjima posebne državne skrbi, NN br. 86/2008, 57/2011.
22. Zakon o regionalnom razvoju Republike Hrvatske, NN br. 147/14.
23. Zakon o socijalnoj skrbi, NN br. 157/2013.
24. Zakon o srednjem školstvu, NN br. 69/2003 – pročišćeni tekst, 81/2005.
25. Zakon o vatrogastvu, NN br. 139/2004 – pročišćeni tekst, 174/2004, 38/2009, 80/2010.
26. Zakon o zdravstvenoj zaštiti, NN br. 150/2008, 71/2010, 139/2010, 22/2011, 84/2011, 154/2011, 12/2012, 35/2012, 70/2012, 144/2012, 82/2013, 159/2013.
27. Zakon o zdravstvenom osiguranju, NN br. 94/2001.

28. An Act to Amend an Act Entitled "An Act to Establish A Uniform System of Bankruptcy Throughout the United States," approved July 1. 1898. i Acts Amendatory thereof and Supplementary thereto, Pub. L. No. 251, 73d Cong., 2d Sess., 48 Stat. 798 (1934)
29. Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005., S. 256, Pub. L. No. 109-8, 119 Stat. 23 (2005). dalje: BAPCA.
30. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10. – dalje: Konvencija.
31. Insolvenzordnung, Bundesgesetzblatt, 1994., I, str. 2866; posljednja izmjena Bundesgesetzblatt, 2011., I, str. 2854.
32. Municipal Bankruptcy Act in 1937, Pub. L. No. 302, 50 Stat. 653 (1937)
33. Stečajni zakon, NN, br. 71/15. – dalje u tekstu: SZ.
34. Stečajni zakonik SAD-a (Bankruptcy Code, Pub. L. 114-38).
35. Uredbe Vijeća (EC) broj 1346/2000, od 29. svibnja 2000. o stečajnim postupcima (OJ 2000 L 160) izmijenjene Uredbom 603/2005 od 12. travnja 2005. (OJ 2005 L 100).
36. Zakon o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 71/15. i 78/15. – dalje: ZFPPN).
37. Zakon o porezu na dohodak, NN br. 177/04, 73/08, 80/10, 114/11, 22/12, 144/12, 43/13, 120/13, 125/13, 148/13, 83/14, 143/14.
38. Uredba o indeksu razvijenosti, NN br. 63/10.
39. EUROATOM, ESCS, EEC (1986) Single European Act. OJ L 169, 29.06.1987.
40. Zakon o brdsko-planinskim područjima, NN br. 12/2002, 32/2002, 117/2003, 42/2005, 90/2005, 80/2008, 148/2013.
41. European Union (2007) Treaty of Lisbon. OJ C 306, 17.12.2007.
42. Ashton v. Cameron County Water Improvement Dist. No. 1, 298 U.S. 513, 532 (1936).
43. Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke, presuda, 9. prosinca 1994., Serija A, br. 301-B.
44. United States v. Bekins, 304 U.S. 27, 54 (1938).

### MUNICIPAL INSOLVENCY IN CROATIA: CURRENT STATE AND PROSPECTS IN THE LIGHT OF THE EUROPEANIZATION OF MULTILEVEL GOVERNANCE

*In the complex conditions of a market-oriented economy the Croatian public sector inevitably faces challenges that cannot be analysed only within traditional ambits of a single legal discipline. Accordingly, authors of this paper approach the local government issues by acknowledging the complementarity between insolvency law and tax law – traditionally recognized as distinct legal disciplines – as well as administrative science as a socio-empirical discipline. Their interrelationship is exposed by the depth of the crisis encompassing all of the three scientific areas. First, repeated warnings, issued from academic circles, on the necessity of an administrative-territorial reform in Croatia in the direction of consolidation of local government have been largely ignored by the political elites. Thus, the attention has turned to identifying other instruments apt for strengthening the economic and financial capacity of subnational units. Namely, there are rising possibilities of application for the EU funding, but also for strategic development planning backed up by the new institutional patterns (local development agencies, local action groups, business incubators etc.) and for functional adjustments following European trends (e.g. public-private partnerships, outsourcing, contracting-out). Second, most recent legislative interventions in Croatian tax system – in particular in the individual income tax area – necessarily call for a re-examination of the local government fiscal balances. While the realization of the overall objectives of these interventions (e.g. incentivizing household consumption and economic growth) is uncertain, it will certainly lead to substantial revenue loss for subnational units, thus increasing their insolvency risks. At the same time, anticipated assistance from the central government level may be withheld, due to the more stringent budgetary constraints in the post-EU accession period. Third, in the insolvency law area the Croatian legislator has not yet provided a clear answer on what the primary aim of insolvency proceedings is and whom it benefits. These questions are important having in mind the built-in conflicting interests of different stakeholders (e.g. shareholders, creditors, employees, general public). At the moment, Croatian legal framework does not recognize the possibility for conducting municipal insolvency proceedings nor any other ex post approaches to this issue. Accordingly, the authors analyse whether such approach could be justified in the future. The methodological approach was determined by the complexity of the paper objective. Accordingly, the authors rely on scientific literature, pertinent statutory provisions and judicial practice in Croatia and in other countries (Hungary and USA) that have opted for a different approach to the subnational insolvency issue.*

**Key words:** local government; local public finance; Croatian Income Tax Act; subnational bankruptcy; local government consolidation.



## EUROPEIZACIJA JAVNE UPRAVE I NAČELO OTVORENOSTI\*\*

*Otvorenost javne uprave, koja uključuje njenu vidljivost i dostupnost građanima, ali i mogućnost sudjelovanja građana u donošenju odluka, formuliranju politika i propisa, jedno je od temeljnih načela europskoga upravnog prostora. Europska unija prepoznaje otvorenost kao jedno od temeljnih načela funkcioniranja institucija na europskoj razini te potiče zemlje članice i kandidatkinje na usvajanje i ostvarivanje otvorenosti u upravnoj praksi, uglavnom putem mehanizama mekog prava. U Hrvatskoj su procesi europeizacije započeli početkom 2000-ih, a u sklopu brojnih prilagodbi javne uprave, došlo je do napretka u ostvarivanju transparentnosti i otvorenosti javne uprave, posebno u završnim fazama procesa pristupanja u članstvo Europske unije. Pitanje otvorenosti javne uprave prepoznato je kao važan preventivni mehanizam unutar antikorupcijske politike, zbog čega je postalo dijelom europske politike kondicionalnosti. Premda su mehanizmi za ostvarivanje otvorenosti brojni, jedan od najčešćih su javne konzultacije ili savjetovanje sa zainteresiranom javnošću. Provođenje javnih konzultacija predmet je regulacije na europskoj razini. Praksa Europskog suda, preporuke Europske komisije i naglašavanje suradnje i razmjene dobre prakse, bez nametanja konkretnih obvezujućih pravila, upućuje na područje tzv. horizontalne europeizacije i dominaciju mekog prava. U Hrvatskoj je provođenje savjetovanja sa zainteresiranom javnošću regulirano prvenstveno Zakonom o pravu na pristup informacijama (NN 85/15) te drugim zakonima i propisima. U normativnom pogledu, napredak je ostvaren 2009. donošenjem Kodeksa savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata. U pogledu implementacije, međutim, napretka nije bilo sve do izmjena Zakona o pravu na pristup informacijama 2013. i ustanovljavanja institucionalnog mehanizma za provođenje zakonskih odredbi. Uprkos tome, provedbu savjetovanja obilježavaju brojne manjkavosti, posebice na lokalnoj i regionalnoj razini, te u slučaju širokog spektra zakonom definiranih tijela javne vlasti.*

**Ključne riječi:** *javna uprava; otvorenost; europeizacija; Europska unija; Hrvatska; savjetovanje sa zainteresiranom javnošću; implementacija savjetovanja sa zainteresiranom javnošću.*

---

\* Petra Đurman, asistentica na Katedri za upravnu znanost Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu (Assistant at the Chair of Administrative Science, Faculty of Law, University of Zagreb): pdurman@pravo.hr.

\*\* Rad je napisan u sklopu projekta Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu „Novi hrvatski pravni sustav“ u akademskoj godini 2014/2015.

## 1. UVOD

Suvremeno javno upravljanje nalaže potrebu za transparentnim i otvorenim funkcioniranjem javne vlasti i uprave, uključujući vidljivost i dostupnost javnih podataka te procesa donošenja odluka. Za razliku od tradicionalne zatvorenosti uprave i usmjerenosti na ekspertizu profesionalnih službenika, noviji teorijski i doktrinarni koncepti naglašavaju važnost predstavničkih, participativnih i deliberativnih mehanizama. Temeljna je postavka da uključivanje građana jača legitimitet institucija, odnosno, pridonosi demokratičnosti javnog upravljanja s jedne strane, dok s druge strane pridonosi kvaliteti propisa i politika te tako povećava učinkovitost upravljanja. Transparentnost i otvorenost temeljna su načela dobrog upravljanja ili dobre vladavine (*good governance*) koja se promovira od strane međunarodnih organizacija, uključujući Europsku uniju (EU). Načelo otvorenosti podrazumijeva transparentnost, ali ujedno ide i dalje od njega uključujući povratnu informaciju od strane građana upravi. Ostvaruje se kroz različite načine sudjelovanja građana, a jedan od najčešće korištenih je savjetovanje (konzultiranje) sa zainteresiranom javnošću, koje u hrvatskom zakonodavstvu regulira Zakon o pravu na pristup informacijama (NN 85/15) te nekoliko drugih zakona i propisa. Otvorenost je jedno od temeljnih načela europskoga upravnog prostora te je sadržano u nekolicini europskih dokumenata, a pripada u područje mekog prava za koje su ključni mehanizmi učenja, suradnje i razmjene dobre prakse. Pristupanje Hrvatske EU imalo je važan utjecaj na prepoznavanje načela otvorenosti putem pravne regulacije, i to prvenstveno kao preventivnog antikorupcijskog mehanizma. Usprkos značajnom napretku ostvarenom u posljednjih nekoliko godina, napose u pogledu pravne regulacije savjetovanja sa zainteresiranom javnošću, provedba još uvijek ostavlja mnogo prostora za napredak.

U radu će se najprije objasniti teorijski pojam europeizacije te dati uvid u tijek europeizacijskih procesa u Hrvatskoj općenito i posebno s osvrtom na pitanje načela otvorenosti javne uprave. Nakon toga slijedi terminološko određenje i opis pojma otvorenosti javne uprave. Nakon analize pravnog okvira načela otvorenosti na razini EU i u hrvatskom zakonodavstvu, razmatra se pitanje njegova provođenja praksi, odnosno provođenja savjetovanja sa zainteresiranom javnošću od strane tijela javne vlasti u Hrvatskoj.

## 2. TEORIJSKI KONCEPT EUROPEIZACIJE

Pojam europeizacije jedan je od onih o kojima postoji izuzetno bogata znanstvena i stručna literatura te koji se vrlo često koriste u svakodnevnom političkom i društvenom diskursu. Upravo iz tog razloga, nemoguće je ponuditi jednoznačnu i obuhvatnu definiciju pojma. Riječ je o konceptu kojemu je moguće pristupiti iz različitih perspektiva te proučavati njegove različite aspekte. Europeizacija se kao istraživačko područje pojavilo u drugoj polovici 1990-ih, a obuhvaća tri ključna pitanja: proces oblikovanja europskih institucija i javnih politika te funkcioniranje političkih procesa na europskoj razini prenošenjem nacionalnih ovlasti na nadnacionalnu razinu (*bottom-up* pristup), izravni i neizravni utjecaj europskih institucija, politika i političkih procesa na nacionalne institucije, politike i političke procese, te ne-državne aktere (*top-down* pristup), te širenje EU izvan postojećih granica, kako u vidu političkog proširenja kroz pristupanje novih država članica, tako i u kulturalnim smislu kroz širenje određenih ideja i standarda na države ne-članice (horizontalni pristup).<sup>1</sup> Najzastupljeniji pristup je drugi te je, shodno tome, europeizaciju vrlo široko moguće odrediti kao „učinak Europe na domaću razinu“,<sup>2</sup> pri čemu su ključna pitanja (1) što se mijenja (dimenzije europeizacije), (2) kako se mijenja (mehanizmi europeizacije) i (3) zašto se mijenja.<sup>3</sup>

Prema Börzeli i Risseu,<sup>4</sup> tri su ključne dimenzije europeizacije: *policy* (utjecaj EU na javne politike), *politics* (utjecaj EU na političke procese) i *polity* (utjecaj EU na institucije političkoga i upravnog sustava). Kada je riječ o načinima odvijanja procesa europeizacije, moguće je izdvojiti tri temeljna modela. Model nepodudarnosti podrazumijeva postojanje značajne nekompatibilnosti između europske i nacionalne razine, što dovodi do potrebe za promjenom u državi članici ili kandidatkinji. Uz nekompatibilnost političko-upravnih procesa, politika i institucija, moguće je poći i od nekompatibilnosti normi, praksi i ideja između europske i nacionalne razine. Dok je u prvom slučaju promjena izglednija što je nekompatibilnost veća, u drugom slučaju u kojem se europeizacija

---

<sup>1</sup> Musa 2014, 210.

<sup>2</sup> Börzel i Risse 2007, cit. u: Musa 2014, 485.

<sup>3</sup> Musa 2014, 214.

<sup>4</sup> Börzel i Risse 2007, cit. u: Musa 2014.



razumijeva kao vrsta socijalizacije, vjerojatnost promjene je veća ukoliko je nepodudaranje manje. Drugi, model javne politike, polazi od prirode javne politike, pri čemu kod politika pozitivne integracije dolazi do vertikalne europeizacije, obzirom na postojanje prinude koja stvara izričit pritisak za promjenom, dok je kod politika negativne integracije europeizacija horizontalna i neizravna, zbog promjene strukture mogućnosti i pritiska regulatornog natjecanja. Treći je model institucionalne adaptacije koji podrazumijeva trajniju zamjenu postojećih praksi i struktura novima, pri čemu mogući mehanizmi uključuju prinudu (nametanje modela od strane EU), imitaciju i normativni pritisak (oponašanje modela radi izbjegavanja nesigurnosti ili zbog njegove uspješnosti u drugim zemljama), regulacijsko natjecanje (natjecanje država članica u razvijanju uspješnog modela) te uokvirivanje (*framing*), pri čemu same države članice promoviraju nove ideje i norme te djeluju kao agenti promjene.<sup>5</sup>

Promjene do kojih dolazi na nacionalnoj razini moguće je razlikovati s obzirom na pitanje smjera (konvergencija ili divergencija) i intenziteta (jačina promjene). Konvergencija se odnosi na usvajanje sličnih ili identičnih institucionalnih oblika i postupaka.<sup>6</sup> Konvergenciju je, stoga, pogrešno izjednačavati s europeizacijom, no konvergencija može biti njen ishod. Razlog izostanka konvergencije leži u specifičnostima nacionalnih institucija i aktera koji predstavljaju svojevrstni filter kroz koji prolaze europske politike. Postojeće institucije i prakse mogu predstavljati čvrstu branu u usvajanju novih, europskih modela. Proces konvergencije u središtu je pojma europskoga upravnog prostora koji se odnosi na približavanje upravnih načela i standarda u pogledu organiziranja i funkcioniranja javne uprave u zemljama članicama.<sup>7</sup> Bitno je napomenuti da se ne radi o jedinstvenosti upravnih rješenja i usvajanju točno utvrđenih postupaka u

---

<sup>5</sup> Opširnije u: *Musa* 2014, 215-237.

<sup>6</sup> *Pollitt* 2002, 471-475.

<sup>7</sup> Temeljni standardi europskoga upravnog prostora obuhvaćaju vladavinu prava, transparentnost i otvorenost, odgovornost, učinkovitost i djelotvornost, sudjelovanje, koherentnost, proporcionalnost i supsidijarnost. Upravna načela i standardi nastaju prvenstveno djelovanjem europskih institucija. U tom kontekstu moguće je govoriti o čimbenicima oblikovanja europskoga upravnog prostora, koji uključuju presude Europskog suda, djelovanje Europskog vijeća, osnivačke ugovore, zakonodavne aktivnosti Vijeća EU i Europskog parlamenta, djelovanje Europske komisije, kontakte upravnih službenika i dužnosnika, preuzimanje dobre prakse (upravna infekcija) te utjecaj međunarodnih procesa i doktrina (*Koprić* i dr. 2013, 140-143).

javnoj upravi. Obveza se odnosi na postizanje određenih rezultata u javnim upravama zemalja članica odnosno kandidatkinja, a podrazumijeva sposobnost primjene pravne stečevine EU (*acquis communautaire*).

Naposljetku, valja se osvrnuti na proces europeizacije u tranzicijskim zemljama. On je popraćen nizom posebnosti koje proizlaze iz specifičnosti socijalističkog nasljeđa. Proces pristupanja tih zemalja EU obilježen je asimetrijom moći i politikom *uvjetovanosti (kondicionalnosti)*,<sup>8</sup> razmjerno je dugotrajan s pojačanim mehanizmima nadzora i procjene napretka, te su zahtjevi i opseg javnih politika širi. Što se tiče učinaka europeizacije u državama kandidatkinjama za članstvo, oni su u odnosu na učinke u državama članicama opsežniji, ali ujedno i površniji, ograničeni na formalno ispunjavanje uvjeta (tzv. plitka europeizacija), a do konvergencije u većem djelu dolazi na razini diskursa i odlučivanja negoli na razini djelovanja.<sup>9</sup>

### 3. EUROPEIZACIJA JAVNE UPRAVE U HRVATSKOJ

Proces europeizacije u Hrvatskoj počeo je 2001. i traje nešto manje od petnaest godina.<sup>10</sup> Premda se odnosi između Hrvatske i EU počinju razvijati i ranije, od 2000-ih je pridruživanje EU postalo strateškim nacionalnim interesom i jednim od glavnih ciljeva vanjske politike. Potpisivanjem *Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju* u listopadu 2001. Hrvatska je stekla status potencijalnog kandidata za članstvo u europskom klubu. Podnošenje zahtjeva za punopravno članstvo Vijeću EU uslijedilo je u veljači 2003., nakon čega je Europska komisija donijela pozitivno mišljenje o zahtjevu mjesec dana kasnije. Status države kandidata Hrvatska je dobila u lipnju 2004., a pregovori su započeli u listopadu 2005. Nakon analitičkog pregleda usklađenosti zakonodavstva s europskom pravnom stečevinom (*screening*), vodili su se pregovori oko poglavlja europske pravne stečevine, njih 35. Pregovori o pristupanju završeni su u lipnju 2011., a Ugovor o pristupanju Hrvatske EU potpisan je iste godine u prosincu. Od 1. srpnja 2013. Hrvatska je 28. članica EU.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Politika *kondicionalnosti* odnosi se na primjenu određenih organizacijskih ili proceduralnih oblika kao uvjet za članstvo, a ne zbog njihovih superiornih značajki (Koprić i dr. 2013, 144). Radi se o korištenju uvjetnih pozitivnih poticaja (članstvo u EU) kao nagrada za države koje usvoje određena pravila specificirana od strane EU (Sedelmeier 2006, 9, cit. u: Musa 2014).

<sup>9</sup> Musa 2014, 243-256.

<sup>10</sup> O fazama u razvoju hrvatske javne uprave v. Koprić i dr. 2014, 362-368.

<sup>11</sup> Više u: Koprić i dr. 2013, 254-266.

U pogledu europeizacijskih procesa, Hrvatska u odnosu na tranzicijske zemlje koje su ranije postale članicama EU kasni oko desetljeće.<sup>12</sup> Usto je i sam proces pristupanja trajao duže no što ste predviđalo, a pregovori su bili prilično iscrpljujući. Posebno problematično bilo je poglavlje 23. o *Pravosuđu i temeljnim slobodama* u okviru kojega su bile potrebne brojne prilagodbe, a napredak je bio spor i nedostatan. Zbog toga je, i nakon zatvaranja pregovora, a sve do stupanja u članstvo, Europska komisija uvela nadzorni mehanizam (*monitoring*) u području pravosuđa i temeljnih prava (napredak u pravosudnoj reformi i učinkovitosti, pravičnom vođenju predmeta koji se odnose na ratne zločine i u suzbijanju korupcije). Tijekom čitavog razdoblja pridruživanja, u sustav javne uprave uvodile su određene (manje ili veće, brže ili postupnije) promjene, kako funkcionalne, tako i organizacijske. Velik broj tih promjena podrazumijevao je donošenje zakona radi usklađivanja s pravnom stečevinom EU, najčešće po hitnoj proceduri.<sup>13</sup>

Glavne prilagodbe hrvatske javne uprave unutar procesa europeizacije, *Koprić*<sup>14</sup> dijeli na one vezane za sustav državne uprave, lokalnu i regionalnu samoupravu, javne službe, upravno obrazovanje i sustav zaštite prava građana. Osnivanje agencija jedna je od najvećih strukturnih reformi državne uprave do koje je došlo pod utjecajem europeizacije. Do 2010. osnovano je više od 80 agencija; regulacijskih, izvršnih i ekspertnih.<sup>15</sup> Što se tiče lokalne i regionalne samouprave, nastoji se ojačati demokratski legitimitet, kapaciteti za fondove EU te razvojni kapaciteti. Nadalje, dolazi do zalaganja (napose od strane akademske zajednice i nekih udruga civilnog društva) razvoj sustava cjelovitog upravnog sveučilišnog obrazovanja te cjeloživotnog obrazovanja i usavršavanja službenika. Pojam javnih službi sve više se zamjenjuje konceptom službi od općeg interesa te dolazi do liberalizacije, komercijalizacije i privatizacije kao glavnih trendova u njihovom razvoju (liberalizacija telekomunikacija, poštanskih usluga,

---

<sup>12</sup> *Koprić* i dr. 2013, 271.

<sup>13</sup> U razdoblju od 2000. – 2003. od ukupno 622, doneseno je 65 europskih zakona, od 2003. - 2007. od ukupno 568, 160 europskih zakona, a od 2008. - 2011. doneseno je 298 europskih od ukupno 815 zakona. Pritom je, primjerice, u razdoblju 2003. - 2007. doneseno 434 zakona po hitnom postupku, što je 76% svih zakona (n.b. europskih zakona je bilo samo 160). Praksa učestalog donošenja zakona po hitnoj proceduri, ne samo u slučaju donošenja zakona koji se usklađuju s pravnom stečevinom EU, bila je (i još je uvijek) predmet kritike udruga civilnog društva, kao i Ustavnog suda (<http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=1566>, v. [http://gong.hr/media/uploads/dokumenti/Clanci/Zahtjevi\\_OCD-a\\_Saboru\\_i\\_Vladi.pdf](http://gong.hr/media/uploads/dokumenti/Clanci/Zahtjevi_OCD-a_Saboru_i_Vladi.pdf) i <http://www.propisi.hr/print.php?id=12121>.)

<sup>14</sup> *Koprić* 2014, 17.

<sup>15</sup> O agencijama opširnije u: *Musa* 2014.

opskrbe plinom, itd.). Vezano uz sustav javnih službenika, zakonskim novelama uvode se neki oblici upravljanja ljudskim potencijalima i jačanja etičkih načela.<sup>16</sup> Unapređenje zaštite prava građana u odnosu prema upravi obuhvaća upravnu simplifikaciju (Zakon o općem upravnom postupku iz 2009. omogućava osnivanje jedinstvenih upravnih mjesta), dvostupanjsko upravno sudovanje i efikasniji nadzor financijskog poslovanja javnopravnih tijela.<sup>17</sup> Do zapaženog razvoja dolazi na području e-uprave, barem u pogledu određenih usluga. Većina usluga, ipak, još uvijek nije dostupna građanima online, no u nekim područjima, Hrvatska se nalazi pri vrhu europskih zemalja prema korištenju digitalne tehnologije, primjerice u e-zdravstvu. Putem sustava *E-gradani* uvedena mogućnost dobivanja nekih usluga online.<sup>18</sup> U značajnome dijelu, međutim, učinci europeizacije više su formalne prirode no što se odnose na duboke i sadržajne reforme. Provođenje zakona u praksi i implementacija politika, uz tradicionalnu formalističku i autoritarnu upravnu kulturu, perzistirajuća su boljka hrvatske uprave i barijera za suštinske reformske procese. Ovisno o području i mehanizmu europeizacije, neke su promjene provedene (liberalizacija, informatizacija nekih usluga), neke su samo formalno uvedene (npr. depolitizacija), neke se provode/primjenjuju parcijalno i/ili bez učinaka (npr. javna savjetovanja), dok u nekim pitanjima nema ni deklarativnog pomaka (npr. decentralizacija i teritorijalni preustroj, profesionalizacija javnih službenika).

S obzirom da ulazi u područje horizontalne europeizacije, kod koje do promjena dolazi kroz mehanizme učenja i oponašanja, pitanje otvorenosti javne uprave i javne vlasti općenito nije podlijegalo „tvrdom pristupu“ promjena u domaćem zakonodavstvu (uz iznimku posebnih zakona koji se tiču posebnih javnih politika, npr. zaštita okoliša). Do određenih pomaka prema većoj otvorenosti ipak je došlo, kao posljedica preuzimanja dobrih praksi europskog *acquis communautaire*. Zakon o pravu na pristup informacijama (ZPPI) donesen je 2003.,<sup>19</sup> međutim, nedostajao je kako institucionalni mehanizam, tako i politička volja za njegovu provedbu. Od 2009. na snazi je *Kodeks savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u*

---

<sup>16</sup> Godine 2009. osnovano je Etičko povjerenstvo, radi nadzora nad primjenom Etičkog kodeksa državnih službenika. U pogledu veće profesionalizacije i depolitizacije, međutim, nije došlo do napretka.

<sup>17</sup> *Koprić* 2014, 17-27; *Koprić* i dr. 2013, 273-278.

<sup>18</sup> Npr. zahtjev za elektroničkim izvodima iz matične knjige rođenih, vjenčanih, o prebivalištu, boravištu, uvid u ocjene djeteta u školi, promjena liječnika, sudjelovati u online javnim savjetovanjima itd.

<sup>19</sup> Sadržavao je odredbe o pravu na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti na zahtjev (tj. pasivan pristup), te o objavi nacрта zakona i propisa i mogućnosti očitovanja zainteresiranih korisnika.

*postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata* koji je, premda zakonski neobvezujući, predstavljao važnu normativnu novinu. Kodeks je bio dio Akcijskog plana uz *Strategiju suzbijanja korupcije* iz 2008., koji je bio nadgledan od strane Europske komisije. Borba protiv korupcije bila je jedno od ključnih mjerila (unutar poglavlja 23.), a transparentnost i otvorenost bili su važni (preventivni) mehanizmi u sklopu antikorupcijske politike.<sup>20</sup> Tako je ostvarenje načela otvorenosti javne vlasti postalo dio europske politike *kondicionalnosti* te je EU imala značajan utjecaj na razvoj politike transparentnosti i sudjelovanja javnosti u donošenju propisa. To je posebno vidljivo u posljednjim fazama pregovaračkog procesa, kada je borba protiv korupcije, i dalje od strane Komisije identificirana kao problematično područje, dobila na velikoj političkoj važnosti, te su vezana pitanja poput pristupa informacijama, sudjelovanja javnosti, sukoba interesa i sl. postala bitnim uvjetima za dovršetak pregovora.<sup>21</sup> S promjenama ZPPI 2013., uspostavljen je adekvatniji institucionalni okvir, kao i preciznije odredbe vezane za pristup informacijama i provođenje savjetovanja s javnošću, a prethodno je ustavnim promjenama 2010. pravo na pristup informacijama postalo je ustavno pravo, pripadajući u kategoriju osobnih i političkih sloboda i prava (čl. 38, Ustav RH, NN 05/14). Promjene su, osim izvješćima Europske komisije, bile vođene i preporukama Sigme, koja je izradila izvješća o različitim pitanjima javne uprave (javna nabava, nadzor, etika i integritet, oblikovanje javnih politika i *policy* kapaciteta, demokracija i vladavina prava, i dr.).<sup>22</sup>

## 4. JAVNA UPRAVA I NAČELO OTVORENOSTI

### 4.1. Prema novoj paradigmi?

Nova paradigma javne uprave nalaže visoku razinu transparentnosti i otvorenosti u odnosu prema javnosti, što predstavlja bitno drugačiji odnos uprave prema građanima od tradicionalnog pristupa obilježenog tajnošću i udaljenošću upravnih organizacija i procesa od građana. Tradicionalna,

---

<sup>20</sup> Više o antikorupcijskoj politici u Hrvatskoj u: *Musa i Đurman 2013; Petak i Musa 2012.*

<sup>21</sup> I nakon završetka pregovora, ta su područja bila predmet nadzornog mehanizma.

<sup>22</sup> *Koprić 2014, 15-16.* U općoj procjeni hrvatske uprave iz 2011., primjerice, Sigma ustvrđuje kako provedba novog Zakona o općem upravnom postupku nije zadovoljavajuća, sustav javne uprave je kompleksan i fragmentiran, prevelik je stupanj formalizma u postupanju, a odlučivanje je previše centralizirano i politizirano, do decentralizacije nije došlo, te je nedovoljan kapacitet službenika i menadžerske sposobnosti. Naglašava se kako izostaju preventivne mjere u okviru antikorupcijske politike i da razina transparentnosti nije zadovoljavajuća. Ocjena stanja i preporuke daju se u sklopu šest poglavlja: demokracija i vladavina prava, državna služba i upravno pravo, integritet, kontrola javnih izdataka, javna nabava, oblikovanje javnih politika i koordinacija (*Sigma 2011*).

*weberijanska* uprava uvelike je obilježena tajnošću, koja se smatra instrumentom za osiguravanje njene snažne i superiorne pozicije. Superiornost birokracije, prema Weberovom razmišljanju, temelji se na ekspertnom znanju profesionalnih službenika. Pretpostavka je da je stručnost službenika jedini uvjet za racionalnost u postupanju i dovoljna podloga za osiguravanje legitimiteta. Izravne veze s građanima unutar takvog modela nisu potrebne, a niti poželjne, budući da građani nemaju potrebna znanja i stručnost, nisu upoznati s pojedinostima upravnih procedura, te su za pojedina pitanja i politike previše emocionalno vezani, odnosno lišeni su potrebne racionalnosti koju posjeduju profesionalci. Osim toga, budući da djeluju izvan samih upravnih organizacija, predstavljaju nepredvidivi čimbenik koji je teško kontrolirati.<sup>23</sup> Otvaranje uprave građanima stoga bi rezultiralo umanjenom racionalnošću. Tako *Moynihana*<sup>24</sup> tvrdi kako su glavne vrijednosti tradicionalnog (*weberijanskog*) upravnog modela – stručne kvalifikacije i ekspertiza – u konfliktu s demokratskim vrijednostima koje podupiru ideju participacije građana. Tradicionalna paradigma javne uprave pretpostavlja da se javni interes najbolje ostvaruje kroz mehanizme predstavničke demokracije. Shodno tome, i odgovornost uprave se ostvaruje posredno, putem predstavničkog tijela odnosno kroz mehanizme predstavničke demokracije.<sup>25</sup> Ti se tradicionalni mehanizmi u novije vrijeme nadopunjuju uvođenjem izravnih veza između uprave i građana, koje su vidljivije i, stoga, osiguravaju veću razinu odgovornosti i legitimnosti uprave. Dva su temeljna načela na kojima počiva modificiranje odnosa između uprave i građana – transparentnost i otvorenost.

## 4.2. Transparentnost

Premda se danas pojmovi transparentnost i otvorenost vrlo često koriste u javnom diskursu, nerijetko i kao istoznačnice, potrebno je objasniti bitnu razliku. Transparentnost se odnosi na dostupnost i slobodan pristup građana informacijama koje posjeduju upravne organizacije, odnosno, sva tijela javne vlasti. Ono podrazumijeva otvaranje internih organizacijskih procesa i odluka trećoj strani.<sup>26</sup> Radi se, dakle, o jednosmjernom procesu pružanja informacija upravnih organizacija građanima, bilo na zahtjev samih građana (pasivno) ili samoinicijativno od strane upravnih organizacija (aktivno). Transparentnost predstavlja, s jedne strane, intrinzičnu vrijednost odnosno predstavlja svrhu samoj sebi. Povezana je sa spektrom moralnih i političkih

---

<sup>23</sup> *Kweit i Kweit* 1984, 235.

<sup>24</sup> *Moynihana* 2003, 167.

<sup>25</sup> *Liem* 2007, 13.

<sup>26</sup> *Florini* 1998, cit. u: *Pasquier i Villeneuve* 2007, 148.

asocijacija, uključujući poštenje i iskrenost.<sup>27</sup> Tajnost uprave ima negativne konotacije, čak i onda kada funkcionira učinkovito, budući da je tajnost uvijek sumnjiva. Transparentne organizacije građanima šalju poruku da nemaju ništa za skrivati i da su spremne izložiti se izravnom nadzoru javnosti. Zbog toga, građani cijene transparentnost te ona jača odgovornost i nadzor nad upravnim službenicima i dužnosnicima, povećava povjerenje građana u javnu upravu, što u konačnici jača legitimitet uprave i ostalih institucija političkog sustava. Dostupnost podataka i vidljivost funkcioniranja upravnih organizacija građanima ujedno smanjuje mogućnosti za korupciju i druge oblike neetičkog postupanja. Transparentnost je zato važan instrument za ostvarivanje drugih ciljeva, odnosno, ima i instrumentalnu uz intrinzičnu vrijednost.<sup>28</sup>

Usprkos brojnim prednostima, uz transparentnost se veže i nekoliko problematičnih aspekata i otvorenih pitanja. Ponajprije, postoje načela koja se mogu naći u suprotnosti s načelom transparentnosti, poput načela zaštite privatnih podataka, nacionalne sigurnosti, zaštite gospodarskih interesa i sl., pri čemu se postavlja pitanje koje načelo tj. koji interes će prevladati. Nadalje, građani mogu postati preopterećeni velikom količinom različitih informacija, što je danas omogućeno internetskom povezanošću. U takvim uvjetima građanima može biti teško razlikovati relevantne od nevažnih informacija, što može dovesti do rezultata suprotnih namjeravanima, poput nezainteresiranosti i pasivnosti. Sljedeći problem vezan je uz potencijalni otpor službenika i dužnosnika prema novim praksama i konkretnim mehanizmima koji počivaju na načelu transparentnosti. Konačno, problem tzv. digitalne podjele podrazumijeva da građani koji nemaju pristup internetu ili nisu informatički obrazovani neće imati jednake koristi od transparentnosti, budući da se danas većina podataka objavljuje na web stranicama i portalima upravnih organizacija.<sup>29</sup>

### **4.3. Otvorenost – sadržaj i odrednice**

Za razliku od transparentnosti, načelo otvorenosti podrazumijeva dvosmjernan proces koji uključuje ne samo pružanje informacija građanima od strane upravnih organizacija (od uprave prema građanima), već i povratnu informaciju o mišljenju i stavovima građana (*feedback*), od građana prema upravi). Otvorenost je stoga viša kategorija, širi pojam od transparentnosti, nužno podrazumijeva transparentnost, ali ide dalje od nje.<sup>30</sup> Transparentnost zapravo predstavlja preduvjet za otvorenost, s obzirom da

---

<sup>27</sup> Best 2005, cit. u: Kim i dr. 2005, 649.

<sup>28</sup> Héritier 2003, 814-833; Musa 2013, 17-18.

<sup>29</sup> Musa 2013, 19-20.

<sup>30</sup> V. Musa i dr. 2011, 176-180; Musa i dr. 2014, 415-420.

bez točne i pravovremene informiranosti građani ne mogu dati povratne informacije upravnim organizacijama. Dok se transparentnost odnosi na pravo građana da znaju, otvorenost se odnosi na pravo građana da iznesu svoje stavove, preferencije i prijedloge, odnosno, pravo da sudjeluju u donošenju odluka i akata upravnih organizacija. Glavni argument za otvorenost upravnih organizacija proizlazi iz pretpostavke da uključenost građana proširuje odlučivačku osnovu kroz okupljanje različitih informacija i mišljenja što u konačnici može rezultirati boljom regulacijom, tj. odlukama i propisima koji u većoj mjeri zadovoljavaju potrebe i preferencije građana. Sudjelovanje onih aktera na koje se određeni propisi i politike odnose trebalo bi rezultirati njihovim većim zadovoljstvom s tim propisima/politikama. Potrebno je navesti kako ne mogu svi prijedlozi i sve vrste inputa uvijek biti prihvaćene od strane uprave. Kako naglašava Bugarič<sup>31</sup> otvorenost podrazumijeva proceduralno pravo te je obveza uprave reducirana na omogućavanje građanima iznošenja stavova i njihovo razmatranje, ali ne i njihovo usvajanje. Točno je da je otvorenost odnosno sudjelovanje građana proceduralno pravo tj. da sadrži procesnu dimenziju te je u tom aspektu važno postojanje same mogućnosti da građani izraze svoje stavove, bez obzira na ishode do kojih će taj proces dovesti. Sama činjenica sudjelovanja građana već može imati pozitivne funkcije poput davanja legitimiteta odlukama, jačanja socijalnog kapitala, edukacije građana i usmjeravanje na konsenzusno razmišljanje. No, važna je i izlazna dimenzija, odnosno, uključivanje građana trebalo bi služiti nekim konkretnim ciljevima. U tom kontekstu, sudjelovanje ima bitne funkcije koje su vezane za ishode procesa, poput bolje kvalitete propisa i javnih usluga. Premda se smatra kako već samo sudjelovanje građana (procesna dimenzija) dovodi do pozitivnih efekata u pogledu većeg povjerenja građana u upravu i više razine legitimnosti uprave,<sup>32</sup> mogući su i suprotni efekti ukoliko građani uvide da njihovo sudjelovanje nema nikakvog utjecaja na odluke koje se donose, odnosno da uključivanje građana služi kao „dimna zavjesa“, samo za ispunjavanje formalnih zakonskih uvjeta u pogledu donošenja akata, bez stvarne namjere za uvažavanjem mišljenja građana. Uvažavanje inputa građana od strane uprave rezultira, iz perspektive samih građana, njihovim osnaživanjem (*empowerment*), dok sa stajališta upravnih organizacija dovodi do njihove responsivnosti prema potrebama i preferencijama građana.

Kada govorimo o sudjelovanju građana, valja navesti kako građani mogu sudjelovati na različitim razinama vlasti (nacionalna, regionalna, lokalna).

---

<sup>31</sup> Bugarič 2004, 502.

<sup>32</sup> Glass 1979; Wang 2001; Roberts 2004.



Nadalje, mogu sudjelovati na različitoj razini u smislu stupnja angažiranosti, odnosno, s obzirom na mogućnost utjecaja na ishode procesa. Tako, na najosnovnijoj razini, možemo razlikovati informiranje / komuniciranje, konzultiranje i participiranje građana.<sup>33</sup> Informiranje se odnosi na jednosmjernan proces pružanja informacija i podataka koje posjeduju upravne organizacije građanima, odnosno radi se o ostvarivanju načela transparentnosti. Međutim, premda jednosmjernan proces koji ide od smjera uprave prema građanima, možemo ga smatrati i oblikom ostvarivanja otvorenosti uprave, s obzirom da, s jedne strane, predstavlja pretpostavku za više oblike sudjelovanja, a s druge strane, i samo informiranje građana od strane uprave možemo, u širem smislu, smatrati oblikom sudjelovanja (npr. podnošenje upravnim organizacijama zahtjeva za dostavom informacija od strane građana). Sljedeću razinu predstavlja konzultiranje građana, tj. dvosmjernan odnos između uprave i građana pri čemu uprava traži povratnu informaciju od građana, ali o onim pitanjima i pod uvjetima koje sama odredi. Participacija građana se razlikuje od konzultacije upravo u tome što građani imaju pravo postavljanja pitanja na dnevni red te se nalaze u partnerskom (ravnopravnijem) odnosu s upravom.<sup>34</sup> Ovu vrstu sudjelovanja građana u javnoj upravi potrebno je razlikovati od oblika političke participacije vezanih uz procese izbora političkih predstavnika, kampanje i glasovanje, kao i od sudjelovanja u sferi civilnog društva.<sup>35</sup> Svaki od navedenih oblika sudjelovanja može se ostvarivati putem različitih mehanizama ili instrumenata. Informiranje (transparentnost) ostvaruje se kroz proaktivno objavljivanje informacija o organizaciji, radu i financiranju uprave putem web stranica i medija, objavljivanje različitih dokumenata putem internetskih stranica, javnih kampanji, konferencija za medije i medijskih izvještaja i sl. Mehanizmi konzultiranja uključuju, primjerice, ispitivanja javnog mnijenja i ankete, javna saslušanja, javne rasprave, fokus grupe, a instrumenti participacije konsenzusne konferencije, porote građana, forume građana, i sl.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> OECD 2001; Rowe i Frewer 2004.

<sup>34</sup> Na teorijskoj razini ovim se pitanjem bavio veći broj autora. Primjerice, *Svara i Denhardt* (2010) razlikuju informiranje /konzultiranje/ koprodukciju/ suradnju/ osnaživanje, *Moynihan* (2003) pseudo /djelomičnu/ potpunu participaciju, dok *Arnstein* (1969) razlikuje osam stupnjeva unutar „ljestava participacije“ koji rangiraju od manipulacije, gdje građani zapravo nemaju nikakav stvaran utjecaj, do partnerstva i kontrole građana koji omogućuju stvaran i odlučujući utjecaj građana.

<sup>35</sup> Tako u: *Wang i Wan Wart* 2007; *Yang i Pandey* 2011; *Cooper, Bryer i Meek* 2006.

<sup>36</sup> OECD 2001, 30; *Koprić i dr.* 2014, 50.

Za razliku od prava na pristup informacijama, koje u većini razvijenih država postoji već duži niz godina<sup>37</sup> te je regulirano zakonom (u nekim zemljama i Ustavom, npr. Austrija, Mađarska, Poljska, Hrvatska), pravo na sudjelovanje prisutno je znatno manjem broju država te se kao pravni institut još razvija i u demokratskim zemljama. Kod sudjelovanja se prvenstveno radi o političkoj odluci otvaranja prema građanima.<sup>38</sup> Za razliku od prava na pristup informacijama, sadržaj prava na sudjelovanje se razumijeva drugačije u različitim državama te procedure za njegovo ostvarivanje variraju.<sup>39</sup> Nadalje, sudjelovanje se najčešće odvija u obliku konzultacije građana, dok se oblici participacije građana javljaju rjeđe, većinom u skandinavskim zemljama s dugom tradicijom konsenzusne demokracije i participativne političke kulture.<sup>40</sup>

Instrumenti provođenja konzultacija su brojni, te se može koristiti jedan dominantni mehanizam ili istovremeno više različitih mehanizama u kombinaciji.<sup>41</sup> Procedure i zakonodavna regulacija također variraju. Primjerice, u SAD-u,<sup>42</sup> Nizozemskoj, Finskoj, Španjolskoj i Portugalu postupak konzultiranja javnosti propisan je zakonom, Kanada je usvojila smjernice koje nisu zakonski obvezujuće, a Ujedinjeno Kraljevstvo primjenjuje Kodeks o praksi konzultiranja. U Danskoj, Finskoj, Norveškoj, Švedskoj i Islandu proces konzultiranja ima dugu tradiciju, koja se sve donedavno temeljila na neformalnim pravilima i kodeksima. U načelu, u skandinavskim i anglosaksonskim zemljama prevladava pristup „mekog prava“, dok u europskim kontinentalnim zemljama dominira tvrdi pristup.<sup>43</sup> Građani mogu biti konzultirani u različitim fazama procesa odlučivanja i donošenja propisa, a pod pojmom javnosti ili građana podrazumijevaju se građani kao pojedinci, interesne skupine, privatni sektor, profesionalna udruženja, predstavnici akademske zajednice i dr.

---

<sup>37</sup> Prva zemlja koja je uvela zakon o pravu na pristup informacijama bila je Švedska (1766.). Slijedila je Finska (1951.), pa SAD 1966. Do ekspanzije donošenja zakona koji reguliraju to pravo dolazi tijekom 1990-ih, a do 2000. 80% zemalja članica OECD-a imalo je zakonom regulirano pitanje pristupa informacijama (*OECD*, 2001: 32).

<sup>38</sup> *Musa* 2013, 11.

<sup>39</sup> *Bugarič* 2004, 504.

<sup>40</sup> U novije se vrijeme kao poseban oblik konzultacija javlja participativno budžetiranje, pri čemu se građani uključuju u pripremu i odlučivanje o lokalnom proračunu.

<sup>41</sup> *Mandelkernovo izvješće o boljoj regulaciji* 2001, 26.

<sup>42</sup> SAD je među prvima uvela obvezu provođenja konzultiranja Zakonom o upravnom postupku 1946.

<sup>43</sup> *Bugarič* 2004, 505-506.

#### 4.4. Zašto otvorenost uprave? Poticaji za sudjelovanje građana

Povjerenje građana u upravu i vladu (kao i u druge demokratske institucije poput političkih stranaka) znatno je opalo u zadnjim desetljećima 20. stoljeća. Veće nezadovoljstvo i apatija građana rezultat su percepcije o „vrlo malom utjecaju tradicionalnih kanala sudjelovanja građana na suštinu vladine politike“.<sup>44</sup> U uvjetima niske razine povjerenja i legitimacije političkih i upravnih institucija, uvođenje izravnih veza između građana i uprave može služiti kao lijek. Kako su to sročili *Rowe* i *Frewer*, „neKonzultirani građani mogu biti vrlo ljuti te uključivanje građana može biti jedan korak prema ublažavanju toga“.<sup>45</sup>

Još jedan razlog leži u narasloj kompleksnosti modernih društava. Vlade i upravne organizacije danas djeluju u brzo mijenjajućoj okolini te se suočavaju s velikim brojem vrlo kompleksnih javnih problema. Upravljanje složenim ekonomskim, financijskim, socijalnim i ekološkim pitanjima traži nove ideje, razmišljanja, perspektive i širi spektar mogućih rješenja koja može pružiti upravo javnost odnosno građani.<sup>46</sup> Kao neprofesionalci, građani mogu ponuditi inovativne pristupe i strategije za rješavanje javnih problema, koji se mogu pokazati učinkovitima. Usto, građani danas posjeduju znanja i informacije koje ih čine sposobnima za aktivno sudjelovanje u donošenju upravnih odluka koje utječu na njihove živote.<sup>47</sup>

Zbog toga, noviji teorijski i doktrinarni pristupi zagovaraju inkluzivnije, participatorne i kolaborativne mehanizme kako bi se nadvladala doktrina tradicionalne uprave obilježena niskom responsivnošću prema građanima. Zajedno s opadajućim povjerenjem građana u upravu i vladu, jačanjem razine obrazovanja i informiranosti građana, poticajem prema većoj transparentnosti i informiranju građana, te općim trendom prema demokratizaciji, kao i prema decentralizaciji proklamiranoj u sklopu novoga javnog menadžmenta, ideje prema većem sudjelovanju građana i responsivnosti uprave zagovaraju se u sklopu upravnih doktrina od sredine 1990-ih naovamo.<sup>48</sup>

Unutar relevantne literature moguće je pronaći niz argumenata u prilog sudjelovanju građana. Potencijalne koristi uključuju edukaciju i integraciju

---

<sup>44</sup> *Crosby, Kelly* i *Schaefer* 1986, cit. u: *King, Feltey* i *Susel* 1998, 317.

<sup>45</sup> *Rowe* i *Frewer* 2004, 514.

<sup>46</sup> *Cuthill* i *Fien* 2005, 64.

<sup>47</sup> *Fung* 2006, 73.

<sup>48</sup> Doktrina *neoweberijanske uprave*, koja se javlja od 2000-ih, nastoji pomiriti načela tradicionalne *weberijanske uprave* poput zakonitosti, efikasnosti i profesionalizma, sa suvremenim izazovima funkcioniranja javne uprave, prvenstveno u pogledu veće odazivnosti prema građanima i njihovog sudjelovanja. Doktrina *dobrog upravljanja* nalaže veću ulogu građana u političkim i upravnim procesima, pri čemu je njihov odnos prema upravi partnerski, s jednakim mogućnostima utjecaja na pitanja dnevnog reda i odlučivanja.

građana, kao i upravnih službenika, jačanje socijalnog kapitala, povećavanje razine povjerenja građana u upravu, pružanje legitimiteta odlukama i djelovanju uprave općenito, bolja kvaliteta propisa i odluke koje uzimaju u obzir potrebe i preferencije građana.<sup>49</sup> S druge strane, mogući problemi i izazovi vezani su za nezainteresiranost građana, nedostatak vremena i drugih resursa građana, opasnost dominacije određenih interesa (pitanje reprezentativnosti), nove troškove i usporavanje upravnih procedura, otežavanje donošenja odluka, potreba za većim koordinativnim nastojanjima, slabljenje mogućnosti kontrole nad procesom, strah službenika da će uključivanje građana rezultirati lošijim ishodom, itd.<sup>50</sup>

## 5. REGULACIJA PITANJA OTVORENOSTI NA RAZINI EUROPSKE UNIJE

Na razini Europske unije, pitanje otvorenosti već je dugo aktualno u sklopu problema demokratskog deficita i „udaljenosti“ institucija EU od građana.<sup>51</sup> Načelo sudjelovanja jedno je od temeljnih načela koja se navode u Bijeloj knjizi o europskoj vladavini (COM (2001)). Uz transparentnost institucija, prema Europskoj komisiji, kvaliteta i djelotvornost europskih politika ovise o sudjelovanju građana u oblikovanju i provođenju politika. Usto se ističe kako participacija nužno ovisi o usvajanju od strane uprava država članica, čime se ukazuje na dvije dimenzije; važnost sudjelovanja na razini europskih institucija, te u javnim upravama u državama članicama.<sup>52</sup> Prva obuhvaća ulogu Europskog socijalnog i gospodarskog odbora te europskih agencija koje osiguravaju predstavljenost udruga civilnog sektora i stručnjaka, posebno u pogledu tehničkih pitanja. Ovdje spadaju i Zelene knjige, koje formulira Komisija kako bi informirala i dobila mišljenja i sugestije od zainteresirane javnosti u vezi određenog pitanja, nakon čega slijedi donošenje Bijele knjige koja sadrži čvršća stajališta utemeljena na

---

<sup>49</sup> Tako u: King, Feltey i Susel 1998; Edelenbos i Klijn 2000; Wang 2001; Roberts 2004; Innes i Booher 2004; Moynihan 2003.

<sup>50</sup> Berner i dr. 2011; Roberts 2004; Neshkova i Guo 2011; Moynihan 2003; Irvin i Stansbury 2004.

<sup>51</sup> Demokratski deficit odnosi se na teze o nedovoljnoj demokratičnosti EU i udaljenosti od građana. Institucije EU i njihovo funkcioniranje previše je udaljeno od građana, odnosno, prosječni građani ne razumiju organizaciju niti način na koji se donose odluke. Nedostaje i osjećaj zajedničkog identiteta europskih građana, oni se prvenstveno identificiraju u nacionalnim kategorijama. Deficit proizlazi i iz preslabe uloge Europskog parlamenta, dominacije izvršnih tijela, slabih mehanizama kontrole i sudjelovanja građana (v. Koprić i dr. 2013, 92-94).

<sup>52</sup> Dubin i Nogellou 2007, 5.

dobivenim mišljenjima.<sup>53</sup> Druga dimenzija podrazumijeva da države članice moraju primjenjivati načelo sudjelovanja javnosti u upravnom odlučivanju. Tako su, nakon potpisivanja Aarhuške konvencije<sup>54</sup> i njenog stupanja na snagu 2001., te donošenja Direktive 2003/35/EC, države članice obvezne pridržavati se pravila vezanih za sudjelovanje javnosti u pitanjima koja se odnose na zaštitu okoliša.<sup>55</sup> Uz obvezu implementacije u državama članicama, Konvencija se primjenjuje na regulaciju pitanja okoliša koje su u nadležnosti EU.<sup>56</sup>

Konzultacije sa zainteresiranom javnošću jedan su od ključnih elemenata bolje regulacije koje navodi *Mandelkernovo izvješće o boljoj regulaciji*.<sup>57</sup> Glavne preporuke odnose se na transparentnost procesa, rano uključivanje zainteresirane javnosti, nadopunjavanje tradicionalnih mehanizama konzultiranja javnosti s internetskim, dostupnost komentara široj javnosti, određivanje minimalnog trajanja konzultacija, s time da će ono ovisiti o prirodi stvari o kojoj se konzultiranje provodi i opsegu uključenih aktera. Radi poboljšanja procesa konzultiranja zainteresirane javnosti, Komisija je 2002. usvojila *Opća načela i minimalne standarde za konzultiranje zainteresirane javnosti*. Konzultacije su definirane kao „procesi putem kojih Europska komisija nastoji dobiti *input* od zainteresiranih strana za oblikovanje politike prije donošenja odluke.“ Temeljna načela odnose se na osiguravanje što šireg sudjelovanja javnosti, osiguravanja vidljivosti funkcioniranja Komisije i drugih europskih institucija te odgovornosti za rezultate politika i programa, konzultacije se moraju odvijati u što ranijoj fazi, te je u proces konzultacija nužno uključiti povratnu informaciju javnosti, kao i mehanizme evaluacije i nadzora. Minimalni standardi odnose se na jasan sadržaj procesa konzultacija (jasan cilj, opseg i kontekst konzultacija), osiguravanje mogućnosti sudjelovanja aktera na koje određena politika utječe i koji sudjeluju u implementaciji, kao i osiguravanja sudjelovanja stručnjaka i profesionalaca sa značajnim iskustvom ili

---

<sup>53</sup> Ibid, 8-9.

<sup>54</sup> Konvencija UN-a o pravu na pristup informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša usvojena je u lipnju 1998. u Aarhusu u Danskoj.

<sup>55</sup> To uključuje: osiguravanje javnosti pristupa informacijama o pitanjima zaštite okoliša od strane tijela javne vlasti, održavanje sudjelovanja javnosti u donošenju odluka vezanih uz zaštitu okoliša te širenje osnove za pristup sudbenim tijelima u vezi pitanja zaštite okoliša.

<sup>56</sup> U politici zaštite okoliša ovlasti su podijeljene između država-članica i EU.

<sup>57</sup> Izvješće je podnijela 2000. radna skupina kojoj je predsjedavao Dieudonné Mandelkern. Preporuke su se odnosile na simplifikaciju, procjenu učinaka novih propisa, razmatranje *policy* alternativa, transparentnost i razumljivost regulacije. Izvješće je upućeno Europskom parlamentu, Vijeću EU, Komisiji i državama članicama, a stajalište Mandelkernove skupine bilo je da će preporuke za bolju regulaciju pridonijeti povećanju kompetitivnosti europskog gospodarstva, standarda europskih građana i veće legitimnosti institucija.

tehničkim znanjem, te uključivanja neorganiziranih interesa, osiguravanje dostupnosti širokom krugu zainteresiranih putem jedinstvenog internetskog portala, trajanje procesa konzultiranja najmanje 8 tjedana te osiguravanje povratne informacije i priznanja individualno ili kolektivnim odgovorom (putem e-maila ili portala) sudionicima u procesu konzultiranja.

Načelo otvorenosti sadržano je i u odredbama *Ugovora o Europskoj uniji*. *Lisabonski ugovor* sadržava odredbe koje se odnose na demokratska načela u Glavi II.<sup>58</sup> unutar koje je najvažniji članak 11. koji nalaže institucijama EU da omoguću građanima i interesnim skupinama izražavanje svojih stavova i mišljenja te da održavaju redoviti i transparentan dijalog s udrugama civilnog društva, zatim provođenje konzultacija sa zainteresiranom javnošću od strane Komisije te uvodi mogućnost podnošenja inicijative Komisiji od strane milijuna građana iz više država članica. Neki autori ipak upozoravaju kako je naglasak na organizacijama civilnog društva, čime se zapravo formaliziraju prakse koje se već godinama primjenjuju, ali bez jasnih utjecaja na participaciju građana kao pojedinaca.<sup>59</sup> Načelo otvorenosti sadržano je u *Ugovoru o funkcioniranju EU*, u čl. 15 koji promovira što višu razinu otvorenosti europskih institucija, te u čl. 298. koji nalaže da u obavljanju svojih funkcija, tijela EU trebaju imati podršku otvorene, efikasne i neovisne europske administracije.

Praksa Europskog suda pruža pravnu zaštitu postupka konzultiranja javnosti pri donošenju pravnih akata, premda ne i iscrpne standarde za njihovo provođenje. Jednako tako, preporuke Europske komisije državama članicama obuhvaćaju usvajanje minimalnih standarda konzultiranja javnosti. Sam način provođenja konzultacija ostavlja se samim državama članicama, budući da nije moguće propisati jedan najbolji način ili konkretan mehanizam.<sup>60</sup> Usto Europska komisija naglašava važnost neformalnih mehanizama i mekog prava – „zakonodavstvo je često samo dio rješenja koje podrazumijeva kombiniranje formalnih pravila s drugim neobvezujućim instrumentima poput preporuka, smjernica ili čak samoregulacije unutar zajednički dogovorenog okvira.“<sup>61</sup> Također se ističe potreba za snažnijom kulturom konzultacija i dijaloga, te korištenje otvorene metode koordinacije, koja omogućuje suradnju, razmjenu dobre prakse i usklađivanje zajedničkih ciljeva i smjernica za države članice.

---

<sup>58</sup> Članak 9. odnosi se na osiguravanje jednakosti svih europskih građana, čl. 10. sadržava načelo predstavničke demokracije i pravo svakog građanina na sudjelovanje u demokratskom životu Unije, a čl. 12. odredbe o predstavničkim tijelima država članica.

<sup>59</sup> *Maiani* 2011, 2.

<sup>60</sup> *Bugarič* 2004, 508-509.

<sup>61</sup> *Europska komisija* 2001.

## 6. ZAKONODAVNI OKVIR ZA OSTVARIVANJE OTVORENOSTI JAVNE UPRAVE U HRVATSKOJ

Pitanje otvorenosti upravnih organizacija u Hrvatskoj uglavnom se ostvaruje kroz oblik konzultacije građana, odnosno, mehanizmom savjetovanja sa zainteresiranom javnošću te je regulirano Zakonom o pravu na pristup informacijama, Zakonom o procjeni učinaka propisa i pripadajućom Uredbom, Zakonom o sustavu državne uprave, Poslovníkom Vlade RH i Poslovníkom Hrvatskog sabora, Kodeksom savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata, te posebnim zakonima. Ovome treba dodati i odluke Ustavnog suda koje imaju važnu ulogu u etabliranju standarda savjetovanja i demokratičnosti procedure donošenja propisa.<sup>62</sup>

Napredak je u normativnom aspektu ostvaren u posljednjih šest godina. Zakon o sustavu državne uprave iz 1993. predviđao je samo mogućnost objave nacrta propisa za koje je javnost posebno zainteresirana putem sredstava javnog priopćavanja, uz iznošenje svojih primjedbi na nacrt propisa. Odluka o tome prepuštena je čelniku upravne organizacije. Ista odredba predviđena je sadašnjim Zakonom na snazi (NN 12/13, čl. 79). Godine 2009. Vlada RH je donijela Kodeks savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata, koji je predvidio provođenje savjetovanja sa zainteresiranom javnošću kod donošenja zakona, drugih propisa i akata od strane tijela državne uprave i ureda Vlade, s time da se nalaže odgovarajuća primjena odredbi Kodeksa od strane tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnih osoba s javnim ovlastima (čl. 9). Kao minimalne standarde koje je potrebno poštivati prilikom izrade nacrta prijedloga zakona, drugog propisa ili akta, Kodeks navodi (1) pravodobno informiranje o planu donošenja zakona, drugih propisa i akata, (2) osiguravanje dostupnosti i jasnoće sadržaja postupka savjetovanja, (3) trajanje postupka savjetovanja minimalno 15 dana, (4) informiranje javnosti o učincima provedenog savjetovanja, te (5) usklađenost standarda u mjeru u pogledu savjetovanja u svim tijelima državne uprave. Kodeks također nalaže uključivanje stručnjaka iz reda predstavnika zainteresirane javnosti u postupak izrade nacrta zakona, drugih propisa ili akata te organiziranje javnih savjetovanja o financijskim, gospodarskim, socijalnim, okolišnim i ljudsko-pravnim učincima donošenja

---

<sup>62</sup> Ustavni sud je 2013. ukinuo dva podzakonska akta Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta zbog nepoštivanja predviđene procedure za njihovo donošenje, odnosno zbog nedemokratičnosti procedure (Odluka o uvođenju, praćenju i vrednovanju provedbe Kurikuluma zdravstvenog odgoja u osnovnim i srednjim školama i Pravilnik o uvjetima za izbor u znanstvena zvanja (NN 26/13. i 34/13).

i provedbe određenih zakona, drugih propisa i akata, u slučajevima kada za to postoji potreba i raspoloživa sredstva (čl. 6). Kao opća načela savjetovanja navode se sudjelovanje – aktivna uloga građana u unaprjeđenju kvalitete programa, zakona, drugih propisa i akata; uzajamno povjerenje i uvažavanje građana, različitih društvenih skupina, dionika i sektora; otvorenost i odgovornost – državna tijela jasno navode svrhu savjetovanja, dok predstavnici zainteresirane javnosti otvoreno i odgovorno navode svoje interese; djelotvornost – savjetovanje se pokreće u ranoj fazi izrade zakona i propisa, kada su sve opcije za njihovu doradu i promjenu otvorene (čl. 4). Premda odredbe Kodeksa nisu zakonski obvezujuće, njegovo je donošenje predstavljalo bitan korak u regulaciji pitanja sudjelovanja građana u donošenju zakona i drugih propisa od strane upravnih tijela.

Sljedeći korak po pitanju regulacije uslijedio je izmjenama Zakona o pravu a pristup informacijama (ZPPI) 2013. kojima je unesena odredba o provođenju savjetovanja sa zainteresiranom javnošću za sva tijela javne vlasti prilikom izrade zakona i propisa te drugih akata. Članak 11. Zakona nalaže obvezu svim tijelima javne vlasti (1) da objave na svojim internetskim stranicama godišnji plan normativnih aktivnosti i plan savjetovanja o nacrtima zakona i drugih propisa,<sup>63</sup> (2) da objave nacrt zakona i drugog propisa o kojem se provodi javno savjetovanje sa zainteresiranom javnosti, u pravilu u trajanju od 30 dana, uz objavu razloga za donošenje i ciljeva koji se žele postići savjetovanjem, te da (3) objave izvješće o provedenom savjetovanju sa zainteresiranom javnošću, putem kojega će izvijestiti javnost o prihvaćenim i neprihvaćenim primjedbama i prijedlozima. Institucija povjerenika za informiranje, ustanovljena zakonskim novinama, centralna je institucija nadležna za nadzor nad provođenjem odredbi Zakona. Izmjenama ZPPI 2013. uvedena je zakonska obveza provođenja savjetovanja sa zainteresiranom javnošću koja je dotada

---

<sup>63</sup> Zakonskim novinama iz kolovoza 2015. (NN 85/15) propisano je kako plan savjetovanja s javnošću mora sadržavati naziv propisa, općeg akta ili dokumenta za koji se provodi savjetovanje, očekivano vrijeme njegova donošenja ili usvajanja, okvirno vrijeme provedbe internetskog savjetovanja te druge predviđene načine na koje se namjerava provesti savjetovanje, kao što su javne rasprave, distribucija nacrta propisa zainteresiranoj javnosti elektroničkom poštom, sudjelovanje u radnim skupinama i drugo. Osim toga, obzirom da je u travnju 2015. pokrenut središnji portal za provođenje e-savjetovanja za državna tijela (savjetovanja.gov.hr), Zakon navodi kako savjetovanje s javnošću tijela državne uprave provode preko središnjeg državnog internetskog portala za savjetovanja s javnošću, a druga državna tijela, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravne osobe s javnim ovlastima preko internetske stranice ili preko središnjeg državnog internetskog portala za savjetovanje s javnošću, objavom nacrta propisa, općeg akta odnosno drugog dokumenta, s obrazloženjem razloga i ciljeva koji se žele postići donošenjem propisa, akta ili drugog dokumenta te pozivom javnosti da dostavi svoje prijedloge i mišljenja.



postojala samo na razini preporuka Kodeksa. Osim toga, za razliku od Kodeksa, Zakon propisuje znatno duži rok za provođenje savjetovanja (30 dana u odnosu na 15 dana) te predviđa sankcioniranje tijela javne vlasti koje krši odredbe članka 11. (čl. 62). Izmjene ZPPI-a bile su popraćene dopunama Poslovnika Vlade i Hrvatskog sabora. U Poslovnik Vlade RH (NN 121/12) dodan je stavak 4. članka 30. koji propisuje obvezu središnjih tijela državne uprave da prilikom upućivanja u proceduru Vlade, uz nacрте prijedloga zakona, drugih propisa i akata, prilože izvješća o provedenom savjetovanju. Poslovnik Hrvatskog sabora (NN 81/13) nalaže obvezu predlagatelja zakona da uz prijedlog zakona dostavi i izvješće o provedenom savjetovanju sa zainteresiranom javnošću (čl. 174).

Savjetovanje sa zainteresiranom javnošću predviđeno je i Zakonom o procjeni učinaka propisa (NN 90/11) kao jedna od aktivnosti u postupku procjene učinaka propisa (čl. 19, 22). Obveza provođenja savjetovanja predmet je i posebnih zakona – Zakon o zaštiti okoliša (NN 80/13) nalaže sudjelovanje zainteresirane javnosti u odlučivanju o pitanjima zaštite okoliša u Glavi 2., (čl. 162-166), a Zakon o prostornom uređenju (NN 153/13) sudjelovanje javnosti u postupcima izrade i donošenja prostornih planova (čl. 14, 88, 96-106).

Ovome valja dodati kako je 2011. Hrvatska pristupila multilateralnoj inicijativi *Partnerstvo za otvorenu vlast*,<sup>64</sup> u okviru koje je 2012. usvojen Akcijski plan za razdoblje 2012. – 2013. koji je odredio četiri područja prioriteta: fiskalnu transparentnost, pristup informacijama, uporaba informacijsko-komunikacijske tehnologije te konzultiranje i participacija zainteresirane javnosti. U srpnju 2014. Vlada RH usvojila je Akcijski plan za provedbu inicijative *Partnerstvo za otvorenu vlast* za razdoblje 2014. - 2016. Četiri prioriteta područja uključuju poboljšanje zakonskog okvira za ostvarivanje prava na pristup informacijama, proaktivnu objavu informacija i otvaranje podataka, transparentnost rada javne uprave s naglaskom na fiskalnu transparentnost i sudjelovanje javnosti u oblikovanju i provedbi javnih politika.

---

<sup>64</sup> *Partnerstvo za otvorenu vlast* je multilateralna inicijativa skupine zemalja koje se članstvom obvezuju na poduzimanje konkretnih mjera u području transparentnosti javne vlasti, jačanja građanske participacije u odlučivačkim procesima, borbi protiv korupcije te uvođenju novih tehnologija u sustav javne uprave radi što veće učinkovitosti. *Partnerstvo za otvorenu vlast* pokrenuto je na inicijativu američkog predsjednika Baracka Obame, koji je u svom govoru na Općoj skupštini UN-a u rujnu 2010. pozvao javne vlasti svih država na otvaranje prema građanima. *Partnerstvo* je formalno osnovano godinu dana kasnije, kada je osam država potpisalo Deklaraciju o otvorenoj vlasti. Uvjet stjecanja članstva u *Partnerstvu* je prihvaćanje Deklaracije i izrada nacionalnog akcijskog plana koji bi se trebao formulirati kroz široku javnu raspravu.

## 7. OSTVARIVANJE NAČELA OTVORENOSTI JAVNE UPRAVE U HRVATSKOJ PRAKSI

Unaprjeđenje pravne regulacije otvorenosti tijela javne vlasti, zajedno s unaprjeđenjem institucionalnog okvira za njegovo provođenje te podizanjem javne svijesti o važnosti načela otvorenosti od strane različitih aktera u medijskom i javnom diskursu<sup>65</sup> posljednjih je nekoliko godina dovelo do napretka u ostvarivanju načela otvorenosti unutar sustava javne uprave. Ipak, nedostaci i problemi još uvijek su brojni te posebno zamjetni na određenim razinama vlasti (lokalna u odnosu na državnu razinu) i s obzirom na provođenje određenih aktivnosti (trajanje savjetovanja, davanje povratne informacije o rezultatima sudjelovanja zainteresirane javnosti i sl.).

Središnje tijelo zaduženo za nadzor nad provođenjem ZPPI, koji uključuje odredbe o obvezi tijela javne vlasti za provođenjem savjetovanja u donošenju zakona, drugih propisa i akata, je Povjerenik za informiranje. Ustanovljen zakonskim novinama 2013., Povjerenik prati provedbu Zakona te je dosad podnio dva izvješća o provedbi ZPPI, za 2013. i 2014. godinu. Uz Povjerenika, ovo područje prati i vladin Ured za udruge, koji prati provedbu Kodeksa savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata te podnosi Vladi RH Godišnje izvješća o provedbi savjetovanja sa zainteresiranom javnošću. Izvješće Ureda za udruge obuhvaća samo razinu središnjih državnih tijela (ministarstva, državni uredi, državne upravne organizacije, Vladini uredi, agencije), dok se Izvješće Povjerenice za informiranje odnosi na sva tijela javne vlasti. No, s obzirom na objektivna financijska i personalna ograničenja, Ured dosad nije bio u mogućnosti provoditi sustavni nadzor nad provođenjem savjetovanja od strane tijela javne vlasti.<sup>66</sup>

Na državnoj razini može se pratiti značajan i kontinuirani porast u provođenju javnih savjetovanja. Od 57 državnih tijela koja imaju obvezu izvijestiti Ured za udruge o provođenju savjetovanja, njih 31 je provodilo savjetovanja u 2014. godini. Ured u izvješću navodi kako je postupak savjetovanja proveden za ukupno 504 zakona, drugih propisa i akata, od čega je u 2014. usvojeno njih 404. Osim toga je provedeno 40 savjetovanja u skladu sa Zakonom o procjeni učinaka propisa, što ukupno čini 544 provedenih javnih savjetovanja o nacrtima zakona, drugih propisa i akata u

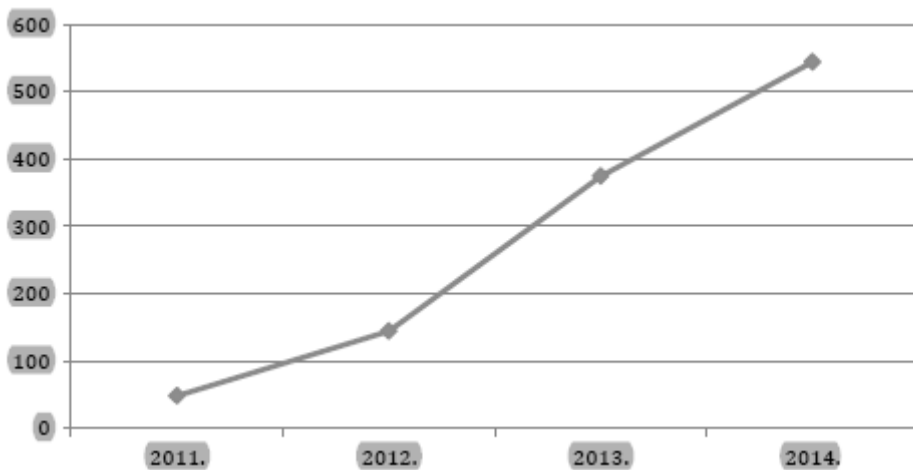
---

<sup>65</sup> Ured povjerenika za informiranje, Ured za udruge Vlade RH, akademska zajednica, organizacije civilnog društva, i dr.

<sup>66</sup> Prema zadnjem popisu utvrđenom od strane Ureda povjerenice za informiranje, u Hrvatskoj trenutno postoji 5.724 tijela javne vlasti. Popis je dostupan na <http://www.pristupinfo.hr/tijela-i-sluzbenici-za-informiranje/>.

2014. godini,<sup>67</sup> odnosno, 45% savjetovanja više u odnosu na 2013. godinu. U odnosu na 2012. godinu, porast iznosi 277 %, a u usporedbi s 2011. godinom, 1033%.<sup>68</sup> Ipak, kako je uočeno u Izvješću povjerenice za informiranje, neka ministarstva nisu u dovoljnoj mjeri upoznata sa svojim obvezama prema ZPPI-u, te su smatrala da su njihove obveze ispunjene donošenjem Godišnjeg plana normativnih aktivnosti od strane Vlade i nisu uvrštavala podzakonske propise u plan normativnih aktivnosti i nadopunjavala ga. Uočeno je i da se godišnji plan normativnih aktivnosti zamjenjuje s godišnjim planom rada tijela.<sup>69</sup> Zakonskim izmjenama (NN 85/15) tako je propisano kako plan savjetovanja mora sadržavati i plan same provedbe savjetovanja.

**Grafički prikaz 1.:** Porast broja provedenih savjetovanja sa zainteresiranom javnošću od 2011. do 2014. Izvor: Izvješće Ureda za udruge Vlade RH o provedbi savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata u 2014.



U protekle tri godine gotovo su sva državna tijela putem svojih web stranica učinila dostupnima informacije o savjetovanjima u tijeku te zatvorenim savjetovanjima. Pritom se središnje informativno mjesto nalazilo na Internet stranici Ureda za udruge. Krajem travnja 2015., pokrenuta je posebna internetska stranica za savjetovanja, s ciljem komunikacije između državnih tijela i zainteresirane javnosti o svim propisima prilikom njihova donošenja.

<sup>67</sup> Polovica ukupnog broja savjetovanja, međutim, provedena je od strane dvije regulacijske agencije, HANFA-e i HAKOM-a.

<sup>68</sup> Ured za udruge 2015, 2-3.

<sup>69</sup> Povjerenik za informiranje 2015, 44.

Radi se, dakle, o centraliziranom sustavu koji omogućuje zainteresiranoj javnosti uključivanje u savjetovanja pri donošenju zakona, drugih propisa i akata na jednom mjestu. Pritom se građani moraju registrirati kako bi mogli davati komentare na nacрте propisa, dok za pregledavanje savjetovanja u tijeku i pristiglih komentara nije potrebna registracija.<sup>70</sup>

Što se tiče instrumenata koji se koriste za provođenje savjetovanja, tijela državne uprave najčešće su se koristila savjetovanjem putem interneta, tj. upućivanjem komentara, prijedloga i kritika građana na određenu e-mail adresu odnosno putem određenog internetskog obrasca. Uz internetsko savjetovanje, savjetovanje se rjeđe provodilo putem savjetodavnih sastanaka i javnih rasprava. Kada je riječ o savjetovanju od strane stručnjaka, radne skupine su se najvećim dijelom sastojale od državnih službenika, a u bitnom manjem udjelu od predstavnika civilnog sektora i akademske zajednice.<sup>71</sup> U nešto više od polovice slučajeva savjetovanje je trajalo manje od 30 dana.<sup>72</sup> Tijela se pritom pozivaju na Kodeks savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata, koji predviđa kraći rok za provedbu savjetovanja, 15 dana. Prema podacima Ureda za udruge Vlade RH, u postupcima savjetovanja sa zainteresiranom javnošću tijekom 2014. sudjelovalo je 7.482 pravnih i fizičkih osoba koje su dostavile komentar/e na nacrt zakona, drugog propisa ili akta nadležnom tijelu državnom tijelu. Od toga, najveći broj podnositelja čine građani kao pojedinci (2.048), zatim slijede udruge (516), sindikati i udruge poslodavaca (256), jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave (300) te akademska zajednica (92). Od svih pristiglih komentara u sklopu savjetovanja, 62% ih je uzeto u daljnje razmatranje, od čega je prihvaćeno 29%, djelomično prihvaćeno 23%, dok je 76% ostalo neprihvaćeno. Što se tiče izvješća o provedenom savjetovanju, u većini slučajeva su objavljena sažeta izvješća s osnovnim informacijama o provedenom savjetovanju, zatim tablice s obrazloženjima o prihvaćenim i neprihvaćenim primjedbama, a najmanjem broju slučajeva integralni komentari.<sup>73</sup>

Kada se u razmatranje uključe sva tijela javne vlasti, stanje postaje bitno manjkavo. Naime, tijela javne vlasti često ne donose godišnji plan normativnih aktivnosti niti plan savjetovanja sa zainteresiranom javnosti, te ih ne dopunjuju tijekom godine. Jednako tako, propuštaju navesti ciljeve savjetovanja. Vrlo često ignoriraju rok od 30 dana za provedbu savjetovanja. Još jednu slabu kariku predstavlja objavljivanje izvješća o provedenom

---

<sup>70</sup> <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/Dashboard>.

<sup>71</sup> *Ured za udruge* 2015, 7-8.

<sup>72</sup> U prosjeku savjetovanja su trajala 23 dana (*Ured za udruge* 2015, 8).

<sup>73</sup> *Ured za udruge* 2015, 9-10.

savjetovanju sa prihvaćenim i neprihvaćenim primjedbama ili obrazloženjima za neprihvatanje primjedbe. Jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave u izvještajima Povjerenici za informiranje u pravilu su navodile da provode savjetovanja u donošenju prostorno planskih dokumenata, strategija razvoja ili nacрта proračuna, budući da se radi o obvezi prema posebnim zakonima koje se primjenjuju već duže vrijeme. Međutim, za najveći dio općih akata provođenje savjetovanja izostaje (Povjerenik za informiranje, 2015: 42-46). Nadalje, analizom sadržaja web stranica jedinica lokalne (veliki gradovi) i regionalne samouprave (županije) utvrđeno je da se najčešće koriste instrumenti internetskog savjetovanja, javne rasprave ili slanje komentara poštom.

Uz navedene, valja spomenuti i problem nedovoljne informiranosti građana i/ili nedostatne zainteresiranosti. Naime, Izvješće Povjerenice navodi kako je u vezi sa provođenjem savjetovanja u 2014. godini pristiglo vrlo malo predstavki, i to od strane dvije fizičke i pravne osobe,<sup>74</sup> iz čega se može zaključiti da „građani i pravne osobe nisu upoznati sa zakonskom odredbom i nadležnosti Povjerenika za informiranje za provedbu savjetovanja sa zainteresiranom javnošću ili ne pokazuju interes za ukazivanjem na propuste tijela javne vlasti u primjeni ove odredbe.“<sup>75</sup> Stoga se nameće potreba informiranja i jačanja svijesti građana o važnosti uključivanja u procese odlučivanja i postupke donošenja propisa, odnosno, u širem smislu, razvijanja participativne kulture i konsenzusne orijentacije. Neki od mehanizama uključivali bi informacijske kampanje, radionice i samoedukaciju. Jednako tako, potrebna je daljnja edukacija službenika o provođenju savjetovanja.<sup>76</sup> Na taj način, kontinuirano treba promovirati kulturu otvorenosti i participativnu političku kulturu.

Naposljetku, kao instrumente provođenja savjetovanja trebalo bi koristiti širi spektar različitih mehanizama. Premda najjeftinije i dostupno širokom krugu javnosti, internetsko savjetovanje ipak isključuje dio zainteresirane javnosti koja nije informatički dostatno obrazovana. Stoga bi se takvi instrumenti trebali primjenjivati u kombinaciji s tradicionalnim mehanizmima poput javnih rasprava (koje se rijetko koriste), te dodatnim mehanizmima

---

<sup>74</sup> Radi se o 14 predstavki, od čega je njih 13 uputila ista fizička osoba.

<sup>75</sup> *Povjerenik za informiranje* 2015, 49.

<sup>76</sup> Ured za udruge Vlade RH i Državna škola za javnu upravu održavaju seminar „Kako pripremiti i provesti učinkovito savjetovanje sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata“ te seminare na lokalnim razinama o uključivanju građana u procese donošenja odluka. Brojne edukacije organizirane su od strane Ureda povjerenice za informiranje (v. <http://www.pristupinfo.hr/novo-plan-edukacija-i-promocije-u-2015/>).

konzultiranja poput fokus grupa ili panela građana, kao i instrumentima participacije građana poput foruma građana i konsenzusnih konferencija. S obzirom da za razinu lokalne i područne (regionalne) razine ne postoje obuhvatni podaci kao za državnu razinu, u nastavku rada slijedi analiza primjene zakonskih odredbi u pogledu provođenja savjetovanja sa zainteresiranom javnošću (čl. 11. Zakona o pravu na pristup informacijama) od strane jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Analiza uključuje 17 gradova (kategorija „velikih gradova“) unutar jedinica lokalne, te svih 20 županija i Grad Zagreb unutar jedinica regionalne samouprave. Tablice 1. i 2. pokazuju rezultate do kojih se došlo analizom sadržaja Internet stranica proučavanih gradova i županija.<sup>77</sup>

**Tablica 1.:** Analiza provođenja odredbe o savjetovanju sa zainteresiranom javnošću - gradovi

Grad	Plan normativnih aktivnosti i savjetovanja	Nacrt akta + razlozi za donošenje i ciljevi savjetovanja	Izvešće o provedenom savjetovanju
Split	0	1	0
Rijeka	1	1	1
Osijek	1	1	0
Zadar	0	0	0
Velika Gorica	0	0	0
Slavonski Brod	0	1	1
Pula	0	1	1
Karlovac	0	0	0
Sisak	0	0	0
Varaždin	1	1	1
Šibenik	0	0	0
Dubrovnik	0	0	0
Bjelovar	0	0	0
Kaštela	0	0	0
Samobor	0	1	0
Vinkovci	0	0	0

<sup>77</sup> Analiza web stranica provedena je u veljači 2015.

**Tablica 2.:** Analiza provođenja odredbe o savjetovanju sa zainteresiranom javnošću – županije

Županija	Plan normativnih aktivnosti i savjetovanja	Nacrt akta + razlozi za donošenje i ciljevi savjetovanja	Izvješće o provedenom savjetovanju
Zagrebačka	0	0	0
Krapinsko-zagorska	0	1	0
Sisačko-moslavačka	0	0	0
Karlovačka	0	1	0
Varaždinska	0	0	0
Koprivničko-križevačka	0	0	0
Bjelovarsko-bilogorska	0	0	0
Primorsko-goranska	0	0	0
Ličko-senjska	0	0	0
Virovitičko-podravska	0	0	0
Požeško-slavonska	0	0	0
Brodsko-posavska	0	0	0
Zadarska	0	0	0
Osječko-baranjska	0	0	0
Šibensko-kninska	0	0	0
Vukovarsko-srijemska	0	1	0
Splitsko-dalmatinska	0	1	0
Istarska	0	1	0
Dubrovačko-neretvanska	0	1	0
Međimurska	0	1	0
Grad Zagreb	0	1	0

Analiza pokazuje da hrvatski gradovi i posebno županije ne ispunjavaju obveze vezane za provođenje savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u donošenju propisa i drugih akata. Iako općenito vrlo slabi, najbolji rezultati za obje kategorije ostvareni su u pogledu objavljivanja na web stranicama nacrtu akta o kojem se provodi savjetovanje (no, najčešće bez navođenja ciljeva akta i savjetovanja, što je također zakonska obveza). Odredbe o objavljivanju normativnih planova i planova savjetovanja, kao i izvješća po održanom savjetovanju, slabo se provode od strane gradova te su potpuno ignorirane od strane županija. Odredbu o objavljivanju normativnih planova ispunila su samo 3 od 16 analiziranih gradova (18%) te niti jedna županija (0%). Nacrt propisa i drugog akta o kojem se provodi savjetovanje objavljen je os strane 6 gradova (37%) i 8 županija (38%), dok su izvješća o provedenom savjetovanju objavila samo 4 grada (25%) i niti jedna županija

(0%). Samo su dva grada (Rijeka i Varaždin) ispunila sve tri odredbe prema ZPPI-u.

Premda su i gradovi i županije ostvarile loše rezultate u pogledu ispunjavanja obveza o provođenju savjetovanja, županije su u tome slabije od gradova te se pokazalo da su neupućene i/ili se opiru toj praksi, premda se radi o zakonskoj obvezi od 2013., dok je Kodeks na snazi već šest godina, međutim, čini se, bez utjecaja na postupanje lokalnih i, posebno, regionalnih jedinica u pogledu otvorenosti.

## **8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA**

Cilj je ovog rada bio dvostruk - objasniti pojam otvorenosti i njegov značaj u suvremenom javnom upravljanju, te istaknuti povezanost procesa europeizacije i usvajanja načela otvorenosti u hrvatskom zakonodavstvu i provedbi u praksi. Otvorenost je prepoznata kao jedno od temeljnih načela europskoga upravnog prostora, a regulacija na razini EU naglašava njegovu važnost kako na razini europskih institucija, tako i u javnim upravama u državama članicama. Analiza hrvatskog pravnog okvira pokazuje kako je ostvaren značajan napredak u regulaciji konzultacija sa zainteresiranom javnošću te da je, u smislu normativnog okvira, stanje zadovoljavajuće. Provedbu, s druge strane, obilježavaju brojne manjkavosti, posebice na lokalnoj i regionalnoj razini vlasti u odnosu na središnju, te u provođenju određenih aktivnosti (npr. trajanje savjetovanja). Analiza internet stranica velikih gradova i županija pokazala je kako u velikoj mjeri ne ispunjavaju obveze vezane za provođenje savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u donošenju propisa i drugih akata.

Nekoliko je mogućih objašnjenja za loše rezultate lokalnih i regionalnih jedinica u ostvarivanju otvorenosti i zaostajanje za državnom razinom. Prvo je vezano za problem slabog kapaciteta lokalnih i regionalnih jedinica, što je vezano za širi (i dublji) problem teritorijalnog ustrojstva i decentralizacije u Hrvatskoj.<sup>78</sup> Naime, sustav lokalne i regionalne samouprave je prilično fragmentiran, s velikim brojem malih jedinica na lokalnoj i regionalnoj razini koje ne posjeduju dostatne resurse za obavljanje kvalitetnih lokanih službi, niti dovoljne razvojne kapacitete. To je naročito slučaj s općinama i manjim gradovima. Premda taj dio lokalnih jedinica nije bio uključen u analizu, pokazalo se kako i veći gradovi i županije (koji u odnosu na manje gradove i općine ipak imaju veće kapacitete), imaju problema sa otvaranjem prema javnosti. Važno je napomenuti da problem slabih kapaciteta nije

---

<sup>78</sup> V. Koprčić 2012; 2013.



vezan samo uz financijske resurse i mogućnosti, već i uz ljudske resurse, kompetencije, znanja i profesionalizam. Neka istraživanja pokazuju, primjerice, kako je prosječna razina obrazovanja lokalnih službenika niža od prosječne razine obrazovanja državnih službenika. Također, percepcija o korupciji i drugim neetičkim postupanjima je veća u slučaju lokalne razine vlasti.<sup>79</sup> Sljedeći mogući problem vezan je za pitanje nadzora od strane središnje države, koji je djelomičan i nesustavan, što je pak posljedica manjkave pravne regulacije i nedostatnog kapaciteta nadzornih državnih tijela.<sup>80</sup> Ne treba zanemariti ni činjenicu da je regulacija na lokalnoj razini često bila manjkava, što je moglo pridonijeti zaostajanju lokalne razine u odnosu na državnu.<sup>81</sup> Središnji institucionalni mehanizmi nisu doprili do lokalnih i regionalnih jedinica, s obzirom da je Vladin ured za udruge primarno usmjeren na poticanje savjetovanja na središnjoj državnoj razini, a Povjerenik za informiranje još uvijek gradi svoje kapacitete te je primarno usmjeren na osiguravanje prava na pristup informacijama putem provedbe drugostupanjskog postupka, što apsorbira kapacitete. Nadalje, s obzirom na Ustavom zajamčeno pravo na lokalnu samoupravu, postoji praksa izbjegavanja interveniranja u autonomiju lokalnih jedinica. Pravo na lokalnu samoupravu, međutim, ne bi trebalo isključivati ili podređivati druga prava građana, poput prava pristupa podacima i prava sudjelovanja u odlučivanju i donošenju općih akata, već bi ga trebalo uključivati, upravo stoga što se radi o razini vlasti najbližoj građanima, koja regulira pitanja i pruža usluge koje su važne u svakodnevnom životu građana. Naposljetku, jedan od najvećih problema odnosi se na manjak političke volje lokalnih dužnosnika, kao i nedovoljno razumijevanje sadržaja i značaja otvorenosti za lokalne jedinice, odnosno, za lokalno stanovništvo. To je vezano za problem obrazovanja i političko-upravne kulture lokalnih i regionalnih službenika i dužnosnika. Naučene prakse i načini funkcioniranja mogu predstavljati vrlo snažnu barijeru u usvajanju i primjeni novih praksi, što je vjerojatno slučaj sa praksom i kulturom otvorenosti.

---

<sup>79</sup> Opširnije u: *Marčetić* 2013.

<sup>80</sup> *Koprić* 2013, 19.

<sup>81</sup> Primjerice, Zakon o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi donesen je tek 2008., a do tada su se na njih primjenjivale odredbe Zakona o državnim službenicima i namještenicima.

## LITERATURA

1. Arnstein, S. R. (1969). A Ladder of Citizen Participation. *Journal of the American Planning Association* 35:4, 216-224.
2. Berner, M., Amos, Justin M. & Morse, R. S. (2011). What constitutes effective citizen participation in local government? Views from city stakeholders. *Public Administration Quarterly* 35:1, 128-163.
3. Bugarič, Bojan (2004). Openness and Transparency in Public Administration: Challenges for Public Law, *Wisconsin International Law Journal* 22, 483–521.
4. Cooper, T. L., Bryer, T. A. & Meek, J. W. (2006). Citizen-Centered Collaborative Public Management. *Public Administration Review*, Prosinac (Special Issue).
5. Cuthill, M. & Fien, J. (2005). Capacity building: Facilitating citizen participation in local governance. *Australian Journal of Public Administration* 64:4, 63-80.
6. Dubin, L. & Nogellou, R. (2007). Public participation in global administrative organizations. 3rd Global Administrative Law Seminar. Viterbo, 15-17 srpanj 2007.
7. Edelenbos, J. & Klijn, E.-H. (2005). Managing Stakeholder Involvement in Decision Making: A Comparative Analysis of Six Interactive Processes in the Netherlands. *Journal of Public Administration Research and Theory* 16, 417–446.
8. Fung, Archon (2006). Varieties of Participation in Complex Governance. *Public Administration Review* Prosinac 2006 (Special Issue).
9. Glass, J. (1979). Citizen Participation in Planning: The Relationship Between Objectives and Techniques. *Journal of the American Planning Association* 45:2, 180-189.
10. Héritier, A. (2003). Composite Democracy in Europe: The Role of Transparency and The Access of Information. *Journal of European Public Policy* 10:5, 814-833.
11. Innes, J. E. & Booher, D. E. (2004). Reframing Public Participation: Strategies for the 21st Century. *Planning Theory & Practice* 5:4, 419–436.
12. Irvin, R. & Stansbury A. (2004). Citizens participation in decision making: is it worth the effort? *Public Administration Review* 64:1, 55-65.
13. Kim, P. S., Halligan, J., Cho, N., Oh, C.H. & Eikenberry, A. M. (2005). Toward Participatory and Transparent Governance: Report on the Sixth Global Forum on Reinventing Government. *Public Administration Review* 65:6, 646-654.
14. King, C. S., Feltey, K. M. & O'Neill, B. S. (1998). The Question of Participation: Toward Authentic Public Participation in Public Administration. *Public Administration Review* 58:4, 317-326.
15. Koprić, I. (2013). Dvadeset godina lokalne i područne (regionalne) samouprave u Hrvatskoj: razvoj, stanje i perspektive. U: *Lokalna samouprava i lokalni izbori*, Zagreb: Institut za javnu upravu.
16. Koprić, I. (2012). Lokalna samouprava u Hrvatskoj: Pokvarena igračka u rukama politike. Forum za javnu upravu, Zagreb: Fridrich Ebert Stiftung i Institut za javnu upravu.
17. Koprić, I., Marčetić, G., Musa, A., Đulabić, V. & Lalić Novak, G. (2014). Upravna znanost - Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
18. Koprić, I., Musa, A. & Lalić-Novak G. (2013). Europski upravni prostor. Zagreb: Institut za javnu upravu.
19. Kweit, R. W. & Kweit, M. G. (1984). The politics of policy analysis: The role of citizen participation in analytic decisionmaking. *Policy Studies Review* 3:2, 234-245.

20. Liem, S. (2007). *Constituents of Transparency in Public Administration with Reference to Empirical Findings from Estonia*. Doktorska disertacija, Sveučilište St. Gallen.
21. Maiani, F. (2011). *Citizen participation and the Lisbon treaty: a legal perspective*. Aberdeen: Centre for Study of Public Policy.
22. Marčetić, G. (2013). *Etički standardi i profesionalizacija lokalnog osoblja*. U: Koprić, I. & Đulabić, V. (ur.). *Dvadeset godina lokalne samouprave u Hrvatskoj*. Zagreb: Institut za javnu upravu.
23. Moynihan, D. (2003). *Normative and instrumental perspectives on public participation*. *American Review of Public Administration* 33:2, 164-188.
24. Musa, A. (2014). *Agencijski model javne uprave*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu i Studijski centar za javnu upravu i javne financije.
25. Musa, A. (2013). *Transparentnost – kako i zašto?* 5. Forum za javnu upravu. Zagreb: Fridrich Ebert Stiftung i Institut za javnu upravu.
26. Musa, A., Bebić, D. & Đurman, P. (2015). *Transparency and Openness in Local Governance: A Case of Croatian Cities*. *Hrvatska i komparativna javna uprava - Croatian and Comparative Public Administration*, 15 (2): 415-450.
27. Musa, A. & Đurman, P. (2013). *Challenges of anticorruption policy: a case of Croatia*. Izlaganje pripremljeno za 18. Godišnju konferenciju Srednjeeuropskog politološkog udruženja Third democratic decade: challenges of / for consolidation, 24. – 26. listopada 2013., Plzen, Češka.
28. Musa, A. & Petak, Z. (2015). *Coordination for Policy in Transition Countries: Case of Croatia*. *International public administration review* 3/4, 117-259.
29. Musa, A., Jurić, M. & Mataija, M. (2011). *Transparency and data protection in the context of e-government: two case studies*. U: *Information Society and Globalization: Transformation of Politics*. Van Dijk, J.A.G. M., Jožanc, N. (ur.). Zagreb: Policy Research Centre.
30. Neshkova, M. I. & Guo, H. D. (2011). *Public Participation and Organizational Performance: Evidence from State Agencies*. *Journal of Public Administration Research and Theory* 22, 267–288.
31. OECD (2004). *Građani kao partneri*. Zagreb: Oksimoron.
32. Pasquier, M. & Villeneuve, J.-P. (2007). *Organizational barriers to transparency: a typology and analysis of organizational behaviour tending to prevent or restrict access to information*, *International Review of Administrative Sciences* 73:1, 147-162.
33. Pollitt, Christopher (2002). *Clarifying Convergence: Striking similarities and durable differences in public management reform*. *Public Management Review* 4:1, 471-492.
34. Roberts, N. (2004). *Public deliberation in an age of direct citizen participation*. *American Review of Public Administration* 34:4, 315-353.
35. Rowe, G. & Frewer, L. J. (2004). *Evaluating Public- Participation Exercises: A Research Agenda*. *Science, Technology, & Human Values* 29:4, 512-556.
36. Svara, J. H. i Denhardt, J. (2010). *White Paper The Connected Community: Local Governments as Partners in Citizen Engagement and Community Building*. Arizona State University.
37. Yang, K. & Pandey, S. K. (2011). *Further Dissecting the Black Box of Citizen Participation: When Does Citizen Involvement Lead to Good Outcomes*. *Public Administration Review studeni/prosinac*, 880-892.
38. Wang, X. (2001). *Assessing Public Participation in U.S. Cities*. *Public Performance & Management Review* 24:4, 322-336.

39. Wang, X. i Wan Wart, M. (2007). When Public Participation in Administration Leads to Trust: An Empirical Assessment of Managers' Perceptions. *Public Administration Review* ožujak/travanj, 265-278.

## Dokumenti i pravni izvori

1. Ugovor o Europskoj uniji (konsolidirana verzija, 2012). Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012M/TXT> [15.10.2015.].
2. Ugovor o funkcioniranju Europske unije (konsolidirana verzija, 2012). Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> [15.10.2015.].
3. Europska komisija (2001). Bijela knjiga o europskoj vladavini. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:110109> [15.10.2015.].
4. Gospodarsko povjerenstvo Ujedinjenih naroda za Europu (1998). Konvencija o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša. Dostupno na: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> [15.10.2015.].
5. Mandelkernovo izvješće o boljoj regulaciji, 2001. Dostupno na: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/better\\_regulation/documents/mandelkern\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf) [15.10.2015.].
6. Europska komisija (2002). Opća načela i minimalne standarde za konzultiranje zainteresirane javnosti. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0704:FIN:en:PDF> [15.10.2015.].
7. Povjerenik za informiranje (2014). Izvješće o provedbi Zakona o pravu na pristup informacijama za 2014. Dostupno na: <http://www.pristupinfo.hr/izvjesce-o-provedbi-zakona-o-pravu-na-pristup-informacijama-za-2014/> [15.10.2015.].
8. Ured za udruge Vlade RH (2014). Izvješće o provedbi savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata u 2014. godini. Dostupno na: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/2015/216%20sjednica%20Vlade/216%20-%208.pdf> [15.10.2015.].
9. Zakon o sustavu države uprave (NN 150/11, 12/13).
10. Zakon o procjeni učinaka propisa (NN 90/11).
11. Zakon o pravu na pristup informacijama (NN 25/13, 85/15).
12. Zakon o zaštiti okoliša (NN 80/13, 153/13, 78/15).
13. Zakon o prostornom uređenju (NN 153/13).
14. Poslovnik Vlade RH (NN 121/12).
15. Poslovnik Hrvatskog sabora (NN 81/13).
16. Kodeks savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata.
17. Akcijski plan za provedbu inicijative Partnerstvo za otvorenu vlast u Republici Hrvatskoj za razdoblje od 2014. do 2016. godine.
18. Akcijski plan za provedbu inicijative Partnerstvo za otvorenu vlast u Republici Hrvatskoj za razdoblje od 2012. do 2013.

### EUROPEANIZATION OF PUBLIC ADMINISTRATION AND THE PRINCIPLE OF OPENNESS

*Public administration openness is one of the basic principles of the European administrative space, including public administration visibility and accessibility to citizens, as well as possibility of citizens' involvement in decision making, formulation of policies and regulations. The European Union recognizes openness as a fundamental principle for the functioning of institutions at the European level, but also encourages member and candidate states to adopt and achieve openness in the practice of national administrative organizations, mainly through soft law mechanisms. Since the 2000's, the process of Europeanization has led to numerous adjustments of the Croatian public administration, including the implementation of the principle of transparency and openness, especially during the final stages of the accession process. The issue of public administration openness has been recognized as an important preventive mechanism within the anticorruption policy and has consequently become a part of the European policy of conditionality. Although the instruments for achieving openness are numerous, one of the most common are public consultations or consultations with interested public. Public consultations are regulated at the European level. The practice of the Court of Justice of the EU, the European Commission recommendations and promotion of cooperation and good practice exchange, without concrete binding rules, indicate that it is an area dominated by the so-called horizontal Europeanization and soft law. In Croatia, public consultations are primarily regulated by the Act on the Right to Access Public Information, but also by other laws and bylaws. Normative progress has been achieved in 2009 by issuing The Code of practice on consultation with the interested public in procedures of adopting laws, other regulations and acts. With respect to implementation, improvement has not been achieved before 2013 with amendments to the Act on the Right to Access Public Information, which introduced adequate institutional mechanism for the implementation process. However, the implementation of public consultations is still defective, particularly at the local and regional level, and in the case of the broad legal category of public authorities.*

**Key words:** *public administration; openness; Europeanization; European Union; Croatia; public consultations; implementation of the public consultations.*

## OUR FUTURE IS IN THE EYE OF THE BEHOLDER – AN INITIATIVE FOR A GLOBAL INVESTMENT TREATY

*The existing international investment regime is not based on a multilateral international organization. This essay argues for the conclusion of an international, legally binding, global investment treaty (GIT), under the auspices of the United Nations (UN). Its wide mandate and equality of votes will ensure the appropriate context for creating a fairer international investment regime, balancing between a strong capitalist agenda and a contemporary outlook on social justice. Concluding a GIT under the auspices of the UN would primarily mean the systematic overseeing of its implementation across the globe and would provide the necessary context, resources and forum for discussion. It should emphasize the right to development, and consolidate and harmonise the main principles of international economic law, balancing them with other competing principles of international law, and moreover constitute an international investment court. Further, a GIT should promote investment and address the topic of corporate social responsibility related to the operations of multinational enterprises. The conclusion of a GIT would open new investment opportunities worldwide and provide an organised framework for development, with more legal certainty for investors. Public international law should offer new guidance.*

**Key words:** *global investment treaty; international economic law; international law; investment; development economics; poverty alleviation.*

---

<sup>1</sup> Sandra Simic, mag. iur., LL.M. (University of London, Queen Mary & University College London), Chief Adviser at the Croatian Financial Services Supervisory Agency (Agency). This paper is not in any way connected with the Agency. It represents the personal opinion of the author; e-mail:sandra\_law@europa.com; SandraSimic©2015. Acknowledgement: The author would like to thank the University of London, Queen Mary & University College London, for the postgraduate course in International Economic Law (International Programmes), which inspired her towards further reflection and research.

## 1. INTRODUCTION

This paper will argue for the conclusion of an international, legally binding, global investment treaty (GIT), under the auspices of the United Nations (UN), aiming to create a fairer world by balancing between the interests of developed and developing countries; as well as between a strong capitalist agenda and a contemporary outlook on social justice. Investment is the key for economic growth, innovation and development. However, it must not be taken out of context and become a value in itself. Investment should be seen as a tool for achieving the greater good, most importantly sustainable growth for all countries. The author believes that innovative legal thinking is needed to address these issues. This essay aims to explore various legal possibilities and practical approaches for changing the current state of the law.

## 2. CONTEXT

### 2.1. International Investment Agreements

According to the United Nations Conference on Trade And Development (UNCTAD) International Investment Agreements database, there are currently more than 3400 treaties and model agreements.<sup>2</sup> The existing body of investment treaties constitutes a regime.<sup>3</sup> Such treaties share many similarities in structure, language, purpose and principles. This regime, however, is not based on any multilateral international organization.<sup>4</sup> As a comparison, the global trade regime is covered by the World Trade

---

<sup>2</sup>Available at:

<http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20%28IIA%29/IIA-Tools.aspx>; [17.10.2015.] “The IIA Navigator is the world's most comprehensive free International Investment Agreements database. It contains more than 3,400 treaties and model agreements, and allows for advanced searches by type of agreement, geographical region, country grouping, treaty status, full text, and treaty language”. More on this topic also in *Salacuse* 2010, 428-429.

<sup>3</sup> *Salacuse*, 2010, 431-432.

<sup>4</sup> *Salacuse*, 2010, 468., further elaborates that “individual international organizations – such as ICSID, which only facilitates the resolution of investor-state disputes; the Energy Charter Treaty organization and secretariat, which only concerns trade and investment in the energy sector; and the North American Free Trade Commission, which only deals with the application of the NAFTA – serve to support parts of the regime, but do not do so in a comprehensive fashion similar to that of the WTO.”

Organization<sup>5</sup> (WTO), which as of 26 April 2015 consisted of 161 member states, a Secretariat staff of 640 persons, and a budget of 197 million CHF for 2013.<sup>6</sup> Therefore, concluding a GIT under the auspices of the UN would primarily mean the systematic overseeing of its implementation across the globe and provide the necessary context, resources and forum for discussion.

## **2.2. Historical background**

An initiative for a global investment treaty was debated and drafted through a proposal for a Multilateral Agreement on Investment (MAI), under the auspices of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) between 1995-1998. The objective was to create multilateral rules regulating international investment in a more harmonised way, with high standards for the liberalisation of the investment regime, investment protection and effective dispute resolution procedures. Although the agreement was negotiated between the member states of the OECD, the intention was to create an agreement open to non-OECD states as well.

The initiative failed because of pressures from civil society which regarded the agreement as an excess of capitalism. The opposition came from many capitalist countries.<sup>7</sup> The draft was not balanced, since developed countries put forward primarily their own interests. As the title of this paper says, our future is in the eye of the beholder<sup>8</sup>. Therefore, a second attempt should be made under the auspices of the UN, since its mandate is broader (including not only economic but also social matters), and member states have equal votes.

## **2.3. Challenges**

Finding a single voice between the developed and developing countries would be a complex process, focused on a fine balance between many

---

<sup>5</sup> Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1994, available at:[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm) [17.10.2015.]

<sup>6</sup> Source:[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/whatis\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm) [17.10.2015.]

<sup>7</sup> *Subedi, S.P.*, 2007, "International Economic Law – Evolution and Principles of International Economic Law, Section A", 19.

<sup>8</sup> Part of the title of this paper has paraphrased a commonly used phrase: <http://www.phrases.org.uk/meanings/beauty-is-in-the-eye-of-the-beholder.html> [17.10.2015.]



interests. Relations between member states of the WTO may serve as an illustration of such complexity. The idea behind the WTO and its efforts in ensuring fair global trade is positive. However, it is focused primarily on trade. Moreover, the Doha round of negotiations has stalled<sup>9</sup> for many reasons, the most important being: protectionism by developed states in relation to their own agricultural products, and difficulties in defining the special and differential treatment of developing countries.<sup>10</sup> The WTO was unable to make progress with respect to the elaboration and implementation of these principles. Moreover, the WTO had committed itself under the Doha Declaration to the objective of duty-free, quota-free market access for products originating from least developed countries (LDC).<sup>11</sup> It is evident that the playing field is not truly level<sup>12</sup> because of inequality among the players. The quality and competitiveness of products varies significantly between developed and developing countries. Developing countries are not in the same position to compete in a global market. Millennium Development Goals (MDG) emphasize that trade should be an engine for development. However, focus should also be on investment. The need for “global rules to encourage and protect overseas investments” was emphasized as well in an article<sup>13</sup> published by the Cato Institute. *Griswold* points out that the WTO encourages trade but no similar body of ground rules exists to foster the flow of investment among nations, even though, since 1980, annual global flows of foreign direct investment (FDI) have grown 5 times faster than trade and 10 times faster than production. The UNCTAD report shows that, although there was a decline due to the financial crisis, the trend for FDI is still positive.<sup>14</sup> According to the OECD

---

<sup>9</sup> Please visit the website [www.wto.org](http://www.wto.org) for more information on progress in this area of law.

<sup>10</sup> *Subedi, S.P.*, 2007, International Economic Law – Public International Law of Trade, Section D, 48-49.

<sup>11</sup> *Subedi, S.P.*, *ibid.*, and point 42 of the Doha Ministerial Declaration of the WTO of November 2001.

<sup>12</sup> *Subedi, S.P.*, 2006, The notion of free trade and the first ten years of the World Trade Organisation: how level is the “level playing field”? For more information see also Smith, F., 2007, 89-115.

<sup>13</sup> *Griswold, D.*, 1998, Exporting Fair Play With a Global Investment Treaty, available at: [www.cato.org/publications/commentary/exporting-fair-play-global-investment-treaty](http://www.cato.org/publications/commentary/exporting-fair-play-global-investment-treaty).

[17.10.2015.] The article originally appeared in World Trade magazine on June 17, 1998.

<sup>14</sup> <http://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=143>, please see figure 1 – projections 2013-2015 [17.10.2015.]

report from April 2015<sup>15</sup>, “global FDI flows picked up in the second half of 2014, increasing 17% in Q3 and 3% in Q4, representing an overall 9% increase in the second half of 2014 compared to a year earlier.” The United States of America (USA) concluded a number of Bilateral Investment Treaties (BITs), which contain classic provisions such as: protections for American firms, transparency, the Hull formula, dispute resolution, etc. The new generation of BITs<sup>16</sup> under the Obama administration also contain provisions related to labour rights and the environment. It is a fact that many BITs are concluded without consequent investment. Promoting investment is dependant upon many factors, such as good governance, political issues, levels of development, potential for sales, etc. The provisions of contemporary investment treaties have received significant scrutiny in scholarly and policy circles.<sup>17</sup> Moreover, the impact of such treaties on economic growth has been questioned as well.<sup>18</sup> Therefore, a GIT would cover additional topics, offering a broader perspective on the subject.

### **3. ARGUMENTS FOR CONCLUDING A GIT**

A GIT should primarily create a structured framework for the implementation of an investment regime, as argued earlier in this essay. It should emphasize the right to development, and consolidate and harmonise the main principles of international economic law, balancing them with other competing principles of international law, and constitute an international investment court. Furthermore, a GIT should promote investment and address the topic of corporate social responsibility related to the operations of multinational enterprises.

---

<sup>15</sup> Available at: <http://www.oecd.org/corporate/mne/statistics.htm> [17.10.2015.]

<sup>16</sup> 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty: Treaty Between The Government of the United States of America and the Government of (Country) Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection of Investment (standard treaty available at the web site: <http://www.state.gov/e/eb/ifa/bit/>). More in International economic law – Recent developments 2013, University of London, p. 8.

<sup>17</sup> *Van Harten, G. &Porterfield, M.C.&Gallagher, K.P.*, (2015), Issue 005.

<sup>18</sup>”A number of studies have examined the extent to which trade and investment treaties have an independent impact on attracting foreign investment to host nations. The majority of these studies have found weak or nonexistent correlations between treaties and attracting investment flows.” *Ibid.*, p.5

### **3. 1. Right to development**

The MDG 8 is calling for a global partnership for development, which should mean multilateral cooperation. An MDG is not legally binding, which is why its impact has been limited. In order to achieve sustainable human development, it is necessary to create an internationally binding right to development. This means that a specific clause emphasizing this right needs to be inserted into the text of a GIT.<sup>19</sup> It is worth noting that there are other international agreements which emphasize the right to development, such as the UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966 (ICESCR).<sup>20</sup> In his article, related mostly to trade and development<sup>21</sup>, *Senona* points out that bilateral and regional deals are “politically easier to conclude but economically less beneficial than a global trade deal. For instance, they do not address problems related to domestic support payments and export subsidies, which are some of the critical issues causing underdevelopment due to the distortions they sometimes cause in global markets.” In the same article, *Senona* points out the importance of the legally binding right to development as well.

### **3.2. Harmonising legal principles and constituting an international investment court**

In order to harmonise and unify interpretations in international investment law, it would be beneficial to set out the main principles of this legal area, such as: most-favoured nation treatment, national treatment, reciprocity and non-discrimination, and their balance with competing principles of international law, such as human rights and the protection and preservation of the environment. In particular, it is worth noting that the cardinal principle of WTO law – the most-favoured nation treatment - is gradually being eroded, by being undermined by a number of trading blocks, bilateral investment treaties, and a series of waivers, concessions and special deals.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> The same idea is supported by *Senona, J.M., 2009.*

<sup>20</sup> Article 2.1.:”Each State Party to the present Covenant undertake to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.”

<sup>21</sup> *Senona, J.M., 2009.*

<sup>22</sup> *Subedi, S.P., 2006, 291*

Therefore, a unified approach to the main legal principles in one global treaty would be positive for the development of court practice in this area and would bring about more legal clarity for investors. Court practice in the area of international investment law has been inconsistent and controversial, due to the lack of hierarchy of international tribunals required to follow precedent, as well as the absence of a global treaty. There are still no internationally agreed definitions<sup>23</sup> of terms such as: “fair and equitable treatment”, “effective”, “full protection and security” and others. Case law on expropriation has been ambiguous as well, as each arbitrator adopts a different approach related to compensation.<sup>24</sup>

Consequently, an international court with a standing panel of judges may be established by a GIT. Continuous expertise by economic experts should be provided to the court as well. This might speed up the process of trials and add legal certainty which is crucial for investors. It is also important to bear in mind that such a dispute resolution system must be affordable for the developing and the least-developed countries as well.

### **3.3. Promoting investment**

The author proposes creating a global plan of investment and then monitoring its realisation in stages. It would be fair to envisage a gradual investment plan, connected to the development priorities of a particular country. Direct flows of investment without prior planning would lead to further imbalances. The following approach might be considered. Firstly, composing a list of countries according to their development levels. Perhaps the three categories (developed, developing and least-developed) could be further sub-categorized in order to better plan investment priorities. It is important to be sensitive to the natural development of countries, and therefore gradual investment from abroad ought to be encouraged in investment cycles. Many different legal forms and concepts may be further

---

<sup>23</sup> More in *Subedi, S.P.*, 2010, 196.

<sup>24</sup> More in *Lowenfeld, A.F.*, 2008., 495-510, see the Libyan Nationalization Cases (BP, 1974; Topco/Calasiatic, 1977; Liamco, 1977), *Aminoil vs Kuwait*, 1982. Furthermore, the following cases are analysed: *Anglo-Iranian case*, 1952; *The Barcelona Traction Case*, 1970; *The Elsi case*, 1989 and others (p.512-534). More also in *Subedi, S.P.*, 2006, *The Challenge of Reconciling the Competing Principles within the Law of Foreign Investment with Special Reference to the Recent Trend in the Interpretation of the Term “Expropriation”*.

explored. The approach would, of course, depend on the policies of a particular country. The multidimensional poverty index<sup>25</sup> (MPI) presented by the United Nations Development Programme shows data from 91 countries worldwide. “Almost 1.5 billion people in the 91 countries covered by the MPI—more than a third of their population — live in multidimensional poverty — that is, with at least 33 percent of indicators reflecting acute deprivation in health, education and standard of living. This exceeds the estimated 1.2 billion people in those countries who live on \$1.25 a day or less. And close to 800 million people are vulnerable to fall into poverty if setbacks occur – financial, natural or otherwise.”<sup>26</sup> Sustainable economic growth is necessary for the prosperity of these countries, as well as developed countries. Investments are needed on both sides of the spectrum. A balanced agenda for investment under the auspices of an internationally trusted organisation such as the UN would offer new guidance, in view of its wide mandate.

### **3.4. Multinational enterprises**

While drafting a GIT, it will be necessary to examine the role of multinational enterprises (MNEs). Definitions of the term MNE vary greatly. “Generally speaking, an MNE is a company or enterprise operating in several countries and having 25% or more of its output capacity located outside its country of origin.”<sup>27</sup> According to *Subedi*, “they are more powerful - as well as richer - than many states in some respects: their influence is global; their operation is not transparent; they are not accountable to any elected authority; there is no cohesive body of law to regulate their activities; they often pursue wealth ruthlessly<sup>28</sup> at the expense

---

<sup>25</sup> Available at: <http://hdr.undp.org/en/content/multidimensional-poverty-index-mpi>

“The Multidimensional Poverty Index (MPI), published for the first time in the 2010 Report, complements monetary measures of poverty...The MPI can help the effective allocation of resources by making possible the targeting of those with the greatest intensity of poverty; it can help addressing MDGs strategically and monitoring of impacts of policy intervention” . (17.10.2015.)

<sup>26</sup> Available at:<http://hdr.undp.org/en/content/table-6-multidimensional-poverty-index-mpi>. and link *ibid.* (17.10.2015.)

<sup>27</sup> *Subedi, S.P.*, 2007, 8.

<sup>28</sup> “In Bangladesh and Cambodia, women workers seem to earn less than \$40 a month sewing clothes for fashion companies such as Gap. The situation seems equally unbalanced in the so-called “export-processing zones” of countries such as China and Bangladesh.”

of the environment, human rights and human values, and many states are not able to exercise any effective control over their activities.”<sup>29</sup> These topics might be addressed as well by a GIT, since there would be a binding legal instrument as an underlying idea for the global operation of business. A GIT may also contain articles about the greater transparency of MNEs in terms of respecting human rights and the environment. A GIT would have to be addressed to both states and corporations. It should be said that MNEs have evolved over time, as information about their activities abroad have become public. Many companies have introduced internal codes to deal with ethical issues, some companies have started to cancel contracts if they are based on child labour, etc. Worth noting too is the UN framework under the title "Protect, Respect and Remedy" which was adopted in 2011.<sup>30</sup> The classic debate about whether MNEs should be self-regulated or not is very extensive for the purpose of this essay.<sup>31</sup> Suffice to say for the moment that there should be an international binding treaty which would address the problems identified above, open opportunities for investment in them, and provide legal certainty and clarity. The bottom line is that the state should provide a binding legal framework for the operations of MNEs, while matters of internal organization and practice will be left for industry self-regulation. The most important point in this discussion is the non-accountability of MNEs. In a democratic society, the power originates from people and belongs to people, who elect their representatives to organise society. MNEs lack democratic legitimacy and cannot, in the author's view, regulate themselves. In particular, it is worth mentioning the "free rider" problem. This means that those MNEs investing more time and money in human rights protection would be at a competitive disadvantage in relation

---

Subedi, S.P., 2007, *ibid.* p. 31., data retrieved from the Oxfam International, *Rigged rules and double standards: trade, globalisation, and the fight against poverty*, 191-193. Another example is the case where *Bristol-Myers Squibb* (HIV/Aids drug) “held exclusive manufacturing rights at a price that could not be afforded by millions of sufferers in developing countries”, -*Subedi*, 11.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>30</sup> “Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie – Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework”, UN General Assembly, Human Rights Council, A/HRC/17/31, 21 March 2011.

<sup>31</sup> More also in *Muchlinski, P.T.*, 1998, 31-47; *Malanczuk, P.*, 1998.

to those investing less. Therefore, they may lose business opportunities. They are private persons engaged in lawful private activities and have no wider public responsibilities, but to obey the law. A GIT would put all corporations in an equal position. Furthermore, a single legal framework for investment would be more coherent and simpler to follow.

#### **4. THE DRAFTING PROCESS AND THE PENHOLDER**

When an international treaty is concluded, it needs to be either incorporated into laws (dualist concept), or it automatically becomes law after ratification in the national parliament (monist concept). Thus, the process of acceptance into domestic jurisdiction varies depending on whether a country has adopted a dualist or a monist concept of international law. In practice, states generally abide by international treaties. On the contrary, non-binding legal instruments represent more promises than action, as their character is of moral value only (for example, the MDG<sup>32</sup>). The author believes that a GIT should be legally binding under international law, reflecting a sincere commitment to positive social change.

The author proposes setting up an international working group under the auspices of the UN, which would equally represent all countries of the world. It would have to be transparent and open to receive comments from various interest groups, in order to consider all perspectives. This is usually done in the form of public consultations. In order to include a wider public into discussions, good quality analysis and synthesis of information is key, along with reasonable deadlines for submitting papers. The future belongs to everyone, so everybody should be able to comment and participate. It is essential to nominate the UN as the penholder of this project, considering its wide mandate<sup>33</sup> and equal representation of states.<sup>34</sup> The WTO should not

---

<sup>32</sup> United Nations Millennium Development Goals; available at: <http://www.unmillenniumproject.org/goals/index.htm>. [17.10.2015.] For more about this topic in *Subedi, S.P.*, 2007, *International Economic Law – International monetary and development law and policy*, Section B, 23-24.

<sup>33</sup> UN Charter, 1945, “Article 1. The purposes of the United Nations are: 3. to achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social...etc. character...Article 55: With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote: a. higher standards of living, full employment, and conditions of economic and

lead since it is not a development agency, nor is it designed to promote international justice in the wider sense of the term. However, a link of cooperation between the UN and the WTO should be established; for instance, between the UN Working Group on the Right to Development and the WTO's Trade and Development Committee. Further cooperation between other institutions as well would be highly beneficial, keeping in mind that the final penholder and decision maker is the UN.

## 5. FURTHER THOUGHTS

While drafting a GIT, it would be interesting to explore other ideas as well. For instance, there is a similar legal ground as that in the MDG 8 in Article 4 of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC)<sup>35</sup>, which emphasizes “international cooperation”<sup>36</sup>, seeking to develop a concept of international responsibility for child poverty alleviation beyond state borders, which is consistent with the principle of the best interests of the child.<sup>37</sup> This international cooperation should also be inserted into a GIT. For example, it may be inserted into the text of a GIT that a fixed amount or a small percentage of investment must be transferred to a special international fund created by the GIT, which would be tasked with eradicating child poverty. With this money, houses or institutions can be built and equipped for life and quality education for orphaned children

---

social progress and development; b. solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation”.

<sup>34</sup>Subedi points out: “What is needed is a comprehensive international treaty on foreign investment prescribing uniform standards of treatment of foreign investors in the host countries, and the UN should be the organization to lead the way on this matter”, in *Surya P. Subedi, S.P., 2006, The Challenge of Reconciling the Competing Principles within the Law of Foreign Investment with Special Reference to the Recent Trend in the Interpretation of the Term “Expropriation”, 141.*

<sup>35</sup> UN Convention on the Right of the Child, 1989

<sup>36</sup> Article 4: “States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation.”

<sup>37</sup> More in UN Committee on the Rights of the Child, General Comment Nr. 5. Also, see in *Van Bueren, G., 2008, Committee on the Rights of the Child in Longford (ed.) Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law, 573.* For more about this topic see in *Van Bueren, G., 2006, International Rights of the child – Combatting child poverty, Section D, with Recent developments 2011, University of London.*



provided. The author would like to remind the reader that, according to Article 27 of the CRC, there is a tripartite responsibility for ensuring an adequate standard of living, shared by the family, state and international community. The legal basis for such a standard can also be found in the ICESCR (Articles 2 and 10.3.)

There is another argument for concluding a GIT, which is connected with the contemporary<sup>38</sup> topic of economic migrants. In light of the significant differences between developed and developing countries, the numbers of economic migrants are likely to rise in the future. This calls for a concerted approach by the international community aimed at balanced economic growth worldwide. Development economics is going to play an important role in finding suitable solutions within an appropriate legal framework.

## **6. CONCLUSION**

As the title of this paper says – our future is in the eye of the beholder. Who that beholder will be is going to make all the difference. The reality is that any idea or undertaking is being scrutinised through the eyes of the particular interests of an individual or a group. The highest ethical goal of attorneys at law is to find legal solutions which are in the best interests of their clients only. Finding legal solutions which are in the best interests of all people is intellectually and ethically more challenging, and requires a broader perspective and a higher level of creativity. We live in a highly cosmopolitan world, interconnected with modern technologies and financial interests, which makes partial solutions not feasible. Public international law should offer new guidance in the creation of global solutions. Innovative legal thinking is needed, supported by expertise from different specialist areas, especially development economics. It is necessary to focus on how to connect the two groups: developed countries looking for new markets and investment opportunities, and developing countries in need of growth in order to change the lives of its citizens through job creation. The conclusion of a GIT would open new investment opportunities worldwide and provide an organised framework for development. It would offer a clear and harmonised vision for global investment, with more legal certainty for

---

<sup>38</sup> ”Europe migrant crisis:EU to speed up deportations of economic migrants in bid to reduce numbers”; available at: <http://www.abc.net.au/news/2015-10-09/eu-to-speed-up-deportations-to-tackle-migrant-crisis/6842882> [17.10.2015].

investors. A GIT might also be an instrument for addressing the problem of child poverty worldwide. Our future is in the eye of the United Nations as the beholder. Its wide mandate and equality of votes will ensure an appropriate context for creating a fairer international investment regime.

#### **LITERATURE:**

1. Griswold, D., (1998). Exporting Fair Play With a Global Investment Treaty, commentary, Cato Institute. Washington DC. (link to web site below).
2. Lowenfeld, A. F., (2008). International Economic Law, Second Edition, Oxford University Press Inc. New York.
3. Malanczuk, P., (1998). Globalization and the future role of sovereign states, in Weiss, F., et al. (eds), International economic law with a human face, Kluwer Law International, The Hague, 45-65.
4. Peter T. Muchlinski, P. T. (2001). Human rights and multinationals: is there a problem?, Royal Institute of International Affairs, Vol 77, I, 31-47.
5. Salacuse, J. W., (2010). The Emerging Global Regime for Investment, Harvard International Law Journal, Vol 51, 2010, 427 – 473.
6. Senona, J. M., (2009). EPAs and the Doha round: development or discontent, Journal of International Trade Law&Policy, 8 (1), 60-83.
7. Smith, F., (2007). Non-trade concerns and agriculture in a post-Doha environment: thinking outside the green box, Environmental Law Review, 9 (2), 89-115.
8. Subedi, S. P., (2006). The Challenge of Reconciling the Competing Principles within the Law of Foreign Investment with Special Reference to the Recent Trend in the Interpretation of the Term “Expropriation”, The International Lawyer, Vol. 40, No. 1, 121-141.
9. Subedi, S. P., (2007). International Economic Law – Evolution and Principles of International Economic Law, Section A, University of London, Queen Mary & University College London, University of London Press. London.
10. Subedi, S. P., (2007). International Economic Law – International monetary and development law and policy, Section B, Revised edition, University of London, Queen Mary & University College London, University of London Press. London.
11. Subedi, S. P., (2007). International Economic Law – Regulation of Foreign Investment, Section C, Revised edition, University of London, Queen Mary & University College London, University of London Press. London.
12. Subedi, S. P., (2010). International Investment Law – Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon.
13. Subedi, S.P., (2006). The notion of free trade and the first ten years of the World Trade Organisation: how level is the “level playing field”? The Netherlands international law review vol. LIII:273-296.
14. Subedi, S.P., (2007). International Economic Law – Public International Law of Trade, Section D, Revised edition, University of London, Queen Mary & University College London, University of London Press. London.
15. University of London International Programmes (2011). International rights of the child – Recent developments 2011, University of London. London.
16. University of London International Programmes (2013). International economic law – Recent developments 2013, University of London. London.

17. Van Bueren, G., (2006). *International Rights of the child – Combatting child poverty*, Section D, University of London, Queen Mary & University College London, University of London Press. London.
18. Van Bueren, G., (2008). *Committee on the Rights of the Child in Longford* (ed.) *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge University Press, p. 569 - 591. Cambridge.
19. Van Harten, G. & Porterfield, M.C. & Gallagher, K.P., (2015). *Investment Provisions in Trade and Investment Treaties*, Boston University, Pardee School of Global Studies, Pardee Center for the Study of the Longer-Range Future, Center for Finance, Law & Policy, A Global Economic Governance Initiative Policy Brief, September 2015, Issue 005.
20. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty: Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of (Country) Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.
21. Doha Ministerial Declaration of the WTO of November 2001.
22. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1994.
23. Oxfam International, *Rigged rules and double standards: trade, globalisation, and the fight against poverty*, Oxfam, Oxford, 2002.
24. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie – *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*”, UN General Assembly, Human Rights Council, A/HRC/17/31, 21 March 2011.
25. UN Charter, 1945.
26. UN Committee on the Rights of the Child, General Comment Nr. 5.
27. UN Convention on the Right of the Child, 1989.
28. UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966.
29. United Nations Millennium Development Goals, 2000.

**Web pages:**

30. UNCTAD database of International Investment Agreements, <http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20%28IIA%29/IIA-Tools.aspx> (17.10.2015.);
31. Marrakesh Agreement Establishing the WTO, [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm) (17.10.2015.);
32. WTO, Fact file, [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/whatis\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm) (17.10.2015.);
33. Griswold, D., commentary, Cato Institute, [www.cato.org/publications/commentary/exporting-fair-play-global-investment-treaty](http://www.cato.org/publications/commentary/exporting-fair-play-global-investment-treaty) (17.10.2015) ;
34. UNCTAD Press Release, <http://unctad.org/en/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=143> (17.10.2015.);
35. OECD, statistics, <http://www.oecd.org/corporate/mne/statistics.htm> (17.10.2015);
36. U.S. Department of State, *Diplomacy in Action, Bilateral Investment Treaties*, <http://www.state.gov/e/eb/ift/bit/> (17.10.2015.);
37. UNDP, Multidimensional Poverty Index, <http://hdr.undp.org/en/content/multidimensional-poverty-index-mpi> (17.10.2015); <http://hdr.undp.org/en/content/table-6-multidimensional-poverty-index-mpi> (17.10.2015.);

38. UN Millennium Project, <http://www.unmillenniumproject.org/goals/index.htm> (17.10.2015.);
39. Europe migrant crisis article, <http://www.abc.net.au/news/2015-10-09/eu-to-speed-up-deportations-to-tackle-migrant-crisis/6842882> (17.10.2015.).

## Sažetak

---

### NAŠA JE BUDUĆNOST U OČIMA PROMATRAČA – INICIJATIVA ZA GLOBALNI INVESTICIJSKI MEĐUNARODNI UGOVOR

*Postojeći međunarodni investicijski režim nije utemeljen na multilateralnoj međunarodnoj organizaciji. Autorica se zalaže za sklapanje pravno obvezujućeg globalnog investicijskog međunarodnog ugovora (GIT) pod okriljem Ujedinjenih nacija (UN). Široki mandat i jednakost glasova u UN-u, omogućit će odgovarajući kontekst za stvaranje pravičnijeg investicijskog režima, balansirajući između snažnih kapitalističkih težnji i suvremenog pogleda na društvenu pravednost. Postojanje takvog međunarodnog ugovora prvenstveno će značiti njegovu sustavnu implementaciju diljem svijeta, te dati potreban kontekst, resurse i forum za diskusije. GIT bi trebao istaknuti pravo na razvoj, konsolidirati i harmonizirati glavne principe međunarodnog prava ekonomije s ostalim principima međunarodnog prava, te uspostaviti međunarodni investicijski sud. Jednako tako, GIT bi trebao promicati investicije i društvenu odgovornost multinacionalnih kompanija. Sklapanje GIT-a otvorilo bi nove investicijske mogućnosti diljem svijeta, te dalo organizirani okvir za razvoj, s više pravne sigurnosti za ulagače. Međunarodno javno pravo treba ponuditi novi smjer.*

**Ključne riječi:** globalni investicijski međunarodni ugovor; međunarodno pravo ekonomije; međunarodno pravo; investicija; razvojna ekonomija; borba protiv siromaštva.