

**GODIŠNJAK AKADEMIJE PRAVNIH ZNANOSTI HRVATSKE
CROATIAN ACADEMY OF LEGAL SCIENCES YEARBOOK
Vol. IV
Broj 1/2013**

Nakladnik/Publisher

AKADEMIJA PRAVNIH ZNANOSTI HRVATSKE

Uredništvo/Editorial Board: prof.emerit.dr.sc. Željko Horvatić, 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

Izvršna urednica/Executive Editor: doc.dr.sc. Anna-Maria Getoš

Tajnica/Secretary: Marta Dragičević Prtenjača, dipl.iur.

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: godisnjakapzh@net.hr

ISSN 1847-7615

UDK 34.01(051)(497.5)

SADRŽAJ

IZLAGANJA I RADOVI SA ZNANSTVENOG SKUPA „USUGLAŠAVANJE HRVATSKOG PRAVNOG SUSTAVA S EUROPSKOM PRAVNOM STEČEVINOM“

Lovran, 4.-5. listopada 2012.

Željko Horvatić

„Pravni sustav“ Europske unije i pravni temelj njegovog utjecaja
na pravne sustave država članica Europske unije

Srećko Jelinić

Opća načela prava – kriteriji o pravnim vrijednostima
– pedoaje za dosljednu primjenu -

Mira Alinčić

Zaštita prava na sklapanje braka i osnivanje obitelji u europskim
dokumentima o ljudskim pravima i u nacionalnim zakonodavstvima

Aleksandra Korać Graovac

Hrvatsko obiteljsko pravo pred Europskim sudom za ljudska prava

Damir Primorac

Istraga u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu *de lege lata* i *de lege ferenda*

Dubravka Hrabar

Nova procesna prava djeteta - europski pogled

Irena Majstorović

Europski pravni kontekst i značenje za hrvatsko materijalno obiteljsko pravo

Nikoleta Radionov

Transportna zajednica: pozadina i izazovi

Hrvoje Arbutina

Usklađivanje hrvatskog prava s pravom Europske unije u području
razmjene informacija o izravnim porezima i porezima na premije
osiguranja između poreznih administracija zemalja članica

Maja Munivrana Vajda

Novi Kazneni zakon u svjetlu pristupanja Europskoj uniji: inkriminiranje
govora mržnje i nekih drugih oblika rasizma i ksenofobije

Emilia Mišćenić

Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj

RADOVI

Vanja-Ivan Savić

Pravne osobe u islamskom pravu

PRIKAZI

Tea Antolčić

Reana Bezić

Tamara Brborović

Tea Šimić

XXV. Redovito savjetovanje Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu: *Novo hrvatsko kazneno pravo i pravosuđe pred vratima europske unije – novi izazovi i stari problemi u kontekstu dovršenih pregovora i (još uvijek) nedovršene reforme*

Opatija, 6.-8. prosinca 2012.

Emanuel Matešić

Ivana Zelić

I. Godišnji kolokvij o suzbijanju trgovanja ljudima:

„Vae victi(m)s? Izgrađivanje pristupa suzbijanju trgovanja ljudima s naglaskom na ljudskim pravima

Zagreb, 22. ožujka 2013.

**IZLAGANJA I RADOVI
SA ZNANSTVENOG SKUPA**

„PRAVNI SUSTAV“ EUROPSKE UNIJE I PRAVNI TEMELJ NJEGOVOG UTJECAJA NA PRAVNE SUSTAVE DRŽAVA ČLANICA EUROPSKE UNIJE

Uvodno obraćanje sudionicima znanstvenog skupa APZH, 4. i 5. listopada 2012., Lovran

1. UVODNE NAPOMENE

Naslov ovog izlaganja, kako ga ja tumačim, zbog upotrijebljenih navodnika, imperativno sugerira potrebu znanstvene analize: a/ o postojanju pravnog sustava tog i takvog ujedinjenja određenog broja država i b/ ako bi odgovor na pitanje pod a/ bio potvrđan, o pravnoj opravdanosti i dometu utjecaja tog sustava na pravne sustave suverenih država koje su toj zajednici pristupile (bolje reći: koje su primljene u tu zajednicu). Namjera rasprave o tome nastala je istovremeno s mojom inicijativom za održavanje znanstvenog skupa povodom desetogodišnjice djelovanja Akademije pravnih znanosti Hrvatske, o usuglašavanju hrvatskog pravnog sustava s europskom pravnom stečevinom. To zbog toga jer sam tada smatrao da bi pomnom analizom valjalo prvenstveno utvrditi da li skupina enormnog broja pravila ponašanja država članica EU koja se naziva pravnom stečevinom Europske unije (franc. *acquis communautaire*) ima značajke pravnog sustava te Unije te kako je i po kojim standardima međunarodnog i ustavnog prava ostvareno, i još se ostvaruje, usuglašavanje hrvatskog pravnog sustava s tom stečevinom (*apropos* enormnosti pravila ponašanja u EU, podatak s Eurolex web stranice najnovijeg datuma da od 1951.g do danas to tzv. - pravo EU / doslovno: „*european union law*“ sadrži 3.650.000 dokumenata!!). Priznajem da je moja namjera tada bila dosta ambiciozna, jer sam vjerovao da ću napisati, po znanstvenim kriterijima, zadovoljavajući rad o tom pitanju, ali ograničeno vrijeme i druge okolnosti reducirale su tu namjeru samo na obraćanje ovom skupu s nekim od fragmenata ranije planiranog teksta.

2. PRAVNE ZNAČAJKE EUROPSKE UNIJE.

Kad sam odlučio barem malo bolje sagledati i analizirati svoje probleme u shvaćanju odnosa prava ili čak pravnog sustava EU i pravnog sustava Republike Hrvatske, kao očekivano 28. članice, i bilo koje već ranije pridružene, ujedinjene države članice u toj integraciji, smatrao

* Prof.emerit.dr.sc. Željko Horvatić, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u.m. i predsjednik Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

sam potrebnim, za početak, prema postojećim izvorima i manje-više neprijepornim tumačenjima njihovih sadržaja, pravno definirati tu integraciju. U istom nastojanju većina autora, opširno ili lapidarno, opisuje povijest nastanka i razvijanja Unije u razdoblju koje počinje neposredno nakon II. svjetskog rata do danas (u jednom od tih tekstova nalazimo podnaslov: „Od Pariza do Lisabona preko Rima, Maastrishta, Amsterdama i Nice“ (K.D. Borchardt „Abeceda prava Europske unije“, internet, str. Delegacije EU u RH/). Ja sam skloniji ovoj kronologiji događaja koja započinje s govorom *W. Churchilla* 1946.g. u Zurichu i njegove vizije: *"We must build a kind of United States of Europe..."* („Ako želimo izgraditi Sjedinjene Europske Države, ili kako god da se zovu, moramo početi sada....“) i završiti je izjavom Predsjednika Europske Komisije, *Jose Manuel Barrosa*, prije nekoliko dana, da EU valja smatrati „federacijom nacionalnih država“ i da je: „Za takvo stvaranje federacije potreban nov ugovor umjesto onoga iz Lisabona“/ Podv. Ž.H.). Bez obzira na takvu želju, namjeru i najavu aktualnog Predsjednika Komisije, zbog kojih bi trebalo raspravljati ne samo o Lisabonskom ugovoru već i o političkim potrebama i pravnim mogućnostima njegovih promjena radi ostvarenja tendencija federalizacije EU i time, neminovno, daljnjih redukcija suvereniteta država članica te tvorevine, ovo izlaganje ograničit ću samo na, po svom izboru, važne fragmente analize sadašnjih pravnih i političkih karakteristika EU. Prije opisa tih karakteristika uobičajeno je i korisno, barem lapidarno, opisati povijest te tvorevine. U opisu te povijesti nije sporno da je nakon strahovitih posljedica II. svjetskog rata, prema zamisli *Jeana Monneta* jedini učinkoviti način za uspostavljanje trajnog mira u Europi bila potrebna kontrola nad francuskom i njemačkom proizvodnjom ugljena i čelika pod zajedničkom upravom tzv. Visokog povjerenstva. Prijedlog je podržan od glavnih europskih vođa toga vremena, a prvi put je izložen javnosti 9. svibnja 1950. u govoru francuskog ministra vanjskih poslova Roberta Schumana. Taj je datum odabran kao "rođendan" EU i svake se godine slavi kao Dan Europe. Nedugo potom, Pariškim ugovorom, koji je potpisan 18. travnja 1951, a stupio je na snagu 23. srpnja 1952, osnovana je Europska zajednica za ugljen i čelik (EZUČ). Prve države članice bile su: Belgija, Francuska, Italija, Luksemburg, Nizozemska i Njemačka, a Monnet je imenovan njenim prvim Visokim povjerenikom. Nakon toga uslijedio je tzv. Rimski ugovor od 25.III. 1957. (stupio na snagu 1.I.1958) kojim je osnovana Europska zajednica (*European Community*). Od „zajednice“ do „unije“ proteklo je dosta vremena. Pojam „Europska unija“ (*European Union*) prvi se put pojavljuje tek četiri decenija kasnije u Ugovoru o Europskoj uniji (Maastricht - 7.II.1992) koji je stupio na snagu 1.XI.1993. godine. Tim se je ugovorom nadležnost Unije dijelila na tri područja (stupa): Prvi stup obuhvaćao je tri Zajednice: Europsku zajednicu za ugljen i čelik, Europsku ekonomsku zajednicu i Europsku zajednicu za atomsku energiju te jedinstveno tržište i jedinstvenu valutu. Drugi stup odnosio se na Zajedničku vanjsku i sigurnosnu politiku, a treći stup na Suradnju u pravosuđu i unutarnjim poslovima, odnosno suradnju policije i pravosudnih tijela u kaznenim pitanjima. (V. napr. „Dan Europe“ Ministarstvo za europske integracije RH, Zgb, 2002). Nakon brojnih pregovora i nekoliko pokušaja oblikovanja novog (ili preoblikovanja ranijih) ugovora koji bi s ustavopravnim karakteristikama riješio sporna pitanja o stalnoj tendenciji koncentracija isključivih ovlasti centralnim, zajedničkim tijelima te integracije, konačno je 13. prosinca 2007. u Lisabonu potpisan nov ugovor, smatran kao reformski „konsolidirani tekst ugovora iz Maastrichta“. On je, nakon ratifikacija u svim državama članicama (tada već njih 27), stupio na snagu 1. prosinca 2009. Istovremeno je „konsolidiran“ i tekst Rimskog ugovora, koji je preimenovan u Ugovor o funkcioniranju Europske unije. (v.: *D. Rudolf*, „Lisabonski ugovor EU“, Adrias, Zgb, Split, 2009. str. 23. i dr.). Time su novim pravnim temeljem Europske unije postala i sada su na snazi dva izvora: Ugovor o Europskoj uniji i Ugovor o funkcioniranju Europske unije koja po čl. 1. stavak 3. Ugovora o EU „imaju jednaku pravnu vrijednost“. Toliko, ukratko, o povijesti te tvorevine do aktualnog Ugovora o EU kojim „visoke ugovorne strane međusobno osnivaju Europsku uniju na koju države članice prenose

nadležnosti za postizanje zajedničkih ciljeva“ (članak 1. Ugovora) / Podv. Ž.H./ i Ugovora o funkcioniranju EU koji u članku 2. stavak 1. propisuje: „Kad se Uniji ugovorima daju isključive nadležnosti u određenom području, samo Unija može izrađivati i donositi pravno obvezujuće akte, dok države članice to mogu činiti samostalno samo ako ih za to ovlasti Unija ili radi provedbe akta Unije.“ (Podv. Ž.H.) Tome, radi potpunijeg opisa, treba dodati da je po stavku 4. istoga članka „Unija .. u skladu s odredbama Ugovora o Europskoj Uniji nadležna za utvrđivanje i provedbu zajedničke vanjske i sigurnosne politike, uključujući i postupno oblikovanje zajedničke obrambene politike“, te da su člankom 3. posebno i izričito definirana područja isključive nadležnosti: carinska unija, pravila o tržišnom natjecanju, monetarnoj politici za eurozonu, očuvanje morskih bioloških resursa i zajednička trgovinska politika. Iako bi se ovom izboru teksta iz Ugovora, opravdano, mogla prigovoriti fragmentarnost, nepotpunost i nepovezanost s ostalim relevantnim propisima iz ova dva temeljna pravna izvora o pravnim značajkama EU, smatram da se, već s ovim primjerima, može konstatirati da su u pravu oni koji smatraju da je: „Europska unija jedinstvena nadnacionalna integracija europskih demokratskih država okupljenih s ciljem promicanja mira i blagostanja“ koja „nije federalna država kao što su to SAD, niti je međunarodna organizacija za suradnju između vlada kao što su to Ujedinjeni narodi.“ (v. I. Koprić i dr.: Europski upravni prostor, Zgb, 2012, str. 1). O posebnostima te integracije suglasan sam i s ocjenom da „ono što je potpuno novo u Europskoj Uniji i što je razlikuje od uobičajenih međunarodnih udruženja država je to što su države članice prepustile neka od svojih suverenih prava Europskoj uniji i na nju prenijele ovlasti da djeluje neovisno. U izvršavanju tih ovlasti EU može donositi suverene akte koji imaju jednaku snagu kao i zakoni u pojedinim državama“ (K.D. Borchardt, „Abeceda prava Europske unije“, internet, str. Delegacije EU u RH) (Podv. Ž.H.) Od značenja za pokušaj definiranja pravnog karaktera su ove integracije i ove konstatacije: „ Europska unija više je od konfederacije država, ali nije ni federacija. Ona zapravo predstavlja novu strukturu koja ne pripada nijednoj tradicionalnoj pravnoj kategoriji. Njezin povijesno jedinstven politički sustav neprestano je evoluirao tijekom proteklih pedeset godina. (Pascal Fontaine) (Podv. Ž.H.) I još, svima, na internetu, dostupan opis iz EUROLEX-a : “*The EU is therefore neither an international organisation in the usual sense nor an association of states, but rather an autonomous entity somewhere in between the two. In legal circles, the term ‘supranational organisation’ is now used.*” (Podv. Ž.H.) Uzimajući u obzir navedene ocjene o političkim i pravnim značajkama EU kao nedvojbeno originalnoj *sui generis* zajednici suverenih država, upravo ovaj posljednji opis te zajednice kao „supranacionalne organizacije“ ili kako se u jednom ranije citiranom izvoru opisuje kao „jedinstvena nadnacionalna integracija“, smatram zanimljivom i provokativnom polaznom osnovom za raspravu o sadržaju i značajkama „pravnog sustava“ Europske unije. No prije toga, radi potpunije informacije o tim značajkama EU i „dometu“ njene moći u odnosu na tradicionalne sadržaje suvereniteta država njenih članica, dozvoljavam si citirati neke opservacije o sadašnjosti i budućnosti te tvorevine. Pritome svjesno i odlučno otklanjam etiketiranje tih mišljenja i njihovih autora „euroskeptičnima“, „eurofobičnima“ i sl. te ih prenosim samo kao neke od mogućih mišljenja o značajkama Europske unije i praktičnih posljedica primjene njenog „pravnog poretka“. Tako, primjerice, još prije „Lisabonskog ugovora“, predsjednik Republike Češke Vaclav Klaus 1. ožujka 2005. u češkoj publikaciji *Livode Noviny* navodi deset argumenata protiv Ustava Europske unije. ("Deset točaka"). Upozorava da ulaskom u EU nacionalne države prestaju postojati, postaju regije ili provincije te gube suverenitet. On smatra da će „Europska unija postati država i imat će sve osnovne odlike jedne države. Imat će svoj ustav, svoje građane, svoj teritorij, svoje vanjske granice, svoju valutu, svoga predsjednika, svoga ministra vanjskih poslova itd. Imat će svoju zastavu, himnu i državni praznik. U toj novonastaloj državi federalnoga tipa, trenutne zemlje članice bit će obične regije ili provincije. Pojam zajedničkoga suvereniteta koji je dosad bio prevladavajući, u

današnjoj je staroj Europskoj uniji napušten i umjesto njega je stvoren nov *paneuropski suverenitet*. (Komentar po meni podv. dijela citiranog teksta: Kako je dobro *Vaclav Klaus* predvidio nedavnu najavu daljnjeg razvitka EU predsjednika njene Komisije *Barrosa!*) Iz opisa stajališta tzv. „euroskeptika“ s internetske stranice našeg Ministarstva vanjskih i europskih poslova prenosim ovaj dio:

„Europskoj uniji je dana prevelika moć. Europska unija nastala je kao zajednica zemalja koje imaju zajedničke ekonomske interese, no s vremenom se razvila u političku uniju. Samim time na sebe je preuzela donošenje odluka koje bi, prema mišljenju euroskeptika, trebale donositi članice samostalno. To je tako od 1992. godine, kada je potpisan Ugovor iz Maastrichta, kojim su ovlasti Europske unije proširene na nova područja. Mnoga pravila koja nameće Europska unija trebala bi vrijediti jednako za sve zemlje članice, no pritom često nisu u obzir uzete mnoge povijesne i kulturološke razlike. Nacionalnim parlamentima nije ostavljena mogućnost da o tim pravilima raspravljaju niti da ih propitkuju. Europska unija je nedemokratska. Europska unija ima ogromnu moć, no za svoje odluke i postupke ne odgovara nikome. Većina odluka nastaje i donosi se unutar Europske komisije, čiji članovi nisu izabrani standardnim demokratskim postupkom. Isti je slučaj i s birokratskim sustavom i administracijom unutar Europske unije.“

3. SAŽETAK RASPRAVE O PRAVU EUROPSKE UNIJE

Siguran sam da mi se opravdano može prigovoriti što u ovom odjeljku o pravu EU, na samom početku, citiram dio iz *Klausovih* opservacija. No upravo one koje se tiču prava EU valja djelomično ili potpuno odbaciti ili razumno, *cum grano salis*, uzeti u obzir pri analizi drugih, u nastavku citiranih opservacija o pravu EU. Tako on između ostalog piše: „Države u novoj Europskoj uniji gube svoje, dosad, ekskluzivno pravo za stvaranje svojih vlastitih zakona. Ustav države Europske unije bit će nadređen ustavima zemalja članica. Čak će i cjelokupni pravni poredak EU biti nadređen pravnom poretku zemalja članica. Zemlje članice moći će primjenjivati one ovlasti koji će im EU prepustiti, a ne obratno, što je bila izvorna ideja europskih integracija. Izvedene (sekundarne) zakonske odluke Europske unije bit će nadređene izvornim (primarnim) zakonskim odlukama zemalja članica.“ Uzimajući ih u obzir, ili posve neovisno o navedenim predviđanjima *Vaclava Klause* i drugih, kako ih se etiketira, „euroskeptika“, posve se opravdano može smatrati da je pravo EU „utemeljeno Osnivačkim ugovorima autonomni pravni poredak različit od pravnih sustava država članica, ali i pravnog poretka međunarodnog prava“. To zbog toga jer: „Države članice kroz Osnivačke ugovore prenose svoje regulatorne ovlasti na institucije Unije, a na temelju tih prenesenih ovlasti institucije Unije autonomno uređuju pravne odnose na europskoj i nacionalnoj razini, neovisno o državama članicama. Zbog njegove specifične prirode, pravni sustav EU najčešće se predstavlja kao pravni sustav *sui generis* koji se razvijao i prilagođavao potrebama i posebnostima europske integracije. Pravo EU obuhvaća sve pravne norme sadržane u Osnivačkim ugovorima ili donesene na temelju Ugovora, a ukupnost tih pravnih normi naziva se *pravnom stečevinom Europske unije* (franc. *acquis communautaire*)(*I.Koprić* i dr., *Europski upravni prostor*, Zgb, 2012, str. 70.) (Podv. Ž.H.) Ako bismo „pravni poredak“ za ovu raspravu smatrali „pravnim sustavom“, onda bi se, već na temelju ovog citata, moglo smatrati odgovorenim na pitanje o tome da li EU ima svoj pravni sustav. Time bi bili opravdano otklonjeni svi razlozi za stavljanje tog pojma u navodnike, kako to ja činim u naslovu ovog izlaganja. To tim više što nastojanja da se pravo EU opisuje i kao pravni sustav sa svim njegovim karakteristikama potpunog i cjelovitog pravnog reguliranja svih, u suvremenim civiliziranim društvenim zajednicama, međusobnih odnosa članova tih zajednica,

nalazimo i u drugim izvorima analize tog prava. Tako, primjerice, o „Pravu EU“, upravo pod tim naslovom, na internetskoj stranici Delegacije EU u RH možemo pročitati:

“Europska unija je nova tvorevina koja se razlikuje od prethodnih nastojanja za ujedinjenjem Europe u tome što djeluje putem zakonodavstva. Zakonodavstvo mora uspjeti tamo gdje stoljećima nesmiljena uporaba sile nije uspijevala. Jedino se od jedinstva temeljenoga na slobodno donesenim odlukama može očekivati da traje: jedinstvo temeljeno na vrijednostima kao što su sloboda i jednakost koje su zaštićene i provedene u stvarnost putem zakonodavstva.“

To je pozadina ugovora kojima su stvorene Europske zajednice i Europska unija. EU ne samo da je nastala temeljem zakona, ona također provodi svoje ciljeve isključivo putem zakona. To je zajednica koja se temelji na zakonu. Zajednički gospodarski i socijalni život građana u državama članicama uređen je zakonima Zajednice. To je osnova institucionalnoga sustava. On propisuje postupke za donošenje odluka od strane institucija Zajednice i uređuje njihove međusobne odnose. On pruža institucijama sredstvo "u obliku propisa, općih odluka EZUČ-a, direktiva, preporuka EZUČ-a i pojedinačnih odluka" za provedbu pravnih instrumenata koji obvezuju države članice i njihove građane. Tako su potrebe pojedinca u samom središtu interesa Zajednice. Njezin pravni poredak izravno utječe na svakodnevni život pojedinca u sve većem opsegu. On mu daje prava i nameće mu obveze, tako da je kao građanin svoje države i Zajednice uređen hijerarhijom pravnoga poretka, pojava koja je poznata iz saveznih ustrojstava. Kao i bilo koji drugi pravni poredak, pravni poredak Zajednice pruža samostojeći sustav pravne zaštite i provedbe zakonodavstva Zajednice. Zakonodavstvo Zajednice također utvrđuje odnos između Zajednice i država članica EU. Države članice moraju poduzeti sve odgovarajuće mjere kako bi osigurale ispunjavanje obveza koje proizlaze iz Ugovora ili koje su rezultat akcija koje poduzmu institucije Zajednice. Cilj im je olakšati postizanje zadataka Zajednice i suzdržati se od bilo kakve mjere koja bi mogla ugroziti postizanje ciljeva Ugovora. Države članice odgovorne su građanima EU-a za bilo koju štetu koju uzrokuju kršenjem zakonodavstva Zajednice. (Podv. Ž.H.) Osim tog izvora, o tome osobito zanimljivo i argumentirano K. D. Borchardt u već ranije spomenutom tekstu „Abeceda prava Europske unije“ u predgovoru doslovno piše: “Pravni poredak koji je stvorila Europska unija već se ustalio u našem političkom i društvenom životu. Svake godine se na temelju Ugovora o Uniji donose tisuće odluka od odlučujućeg značenja za države članice Europske unije i za živote njenih građana... No nije lako shvatiti složeni ustroj Unije i njezin pravni poredak. To je djelomično i zbog formulacija u samim Ugovorima, koje ponekad znaju biti nejasne i imaju implikacije čiji značaj nije lako razumjeti. Dodatni su razlog neuobičajeni pojmovi iz Ugovora kojima se želi odgovoriti na nove situacije“. Ipak, nakon ovakve, kako ja razumijem, nepovoljne ocjene o vrijednosti i upotrebljivosti tog „pravnog poretka“ isti autor, kada ga opisuje u poglavlju „Pravni poredak Europske unije“ sa svim njegovim dometima, na države članice i do sada već na preko 500 milijuna njihovih građana, piše:

„EU nije samo tvorevina prava, već svoje ciljeve i ostvaruje isključivo putem prava. Europska je unija zajednica utemeljena na pravu. Zajednički gospodarski i društveni život naroda država članica nije uređen prijetnjom sile, nego zakonom Unije. To je temelj institucionalnog sustava. On propisuje postupak za donošenje odluka od strane institucija Unije i regulira njihov međusobni odnos. On institucijama osigurava sredstva - u obliku uredbi, direktiva i odluka - za donošenje pravnih instrumenata koji su obvezujući za države članice i njihove građane. Tako sami pojedinci postaju jedan od glavnih fokusa Unije. Njezin pravni poredak izravno utječe na njihov svakodnevni život u sve većoj mjeri. Daje im prava i nameće obveze, tako da su kao građani i svojih matičnih država i Unije vođeni hijerarhijom pravnih poredaka - što je fenomen poznat iz federalnih ustava.“ (Podv. Ž.H.) Moj komentar: Ponovno: EU je federacija !?!/ I dalje po Borchardu:

„Države članice moraju poduzeti sve odgovarajuće mjere kako bi osigurale ispunjenje obveza koje proizlaze iz Ugovora ili su rezultat djelovanja institucija Unije. One moraju omogućiti ispunjavanje zadataka vezanih za EU i suzdržati se od bilo kakve mjere koja bi mogla ugroziti ostvarivanje ciljeva Ugovora. Države članice su odgovorne građanima Europske unije za bilo kakvu štetu nastalu povredom prava Unije.“

Isti autor, nakon predočenja svih vrsta izvora prava Europske unije, konstatira da je *“razvijen niz instrumenata koji su institucijama Unije omogućili utjecaj na nacionalne pravne sustave u različitoj mjeri.“* Zatim nastavlja: *„Najdrastičnije djelovanje je zamjena nacionalnih propisa onima Europske unije.“* To se, po njemu, odnosi na Uredbe za koje bez okolišanja konstatira da su *„pravni akti koji omogućavaju Uniji da prodre najdublje u domaće pravne sustave.“* (Podv. Ž.H.). *„Odlikuju se dvjema karakteristikama koje nisu uobičajene u međunarodnom pravu. Prva je njihov karakter Zajednice, što znači da se isti zakon donosi za cijelu Uniju, bez obzira na međunarodne granice i u potpunosti se primjenjuje u svim državama članicama. Država članica nema pravo na nepotpunu primjenu uredbe ili na odabir tek onih odredaba koje su joj prihvatljivije, a kako bi osigurala da neki akt kojemu se usprotivila u trenutku njegova usvajanja ili koji se kosi s onim što ona smatra svojim državnim interesom ne dobije pravni učinak. Isto tako, država članica ne može u svom domaćem pravnom sustavu predviđati odredbe ili postupke kojima bi unaprijed isključila obvezu primjene uredbe. Druga je, izravna primjenjivost, što znači da se pravni akti ne moraju prenositi u nacionalno zakonodavstvo, već daju prava ili nameću obveze građanima Unije na isti način kao i nacionalno pravo. Države članice i njihove upravne institucije i sudovi izravno su vezani pravom Unije i moraju ga poštivati na isti način kao i nacionalno pravo. Sličnosti između ovih pravnih akata i zakona donesenih u državama članicama su očite. Ako je u njihovom usvajanju sudjelovao Europski parlament (prema postupku suodlučivanja), opisuje ih se kao „zakonodavne akte“. Parlament nema odgovornosti za uredbe koje je usvojilo samo Vijeće ili Europska komisija te im, barem što se tiče postupka, nedostaju osnovne karakteristike zakonodavstva ove vrste.“* (Ovdje sam odustao od upozoravanja na pojedine dijelove teksta podvlačenjem jer je njime u cjelovitosti i bez posebnih upozorenja potpuno jasno opisan odnos prava EU i pravnih sustava država članica.)

4. ŠTO SE MOŽE SMATRATI PRAVNIM SUSTAVOM EUROPSKE UNIJE?

Konzultirajući brojne izvore o pojmu, sadržaju i značajkama „pravnog sustava“ bilo kojeg od poznatih oblika državnih zajednica u suvremenom čovječanstvu, pa i kada se radi o savezima država s različitim načinima uređenja njihovih međusobnih odnosa, uvjerio sam se da se kao „pravni sustav“ smatra potpuna i cjelovita normiranost organizacije vlasti (u XXI. st. u najvećem broju državnih zajednica po načelu trodiobe) te najvažnijih prava i obveza građana u njihovim međusobnim odnosima i odnosima državnih vlasti prema njima i njih prema toj vlasti. Radi se o propisima koji su u međusobnom odnosu po načelu hijerarhije u kojoj je temeljni pravni akt ustav s manjim ili većim brojem zakona koje donosi najviša zakonodavna vlast (parlament) i podzakonskim aktima koje po ustavu i zakonima donose ovlaštena i nadležna tijela izvršne vlasti i lokane samouprave. Temeljna značajka tih propisa je njihova rasprostranjenost na sva područja društvenog života u kojima je to radi pravne sigurnosti građana i ostvarenja vladavine prava potrebno. Za obrazloženje ove značajke pravnog sustava nije na ovom mjestu potrebno nabrajati sve posebne dijelove tog sustava kao što su kazneno materijalno i procesno pravo, građansko materijalno pravo sa svojim dijelovima uz građansko procesno pravo, upravno pravo, trgovačko pravo, radno pravo, financijsko pravo... itd. itd. Za ovu priliku izostavit ću raspravu o tome da li Lisabonski ugovor zajedno s Ugovorom o funkcioniranju EU ima značajke ustava te zajednice. O tome je dostupna obimna literatura

brojnih autora koji su o toj temi raspravljali prije i poslije Lisabonskog ugovora. No bez obzira na mogućnost tvrdnji da taj ugovor ima ustavopravne značajke, za odgovor na pitanje postavljeno na početku ovog dijela uvodnog obraćanja potrebno je, bez odgode, konstatirati i upozoriti da „pravo EU“ kao skupini propisa iz dva temeljna Ugovora i onih koje su donijela tijela EU nedostaju značajni dijelovi koji su neizostavni za postojanje i djelovanje bilo kojeg pravnog sustava u suvremenom čovječanstvu. Pritome ne smijemo zanemariti očigledne tendencije za uspostavu što cjelovitijeg normiranja upravo od strane tijela EU. Tako, primjerice, kada se radi o jednom od tradicionalnih dijelova pravnog sustava, koji bezuvjetno i nesporno proizlazi izravno iz suvereniteta države, kaznenom materijalnom pravu, u potpunosti sam suglasan s ocjenom da je „Lisabonski ugovor bitno ojačao supranacionalne harmonizacijske ovlasti Europske unije u području kaznenog materijalnog prava. EU je naime tim ugovorom dobila ovlast da direktivama donesenima u redovnom zakonodavnom postupku uspostavlja minimalna pravila o opisima kaznenih djela i sankcija u područjima posebno teškog kriminala s prekograničnim obilježjem koje proizlazi iz prirode ili posljedica tih kaznenih djela ili iz posebne potrebe njihova sprječavanja na zajedničkom temelju“. U raspravi o novinama u Lisabonskom ugovoru o „supranacionalnoj harmonizaciji“ u kaznenopravnom segmentu, valja još uzeti u obzir ustanovljenje i djelovanje dviju nadnacionalnih ustanova: Europskog policijskog ureda /EUROPOL/ i EUROJUST radi suradnje u prevenciji i suzbijanju kriminala i pravosudne suradnje u suprotstavljanju teškim oblicima, posebno organiziranog kriminala, kao i stvaranja pravnih pretpostavki u primarnom pravu EU za ustanovljavanje Ureda europskog javnog tužitelja. (Iscrpno i argumentirano o tome v.: Z. Đurđević, Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi. H.L.J.K.P.P. Zgb, 2/2008) Nadalje i konstatacija koja se odnosi na sudbenu vlast, da „najveća promjena (u Lisabonskom ugovoru) vezana uz Europski sud jest da je njegova ukupna nadležnost proširena i na cijelo područje policijske i pravosudne suradnje, u kaznenim stvarima“. Posebice je važno da je Komisija stekla ovlast pokretati infrakcijski postupak protiv države koja ne provede akt usvojen u okviru navedenih politika, koji u krajnjem stadiju može završiti i pred Europskim sudom (T. Čapeta, Europska unija po Lisabonskom ugovoru, Hrvatska javna uprava br. 1/ 2010)

Da zaključim:

A/ Pravo EU moguće je definirati:

a/ samo kao pravo dva temeljna Ugovora i svih propisa koje donose tijela EU. (Tako i I. Koprić i dr. u ranije cit. radu potpuno istovjetno smatraju da “ Pravo EU obuhvaća sve pravne norme sadržane u Osnivačkim ugovorima ili donesene na temelju Ugovora, a ukupnost tih pravnih normi naziva se *pravnom stečevinom Europske unije*“ To pravo, kako sam ranije opisao, nema sve potrebne sadržaje da bi se moglo smatrati pravnim sustavom EU ili bilo koje organizirane društvene zajednice.

b/ pravo EU nisu samo temeljni ugovori i pravni izvori njenih tijela već i pravni sustavi svih njenih država članica.

Moj odabir je, bez dvoumljenja, u prilog tumačenja prava EU pod b/. Pravo EU, kako je opisano pod a/, i pravni sustavi svih država članica čine jedinstvenu cjelinu koja se s takvim sadržajem može smatrati pravnim sustavom Europske unije. (Ovaj put bez navodnika.) Međusobno usuglašavanje ili „harmoniziranje“ prava EU i prava država članica kontinuirani je proces s ciljem postizanja koherentnog, jasnog, zajedničkog i za sve države i njihove članice prihvatljivog sustava pravnih normi po kojima se odvija svakodnevni život u svakoj državi članici EU i toj zajednici država članica. Radi se o tome da najbolji dijelovi izvora prava EU i njezinih članica (sastavnih dijelova), ako već nisu, postanu zajednička pravna stečevina. Takav pravni sustav može biti cjelovit samo s onim dijelovima pravnih sustava

država članica koji su zbog posebnosti tih sastavnica Unije međusobno toliko različiti, koliko najbolje odgovaraju društvenim, kulturnim, gospodarskim i drugim osobitostima, ali nisu u suprotnosti sa, za sve države članice EU i njene građane, zajedničkim dijelovima. To bi onda mogao biti pravni sustav Europske unije kojim se ostvaruje jedinstvo u različitostima, a Europska unija i nakon Lisabonskog ugovora „tvorevina koje legitimitet počiva istovremeno i na državama članicama i na europskim građanima“ (T. Čapeta, Europska unija po Lisabonskom ugovoru, Hrvatska javna uprava br. 1/ 2010)

B/ Ako se pravni sustav EU tumači na pod A/ obrazloženi sadržaj pojma „zajednička stečevina Europske unije“, onda je pravni temelj utjecaja tog pravnog sustava EU na pravne sustave država članica Europske unije, pa tako i na pravni sustav Republike Hrvatske na opisani način međusobnih odnosa tih sustava, nesumnjivo politički i pravno neupitan. Ovako opisano tumačenje pravnog sustava EU, u kojem je sadržano, ili koje se sastoji od prava EU i pravnih sustava država članica, može biti poticaj za ponovnu analizu dosada konstatiranih značajki EU i odnosa država u toj zajednici uz moguće preformulacije „supranacionalnosti“, „moći pravnih akata koji omogućavaju Uniji da prodre najdublje u domaće pravne sustave“, pojma *federalizacije* EU i drugih konstatacija o političkim i pravnim značajkama EU danas i ubuduće. U tom slučaju bit će i manje uvjerljiva stajališta koja se etiketiraju kao „euroskeptična“, ali će i ona koja argumentirano smatraju da je pravo EU, kako se „proizvodi“ i primjenjuje, u funkciji pravno neutemeljene redukcije suvereniteta njenih država članica, biti manje opravdana.

Na kraju, ne preostaje mi drugo nego zamoliti za razumijevanje mojih ograničenih mogućnosti da prema standardima znanstvene analize, podrobnije i s više izvora i podataka, uspijem barem djelomično ostvariti svoju namjeru i potrebu opisa svih najvažnijih aktualnih pitanja, prvenstveno pravnih, ali nerazdvojno od njih, i političkih odnosa EU i država njenih članica, radi oblikovanja znanstveno upotrebljivih spoznaja o pravnom sustavu Europske unije i pravnom temelju njegovog utjecaja na pravne sustave njenih država članica. (V. naslov ovog teksta.) Siguran sam da će sudionici ovoga skupa bolje od mene doprinijeti znanstvenoj analizi svih relevantnih sadržaja koja se odnose na usuglašavanje hrvatskog pravnog sustava s europskom pravnom stečevinom postane 28. članica EU postane 28. članica EU. Kada Republika Hrvatska postane 28. članica EU, u što, unatoč još uvijek mogućih zapreka, ne treba sumnjati, vjerujem i nadam se da će članovi Akademije pravnih znanosti imati razloga još jednom, pa i više puta, raspravljati o ovoj, za mene i nadalje vrlo provokativnoj temi.

OPĆA NAČELA PRAVA – KRITERIJI O PRAVNIM VRIJEDNOSTIMA – PLEDOAJE ZA DOSLJEDNU PRIMJENU -

*Sudovi sude na temelju Ustava,
zakona, međunarodnih ugovora i
drugih važećih izvora prava“¹*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Nesumnjivo, uvodno citirana odredba imperativna je pravna norma, direktiva o kojoj se ne može sporiti. Prostor za više ili manje ekstenzivno tumačenje predstavlja zadnji dio cit. norme, koji upućuje na primjenu **važećih izvora prava** i na što je sve zakonodavac mislio upotrebom ove sintagme. Ovo pogotovo ako se ima u vidu ranije zakonske tekstove u kojima je stajalo samo da sudovi sude na osnovi ustava i zakona. Razmatranje (svih) važećih izvora prava izlazi izvan konteksta naznačenog raspravljanja u ovom radu, no unatoč tome cijeni se korisnim upozoriti na odredbu iz čl. 35 st.3 Zakona o sudovima prema kojoj je *pravno shvaćanje prihvaćeno na sjednici sudskog odjela Vrhovnog suda RH, Upravnog suda RH, Visokog upravnog suda RHG, Visokog prekršajnog suda RH, Visokog trgovačkog suda RH i županijskog suda obvezno za sva drugostupanjska vijeća ili suce pojedince toga odjela*. O stvarnom dosegu jednog ovakvog zakonskog određenja i u kolikoj mjeri ono mijenja u nas tradicionalni sustav i poimanje važećeg prava, približava ga nekim drugim sustavima (anglosaksonskom), te kako će utjecati na daljnji sustav izučavanje prava na pravnim fakultetima, čini nam se, još uvijek se nedovoljno raspravlja iako je zamjetna promjena odnosa prema sudskoj praksi kao vrele prava. To se osobito očituje u području zaštite ljudskih prava i uvažavanja prakse Europskog suda za ljudska prava,² ali i u brojnim drugim postupcima kada se stranke (uspješno) pozivaju na sudske rješidbe, poglavito viših sudova, kod sličnog činjeničnog supstrata i postavljenih pravnih pitanja. Dakako, to bi trebalo doprinijeti ujednačavanju sudske prakse i jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u

* Prof.dr.sc. Srećko Jelinić, redoviti profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta J.J.Strossmayera u Osijeku i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

¹ Isp. čl. 5 st.1. Zakona o sudovima (pročišćeni tekst, Narodne novine br. 122 od 3. XI 2010. g.)

² Na ovom mjestu navodimo predmet *Maresti v. Hrvatska* i presudu Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu od 25. VI 2009. g. kada je utvrđeno da se dva puta ne može biti suđen i kažnjen u istoj pravnoj stvari. Unatoč stanovitim primjedbama i na ovakvu odluku, ista se nakon njezinog donošenja u našoj sudskoj praksi često koristi i na nju poziva s ciljem izbjegavanja kaznene odgovornosti kada je okr. osoba prethodno već za isto djelo suđena u nekom drugom (najčešće prekršajnom) postupku za isto djelo, koje istovremeno čini i bića više vrsta kaznenih djela.

njegovoj primjeni.³ **Primjena općih načela prava u sudovanju** (odlučivanju o pravnim zahtjevima bez obzira koje tijelo o njemu odlučuje - upravni, sudovi ili drugi) nešto je što je izvan pitanja rada na ujednačavanju prakse u odlučivanju o postavljenim zahtjevima, već je **na tragu ostvarivanja pravne države i vladavine prava**. Općim načelima prava potrebno je priznati (ne samo u teoretskom pogledu već i u praktičnom pogledu) status obvezujuće norme (normi) jer se bez toga urušava cjelokupni pravni sustav, koji je utemeljen na općem načelu prava, a koje je konkretno u pitanju.

2. OPĆA NAČELA PRAVA I OSNOVNA NAČELA

Brojni su pozitivni propisi koji već i uvodno regulacijskim normama **daju pregled osnovnih načela** na kojima se normativni dio odnosnog propisa temelji ili zasniva. Tek kao primjer neka se naznače dva propisa: Zakon o obveznim odnosima⁴ ili Opći porezni zakon.⁵ Osnovna načela treba razlikovati od temeljnih odredbi⁶ ili zajedničkih odredbi, a koje u svom sastavu mogu sadržavati i opće odredbe.⁷ Riječ je o korištenju različitih termina (opća načela, osnovna načela, opća načela itd.), kod čega nije isključeno pogrešno svrstavanje određenog pravila pod opće načelo, osnovno načelo ili opću odredbu. Tako se, npr., pod zajedničkim naslovom Osnovna načela u Zakonu o obveznim odnosima navode odredbe o cilju i sadržaju zakona (čl. 1. - ?), o slobodi uređivanja obveznih odnosa (čl. 2.), ravnopravnosti sudionika u obveznom odnosu (čl. 3.), o dužnosti suradnje (čl. 4.), o načelu jednake vrijednosti činidaba (čl. 7.), ali i pravilo o primjeni običaja i prakse (čl. 12.) ili o pojmu trgovačkog ugovora (v. čl. 14.) itd. Nasuprot tomu Opći porezni zakon⁸ ne govori o općim odredbama, već o temeljnim odredbama u kojima ima jednu opću odredbu (čl. 1.), zatim odredbu o oblicima javnih davanja (čl. 2.) i o pojmu poreznog tijela (čl. 3.), dok u dijelu o načelima oporezivanja donosi odredbe o primjeni poreznih propisa (čl. 5.), o pravu na očitovanje (čl. 7.), o obvezi čuvanja porezne tajne (čl. 8.), o obvezi postupanja u dobroj vjeri (čl. 9.), o gospodarstvenom pristupu (čl. 10.) te o prividnim pravnim poslovima (čl. 11.). Tek površnim pregledom naznačenih pravnih normi lako je uočiti kako sadržaj nekih ne predstavljaju ni načela, ni opća pravila, neka su ili opća načela prava ili se takvima mogu smatrati. Očigledan „galimatijas“ ili zbrka⁹, koja tim više opravdava potrebu načelnog određenja što predstavljaju opća načela prava, dakako u kontekstu **njihove primjene u primjeni prava**, koliko i kako opća načela prava obvezuje sve one koji primjenjuju pravo, prethodno i na njihovo sagledavanje. Konačno, tu je i pitanje pravne posljedice neprimjene općeg (općih) načela. U cilju aktualizacije rasprave o primjeni općih načela prava možda najbolje svjedoči ovovremena rasprava u hrvatskoj javnosti o izmjenama međudioničarskog ugovora (sporazuma) iz 2009. godine između hrvatske Vlade i „strateškog partnera“ u Industriji nafte (Ina), Zagreb i mađarskog MOLA

³ Jedinstvena primjena prava i osiguravanje ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni temeljna je zadaća i Vrhovnog suda RH. Isp. čl. 24. st.1. t.1. Zakona o sudovima. Da je doista riječ o temeljnoj zadaći Vrhovnog suda, izvodi se zaključak već iz same činjenice što je ova zadaća navedena kao prva od četiri zadaće Vrhovnog suda RH prema čl. 24. Zakona o sudovima.

⁴ Isp. Narodne novine, br. 35/2005...., glava I., čl. 1-15.

⁵ Isp. Narodne novine, br. 127/2010...., čl. 5-11.

⁶ Npr. v. Opći porezni zakon, čl. 1-4.

⁷ Isp. npr. Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, 111/1993....čl. 1-10.

⁸ Ovaj zakon uz ZOO u ovom radu uzimamo kao dva najčešća i referentna zakona u kontekstu raspravljanja iako se usporedni primjeri mogu naći i u brojnim drugim zakonima.

⁹ O značenju riječi galimatias isp. *Klaić, B.* Rječnik stranih riječi, Nakladni zavod MH, Zagreb, 1980, str. 465.

kojim su prepuštena upravljačka prava mađarskom partneru (dioničar) u INI i iz koje je pritom trebalo izdvojiti (nerentabilno) plinsko poslovanje.¹⁰

3. ŠTO SU OPĆA NAČELA PRAVA?

Riječ je izabranim kriterijima i pravnim vrijednostima (pravnim principima), koji predstavljaju, kod sudske prakse i doktrine, autorizirane i legalne temelje za pravnu argumentaciju. Oni čine imanentni dio pozitivnog prava zajedno s principima (osnovnim načelima¹¹) koji su u njemu izričito formulirani.¹² Utilitarističko poimanje općih načela prava kroz njihovu praktičnu vrijednost u pravnoj argumentaciji tek je „jedna strana medalje“ o općim pravnim načelima. Na razini općih načela prava formuliraju se ideali tog prava, orijentacija u pravu, rukovodeće ideje u pravnom reguliranju. Na određeni način opća načela prava doimaju se kao „prazne formule“ koje nisu primjenljive same po sebi, već zahtijevaju kazuističku razradu. U doktrini međunarodnog prava često se naglašava i citira **čl. 38. st. 1. t. 3. Statuta Međunarodnog suda pravde** u kojem se propisuje: Sud, kojemu je zadaća da njemu podnesene sporove rješava po Međunarodnom pravu, primjenjuje (*inter alia*): c) *opća načela prava, priznata od civiliziranih naroda*.¹³ Opća načela prava na taj su način podignuta na razinu formalnog izvora prava o kojem sud mora i treba voditi računa. Iz ovakvog određenja zaključuje se kako bi neprimjena općih načela prava predstavljala **neprimjenu materijalnog prava**¹⁴. Posebno je pitanje utvrđivanje sadržaja općih pravnih načela odnosno njihove konkretizacije, a što može imati za posljedicu **pogrešnu primjenu materijalnog prava**. **Univerzalno priznavanje općih načela prava** nalazimo i u Rimskom statutu Međunarodnog kaznenog suda sa sjedištem u Haagu,¹⁵ koji u čl. 21. propisuje:

(1) Sud (*inter alia*)¹⁶ primjenjuje:

- (a) kao prvo, ovaj Statut, Obilježja kaznenih djela te svoja Pravila o postupku i dokazima;
- (b) kao drugo, kada je to svrhovito, primjenjive međunarodne ugovore, načela i pravila međunarodnog prava, uključujući i utvrđena načela međunarodnog prava oružanog sukoba;
- (c) **ako toga nema, opća načela prava** koja će Sud izvesti iz nacionalnih zakona pravnih sustava svijeta, uključujući, kada je to svrhovito, i nacionalne zakone država koje bi redovito

¹⁰ **Kaznenopravni aspekti** odnosno kako je došlo do stjecanja udjela 25% plus jedne dionice sklapanjem međudioničarskog ugovora između Vlade RH i Mol-a 17. VII 2003. godine u korist MOL-a (MOL tada postaje „strateški partner“), zatim do dobrovoljne ponude za preuzimanje dionica koju je MOL uputio dioničarima INE 2008. godine (nakon čega MOL povećava vlasnički udio u INI na 47,26% i ujedno postaje najveći pojedinačni dioničar u INI) te do sklapanja ugovora o izmjeni međudioničarskog ugovora između Vlade RH i MOL-a 2009. godine, u kojem trenutku, odnosno kako je došlo do prepuštanja upravljačkih prava u INI, **nisu predmetom ove analize**. Izmjene međudioničarskog ugovora odnose se, primarno na upravljanje društvom, tko ima pravo nominacije predsjednika NO, tko predsjednika Uprave, o imenovanju tzv. izvršnih direktora (imenuje ih uprava) itd., a da pritom nije došlo i do odgovarajuće promjene u pogledu modela upravljanja u statutu društva. Det. isp. *Kecskes, A. i Jelinić, Z.*, Monistički i dualistički ustroj organa dioničkog društva u Mađarskoj i Hrvatskoj s posebnim naglaskom na problem korporativnog upravljanja u hrvatskoj naftnoj kompaniji INA d.d. Suvremeni pravni izazovi: EU – Mađarska – Hrvatska, Pravni fakultet Pecs, Mađarska i Pravni fakultet Osijek, 2012., str. 509- 530.

¹¹ op. aut.

¹² V. *Stojanović, D.*, Značaj i funkcija općih načela ZOO i njihov utjecaj na sudsku praksu, rad objavljen u ZOO 1978-1988, Pravni život, I. tom, Beograd, str. 10.

¹³ Ovo se pravilo ni u kojem slučaju ne smije tumačiti na način da postoje civilizirani i necivilizirani narodi, odnosno da jedni imaju jedna opća načela prava, a drugi posebna i drukčija opća načela prava.

¹⁴ „neposredan izvor međunarodnog prava bez dopuštenog odstupanja“, isp. *Degan, V. Đ.*, Međunarodno pravo, Pravni fakultet, Rijeka, 2000, str. 75.

¹⁵ Potpisan je 17. VII 1998. g. stupio je na snagu 1, VII 2000. godine.

¹⁶ Ovdje se ne daje cjelovita reprodukcija čl. 21. Rimskog statuta.

bile nadležne za kazneno djelo, ukoliko ta načela nisu neskladna s ovim Statutom, međunarodnim pravom i međunarodno priznatim pravilima i standardima.

Pritomu, kod utvrđivanja općih načela prava drži se da je dovoljno uzeti načela koja se mogu izvesti iz nacionalnog prava reprezentativnih ili najznačajnijih država, koje bi „normalno“ bile nadležne za zločin, dakle da nije nužna analiza nacionalnih prava svih država.¹⁷ **Zanimljivo je** da Statut Međunarodnog kaznenog suda (ICTY) za kaznena djela počinjena na području bivše Jugoslavije¹⁸ ne sadržava posebnu i izričitu odredbu o primjenjivom pravu, kao što je to učinjeno u Rimskom statutu, osim ako se s ovim ne dovede odredba (posredno se upućuje i na primjenu prava) iz čl. 2. koji se odnosi na ustanovljavanje nadležnosti suda za teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949. godine i neke druge odredbe (čl. 3. povrede pravila i običaja ratovanja, čl. 4. djelo genocida, zatim čl. 5. zločini protiv čovječnosti). No, od općih načela prava sadržanih u odredbama Statuta izdvojeno se citira čl. 10. kojim se potvrđuje pravilo *ne bis in idem* kasnije potvrđeno i u pravilu 13. **Pravilnika o postupku i dokazima**¹⁹ pred ovim sudom. U svim razvijenim pravnim poredcima, pa tako i u našem, odavno su najvažnija opća pravna načela ili kodificirana u pojedinim zakonima ili potvrđena u sudskoj praksi. Teškoću predstavlja odsustvo jedinstvene reglamentacije svih općih pravnih načela (ovo bi olakšalo njihovu spoznaju i primjenu u pravnoj praksi), a čini se da to nije niti moguće upravo zbog njihove neodređenosti²⁰ i nestalnosti iako neka opća načela prava imaju trajnu vrijednost. Zato se i nalazimo pred logičkim pitanjem postoji li uopće lista općih pravnih načela, neovisno o prostornim i vremenskim relacijama i ograničenjima, načela koja prihvaćaju svi ljudi. Isto se pitanje može postaviti i kod utvrđivanja zajedničkih moralnih vrijednosti, koje bi bile trajne vrijednosti. **Opća pravna načela, međutim, ne treba poistovjećivati sa zajedničkim moralnim vrednotama trajne vrijednosti.** Ideja humaniteta i morala upućuje čovjeka na postizanje čovječnijeg čovjeka i uljudenijeg svijeta u kojem će se poštovati i na pijedestal ljudskih vrijednosti postavljati **ljudsko dostojanstvo** i u kojem će moralni kriteriji i vrednote poprimiti općeljudusko značenje.²¹ Ovo, pak, nema (ili ne mora uvijek imati) doticaja s općim pravnim načelima, posebno u konkretizaciji na pojedinim primjerima. Među najvažnijim općim načelima prava (pravna načela najopćenitije naravi), koja su zajednička svim pravnim poredcima (najviše ih je iz područja ugovornog prava) tako se navode:

- načelo *pacta sunt servanda* (Ugovora se treba držati),
- svako protupravno djelo obvezuje počinitelja na naknadu počinjene štete (dužnost naknade štete),
- ugovori stvaraju obveze samo za stranke iz ugovora,
- *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse haberet* (Nitko ne može na drugoga prenijeti više prava nego što sam ima),
- zastara je zaštitnica ljudskog roda (*prescriptio patrona generitis humani*),²²

¹⁷ Tako i V. Degan – Pavišić, Međunarodno kazneno pravo, Pravni fakultet, Rijeka, 2005, str. 60.

¹⁸ Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, usvojen Rezolucijom 827 Vijeća sigurnosti UN od 25. V 1993. g. Statut je zaključno sa 7.VII 2009. imao devet promjena.

¹⁹ Pravilnik je usvojen 11. II 1994. i zaključno s 4. XI 2008. izmijenjen je i dopunjen 43 puta!!!

²⁰ „Opća načela prava“ u stvari su ona **pravna načela općenite naravi** koja su zajednička svim vrstama prava - međunarodnom, transnacionalnom, supranacionalnom, kao i u svim **razvijenim pravnim sustavima država bez obzira na oblik civilizacije kojem pripadaju**. Ona nisu nastala da bi uređila neke konkretne pravne odnose.“ Isp. Degan, o.c., str. 76.

²¹ V. Vukasović, Ante, Etika – moral – osobnost, Školska knjiga, Zagreb, i Filozofsko-teološki institut D.I., Zagreb, 1993, str. 34.

²² Ovime se u biti želi uputiti na nužnost propisivanja zastare i pravnih posljedica koje ona sa sobom donosi.

- pravo autentičnog tumačenja nekoga pravnog pravila pripada jedino osobi ili tijelu koje ima vlast mijenjati ga ili dokinuti,
- nitko ne može biti sudac u vlastitoj stvari,
- pravni lijekovi protiv neke sudske odluke trebaju biti jednako otvoreni objema stranama,
- pravilo *ne bis in idem* (Ne sudi dva puta o istoj stvari) itd.

4. OPĆA PRAVNA NAČELA V.²³ OSNOVNA (TEMELJNA) NAČELA V. OPĆE ODREDBE V. ZAJEDNIČKE ODREDBE

Čini se razložnim uputiti na čestu terminološku zbrku u korištenju termina „opća pravna načela“, „osnovna načela“, „opće odredbe“ i „zajedničke odredbe“ kada može doći do pogrešnog identificiranja određenih odredbi u pojedinim zakonskim tekstovima (kodifikacijama²⁴). I dok se opća načela prava uzimaju kao temelj svakoga pravnog odnosa bez kojih ni jedan pravni poredak, bilo unutarnji, bilo međunarodni, ne bi mogao funkcionirati, drugim riječima kao temelj svakog prava²⁵, i koja nužno nisu predmetom zakonskih normi ili određenja, veći broj suvremenih zakona sadržava (u uvodnom dijelu) listu osnovnih ili temeljnih načela i pravila²⁶. Iste je potrebno razlikovati od zajedničkih i općih odredbi.²⁷ Osnovna ili temeljna načela ne moraju pripadati korpusu cjelokupnog pravnog poretka općih načela prava, globalnog ili pojedine zemlje. Ona se odnose na konkretno i uže područje normativnog obuhvata. U dijelu **zajedničke odredbe ZTD** sadržani su kao posebni dijelovi **opće odredbe** (čl. 1-10), odredbe o tvrtki, predmetu poslovanja i sjedištu trgovačkog društva, zastupanju i sudskom registru. U ovom kontekstu postavlja se i pitanje distinkcije zajedničkog od općeg. Očigledno, na primjeru Zakona o trgovačkim područjima, zakonodavac nije imao namjeru identifikacije zajedničkog i općeg, jer zajedničke su odredbe nadnaslov i općim odredbama i svim naznačenim posebnim dijelovima (tvrtka, predmet poslovanja i sjedište, zastupanje i sudski registar...). I dok se opće odredbe približavaju kategoriji temeljnih ili osnovnih načela, posebno o pravnoj osobnosti i o odgovornosti za obveze trgovačkog društva, ostale odredbe iz dijela o zajedničkim odredbama doista su zajedničke i jednako se odnose na sva trgovačka društva. Na primjeru **Ugovora o Europskoj uniji**²⁸ jasno se provodi razlikovanje općih odredbi od načela i od zajedničkih odredbi. Nije u pitanju tek i samo lingvističko razlikovanje (upotreba različitih riječi). Poželjno je u zakonodavnoj tehnici i u normativnom pristupu jasno razlikovati opće (važee ili odnoseće na sve) od zajedničkog (koje se odnosi na više), s jedne strane, od propisivanja načela na kojima se temelje određene odredbe. Kodifikacija prava mora voditi računa o načelima, baš kao što se i u primjeni prava ne mogu zaobići načela bez obzira što ona ne moraju sadržavati unaprijed propisanu i određenu sankciju s mogućnošću prinudnog ostvarenja. Otuda načela

²³ lat. v. kratica od *versus* (i kao *vorsus*, *versum* ili *vorsum*) u značenju prema, protiv, nasuprot.

²⁴ Kodifikacija od lat. *codex* +...fikacija, sistematiziranje propisa koji reguliraju određeno područje života.

²⁵ Isp. i *Degan - Pavišić*, Međunarodno kazneno pravo, Pravni fakultet, Rijeka, 2005, str. 22.

²⁶ Isp. npr. Zakon o obveznim odnosima, 2005. Dio prvi, Opći dio, Glava I, Osnovna načela čl. 1-15. Ili npr. isp. Opći porezni zakon, 2009. Dio I. – temeljne odredbe čl. 1. 4 (pod posebnim naslovom II sadržana su načela oporezivanja, čl. 5-11). Od zakonodavca ovisi koje norme će uvrstiti u osnovna ili temeljna načela.

²⁷ Isp. npr. Zakon o trgovačkim društvima, 1993...Dio I, Glava I, čl. 1-67. Zanimljivo je da ovaj zakon ne sadržava kao posebni dio osnovna ili temeljna načela na kojima počiva pravo trgovačkih društava u nas (jedno od takvih načela bilo bi, npr., da su sva trgovačka društva u nas pravne osobe, zatim da je isključen utjecaj države u trgovačkom društvu, zaštita prava manjine itd.) S tim u svezi u našoj se literaturi govori o **osnovama na kojima počiva ZTD**, isp. *Barbić, J.*, Pravo društava, Opći dio, Knjiga 1, Organizator, Zagreb, 1999, str. 83. i sl.

²⁸ Isp. Konsolidirani tekst Ugovora o Europskoj uniji (Maastricht, 1992) i Konsolidirani tekst Ugovora o funkcioniranju Europske unije (Rim, 1957), Adris, Zbornik Zavoda za znanstveni i umjetnički rad HAZU u Splitu, Zagreb, Split, 2009.

prava nisu i formalni izvor, ona samo pokazuju na korijene odgovarajućeg pravnog pravila. Naravno, posebno je pitanje da li se u primjeni prava uvijek i na odgovarajući način vodi računa o primjeni općih pravnih načela ili načela samo iz određenog područja pravnog reguliranja. Otuda i primjena prava ne smije biti puki automatizam bez uvažavanja (općih) pravnih načela i zahtijevaju svestranu primjenu od strane pozvanih (suda, upravnih organa i drugih subjekata koji primjenjuju (odnosno) pravo). Praksa (barem u odnosu na dva konkretna primjera primjene općih i pravnih načela) traži daljnja i detaljna konkretna rješenja, no ona se, u svakom slučaju ne mogu tražiti izvan i mimo oslonca na ista. Pritomu će se zahtijevati brižljiva ocjena svih relevantnih činjenica, koje zakon predviđa. Konačno, brižljiva ocjena svih relevantnih činjenica sama po sebi jedno je od temeljnih ili općih načela u primjeni prava.

5. TEMELJNA OPĆA NAČELA (PRAVA) U PRAVU EUROPSKE UNIJE

Temeljni pravni akti koji tvore pravne temelje Europske unije (*founding treaties*) su **Ugovor o Europskoj uniji** (*Treaty on the European Union* od 1. XI 1993) i **Ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice** (*Treaty establishing the European Economic Community* od 1. I 1958. g.),²⁹ danas **Lisabonski ugovor** (*Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, potpisan 13. XII 2007*). S obzirom da potonji sadržava izmjene i dopune dva prethodno navedena ugovora, u daljnjem će se tekstu referirati samo na Lisabonski ugovor³⁰. S obzirom da su temelj stvaranja Europske zajednice (Unije) pravila o tržišnom natjecanju i o slobodnoj konkurenciji (zajedničko tržište bez diskriminacije i jednakih mogućnosti), vrijedno je istaći **slobode iz osnivačkog ugovora: 1. sloboda kretanja roba, 2. slobodno kretanje osoba, usluga i kapitala (1 i 2 od tzv. četiri slobode), 3. načelo jednakog tretmana i 4. načelo nediskriminacije, 5. načelo transparentnosti, 6. načelo proporcionalnosti,³¹ 7. načelo supsidijarnosti³², 8. načelo uzajamnog priznavanja specifikacija, diploma, certifikata i dr.** Riječ je o priznavanju istih vrijednosti koje su temelj stvaranja Europske zajednice. Ove su vrijednosti pretočene u pravne norme, poglavito one kojima se propisuju određene zabrane. Time se na potpuno određen način stvara **sustav općih načela prava** bez kojih nije zamislivo postojanje i djelovanje pravnog poretka Unije, ali jednako tako bilo kojeg pravnog poretka zemlje članice Unije. Njihova primjena, kao i u pitanjima primjene bilo kojeg općeg načela prava, u različitim granama i vremenu može se različito očitovati, što samo po sebi ne mora značiti i odstupanje ili neprimjenu općeg načela prava. Prema izričitoj odredbi LU (čl. 6. st. 3.) *temeljna prava zajamčena Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, a koja proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, također čine opća pravna načela Unije.* Ova opća pravna načela dolaze do izražaja gotovo u svakoj odluci Europskog suda za ljudska prava, ali i kroz listu ljudskih prava i temeljnih sloboda.³³ Granice nadležnosti Unije i ostvarivanje nadležnosti Unije uređeno je načelima dodjeljivanja, supsidijarnosti i proporcionalnosti (isp. čl. 5. LU), pri slobodnom kretanju roba (isp. čl. 28.

²⁹ Ugovori su mijenjani i dopunjavani više puta (*amending treaties*) i ugovorima o pristupanju novih država (*accession treaties*).

³⁰ Lisabonski je ugovor zamijenio „propali europski Ustav“. 1. XII 2009. stupio je na snagu. U daljnjem tekstu samo LU.

³¹ Načelo proporcionalnosti (*proportionality principle*) traži da mjere koje poduzimaju nadležne institucije ne prelaze granice onoga što je odgovarajuće i potrebno kako bi se ostvarili ciljevi. U praksi našeg Ustavnog suda česta su pozivanja na primjenu načela proporcionalnosti kao općeg pravnog načela (sagledano 56 primjera).

³² Ovo načelo znači da se aktualni problemi trebaju rješavati što bliže onoj razini gdje oni i nastaju. Riječ je o pravnim principima, koji stvaraju određene obveze i zabrane izražene u drugim odredbama.

³³ Isp. Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Rim, 1950, Odjeljak I.,1.

LU), slobodnom kretanju osoba (isp. čl. 45. LU), zabrani ograničenja slobode pružanja usluga (isp. čl. 56. LU), zabrani ograničenja za protok kapitala (isp. čl. 63. LU) itd. Na taj su način neka veoma općenita pravna načela poslužila kao podloga brojnim drugim pravnim pravilima i kao takova primjenjiva opća načela prava i sama po sebi obvezatna.

6. TEMELJNO OPĆE NAČELO U PRAVU TRGOVAČKIH DRUŠTAVA RELEVANTNO U PODRUČJU UPRAVLJANJA DRUŠTVOM KAPITALA

Vođenje poslova društva zasigurno je jedno od najzanimljivijih, ujedno i najznačajnijih pitanja i područja djelovanja svakog društva kapitala (dioničkog društva, društva s ograničenom odgovornošću članova), ovo posebno u slučajevima kada društvo ima više članova (dioničara ili članova d.o.o.). Propisima su postavljena pravila o podjeli funkcija među organima društva (između ostalih i o upravi društva i o nadležnosti upravnog odbora) bez obzira da li je, kao kod dioničkih društava, riječ o monističkom ili dualističkom konceptu ustroja organa. Zakonodavni pristup u uređivanju pojedinih vrsta trgovačkih društava (jedna od osnova na kojoj počiva i naš ZTD)³⁴ propisuje pojedine oblike trgovačkih društava, daje rješenja za njihovo djelovanje za slučaj da se društvenim ugovorom odnosno statutom neka pitanja ne urede ili ne urede na dostatan način. Drugim riječima, ne isključuje autonomiju pri uređivanju odnosa u trgovačkom društvu. Ipak, postoje i granice autonomije – zaštita članova društva i pravna sigurnost. To kada je riječ o autonomnom uređivanju odnosa na razini društva.³⁵ Zaštita prava manjine posebno je temeljno načelo. Cilj mu je da se onemogući zlouporaba na štetu onoga čiji je udjel u upravljanju društvom neznatan i time mu je onemogućen utjecaj na donošenje odluke. S druge strane, upravljačkim pravima dioničara omogućuje se sudjelovanje u upravljanju društvom i braniti se od dominantnog utjecaja drugih u društvu. Istina, **Zakonom se ne propisuje obveza dioničara da se koriste upravljačkim pravima**, on im daje tu mogućnost, a na njima je hoće li je iskoristiti ili neće. Ako budu u tomu spriječeni, ZTD im daje odgovarajuća sredstva za zaštitu njihovih prava. **No, postavlja se pitanje valjanosti odnosno pobožnosti međudioničarskog ugovora koji omogućuje pojedinom dioničaru ili dioničarima da ostvare prevladavajući utjecaj na poslovanje društva i tako utječu na politiku poslovanja društva, a da takav odnos između dioničara u pitanju ne odgovara stvarnim udjelima u društvu.** Riječ je o značajnom odstupanju od zakonskih i statutarnih rješenja, a što se samo po sebi može smatrati važnim razlogom za proglašavanje takvog ugovora ništetnim. Da li se time krši opće i temeljno načelo u upravljanju društvima kapitala da član u društvu stječe i ima prava na temelju onoga što je on u društvu unio? Posebno je pitanje da li je međudioničarski ugovor statusnopravne naravi ili klasični obveznopravni ugovor te, posljedično tomu, da li se upisuje ili ne upisuje u sudski registar. U pozadini svih dilema leži zapravo pitanje mogućnosti, potom i razloga pobijanja i ništetnosti međudioničarskog ugovora, posebno kada su odredbe ovog ugovora suprotne općim načelima ZTD o upravljanju društvom, te tko je nositelj aktivne procesne legitimacije u takvom mogućem postupku. Hrvatska pravna regulativa, kada su u pitanju međudioničarski ugovori, ne postoji! To, sudimo, ne bi trebalo utjecati na načelnu valjanost i priznavanje ovih ugovora, dakle treba ih smatrati pravno valjanima. Međudioničarski ugovor je legitiman instrument uređivanja međusobnih odnosa odnosno

³⁴ Isp. *Barbić, J.*, Pravo društava, knjiga I, Opći dio, Organizator, Zagreb, 1999, str. 84.

³⁵ Autonomija uređivanja odnosa na razini dioničkog društva, ovo u odnosu na zakonska rješenja, moguća je samo tamo gdje to zakon izričito propisuje. No, moguće je da se statutom društva urede i pitanja za koja ZTD ne propisuje da se moraju riješiti statutom, ako ZTD to izričito ne isključuje.

prava i obveza dioničara u nekom društvu.³⁶ No, nedostatak pravne regulacije o međudioničarskom ugovoru u domaćem pravu zasigurno ostavlja prostor za različite spekulacije. Da je odgovarajuća pravna regulacija postojala i u trenutku sklapanja ugovora između Vlade RH i MOL-a,³⁷ stvari bi sada bile puno jasnije. Detaljna analiza međudioničarskog ugovora Vlade RH i MOL-a³⁸ zasigurno bi pokazala određena odstupanja od zakonskih i statutarnih odredbi kojima se utječe na položaj svih dioničara, a ne samo onih koji su sklopili predmetni međudioničarski ugovor, a što samo po sebi predstavlja moguću pravnu osnovu za pobijane ovog ugovora zbog suprotnosti rješenja hrvatskom pravnom poretku i njegovim općim načelima o upravljanju društvima kapitala, pa i javnom interesu, sve nezavisno od eventualne kaznenopravne odgovornosti, koja se incidentalno (čini se ipak kao primarno pitanje!!) postavlja prema određenim osobama (osobi).

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Opće pravno načelo postaje vidljivo tek iz kazuistike. Upućivanje na opća pravna načela, bilo da su ona izravno predviđena ili da su, pak, immanentna pravnom poretku, globalno/univerzalno ili lokalno primjenjiva neće imati značenje ako se ne potvrde u praksi, u primjeni. Ispravno se naglašava kako tek opća pravna načela i kazuistika čine funkcionalno jedinstvo. U ovom kontekstu poseban pleoaje za primjenu općih pravnih načela možda i ne bi bio potreban kada ne bi izostajala značajnija konkretizacija primjene u pravnoj praksi. I umjesto daljnjih razmatranja, neka bude dopušteno prenijeti misao: Da bi jedan određeni pravni poredak mogao dobiti kompliment da sadrži ispravno pravo, nužno je da taj isti pravni poredak, radi zadržavanja svoje funkcionalnosti, sadrži odgovarajuće pravno-etičke principe i načela, koji su rezultat određene pravne kulture i postojanja pravne teorije, koja je dostigla određenu razinu, i odgovarajućih pravnih instituta.³⁹ Potrebno je upozoriti na postojanje općih načela prava i njihovo značenje kao vrela prava te da nesagledavanje i neuvažavanje istih samo po sebi dovodi do povrede materijalnog prava. U ovom kontekstu opća načela prava čine i prevažan izvor ili vrelo važećeg hrvatskog prava.

³⁶ Ranija američka praksa, međutim, u više je slučajeva međudioničarske ugovore proglašavala ništetnima a) zato što su njihove odredbe bile suprotne odredbama statuta ili zakona, b) zato što su dovodile u neravnopravan položaj dioničare koji, nisu bili stranke ugovora i c) **iz razloga javnog interesa, jer je društvo dužno postupati u korist svih članova, a ne samo pojedinih i privilegiranih. Isp. pr. *Manson v. Curtis*, 119 N.E.559 (1918).** Prema najnovijim rješenjima iz belgijskog trgovačkog zakonodavstva (1995) međudioničarski ugovor bit će ništetan (između ostalog) ako su njegove odredbe suprotne zakonskim odredbama i ako su suprotne ciljevima zakona.....Det. isp. *Duffy, M.*, Shareholders Agreements and Shareholder's Remedies Contract v. Statute?, Bond Lwa Review, Vol. 20/2008, Issue 2.

³⁷ O privatizaciji INA-e Industrije nafte d.d. i o sklopljenim ugovorima između Vlade RH i MOL-a, det. isp. kod *Kecskes, A.- Jelinić, Z.*, Monistički i dualistički ustroj organa d.d. u Mađarskoj i Hrvatskoj s posebnim osrtom na problem korporativnog upravljanja u hrvatskoj naftnoj kompaniji INA d.d., u Sunicop, Suvremeni pravni izazovi: EU – Mađarska – Hrvatska, Pečuh – Osijek, 2012, str.521- 525., v. bilj. 11.

³⁸ Ovo bi zahtijevalo svakovremenu dostupnost tekstova svih sklopljenih ugovora, posebno od 17. VII 2003. g. (prvi krug privatizacije) i od 30. I 2009. g. Ovaj je ugovor, istina, bio objavljen i na internetu 10. XI 2009. g.

³⁹ Isp. *Stojanović, D.* ibid., str. 6.

ZAŠTITA PRAVA NA SKLAPANJE BRAKA I OSNIVANJE OBITELJI U EUROPSKIM DOKUMENTIMA O LJUDSKIM PRAVIMA I U NACIONALNIM ZAKONODAVSTVIMA

1. Sredinu 20. stoljeća te razdoblje nakon Drugog svjetskog rata obilježila je pojava i razvitak dokumenata za sustav zaštite ljudskih prava. U međunarodne izvore prava (globalne i regionalne) uvršteno je, između ostaloga, pravo na sklapanje tradicionalnog braka kao modela višestoljetne, običajem i pravom uređene heteroseksualne životne zajednice žene i muškarca i osnove obitelji s vlastitim biološkim potomstvom. Na kraju proteklog stoljeća na europskom kontinentu usvojen je novi pravni izvor za zaštitu ljudskih prava. U njemu je višeznačno izmijenjena odredba o braku i obitelji novim pravilom koje u pravnom poretku i u životnoj praksi europskih građana omogućuje raznovrsne modele odnosa među spolovima i oblike obiteljskih zajedništva.

1.1. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća *Europe*ⁱ (dalje u tekstu: Konvencija VE) odredbom u čl. 12. priznaje muškarcima i ženama u dobi za sklapanje braka „pravo stupiti u brak i osnovati obitelj...“. U proteklih šest desetljeća od stupanja na snagu Konvencije VE¹ ta je odredba bila izložena komentarima kojima su se ocjene njezina dometa postupno mijenjale, izražavajući uvažavanje utjecaja i novih iskustava iz životne zbilje. Odredba o braku i obitelji preuzeta je i ponavlja se u više globalnih dokumenata o ljudskim pravima². Važna je pojedinost da je u čl. 12. Konvencije VE dodatno određeno da se normirano pravo priznaje „...u skladu s domaćim zakonima koji uređuju ostvarenje toga prava“. Taj je dodatak također izazvao komentare i objašnjenja. U priznavanju prava građana na sklapanje braka nacionalno pravo pozvano je regulirati oblik sklapanja, sposobnost osoba za brak (minimalnu životnu dob) te pojedine zabranjene odnose (npr. srodstvo i sl.). Sloboda države u određivanju pretpostavaka za sklapanje braka ograničena je utoliko što propisani standardi ne smiju biti arbitrarni ni takvi da priznatom pravu oduzimaju njegov sadržaj, smatra *Harris* (1995)ⁱⁱⁱ, odnosno smisao odredbe Konvencije VE.³ Čl. 12. obvezuje da se u načelu i u praksi prizna pravo na sklapanje braka, pa nacionalno pravo može tako zaštićeno pravo ograničiti samo radi legitimne svrhe (npr. sprječavanja poligamije ili incesta), ističu

* Prof.emerit.dr.sc. Mira Alinčić, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u.m. i redovita članica Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

¹ Konvencija VE usvojena je 1950., stupila na snagu 1953. godine, a RH je njezinom strankom od 1997. godine.

² Prvi dokument je Opća deklaracija o pravima čovjeka, čl. 16, Opća skupština UN 1948., a ostali su uslijedili kasnije.ⁱⁱ

³ U osvrtu na slučaj osobe koja je na izdržavanju kazne zatvora zatražila dopuštenje da sklopi brak (primjer iz engleskog pravnog sustava), istaknuto je da se pozivom na razloge sigurnosti ne može onemogućiti osuđeniku da sklopi brak bilo unutar kaznonice, bilo odobrenjem privremenog izlaska iz nje.

Jacobs i White⁴ (2002)^{iv}. Prema izričaju čl. 12. pravo na sklapanje braka povezano je s pravom na osnivanje obitelji kao da je riječ o jedinstvenom pravu. Tumačenja i napisi iz ranijeg razdoblja primjene te odredbe tvrde da čl. 12. predviđa pravo na sklapanje braka i na osnivanje obitelji kao jedno pravo (npr. Sieghart, 1990)^v. U radu kasnijeg datuma rečeno je da su pravo „sklopiti brak“ i pravo „osnovati obitelj“ dva odvojena prava. Prema izričaju čl. 12. samo heteroseksualni parovi iz sklopljenog braka mogu zahtijevati pravo na osnivanje obitelji. Tomu je dodana napomena da tekst čl. 12. završava uputom na ostvarenje „toga prava“, a ne „tih prava“, što nedvojbeno upućuje na blisku vezu između braka i osnivanja obitelji.⁵ U hrvatskom pravnom sustavu odredbe o sklapanju braka u Obiteljskom zakonu uvažavaju zahtjeve Konvencije VE (Korać, 1997).^{vi} Propisana ograničenja⁶ toga prava u čl. 12. odgovaraju tumačenjima njegova dometa u komentarima prakse Europske komisije i Europskog suda. Odredbi Obiteljskog zakona^{vii} o bračnoj smetnji za osobe lišene poslovne sposobnosti ili nesposobne za rasuđivanje (čl. 27.) moglo bi se prigovoriti da nije osuvremenjena i usklađena s novijim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima. Zahtijeva se, naime, više obzira prema pravima i zaštititi osoba s invaliditetom^{viii} (bilo koje vrste). U RH još uvijek nema propisa o medicinskopravnim pretpostavkama i učincima promjene spola⁸, premda je spol osobe koja želi sklopiti brak relevantna okolnost za ostvarenje prava na sklapanje braka i za institut postojanja heteroseksualnog braka.⁹ Povezivanje prava na sklapanje braka s osnivanjem obitelji u vrijeme nastanka međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima (UN i VE) temelji se na postavci i iskustvu da je brak u

⁴ Autori zastupaju gledište da nacionalna prava mogu ograničiti pravo na sklapanje braka ne samo osuđenom zatvoreniku, nego i osobi zadržanoj u istražnom zatvoru. U postupku provedenom u Federalnoj Republici Njemačkoj (1961.) vlasti su razmatrale kriminalni spis pritvorenika i uzele u obzir da može biti osuđen na dugotrajnu zatvorsku kaznu. Njegov prigovor, zbog povrede prava da se smatra nedužnim do osude, nije uvažen, dok je pozivanje njemačkih vlasti na osobnost pritvorenika i na pitanje održavanja reda u slučaju vjenčanja u zatvorskoj ustanovi kao valjane razloge za uskratu prava na sklapanje braka uvažila i (nekadanja) Europska komisija za ljudska prava, čl. 19. (bilj.1; Protokol 11 o zamjeni postojeće Europske komisije i Suda za ljudska prava novim stalnim Sudom od 11. svibnja 1994.).

U literaturi je zabilježeno da se većina članova Europske komisije izjasnila da čl. 12. ne ovlašćuje državu da osobu ili kategoriju osoba u potpunosti liši prava na sklapanje braka (slučaj *Van Oosterwijk v. Belgium*, bilj. v. str. 436).

⁵ Usp. *Jacobs and White*, bilj. IV, str. 226.

⁶ Autorica (bilj. vi) je izložila i analizirala slučajeve iz prakse Europskog suda za prava čovjeka o povredama prava na sklapanje braka te stanje zaštite toga prava u obiteljskopravnom uređenju Republike Hrvatske.

Ocjena stanja zaštite prava, i to prema obiteljskopравnim izvorima do 1990. godine, a i upozorenja na moguće povrede prava na sklapanje braka, više nisu aktualni. Kasnijim propisima broj bračnih smetnji je smanjen, pa su ograničenja prava na sklapanje braka svedena na četiri okolnosti (dob za maloljetnike, prethodni brak žene ili muškarca koji još traje, srodnički odnos te status osobe lišene poslovne sposobnosti ili nesposobne za rasuđivanje).

⁷ Odredbom čl. 1. Konvencije UN (usvojene 13. prosinca 2006.) lit. VIII. propisano je da su osobe s invaliditetom „...one koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprečavati njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima“.

Države stranke te Konvencije obvezne su poduzimati mjere otklanjanja diskriminacije u svim pitanjima vezanim uz brak, obitelj, roditeljstvo i osobne odnose osoba s invaliditetom. U čl. 23. (st. 1. do 5.) približe su normirana pojedina prava invalidnih osoba i obveze država stranaka Konvencije o pravima osoba s invaliditetom.

Nedostatak je hrvatskog pravnog sustava što se institut lišenja poslovne sposobnosti već dulje vrijeme gotovo uopće ne mijenja. U Europi se potpuno lišenje poslovne sposobnosti uglavnom sve više napušta, a nastoji se novim rješenjima postići bolja individualizacija zaštite, sa što manje ograničenja prava osoba kojima je potrebna ta vrsta pravne pomoći.

⁸ Upozorenja na taj propust bilo je u obiteljskopravnoj literaturi i ranije (v. bilj. 6).

⁹ Za cjelovito uređenje postupka promjene spola s medicinskog i pravnog vidika nisu dostatna samo interna uskostručna medicinska pravila, a ni administrativna pravila o upisu spola u evidencije o osobnim stanjima građana (tj. državne matice).^{ix}

mnogim zemljama najčešća osnova obitelji. Mnogo se toga promijenilo od vremena kada se za čl. 12. Konvencije VE smatralo da samo bračnom heteroseksualnom paru priznaje pravo na osnivanje obitelji. No, terminu obitelj pripisano je veće značenje prema čl. 8. Konvencije VE nego po čl. 12. Širim značenjem tog termina odredba obuhvaća ne samo bračni par, nego i odnos roditelja s izvanbračno rođenim djetetom, a time i pravo zaštite koju jamči čl. 8.¹⁰ Pravo normirano u čl. 12. Konvencije VE znači za oba sadržaja u njemu (brak, osnivanje obitelji) isto, tj. da se priznaje u skladu s domaćim zakonima koji uređuje njegovo ostvarivanje. A ostvarenje dijela toga prava, tj. na osnivanje obitelji mogu npr. sprječavati sustavi u kojima se provodi prisilna sterilizacija ili pobačaj. To bi bilo zadiranje u prokreativna prava građana¹¹, dok bi na razini osobnih odnosa između bračnih drugova interes jednoga od njih bio povrijeđen ako bi drugi izabrao dobrovoljnu sterilizaciju ili bi se npr. žena protiv volje muža odlučila za pobačaj.¹² Namjena je čl. 12. Konvencije VE štititi par od upletanja države u njihovo pravo na osnivanje obitelji, ali za neke parove to će biti „prazna šansa“ ako postoji nesposobnost za prokreaciju. Države u pravilu omogućuju posvajanje djece, a uvjeti za posvojenje u nacionalnom pravu jesu dio sadržaja čl. 12. Konvencije VE, kao i razmatranja Komisije za ljudska prava.¹³ Osim primjene instituta posvojenja, nesposobni za prokreaciju sve više traže i nalaze mogućnost za ostvarenje prava na osnivanje obitelji u medicinskoj pomoći. U tom pogledu o državi ovisi da li će i koje će mjere umjetne reprodukcije¹⁴ pravno urediti i kome će biti dostupne. Termini u vezi s medicinskim intervencijama u prokreativne teškoće onih koji žele vlastito biološko potomstvo dosta se razlikuju i podložni su daljnjim promjenama. Austrijski zakon (iz 1992.) je medicinske metode i zahvate u humanu prokreaciju iskazao terminom „medicinske potpomognuta oplodnja“.^{xiii} Konvencija VE (1997.) o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu biologije i medicine (čl. 14)^{xiv} (na snazi od 1. ožujka 1999. g.) zabranjuje korištenje „postupka potpomognute prokreacije“ u svrhu odabira spola budućeg djeteta. U RH je Zakonom (iz 1976.) reguliran postupak medicinske pomoći u slučaju smanjene plodnosti. Bio je propisan jedan postupak, tj. osjemenjivanje udane žene (sjemenom muža ili sjemenom donora) pod nazivom umjetna oplodnja (čl. 30-34). Pravo na osnivanje obitelji priznaje se u čl. 12. Konvencije VE u skladu s domaćim zakonima koji uređuju ostvaranje toga prava, a obiteljsko zakonodavstvo je dio pravnog sustava u kojem su, npr. u RH, pravna pravila o

¹⁰ Usp. *Jacobs and White*, bilj. iv, str. 226, te sadržaj pojma „pravo na poštovanje obiteljskog života“ u radu, *Korać*, 2002.^x

¹¹ Suvremeno promišljanje prava na osnivanje obitelji propituje značenje pojedinčeva prava na prokreaciju te interese države da provodi određenu populacijsku politiku.

Odbor za ljudska prava UN izjasnio se da pravo na osnivanje obitelji „...uključuje, u načelu, mogućnost prokreacije i zajedničko življenje“. Za politiku planiranja obitelji rečeno je da primjena ne smije biti diskriminatorna ili prisilna. Dokument je usvojen 1990., a odnosi se na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, čl. 23.(bilj. 2)^{xi}.

¹² Pravo pojedinca i bračnog/izvanbračnog para žene i muškarca određeno je opisno u međunarodnim dokumentima kao pravo na reproduktivni izbor, tj. nabrajanjem nekoliko sadržaja. Zaštićeno je kao ljudsko pravo Konvencijom UN (1979).^{xii}

Države članice Konvencija obvezuje da na osnovi ravnopravnosti muškaraca i žena osiguravaju: jednako pravo na sklapanje braka (čl. 16. st. 1.a), te se odvojeno od toga prava ne navodi pravo na osnivanje obitelji, već umjesto toga: jednaka prava da slobodno i odgovorno odlučuju o broju djece i vremenskom rasporedu rađanja. Dodatno se traži da imaju pristup informacijama, obrazovanju i sredstvima koja će im omogućiti da se koriste ovim pravima (st. 1e).

U komentaru slučaja jednostrane odluke bračnog druga protiv rađanja, što drugom bračnom drugu onemogućuje ostvarenje planova o obitelji s djecom, rečeno je da je to primjer privatne odluke te da ne bi trebalo očekivati pozitivnu obvezu države da to posebno regulira; usp. *Harris (et al.)* bilj. iii, str. 440.

¹³ To ne znači da postoji obveza države da osigura sustav posvajanja djece, a još manje određeni oblik posvojenja; usp. *ibid.*, str. 441.

¹⁴ Sadržaj odluke i propisa države obuhvaćen je sintagmom „techniques of artificial reproduction“; usp. *Ibid.* str. 441.

roditeljstvu i djeci rođenoj u prirodnoj prokreaciji (u braku ili izvan braka), o posvojenju tuđeg djeteta te o učincima primjene postupaka medicinske pomoći. Odnos prema braku i rađanju znatno se promijenio u drugoj polovini 20. stoljeća, tj. od početka primjene Konvencije VE do pojave novog europskog dokumenta o ljudskim pravima, tj. Povelje temeljnih prava Europske unije.¹⁵ Na početku 50-godišnjeg razdoblja (1950-2000, v. bilj. 1) stopa sklopljenih brakova (na 1000 stanovnika) bila je uglavnom podjednako visoka u svim europskim državama (oko 10 promila).¹⁶ Statistički podatci za Hrvatsku pokazuju¹⁷ da se i u RH stopa sklopljenih brakova snižavala, ali usporenije nego u drugim (zapadnoeuropskim) zemljama.^{xvii} Međutim postotak izvanbračno rođene djece bio je u europskim državama u stalnom porastu, dok je to povišenje u Hrvatskoj bilo znatno usporenije, a i u suvremenosti je postotak niži nego drugdje.¹⁸ Povezano s pravom na osnivanje obitelji, u hrvatskom pravnom sustavu Obiteljski zakon sadrži odredbe o roditeljstvu i djeci rođenoj u prirodnoj prokreaciji (u braku ili izvan braka) koje pravno uređuju pojediniosti o podrijetlu djeteta od oba roditelja.¹⁹ Za slučajeve osnivanja obitelji posvojenjem tuđeg djeteta ili uz medicinsku pomoć propisi o posvojenju i medicinskoppravna pravila o pomognutoj oplodnji prelaze iz 20. u 21. stoljeće uglavnom s dosta novih sadržaja i izmijenjenih obilježja (v. *infra*).

2. Nakon Konvencije VE novi je europski pravni dokument o ljudskim pravima Povelja temeljnih prava Europske unije, usvojena u prosincu 2000. godine.²⁰ Poveljom EU u 21. stoljeće unesena su pravila o građanskim, političkim, ekonomskim i socijalnim pravima europskih državljana, a u literaturi se napominje da ima novih i značajnih promjena u pristupu privatnom i obiteljskom životu europskog stanovništva (*Mc Glynn*, 2001).^{xviii} Odredba o sklapanju braka i osnivanju obitelji u Povelji EU znatno mijenja sadržaj i domet pravila iz čl. 12. Konvencije VE jer propisuje: „Pravo na sklapanje braka i pravo na osnivanje obitelji jamčit će se sukladno nacionalnim pravima koja uređuju ostvarenje ovih prava“ (čl. 9). Usporedba dvaju različitih izričaja pokazuje da osobe kojima se priznaju prava u novom tekstu Povelje EU više nisu određene (kao muškarci i žene u čl. 12. Konvencije VE). Time je napušteno izričito značenje i zaštita heteroseksualnog braka. Ovisit će o nacionalnim pravima komu je ustanova braka namijenjena i kako će biti uređeno ostvarenje prava na sklapanje braka. Višestruko je znakovita promjena koja proizlazi iz novog rješenja za ostvarivanje prava na osnivanje obitelji. To je pravo odvojeno od prava na sklapanje braka, osamostaljeno je²¹ i subjekti tog prava također nisu određeni. Ostvarivanje prava na osnivanje obitelji jamči se sukladno nacionalnim pravima, što će značiti veću šarolikost pravnih sadržaja u uređenju

¹⁵ Povelja temeljnih prava Europske unije (dalje u tekstu: Povelja EU) proglašena je zajedno s Ugovorom iz Nice 2000. godine; pravno obvezajuća postala je nakon što je po pravnoj snazi izjednačena s Osnivačkim ugovorima,^{xv} v. Majstorović (2009).

¹⁶ U nekadašnjoj Jugoslaviji stopa je 1950. g. bila 11,4, a već 1960. snižena je na 9,1 sklopljeni brak na 1000 stanovnika.^{xvi}

¹⁷ Stopa sklopljenih brakova (na 1000 stanovnika) snižena je u RH od 8,00 (1974) na 5,0 (2001), a 2010. bila je 4,8; u Austriji od 7,1 (1970) na 4,3 (2007); u Italiji od 7,3 (1970) na 4,2 (2007); u Mađarskoj od 9,3 (1970) na 4,1 (2007); u Sloveniji od 8,3 (1970) na 3,2 (2007). Međunarodni pregled kretanja stanovništva (brakovi, rođenja djece) Statistički ljetopis ne objavljuje nakon 2009. godine, pa su novije usporedbe podataka iz tog izvora onemogućene.

¹⁸ Postotak djece rođene izvan braka (na 100 živorođenih) povećavao se u RH postupno: od 5,2 na 9,4 i 13,2% (1974, 2001, i 2010). Niže postotke rasta bilježe: npr. Italija 2,2 na 20,7 (1970. i 2007) i Poljska 5,0 na 19,5 (1970. i 2007), a znatan porast: npr. Austrija 12,8 na 38,2 (1970. i 2007), Mađarska 5,4 na 37,5 (1970. i 2007), te Slovenija 8,5 na 48,1% (1970. i 2007). – usp. godišta i str. Statističkih ljetopisa RH.^{xviii}

¹⁹ Regulirana su pravila o majčinstvu i očinstvu djeteta, utvrđivanju/osporavanju majčinstva i očinstva u postupku priznanja ili /i odlukom suda i dr.

²⁰ V. bilj. 15.

²¹ Među globalnim dokumentima o ljudskim pravima odvojeno uređenje sadržaja dvaju prava provedeno je u Konvenciji o ukidanju svih oblika diskriminacije žena – v. *supra*, bilj. 12. i lit. xii.

prokreativnih pitanja. Prema Objašnjenjima kojima je Vijeće ministara (EU) popratilo tekst Povelje, izričaj članka 9. ...“osuvremenjen je kako bi se obuhvatili slučajevi u kojima nacionalna zakonodavstva priznaju uređenje različito od braka zajednicama osoba istog spola. Ovo je pravo slično onome koje se jamči Europskom konvencijom, no njegov domet može biti širi ako to omogućava nacionalno zakonodavstvo.”^{xxix} Time su u tekstu Povelje i u Objašnjenjima uzete u obzir promjene na koje upućuju statistički podatci iz međunarodnog pregleda kretanja stanovništva²² te primjeri europskih država koje su, neovisno o pravilima u sustavu međunarodne zaštite ljudskih prava, sve češće donosile propise o uređenju alternativnih životnih zajednica i prava pojedinaca u njima (*Alinčić*, 2005)²³ i ^{xx}.

3. Europsko međunarodno pravo za sustav ljudskih prava u suvremenosti čine dva pravna izvora (VE i EU) kojima je u odredbi o braku i osnivanju obitelji glavna zajednička osobina uputa na nacionalna zakonodavstva. Međutim, među državama članicama VE kao i EU podjednako postoje primjeri tradicionalnog pristupa uređenju prava na sklapanje braka i na osnivanje obitelji, a i vrlo liberalnog odnosa prema zahtjevima i praksi uređenja osobnih i obiteljskih veza. Kada je riječ o prirodnoj prokreaciji, međunarodna je obveza države da heteroseksualnom bračnom/izvanbračnom paru osigura jednaka prava da slobodno i odgovorno odlučuju o broju djece i vremenu njihova rođenja te da imaju pristup informacijama, obrazovanju i sredstvima koja će im omogućiti da koriste ta prava. Propisi za slučajeve zasnivanja obitelji posvojenjem tuđeg djeteta ili uz medicinsku pomoć, u europskim državama sadrže različita rješenja. Institut posvojenja uređen je posebnim pravnim dokumentom, koji različito od prethodnog izvora omogućuje posvajanje djece i osobama koje nisu bračni drugovi. Za uređenje prava na medicinsku pomoć nema posebnog europskog dokumenta koji bi upućivao na model pristupa pitanju određivanja korisnika takve pomoći. Sukladno odredbi čl. 9. Povelje EU moguće je da nacionalni propisi predvide primjenu postupaka medicinski pomognute oplodnje na traženje šireg kruga osoba, a ne samo bračnih drugova. Neovisno o načinu ostvarenja prava na osnivanje obitelji, u svakom slučaju postoji i važna je obveza države da osigura zaštitu dječjih prava i da se u odlukama o nečijem sporu ili potrebi djeteta tijekom njegova odrastanja prizna prednost djetetovim interesima.

3.1. Osuvremenjena (revidirana) Konvencija o posvojenju (2008) odredbom o tomu tko može posvojiti dijete (čl. 7) predviđa dvije skupine budućih posvojitelja u dva režima za stjecanje toga statusa. Prvo je pravilo da dijete mogu posvojiti dvije osobe različitog spola koje su međusobno u braku ili su u zajednici koja je regulirana kao registrirano partnerstvo bilo da posvajaju istodobno, sukcesivno ili jedna osoba (čl. 7. st. 1). Nadalje je predviđeno da države mogu proširiti primjenu Konvencije na heteroseksualne parove i istospolne parove koji žive u stabilnom odnosu (čl. 7. st. 2). Tim drugim pravilom prepušteno je državi da samostalno odredi da li će omogućiti posvojenje djeteta heteroseksualnom ili istospolnom paru koji živi u neformalnom, ali stabilnom odnosu. Mogućnost posvajanja djece u RH, regulirana Obiteljskim zakonom (ObZ 2003, bilj. lit. vii), svedena je na pravo za bračne drugove. Oni

²² V. *supra*, bilj. 17. i 18.

²³ Prvi primjeri iz skandinavskih zemalja (zakonodavstva, prakse) isticali su uvažavanje i zaštitu prava na različitost. Propisani režimi za registrirane alternativne životne zajednice (heteroseksualne, naknadno i homoseksualne) isprva su uglavnom regulirali imovinskopravne učinke takvih zajednica. Kasnije su prava osoba u njima postupno proširivana prema društvenoj zajednici (stambenopravna zaštita, porezi, olakšice i dr.), a u novije vrijeme omogućeno je posvajanje djece, pa i sklapanje braka.

²⁴ Europski je pravni izvor za institut posvojenja od 1967. (na snazi od 1968) godine Europska Konvencija VE o posvojenju djece; nakon ocjene da su njezine odredbe zastarjele, a i u suprotnosti s praksom Europskog suda za ljudska prava, sačinjena je nova, revidirana Konvencija o posvojenju djece, otvorena za potpisivanje od studenog 2008. godine. Više podataka o oba teksta iz pera nekoliko autora usp. Majstorović^{xv}

²⁵ Pravni izvori za te međunarodne obveze države su globalni dokumenti UN o ljudskim pravima – v. *supra*, bilj. 2. te Konvencija o pravima djeteta (čl. 3) i ii i xxi.

moгу posvojiti dijete zajednički ili tako da jedan bračni drug posvoji dijete kome je drugi bračni drug roditelj ili posvojitelj te jedan bračni drug ako ima pristanak drugog bračnog druga. Osoba koja nije u braku može posvojiti dijete ako je to osobito korisno za dijete (čl. 133. ObZ), što se utvrđuje u postupku koji provodi centar za socijalnu skrb,^{xxii} dok je drugdje određena nadležnost suda²⁶. Izvanbračnim drugovima u Hrvatskoj je u novije vrijeme priznato pravo na medicinski pomognutu oplodnju (v. *infra*), ali ne i posvojenje djeteta²⁷, pa su odredbe ObZ o posvojenju primjer povrede Zakona o ravnopravnosti spolova.²⁸ Pred Europskim sudom za ljudska prava vođen je postupak protiv Francuske koji su pokrenule dvije francuske državljanke. Francuski sudovi prvog i drugog stupnja odbili su njihov zahtjev da jedna od njih posvoji dijete koje je rodila druga partnerica (2000. g.) nakon medicinski pomognute oplodnje sjemenom anonimnog donora.²⁹ Stajalište je Europskog suda da Konvencija o ljudskim pravima ne traži od vlada država članica da istospolnim parovima omogući sklapanje braka kako bi postigli prava koja po zakonima države pripadaju bračnim drugovima. Dodatna je napomena da ako država izabere da istospolnim parovima pruži alternativna sredstva priznanja, time uređuje granicu priznatog statusa (*Press Release*, 2012).^{xxiii} Nova pravna rješenja i znatne promjene u obiteljskopravnom uređenju Slovenije predviđene su u Obiteljskom zakoniku (2011), no nisu uslijedile jer su građani predloženi zakonski tekst odbili na referendumu (2012)³⁰. U javnosti su neprihvatljivima smatrane odredbe o pravima istospolnih parova, posebno o mogućnosti posvojenja djece. Za takve parove bila je predložena odredba da ne mogu zajedno posvojiti dijete, ali jedan partner u partnerskoj zajednici može posvojiti dijete koje je drugi partner dobio u prijašnjoj heteroseksualnoj vezi.^{xxiv} Posvojeno dijete bi u takvoj homoseksualnoj zajednici dviju osoba živjelo (barem) s jednim biološkim roditeljem, a možda bi imalo saznanja i o drugom biološkom roditelju.³¹

3.2. Prokreacija uz medicinsku pomoć izaziva potrebu za sve raznovrsnijom medicinskopravnom regulacijom; s jedne strane stižu novosti i usavršavanja u biomedicinskoj tehnologiji, a na drugoj strani različite su posljedice koje slijede iz viševrstnih zahtjeva: da se istospolnim parovima omoguće posvajanja djece, primjena postupka rađanja za drugog (zamjensko majčinstvo, tzv. *surrogacy*) i dr. Zaštiti ljudskih prava – u postupku medicinske pomoći u prokreativne svrhe – namijenjena je posebna odredba u europskom pravnom izvoru VE (iz 1997. g.). Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine (na snazi od prosinca 1999.) propisano je (čl. 14): „Nije dozvoljeno korištenje postupaka medicinski pomognute prokreacije u svrhu odabira spola budućeg djeteta, osim za izbjegavanje ozbiljne nasljedne bolesti vezane uz spol“ (v. lit. xiv).^x

²⁶ Posvojeno dijete moglo bi npr. postati članom izvanbračne obitelji ako bi nakon prestanka braka (smrću, razvodom, poništajem braka) drugi bračni drug ili osoba koja je kao samac/samica posvojila dijete kasnije uspostavila izvanbračnu životnu zajednicu.

²⁷ Institut posvojenja je u Konvenciji (2008) pravno uređen vrlo detaljno; v. više: Majstorović, *op. cit.* (bilj. xv), str. 63-72, i u tom radu osvrte na stajališta i komentare drugih autora.

²⁸ Zakon o ravnopravnosti spolova (NN 82/08) zabranjuje diskriminaciju na temelju bračnog i obiteljskog statusa (čl. 5. st. 2).

²⁹ Traženo je zasnivanje običnog posvojenja (*simple adoption*) radi uspostave zajedničke roditeljske odgovornosti u podizanju djeteta. Zahtjev je odbijen jer propisi predviđaju posvojenje s takvim učinkom samo za bračne drugove. Prigovor tužiteljica da su diskriminirane Europski sud nije uvažio (odluka iz 2011. g.).

³⁰ Državni zbor RS usvojio je Družinski zakonik u lipnju 2011. g.

³¹ U predloženi zakonski tekst bila je uvrštena nova, osebujna definicija obitelji, tj. da je obitelj životna zajednica djeteta s jednim ili oba roditelja ili s drugom odraslom osobom ako se ona skrbi za dijete i ima prema djetetu zakonom određene obveze i prava. Radi interesa djeteta obitelj uživa posebnu zaštitu države. Time je rečeno da se životne zajednice odraslih (u zakonu поближе normirane: brak, izvanbračne zajednice žene i muškarca /formalno uređene ili neformalne/ te partnerske zajednice /također formalizirane ili neformalne/) bez djece ne bi smatrale obiteljima s pravom na posebnu zaštitu države (v. bilj. xxiv).

Želja korisnika medicinske pomoći u postupcima oplodnje npr. darovanom *gametom* (jajnom stanicom) ili čak izričita narudžba embrija za rođenje djeteta određenog spola utječu na zanemarivanje propisane zabrane odabira spola u praksi (kritički osvrt na propise i praksu v. *infra*). Novijeg su datuma akti Europske unije, tj. Direktive Europskog parlamenta i Vijeća (2004-2006. godine) koje, između ostalog, propisuju važne pojedinosti za postupke sa stanicama ljudskog podrijetla, dakle sa spolnim stanicama kao genetskim materijalom za pomognutu oplodnju.³²

3.2.1. U Hrvatskoj je pravo na medicinsku pomoć radi postizanja prokreacije regulirano Zakonom o medicinski pomognutoj oplodnji (dalje u tekstu: ZMPO/2012). Ne ulazeći u ocjenu medicinskih sadržaja novih zakonskih rješenja, niti u svjetonazorske prigovore koncepciji pristupa ili uređenja ozakonjenih pravila, pozornost zaslužuje odredba o korisnicima prava na medicinski pomognutu oplodnju (čl. 10). Osnovnim je pravilom predviđeno da su korisnici medicinskog postupka žena i muškarac (oboje punoljetni i poslovno sposobni) koji su u braku, odnosno u izvanbračnoj zajednici i koji su s obzirom na životnu dob i opće zdravstveno stanje sposobni za roditeljsku skrb o djetetu.³³ Dodatni je uvjet da se postupak oplodnje provodi tek kada je dotadašnje liječenje neplodnosti bezuspješno ili bezizgledno te radi izbjegavanja prijenosa teške nasljedne bolesti na dijete kod prirodnog začeća (čl. 4. i 10. ZMPO/2012.)^{xxv} Krug korisnika prava na medicinsku pomoć proširen je u poredbi s prethodnim Zakonom (2009.)^{xxv} tako da prema odredbi u čl. 10. st. 2: „Pravo na medicinski pomognutu oplodnju ima i punoljetna, poslovno sposobna žena koja ne živi u braku, izvanbračnoj ili istospolnoj zajednici, čije je dosadašnje liječenje neplodnosti ostalo bezuspješno ili bezizgledno te koja je s obzirom na životnu dob i opće zdravstveno stanje sposobna za roditeljsku skrb o djetetu. Ta zakonska novina nije obrazložena, dok je norma o podrijetlu djeteta (čl. 16. st. 1-4) nedorečena i mora biti dopunjena noveliranjem obiteljskopравnih propisa.³⁴ Primjenom važećih obiteljskopравnih propisa o podrijetlu djeteta od oba roditelja, majčinstvo je određeno rađanjem žene kojoj je pružena medicinska pomoć. Kada je očinstvo izvanbračno, utvrđuje se priznanjem muškarca da se smatra ocem ili sudskom odlukom (čl. 53-54 ObZ). S obzirom na to da je dijete rodila žena s dijagnozom neplodnosti, trudnoća je u medicinskom postupku mogla biti ostvarena oplodnjom žene darovanom sjemenom stanicom. Ako bi ovisno o ženinom zdravstvenom stanju bila provedena oplodnja darovanim zametkom, žena bi bila djetetova gestacijska majka, a dijete s njom ne bi imalo genetsku povezanost. Zbog tih okolnosti treba za upis podataka o drugom roditelju djeteta u maticu rođenih^{xxvi} uzeti u obzir i relevantne odredbe ZMPO.³⁵ Iz norme o pravu na uvid u podatke o donorima genetskog materijala za oplodnju (čl. 15, bilj. 35) proizlazi da će osobi koja je začeta i rođena uz pomoć medicinski pomognute oplodnje biti dostupni svi podatci o vlastitom biološkom podrijetlu, uključujući i podatak o identitetu donora korištene spolne stanice /zametka kad navrší 18 godina. To znači da će djetetu žene –

³² Direktive su navedene u Zakonu o medicinski pomognutoj oplodnji (2012. – v. *infra*) s podatkom da taj Zakon sadrži odredbe koje su u skladu s aktima EU (čl. 2. Opće odredbe); oznake i sadržaji triju Direktiva (2004-2006) u zakonskom tekstu su i približe popisani.

³³ Pojedinosti o dokazivanju postojanja braka i izvanbračne zajednice i određenje tko čini izvanbračnu zajednicu u smislu toga Zakona sadrži odredba (čl. 11. st. 1-5) bez pozivanja na obiteljskopравne propise.

³⁴ Obrazloženja sadržana u tekstu uz Prijedlog ZMPO (oznaka – Vlada RH, Zagreb, travanj 2012), u prikazu osnovnih pitanja koja se uređuju predloženim zakonom, istaknuta su uglavnom ograničenja i pojedinosti medicinskog i organizacijskog sadržaja bez osvrta na eventualne pravne i etičke dvojbe.

Djelomično objašnjenje odredbe o pravu žene na medicinsku pomoć (čl. 10. st. 2) moglo bi se pripisati čl. 4, naslovljenom „Razlozi za provedbu postupka medicinski pomognute oplodnje“. U njemu su medicinskim kriterijem određeni uvjeti koji ženi omogućuju ostvarenje prava na medicinski pomognutu oplodnju.

³⁵ ZMPO normira pravo djeteta i drugih ovlaštenika na uvid u podatke o darivateljima spolnih stanica (sjemene stanice, jajne stanice i zametka (čl. 15).

koja je sama i ostvarila je pravo na medicinsku pomoć – ostati do punoljetnosti nepoznato njegovo podrijetlo od drugog roditelja. Zakonska je obveza roditelja, korisnika prava na medicinsku pomoć, da dijete najkasnije do 18. godine života obavijeste o tomu da je začeto uz pomoć medicinski pomognute oplodnje (čl. 15. st. 1. i 2). Konvencija o pravima djeteta (UN, 1989) propisuje pravo djeteta da zna, koliko je moguće, tko su mu roditelji i da uživa njihovu skrb, a od država ugovornica zahtijeva da se djetetovim pravima osigura primjerena zaštita (čl. 7. st. 1. i 2), v. bilj. 25 i xxi. Pravo na saznanje činjenica o podrijetlu smatra se djetetovim izvornim i osobnim pravom (Hrabar, 2007, 229),^{xxvii} ali sadržaj prava nije u zainteresiranoj javnosti prihvaćen s razumijevanjem. Tijekom postupka donošenja ZMPO bilo je protivljenja da se nacionalnim zakonodavstvom i praksom utječe na ostvarivanje prava djeteta i obveze odraslih. Dijelu sadržaja novog zakona protive se najčešće korisnici prava na medicinsku pomoć.³⁶ Pojedine predstavnice udruga građana također podržavaju neke prigovore na zakonski tekst.³⁷ Dio kritičara kojima je ZMPO u cijelosti neprihvatljiv iz ideoloških / svjetonazorskih razloga iskazao je svoje negodovanje najavom postupka za izjašnjavanje građana na referendumu. Novo pravo neplodne žene da uz medicinsku pomoć – uz mukotrpna iskustva tijekom postupka – ostvari želju za potomstvom i poboljšanje kakvoće vlastita života, na drugoj strani otvara neka nova pitanja. Djetetu je uskraćeno pravo na skrb dvaju roditelja, jer od rođenja mu je samohrana majka jedini roditelj. Upitna je i kvaliteta njegova obiteljskog života u poredbi s djetetovim životom u potpunoj obitelji. Obzir prema dobrobiti djeteta zanemaruju oni od kojih se u javnosti čuje tvrdnja da postoji „pravo na dijete“. Konačno, mogućnost da neplodna žena ostvari majčinstvo potakla je pitanje što je sa muškarcima – samcima koji također žele roditeljstvo i (uz medicinsku pomoć) očinstvo s vlastitim potomstvom. Uz prigovor u javnosti da po ZMPO žene i muškarci nemaju ista prava i da zbog povrede Zakona o suzbijanju diskriminacije (čl. 1)^{xxviii} dolazi u obzir ustavna tužba, spomenut je i prijedlog da se u korist samaca i *gay*-partnera dopusti primjena zamjenskog majčinstva (kao u drugim zemljama, v. *infra*). Time se kakvoća obiteljskog života i dobrobit djeteta opetovano ne propituju.

3.2.2. ZMPO je pravo na medicinski pomognutu oplodnju dodatno regulirao (čl. 10. st. 3) i u korist osobe „...,koja odlukom o lišenju poslovne sposobnosti nije ograničena u davanju izjava koje se tiču osobnih stanja“, uz uvjete koji vrijede za sve korisnike medicinske pomoći (čl. 4, *supra* 3.2.1). Nova odredba povezana je u dijelu teksta s obiteljskopравnim režimom za institut skrbištva. U hrvatski pravni sustav uvrštena je kao dio obveze RH koja je preuzeta ratifikacijom Konvencije UN o pravima osoba s invaliditetom (2007. godine).^{xxix} Obilježje je te Konvencije da izražava visok stupanj obzirnosti prema osobama s invaliditetom i traži od države djelotvorne i odgovarajuće mjere uklanjanja diskriminacije u svim pitanjima vezanim

³⁶ Razlozi protivljenja zapravo su osobne dvojbe ili nelagode zbog neplodnosti te subjektivne ocjene zakona bez objektivne procjene svih važnih okolnosti za sustav zaštite dječjih prava.

³⁷ Zalaganje za potpunu anonimnost donora genetskog materijala obrazlaže se npr. predviđanjem da bez takve anonimnosti ne će biti darivatelja za postupke oplodnje. Ne uzima se u obzir da su propisi o pristanku na darivanje i o pravnom statusu darivatelja vrlo detaljni (npr. čl. 19. ZMPO) te da bi se u suvremenoj zbilji (porast postotka neplodnih parova) mogla očekivati solidarnost onih koji su želju za potomstvom ostvarili, tj. da su spremni pomoći da i drugima bude dostupan medicinski postupak oplodnje.

Ne razumijevanje dometa i važnosti odredbe čl. 7. Konvencije (1989) i čl. 15. ZMPO iskazano je npr. u javno izraženom mišljenju (na TV) da su djetetovi pravi roditelji osobe koje ga podižu i skrbe se o njemu, a ne oni od kojih dijete potječe. Istina je međutim, da dijete dakako poznaje te socijalne roditelje s kojima živi i uz koje raste. Ujedno je zanemarena važnost bioloških/genetskih roditelja, koju povećavaju suvremena istraživanja i nova saznanja o značenju DNA i o utjecaju gena na nasljedne bolesti, kao i o izgledima da se u budućnosti uspješnije nego sada genetski sprječavaju najteže bolesti.

uz brak, obitelj, roditeljstvo i osobne odnose (čl. 23. st. 1).³⁸ Za takve zahtjeve ne može se smatrati primjerenim izričaj u ZMPO (čl. 10. st. 3), a još manje neosuvremenjen obiteljskopравни propis o stupnjevima lišenja poslovne sposobnosti i dometima sadržaja sudske odluke o lišenju.

3.2.3. Zakonsko uređenje uvjeta za ostvarivanje prava na medicinski pomognutu oplodnju sadrži nekoliko propisanih ograničenja/zabrana u provedbi medicinskog postupka. ZMPO preuzeo je pravilo da se medicinski postupak ne može koristiti u svrhu odabira spola budućeg djeteta (čl. 27) iz Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini (v. *supra* 3.2. i bilj. xiv). Drugo ograničenje, tj. zabrana kloniranja ljudskog bića (čl. 32. ZMPO) preuzeta je, s nešto preinaka, iz odredbe u Dodatnom protokolu uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine o zabrani kloniranja, čl. 1. (bilj. xiv). Obje zabrane su ujedno upozorenje da ono što je kao znanstveno, stručno ili tehnološko dostignuće moguće i ostvarivo, ne znači da je prihvatljivo i dopustivo za primjenu u praksi medicinske pomoći neplodnima. Među ostalim propisanim zabranama³⁹ posebna je i značajna iz više razloga odredba o zabrani zamjenskog majčinstva (čl. 31. ZMPO). Imenovani su nedopušteni postupci do provedbe medicinskog postupka, i to: tražiti ili nuditi uslugu rađanja djeteta za drugog (zamjensko majčinstvo) (st. 1). Zabranjeno je, nadalje, ugovarati ili provoditi medicinski pomognutu oplodnju radi rađanja djeteta za druge osobe i predaje djeteta rođenog nakon medicinski pomognute oplodnje (čl. 31. st. 2). Pravna posljedica povrede propisanih zabrana je ništetnost ugovora, sporazuma ili drugih pravnih poslova o rađanju djeteta za drugog i o predaji djeteta rođenog nakon medicinski pomognute oplodnje, uz naknadu ili bez naknade (čl. 31. st. 3)⁴⁰. Nepotrebna su ponavljanja sintagme „zamjensko majčinstvo“ u svim stavcima (čl. 31), a ima i sadržaja zabrana kakvi postoje i u tekstovima za nedopuštene postupke sa spolnim stanicama.⁴¹

3.2.4. Primjena zamjenskog majčinstva omogućena je u nekim pravnim sustavima (SAD, Engleska) u korist homoseksualnih parova zbog njihove „socijalne“ neplodnosti, što je termin novijeg datuma (u Švedskoj). Nezaobilazno je pitanje za takve slučajeve kako se evidentiraju podatci o podrijetlu djeteta od oba roditelja, a nekonvencionalan odgovor postoji u novom engleskom zakonodavstvu. Odredbom u Zakonu o humanoj oplodnji i embriologiji (2009)^{xxx} propisano je da se za istospolne ženske parove, istospolni roditelji upisuju kao „majka“ i „roditelj“.⁴² Rađanje za druge je u Engleskoj i Velsu već desetljećima poznata pojava i u

³⁸ Osobe s invaliditetom (prema čl. 1. st. 2. Konvencije) one su osobe koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprječavati njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima.

Države članice Konvencije obvezne su tim osobama priznati na ravnopravnoj osnovi s drugima poblize određena prava u vezi a) s brakom, b) odlučivanjem o rađanju i broju djece te c) o očuvanju njihove plodnosti (čl. 23. st. 1).

³⁹ Nekoliko zabrana odnosi se na postupanje s darivanim spolnim stanicama (čl. 24-26, 28. i 29).

⁴⁰ Pravilima u prekršajnim odredbama propisane su i novčane kazne za prekršaj u primjeni čl. 31. ZMPO, i to za pravnu osobu, odgovornu osobu u pravnoj osobi i za neposrednog počinitelja (koji odgovara i za pokušaj; čl. 56. st. 1. toč. 18, st. 2., 3. i 4).

⁴¹ Takvi su primjeri zabrana novčane dobiti te trgovanja i javnog oglašavanja (čl. 21. i 30). U odredbi o zabrani korištenja darovanih spolnih stanica zbog obiteljskopравниh zapreka (čl. 25.) pogrešno se s krvnim srodstvom izjednačuje tazbinsko srodstvo (čl. 25. st. 1.-3. ZMPO). Naime, odnos tazbine više nije razlog zbog kojega nije dopušteno sklapanje braka nakon stupanja na snagu Obiteljskog zakona iz 1998. godine.

⁴² Zakon (lit. xxx) je u Engleskoj i Velsu stupio na snagu u travnju 2009. i određuje tko može biti evidentiran kao djetetov zakonski roditelj ako je dijete bilo začeto u postupku oplodnje.

U slučaju naručenog rođenja za drugog (*surrogacy arrangement*) naručitelji mogu zatražiti sudsku odluku o roditeljstvu (*Parental Order*) kako bi postigli preinačenje upisa rođenja i bili imenovani djetetovim roditeljima. Sudska se odluka (automatizmom) evidentira u Matičnom uredu; novi upis nadomješta original, a novi rodni list za dijete, s pojedinostima o roditeljima – naručiteljima kao djetetovim roditeljima, izdaje se na zahtjev.^{xxxi}

stalnom je porastu. U literaturi su prikazani slučajevi obiteljske ispomoći rađanjem za druge u dalekoj prošlosti s ocjenom da se i u suvremenosti nastavlja altruistička praksa u obitelji ili u prijateljskim odnosima. Napominje se da u takvim slučajevima nema poteškoća s predajom djeteta koje je rodila zamjenska majka (*Welstead*, 2011, 166).^{xxxii} Medijima se prigovara da naručiteljima djeteta smatraju poglavito razne uglednike („celebrities“) iako doista postoje mnogi neplodni parovi koji zbog toga pate, depresivni su i osjećaju se društveno manje vrijednima. Osvrti na primjere iz suvremene prakse ipak kritički upozoravaju na nedovoljnu pravnu uređenost postupka rađanja za druge i na provedbu medicinske pomoći neplodnima (npr. u privatnim ordinacijama i sl.). Premda propisi zabranjuju ostvarenje postupka rađanja za druge na komercijalnoj osnovi, ocjenjuje se da engleski sudovi ipak to dopuštaju kao redovnu pojavu.⁴³ Na sve izložene ocjene i primjere odnosi se primjedba da je prokreacija putem surogatstva pravno vrlo oskudno uređena u pogledu dječjih prava.⁴⁴ U zaključku se predlaže da se prije novih propisa razmotre brojna etički sporna pitanja.

4. Na početku drugoga desetljeća 21. stoljeća ostvarivanje prava na osnivanje obitelji u europskim državama može se smatrati pravno uglavnom primjereno uređenim.⁴⁵ Ako je riječ o prirodnoj prokreaciji heteroseksualnog para ne propisuje se tko može postati roditelj djeteta, nego se određuje podrijetlo djeteta pravilima o majčinstvu i očinstvu djeteta rođenog u braku ili izvan braka (v. *supra*, 3. i 3.2.1.). Mogućnost osnivanja obitelji posvojenjem tuđega djeteta ostvaruje se primjenom instituta posvojenja, koje u mnogim zemljama ima dugu tradiciju. Obilježje i primarna svrha suvremenog pravnog uređenja posvojenja je zbrinjavanje djece bez odgovarajuće roditeljske skrbi. Stoga se i na osobe bez vlastita potomstva koje žele osnovati obitelj primjenjuje pravilo da se prednost daje djetetovim interesima kako zahtijeva Konvencija UN o pravima djeteta (v. *supra*, bilj. 25 i 3.1.). Kada se prokreacija ne može ostvariti bez medicinske pomoći, pravila o medicinski pomognutoj oplodnji su različita, ovisno o tomu na kojem se pristupu i uređenju zasnivaju.⁴⁶ Postojeći primjeri propisa o pravu na medicinsku pomoć, a još više primjeri iz prakse, izazivaju nedoumice, etičke dvojbe i suprotstavljena ideološka/svjetonazorska osporavanja (v. *supra*, 3.2.1. i 3.2.4.). Za poboljšanje pravnog uređenja zaštite interesa djece rođene u prirodnoj prokreaciji, te primjene instituta posvojenja⁴⁷, razvitkom sustava zaštite ljudskih prava nastali su međunarodni

⁴³ Znatne teškoće izazivaju sve brojniji slučajevi prekomorskih narudžbi te vrste: npr. u primjeni propisa o useljenu radi preuzimanja djeteta u stranoj zemlji, u vezi s roditeljstvom naručitelja usluge rađanja ili s ostvarenjem prava na roditeljsku skrb i sl. U Ukrajini su npr. surogatni sporazumi zakonski uređeni i provedivi tako da nakon rođenja djeteta zamjenska majka gubi sva roditeljska prava i dužnosti. Dijete nema pravo na prebivalište ili ukrajinsko državljanstvo, dok država ima minimalnu odgovornost za takvo dijete, npr. da ga smjesti u sirotište kao čin humanosti. (*Welstead, ibid*, bilj. lit. xxxii, str. 180. i 186).

⁴⁴ Brojni su primjeri različitih načina traženja i nalaženja rješenja za uslugu rađanja za drugog. U Indiji je u tu svrhu nastao centar preko kojeg se naplaćuju životni i medicinski troškovi za ženu kojoj se pruženom uslugom rađanja znatno poboljšava obiteljski standard u poredbi za zaradama od rada na selu. Ako naručitelji ne preuzmu dijete, a ne može ga ili ne želi zadržati obitelj roditelje, dijete završava u sirotištu. Interes za prekomorsku praksu traženja usluge rađanja pridonio je osnivanju „britanskog surogatnog centra“ s uredom u Kaliforniji za koordinaciju i dogovore s donorima spolnih stanica, zamjenskim roditeljima i naručiteljima djeteta iz Amerike i Ujedinjenog Kraljevstva.

⁴⁵ U Europi je konačno uspostavljen međunarodni sustav zaštite ljudskih prava za mirnodopsko doba nakon ratnih strahota (svjetskih i lokalnih razmjera) tijekom 20. stoljeća.

⁴⁶ U literaturi se npr. spominju četiri pravna pristupa medicinsko-pravnoj regulativi pomognute oplodnje: prohibitivni, oprezni, liberalni i *laissez-faire* pristup (*Hrabar*, 2007, 215, xxvii).

⁴⁷ Odredbe o posvojenju Obiteljskog zakona treba novelirati kako institut posvojenja ne bi ostao dostupan samo bračnom paru, a ne i izvanbračnim drugovima. Potonji u RH imaju pravo na medicinsku pomoć zbog neplodnosti i tako mogu ostvariti željeno osnivanje obitelji.

Bržem zbrinjavanju djece bez primjerene roditeljske skrbi pridonijela bi bolja provedba postupka posvojenja; nedostaje npr. središnje mjesto evidentiranja svih podataka o broju djece koja bi se posvojenjem mogla zbrinuti i o broju potencijalnih posvojitelja, što još nije organizirano.

standardi i elementi vrijednosnog sustava u suvremenim društvenim zajednicama prema pravilima u Konvenciji UN o pravima djeteta i Revidiranoj Konvenciji VE o posvojenju djece. Reguliranje medicinske pomoći neplodnima prepušteno je (Poveljom temeljnih prava EU) nacionalnim zakonodavstvima bez smjernica za sadržaj mogućih rješenja ili naznaka poželjnog sustava vrijednosti. Neki primjeri propisa i slučajeva iz prakse (v. *supra*, 3.2.4.) pokazuju da nisu razmatrani s gledišta i kriterija iskazanih u Konvenciji UN o pravima djeteta iako su tu Konvenciju prihvatile brojne članice UN. Mogućnost pohranjivanja genetskog materijala namijenjena je odgođenoj primjeni važnog dijela postupka medicinski pomognute oplodnje, tj. odabiru vremena za osnivanje obitelji ili rađanja djece da bi se povećala postojeća obitelj.⁴⁸ Osim jednog od primjera odgođenog korištenja darivanih zametaka (bilj. 48), uporaba pohranjenih spolnih stanica (zametaka za medicinski pomognutu oplodnju) i nakon smrti osoba⁴⁹ od kojih genetski materijal potječe, izaziva daljnje dvojbe pravnoetičke naravi. Najkraće rečeno, treba li štititi zamisli odraslih korisnika medicinski pomognute oplodnje ili prosuđivati izgled budućeg djeteta za dobro psihofizičko odrastanje i stjecanje povoljnih životnih iskustava. Za sve prethodne i naknadne dvojbe bila bi korisna suradnja pravne i medicinske znanosti s kvalificiranim predstavnicima drugih područja znanja i promišljanja promjena u životnoj stvarnosti. Ubrzani razvitak biomedicine i sve raznovrsnijih tehnologija za zadovoljavanje ljudskih potreba, ali i problematični osobni zahtjevi, traže nova, etički prihvatljiva pravila u svakodnevicu. Zakonodavcu, ali i široj javnosti trebala bi biti važna bitna nova saznanja i mogući kriteriji za odabir sustava vrijednosti u uređenju međuljudskih odnosa.

⁴⁸ Zakonom o medicinski pomognutoj oplodnji uređen je postupak pohranjivanja spolnih stanica, spolnih tkiva i zametaka (čl. 32-35). Odredbom o darivateljima zametaka (čl. 18) regulirana je mogućnost da se pohranjenjeni (tj. neupotrijebljeni) zametci koriste za prokreaciju „... drugih bračnih, odnosno izvanbračnih drugova ili žena iz članaka 10...“.

Ta pogodnost za neplodnu ženu koja je bez partnera, izaziva pitanje što je s pravom djeteta na uvid u podatke (v. *supra*, 3.2.1, bilj. 35-36) o darivateljima zametka i o njihovu identitetu (čl. 15. i 26. ZMPO), a dodatna je dvojba kako pravo majke (koja je gestacijska, a ne i genetska) utječe na razvitak djetetova osobnog identiteta, tj. na predodžbu o kombinaciji obilježja njegovih vlastitih posebnosti (npr. od koga potječe, kakva iskustva ima iz svog obiteljskog život i dr.).

⁴⁹ Posthumna oplodnja žene – nakon smrti muškarca čija je sperma korištena u medicinskom postupku oplodnje – regulirana je u Velikoj Britaniji Zakonom o humanoj oplodnji i embriologiji.^{xxx} U dijelu tog Zakona (oznake 39^{xxxxiii}) propisano je da je djetetov otac muškarac od koga potječe sperma pod uvjetom da postoji pisani pristanak muškarca na oplodnju žene koji nije povučen (*the man consented in writing and did not withdraw the consent*).

Pohrana sperme prakticira se u Hrvatskoj u slučaju zloćudnih bolesti prije kemoterapije, dok su u Velikoj Britaniji dosta česti zahtjevi udovica koje žele djecu svojih prerano umrlih muževa i traže medicinski pomognutu oplodnju. U dnevnom tisku spominju se slučajevi da banke sperme koriste vojnici koje SAD upućuje u prekomorske vojne akcije.

Apsurdnim primjerom nazvan je slučaj u kojem je sud (u SAD) priznao majci tragično preminulog sina pravo na raspolaganje njegovom pohranjenom spermom. Naumila je naći ženu koja bi pristala da u postupku medicinske oplodnje rodi dijete i tako joj „... barem djelomično zaliječi srce“ (Zagreb, *Jutarnji list*, 12. 10. 2010.).

LITERATURA

1. Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7. i 11. uz tu Konvenciju (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999 – pročišćeni tekst, 8/1999 – ispravak).
2. Pakt o građanskim i političkim pravima, čl. 23., UN 1966., na snazi od 1976; Službeni list SFRJ br. 7/1976, NN MU 12/1993; Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena, čl. 16., UN 1979, na snazi od 1981; Sl. l. SFRJ, br. 11/81, NN MU 12/1993.
3. D. J. Harris, M. O. Boyle, C. Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Butterworth, London, Dublin, Edinburgh, 1995, str. 436-437.
4. Jacobs and White, The European Convention on Human Rights, Third Edition, Oxford, University Press (2002.), 225-228.
5. Sieghart, Paul, The International Law of Human Rights, Clarendon Press, Oxford, 1990, str. 203.
6. Korać, A. (1997.), Prosudbe Europskog suda za prava čovjeka opravdanosti ograničenja prava na sklapanje braka; Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 47, br. 4/1997, 337-367.
7. Obiteljski zakon, NN 162/18; NN 116/03; 17/04, 136/04, 107/07., 61/11.
8. U RH je 2007. godini objavljen Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom (NN MU br. 6/2007.).
9. Zakon o državnim maticama (NN 96/93), te Pravilnik o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije o promjeni spola (NN 121/2011).
10. Korać, A. (2002), Sadržaj i doseg prava na poštovanje obiteljskog života u hrvatskom pravnom sustavu; monografija Europsko privatno pravo, Zagreb, PF, Zavod za građanskopravne znanosti i obiteljsko pravo, 2002, str. 249-287.
11. General Comment No 19 (39), UN, Report of the Human Rights Committee, vol. I, General Assembly, Official Records, Forty – fifth Session, Supplement No. 40 (A/45/40), pp. 175-177).
12. Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (čl. 16; UN 1979, Sl. l. SFRJ, 11/81, NN MU 12/93).
13. Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz) u: Aleksandra Korać, Austrijski Zakon o potpomognutoj oplodnji – odgovor prava medicini -; Zbornik PFZ, 44, br. 3/1994., str. 253-265). Rad u Harvard Law Review, 98, 3/1985. naslovljen je npr. Reproductive Tehnology and the Procreation Rights of the Unmarried; više o tomu v. M. Alinčić, Regulacija medicinski potpomognute prokreacije, u Alinčić – Bakarić – Hrabar: Obiteljsko pravo I, - Suvremene tendencije -, Odabrane teme, PF u Zagrebu, Zavod za građanskopravne znanosti i porodično pravo, Zagreb, 1992, str. 21-48.
14. Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini (i o dva Dodatna protokola...); NN MU br. 13/2003.
15. Majstorović I., Harmonizacija i unifikacija europskog obiteljskog prava; PF u Zagrebu, Zavod za građanskopravne znanosti i obiteljskopravnu znanost, Zagreb, 2009, str. 97-98. U opsežnoj monografiji obrađen je, između ostaloga, odnos Vijeća Europe i Europske unije, te odnos Europske unije i Hrvatske, str. 19-26.
16. Statistički godišnjak Jugoslavije, 1985, str. 740.
17. Statistički ljetopis RH 2000 (str. 602, 604-605) i 2011, str. 109., podatci za druge zemlje: Stat. ljetopis RH 2009 (str. 687).
18. Clare Mc Glynn, Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive Change or entrenching the status quo?; European Law Review 2001, 26(6), 582 – 598, pp. 1-13.
19. Council of the European Union, Charter of fundamental rights of the European Union – Explanation relating to the complete text of the Charter (prosinac 2000), v. bilj xv. (str. 98-99).
20. Alinčić, M. Promjene u propisima o braku i drugim životnim zajednicama; Zbornik PFZ, 55, 5/2005, str. 1165-1199; za uvid u daljnje primjere iz stranih zakonodavstava: Dubravka Hrabar, Marginalije uz proturječnosti i pravne praznine pojedinih obiteljskopравниh instituta; Zbornik PFZ, 55, 3-4/2005, str. 629-662).
21. Konvencija o pravima djeteta, Sl. List SFRJ, 15/90, NN MU 12/93 i 20/97.
22. Zakon o socijalnoj skrbi, NN 33/012; čl. 117. st. 1. i 118. st. 1. i 2.
23. The refusal to allow a woman to adopt her same-sex partner's child was not discriminatory; Press Release issued by the Registrar of the Court; ECHR 108 (2012).
24. Gay prava slovenaca idu na referendum – tportal.hr/vijesti/; http://www.tportal.hr/vijesti/svijet/175935_22.2.2012. Družinski zakonik/Ministarstvo za delo, družinu in socialne zadeve; http://www.mdd.sz.gov.si/si/delovna_podrocja/druzina/zakonska_zveza_in_druzinska_r._22.2.2012.
25. Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji je na snazi od 4. kolovoza 2012. godine; NN, br. 86/2012, a prestao je važiti Zakon o medicinskoj oplodnji (NN, br. 88/09, 137/09 i 124/11) – čl. 63.
26. Usp. Zakon o državnim maticama, čl. 9. (NN br. 96/93).

27. Hrabar D (2007); D. Hrabar u: M. Alinčić ... (*et al*), *Obiteljsko pravo*, Narodne novine d.d., Zagreb 2007, str. 229.
28. Zakon o suzbijanju diskriminacije, NN 85/2008 i Zakon o ravnopravnosti spolova, NN 82/2008 uređuju zaštitu od diskriminacije na osnovi ... „spola“ ... „bračnog ili obiteljskog statusa“... i dr. (čl. 1. ZSD i čl. 6. st. 1. i 2. ZRS).
29. Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba s invaliditetom i Fakultativnog protokola uz Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom, NN MU br. 6/2007 i Ispravak cit. Zakona, NN MU br. 5/2008.
30. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/part/2> 7.11.2012.
31. Registering a birth record following fertility treatment and surrogacy: Direct – Gov... Page 1 of 2 [Gov.uk/en/government/citizens-and-rights/registering-life-events/birth](http://www.gov.uk/en/government/citizens-and-rights/registering-life-events/birth)... 21.5.2012.
32. Welstead, 2011, Surrogacy in England and Wales, u: *The International Survey of Family Law 2011 Edition*; Published on behalf of the International Society of Family Law (General Editor, Wellington, New Zealand; Associate Editor (Africa), London; 165-186.
33. Use of sperm, or transfer of embryo, after death of man providing sperm; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/part/2> 7.11.2012.

HRVATSKO OBITELJSKO PRAVO PRED EUROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA

1. UVODNO SLOVO

Europski sud za ljudska prava sa svojom praksom značajan je za oblikovanje standarda zaštite ljudskih prava, kako u Vijeću Europe, tako i u Europskoj Uniji. Prema odredbi čl. 6. st. 3. Ugovora iz Lisabona¹: „Temeljna prava, zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a koja proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća pravna načela Unije.“ Pored toga, odredba čl. 6. ovoga Ugovora postala je pravna osnova za pristup EU Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda². Europski sud primjenjuje EKLJP, i to na način da je čini živim instrumentom zbog iščitavanja prava i sloboda sadržanih u Konvenciji u danom trenutku, uzimajući u obzir socijalnu stvarnost i pravno uređenje u zemljama članicama Vijeća Europe. Republika Hrvatska je prilikom pristupanja Vijeću Europe provela postupak prilagodbe zakonodavstva zahtjevima EKLJP. Kad je EKLJP ratificirana, obiteljskopравни stručnjaci nisu očekivali veći broj zahtjeva Europskom sudu za ljudska prava s navodima o kršenju prava propisanih EKLJP, ponajprije zbog toga što je postojalo svojevrsno samozadovoljstvo uređenjem obiteljskih odnosa na normativnoj razini. Na normativnoj razini hrvatsko obiteljsko zakonodavstvo sustavno prati suvremene standarde zaštite ljudskih prava, a neka pitanja, poput ravnopravnosti žena i muškaraca te djece rođene u braku i izvan braka, kao i njihovih roditelja, još su kao pozitivni prinos socijalističke ideologije unesene u tadašnje obiteljske propise.³ Nakon što je Europski sud za ljudska prava počeo preispitivati zahtjeve podnesene protiv Republike Hrvatske iz područja obiteljskog prava, prvotno zadovoljstvo normativnim stanjem splasnulo je. Do listopada 2012. godine doneseno je ukupno deset presuda koje se odnose na obiteljsko pravo u širem smislu te šest koje se odnose na obiteljsko pravo u užem smislu. U svakom su slučaju suci u Strasbourgu procijenili da je došlo do povrede prava podnositelja zahtjeva. U odnosu na ukupan broj slučajeva koji su se prema Republici Hrvatskoj vodili na Europskom sudu za ljudska prava, do kraja 2011. godine doneseno je

* Prof.dr.sc. Aleksandra Korać Graovac, redovita profesorica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu i redovita članica Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

¹http://www.coe.int/t/dc/files/themes/eu_and_coe/default_EN.asp, pregled 22. prosinca 2012.

²Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10. U daljnjem tekstu EKLJP.

³U vrijeme ratifikacije Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava još se primjenjivao Zakon o braku i porodičnim odnosima, čiji je osnovni tekst donesen 1978. godine (Narodne novine br. 1/78, 45/89, 51/89 – pročišćeni tekst 59/90 i 25/94).

V. više Alinčić, M., Pola stoljeća katedre obiteljskog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, (1996) Zagreb, 329-341.

ukupno 216 presuda. U 177 slučajeva utvrđena je najmanje jedna povreda prava iz EKLJP (uglavnom pravo na pošteno suđenje i učinkovit pravni lijek), a samo 10 postupaka okončano je pravorijekom da nije povrijeđeno pravo predlagatelja. Usto, u 2012. godini Republika Hrvatska sudjelovala je s 790903 eura u financiranju Europskog suda za ljudska prava⁴. Presude Europskog suda za ljudska prava s obiteljskopравnim obilježjem u užem smislu odnosile su se na utvrđivanje podrijetla djeteta, na roditeljsku skrb te na prava osoba s duševnim smetnjama. Obiteljskopравnim pitanjima u širem smislu riječi presude su se bavile vezano s pravima djece, točnije segregacijom romske djece u školama (Oršuš v. Croatia)⁵, zlostavljanjem romske djece u školi (Đurđević v. Croatia)⁶ te vršnjačkim uznemiravanjem djeteta s posebnim potrebama koje je trajalo četiri godine (Đurđević v. Croatia)⁷, kao i pitanjem diskriminacije zbog ne/mogućnosti sklapanja braka u vjerskom obliku za pripadnike vjerskih zajednica s kojima Vlada Republike Hrvatske nije sklopila o tome ugovor (Savez Crkava „Riječ života” i drugi v. Croatia)⁸. Presude će biti ukratko izložene, po slijedu kako su donesene, prema obiteljskopравnim institutima, a potom će biti preispitano njihovo značenje (izvršenje) na individualnoj i općoj razini.

2. PRIKAZ PRESUDA

2.1. Podrijetlo djeteta

U dvije presude – *Mikulić v. Croatia* i *Krušković v. Croatia* radilo se o nemogućnosti utvrđivanja očinstva. U slučaju *Mikulić v. Croatia*⁹ podnositeljica zahtjeva u Strasbourgu nije mogla utvrditi očinstvo zbog odbijanja tuženika da pristupi vještačenju DNA metodom. Postupak utvrđivanja očinstva vodio se od 30. siječnja 1997. godine, a u vrijeme donošenja presude u Strasbourgu, 7. veljače 2002., još uvijek nije bio okončan. Ukupno se, dakle, radilo o vremenskom razdoblju preko pet godina, tijekom kojeg sud nije pravomoćno odlučio o tužbenom zahtjevu. Početkom postupka mnoga su ročišta odgođena zbog toga što se tuženik nije odazivao medicinskom vještačenju koje je bilo zakazivano šest puta. Nakon tri i pol godine, sud je usvojio tužbeni zahtjev temeljeći svoju odluku na svjedočenju majke i na činjenici da je tuženik izbjegavao DNA testiranje. Drugostupanjski sud (Županijski sud u Zagrebu) vratio je predmet na ponovno suđenje zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, kako bi prvostupanjski sud mogao saslušati svjedoke za koje je tuženik naveo da su imali intimne odnose s majkom u vrijeme začeća djeteta. Prvostupanjski sud je ponovno utvrdio tuženika ocem, no u vrijeme donošenja presude pred Europskim sudom za ljudska prava postupak pred domaćim sudovima nije bio pravomoćno okončan. Europski sud za ljudska prava uzeo je u obzir prigovore predlagateljice (kćeri), da ju je propust domaćih sudova da donese odluku ostavio nesigurnom s obzirom na vlastiti identitet (povreda čl. 8. EKLJP – pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života). Predlagateljica je prigovarala i dužini postupka pred domaćim tijelima (povreda čl. 6. st. 1. EKLJP – pravo na pravično suđenje) te

⁴http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5206B3D5-10DF-4233-93FA-E6289BECCE34/0/PCP_Croatia_en.pdf, pregled 4. siječnja 2012.

⁵Orus v. Croatia, Appl. No. 15766/03, presuda od 16. ožujka 2010.

⁶Đurđević v. Croatia, Appl. No. 52442/09, presuda od 19. studenoga 2011.

⁷Đurđević v. Croatia, Appl. No. 41526/10, presuda od 24. listopada 2012.

⁸Savez crkava „Riječ života“ v. Croatia, Appl No. 7798/08, presuda od 9. prosinca 2010. U ovom slučaju radilo se o odbijanju države da sklopi ugovor o pravnim pitanjima kojime bi crkvama iz navedenog Saveza bilo omogućeno sklapati brak u vjerskom obliku s građanskim učincima, što je predstavljalo diskriminaciju.

⁹*Mikulić v. Croatia*, Appl. No. 53176/99, presuda od 7. veljače 2002.

Detaljno o presudi v. Korać, A. (2002). *Utvrđivanje očinstva, razuman rok – pouke jednog slučaja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 6:52, 1253-1284.

da joj nisu bila dostupna pravna sredstva kojima bi mogla ubrzati postupak (čl. 13. EKLJP), a osobito činjenici da hrvatsko pravo ne obvezuje tuženike u paternitetskim postupcima da se odazovu vještačenju. Europski sud je utvrdio da je prekoračen razuman rok u domaćem postupku pred sudom, da je predlagateljica uredno pristupila na svako od petnaest zakazanih ročišta, a da se tuženik nije odazvao šest puta na vještačenje, te je temeljem tih činjenica utvrdio da je povrijeđen čl. 6. EKLJP. Sud je nadalje utvrdio da u hrvatskom pravnom sustavu ne postoji mjera kojom bi se tuženik mogao prisiliti da se podvrgne DNA vještačenju te da nije postojala ni jedna neposredna odredba koja bi određivala posljedice nepristupanja vještačenju. Prema općoj odredbi građanskog procesnog prava sudovi su u građanskim postupcima slobodni donijeti odluku uzimajući u obzir činjenicu da neka od stranaka onemogućava izvođenje dokaza. Prema shvaćanju Europskog suda za ljudska prava to ipak nije odgovarajuće sredstvo koje bi pomoglo stranci u slučaju kad se navodni otac ne odaziva DNA vještačenju. Europski sud je utvrdio da osobe koje se nalaze u položaju predlagateljice imaju životni interes, zaštićen Konvencijom, dobiti obavijesti nužne kako bi otkrile istinu o važnim aspektima osobnog identiteta. S druge strane, moguće je da zaštita trećih opravdava da se DNA vještačenje, kao i svako drugo vještačenje, provede prisilno. Samo po sebi nije protivno odredbi čl. 8. EKLJP što u pravnom sustavu nije predviđena mjera kojom bi se navodni otac prisilio da se podvrgne DNA vještačenju, no potpuni nedostatak mjere mora biti u skladu s načelom razmjernosti na način da se predvide druga sredstva koja omogućavaju neovisnom tijelu da pravovremeno utvrdi očinstvo. Pored toga, prema shvaćanju Europskog suda za ljudska prava, sudovi su morali uzeti u obzir osnovno načelo zaštite najboljeg interesa djeteta. Konačno, zbog toga što dostupni postupci nisu uzeli u obzir pravednu ravnotežu između prava predlagateljice da se njezina nesigurnost s obzirom na osobni identitet ukloni bez nepotrebnog odlaganja i prava navodnog oca da se ne podvrgne DNA vještačenju, te zbog toga što su sudovi bili neučinkoviti, došlo je do povrede čl. 8. EKLJP. Zbog istih činjenica zbog kojih je utvrđena povreda čl. 6. sud je smatrao da je povrijeđen i čl. 13. EKLJP. Odluka je donesena jednoglasno. Europski sud je primjenom čl. 41. EKLJP dosudio predlagateljici nematerijalnu štetu u iznosu od 7000 Eura. U drugoj presudi, koja se odnosila na nemogućnost utvrđivanja očinstva, (Krušković protiv Hrvatske)¹⁰, radilo se o slučaju u kojem je otac bio osoba potpuno lišena poslovne sposobnosti, i to zbog toga što je zbog njegove dugotrajne ovisnosti o narkoticima došlo do organskog i antisocijalnog poremećaja osobnosti. Dana 30. lipnja 2007. godine K. S. je rodila kćer K., te je navela podnositelja zahtjeva kao djetetova oca. Podnositelj zahtjeva, uz pristanak majke djeteta, 17. kolovoza 2007. godine priznao je očinstvo djeteta u Matičnom uredu u Rijeci te je potom kao otac upisan u maticu rođenih djeteta. Dana 14. rujna 2007. godine podnositelj zahtjeva dao je sadržajno istu izjavu o priznanju očinstva pred Centrom za socijalnu skrb Rijeka. Nakon što je centar za socijalnu skrb obavijestio matičara da je podnositelj zahtjeva lišen poslovne sposobnosti, Matični ured Rijeka pokrenuo je postupak pred Uredom državne uprave u Primorsko-goranskoj županiji za poništenje upisa podnositelja zahtjeva kao oca djeteta. Dana 29. listopada 2007. godine Županijski ured je donio odluku kojom je naložio da se izmijeni izvod iz matice rođenih na način da se poništi upis podnositelja zahtjeva kao oca djeteta, iz razloga što kao osoba lišena poslovne sposobnosti nije mogao s pravnim učinkom priznati K. kao svoje dijete. Ova odluka nije dostavljena podnositelju zahtjeva jer je on bio lišen poslovne sposobnosti, već je dostavljena njegovoj majci¹¹. Dana 21. ožujka 2010. godine Centar za socijalnu skrb Opatija podnio je tužbu za utvrđivanje očinstva Općinskom sudu u Opatiji protiv podnositelja zahtjeva, K. S., i K., tražeći da Općinski sud utvrdi da je podnositelj zahtjeva otac K.-e.

¹⁰Krušković v. Croatia, (Appl. No. 46185/08), presuda od 21. lipnja 2011.

Postupak u vrijeme donošenja presude Suda još uvijek nije bio okončan. Europski sud za ljudska prava konstatirao je da ograničenja u području privatnog i obiteljskog života osoba lišenih poslovne sposobnosti ne mogu u načelu biti smatrane protivne odredbi čl. 8., već da takva ograničenja moraju biti podložna odgovarajućim postupovnim ograničenjima. Predlagatelju nije bilo omogućeno priznati očinstvo pred domaćim tijelima, niti pokrenuti postupak za utvrđivanje očinstva. Po hrvatskom pravu samo nadležni centar za socijalnu skrb može pokrenuti postupak za utvrđivanje očinstva, no to ne samo da nije bio dužan učiniti nego nije bio propisan ni rok za pokretanje paternitetskog spora. Zanemarujući navode predlagatelja da je biološki otac djeteta, država nije ispunila svoje pozitivne obveze za poštovanje privatnog i obiteljskog života predlagatelja. Suci su jednoglasno utvrdili povredu čl. 8. EKLJP te u skladu s čl. 41. predlagatelju dosudili nematerijalnu odštetu u iznosu od 1800 Eura.

2.2. Roditeljska skrb

U odnosu na roditeljsku skrb vodila su se dva postupka – Karadžić protiv Hrvatske¹², s obzirom na postupanje države u slučaju građanskopravne otmice djeteta od strane oca, te Gluhaković protiv Hrvatske, s obzirom na nemogućnost održavanja susreta i druženja zbog osobitosti radnog vremena oca. U slučaju Karadžić protiv Hrvatske¹³ predlagateljica, Edina Karadžić, državljanka Bosne i Hercegovine, živjela je u SR Njemačkoj (u Kehlju). Prema njemačkom pravu (BGB) imala je sama roditeljsku skrb u odnosu na sina koji je 1995. godine bio rođen izvan braka. Otac djeteta, Ž. P. preselio se 1999. godine u Hrvatsku, a predlagateljica je nastavila živjeti sa sinom u Njemačkoj. Prilikom posjeta Hrvatskoj, u svibnju 2000., Ž. P. je spriječio predlagateljicu da povede sa sobom sina natrag u Njemačku, koja je to uspjela učiniti kasnije - 8. rujna 2001. godine. Deset dana kasnije Ž. P. oteo je sina na ulici i vratio se s njim u Hrvatsku. Nadležni sud u Njemačkoj donio je pravomoćnu odluku da je zadržavanje djeteta od strane oca (Ž. P.) u Hrvatskoj nezakonita u smislu Haške konvencije o građanskopravnim aspektima otmice djece¹⁴. Majka je pokrenula postupak po Haškoj konvenciji, u svibnju 2001., a potom je Centar za socijalnu skrb Poreč pokrenuo odgovarajući postupak za povratak djeteta. Općinski sud u Poreču je 12. svibnja 2003. godine pravomoćno odlučio da dijete treba biti vraćeno majci, no ovrha nije bila provedena jer nije bilo moguće utvrditi boravište oca i djeteta. Sud je posredovanjem policije pokušao saznati gdje se nalaze dijete i otac, a nadležnost za provođenje ovrhe prenesena je na nadležni sud u Slavonskom Brodu, a potom je ponovno postao mjesno nadležan sud u Poreču. Tri puta sud je neuspješno pokušao ovrhu (predajom djeteta, određivanjem zatvorske kazne) jer otac nije postupio u skladu s odlukom suda i predao dijete majci. U veljači 2005. godine sud je okončao ovršne postupke jer ga je predlagateljčin odvjetnik obavijestio da je dijete vraćeno majci. Predlagateljica navodi da nije imala saznanja o ročištu i da joj dijete nije vraćeno.

U svojem zahtjevu predlagateljica je prigovarala neučinkovitosti nadležnih domaćih tijela te osobito produženom propustu da se provede ovrha sudske odluke od 12. svibnja 2003. o predaji djeteta, što po njezinom navodu predstavlja povredu prava na poštovanje obiteljskog života (čl. 8. EKLJP). Također je navela da joj je povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku (čl. 6. st. 1. EKLJP). Europski sud za ljudska prava utvrdio je da su hrvatske vlasti

¹²Karadžić v. Croatia (Appl. No. 35030/04), presuda od 15. prosinca 2005.

¹³Cjeloviti prijevod:

<http://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/Praksa/78CDC2DEC3BDBE19C1257370002ED2AF?OpenDocument>, pregled 2. prosinca 2012.

¹⁴Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece, Službeni list - Međunarodni ugovori, 7/1991, Narodne novine – Međunarodni ugovori, 4/1994.

propustile poduzeti prikladne i učinkovite mjere radi vraćanja podnositeljici njezina sina, kako to nalažu pozitivne obveze koje proizlaze iz članka 8. Konvencije. Sud je istaknuo da u predmetima nezakonitog odvođenja djece prikladnost mjera poduzetih od strane vlasti treba prosuđivati u odnosu na brzinu njihove provedbe - one zahtijevaju žurno postupanje jer protek vremena i promjena okolnosti mogu imati nepopravljive posljedice na odnose između djece i roditelja koji ne žive s njima. U tom smislu, Europski je sud zaključio da su hrvatske vlasti propustile poduzeti prikladne i učinkovite mjere radi povrata djeteta, kako to nalažu pozitivne obveze koje proizlaze iz čl. 8. EKLJP, te su povrijedile pravo podnositeljice na poštovanje privatnog i obiteljskog života, a u tom smislu nije bilo potrebe posebno ispitivati prigovore pod čl. 6. st. 1. EKLJP. Konačno, Europski je sud odluku donio jednoglasno, podnositeljici je dosudio naknadu nematerijalne štete u iznosu od 10.000 Eura te 8.000 Eura za naknadu troškova postupka. Ova presuda značajna je zbog toga što je Europski sud za ljudska prava uzeo u obzir i vrijeme koje je proteklo od donošenja odluke o ovrsi, pa do same ovrhe, a ne samo trajanje postupka do pravomoćnosti rješenja o ovrsi. U slučaju Gluhaković protiv Hrvatske¹⁵ radilo se o predlagatelju čija je žena prekinula obiteljsku zajednicu u vrijeme trudnoće i kasnije se razvela od podnositelja zahtjeva. Njihova kći rođena je u prosincu 1999. godine, kad bračni drugovi više nisu živjeli zajedno. Početkom 2000. godine podnositelj zahtjeva zatražio je od nadležnog centra za socijalnu skrb¹⁶ (u Rijeci) da odredi susrete i druženja s djetetom, i to na način da viđa kći svaki četvrti dan, a ne fiksni dan u tjednu, kako bi susrete i druženja mogao prilagoditi radnim obvezama u Italiji (Vicenzi). Centar za socijalnu skrb odredio je, na preporuku psihijatra koji je dijagnosticirao da predlagatelj boluje od paranoide psihoze, da će se susreti i druženja djeteta i oca održavati utorkom, uz mjeru nadzora, i to prvo u prostorijama Savjetovališta za brak, obitelj i mladež, u nazočnosti majke i djelatnika tog savjetovališta, a potom, od studenoga 2008. godine, u prostorijama centra za socijalnu skrb. Susreti i druženja održavali su se u kuhinji (*sic!*) Savjetovališta sve do srpnja 2007. godine, kad je Savjetovalište obavijestilo oca da ne može osigurati prikladne uvjete za susrete i druženja roditelja i djeteta. U siječnju 2009. godine centar za socijalnu skrb obavijestio je nadležni sud da ni oni nemaju odgovarajuće uvjete za njegove susrete i druženja, koji su se odvijali u hodniku centra. U ni jednom od postupaka koji su se vodili nadležna tijela (prvo centar za socijalnu skrb, pa sud, uključujući Ustavni sud RH) nisu se posebno obazirala na navode predlagatelja o njegovu radnom vremenu, niti su obrazlagali zašto se vrijeme susreta i druženja uređuje na fiksni način s obzirom na dane u tjednu. Tek je sud u ožujku 2010. godine odredio da će se susreti i druženja odvijati jednom tjedno tri sata, kad to dopušta vrijeme predlagatelja, a da će mjesto susreta i druženja odrediti same stranke. Potonja odluka nije bila ovršna jer je majka djeteta odbijala susrete i druženja u svojem stanu, a nisu uspjeli pronaći drugo prikladno rješenje. Zbog (ovdje sumarno) prikazanih okolnosti, predlagatelj uopće nije vidio svoju kći od srpnja 2007. godine. Europski sud za ljudska prava konstatirao je da ni u jednom od postupaka ni jedno nadležno tijelo nije uzelo u obzir navode oca o njegovu radnom vremenu, koje mu je onemogućavalo susrete i druženja u točno navedene dane u tjednu, već su ti navodi bili sustavno ignorirani. Pored toga, sudovi nisu uzimali u obzir upozorenja djelatnika Savjetovališta i centra za socijalnu skrb da prostor određen za susrete i druženja oca s djetetom nije odgovarajući, a sve zajedno je dovelo do povrede pozitivne obveze države da učinkovito omogući susrete i druženja roditelja s djetetom, a koje proizlaze iz čl. 8. EKLJP. Europski sud za ljudska prava dosudio je predlagatelju naknadu nematerijalne štete u iznosu od 15.000 Eura te obvezao Republiku Hrvatsku da osigura učinkovite susrete i druženja između predlagatelja i njegove kćeri, i to u vrijeme koje je usklađeno s njegovim poslovnim rasporedom te u prihvatljivom okruženju.

¹⁵Gluhaković v. Croatia, Appl. No. 21188/09, presuda od 12. travnja 2011.

¹⁶Prema Obiteljskom zakonu koji je tad bio na snazi (Narodne novine, br. 162/1998), stvarno nadležno tijelo za određivanje susreta i druženja bio je centar za socijalnu skrb.

2.3. Prava osoba s duševnim smetnjama

U posljednje vrijeme povećao se interes nevladinih udruga koje se bave pravima osoba s duševnim smetnjama, što je za posljedicu imalo i osvješćivanje o pravima osoba lišenih poslovne sposobnosti, kao i pokušaj da se na provedbenoj razini unaprijedi njihova pravna zaštita. X protiv Hrvatske¹⁷ jedna je od najkontroverznijih odluka iz obiteljskopravnog područja u odnosu na Republiku Hrvatsku. Predlagateljica, rođena 1972. godine, lišena je u svibnju 2001. poslovne sposobnosti zbog paranoidne shizofrenije i ovisnosti, a njezinom skrbnicom prvo je imenovana njezina majka, a još iste godine umjesto majka djelatnica centra za socijalnu skrb. Predlagateljica je 1999. godine rodila dijete, a centar za socijalnu skrb je tijekom nadzora utvrdio da ni majka ni izvanbračni otac nisu u stanju skrbiti se o djetetu, pa je dijete povjereno udomiteljici, majci predlagateljice. Kako je predlagateljica živjela u obiteljskoj zajednici sa svojom majkom, kojoj je povjereno dijete, centar za socijalnu skrb joj je 22. studenoga 2001. godine oduzeo pravo da živi s djetetom i kći smjestio u SOS dječje selo te skrbnicom imenovao tamo zaposlenu socijalnu radnicu. Majka i izvanbračni otac posjećivali su povremeno kći (prema navodima predlagateljice često, a prema navodima zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava jednom u dva mjeseca). Izvanbračni otac je umro 2003. godine. Predlagateljica 2001. godine potpuno lišena poslovne sposobnosti, a preminuo je i otac djeteta, pa je centar za socijalnu skrb po službenoj dužnosti pokrenuo postupak posvojenja, ne obavijestivši o tome predlagateljicu. Prema čl. 130. Obiteljskog zakona, za posvojenje djeteta nije potreban pristanak roditelja koji je lišen poslovne sposobnosti, a prema čl. 138. ObZ roditelj čiji pristanak za posvojenje nije potreban, nije stranka u postupku. O postupku posvojenja 25. kolovoza 2003. godine obaviještene su obje bake djeteta, a prema navodima zastupnika Vlade RH pred Europskim sudom za ljudska prava, i majka djeteta, i to telefonskim putem (sic!) dan kasnije. Posvojenje je zasnovano 2. rujna 2003., a rješenje o posvojenju postalo je pravomoćno 11. rujna iste godine. Podnositeljica zahtjeva zatražila je vraćanje poslovne sposobnosti u rujnu 2004. godine, što joj je nadležni sud odbio, temeljeći svoju odluku (i) na vještačenju dvojice liječnika psihijatra (drugo mišljenje pribavljeno je na zahtjev predlagateljice) o tome da se njezino zdravstveno stanje pogoršalo u odnosu na ranije vještačenje u postupku za lišenje poslovne sposobnosti. Europski sud za ljudska prava detaljno je obrazložio kakav je bio pravni položaj predlagateljice u postupkovnom smislu. Osobito je istaknuo da, iako je predlagateljica bila lišena poslovne sposobnosti, nije vođen ni jedan poseban postupak u kojemu bi se odlučivalo o ograničenju roditeljske skrbi predlagateljice, a i nakon lišenja poslovne sposobnosti predlagateljica je nastavila ostvarivati dio sadržaja roditeljske skrbi u obliku susreta i druženja. Europski je sud smatrao upitnim rješenje prema kojem je svaka osoba koja je lišena poslovne sposobnosti automatski isključena iz postupka posvojenja svojeg djeteta (kao što je domaće zakonsko rješenje), kao što se dogodilo predlagateljici u konkretnom slučaju. Europski je sud istaknuo da nije dostatno da predlagateljica bude samo sažeto obaviještena, a da je njezino pravo na roditeljsku skrb još uvijek nedirnuto. Takvoj osobi (lišenoj poslovne sposobnosti), prema shvaćanju Europskog suda, također treba dati mogućnost da bude saslušana u postupcima posvojenja te joj dati mogućnost da izrazi svoje mišljenje o mogućem posvojenju djeteta. Sud je smatrao kako predlagateljica nije imala mogućnosti dostatno sudjelovati u postupku donošenja odluke o posvojenju njezine kćeri, a posvojenje je bilo odlučno za budućnost njihova odnosa kao majke i djeteta. Zbog nedostatnog sudjelovanja,

¹⁷X. v. Croatia, Appl. No. 11223/04, presuda od 17. srpnja 2008.

odnosno isključivanja predlagateljice u postupku posvojenja njezine kćeri, država je propustila osigurati pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života predlagateljice, što je dovelo do povrede čl. 8. EKLJP, a kako se okolnosti slučaja odnose i na čl. 6. st. 1. EKLJP, kao i na čl. 13. EKLJP, Europski je sud odlučio da nije potrebno ispitivati jesu li povrijeđena i ta prava. I ovu je presudu Europski sud donio jednoglasno, te predlagateljici dosudio pravičnu naknadu nematerijalne štete u iznosu od 8000 Eura. Posljednja presuda u ovom prikazu je X i Y protiv Hrvatske,¹⁸ kojeg su pokrenule majka i kći, navodeći da je došlo do propusta u postupcima u kojima su predlagateljice lišene poslovne sposobnosti. Predlagateljice su zajedno živjele sve do 2006. godine, kad je majka (prvopredlagateljica) smještena u dom za starije osobe zbog visoke dobi i bolesti. Centar za socijalnu skrb pokrenuo je postupak za lišenje poslovne sposobnosti 2008. godine, te je njezinu nećakinju imenovao skrbnicom za poseban slučaj (*ad litem*). Nalaz i mišljenje liječnika vještaka zasnivali su se na medicinskim nalazima iz 2002. godine i jednom razgovoru vještaka s predlagateljicom, te je u njima zaključeno da prvopredlagateljica nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima. Drugopredlagateljica (kći prvopredlagateljice) protivila se imenovanju nećakinje skrbnicom, kao i vještačkom nalazu i mišljenju, te iako je bila opunomoćena od svoje majke da je zastupa u postupku, sud je nije obavještavao o ročištima koja su se održavala. U kolovozu 2008. godine sud je lišio prvopredlagateljicu poslovne sposobnosti, a ta odluka nikad nije bila dostavljena predlagateljicama. Prvopredlagateljica je prigovarala i smještaju u domu za starije osobe, pozivajući se na povredu prava iz odredbe čl. 8. EKLJP (pravo na poštivanje privatnosti), no u tom dijelu nije uspjela, pa se njezini prigovori i mišljenje suda zasebno ne razlažu na ovome mjestu. U rujnu 2008. godine centar za socijalnu skrb imenovao je skrbnika za poseban slučaj drugopredlagateljici te pokrenuo postupak za lišenje poslovne sposobnosti, navodeći da je oboljela od distrofije mišića te da ima psihičke probleme, pa je zbog toga nesposobna brinuti o svojim pravima i interesima. Navedeno je i da je bila pretjerano zaštitnički nastrojena prema svojoj majci, da je stalno prigovarala skrbi koja joj je pružena u domu za starije osobe te da se snažno protivila postupku za lišenje poslovne sposobnosti svoje majke. Nalaz i mišljenje liječnika vještaka temeljio se na jednosatnom telefonskom razgovoru s drugopredlagateljicom, a bila je saslušana od strane suda. U vrijeme kad je Europski sud donio presudu, postupak za lišenje poslovne sposobnosti nije bio okončan. Predlagateljice su u postupku u Strasbourgu prigovarale da je došlo do povrede čl. 6. st. 1. EKLJP (prava na pošteno suđenje) jer prvopredlagateljica nikad nije bila obaviještena o postupku u kojem je lišena poslovne sposobnosti, nikad nije pozvana na sudsko ročište u tom postupku, a sudac je nikad nije vidio. Zbog tih razloga nije uopće bila u mogućnosti sudjelovati u postupcima. Iako su postupci vođeni u skladu s domaćim pravom, Europski je sud smatrao da kad suci donose odluke koje imaju ozbiljne posljedice na osobni život pojedinca, poput onih koje za posljedicu imaju lišenje poslovne sposobnosti pojedinca, u načelu trebaju imati osobni kontakt s pojedincem kojeg se to tiče. Svaka odluka koja se zasniva na procjeni mentalnog zdravlja osobe treba biti poduprta odgovarajućim medicinskim dokazom. No, ipak, sudac je taj, a ne liječnik psihijatar koji procjenjuje sve relevantne činjenice te odlučuje treba li poduzeti takvu krajnju mjeru. Liječnik vještak koji je sastavio nalaz i mišljenje u prvom postupku samo je jednom vidio prvopredlagateljicu, te zaključio da je teško bolesna, nepokretna te u cijelosti ovisna o pomoći drugih. Domaći je sudac trebao provjeriti je li takvo mišljenje arbitrarno te saslušati svjedoke i liječnika, a k tome sudac nije uzeo u obzir podneske drugopredlagateljice koje su se odnosile na zdravstveno stanje njezine majke, iako je imala ozbiljne argumente. Također je sud zanemario punomoć koju je prvopredlagateljica dala drugopredlagateljici, sudsku odluku nikad nije dostavio stranci, koja je tako učinkovito spriječena koristiti pravne lijekove. Europski sud je, uzimajući u obzir navedene razloge, zaključio i da su nadležna

¹⁸X and Y v. Croatia, Appl. No. 5193/09, presuda od 3. veljače 2012.

domaća tijela, u cilju odgovarajuće skrbi za bolesne i starije, imala na raspolaganju manje invanzivne mjere nego lišenje poslovne sposobnosti. S obzirom na prvopredlagateljicu Europski je sud jednoglasno odlučio da je povrijeđeno njezino pravo na pravično suđenje (čl. 6. st. 1. EKLJP). Procjenjujući je li došlo do povrede prava na poštovanje privatnog života (čl. 8. EKLJP), Europski sud je ponovio kako lišenje poslovne sposobnosti ima ozbiljne posljedice na privatni život pojedinca, kao i imenovanje skrbnika za poseban slučaj te podvrgavanje psihijatrijskim i drugim procjenama. Prema domaćem pravu, kad nadležno tijelo pokreće postupak za lišenje poslovne sposobnosti, treba pružiti uvjerljiv dokaz da je osoba nesposobna brinuti se o svojim pravima i interesima ili da ugrožava prava i interese drugih. U slučaju drugopredlagateljice centar za socijalnu skrb nije pružio ni jedan takav dokaz, pa opća priroda njegovih navoda izaziva sumnju u zakonitost prijedloga. Europski je sud istaknuo osobne prilike drugopredlagateljice, koja je bila dva puta hospitalizirana u psihijatrijskoj instituciji, ali je otpuštena s navodom da se oporavila nakon pozitivne reakcije na terapiju. Negativan nalaz i mišljenje sastavljen je samo temeljem telefonskog razgovora, a liječnik vještak (psihijatar) nikad je prije nije liječio. Drugopredlagateljica je izjavila u domaćem postupku da živi samostalno i brine se o svim svojim potrebama, plaća računa, ide na zdravstvene preglede i ima organiziran društveni život. Europski sud je zaključio kako ne postoje naznake da bi mogla nanijeti štetu svojim interesima ili interesima drugih, što bi opravdalo da bude lišena poslovne sposobnosti. Konačno, postupci za lišenje poslovne sposobnosti nisu poštovali postupak i zahtjeve propisane zakonom, te nisu imali zakonit cilj, te nisu bili nužni u demokratskom društvu. Zbog svega navedenog, Europski je sud jednoglasno zaključio kako je pokretanjem postupka za lišenje poslovne sposobnosti došlo do povrede prava na poštovanje privatnog života, kako je utvrđenje povrede dovoljna satisfakcija za prvopredlagateljicu, osobito s obzirom na mogućnost ponovnog otvaranja domaćeg postupka¹⁹, a drugopredlagateljici je dosudio 2000 Eura kao naknadu nematerijalne štete.

3. IZVRŠENJE PRESUDA EUROPSKOGA SUDA

Nakon što Europski sud za ljudska prava donese presudu u kojoj je utvrdio povredu nekog prava ili slobode predviđene Europskom konvencijom, države stranke EKLJP imaju dužnost postupiti u skladu sa zahtjevima konačne presude Europskog suda za ljudska prava (*final judgment*), kao i s odlukama toga Suda s obzirom na prijateljsko rješenje (*friendly settlement*), u skladu s čl. 4. i 39.4. EKLJP. U tom smislu država treba poduzeti odgovarajuće mjere, a izvršenje tih mjera nadgledava Odbor ministara Vijeća Europe, kojemu pritome pomaže Odjel za izvršenje presuda Suda (*the Department for the Execution of the Judgments of the Court*). Europski sud u pravilu samo utvrđuje je li povrijeđena jedna ili više odredbi Konvencije, odnosno je li država povrijedila jedno ili više ljudskih prava i/ili temeljnih sloboda zajamčenih Konvencijom, ističe načela, no pri tom ne nameće državi konkretne obveze u postupku izvršenja. Sama država odabire prikladne mjere za učinkovito izvršenje presuda, i to prema okolnostima konkretnog slučaja. O izboru mjera izvršenja i njihovoj provedbi države sastavljaju akcijske planove ili akcijska izvješća, koje dostavljaju Odboru ministara Vijeća Europe. Kad utvrdi da je država poduzela sve potrebne mjere kojima se najviše što je moguće otklanjaju negativne posljedice utvrđene u presudi Europskog suda, te prema okolnostima slučaja i mjere kojima se sprječavaju povrede u sličnim slučajevima, Odbor ministara donosi završnu rezoluciju kojom utvrđuje da je određena presuda Europskog suda izvršena.²⁰ Pojedinačnom mjerom država mora okončati povredu neke odredbe EKLJP te sanirati, što je više moguće, negativne posljedice koje je pretrpio predlagatelj. Pojedinačne

¹⁹V. *infra* o učincima presuda Europskog suda.

²⁰http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Presentation/Pres_Exec_en.asp, pregled 17. prosinca 2013.

mjere uključuju plaćanje pravične naknade koju je dosudio Europski sud, ili koja je dogovorena u prijateljskom rješenju. Kad se novčanom naknadom ne može nadoknaditi šteta na odgovarajući način, Odbor ministara može provjeriti jesu li nadležna tijela poduzela individualizirane mjere, u skladu s okolnostima slučaja. Među primjerima potonjih mjera navodi se obveza države da omogućiti ponovno uspostavljanje susreta i druženja djeteta s roditeljem, kad je to u interesu djeteta.²¹ Izvršenje presude može zahtijevati i opće mjere, kako bi se spriječile povrede u sličnim slučajevima, i to promjenom na zakonodavnoj razini, promjenom sudske ili upravne prakse, postavljanjem presude dostupno stručnoj javnosti i slično. Službeno je shvaćanje da kad domaća tijela daju neposredni učinak presudama Suda, kad objavljuju prevedene presude, zajedno s njihovim komentarima, to je dostatno da se postignu nužne promjene i osigura učinkovitost poduzetih mjera na domaćoj razini.²² Hrvatski pravni sustav prilagođavao se više puta na normativnoj razini u području građanskog procesnog prava i obiteljskog prava zahtjevima za izvršenje presuda Europskog suda, i to od 2003. godine. U okviru općeg građanskog procesnog sustava omogućena je, prema odredbi čl. 82. st. 2. t. 3. Zakona o parničnom postupku²³ revizija, i to „ako odluka u sporu ovisi o rješenju nekoga materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni, primjerice ... ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo shvaćanje i presuda se drugostupanjskoga suda temelji na tom shvaćanju, ali bi – osobito uvažavajući razloge iznesene tijekom prethodnoga prvostupanjskoga i žalbenoga postupka, zbog promjene u pravnom sustavu uvjetovane novim zakonodavstvom ili međunarodnim sporazumima te odlukom Ustavnoga suda Republike Hrvatske, Europskoga suda za ljudska prava ili Europskog suda – trebalo preispitati sudsku praksu“ (potcrtala A. K. G.). Radi se o neposrednom utjecaju novonastale sudske prakse (cjelokupne, čija se načela mogu primijeniti i na domaće slučajeve) u području zaštite ljudskih prava i sloboda, pa i u obiteljskopравnim predmetima. Pored toga, odredbom čl. 247. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku²⁴ dodana je Podglava 5.a i članak 428.a,²⁵ prema kojima je dopušteno ponavljanje postupka u povodu konačne presude Europskog suda za ljudska prava. Navedena odredba tek je djelomično primjenjiva u obiteljskim predmetima jer za mnoge ionako ne vrijedi pravilo *res iudicata*, jer su doneseni pod klauzulom *rebus sic stantibus*. U nekim slučajevima ponavljanje postupka moglo bi biti i protivno javnom poretku jer, primjerice, ponavljanje postupka za razvod ili poništaj braka koje bi završilo presudom da brak ne treba razvesti ili poništiti, a kad je u međuvremenu jedan od bračnih drugova sklopio novi brak, dovelo bi do bigamije (koja ne samo što je protupravna, već je i kazneno djelo). Ubrzo nakon presude Mikulić promijenjen je Obiteljski

²¹Usp. ibid.

²²Mrežna stranica gdje se mogu naći prevedene presude protiv Hrvatske: http://www.vlada.hr/hr/uredi/ured_zastupnika_rh_pred_europskim_sudom_za_ljudska_prava/sudska_praksa, pregled 17. siječnja 2013.

²³Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11. i 148/11.

²⁴Zakon o izmjenama i dopunama zakona o parničnom postupku, Narodne novine, br. 117/03, stupio na snagu 1. prosinca 2003.

²⁵Članak 428.a: „(1) Kad Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu kojeg ljudskog prava ili temeljne slobode zajamčene Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatnih Protokola uz tu Konvenciju koje je Republika Hrvatska ratificirala, stranka može, u roku od trideset dana od konačnosti presude Europskog suda za ljudska prava, podnijeti zahtjev sudu u Republici Hrvatskoj koji je sudio u prvom stupnju u postupku u kojemu je donesena odluka kojom je povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda, za izmjenu odluke kojom je to pravo ili temeljna sloboda povrijeđeno.

(2) Postupak iz stavka 1. ovoga članka provodi se uz odgovarajuću primjenu odredaba o ponavljanju postupka.

(3) U ponovljenom postupku sudovi su dužni poštivati pravna stajališta izražena u konačnoj presudi Europskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda temeljnog ljudskog prava ili slobode.“

zakon²⁶, i to na način da je u čl. 292. Obiteljskog zakona iz 2003. godine potanko opisana obveza suda kojom se pokušava skratiti vrijeme za provođenje vještačenja, te se sucu izrijeком u tom slučaju daju veće ovlasti da slobodno ocijeni neodazivanje neke od stranaka vještačenju DNK. Sve su presude učinjene dostupnima javnosti, jer Vlada RH prevodi i objavljuje presude donesena protiv Hrvatske na svojim službenim stranicama. U prikazanim obiteljskopравnim slučajevima (za one koji su pred Europskim sudom okončani nakon donošenja navedenog zakona, 2003. godine), ponavljanje postupka bila bi rijetko iskoristiva, zbog osobitosti tih obiteljskopравnih predmeta. U slučaju kad je do povrede prava predlagatelja došlo zbog nepokretanja postupka za utvrđivanje očinstva osobe lišene poslovne sposobnosti (Krušković protiv Hrvatske, v. *supra*), ponavljanje postupka (paternitetskog spora) kao pravni lijek je besmislen jer pravovremenog postupka nije ni bilo.²⁷ U predmetima u kojima se odlučuje o roditeljskoj skrbi ionako ne vrijedi predmnjeva *res iudicata*, već se sve odluke donose pod klauzulom *rebus sic stantibus*. Kako se nova odluka o pitanju s kojim će roditeljem dijete živjeti, te o susretima i druženja, može donijeti kad se bitno promijene okolnosti (čl. 102. ObZ), ništa, neovisno o presudi Europskog suda, ne sprječava ni jednu stranku da u takvom slučaju zatraži promjenu ranije odluke (pa i one kojom je odlučeno o roditeljskoj skrbi nakon prestanka obiteljske zajednice). Presuda Europskog suda kojom se utvrđuje povreda nastala zbog neodgovarajuće primjene propisa zasigurno postavlja nove standarde, no u činjeničnom smislu ne i promjenu okolnosti na strani stranaka (i djeteta), pa je ipak dobro i korisno da, u slučaju njezina donošenja, postoji mogućnost izvanrednog pravnog lijeka, tj. ponavljanja postupka. Tako je, prema poznatim podacima, u slučaju Gluhaković protiv Hrvatske, otac i nadalje nastavio raditi u vremenskim razdobljima koje nadležna tijela nisu uzela u obzir, pa shvaćanja Europskog suda o tome da se susreti i druženja moraju

²⁶Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 116/2003., članak 292.:

„(1) U postupku radi utvrđivanja ili osporavanja majčinstva ili očinstva sud odlučne činjenice može utvrđivati i izvođenjem dokaza medicinskim vještačenjem sukladno postignućima suvremene znanosti.

(2) Ako je odlučio da će se izvesti dokaz medicinskim vještačenjem, sud će u rješenju o izvođenju tog dokaza odrediti i rok do kojeg će se čekati izvođenje dokaza.

(3) Sud će rok iz stavka 2. ovoga članka odrediti uzimajući u obzir hitnost postupka i ostale okolnosti slučaja, s tim da rok ne može biti duži od tri mjeseca računajući od dana dostave rješenja strankama.

(4) Poziv na izvođenje medicinskog vještačenja sud će, uz rješenje kojim je odredio izvođenje tog dokaza, dostaviti osobno strankama. U pozivu se obvezno navodi ustanova koja će izvršiti medicinsko vještačenje, vrijeme vještačenja te upozorenje na posljedice izostanka.

(5) Kad rok iz stavka 2. ovoga članka protekne, rasprava će se provesti bez obzira na to što taj dokaz nije izveden.

(6) Ako dokaz nije izveden jer se jedna od stranaka nije odazvala pozivu na izvođenje medicinskog vještačenja ili je uskratila izvođenje vještačenja, sud će ocijeniti od kakva je značenja što stranka nije došla na izvođenje vještačenja ili je uskratila izvođenje vještačenja.“

²⁷Vlada je u svom podnesku o akcijskom planu u slučaju Krušković, podnesenom Sekretarijatu za ljudska prava 21. ožujka 2012. (dokument VE označen oznakom: DH - DD(2012)374), iznijela shvaćanje potpuno suprotno rješenjima Obiteljskog zakona, a to je da će se ponoviti upravni postupak za priznanje očinstva te da će očinstvo, uz očekivani pristanak skrbnika, biti utvrđeno priznanjem u postupku pred matičarom. Da je stav Vlade RH protivan Obiteljskom zakonuz, razvidno je *argumento a contrario* iz odredbe čl. 57. ObZ, koja predviđa iznimke od pravila kad osoba koja nema poslovnu sposobnost može priznati očinstvo.

Tako i Korać Graovac, A. (2007). Obiteljsko pravo, Zagreb, 390, te Milas Klarić, I. (2010), Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih, Zagreb, 330.

U obnovljenom postupku nadležno prvostupanjsko tijelo odbilo je ponovno provesti postupak, no Ministarstvo uprave je 23. veljače 2012. godine, upućujući na presudu povodom zahtjeva predlagatelja donesenu od strane Europskog suda za ljudska prava, dalo uputu da se postupak priznanja očinstva ponovi te da predlagatelj, iako je lišen poslovne sposobnosti, prizna očinstvo uz pristanak svojeg skrbnika.

De lege ferenda obiteljski propis trebalo bi razjasniti, jer po ovom tumačenju otvara se mogućnost opasne manipulacije s osobama koje su lišene poslovne sposobnosti, da pod utjecajem druge osobe priznaju očinstvo djeteta koje možda nije njihovo. Pristanak skrbnika, odnosno nadležnog centra za socijalnu skrb, trebalo bi uvjetovati prethodnim DNA vještačenjem, uz otvoreno pitanje tko bi trebao snositi trošak takva vještačenja.

vremenski prilagoditi na način da ih roditelj ima mogućnosti ostvarivati, zasigurno pomaže ocu (i djetetu) da ostvare svoje pravo na poštovanje obiteljskog života, ako ih primijene domaća tijela u novom postupku.²⁸ Prikazane dvije presude koje se odnose na zaštitu prava osoba s duševnim smetnjama, konkretnije zaštitu njihovih postupovnih prava tijekom lišenja poslovne sposobnosti, imaju različite individualne učinke. U prvom slučaju, u kojem nadležno tijelo nije obavijestilo majku lišenu poslovne sposobnosti da je u pripremi posvojenje njezina djeteta, majka nema pravnih sredstava kojima bi poništila rješenje o posvojenju njezina djeteta. Mogućnost poništaja rješenja o posvojenju predstavljala bi najveću opasnost za dijete, odnosno grubo bi kršila prava i interese posvojenog djeteta, pa i njegovo pravo na poštovanje obiteljskog života u odnosu na posvojiteljsku obitelj. Sasvim je očigledno da bi prekid jednog obiteljskog života, onoga s posvojiteljskom obitelji, koji je već uspostavljen i trajao oko četiri godine (od zasnovanog posvojenja do donošenja konačne odluke), s ciljem da se ne raskinu veze s biološkom majkom koja temeljem sudske odluke nema pravnu osnovu izvršavati roditeljsku skrb, bio nerazmjeran okolnostima slučaja, odnosno da bi grubo narušio najbolji interes djeteta. Stoga je u takvim i sličnim slučajevima pravična naknada nematerijalne štete jedino smisljeno rješenje, a presuda ujedno predstavlja i smjernice nadležnim domaćim tijelima²⁹ kako moraju postupati u sličnim slučajevima, bez obzira na to što Obiteljski zakon ne obvezuje nadležan centar za socijalnu skrb da obavijesti roditelja lišenog poslovne sposobnosti o posvojenju njegova djeteta, osobito zbog toga što taj roditelj nema pravni položaj stranke u postupku posvojenja. Europski sud za ljudska prava istaknuo je kako je svjestan da su odlukom o posvojenju prestala sva prava i dužnosti iz roditeljske skrbi između majke i djeteta, da se odlukom o posvojenju zaštitio najbolji interes djeteta, no istaknuo je da se trebalo osigurati mogućnost odgovarajućeg sudjelovanja roditelja lišenog poslovne sposobnosti u postupku. Prema tome sama mogućnost očitovanja roditelja u odnosu na posvojenje ne omogućava mu ulaganje odgovarajućeg pravnog lijeka u postupku posvojenja, pa prema shvaćanju Europskog suda nije dostatna kao opća mjera, već iz priopćenja proizlazi da se očekuje jačanje procesnog položaja roditelja lišenog poslovne sposobnosti u postupku posvojenja.³⁰

²⁸Prema podacima sa službene stranice o predmetima čije se izvršenje još očekuje, Vlada RH još uvijek nije podnijela akcijski plan za izvršenje presude Gluhaković. Pregled: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp?CaseTitleOrNumber=&StateCode=CRO&SectionCode, 25. siječnja 2013.

²⁹Na web stranici nevladine udruge Sjaj nalazi se sljedeći podatak o statusu provedbe presude X protiv Hrvatske: „Vlada Republike Hrvatske dostavila je dana 30.3. i 30.5.2009. godine Vijeću ministara obavijesti da je Ministarstvo zdravstva i socijalne skrbi uputilo obvezatni napatuk svim centrima za socijalnu skrb u Republici Hrvatskoj da u postupcima kada se na posvajanje daje dijete osobe lišene poslovne sposobnosti centri moraju uzeti na zapisnik očitovanje te osobe te da se time ostvaruje generalna mjera iz rečene odluke Europskog suda. Vijeće ministara nije zadovoljno tom mjerom s obzirom da, iako će roditelji imati pravo da se njihovo mišljenje sasluša, oni i dalje nemaju nikakvo pravo iskoristiti bilo koji pravni lijek u nekom roku koji zadaje pravni okvir, te nastavlja pratiti provedbu ove odluke Europskog suda.“, preuzeto s: <http://www.sjaj.hr/pravna-zastita/praksa/europski-sud-za-ljudska-prava/>, pregled 17. siječnja 2013. V. i: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp?CaseTitleOrNumber=&StateCode=CRO&SectionCode, pregled 18. siječnja 2013. Zahtjev Vijeća ministara mogao bi biti ostvaren tek promjenom odgovarajućih odredaba Obiteljskog zakona, odnosno jasnijim određenjem što lišenje poslovne sposobnosti znači za roditeljsku skrb roditelja.

³⁰Revidirana Europska konvencija o posvojenju European Convention on the Adoption of Children (Revised), CETS No. 202, u čl. 5. st. 4. navodi da je moguće da roditelj koji nema roditeljsku skrb ne mora dati pristanak na posvojenje svojeg djeteta. Obrazloženje te odredbe glasi: „The wording of this paragraph allows for the case where the law makes it possible to deprive the parents of origin of certain parental responsibilities while leaving them the right to consent to adoption. ... This does not mean that such a parent should not be informed, as far as possible, of the adoption proceedings.“ Pregled: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/202.htm>, 24. siječnja 2013. Obrazloženje je sastavljano nakon prikazanog slučaja X protiv Hrvatske, pa odražava stav Europskog suda, iako nije postavilo tako izražene zahtjeve s obzirom na procesni položaj biološkog roditelja.

U konkretnom slučaju, dostatna individualna mjera je naknada nematerijalne štete podnositeljici. Zbog nerazumijevanja dužnosti proširene obveze centara bilo bi dobro ovu obvezu ugraditi *de lege ferenda* u obiteljski propis, odnosno izrijekom odrediti učinak pojedine odluke o lišenju poslovne sposobnosti na roditeljsku skrb.³¹ U konkretnom slučaju, prijedlog i pozitivni ishod nemaju toliko značenje za predlagatelja (osim satisfakcije), već imaju značenje „*actio popularis*“, za druge slične slučajeve. U slučaju povrede postupovnih prava osoba prema kojoj se vodio postupak za lišenje poslovne sposobnosti, presuda Europskog suda, uz primjenu čl. 428.a ZPP, otvara za jednu od predlagateljica mogućnost ponovnog otvaranja postupka, što znači i ponovnog izvođenja i ocjene dokaza u skladu sa standardima zaštite ljudskih prava, osobito s obzirom na razmjernost mjere (lišenja poslovne sposobnosti) s ograničenjem prava na poštovanje privatnog života te ograničenja raspolaganja imovinom. U konkretnom slučaju postupak za vraćanje poslovne sposobnosti lošiji je izbor zbog toga što se prema čl. 330. st. 1. ObZ taj postupak može provesti ako su prestali razlozi koji su doveli do lišenja poslovne sposobnosti, što se može protumačiti na način da su razlozi za lišenje postojali kad je donesena prethodna pravomoćna odluka. Odlukom u ponovljenom postupku predlagateljica bi ujedno dobila odgovarajuću satisfakciju jer bi prvo rješenje bilo stavljeno izvan snage, te bi se na taj način formalno iskazalo da nije bilo doneseno na način koji je u skladu sa zakonom i međunarodnim ugovorima (EKLJP). Vlada RH izrazila je stajalište da je čl. 428.a ZPP neprimjenjiva u obiteljskim predmetima jer odredba čl. 319. st. 1. ObZ ne dopušta podnošenje prijedloga za ponavljanje pravomoćno završenog postupka. Treba istaknuti da se navedena odredba odnosi samo na izvanparnične postupke, pa bi se prema dosljednom iskazanom tumačenju moglo pomisliti da se postupak može ponoviti u parničnim postupcima. Ipak se radi o nedorečenosti postupovnih odredaba koje je potrebno pojasniti i prilagoditi pojedinim institutima. U konkretnom slučaju predlagateljica X nije ni tražila ponavljanje postupka, kao ni vraćanje poslovne sposobnosti.³²

4. ZAKLJUČNA RAZMIŠLJANJA

Republika Hrvatska izgubila je sve postupke koji su se prema njoj vodili pred Europskim sudom za ljudska prava, a koji su imali obiteljskopravno obilježje, i to uglavnom zbog načina primjene obiteljskopравnih i postupovnih odredaba koje nisu bile u skladu sa zahtjevima EKLJP. Presude Europskog suda sile sve obiteljskopравne stručnjake koji primjenjuju pravne propise da se prilagode standardima zaštite ljudskih prava i sloboda koje postavlja taj sud, ponajprije zbog doktrine pozitivnih obveza države da učini sve kako bi omogućila poštovanje privatnog i obiteljskog života pojedinca. Europski sud tumači da pozitivne obveze moraju uključiti postupanja i mjere koje su ponekad i šire od zahtjeva domaćih propisa, što je najveći uzrok nerazumijevanja stručnjaka, od kojih su mnogi u stručnom smislu podučavani i odgajani na načelu legaliteta, kako bi se što više pomoglo „pravnoj državi“. No, pravna država (i svi njezini sastavni dijelovi) pred Europskim sudom za ljudska prava izvrgnuta je dodatnom propitivanju, odnosno zahtjevu da se nacionalni propisi usklade s ratificiranim međunarodnim ugovorima, pa i praćenju novih načela, kad su ona dio *living instruments*, promjenjivih, razvijajućih normi, kao što su one iz EKLJP. Presude Europskog suda ponekad izazivaju nerazumijevanje i neprihvatanje među domaćim stručnjacima, pogotovo zbog stava

³¹U konkretnom slučaju može se naslutiti da je najveću zabunu izazvala činjenica da je majka, iako lišena poslovne sposobnosti, nastavila ostvarivati susrete i druženja kao jedan od oblika roditeljske skrbi.

³²Prema: <http://www.sjaj.hr/wp-content/uploads/2012/11/MHE-SJAJ-X-v-Croatia-HRV1.pdf>, pregled 8. veljače 2013. U komunikaciji nevladine udruge „*Mental Health Europe*“ i udruge „Sjaj“ dobro se prigovara da se postupak za vraćanje poslovne sposobnosti mogao pokrenuti i *ex officio*, te se na taj način uskladiti zaštita ljudskih prava prvopredlagateljice, a treba se prikloniti i svim navodima o stanju zaštite prava osoba lišenih poslovne sposobnosti u RH.

da su zakonska rješenja primjerena institutima koje uređuju, uz iznimku višekratno upućenih kritika normativnom uređenju skrbništva.³³ I povodom propitivanja presuda Europskog suda protiv RH nameće se pitanje ne bi li taj sud trebao više uzimati u obzir prava djeteta. Najviše je to pitanje problematizirano u postupcima koji se odnose na roditeljsku skrb, gdje Europski sud često prenaplašava prava odraslih, ne uzimajući u obzir najbolji interes djeteta. Za hrvatske slučajeve, čini se kao da Vlada RH nije uvijek dostatno uspjela objasniti logiku obiteljskoprogovnog sustava (primjerice, odnos lišenja poslovne sposobnosti i roditeljske skrbi). I, konačno, uz iznimku predmeta iz područja skrbništva, činjenica je da je većina povreda utvrđena zbog načina primjene propisa, a ne zbog samog normativnog sadržaja. To upućuje na potrebu stalnog usavršavanja, kako u razumijevanju i primjeni domaćeg prava, tako i u razumijevanju i primjeni konvencijskog prava, stručnjaka koji su odgovorni za primjenu i oživotvorenja ideja iz obiteljskog zakonodavstva.

³³Tako v. Milas Klarić, I. (2004). Obiteljskoprogovni status osoba lišenih poslovne sposobnosti, Zagreb; Milas Klarić I. (2010). Pravni status skrbnika kao jamstvo zaštite ljudskih prava odraslih, Zagreb; Milas Klarić, I. (2012). Prednost alternativnih oblika skrbničke zaštite pred lišenjem poslovne sposobnosti, Lišenje poslovne sposobnosti: smjernice za suce, vještake i socijalne radnike, Zagreb. 141-157.; Korać Graovac A.-Čulo A., Konvencija o pravima osoba s invaliditetom - novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. 61:1, 65-109.

ISTRAGA U HRVATSKOM KAZNENOM ZAKONODAVSTVU *DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA*

1. UVOD

U Hrvatskoj se dugo vremena raspravljalo o potrebi mijenjanja odredbi Zakona o kaznenom postupku (u daljnjem tekstu: ZKP/1997.),¹ posebno u dijelu koji se odnosi na istragu. Često su bile upućivane kritike kako istraga traje predugo, da državni odvjetnik nema onu ulogu koju bi trebao imati radi učinkovitijeg kaznenog progona, da kazneni postupak za lakša kaznena djela treba pojednostaviti i dr. Unatoč čestim izmjenama i dopunama ZKP/1997, smatralo se kako ni te izmjene nisu postigle onaj prvenstveni cilj kaznenog postupka. Svjedoci smo kako se u donošenju kvalitetnih zakonskih rješenja često zanemarivalo mišljenje praktičara koji bi s obzirom na svoje veliko iskustvo zasigurno mogli ukazati na određene nedorečenosti u primjeni pojedinih instituta. Isto tako, ubrzano donošenje zakona ili njegove česte izmjene nisu pravi put u rješavanju problema. Poznato je kako u razvijenim državama *vacatio legis*² zakona traje i po nekoliko godina, a to sve sa svrhom da se svima omogući kvalitetno upoznavanje s njegovim sadržajem. Iako se na pripremi izmjena ZKP/1997. radilo više godina,³ Zakon o kaznenom postupku (u daljnjem tekstu: ZKP/2008.)⁴ donesen je 15. prosinca 2008. godine, a već je, i to za gotovo najsloženija djela (za kaznena djela iz nadležnosti Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta – u daljnjem tekstu ZUSKOK),⁵ stupio na snagu 01. srpnja 2009. godine. Nadalje, 30. lipnja 2009. godine (dakle, prije nego što se ZKP 2008. uopće počeo primjenjivati) donesene su nove izmjene i dopune ZKP/2008. godine (izmjene i dopune odnose se na sveukupno 119 članaka), a u prijelaznim i završnim odredbama propisano je da će te izmjene i dopune stupiti na snagu 01. srpnja 2009. godine.⁶ Dakle, zvuči gotovo nevjerojatno. Od donošenja izmjena i dopuna ZKP/ 2008. pa do njegovog stupanja na snagu, za tako jedan važan zakon, ostavljeno je vremensko razdoblje od

* Doc.dr.sc. Damir Primorac, docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Mostaru i Sveučilišnom studijskom centru za forenzične znanosti Sveučilišta u Splitu, odvjetnik u Splitu i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

¹ Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine br.110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/2002, 143/2002 i 115/2006).

² *Vacatio legis* – vrijeme koje protječe između objavljivanja zakona ili drugog pravnog akta i njegovog stupanja na snagu (Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2001. godina, str. 1738).

³ Bubalo, T: Novi koncept i nova zakonska rješenja u Zakonu o kaznenom postupku Republike Hrvatske od 15. 12. 2008. godine, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 6, Pravni fakultet u Zenici, Zenica, 2010. godina, str. 8.

⁴ Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine br. 152/2008, 76/2009, 80/2011 i 121/2011).

⁵ Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (Narodne novine br. 76/09, 116/10, 145/10 i 57/11).

⁶ Vidjeti Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine br.76/2009).

svega osam dana. Sljedeće izmjene dogodile su se već 2011. godine kada su donesene nove izmjene i dopune ZKP/2008.⁷ Te izmjene i dopune donesene su 01. srpnja 2011. godine (izmjene i dopune odnose se na sveukupno 51 članak), a stupile su na snagu osam dana od dana objave u Narodnim novinama. Kao i kod ranijih izmjena, razvidno je kako je i ovdje ostavljen jedan kratak *vacatio legis*. Sve to ukazuje, bez obzira koliko se god trudilo usuglasiti zakon s međunarodnim standardima i potpisanim konvencijama⁸, da je zakon ipak donesen na brzinu te da uslijed toga trpi određene nedorečenosti i nudi pojedina nekvalitetna rješenja. Donošenjem ZKP/2008. najveće izmjene dogodile su se u prethodnom postupku gdje je državni odvjetnik postao *dominus litis*.⁹ Dok je prema ZKP/1997. istragu vodio istražni sudac, ZKP/2008. u Glavi XVII. uređuje novu – *državnoodvjetničku istragu*.¹⁰

2. POVIJESNI PRIKAZ ISTRAGE U HRVATSKOM KAZNENOM PRAVU

Do austrijskog Zakona o kaznenom postupku iz 1852. godine, u Hrvatskoj nije bio uređen jedinstveni kazneni postupak.¹¹ Naime, do tog zakona u pojedinim dijelovima Hrvatske primjenjivali su se austrijski propisi (npr. na području Dalmacije), u kontinentalnim dijelovima Hrvatske primjenjivali su se banski propisi itd. Tek austrijski Zakon o kaznenom postupku iz 1852. godine, koji je bio istražni (inkvizicijski), donio je jedinstveni kazneni postupak na području čitave Hrvatske.¹² Nakon toga kazneni postupak se ponovno uređivao različitim propisima na području Hrvatske da bi potom 1875. godine ponovno bio jedinstveno uređen kazneni postupak (donesen je Kazneni postupnik), ali ne po istražnom

⁷ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine br. 80/2011).

⁸ Tako, neke od Konvencija su: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10), Europska Konvencija o sprječavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 14/97.), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 12/93, 7/1995 i 11/95), Konvencija UN protiv torture i drugih načina okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 12/93) i dr.

⁹ *Dominus litis* – gospodar spora, osoba koja je aktivno legitimirana na parnicu (Romac, A: Rječnik latinskih pravnih izraza, Informator, Zagreb, 1992. godina, str. 162).

¹⁰ Pavišić, B. i suradnici: Kazneno postupovno pravo, 3. Izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2010. godina, str. 244.

¹¹ Tijekom povijesti razvila su se tri temeljna oblika kaznenog postupka: optužni (akuzatorski) kazneni postupak, istražni (inkvizicijski) kazneni postupak i mješoviti (akuzatorski- inkvizitorski) kazneni postupak - *ibid*, str. 244.

¹² Istražni (inkvizicijski) kazneni postupak se razvijao postepeno, najprije u rimskoj državi, a potom i u drugim europskim državama. Izuzev Engleske, ovaj oblik kaznenog postupka postao je vodeći oblik kaznenog postupka u europskim državama do XV. stoljeća. Istražni (inkvizicijski) postupak dijeli se na dva dijela: istragu i suđenje. Dok u optužnom (akuzatorskom) kaznenom postupku postoje tri temeljne procesne uloge, kod ovog oblika kaznenog postupka postoji kumulacija tih uloga. Istragu pokreće i provodi poseban istražitelj (inkvirent) kada god postoji sumnja da je počinjeno kazneno djelo koje nije neznatnog značaja. Počinitelj se u pravilu odmah uhićivao, a tijekom istrage inkvizitor je prikupljao dokaze – ispitivao počinitelja i svjedoke. S obzirom da je priznanje okrivljenika „kraljica dokaza“, u tu svrhu vrlo često se upotrebljavalo mučenje (tortura) okrivljenika kako bi se došlo do njegovog priznanja. Naime, bez priznanja okrivljenika ili iskaza dvojice svjedoka sud nije mogao donijeti osuđujuću presudu. Postupak istrage je bio tajan, a o svakoj poduzetoj radnji morao se voditi zapisnik. Nakon završetka istrage inkvirent je sam donosio presudu ili je spis dostavljao sudskom vijeću radi donošenja odluke. Sudsko vijeće je donosilo odluku isključivo na temelju stanja u spisu koji je sastavljen tijekom istrage. Prema tome, okrivljenik i svjedoci nisu mogli biti nazočni suđenju, a odluka se donosila prema načelu pismenosti i tajnosti. Sudsko vijeće je moglo donijeti tri vrste presuda: osuđujuću, oslobadajuću i presudu kojom se okrivljenik „otpušta ispod suđenja“. Ovom zadnjom vrstom presude okrivljenik se ne proglašava krivim niti se oslobada od optužbe, s obzirom da sumnja glede okrivljenika da je počinio kazneno djelo i dalje postoji tako da se postupak protiv njega može uvijek nastaviti. Vidi o tome kod Tomić, M; Ilić, M: Kazneno procesno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2006. godina, str. 21-22 i Krapac, D. i suradnici: Kazneno procesno pravo – prva knjiga: Institucije, IV. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2010. godina, str.18.

(inkvizicijskom) modelu, već mješovitom.¹³ Propisi koji su uređivali kazneni postupak iz tog razdoblja važili su sve do 1929. godine kada je donesen Zakonik o krivičnom postupku. Taj Zakonik je preuzeo najvažnije postavke Kaznenog postupnika iz 1875. godine po načelu mješovitog oblika kaznenog postupka.¹⁴ Sljedeće razdoblje uslijedilo je 1948. godine kada je donesen Zakon o krivičnom postupku s naglašenim istražnim (inkvizicijskim) postupkom, a što nije čudno jer je donesen pod sovjetskim utjecajem. 1953. godine donesen je novi Zakonik o krivičnom postupku koji je u više navrata bio mijenjan (bio je na snazi do 1997. godine). Tijekom tih izmjena, od onog početnog naglašenog istražnog (inkvizicijskog) postupka, zakon je postao liberalniji pa je tako postao sve naglašeniji optužni (akuzatorski) oblik kaznenog postupka.¹⁵ Kao što je već istaknuto, taj zakon je bio na snazi sve do 1977. godine kada je donesen novi Zakon o krivičnom postupku koji je prihvatio mješoviti oblik kaznenog postupka. Navedeni zakon, nakon osamostaljenja, preuzela je i Republika Hrvatska te je bio na snazi sve do 1997. godine. Nadalje, 1997. godine donesen je novi Zakon o kaznenom postupku koji je također bio zasnovan na načelu mješovitog oblika kaznenog postupka. Međutim, donošenjem novog Zakona o kaznenom postupku iz 2008. godine hrvatski se kazneni postupak bitno udaljio od modela „klasičnog“ mješovitog postupka.¹⁶

3. ISTRAGA U HRVATSKOM KAZNENOM ZAKONODAVSTVU *DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA*

Donošenjem ZKP/2008 napušten je dugogodišnji model istrage na način da istragu više ne vodi istražni sudac već državni odvjetnik. Dakle, napravljen je radikalni iskorak tako da se Hrvatska uklopila u one pravne sustave koji su napustili model prema kojemu je istragu vodio istražni sudac.¹⁷ Iako je bio veliki broj teoretičara i praktičara koji su isticali kako nije potrebno mijenjati kazneni postupak, već ga eventualno samo izmijeniti, tadašnja Vlada Republike Hrvatske odlučila je kazneni postupak prilagoditi pravnim sustavima anglosaksonskih zemalja smatrajući kako će se na taj način postići bolja i svrsishodnija

¹³ Mješoviti (akuzatorski-inkvizitorski) kazneni postupak je kao što mu sam naziv govori kombinacija optužnog (akuzatorskog) postupka i istražnog (inkvizicijskog) kaznenog postupka. Ovaj oblik kaznenog postupka najprije se razvio u Francuskoj 1808. godine, a zatim se proširio i u gotovo sve druge države kontinentalne Europe. Mješoviti kazneni postupak podijeljen je u dva stadija: istragu i glavnu raspravu, slično kao i u inkvizitorskom postupku. U stadiju istrage prevladavaju uglavnom inkvizitorski elementi (istražni sudac vodi istragu i prikuplja dokaze, istraga je tajna, postupanje tijekom istrage nije kontradiktorno i dr.), ali i neki akuzatorski elementi – npr. istražni sudac ne može donijeti odluku o provođenju istrage bez istražnog zahtjeva ovlaštenog tužitelja. S druge strane, na glavnoj raspravi prevladavaju akuzatorski elementi – postupak se pokreće na temelju optužnog akta ovlaštenog tužitelja, na glavnoj raspravi primjenjuje se načelo javnosti, usmenosti, kontradiktornosti i neposrednosti i dr. Glavna je značajka mješovitog kaznenog postupka različitost i razdvajanje procesnih uloga – kaznenog progona, obrane i suđenja. Vidjeti kod Pavišić, B. i suradnici: Kazneno postupovno pravo, *op. cit.*, str. 51 i Pravni leksikon, *op. cit.* str. 748.

¹⁴ Kurtović, A; Tomašević, G: Osnove kaznenog prava i postupka, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2002. godina, str. 172.

¹⁵ Optužni (akuzatorski) kazneni postupak je najstariji oblik kaznenog postupka, a razvio se već u staroj Grčkoj i Rimu. Dok je ovaj postupak tijekom povijesti pretrpio određene promjene, i to naročito u kontinentalnom dijelu Europe, u anglo-američkim državama on se sačuvao trajno. Njegova glavna odlika je da on znači spor između dviju ravnopravnih stranaka (tužitelja i optuženika) pred nepristranim sudom, a kazneni postupak mogao je jedino pokrenuti tužitelj. Dakle, nema kaznenog postupka bez zahtjeva tužitelja. Tužitelj i optuženik iznose dokaze pred sudom, a sud ih ocjenjuje. Tijekom postupka okrivljenik ima samo obvezu odazvati se pozivu suda, dok nije obvezan iznositi obranu i odgovarati na postavljena pitanja. Tako, Sijerčić – Čolić, H: Krivično procesno pravo Knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008. godina, str. 61-62.

¹⁶ Krapac, D. i suradnici: *op. cit.*, str. 22.

¹⁷ Riječ je o Italiji, Njemačkoj, Austriji i dr.

rješenja u cilju otkrivanja kaznenih djela te kaznenog progona njihovih počinitelja. U tu svrhu Vlada Republike Hrvatske je 09. veljače 2007. godine prihvatila Načela za izradu novog Zakona o kaznenom postupku (u daljnjem tekstu: Načela),¹⁸ a upravo su ta Načela poslužila kao okvir donošenja ZKP/2008. Koncept uređenja ZKP/1997. bio je takav da je državno odvjetništvo u prethodnom postupku (dakle, predistražnom i istražnom postupku) uglavnom imalo pasivnu ulogu. Glavnu ulogu u predistražnom postupku imala je policija, dok je istragu i istražne radnje provodio istražni sudac.¹⁹ Za razliku od ZKP/1997., prema ZKP/2008. uloga državnog odvjetnika u značajnom dijelu približila se ulozi državnog odvjetnika kakvu on ima u anglosaksonskim zemljama.²⁰ Državni odvjetnik postao je *dominus litis* prethodnog postupka.

Postupak istrage u ZKP/2008. uređen je u Glavi XVII, a ona se sastoji od tri dijela:

- pokretanje, tijek i okončanje istrage,
- dokazno ročište i
- pouka o pravima.

Zadatak istrage ostao je jednak kao i prije, a on se sastoji u tome da se tijekom istrage prikupe dokazi i podaci potrebni da bi se moglo odlučiti hoće li se podići optužnica ili obustaviti postupak, te dokazi za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na raspravi ili bi njihovo izvođenje bilo otežano. Najveća novost je da istragu provodi državni odvjetnik, a ne više istražni sudac, kako je to bilo uređeno u ZKP/1997. Državni odvjetnik donosi nalog o provođenju istrage ako postoje osnove sumnje da je počinjeno kazneno djelo za koje se ima proveli istraga.²¹ Za razliku od ZKP/1997. kada se istraga pokretala zbog postojanja osnovane sumnje (viši stupanj vjerojatnosti koji se temelji na dokazima) da je kazneno djelo počinjeno, ZKP/2008. za donošenje naloga o provođenju istrage traži postojanje osnova sumnje (niži stupanj vjerojatnosti koji se zasniva na konkretnim okolnostima i provjerljivim kriterijima).²² Prema ZKP/2008. istraga se **mora** provesti samo za kaznena djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora, dok se **može** provesti za druga kaznena djela za koja se vodi redoviti kazneni postupak. Smatram kako je postojanje osnova sumnje dostatno za

¹⁸ O Načelima vidjeti na www.vlada.hr/hr/content/download/10410/107223/file/220-08.pdf.

U točki 4. Načela istaknuto je kako su posljednjih godina provedena istraživanja radi reforme hrvatskog kaznenog postupka te je ukazano sljedeće:¹⁸

- mogućnost daljnjih parcijalnih reformi Zakona o kaznenom postupku vrlo su ograničene, gotovo iscrpljene,
 - da je sustav na normativnoj razini postao smetnja postizanju veće djelotvornosti i bolje zaštite prava i sloboda,
 - predugo trajanje kaznenog postupka,
 - u nekim komponentama zakonsko uređenje zahtijeva optimalno usklađivanje s pravilima Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i rješenjima koja prevladavaju u europskim zemljama.
- Načela su donesena prvenstveno kako bi se na njihovim temeljima provela reforma hrvatskog kaznenog postupka, a u načelima su postavljena tri ključna pitanja:
- reforma prethodnog postupka (ukidanje sudske i uvođenje državnoodvjetničke istrage),
 - uvođenje novih oblika ubrzanog postupanja,
 - poboljšanje procesnih pravila koja uređuju mjere za učinkovito postupanje u kaznenom postupku.

¹⁹ Tomašević, G; Krapac, D; Gluščić, S: Kazneno procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2005. godina, str.178.

²⁰ Umjesto kabinetskog tijela, što je značajka položaja državnog odvjetnika prema ZKP/1997, koja se u praksi značajnog broja državnih odvjetništava snažno ustalila, državni odvjetnik postaje aktivni, operativni subjekt kaznenog progona, istrage i kaznenog postupka, pred kojega se postavljaju i zadaće „terenskog“ rada in loco. Tako, Pavišić, B: Zakon o kaznenom postupku, 3. izdanje, Pravo i zakoni, Rijeka, 2011. godina, predgovor – str. VII.

²¹ Čl. 217. st. 1. ZKP/2008.

²² Vidi o tome kod Primorac, D: Kazneno procesno pravo II., nastavni tekst objavljen na web stranicama Sveučilišnog studijskog centra za forenzične znanosti Sveučilišta u Splitu - <http://forenzika.unist.hr/>, Split, 2011. godina, str. 24.

donošenje naloga o provođenju istrage budući da sud više ne odlučuje o provođenju istrage, već državno odvjetništvo i jer kazneni postupak više ne započinje donošenjem rješenja o provođenju istrage²³ već potvrđivanjem optužnice²⁴, tako da je dovoljan niži stupanj vjerojatnosti (osnova sumnje) da je počinjeno kazneno djelo. Jednako tako, velika novost u fazi istrage jest i činjenica da se istraga može voditi i protiv nepoznatog počinitelja. Ako počinitelj ostane nepoznat, državni odvjetnik može prekinuti istragu, s time da u svakom trenutku može donijeti nalog o nastavku istrage ukoliko prestanu smetnje koje su prouzročile prekid. Provođenje istrage protiv nepoznatog počinitelja omogućava da se poduzmu dokazne radnje u cilju istraživanja određenih okolnosti, a što je zasigurno svrhovito, posebno kada se uzme u obzir da je već u najranijem stadiju potrebno prikupiti što više dokaza koji će pomoći u rasvjetljavanju određenog slučaja te da će kasnije izvođenje dokaza biti otežano. S druge strane, to je od posebnog značaja kod složenih kaznenih djela poput organiziranog kriminaliteta, korupcije i terorizma, te gospodarskih kaznenih djela, gdje je češći slučaj da se raspolaze podacima o određenim aktivnostima koje bi mogle upućivati na kazneno djelo, nego podacima koji bi u tom stadiju postupka ukazivali na počinitelja kaznenog djela.²⁵ Ono što je također velika novina jest da osumnjičenik nema mogućnost izjaviti pravni lijek protiv naloga o provođenju istrage. Iako i u drugim državama koje su prihvatile ovakav koncept istrage nije predviđena mogućnost izjavljivanja pravnog lijeka na odluku tužiteljstva o provođenju istrage²⁶, smatram kako to nije dobro rješenje te da bi bilo puno pravičnije kada bi osumnjičenik imao tu mogućnost.²⁷ Naime, općepoznato je kako je prema ZKP/1997. bilo dopušteno izjaviti žalbu protiv rješenja o provođenju istrage,²⁸ pa stoga, ako je osumnjičenik imao tada mogućnost izjaviti žalbu protiv odluke suda koji je maksimalno nezainteresiran za ishod kaznenog postupka, onda nema razloga da takva mogućnost ne postoji sada, posebno kada se ima u vidu da istragu provodi tijelo koje je itekako zainteresirano za ishod kaznenog postupka. Osim toga, svjedoci smo da je viši sud ranije, povodom izjavljenih žalbi osumnjičenika, znao donositi rješenja o obustavi istrage te na taj način već u najranijoj fazi obustavljati postupak. Iz toga je razvidno kako je nužan jedan kontrolni mehanizam državnoodvjetničkog naloga o provođenju istrage (npr. sudska kontrola naloga o provođenju istrage) koji bi osigurao kvalitetnu pravnu zaštitu osumnjičenika, bez obzira na primjedbe državnog odvjetništva da to nije potrebno jer se radi o državnoodvjetničkoj odnosno stranačkoj istrazi i da nalog predstavlja njihov interni akt. Uostalom, i prema čl. 18. st. 1. Ustava Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustav RH)²⁹ propisano je kako se jamči pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom. Prema tome, ako je cilj zakonodavca bio kazneni postupak učiniti jednostavnijim, bržim i ekonomičnijim, onda mu je jednako tako trebao biti cilj zadržati ili poboljšati pravnu zaštitu osumnjičenika, a ne je uskraćivati. Iako je ZKP/2008 propisano kako državni odvjetnik donosi nalog o prekidu³⁰ odnosno obustavi istrage³¹, u čl. 226. ZKP/2008.

²³ Čl. 164. toč. 1. ZKP/1997.

²⁴ Čl. 17. st. 1. toč. 2. ZKP/2008.

²⁵ Simović, M; Simović-Nišević, M: Istraga u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Stvarni pravni život br. 3, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011. godina, str. 206-207.

²⁶ To je slučaj s Austrijom, Njemačkom, Italijom, Bosnom i Hercegovinom i dr.

²⁷ Iako osumnjičenik tijekom istrage može predlagati obustavu istrage (državni odvjetnik obustavlja istragu ako postoji jedan od razloga propisan čl. 224. st. 1. ZKP/2008.), smatram kako niti ta mogućnost nije kvalitetno rješenje budući da o tome odlučuje isti državni odvjetnik koji vodi istragu, a isto tako, ukoliko se državni odvjetnik ne slaže s tim prijedlogom, nije dužan o tom prijedlogu donositi nikakvu odluku na koju bi osumnjičenik imao mogućnost izjaviti pravni lijek.

²⁸ Čl. 189. st. 1. ZKP/1997.

²⁹ Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10 i 85/10).

³⁰ O prekidu istrage vidi čl. 223. ZKP/2008.

³¹ Razlozi za obustavu istrage sadržani su u čl. 224. ZKP/2008.

predviđen je jedini oblik sudske kontrole istrage kada sudac istrage može rješenjem prekinuti odnosno obustaviti istragu. Tako, kada sudac istrage odlučuje o nekom pitanju i ustanovi da djelo koje se stavlja na teret okrivljeniku nije kazneno djelo za koje se progoni po službenoj dužnosti, da postoje okolnosti koje isključuju krivnju okrivljenika (osim u slučaju iz čl. 549. st. 3. ZKP/2008.)³² te da je nastupila zastara kaznenog progona ili je djelo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem ili ako postoje druge okolnosti koje isključuju kazneni progon, donosi rješenje o obustavi istrage. Dakle, kada sudac istrage odlučuje o nekom pitanju iz njegove nadležnosti i utvrdi postojanje jednog od gore navedenih razloga, tada obustavlja istragu, a protiv tog rješenja dopušteno je izjaviti žalbu. O žalbi odlučuje izvanraspravno vijeće istog suda. Kao što je već rečeno, istragu provodi državni odvjetnik, s time da on može nalogom povjeriti provođenje dokaznih radnji istražitelju. Prema čl. 202. st. 2. toč. 22. ZKP/2008. istražitelj je osoba koja je prema posebnom propisu donesenom na osnovi zakona ovlaštena provoditi dokazne i druge radnje, dok je u čl. 2. st. 1. toč. 11. Zakona o policijskim poslovima i ovlastima (u daljnjem tekstu: ZPPO)³³ propisano kako je istražitelj policijski službenik kojega uz prethodno pribavljeno mišljenje glavnog državnog odvjetnika imenuje glavni ravnatelj.³⁴ U čl. 64-66. Zakona o državnom odvjetništvu (u daljnjem tekstu: ZDO)³⁵ propisan je način sastavljanja liste istražitelja, tko može biti istražitelj i dr. Iz toga je razvidno kako je uloga istražitelja prema novom konceptu istrage od velikog značaja te da je u tom segmentu potrebno odabrati najstručnije osobe, dovoljan broj istražitelja, pristupiti njihovoj kvalitetnoj edukaciji i dr. Naročito je to bilo potrebno napraviti odmah nakon 01. rujna 2011. godine kada je ZKP/2008. stupio na snagu u odnosu na sva kaznena djela s obzirom da je već tada bilo za očekivati da će se najveći priljev predmeta dogoditi upravo u općinskim državnim odvjetništvima. Upravo zbog tog velikog broja priljeva predmeta, nedovoljnog broja zamjenika i savjetnika u općinskim državnim odvjetništvima,³⁶ nedovoljnog broja prostora s potrebnom infrastrukturom za prvo ispitivanje osumnjičenika i dr., dogodilo se preopterećenje u radu tih tijela te su bili prisiljeni u znatnom broju predmeta nalozima povjeravati provođenje dokaznih radnji istražiteljima. Prema tome, potrebno je žurno pristupiti rješavanju svih tih nedostataka budući da je dosadašnji rad pokazao kako u tom segmentu nije spremno dočekan početak primjene ZKP/2008. ZKP/2008. po prvi put uvodi mogućnost da branitelj, u svrhu pripremanja obrane, može tražiti obavijest od građana, osim žrtve i oštećenika kaznenog djela. U pozivu građaninu mora se naznačiti razlog pozivanja, ne smije se prijetiti posljedicama neodazivanja, a osoba koja se odazvala pozivu i odbije dati obavijest, ne može se pozivati zbog istog razloga. Iako je ova mogućnost zamišljena kao veliki iskorak glede izjednačavanja položaja stranaka u prikupljanju dokaza već od najranije faze, mišljenja sam kako u praksi (kao što se već i pokazalo) to neće biti toliko primjenjivano, a niti od velike pomoći okrivljeniku odnosno njegovom branitelju. Naime, treba istaknuti kako sve te obavijesti koje se uzimaju od građana nisu dokaz u kaznenom postupku i mogu poslužiti samo za potrebe obrane, dok državni odvjetnik, koji poduzima te iste radnje, sukladno ZKP/2008., građane

³² Prema odredbi čl. 549. st. 3. ZKP/2008. državni odvjetnik će, ako se pojavi sumnja u isključenu ili smanjenu ubrojivost okrivljenika ili njegovu raspravnu nesposobnost zbog duševnih smetnji (članak 325. ZKP/2008.), tijekom istrage prikupiti dokaze i činjenice potrebne radi utvrđenja je li okrivljenik u vrijeme počinjenja protupravnog djela bio neubrojiv i jesu li ispunjeni uvjeti za određivanje prisilnog smještaja okrivljenika prema odredbama Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama te je li raspravno sposoban.

³³ Zakon o policijskim poslovima i ovlastima (Narodne novine br. 76/09).

³⁴ Glavni ravnatelj je glavni ravnatelj policije u Ministarstvu unutarnjih poslova – čl. 2. st. 1. toč. 5. ZPPO.

³⁵ Zakon o državnom odvjetništvu (Narodne novine br. 76/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11 i 130/11).

³⁶ Prema čl. 222. st. 2. ZKP/2008. na temelju odluke državnog odvjetnika u složenim istražnim predmetima, osim istražitelja sudjeluju državnoodvjetnički savjetnici i stručni suradnici. Oni mogu pripremati provođenje pojedinih dokaznih radnji, primati izjave i prijedloge, te samostalno poduzeti pojedinu dokaznu radnju koju im je državni odvjetnik povjerio. Zapisnik o takvoj radnji državni odvjetnik ovjerava najkasnije četrdeset i osam sati nakon njezina poduzimanja.

može ispitivati u svojstvu svjedoka, oštećenika, sudskih vještaka i dr. i njihove iskaze može koristiti kao dokaz u kaznenom postupku. S druge strane, raspravljalo se i o tome bi li uvođenje tzv. „formalne paralelne braniteljske istrage“ bilo dobro rješenje. Smatram da niti takvo uređenje nije kvalitetno rješenje s obzirom da bi dolazilo do „dupliranja“ dokaza tako da bi se iste osobe zvale nekoliko puta radi ispitivanja, postavilo bi se pitanje prihvaćanja dokaza koje je proveo branitelj odnosno državni odvjetnik i dr.³⁷ Slijedom toga, opravdano se postavilo pitanje kako u svemu tome pronaći ravnotežu odnosno postići osnovni cilj kaznenog postupka- „načelo jednakosti oružja“. Kod ovako uređenog ZKP/2008. u dijelu koji se odnosi na istragu zasigurno se može reći kako takva jednakost nije postignuta. To se prije svega ogleda u situaciji kada državni odvjetnik prilikom ispitivanja svjedoka, sudskih vještaka i dr. ne poziva osumnjičenika odnosno njegovog branitelja smatrajući kako se radi o državnoodvjetničkoj (stranačkoj) istrazi i da nazočnost osumnjičenika ili njegovog branitelja prilikom tog ispitivanja nije potrebna. Upravo suprotno, držim da je uloga osumnjičenika prilikom provođenja dokaznih radnji u stadiju istrage izuzetno važna jer se jedino na taj način može postići jednakost oružja. Ukoliko se osumnjičeniku onemogućiti sudjelovanje u tim dokaznim radnjama tada se nikako ne može govoriti o izjednačavanju položaja stranaka u prikupljanju dokaza odnosno o jednakosti oružja u kaznenom postupku.³⁸ Slijedom toga,

³⁷ Predlagatelj se nije opredijelio za paralelno uređenje tzv. „braniteljske istrage“. Naime, iskustva zemalja koje su to učinile u radikalnoj formi (npr. Italija reformom iz 2002. godine) za sada pokazuju malen napredak u pitanju položaja okrivljenika, ali otvaraju mnoga nova pitanja (npr. odnos prema žrtvi od koje se traže obavijesti, odnos braniteljskog i službenog istraživanja, sudjelovanje stranaka, odnos suda prema tom istraživanju, uporaba prikupljenih dokaza na raspravi i dr.). O tome kod Pavišić, B: Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, br. 2/2008, Zagreb, str. 489-602. Istraživanje obrane ili tzv. braniteljska istraga uređena je u čl. 391 bis – čl. 391 decies Zakonika o o kaznenom postupku Republike Italije, više kod Pavišić, B. i dr, Talijanski kazneni postupak, Pravni fakultet u Rijeci, 2002. godina, str. 178-180.

³⁸ Rješenjem Županijskog suda u Splitu – Odjel za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta br. Kov-Us-26/11 od 19. ožujka 2012. godine temeljem odredbe čl. 351. st. 1. u svezi s čl. 86 i čl. 10. st. 1. i 2. toč. 2. ZKP/2008 izdvojeni su zapisnici o ispitivanju trojice svjedoka. Naime, prema mišljenju Županijskog suda u Splitu, navedeni iskazi pribavljeni su protivno Ustavu RH jer o ročištu na kojem je državni odvjetnik ispitao svjedoke nije uopće obavijestio branitelja optužene, na koji način je onemogućio obrani ispitivanje svjedoka optužbe, a radi se o dokazima na kojima državni odvjetnik, između ostalih, temelji optužnicu. Na taj način povrijeđena je odredba čl. 29. st. 2. podstavak 6. Ustava RH u kojoj je propisano da u slučaju sumnje ili optužbe zbog kažnjivog djela, osumnjičenik, okrivljenik ili optuženik imaju pravo ispitati svjedoke optužbe i zahtijevati da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe. Nadalje, osumnjičenik je, prema odredbi čl. 202. st. 2. toč. 1. ZKP/2008., osoba protiv koje je podnesena kaznena prijava ili se provode izvidi ili se vodi istraga ili poduzimaju dokazne radnje prije početka kaznenog postupka, što pak znači da se citirana odredba čl. 29. Ustava RH, koja i osumnjičeniku jamči pravo na ispitivanje svjedoka optužbe, odnosi i na fazu kaznenog postupka prije podizanja optužnice. Povodom izjavljene žalbe državnog odvjetnika, Vrhovni sud Republike Hrvatske svojim rješenjem br. I KŽ-Us 28/12-4 od 09. svibnja 2012. godine prihvatio je žalbu državnog odvjetnika i preinačio prvostupanjsko rješenje na način da je odlučio da zapisnike o ispitivanju trojice svjedoka neće izdvojiti. U rješenju je navedeno kako je državni odvjetnik u pravu kada tvrdi da zapisnici o ispitivanju svjedoka nisu nezakoniti dokazi ističući da je prvostupanjski sud pogrešno, samo gramatički protumačio odredbu čl. 29. Ustava RH, te da se citirana odredba Ustava RH ne odnosi na radnje provedene prije započinjanja kaznenog postupka, što je slučaj na izdvojenim zapisnicima o ispitivanju svjedoka. Naime, iskazi ispitanih svjedoka pribavljeni su tijekom istrage koju, na temelju odredbe čl. 219. st. 1. ZKP/2008 provodi državni odvjetnik, provođenjem dokaznih radnji za koje odredbama ZKP/2008. nije predviđeno pozivanje i obavještavanje osumnjičenika i branitelja. U pravu je državni odvjetnik kada tvrdi da je pogrešan stav drugostupanjskog suda kako odredba čl. 29. st. 2. toč. 1. Ustava RH nalaže suprotno tj. obavještavanje osumnjičenika ili okrivljenika o provođenju svake radnje i prije početka kaznenog postupka. Citiranjem odredbom Ustava RH, u Glavi koja govori o zaštiti temeljnih ljudskih prava i sloboda, u čl. 29. govori se o pravima koja postoje pred sudom u okvirima kaznenog postupka. Trenutak u kome su svjedoci čija je zakonitost propituje ispitani, nakon što je državni odvjetnik donio nalog o provođenju istrage ne predstavlja fazu kaznenog postupka. Kazneni postupak prema izričitoj odredbi čl. 17. st. 1. toč. 1. ZKP/2008. započinje tek potvrđivanjem optužnice, a sve ranije faza je stranačkog postupanja. U trenutku kada su ovi svjedoci ispitani, iako se gramatički koristi termin osumnjičenika, u odnosu na njih ne provodi se sudski postupak, a razina izvjesnosti da su počinili kazneno djelo je samo na nivou osnova sumnje. Kako je istaknuto, ispravnim teleološkim tumačenjem odredbe

mišljenja sam kako je potrebno u što kraćem roku jasno propisati mogućnost da osumnjičenik može biti nazočan ispitivanju svjedoka, sudskih vještaka i dr. te na taj način aktivno sudjelovati u državnoodvjetničkoj istrazi. S obzirom da je prema ZKP/2008. ukinuta sudska, a uvedena državnoodvjetnička istraga, te da sud u prethodnom postupku više nema onu ulogu koju je imao prema ZKP/1997., u prethodnom postupku uveden je novi subjekt kaznenog postupka – sudac istrage. Iako sudac istrage više ne provodi istragu, on i prema ZKP/2008. ima velike ovlasti koje se prvenstveno ogledaju u odlučivanju o zahvatima u temeljna prava i slobode građana. Tako, kao isključive sudske radnje tijekom istrage (dakle, radi se radnjama suca istrage, a ne državnog odvjetnika) ZKP/2008. propisuje:³⁹

- određivanje jamstva,
- određivanje istražnog zatvora u domu,
- određivanje istražnog zatvora,
- određivanje privremenih mjera osiguranja,
- odlučivanje o prijedlogu oštećenika glede provođenja istrage,
- provođenje dokaznog ročišta,
- ispitivanje djeteta kao svjedoka,
- ispitivanje zaštićenog svjedoka,
- donošenja naloga o ekshumaciji i dr.

Prema tome, bez obzira na sada pasivniju ulogu suda u prethodnom postupku, iz gore navedenih ovlasti razvidno je kako sud (sudac istrage) i dalje ima vrlo važnu ulogu. Sudac istrage mora prvenstveno voditi računa da se ograničenje ljudskih prava i sloboda u istražnom postupku svede samo na najmanju moguću i neophodnu mjeru. Da bi na takav način sudac istrage mogao odlučivati potrebno je da s velikom pozornosti uzme u obzir sve do tada provedene rezultate prethodnog postupka koje je poduzeo državni odvjetnik te da sukladno tome vodi računa o izbjegavanju nepotrebnog ograničavanja ljudskih prava i sloboda.⁴⁰ Jedino na takav način može se postići da sudac istrage postane ključan subjekt odnosno jamac pravičnog postupanja prilikom odlučivanja o zahvatima u temeljna ljudska prava i slobode građana.

čl. 29. Ustava RH propisana je zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda u sudskom postupku, u postupku u kojem se utvrđuje krivnja optuženika. Upravo u tom postupku zajamčeno je pravo osobe o čijoj krivnji se odlučuje da „ispituje ili daje ispitivati svjedoke optužbe“. Prema tome, ispravnim teleološkim, a ne samo gramatičkim tumačenjem citirane norme Ustava RH, u ovoj fazi kaznenog progona, kada kazneni postupak još nije započeo, ne radi se o povredi prava obrane na koju ukazuje pobijano rješenje. To je faza postupanja u kojoj radnje poduzima samo jedna strana s ciljem prikupljanja dokaza koje će izvoditi pred sudom opravdavajući svoju tvrdnju o postojanju osnovane sumnje da je određena osoba počinila neko kazneno djelo, tvrdeći da je to i dokazano. Upravo to je ona kritična faza o kojoj govori Ustav RH u čl. 29, a koja je povezana s vođenjem kaznenog postupka pred sudbenom vlašću u Republici Hrvatskoj. Državno odvjetništvo nije dio sudbene vlasti koja jedino može odlučivati o nečijoj krivnji, već samo „samostalno i neovisno pravosudno tijelo“ koje nastupa kao stranka u kaznenom postupku pred sudom. Posve je jasno da dokaz koji bi bio izveden samo od strane jedne stranke, konkretno državnog odvjetnika, i u odnosu na koji ne bi bila pružena mogućnost sudjelovanja i protivnoj strani tj. strani obrane, ne bi mogao biti jedina osnova za zaključivanje o krivnji neke osobe. Međutim, da bi došlo do mogućnosti propitivanja je li dokaz izveden na ovaj način i je li povrijeđeno pravo obrane zajamčeno kako međunarodnim aktima tako i Ustavom RH, mora kazneni postupak doći u fazu kontradiktorne rasprave, što u konkretnom predmetu nije slučaj. Iz iznesenih razloga iskazi svjedoka izdvojeni iz spisa nisu nezakoniti u smislu odredbe čl. 10. st. 1. i st. 2. ZKP/2008, jer nisu pribavljeni povredom Ustavom zajamčenih prava obrane, kako to pogrešno drži prvostupanjski sud.

³⁹ Bubalović, T: *op. cit.*, str. 23.

⁴⁰ O tome vidi kod: Tegeltija, M. i suradnici: Modul 1 – Krivična oblast – Istražni postupak, Visoko sudbeno i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, Sarajevo, siječanj 2006. godina, str. 62

4. POREDBENI PRIKAZ UREĐENJA ISTRAGE U POJEDINIM EUROPSKIM DRŽAVAMA

Dok je u Republici Hrvatskoj provedena cjelokupna reforma kaznenog postupka, zapadnoeuropske države uglavnom su provodile parcijalne reforme (cjelovite reforme provedene su samo u Grčkoj 1951. godine, Portugalu 1987. godine i Italiji 1988. godine).⁴¹ Glede toga, smatram kako je tu posebno potrebno ukazati na reforme koje su provedene u Italiji, Austriji i Njemačkoj, a kada su u pitanju države koje su nastale raspadom bivše Jugoslavije, svakako trebamo spomenuti Bosnu i Hercegovinu.

4.1. Italija

Donošenjem Zakona o kaznenom postupku 1988. godine,⁴² Italija je u najvećoj mjeri napustila mješoviti kazneni postupak koji je karakterističan za kontinentalnu Europu te u najvažnijim segmentima usvojila akuzatorski model po uzoru na anglo-američki sustav.⁴³ Prihvaćajući takav model, Italija je prva država koja je u kontinentalnoj Europi provela jednu takvu reformu i po tome je u stručnim krugovima svakako postala prepoznatljiva.⁴⁴ Iako je talijanski Zakon o kaznenom postupku u zadnja dva desetljeća u više navrata izmijenjen, u dijelu koji se odnosi na istragu nisu napravljene neke značajne izmjene. Naime, kada je u pitanju istraga važno je istaknuti kako državni odvjetnik provodi istragu (on je *dominus litis* prethodnog postupka), a u radu mu pomaže pravosudna policija (nju čine državna policija, karabinjeri i finacijska straža),⁴⁵ koja radi po nalogu državnog odvjetnika i pod njegovim nadzorom. U stadiju istrage značajnu ulogu ima i sudac prethodnog postupka koji nadzire postupanje državnog odvjetnika te ujedno odlučuje o zahvatima u temeljna prava i slobode građana.

4.2. Austrija

Bez obzira na značajne izmjene Zakona o kaznenom postupku Austrije iz 1975. godine, sustav istrage nije mijenjan tako da je i dalje ostala sudska istraga.⁴⁶ Tek donošenjem Zakona o izmjenama Zakona o kaznenom postupku Austrije iz 2004. godine,⁴⁷ koji se počeo primjenjivati 01. siječnja 2008. godine, izmijenjen je sustav istrage na način da je sudska istraga ukinuta, a glavnu ulogu u prethodnom postupku ima državni odvjetnik. On donosi odluku o načinu odvijanja istražnog postupka te o njegovom okončanju.⁴⁸ Značajnu ulogu u stadiju prethodnog postupka ima i policija koja postupa po nalogu državnog odvjetnika. Što se tiče uloge suca u prethodnom postupku, on prije svega odlučuje o zahvatima u temeljna ljudska prava, s time da je odluka o pojedinim zahvatima u ta prava prepuštena i državnom odvjetniku odnosno policiji.

⁴¹ Prijedlog Zakona o kaznenom postupku, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, Zagreb, lipanj 2008. godina, str. 3. - www.vlada.hr/hr/content/download/54152/757260/file/27_01.pdf

⁴² Codice di procedura penale Repubblica Italiana - <http://www.leggeonline.info/procedurapenale/>.

⁴³ Pajčić, M: Otkrivanje informacija i dokaza između stranaka u kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 16 – br. 1, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2009. godina, str. 84.

⁴⁴ Pavišić, B. i dr, Talijanski kazneni postupak, op. cit. redaktorske napomene na str. IX.

⁴⁵ *Ibid.* str. 33-34.

⁴⁶ Bubalović, T: *op. cit.* str. 12.

⁴⁷ Strafprozessreformgesetz, BGBI I 2004/19.

⁴⁸ Simović, M; Simović-Nišević, M: *op. cit.* str. 214-215.

4.3. Njemačka

Njemački Zakon o kaznenom postupku donesen je 1877. godine, a od tada da danas mijenjan je više od 180 puta (Strafprozessordnung - u daljnjem tekstu: StPO).⁴⁹ Zadatak državnog odvjetništva u prethodnom postupku je voditi računa o tome da se prikupe svi relevantni dokazi te da se u cijelosti ispita činjenično stanje kako bi se moglo odlučiti hoće li se podići optužnica ili obustaviti postupak. U tu svrhu, državno odvjetništvo može samo ili putem policije provoditi istražne radnje,⁵⁰ s time da se u praksi najčešće događa da istražne radnje provodi policija i da rezultate tog istraživanja odmah dostavlja državnom odvjetništvu.⁵¹ U prethodnom postupku veliku ulogu ima sudac budući da izdavanje mnogih naloga spada u isključivu nadležnost suda (prvenstveno se tu misli na odlučivanje suda o zahvatima u temeljna prava građana – izdavanje naloga o nadzoru i tehničkom snimanju telekomunikacija, pretrazi i dr.).⁵² Prema tome, u normativnom smislu sud je gospodar prethodnog postupka, dok u stvarnosti središnju ulogu u prethodnom postupku ima policija.⁵³

4.4. Bosna i Hercegovina

Donošenjem Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: ZKP BiH),⁵⁴ koji je stupio na snagu 01. ožujka 2003. godine, napušten je model prema kojemu istragu provodi istražni sudac te je uređen novi koncept državnoodvjetničke istrage.⁵⁵ Prema ZKP BiH državni odvjetnik nalaže provođenje istrage ako postoje osnovne sumnje da je počinjeno kazneno djelo.⁵⁶ Dakle, državni odvjetnik pokreće i provodi istragu, uz sudjelovanje ovlaštenih službenih osoba koje imaju odgovarajuće ovlasti unutar policijskih tijela u BiH uključujući pri tome Državnu agenciju za istragu i zaštitu, sudsku i financijsku policiju, carinska i porezna tijela te vojnu policiju.⁵⁷ Sudac za prethodni postupak je supstituit istražnog suca. Njegova uloga je sada puno pasivnija nego što je to bilo ranije kada je

⁴⁹ Strafprozessordnung v. 1. II. 1877, RGGI 253.

⁵⁰ Čl. 161. StPO.

⁵¹ Prema čl. 158. StPO kaznena prijava ili prijedlog za kazneni progon podnosi se usmenim ili pisanim putem državnom odvjetništvu, policiji ili općinskom sudu.

⁵² Tužiteljstvo je u istrazi pravno nemoćno. Izdavanje mnogih naloga spada u isključivu nadležnost suda (tzv. preventivna pravna zaštita). Tužiteljstvo i policija za izdavanje tih naloga moraju podnijeti zahtjev istražnom sucu. Samo kod postojanja opasnosti od odgode zbog nestanka dokaza, tužiteljstvo i policija ovlašteni su za izdavanje naloga i provođenje određenih mjera. Savezni ustavni sud je kriterije za postojanje opasnosti od nestanka dokaza jako pooštrio, zahtijevajući postavljanje dežurnog suca. Vidi o tome u: Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke, University press – magistrat izdanja, Sarajevo, 2011. godina, str. XVIII.

⁵³ Prijedlog Zakona o kaznenom postupku, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, Zagreb, lipanj 2008. godina, str. 4. - www.vlada.hr/hr/content/download/54152/757260/file/27_01.pdf

⁵⁴ Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09).

⁵⁵ Sustav istrage jednako je uređen i u Zakonu o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 i 12/10 – u daljnjem tekstu: ZKP FBiH) te Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09, 92/09 i 100/09 – u daljnjem tekstu: ZKP RS).

⁵⁶ Čl. 216. st. 1. ZKP BiH. U literaturi se osnove sumnje označavaju kao oblik vjerojatnosti koji se zasniva na određenim okolnostima, koje opet ukazuju na određene mogućnosti postojanja krivičnog djela i neke osobe kao mogućeg počinitelja – vidjeti o tome kod Sijerčić-Čolić, H: Krivično procesno pravo – Knjiga II, Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008. str. 26.

⁵⁷ Sijerčić – Čolić, H; Hadžiomerađić, M; Jurčević, M; Simović, M: Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u BiH, Vijeće Europe/Europska komisija, Sarajevo, 2009. godina, str. 587.

provodio istragu, ali je i dalje od velikog značaja. Naime, sucu za prethodni postupak povjerene su one zadaće kojima se ograničavaju osnovna prava i slobode osumnjičenika pa tako sudac za prethodni postupak izdaje nalog za dovođenje, nalog za pretragu, nalog za posebne istražne radnje, donosi rješenje o pritvoru i dr. Iz toga se zaključuje kako je uloga suca za prethodni postupak prvenstveno zaštita ljudskih prava i sloboda građana.

5. ZAKLJUČAK

Najznačajnije izmjene u hrvatskom kaznenom postupku, u odnosu na raniji ZKP/1997., dogodile su se u dijelu u kojemu se uređuje prethodni postupak, i to na način da istragu više ne vodi istražni sudac već državni odvjetnik. Uloga državnog odvjetnika u prethodnom postupku sada je znatno ojačana i on je postao *dominus litis* prethodnog postupka, dok sudac istrage odlučuje o zahvatima u temeljna prava i slobode građana. Državni odvjetnik u kaznenom postupku sada ima dvostruku ulogu, pa tako u prethodnom postupku on nastupa kao tijelo koje vodi kazneni postupak, dok u stadiju rasprave nastupa kao stranka koja zastupa optužnicu. Takvo jačanje uloge državnog odvjetnika u prethodnom postupku prije svega se pravda činjenicom da državni odvjetnik nije imao onu ulogu koju bi trebao imati radi učinkovitijeg kaznenog progona te da je kazneni postupak u stadiju istrage trajao predugo. Cilj istrage je prikupiti dokaze i podatke koji su potrebni da bi se moglo odlučiti hoće li se podići optužnica ili obustaviti postupak, te dokaze za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na raspravi ili bi njihovo izvođenje bilo otežano. Kada je u pitanju istraga prema ZKP/1997., najviše kritika je bilo da ona traje predugo, dok je njezina prednost bila da je provodi istražni sudac te je stoga bilo malo primjedbi na njezinu vjerodostojnost. S druge strane, kada je u pitanju istraga prema ZKP/2008, dosadašnje iskustvo je pokazalo da je ona puno brža, ali s obzirom da je provodi jedna od stranaka (državni odvjetnik), puno je više primjedbi na njezin rad i ona nema onu vjerodostojnost kakvu je imala istraga dok ju je provodio istražni sudac. Tako, najglasnije primjedbe glede ZKP/2008. u dijelu koji uređuje istragu odnose se na to da protiv naloga državnog odvjetnika o provođenju istrage nije predviđena mogućnost izjavljivanja pravnog lijeka te da državno odvjetništvo ne poziva osumnjičenika odnosno njegovog branitelja prilikom ispitivanja svjedoka, sudskih vještaka i dr. Iako je i u drugim europskim državama istraga uređena na identičan način, smatram kako je radi izjednačavanja položaja stranaka (tzv. jednakosti oružja) potrebno već od najranijeg stadija postupanja omogućiti aktivno sudjelovanje osumnjičenika odnosno njegovog branitelja u istrazi. Ukoliko se to ne omogući, jasno je da će biti znatan broj primjedbi na takvo državnoodvjetničko postupanje, a što nije dobro, jer jačanje uloge jedne stranke uz istovremeno slabljenje druge dovodi samo do sumnji u vjerodostojnost provođenja takvih radnji. Neravnopravnost glede pravnog položaja osumnjičenika u bilo kojem stadiju kaznenog postupka, pa tako i nemogućnost njegovog ravnopravnog pariranja radnjama državnog odvjetnika u istrazi, zasigurno nailazi na opravdanu kritiku i u konačnici može rezultirati povredi stožernog načela kaznenog procesnog prava – načela pravičnog postupka. Koliko god je zakonodavac držao potrebnim kazneni postupak učiniti bržim i učinkovitijim, jednako tako trebao je voditi računa i o tome da zadrži ili poboljša procesna prava osumnjičenika, a ne da ih uskraćuje. Prema tome, uvijek treba voditi računa o tome da i okrivljenik spada među glavne subjekte kaznenog postupka te da mu se u cilju utvrđivanja istine u kaznenom postupku trebaju osigurati osnovna prava kako bi se taj cilj i ostvario.

LITERATURA

1. Bubalo, T: Novi koncept i nova zakonska rješenja u Zakonu o kaznenom postupku Republike Hrvatske od 15. 12. 2008. godine, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 6, Pravni fakultet u Zenici, Zenica, 2010. godina.
2. Codice di procedura penale Repubblica Italiana - <http://www.leggeonline.info/procedurapenale/>.
3. Krapac, D. i suradnici: Kazneno procesno pravo – prva knjiga: Institucije, IV. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2010. godina.
4. Kurtović, A; Tomašević, G: Osnove kaznenog prava i postupka, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2002. godina.
5. Pajčić, M: Otkrivanje informacija i dokaza između stranaka u kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 16 – br. 1, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2009. godina.
6. Pavišić, B. i suradnici: Kazneno postupovno pravo, 3. Izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2010. godina.
7. Pavišić, B: Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, br. 2/2008, Zagreb.
8. Pavišić, B. i dr, Talijanski kazneni postupak, Pravni fakultet u Rijeci, 2002. godina.
9. Pavišić, B: Zakon o kaznenom postupku, 3. izdanje, Pravo i zakoni, Rijeka, 2011. godina
10. Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2001. godina.
11. Prijedlog Zakona o kaznenom postupku, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, Zagreb, lipanj 2008. godina - www.vlada.hr/hr/content/download/54152/757260/file/27_01.pdf.
12. Primorac, D: Kazneno procesno pravo II., nastavni tekst objavljen na web stranicama Sveučilišnog studijskog centra za forenzične znanosti Sveučilišta u Splitu - <http://forenzika.unist.hr/>, Split, 2011. godina.
13. Rješenje Županijskog suda u Splitu – Odjel za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta br. Kov-Us-26/11 od 19. ožujka 2012. godine.
14. Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. I Kž-Us 28/12-4 od 09. svibnja 2012. godine.
15. Romac, A: Rječnik latinskih pravnih izraza, Informator, Zagreb, 1992. godina
16. Sijerčić – Čolić, H; Hadžimeragić, M; Jurčević, M; Simović, M: Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u BiH, Vijeće Europe/Europska komisija, Sarajevo, 2009. godina.
17. Sijerčić – Čolić, H: Krivično procesno pravo Knjiga I, Krivično procesni subjekti i krivičnoprocesne radnje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008. godina.
18. Sijerčić-Čolić, H: Krivično procesno pravo – Knjiga II, Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.
19. Simović, M; Simović-Nišević, M: Istraga u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Stvarni pravni život, br. 3, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011. godina.
20. Strafprozessreformgesetz, BGBI I 2004/19.
21. Strafprozessordnung v. 1 II 1877, RGBI 253.
22. Tegeltija, M. i suradnici: Modul 1 – Krivična oblast – Istražni postupak, Visoko sudbeno i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine, Sarajevo, siječanj 2006. godina.
23. Tomašević, G; Krapac, D; Gluščić, S: Kazneno procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2005. godina.
24. Tomić, M; Ilić, M: Kazneno procesno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2006. godina.
25. Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10 i 85/10).
26. Zakon o državnom odvjetništvu (Narodne novine br. 76/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11 i 130/11).
27. Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine br.110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/2002, 143/2002 i 115/2006).
28. Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine br. 152/2008, 76/2009, 80/2011 i 121/2011).
29. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09).
30. Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 i 12/10).
31. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09, 92/09 i 100/09).
32. Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Njemačke, University press – magistrat izdanja, Sarajevo, 2011. godina.
33. Zakon o policijskim poslovima i ovlastima (Narodne novine br. 76/09).
34. Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (Narodne novine br. 76/09, 116/10, 145/10 i 57/11).

NOVA PROCESNA PRAVA DJETETA - EUROPSKI POGLED

Prava djece predstavljaju dio globalnoga javnog (pravnog) poretka i donošenjem različitih međunarodnih, pa tako i europskih dokumenata, sve se dalje i dublje razrađuju sa svrhom prihvaćanja u svim zemljama i unificiranja pravnog položaja djece. Europska unija na deklarativnoj razini promiče prava djece, i tek zadnjih godina stvara strategiju kako pojedina prava djece u praksi bolje zaštititi. Karakteristika je Unije što se u mnogome oslanja na dokumente Vijeća Europe, i time, ratificiranjem konvencija od strane država članica, postiže jednaki standard u zaštiti pojedinih prava djece. Između velikog broja prava djece koje štiti Konvencija o pravima djeteta, velika se važnost pridaje pravu djeteta na izražavanje mišljenja. Iz teoretskog pogleda kako navedeno pravo predstavlja jedno od izvornih prava djeteta proizlazi i potreba da se ono štiti u različitim situacijama, pa na tom temelju izrastaju i nova procesna prava djece. Europska unija donijela je nekoliko dokumenata koji se bave pravnim statusom djece pred sudskim (i upravnim) tijelima. Zajedničko im je što otvaraju mogućnosti novih akcija na nacionalnim područjima i što zahtijevaju promjenu pravosuđa u smislu priznavanja aktivnog procesnog legitimiteta djece čak i kad nisu nominalno stranke u postupku. Osim toga, iz različitih akcija i strategija koje posljednjih godina provodi Europska unija, razvidno je da se mijenjaju klasična procesna pravila, te da će nacionalni sustavi morati promijeniti svoje zakonodavstvo u smislu većeg uvažavanja prava djeteta na izražavanje vlastitog mišljenja.

Ključne riječi: *prava djece, procesna prava, pravo djeteta na izražavanje mišljenja.*

1. UVOD

Europska unija kao posebna integracija otvorila je pitanje i pravnih instituta te njihovog uređenja zajedničkim, unificiranim i harmoniziranim pravilima¹. Obiteljsko pravo kao dio pravnih sustava europskih država članica Europske unije, ali i onih koje će to tek postati, posebno je zanimljivo područje, s obzirom da je obiteljsko pravo svake države odraz tradicije i kulture te čini bitno obilježje društva u kojem postoji. Zbog toga, usudujemo se ustvrditi, i vrlo sporo napreduje stvaranje jedinstvenoga obiteljskog prava Europske unije, jer su i obiteljska prava gotovo trideset europskih zemalja različita, tek u nekim pojedinostima slična. Pitanje jest je li uopće moguće postići toliki stupanj koherentnosti i istovjetnosti da bi se

* Prof.dr.sc. Dubravka Hrabar, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i redovita članica Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

¹ O unifikaciji i harmonizaciji europskoga obiteljskog prava *cf. amplius, Majstorović (2009).*

govorilo o europskome obiteljskom pravu? Izglednije je govoriti o zajedničkim, vrlo općenitim načelima koja predstavljaju civilizacijski doseg ovog vremena, a kao primjer navodimo ravnopravnost žene i muškarca te prava djece. Upravo prava djece nakon dva desetljeća ozbiljnog postojanja na globalnoj razini², predstavljaju, mogli bismo reći - javni poredak, jer njihova opstojnost na deklaratornoj i normativnoj razini jest odraz zahtjeva koji se više ne može zaobići. Drugo je pitanje i problem, što se prava djece ne poštuju na željenoj razini, pa različite (političke) integracije³ donose nove međunarodne dokumente koji nastaju na izvorištu Konvencije o pravima djeteta, ne bi li se ojačao smisao i cilj sveobuhvatne zaštite prava djece uz istodobno obvezivanje zakonodavaca i pojedinaca da prava djece štite i promiču kao vrhunsko moralno pravilo kojem treba težiti. Prava djece, usprkos mnogobrojnim teškoćama na globalnoj razini, polako, ali sigurno otvaraju sve više vrata iza kojih stoji neki bolji svijet za djecu, u koji će ona, nadajmo se, zakoračiti što prije, jer kratkotrajno je razdoblje djetinjstva⁴ u kojem djeca trebaju zaštitu, a dugotrajne su i duboke posljedice koje djeca imaju kao odrasli, ako kao djeca nisu uspjela svoja prava ostvariti. Europska unija pravima djece tek se stidljivo bavi, ako na normativnoj, onda prilično neobvezujućoj razini, i nešto transparentnije i upornije različitim akcijama ne bi li svôj europskoj djeci osigurala jednako dobar položaj. Djeca i njihova prava nisu u fokusu interesa Europske unije, no predstavljaju određenu pravnu vrijednost i države se tek konsolidiraju oko zajedničkog i jedinstvenog iskoraka prema unifikaciji. Činjenica jest da Europska unija nema u ovome trenutku prevelikih pretenzija na uređenje prava djece na unificirani način, jer takva, opća nadležnost glede temeljnih, pa ni dječjih prava ne postoji prema Ugovoru o funkcioniranju Europske unije⁵. Osim toga, ni sudska praksa Europskog suda ne rješava slučajeve u tom smislu. Neki oblik harmonizacije predstavlja činjenica što članice Europske unije potpisuju različite konvencije Vijeća Europe i Haške konferencije za međunarodno privatno pravo⁶, pa time indirektno stvaraju europsko pravo o pravima djece. U ovome radu usmjerili smo se na obiteljskopravnu problematiku prava djece i dokumente Europske Unije na tome području, osobito procesna prava djece koja imaju uporište u sve više ugovora i međunarodnih (europskih) dokumenata.

2. DOKUMENTI EU VEZANI UZ PRAVA DJECE

Za prava djece u europskim okvirima važno je nekoliko dokumenata, koji, kako će se vidjeti, nisu iste pravne snage u smislu obvezatnosti, a niti su u jednakoj mjeri fokusirani i eksplicitni, odnosno konstruktivni, i što je vrlo znakovito i dojmljivo, stvaraju dojam prilične nekonzistentnosti, difuznosti, parcijalizacije. Vrlo često su na razini deklaratornosti i možda demistifikacije dječjih prava, te predstavljaju tek preporuku državama kako vlastite pravne sustave organizirati za bolju pravnu zaštitu djece.

Važniji su sljedeći dokumenti koji se bave pravima djece:

² Pri tome mislimo na veliki pomak koji je nastao od donošenja UN Konvencije o pravima djeteta 1989. godine, s obzirom da je to međunarodni ugovor koji su potpisale sve države svijeta (bez, za sada, ratifikacije SAD-a i Somalije);usp.(http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtds_g_no=IV-11&chapter=4&lang=en) .

³ Ujedinjeni narodi, Europska unija, Vijeće Europe, Haška konferencija za međunarodno privatno pravo, afričke i ine regionalne organizacije.

⁴ Pravni je standard iz Konvencije o pravima djeteta da se djetetom smatra osoba do 18. godine života.

⁵ Konsolidirana verzija Ugovora o funkcioniranju Europske unije (*Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union*), OJ C 83, 30.3.2010.

⁶ O aktivnostima Vijeća Europe i Haške konferencije za međunarodno privatno pravo v. *amplius I. Majstorović* u ovoj publikaciji.

1. Smjernice za promicanje i zaštitu prava djece (2007);
2. Strategija o pravima djece (2009);
3. Povelja temeljnih prava EU (2010);
4. Agenda o pravima djece (2011);
5. Ugovor o Europskoj uniji (2010);
6. Bruxelles II bis (2003)

Nakon ovih raznorodnih dokumenata donesenih u okviru EU, važan izvor predstavljaju za uređenje prava djece i ugovori Vijeća Europe, pa će biti riječi i o nekima od njih.

2.1. Smjernice za promicanje i zaštitu prava djece (2007)⁷

U ovome dokumentu nalazimo izričitu odredbu o obvezi primjene međunarodnih dokumenata od strane država članica Europske unije. Smjernice su okvir djelovanja za zaštitu ljudskih i dječjih prava i odraz su opredjeljenja Europske unije za ostvarenje različitih (bolje rečeno: svih) dječjih prava prema europskim i globalnim dokumentima. Time se Vijeće Europske unije jasno i nedvosmisleno zauzima za ideju sveobuhvatnosti dječjih prava kao globalnoga pojma, budući da je do sada iz Ujedinjenih naroda proizašlo nekoliko konvencija kojima je sadržaj uređenje nekog od, u Konvenciji o pravima djeteta, sadržanog prava. Osim toga, Smjernice svojim stavom potvrđuju važnost različitih međunarodnih ugovora nastalih u okviru Vijeća Europe (dalje: VE) i Haške konferencije za međunarodno privatno pravo.

2.2. EU Strategija o pravima djece (2009)

Ovaj dokument, već po svojem nazivu nadilazi neodrživo i rigidno promišljanje o odvojenosti prava djece od njihovih potreba, te odražava potrebu za stvaranjem strategije dugoročnog i dalekosežnog postupanja s djecom. Naime, očigledno je sazrela potreba da se stvori okvir i označe ciljevi kojima europsko društvo treba težiti u zaštiti djece i njihovih prava. Strategiji je prethodilo Priopćenje Komisije u 2006.⁸ godini iz kojeg proizlazi svijest da su djeca ljudska podskupina bremenita posebnim problemima. Premda u Priopćenju nalazimo podatke o lošem položaju djece u svijetu, od kojih mnoge ne možemo povezati s problemima djece u europskim zemljama⁹, važno je znati za njih jer stvaraju generalnu sliku djece u svijetu. Priopćenje upozorava na europske probleme djece, od kojih su podcrtani siromaštvo i djeca, djeca odvojena od roditelja i etnički manjinska djeca. Naime, podatak da djeca čine 1/5 europskog stanovništva govori o apsolutnoj brojci koja znači, apstraktno gledajući, da je problemima djece obuhvaćen manji dio europske populacije, nego li je to slučaj u Africi ili Aziji. No, istodobno, taj podatak govori o Europi kao starome kontinentu i alarmira na uzbunu *pro futuro*. Siromaštvo je problem s kojim se susreće sve više europskih zemalja, jer materijalno stanje djece odraz je, s jedne strane ekonomske moći ili nemoći njihovih roditelja, a s druge strane, siromašne države sve manje investiraju u djecu i sve manje igraju zamjensku ulogu u omogućavanju djeci da žive kvalitetnije. Odvojenost djece od roditelja odraz je porasta stope divorcijaliteta i raskinutih izvanbračnih zajednica, jer sve veći broj djece živi i

⁷ *EU Guidelines for the Promotion and Protection of the Rights of the Child*, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.07.pdf> [14. 11. 2012.].

⁸ *EU Strategy on the Rights of the Child*, {SEC(2006) 888} {SEC(2006) 889}, priopćenje Komisije Europskih zajednica od 4. 7. 2006. [14. 11. 2012.].

⁹ Tako npr. da 86% djece živi u zemljama u razvoju, a čak 95% djece ne doživi petu godinu života; o problemima djece involvirane u prostituciji govore neke druge statistike i podatci v. *amplius Hrabar* (2002).

odrasta uz jednog roditelja, nerijetko zasniva nove (emocionalne i druge) odnose s novim partnerom roditelja, te istodobno trpi od emocionalnih problema koji su loša podloga za kasnije probleme u životu. Etnički manjinska djeca, kakve je sve više u Europi, rezultat su otvorenosti europskih država prema useljavanju iz neuropskih zemalja i načelu slobode protoka ljudi unutar europskih granica. No, takva djeca susreću se s problemom integracije i problemom asimilacije u novoj sredini. Time za manjinsku djecu postaju ugrožena njihova kulturna prava (zaštićena čl. 30. Konvencije o pravima djeteta), a na to se nadovezuju i mnoga druga kao što su zdravstvena, obrazovna i sl. Strategija uočava nepobitnost činjenice da prava djece egzistiraju paralelno s njihovim potrebama, odnosno kako je to obiteljskoppravna teorija ustvrdila, da je Konvencija o pravima djece sve potrebe djece pretvorila u njihova prava.¹⁰ Konkretizaciju Strategije prepoznajemo u potrebi donošenja i provedbe mnoštva akcija koje će značiti konkretnu politiku prema djeci i programe o dječjim pravima, a najveći fokus bi prema Strategiji trebao biti na trgovini djecom, spolnoj zlouporabi, nasilju, diskriminaciji, siromaštvu, socijalnoj izopćenosti, dječjem radu, zdravlju i obrazovanju.

2.3. Povelja temeljnih prava Europske unije (2010)¹¹

Na tragu mnogih drugih povelja koje su kroz (pravnu) povijest deklarirale osnovna načela i ideje, i Povelja temeljnih prava Europske Unije autentični je izričaj o temeljnim pravima građana u Europskoj uniji.

Za obiteljsko pravo, osobito za pravni status djece, važno je nekoliko članaka.

2.3.1. Sloboda misli, savjesti i vjeroispovijedi (čl. 10.)

Ova odredba odnosi se na svakog čovjeka, pa tako i djecu, i predstavlja uobičajeni prihvat ovih sloboda kao i u mnogim drugim međunarodnim dokumentima, osobito onima Ujedinjenih naroda. Valja spomenuti da i Konvencija o pravima djeteta sadrži istovjetno pravo djeteta, zajamčeno čl. 14.¹² Pravo djeteta na slobodu misli nije istovjetno pravo na izražavanje mišljenja kako ga štiti čl. 24. Povelje (v. *infra*), već ono odražava zahtjev za slobodnim promišljanjem o stvarima (dogadajima, ljudima, pojavama) oko sebe, a uz koje je vrlo blisko povezana sloboda savjesti, a potom i ispovijedanja vjere.

2.3.2. Pravo na obrazovanje (čl. 14.)

Pravo na obrazovanje svakako je bliže djeci nego odraslima, no Povelja ga priznaje svakom građaninu. Za djecu ono je, barem prema obiteljskoppravnoj teoriji, jedno od izvornih i temeljnih prava djeteta¹³ jer pretpostavlja dvije činjenice: prvu, da obrazovanje (djeteta) znači ulaganje u njegov razvoj i distingviranje u odnosu na ostali živi svijet. Uostalom, znanje i pripada ljudima i od ljudi potječe. Drugo, vrlo je teško zamisliti dijete koje ne bi steklo

¹⁰ Tako Hrabar (1994).

¹¹ *Charter of fundamental rights of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.

¹² Konvencija navodi: "1. Države ugovornice priznat će djetetu pravo na slobodu misli, savjesti i vjere. 2. Države ugovornice poštivat će prava i dužnosti roditelja i, kada je potrebno, zakonskih skrbnika, pri usmjeravanju djeteta u primjeni njegovih prava na način koji je u skladu s razvojnim sposobnostima djeteta. 3. Sloboda izražavanja vjere i uvjerenja može biti podvrgnuta samo zakonskim i nužnim ograničenjima radi zaštite javne sigurnosti, zdravlja ili čudoređa, ili temeljnih prava i sloboda drugih."

¹³ Tako Hrabar (1994).

različita znanja u najpodobnijem vremenu za to, a to je razvoj od rođenja i od trenutka kad stasa za obrazovni sustav, već bi tek kao odrastao čovjek počelo stjecati različita znanja. No, valja znati da je i znanje moć, pa u nekim sustavima¹⁴ postoji odbojnost prema obrazovanju djece, poglavito djevojčica, ali i žena. Europski pogled na znanje znači progresivno stjecanje znanja, dostupnih svakome pojedincu prema njegovim sposobnostima.

2.3.3. Prava djece (čl. 24.)

U Povelji problematiku prava djece možemo sagledati kroz tri kuta. Ponajprije, spominje se nekoliko prava djece - pravo na zaštitu i skrb, pravo na slobodno izražavanje pogleda te pravo na redovite osobne odnose i neposredne kontakte s oba roditelja. Nadalje, ključni su elementi dobrobit djeteta i najbolji interesi djeteta, koji su kriterij za postupanje s djecom. I, na kraju, dob i zrelost djeteta kriterij su pak za prosudbu mogućeg uvažavanja djetetovih pogleda/mišljenja. Pravo na slobodno izražavanje pogleda, relativizirano s obzirom na dob i zrelost djeteta, standard je već naširoko prihvaćen u međunarodnim ugovorima¹⁵. Pravo na redovite osobne odnose i neposredne kontakte djeteta s oba roditelja, sadržajno je nešto uže pravo od navedenih, no očito ga Povelja spominje iz razloga što u Europi postoji sve više razdvojenih obitelji i djece koja imaju problema s odrastanjem bez jednog roditelja, pri čemu pravni sustavi, institucije i drugi roditelj djetetu onemogućavaju različite kontakte s odvojenim roditeljem. Povelja spominje kako djeci njihova prava pripadaju autonomno i neovisno. Iz ovako stilizirane odredbe čl. 24. Povelje može se zaključiti sljedeće: prava djece znatno su uže obuhvaćena nego u drugim međunarodnim ugovorima, poglavito u Konvenciji o pravima djeteta, no budući da svaki dokument koji pretendira da na najopćenitijoj razini reflektira gledišta društva o nekoj pojavnosti, Povelja je, po našem mišljenju, na dostatnoj razini prepoznala glavne okosnice zaštite djece u Europskoj uniji. Iz prava djece na njihovu zaštitu i skrb, iščitava se potreba svekolikog i raznovrsnog angažmana europskog društva i institucija te nacionalnih institucija na podupiranju djece u odrastanju. Uzme li se u obzir činjenica da su sve članice Europske unije stranke Konvencije o pravima djeteta, tad nema prigovora jednostavnosti rješenja odredbe članka 24. Povelje.

2.4. Agenda o pravima djece (2011)¹⁶

Ovaj dokument novijeg datuma pojavio se kao ponovni apel Komisije upućen europskim institucijama i državama članicama radi bolje zaštite i promicanja prava djece. U njemu su sadržana opća načela djelovanja u smislu naglaska na tvrdnju da su prava djece integralni dio EU politike o temeljnim pravima, prepoznata je potreba stvaranja baze podataka o djeci i njihovom položaju u Europskoj uniji te se ističe potreba suradnje svih sudionika koji se bave djecom. U tom smislu Agenda poziva na konkretne akcije radi zaštite djece u pravosudnom sustavu i na posebnu zaštitu ranjive djece, ističući poglavito problem siromašne djece i socijalno isključene djece, djece invalida, djece žrtava trgovine i spolne zloporabe, djece azilanata, djece bez pratnje, romske djece.

¹⁴ Ali i kroz povijest kad je znanje, počevši od pisanja pa do svega ostaloga, bilo u rukama ograničenog i uskog broja ljudi.

¹⁵ Od Konvencije o pravima djeteta do Konvencije o kontaktima, Revidirane konvencije o posvojenju itd.

¹⁶ Ovaj dokument priopćenje je Europske Komisije Europskome parlamentu, Vijeću, Europskome ekonomskom i socijalnom odboru i Odboru regija (*An EU Agenda for the Rights of the Child. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*)COM(2011) 60 final

2.5. Ugovor o Europskoj uniji (2010)

Ugovor o Europskoj uniji¹⁷ određuje da Unija promiče zaštitu prava djece. Riječ je o čl. 3. st. 2. Konsolidiranog teksta Ugovora o Europskoj uniji - *"It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child."* U istome članku, u st. 4. ističe se da će Unija pridonositi zaštiti ljudskih prava, posebice prava djece.¹⁸ S obzirom na prirodu Osnivačkog ugovora EU i relativno česte izmjene osnivačkih ugovora i činjenicu da se te izmjene ugrađuju u njih, obje odredbe na zadovoljavajući način ističu obvezu poštovanja prava djece.

2.6. Bruxelles II bis (2003)

Ovaj dokument pod punim nazivom *Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i ovrsi sudskih odluka u bračnim stvarima i u postupcima o roditeljskoj odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000* važan je ponajprije s međunarodnoprivatnopravnog aspekta.¹⁹ U odnosu na tematiku kojom se bavi ovaj rad, važna je t. 19. Preambule koja saslušanju djeteta pripisuje važnu ulogu u primjeni ove Uredbe, a u čl. 23 (b) navodi kao razlog nepriznavanja sudske odluke činjenicu da dijete nije imalo priliku biti saslušano²⁰. Bruxelles II bis jest Uredba koja eksplicitno priznaje pravo djeteta na izražavanje vlastitog mišljenja kako ga štiti čl. 12. Konvencije o pravima djeteta.

3. PROCESNA PRAVA DJETETA

Vrlo važna konvencija koja potanko uređuje položaj djeteta u sudskome postupku jest Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava²¹ iz 1996. godine. Republika Hrvatska je istu ratificirala 2010. godine²² te se njezine odredbe neposredno primjenjuju kako je to uobičajeno na temelju čl. 141. Ustava RH²³. Važno je spomenuti da je RH ovu Konvenciju potpisala znatno ranije, čak među prvim državama, kao članica Vijeća Europe, i predmnijevajući njezinu ratifikaciju, obiteljsko zakonodavstvo prilagodila njezinim zahtjevima.

¹⁷ *Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ L 83, 30.3.2010.*

¹⁸ *"In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter."*

¹⁹ O njemu cf. Sikirić (2005), Medić Musa (2012) te dijelom i Bouček (2011), osobito str. 1815. i 1881. te Petrašević (2010), osobito str. 441, 447, 454 et sq. O uredbi koja je prethodila navedenoj, tzv. Uredbi Bruxelles II, v. Sikirić (2003 i 2004).

²⁰ Prilog III t. 11 i Prilog IV t. 12. Uredbe koji su njezin integralni dio spominju istovjetni razlog.

²¹ *European Convention on the Exercise of Children's Rights*, ETS br. 160, dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm> [14. 11. 2011.].

²² NN MU, 1/2010, 3/2010.

²³ Članak 141. glasi: "Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava."

3.1. Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava

Konvencija se primjenjuje isključivo na situacije obiteljskoppravne naravi, i to pred sudovima i upravnim tijelima koja imaju ovlast rješavati u takvim predmetima. Bitno određenje jest da se njezine odredbe primjenjuju uvijek kad se u postupku dira u neko djetetovo pravo, bez obzira je li dijete glavni ili sporedni subjekt spora. Glavni subjekt bit će, svakako, kad je ono tužiteljem, a sporedni kad odluka suda dira u neko njegovo pravo, pri čemu je tipična situacija razvod braka u kojem je sud (čak *ex officio*²⁴) dužan odlučiti o tome s kojim će roditeljem dijete živjeti i kako će se odvijati susreti i druženje s drugim roditeljem, te o njegovu uzdržavanju. I u ovom vrijednom ugovoru kriterij dobrobiti djeteta izrijeком se spominje kao presudan za donošenje odluke i prethodno tome, postupanju suda. Zrelost djeteta i njegova sposobnost razumijevanja situacije bit će ključ odluke da li dijete uključiti u postupak, kako bi se valjano zaštitila njegova dobrobit i kako dijete ne bi pretrpjelo veću štetu od one koja će ionako očito nastati u nekoj skorijoj ili daljnjoj budućnosti. Osim ovih odrednica, Konvencija se temelji na priznanju, poštovanju i uvažavanju djetetovog prava na izražavanje vlastitog mišljenja, kako ga priznaje i Konvencija o pravima djeteta u čl. 12. Nadalje, Konvenciji je svrha da promiče i ostala prava djece, pa će u tom smislu predstavljati još jedan poticaj na zaštitu odgovarajućih prava djece koja su ugrožena kroz sudski (i upravni) postupak.

Svaka država je prilikom ratifikacije u obvezi izjaviti na koje će je obiteljskoppravne predmete primjenjivati²⁵. Republika je Hrvatska navela sljedeće situacije:

- postupak odlučivanja o roditeljskoj skrbi tijekom razvoda braka roditelja,
- postupak ostvarivanja roditeljske skrbi,
- mjere za zaštitu osobnih prava i interesa djeteta,
- postupak posvojenja, i
- postupak skrbništva za maloljetne osobe.

U obiteljskoppravnoj teoriji implikacije ove Konvencije na obiteljsko zakonodavstvo su razjašnjene²⁶ te se može tvrditi da ObZ udovoljava zahtjevima glede djetetovih prava u sferi materijalnoga prava. No, srž postupanja po ovoj Konvenciji prelijeva se u sudski postupak te bi bilo oportuno razraditi posebna postupovna prava djece u *legi speciali* bilo da je riječ o izmjenama Zakona o parničnom postupku ili eventualno posebnom procesnom obiteljskom zakonu.²⁷ Činjenica jest, naime, da na temelju ove Konvencije nastaje novi sustav zaštite djece u sudskim (obiteljskim) postupcima, te da se stubokom mijenja procesna pozicija djeteta. Konvencija, iako pisana razmjerno konfuzno, govori o nekoliko prava djece u sudskom postupku. Ističe se: (a) pravo djeteta da dobije informacije, (b) pravo djeteta da izrazi mišljenje u postupku, (c) pravo da sazna koje će biti posljedice njegovoga izraženog i usvojenog mišljenja, (d) pravo tražiti imenovanje posebnoga zastupnika (odvjetnika), (e) pravo tražiti pomoć prikladne osobe, te (e) pravo samostalno imenovati svojeg zastupnika²⁸.

²⁴ Kako to određuju čl. 294. i čl. 300. Obiteljskoga zakona (dalje: ObZ), NN, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 61/12.

²⁵ Riječ je o posebnoj Izjavi temeljem čl. 1. st. 4. Konvencije, a koja je sastavni dio dokumenta o ratifikaciji.

²⁶ O Konvenciji v. *amplius Hrabar* (1996).

²⁷ O tome autorica razlaže u radu *Hrabar* (2012 I.).

²⁸ O sadržaju i značenju tih prava v. *amplius Hrabar* (1996) i *Hrabar* (2012 II.).

3.1.1. Uloga suda

Osim što Konvencija govori o posebnim pravima djeteta u sudskom postupku, za njihovu je realizaciju izuzetno važna promjena uloge suda. Ona je prema Konvenciji transformirana u zaštitničku spram djeteta. Sud upravlja postupkom, a dijete, ako i nije stranka u postupku (tužitelj, tuženik, predlagatelj ili protustranka), u središtu je postupka, jer sud treba posebnu pažnju posvetiti djetetovom subjektivitetu, a koje je u pravilu nezaštićeno zbog svoje dobi i nezrelosti. Sud je dužan provjeriti sve informacije u vezi s djetetom te po potrebi pribaviti nove. On nadalje, treba ostvariti kontakt s djetetom u smislu provjere što dijete zna o konkretnom slučaju u koji je involvirano, dati mu savjet, dopustiti da dijete izrazi svoje mišljenje te ga uvažiti u skladu s dobi i zrelosti djeteta. Sud ima ovlast djelovati *ex officio* i, što je za naše prilike vrlo važno, imenovati mu posebnog zastupnika u ulozi odvjetnika. Naime, osnovni je preduvjet zaštite djeteta i njegovih prava²⁹ da između roditelja postoji sukob oko nekog prava djeteta.

3.1.2. Uloga zastupnika

Zastupnikova uloga diferencira se na odnos s djetetom i odnos sa sudom. Ponajprije on mora djetetu, u skladu s njegovom zrelošću, na odgovarajući način pružiti informacije o postupku u kojem se kao središnje ili adhezijsko pitanje rješava o nekome njegovom pravu. Zastupnik mora djetetu objasniti i posljedice koje bi uvažavanje njegovih pogleda (mišljenja) moglo imati na konačni ishod postupka. U okvirima komunikacije sa sudom, zastupnik mora djetetovo mišljenje uobličiti i iznijeti pred sudom. U tom smislu, zastupnika možemo smatrati vrlo važnom karikom i premosnicom između djeteta i suda. Zbog toga, smatramo, pred izbor različitih osoba (poglavito odvjetnika) za zastupnika djetetu, postavljaju se raznovrsni zahtjevi. Zastupnik djeteta trebao bi imati posebne sklonosti i nagnuća za takav rad, a s obzirom na razvoj sustava prava djece i društvene svijesti o potrebi posebne (društvene) zaštite djece, smatramo da su mu potrebna i posebna, dodatna pravna i nepravna znanja. Zbog toga bi trebalo inzistirati na specijalizaciji odvjetnika za prava djece, a takva specijalizacija nipošto ne bi bila na odmet ni za (obiteljske) suce. U tom smislu, i njihov rad s djecom, zbog težine i dodatnih zahtjeva, trebalo bi posebno vrednovati³⁰. Nameće se i tvrdnja da suradnja djetetova zastupnika sa sudom treba biti manje formalna, jer se kao izdvojeni, posebno važan cilj postavlja dijete i njegova (ugrožena) prava, što mora nadilaziti uobičajenu "nepristranost" suda. Ta nepristranost sada, u odnosu na dijete, dobiva u procesnopravnome i supstancijalnome smislu sasvim novo ruho i predstavlja, po našem mišljenju, primarno zaštitu djetetove dobrobiti, a nipošto "navijanje" za dijete. U cjelini gledajući, zastupnik djeteta, osobito kad on bude odvjetnik, trebao bi imati pomoć stručnih tijela suda, kojih na žalost manjka. Prije svega, to bi trebali biti: psiholog, socijalni pedagog i socijalni radnik, a njihov angažman kao profesionalaca trebao bi biti stvar pravosudne politike državne vlasti.³¹ Zaključno se može ustvrditi da Konvencija o ostvarivanju dječjih prava nudi i traži višu razinu zaštite djece i njihovih prava u sudskome postupku. Dijete se, prema istoj, pojavljuje kao ovlaštenik novih prava, te se procesna pozicija djeteta bitno promijenila u odnosu na vrijeme prije njezina donošenja. Stranačke uloge su preraspodijeljene, kao i njihove ovlasti, dijete se može pojaviti kao subjekt u sudskome sporu, premda nije aktivno ni pasivno

²⁹ Koja će u praksi najčešće biti ugrožena u brakorazvodnome postupku, a u vezi s odlukom s kojim će roditeljem živjeti te određivanjem susreta i druženja s odvojenim roditeljem.

³⁰ Poglavito sucima koji sude takve predmete.

³¹ I ovo je dobar primjer potrebe reorganizacije pravosuđa na području obiteljskih odnosa, za koju se autorica već godinama zalaže.

legitimiran. Dakle, kad se dijete pojavljuje u obiteljskom predmetu pred sudom ili upravnim tijelom³², a postoji sukob interesa roditelja, aktiviraju se nova i različita postupovna prava djeteta te nove ovlasti suda u zaštiti tih istih prava. To *de lege ferenda* podrazumijeva nov odnos suda i djeteta i nov odnos djeteta i njegovoga zastupnika, a koje će ovlasti trebati potanko urediti propisima.³³

3. 2. Smjernice o pravosuđu prilagođenom djeci (2010)³⁴

Smjernice se pozivaju na: Konvenciju UN-a o statusu izbjeglica, na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, na Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, na UN Konvenciju o pravima djeteta, na UN Konvenciju o pravima osoba s poteškoćama, Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Europsku konvenciju o ostvarivanju dječjih prava, Revidiranu Europsku Socijalnu povelju, Konvenciju VE o kontaktima, Konvenciju VE o zaštiti djece od spolnog iskorištavanja i spolne zlouporabe, te na Konvenciju o posvojenju (revidiranu). Navedeni dokument Vijeća Europe donesen je 2010. godine s ciljem da pravne sustave prilagodi posebnim potrebama djece te da stvarnost prilagodi međunarodnim načelima. Smjernice su dio Strategije Vijeća Europe o pravima djece i od država se očekuje učinkovito djelovanje u tom smjeru. Smjernice su više kooptirane u kaznenom postupku, no one se izrijeком (par. I./2.) primjenjuju i na građanski sudski postupak. Upravo ta činjenica trebala bi biti većim poticajem za hrvatsko pravosuđe da ga prilagodi njezinim zahtjevima i u obiteljskim predmetima³⁵. Smjernice se temelje na sljedećim pravima djece: pravu na informaciju, pravu na zastupanje, pravu na sudjelovanje i pravu na zaštitu. Kriterij primjene, odnosno uvažavanja i ostvarivanja prva tri prava jest zrelost djeteta i njegova sposobnost rasuđivanja.

3.2.1. Opći elementi pravosuđa prilagođenog djeci

U par. IV. Smjernica govori se o nužnosti interdisciplinarne poduke o pravima i potrebama djece različitih dobnih skupina, namijenjene svim stručnjacima koji rade s djecom i za djecu (par. IV./A./14.). Taj zahtjev logičan je slijed u spoznaji da djeca nisu odrasli ljudi, i da je komunikacija s njima, spoznavanje njihove nutrine i shvaćanje njihovih želja posebno zahtjevan proces. Iz tog razloga Smjernice smatraju potrebnim da se stručnjaci koji neposredno komuniciraju s djecom poduče na poseban način u smislu treninga u komunikaciji (par. IV./A./15.), što opet pretpostavlja multidisciplinarni pristup djeci kao jedini ispravni pristup. Suradnja između različitih stručnjaka je *condicio sine qua non* ispravnog pristupa djeci. Raznolikost stručnjaka³⁶ i njihova međusobna povezanost pretpostavka su mogućih produbljenih spoznaja o djetetu i valjane procjene djetetove pravne, duševne, društvene, emocionalne, tjelesne i kognitivne situacije djeteta. Suradnja svih stručnjaka može biti, i trebala bi biti, valjana pomoć donositeljima odluka (poglavito sucima) u osmišljavanju formalne odluke koja se odnosi na dijete (prema par. IV./A./17.). I u Smjernicama kao najnovijem dokumentu, odvjetnici su prepoznati kao posebno važni stručnjaci u obrani djece i

³² Za situacije koje Republika Hrvatska smatra važnima, a shodno Izjavi iz čl. 1. t. 4. Konvencije, v. bilj. 22.

³³ *Amplius Hrabar* (2012 II).

³⁴ *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, 17. 11. 2010., dostupne na mrežnim stranicama Vijeća Europe: <http://www.coe.int> [14. 11. 2012.].

³⁵ O Smjernicama v. i *Korać Graovac* (2011).

³⁶ Smjernice spominju odvjetnike, psihologe, liječnike, policajce, imigracijske službenike, socijalne radnike i medijatore.

njihovih prava, a zbog činjenice što djecu Smjernice vide kao punopravne klijente, za odvjetnike se propisuje obveza stjecanja znanja o pravima djece radi bolje komunikacije s djetetom na njihovoj razini (par. V./D./39-42.). Slično kao i Konvencija o ostvarivanju dječjih prava, Smjernice sudu daju posebne ovlasti u smislu imenovanja posebnoga zastupnika (*ad litem*) ili nekoga drugog neovisnog zastupnika djetetu. Prema Smjericama, dijete ima pravo, želi li to, biti saslušano u svim stvarima odnosno postupcima koji ga se tiču, te je sud dužan to djetetovo pravo uvažiti. Kako će, bolje rečeno gdje, pred kime i u kojim okolnostima biti saslušano, treba odlučiti dijete sâmo. Dakako, potpuno je jasno da upravo u ovakvim trenucima sudu treba pomoć psihologa, koji će učiniti prvi korak i od djeteta dobiti informaciju želi li i kako biti saslušano. Teško da se, osobito s djecom manjeg uzrasta, sud može valjano nositi u ostvarenju ovih Smjericama propisanih ovlasti. Dob i zrelost djeteta već su postali standard za procjenu djetetova sudjelovanja, saslušanja i vrednovanja izrečenih pogleda i mišljenja. Smjernice izrijeком zabranjuju sudu da odbije saslušati dijete koje želi biti saslušano. Zanimljivim dijelom Smjernica smatramo i brigu koju su pokazale za organizaciju samog postupka (IV./D./5./54.-63.) i za sudbinu djeteta u vremenu nakon donošenja odluke. Susrećemo se s uputama da je svaki postupak u kojem sudjeluje dijete hitan, da sud treba s djetetom komunicirati na jeziku primjerenom djeci, te vrlo neobično, ali pohvalno, da s djetetom treba komunicirati na empatijskoj razini i uz uvažavanje. Potiče se, kao potpuna novina, da dijete na sud može doći u pratnji - bilo roditelja ili druge odrasle osobe po njegovu izboru, upravo kako bi se izbjegla trauma, makar kratkotrajna, separacije djeteta od roditelja, te osjećaj izoliranosti i napuštenosti. Smjernice daju uputu o tome da se intervju s djetetom treba smatrati dokaznim sredstvom izjednačenim s ostalim materijalnim dokazima.

4. ZAKLJUČAK

Područje zaštite djece i njihovih prava tek je u začetku kad je riječ o europskim dokumentima. Može se vidjeti da posljednjih godina postoje određena nastojanja oko senzibiliziranja i okupljanja oko određenih problema koji su na europskome (pravnom) prostoru urgentni. No, dojam je da postoji prilična konfuzija akata, koju, rekli bismo, uzrokuje nepostojanje ili nejasna strategija o primarnim ciljevima, modusima njihova ostvarenja i sagledavanju realnih mogućnosti. Za sada, europsko se zakonodavstvo (u najširem smislu riječi) oslanja najviše na dokumente VE i različite konvencije globalnog karaktera. Iako je u obiteljskim predmetima nemoguće postići unifikaciju raznorodnih pravnih sustava, određene vrijednosti - bile one pravne ili društvene, postaju dio javnog poretka, a takva je situacija s pravima djece na europskome kontinentu. Ono što predstavlja problem to je kako u različitim pravnim sustavima postići suglasje o konkretnoj zaštiti dječjih prava, kako pretočiti u život i pravo vrijednosti koje (navodno) štitimo. Mišljenja smo da boljoj budućnosti prava djece tek predstoji vrijeme koje će doći, a da bi dobar putokaz za to bilo stvaranje europskih ugovora (ponajprije konvencija) kojima bi se štitila pojedina prava djece, poglavito ona koja su u europskim državama najugroženija. No, za to je svakako potreban konsenzus, a ima li volje za to ostaje tajno pitanje. Hrvatsko pravosuđe već i s postojećom europskom legislativom ima dovoljno uputa, zahtjeva, smjerokaza kako dalje u konkretnoj zaštiti djece. Pri tome važnu ulogu ima činjenica da će skori pristup članstvu Europske unije značiti pojačanu pažnju ostalih članica i drugih tijela koja će promatrati, nadamo se, i aplikaciju sustava prava djece, osobito zaštite procesnih prava, u svakodnevnoj praksi. Stoga, *hora est* za pomake u hrvatskome pravosuđu i zakonodavstvu za promjene na boljitak djece.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Bouček, V. (2011) Međunarodni ugovori – izvori međunarodnog privatnog prava na području Europske unije. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. 61, 6, str. 1795-1836.
2. Hrabar, D. (2002). Protokoli uz Konvenciju o pravima djeteta, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52, 2, str. 319-348.
3. Hrabar, D. (1994). Dijete - pravni subjekt u obitelji, Zagreb, 1994.
4. Hrabar, D. (1996). Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava - nov prilog promicanju dječjih prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 46, 4, str. 391-403.
5. Hrabar, D. (2012, I). Otvorena pitanja sudovanja u obiteljskim stvarima, rad predan za tisak u Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu.
6. Hrabar, D. (2012, II). Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava - poseban zastupnik djeteta, u: „Što djeci znači Konvencija o ostvarivanju dječjih prava?“, ur. Pravobranitelj za djecu, Zagreb, 2012.
7. Korać Graovac, A. (2011). Smjernice Odbora ministara Vijeća Europe o pravosuđu naklonjenom djeci, Dijete i društvo, 13, 1-2, str. 271-275.
8. Majstorović, I. (2009). Harmonizacija i unifikacija europskoga obiteljskog prava, Zagreb
9. Medić Musa, I. (2012). Komentar Uredbe Bruxelles II bis u području roditeljske skrbi. Pravni fakultet. Osijek.
10. Petrašević, T. (2010). Novi hitni prethodni postupak za područje slobode, sigurnosti i pravde. Hrvatska javna uprava. 10, 2, str. 427-263.
11. Sikirić, H. (2003). Uredba Europskog vijeća br.1347/2000 od 29. svibnja 2000. o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti za zajedničku djecu bračnih drugova - polje primjene i pravila nadležnosti. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. 53, 6, str.1501-1538.
12. Sikirić, H. (2004). Uredba vijeća (EZ) br. 1347/2000 od 29. svibnja 2000. o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima i predmetima roditeljske odgovornosti za zajedničku djecu bračnih drugova : pravila o priznanju i ovrsi, opće i prijelazne odredbe. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. 54, 3-4, str. 489-541.
13. Sikirić, H. (2005). Uredba (EZ) br. 2201/2003 i hrvatsko međunarodno privatno pravo, u: Zbornik prispjevov Evropski sodni prostor (Collection of papers European Judicial Area), Knez, R., Kraljić, S., Stojanović, D. (ur.). Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru, Maribor, str. 31-61.

Hrvatsko pravo:

1. Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 85/2010 - proć. tekst
2. Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava, NN MU, br. 1/2010, 3/2010.
3. Obiteljski zakon, NN, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 61/11.

Pravo UN, Europske unije i VE:

1. Konvencija o pravima djeteta, SL SFRJ 15/90; NN MU 12/93 i 20/97
2. *EU Guidelines for the Promotion and Protection of the Rights of the Child*, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.07>.
3. *EU Strategy on the Rights of the Child*, {SEC(2006) 888SEC(2006) 889
4. *Charter of fundamental rights of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.
5. *EU Agenda for the Rights of the Child. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions* COM(2011) 60 final
6. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, 17. 11. 2010.
7. *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, 17. 11. 2010., <http://www.coe.int> [14. 11. 2012.].
8. *Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i ovrsi sudskih odluka u bračnim stvarima i u postupcima o roditeljskoj odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000 - : Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*, OJ L 338, 23.12.2003. dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:002> (9:EN:PDF).
9. *Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ L 83,30.3.2010.* - dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:004> 6:en:PDF)

Summary

NEW PROCEDURAL RIGHTS OF THE CHILD - EUROPEAN APPROACH

Rights of children are part of the global public (law) order and have been further developed by various international and European documents in order to accept and unify the legal status of children in all countries. The European Union promotes rights of children on a declarative level, and it is only recently that a strategy has been created on how to ensure better protection of individual children's rights. The Union relies to a large extent on the Council of Europe documents and by ratification of conventions by member states a unified standard is achieved in the protection of individual children's rights. Among a large number of children's rights protected by the Convention on the Rights of the Child, great importance is given to the right of children to express their opinions. Theoretically, this right is one of the original rights of the child that should be protected in various situations, which gives rise to new procedural rights of children. The European Union has passed several documents related to the legal status of children before judicial (and administrative) bodies. What they have in common is the opening of the possibility for new actions on the national level requiring a change of the judiciary in the direction of acknowledgement of the active procedural legitimacy of children, even when they are not parties in the proceedings. Besides, it is evident from different actions and strategies carried out by the European Union in recent years that traditional procedural rules are changing, and that national systems will have to change their legislation to enable greater respect for the right of children to express their opinion.

Key words: *children's rights, procedural rights, child's right to express his/her views.*

EUROPSKI PRAVNI KONTEKST I ZNAČENJE ZA HRVATSKO MATERIJALNO OBITELJSKO PRAVO

Obiteljsko pravo je grana prava koja je bitno obilježena tradicijom i običajima te je kao takvo ono dugo bilo isključeno iz europskoga integracijskog procesa. U posljednjih je desetak godina, međutim, nastojanje za približavanjem, usklađivanjem, pa i ujedinjavanjem obiteljskopравnih sustava postalo sve snažnije. Kao posljedica, započeo je razvoj europskoga obiteljskog prava. Svrha je ovoga rada procijeniti usklađenost hrvatskoga s europskim obiteljskim pravom te odrediti značenje koje zakonodavne promjene na nadnacionalnoj europskoj razini imaju na hrvatsko obiteljsko pravo. Pritom će težište analize biti na materijalnopravnim aspektima međusobnog približavanja i ujedinjavanja sustava. Vezano uz aktivnosti Vijeća Europe, usporedit će se tri pravne situacije ovisno o prihvatanju odnosno neprihvatanju međunarodnih ugovora usvojenih u okviru ove regionalne organizacije, i to na primjeru Europske konvencije o pravnom statusu izvanbračne djece, Revidirane europske konvencije o posvojenju djece te Europske konvencije za ostvarivanje dječjih prava. Vezano pak uz aktivnosti Europske unije, istaknut će se posve drugačiji pristup, koji je sporadičan i parcijalan, te za sada u fokusu ima kolizijskopравne i procesnopravne norme. Kao najvažniji obvezujući dokument s materijalnopravnoga gledišta, razmotrit će se Povelja temeljnih prava Europske unije te njezina veza s Konvencijom o pravima djeteta Ujedinjenih naroda te Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe, kojoj će vjerojatno pristupiti i sama Unija. Također, ukazat će se na oprezan pristup Europskoga suda, koji svojim odlukama (još uvijek) ne zadire u bit obiteljskoga prava. Polazeći od premise da je europeizacija hrvatskoga obiteljskoga prava u užem smislu, jednako kao i procesi harmonizacije i unifikacije europskoga obiteljskog prava, započela prije desetak godina, ukazuje se na činjenicu da su načela i standardi ostvareni u nacionalnom pravu visoki i posve usporedivi s odgovarajućim zasadama europskoga prava.

Ključne riječi: *hrvatsko obiteljsko pravo, Vijeće Europe, Europska unija.*

1. EUROPEIZACIJA OBITELJSKOGA PRAVA

Europeizacija prava proces je koji je započeo nakon Drugoga svjetskog rata. U nepostojanju jedinstvene definicije, istaknut ćemo tek dvije razine ovoga fenomena. S jedne strane, riječ je o pravnome procesu. Države članice dvaju najznačajnijih regionalnih međunarodnih

* Doc.dr.sc. Irena Majstorović, docentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu i redovita članica Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

organizacija – Vijeća Europe i Europske unije započele su međusobno približavanje sustava, ponajprije u području javnoga, a kasnije sve više u području privatnoga prava. Pritom bismo mogli reći da su ciljevi dvaju organizacija bili posve različiti. Naime, Vijeće Europe je osnovano s ciljem zaštite ljudskih prava, te je proklamirani cilj harmonizacije prava ostvarenje više razine pravne sigurnosti. Za razliku od toga, Europska je unija u svojoj biti ekonomska integracija, kojoj je cilj uspostavom što savršenijeg zajedničkog unutarnjeg tržišta postići sve blagodati ekonomske i monetarne unije. S druge pak strane, europeizacija je ujedno i politički proces. Ne ulazeći u razloge takve odluke, čini se da je državama članicama Vijeća Europe i Europske unije, uglavnom stalo do političkog jedinstva, sasvim sigurno u uvjerenju da se time osnažuje položaj i moć svake pojedine države, a posljedično i integracije. U području privatnoga prava, harmonizacija i unifikacija započele su razmjerno kasno u odnosu na javno pravo, što se objašnjava specifičnom prirodom privatnopravnih grana prava. Od potonjih, obiteljsko se pravo poima kao najspecifičnije. Ono je oduvijek uvelike obilježeno tradicijskim, kulturnim, običajnim, pa i vjerskim posebnostima. Stoga je ono dugo odolijevalo svim integracijskim nastojanjima. Na razini Europe, postojali su dakako pokušaji uskoga regionalnog integriranja, kao što je bio slučaj s nordijskim državama.¹ No, oni su se temeljili na unaprijed sličnim i usklađenim sustavima, te se stoga smatralo logičnim da se ti pravni argumenti dalje usavršavaju, a pravni sustavi približavaju. Gotovo dvadeset godina nakon osnivanja Vijeća Europe, usvojen je prvi dokument relevantan za obiteljsko pravo. Riječ je bila o Europskoj konvenciji o posvojenju² iz 1967. godine, te se može tvrditi da od tada traje proces harmonizacije na razini Vijeća Europe. Pritom sve države članice zadržavaju diskrecijsku ovlast pristupiti ili ne pristupiti određenoj konvenciji, vodeći se u odlučivanju nacionalnim interesima, odnosno procjenom učinaka pristupanja određenom dokumentu na nacionalni pravni sustav. Smatramo da je ovakav odmjeran pristup nadnacionalnog zakonodavca učinkovit i smislen, jer premda harmonizacija možda i teče sporije nego što bi se očekivalo ili priželjkivalo, zajednička se načela već desetljećima sustavno usvajaju. Za razliku od Vijeća Europe, koje obiteljskopravnu materiju uređuje već 45 godina, Europska je unija interes za obiteljsko pravo u pravom smislu riječi istaknula prije desetak godina. Naime, od osnivanja Europske zajednice, europski je zakonodavac zauzeo vrlo oprezan pristup području privatnoga prava. Međutim, posljednjih se desetljeća pravno stanje bitno mijenja. Europska unija djeluje sporadično, ostvarujući unifikaciju u području međunarodnog privatnog obiteljskog prava, međutim smatramo da je sasvim izvjesno da će vremenom preuzeti vodeću ulogu u približavanju obiteljskopравnih sustava država članica. U sljedećim ćemo poglavljima nastojati prikazati harmonizacijske i unifikacijske napore u okviru ovih dvaju organizacija, uvijek ih dovodeći u vezu s hrvatskim obiteljskim pravom.

2. SUSTAVNO DJELOVANJE VIJEĆA EUROPE KAO POTICAJ HARMONIZACIJI OBITELJSKOPRAVNIH SUSTAVA

Međunarodni ugovori najvažniji su instrument harmonizacije pravnih sustava koju Vijeće Europe potiče od svoga osnivanja. Najvećom vrijednošću pristupa ove organizacije držimo stupnjevitetost i zadržavanje diskrecijske ocjene država u odluci treba li određenoj konvenciji pristupiti ili ne.³ Pritom valja prepoznati barem dvije opasnosti. Prvo, opasnost pogrešne

¹ Cf. *amplius*: Agell (2001).

² *European Convention on the Adoption of Children*, CETS br. 58. Dostupno na <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/058.htm> [1.10.2012.].

³ Dakako, uz iznimku Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, pristupanje kojoj je uvjet članstva u Vijeću Europe. Republika Hrvatska članica je Konvencije od 1997. godine. V. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokol br. 1, Protokol br. 4., Protokol br. 6. i Protokol br. 7, NN MU

procjene treba li konvenciji pristupiti. I drugo, opasnost pogrešnoga tumačenja te upiranja na rješenja koja nisu obvezujuća, s ciljem postizanja, u pravilu aktualnih političkih ciljeva. I konačno, ne treba zaboraviti da se harmonizacijske aktivnosti na razini organizacije potiču i samim usvajanjem ugovora, čak i za države članice koje ugovoru (u tom trenutku ili uopće) ne pristupe. Kao potvrdu navedenoga, iznijet ćemo primjere triju različitih pravnih situacija, u kojima se ukazuje na nužnost opreza u odlučivanju s jedne strane, te na nužnost dobrog poznavanja i stalnog praćenja europskih dokumenata s druge strane.⁴ Riječ je o Europskoj konvenciji o pravnom položaju izvanbračne djece, Revidiranoj Europskoj konvenciji o posvojenju te o Europskoj konvenciji o ostvarivanju dječjih prava od kojih svaka ukazuje na specifičnosti koje se mora uzeti u obzir pri odlučivanju o pristupanju konvencijama Vijeća Europe te još i više pri odlučivanju o promjenama nacionalnog zakonodavstva i prakse.

Europska konvencija o pravnom položaju izvanbračne djece⁵ iz 1975. godine potvrđuje da je nužno temeljito razmotriti sve elemente nekoga dokumenta te ih usporediti s nacionalnim sustavom, jer bi birokratski, pa i tehnokratski automatizam, doveo do nazadovanja nacionalnog pravnog sustava. Valja istaknuti da je Konvencija usvojena 1975. godine, a stupila je na snagu 1976. godine. Jedan je od ključnih pokazatelja relevantnosti međunarodnih ugovora brzina njihova stupanja na snagu, kao i podaci o tome koje su joj države pristupile. Naime, činjenica jest da što više konvencija korespondira sličnim nacionalnim shvaćanjima određenoga pravnoga pitanja, to je kraći put do njezina stupanja na snagu, odnosno zaživljavanja u nacionalnim pravnim sustavima. Na taj se način može procjenjivati i stupanj usuglašenosti europskih nacionalnih zakonodavstava, tim više što se o pitanjima koja odražavaju zajedničku povijesnu i tradicijsku pripadnost suglasnosti brzo postiže. Ovoga je puta cilj Vijeća Europe bio osigurati što viši stupanj izjednačenosti djece u pravima i dužnostima. U trenutku usvajanja, među državama članicama su postojale brojne razlike u uređenju pravnog statusa bračne i izvanbračne djece, koja su se do tada, čak i u službenim dokumentima, nazivala nezakonitom djecom, stoga je namjera institucija Vijeća Europe bila određivanje zajedničkih načela. Međutim, valja podsjetiti da je već u vrijeme usvajanja Konvencije, a u državama socijalističkog pravnog kruga i ponešto ranije, velik broj europskih država nastojao poboljšati pravni položaj izvanbračne djece, putem smanjivanja razlika između bračne i izvanbračne djece, što je u hrvatskome pravu tada i ostvareno. Danas Europska konvencija o pravnom položaju izvanbračne djece ima 23 ratifikacije, od toga 14 država članica Europske unije.⁶ Republika Hrvatska nije potpisnica ove Konvencije. Znači li to da hrvatsko obiteljsko pravo u tome dijelu nije usklađeno s europskim standardima? Odgovor je upravo suprotan, naime hrvatski su standardi viši od onih koje predviđa Konvencija, i tome je tako već preko tri desetljeća. Usporedba rješenja Konvencije s hrvatskim obiteljskim pravom, ponajprije s Obiteljskim zakonom, danas pokazuje, što je slučaj s većinom dokumenata Vijeća Europe, vrlo visok stupanj usklađenosti. Bitna razlika između konvencijskih rješenja i odredbi Obiteljskoga zakona očituje se u tome da Konvencija predviđa institut pozakonjenja (*legitimatío per subsequens matrimonium*). Sukladno čl. 10. Konvencije, ako majka i otac izvanbračnog djeteta međusobno sklope brak, tada će dijete

br. 18/1997, 6/1999 – proć. tekst, 8/1999 – ispr., Protokol br. 13, NN MU 14/2002, 13/2003, Protokol br. 12, NN MU 14/2002, 9/2005, Protokol br. 14. uz ovu Konvenciju, NN MU 1/2006, 2/2010.

⁴ N. Gavella s pravom upozorava da stvaranje i razvoj europskog privatnog prava zahtijeva najveću pozornost, te da je rijeć o vrlo dinamićnom razvoju, koji je potrebno stalno, brižljivo pratiti i pažljivo izućavati. Gavella (2001, 17).

⁵ *European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock*, ETS br. 85. Dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/085.htm> [1.10.2012.].

⁶ Stanje na dan 15. studenoga 2012., prema podacima Ureda za ugovore Vijeća Europe (<http://conventions.coe.int/>, [15.11.2012.]).

imati bračni status. To je, čini se, jedino pitanje u kojem hrvatski sustav nije usklađen s Konvencijom.⁷

U hrvatskom je sustavu ovaj institut dugo postojao,⁸ ali je napušten upravo radi isticanja jednakih prava i dužnosti bračne i izvanbračne djece. Naime, Ustavne odredbe iz 1946. uvele su načelo istih prava i dužnosti djece rođene izvan braka, ali samo prema roditeljima, no ne i ostalim srođnicima. Ustavne promjene 1974. godine, dakle godinu dana prije usvajanja Konvencije Vijeća Europe, dovele su do (praktički) potpunog izjednačavanja prava i dužnosti djece rođene izvan braka, čime je još jednom usvojeno vrlo napredno pravno rješenje. Od 1990. godine na snazi je opće ustavno načelo iz čl. 14., sukladno kojem su svi pred zakonom jednaki te da svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o, *inter alia*, rođenju.⁹ Stoga je danas jedina pravna razlika u položaju bračne i izvanbračne djece način utvrđivanja očinstva, na način da se bračno očinstvo presumira,¹⁰ a izvanbračno se očinstvo mora utvrđivati priznanjem ili u sudskom postupku. Godine 2009. (tadašnje) Ministarstvo obitelji, branitelja i međugeneracijske solidarnosti razmatralo je mogućnost ratificiranja ove Konvencije, no, uslijed ukazivanja struke na okolnost da je u hrvatskom pravnom sustavu pravni položaj bračne i izvanbračne djece izjednačen već 35 godina, od te se inicijative odustalo. Držimo to dobrim primjerom suradnje pravne teorije i zakonodavca, koja je spriječila jedan korak nazad u razvoju obiteljskog prava.

(Revidirana) Europska konvencija o posvojenju¹¹ iz 2008. godine primjer je posve drugačije situacije. Naime, riječ je o tekstu kojim se pokušalo osuvremeniti Europsku konvenciju o posvojenju iz 1967. godine, koja je, kako je već spomenuto, bila prvi dokument Vijeća Europe u području obiteljskoga prava. Republika Hrvatska nije potpisnica nijednog od dvaju dokumenata. Revidirani je tekst Konvencije usvojen 2008., a stupio je na snagu 2011. godine. Danas ima sedam ratifikacija, od toga pet država članica Europske unije.¹² Analiza sadržaja Revidirane konvencije te usporedba s Obiteljskim zakonom ukazuje da je stupanj usklađenosti vrlo velik. Valja spomenuti da je izvorni tekst iz 1967. bio podijeljen u dva dijela – temeljne norme (*essential provisions*), koje je morala prihvatiti svaka država potpisnica te „dopunske norme“ (*supplementary provisions*) odnosno one u odnosu na koji države članice zadržavaju diskrecijsku ovlast. Revidirani tekst Konvencije nomotehnički slijedi drugu logiku te navodi u određenim člancima pravilo u stavku 1, a iznimku odnosno mogućnost koja se ostavlja državama članicama u stavku 2. Valja istaknuti da potonja rješenja ne obvezuju države članice, pa čak ni snagom autoriteta Vijeća Europe. Naime, činjenica jest da su države članice mogle postići suglasnost o određenoj temi, njihov bi dogovor bio ugrađen u normu. S ciljem ukazivanja na nepostojanje stvarnih prijedora za prihvaćanje ove Konvencije, koje svakako zagovaramo, spomenut ćemo samo dva pitanja: status posvojitelja te njihova dob. Potonji je element ujedno dokaz o često neutemeljenom pozivanju na europske standarde, kad oni kao takvi nisu ni uspostavljeni. Prvo, vezano uz bračni/izvanbračni/istospolni status posvojitelja, sukladno čl. 7. Konvencije, dopustit će se da dijete posvoje dvije osobe različita spola, koje su u braku ili (u sustavima u kojima ta institucija postoji) koje su registrirale svoje partnerstvo, odnosno jednoj osobi (samcu). Redoslijed navođenja osoba koje se mogu pojaviti

⁷ Isto: Majstorović (2009, 76).

⁸ O tome *amplius*: Prokop (1966, 154-180).

⁹ Ustav Republike Hrvatske, NN 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 85/2010 – proć. tekst.

¹⁰ Čl. 54. Obiteljskog zakona (NN 116/2003, 17/2004, 136/2007, 107/2007, 61/2011) odraz je rimskoga načela *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, koje je zajedničko svim europskim državama.

¹¹ *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, CETS br. 202., dostupno na <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm> [1.10.2012.] Bivša SFRJ započela je postupak ratifikacije, no Republika Hrvatska joj nikad nije pristupila. V. Bakarić, Ujević Buljeta (1989, 58).

¹² Stanje na dan 15. studenoga 2012., prema podacima Ureda za ugovore Vijeća Europe (<http://conventions.coe.int/>, [15.11.2012.]).

kao potencijalni posvojitelji, nije slučajan, jednako kao što nije slučajan u Obiteljskom zakonu.¹³

Prednost se dakle daje heteroseksualnom bračnom paru, tek podredno izvanbračnim drugovima te samcima. Neki autori, poput D. *Jakovac-Lozić* nalaze zamjerke mogućnosti da posvoje heteroseksualni izvanbračni drugovi, ističući da je nerealan očekivati njihovu posvećenost djetetu, kad odbijaju međusobnu posvećenost kroz instituciju braka.¹⁴ Neovisno o tome, čini se da će sve veći (presumirani) broj izvanbračnih zajednica u Republici Hrvatskoj uvjetovati nužnost pravnog odgovora zakonodavca na društvene promjene.¹⁵ Dakako, imajući na umu najbolji interes djeteta kao temeljni kriterij svih postupanja, uvijek kao potencijalne posvojitelje valja razmatrati isključivo one čija zajednica ispunjava zahtjeve za valjanost braka.¹⁶ Međutim, puno je priepornije pitanje dopuštanja posvojenja istospolno orijentiranim osobama - u braku, registriranoj zajednici ili stabilnoj zajednici. Naime, u stavku 2. čl. 7, Konvencija određuje da su „države slobodne proširiti doseg Konvencije na istospolne partnere, koji su u braku ili registriranoj zajednici. One su također slobodne proširiti doseg Konvencije na heteroseksualne i homoseksualne parove koji žive u stabilnim zajednicama“. Drugim riječima, nema konsenzusa među državama članicama o tome treba li ovu mogućnost dopustiti. U upitnicima koje su države članice dostavile o brojnim pitanjima koja su vezana uz ovu Konvenciju, u dvije trećine upitnika ta je mogućnost otklonjena. To dakako ne čudi, jer je obiteljsko pravo *inter alia* odraz društvenih shvaćanja o prihvaćenosti, prihvatljivosti, pa i smislenosti određenih pojava.¹⁷ Stoga valja ponoviti da ovo rješenje ne obvezuje države članice. Je li ova odredba onda zapreka za ratifikaciju? Nipošto, jer ne sadrži ništa što bi bilo protivno načelima hrvatskoga obiteljskog prava. Drugo iznimno važno pitanje odnosi se na dob potencijalnih posvojitelja. Revidirana Konvencija u čl. 9., jednako kao i izvorni tekst u čl. 7., određuje samo donju dobnu granicu – „Dijete može biti posvojeno samo ako je posvojitelj dosegao najnižu dob propisanu zakonom za ove svrhe, s time da ta dob ne smije biti niža od 18 niti viša od 30 godina“. Nadalje, mora postojati primjerena dobna razlika (*appropriate age difference*) između posvojitelja i posvojenika, koja, po mogućnosti, mora iznositi barem 16 godina. Od ovih se ograničenja može odstupiti u slučaju posvojenja od strane bračnog druga ili registriranog partnera djetetova roditelja, te u slučaju posebnih okolnosti. Je li ova norma dostatan razlog za odustajanje od gornje dobne granice u nacionalnim zakonodavstvima? Odgovor je nužno niječan, premda bi suprotno proizlazilo iz obrazloženja reforme obiteljskog zakonodavstva 2007. godine. Naime, u tadašnjem Konačnom prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona¹⁸ navodi se „Europska konvencija o posvojenju djece (1967.) Vijeća Europe (kao ni Nacrt izmjena iste Konvencije iz 2006. godine) uopće ne propisuju gornju dobnu granicu već institut posvojenja vežu uz najbolji interes djeteta. Iz osobito opravdanih razloga dana je mogućnost da posvojitelj bude i osoba mlađa od dvadeset i jedne

¹³ Čl. 133. Obiteljskog zakona određuje da (1) Dijete mogu posvojiti bračni drugovi zajednički, jedan bračni drug ako je drugi bračni drug roditelj ili posvojitelj djeteta te jedan bračni drug uz pristanak drugoga bračnog druga. (2) Dijete može posvojiti osoba koja nije u braku ako je to od osobite koristi za dijete.

¹⁴ *Jakovac-Lozić* (2007, 107-108). Zanimljivo je primjetiti da je autorica uvjerljivo isticala da države slijede istu logiku i u postupku medicinski pomognute oplodnje, te upozoriti da to danas više nije slučaj, v. 10. Zakona o medicinski pomognutoj oplodnji, NN 86/2012.

¹⁵ Budući da su statistički podaci često nedostadni, a vezano uz broj izvanbračnih zajednica i nepostojeći, o broju izvanbračnih zajednica zaključuje se posredno, praćenjem broja izvanbračno rođene djece. On je 1990. iznosi 69,9 živorođenih izvan braka na 1000 živorođenih, te je od tada u stalnome porastu. Godine 2000. iznosio je 89,8, a godine 2010. 132,7 živorođenih izvan braka na 1000 živorođenih. V. Statistički ljetopis Republike Hrvatske (2011, 108).

¹⁶ Isto: *Jakovac-Lozić* (2007, 107-108).

¹⁷ O tome više *Hrabar* (2008, 1116-1118, 1135-1136).

¹⁸ Konačan je nacrt pripremila (tadašnje) Ministarstvo obitelji, branitelja i međugeneracijske solidarnosti u rujnu 2007. Dokument pod oznakom PZ 709, dostupan je na stranicama Hrvatskog sabora <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=15238> [15.11.2012.].

godine. Ovom odredbom želi se osigurati kvalitetnije zbrinjavanje djece bez roditeljske skrbi.“

Nedvojbeno je da konvencije Vijeća Europe ne određuju gornju dobnu granicu, međutim valja podsjetiti na dva načela, koja potvrđuju nužnost određivanja i gornje dobne granice. Prvo je načelo koje potječe još iz rimskoga prava – *adoptio naturam immitatur*. Smisao je posvojenja stoga pravno omogućiti stvaranje odnosa koji je što sličniji odnosu roditelja i biološke djece, po svim elementima, pa tako i po dobi. Dakako, kod biološkog je roditeljstva moguće imati potomstvo i u kasnijoj životnoj dobi. Međutim, premda posve svjesni da nema jamstava o duljini života ijedne osobe, pitamo se zašto bismo trebali dopustiti da posvoji osoba koja je u dobi koja je primjerenija za baku ili djeda? Drugo je načelo sadržano upravo u Revidiranoj konvenciji, a koje je u Konačnom prijedlogu ZIDObZ ispušteno. Naime, prema čl. 18. Revidirane konvencije, države članice zadržavaju mogućnost stvaranja normi povoljnijih za posvojeno dijete. Smatramo da je i na tome temelju loše rješenje za koje se odlučio hrvatski zakonodavac, te da je ono donijelo očekivano loše posljedice. Dakako, bilo bi pretenciozno tvrditi da je to jedini uzrok, no činjenica jest da je umjesto povećanja broja zasnovanih posvojenja došlo do smanjenja toga broja, a sigurno je da očekivanja sada bitno šireg kruga potencijalnih posvojitelja da će posvojiti malu djecu tome pridonose.¹⁹ Stoga držimo da je potrebno vrlo oprezno promišljati o koncepcijama koje se uobičajeno smatraju europskima, u pravilu uslijed nepotpunih ili pogrešnih tumačenja. Primjer ukidanja gornje dobne granice za potencijalne posvojitelje odličan je primjer nepotrebnog odstupanja od dobrog nacionalnog rješenja „u ime“ usklađivanja s Europom, točnije Vijeća Europe, koje to od nas, kao ni od jedne države članice u tome pogledu uopće ne traži.²⁰ Navedena dva primjera, smatramo, dobro oslikavaju lutanja nacionalnih zakonodavstava u naporima da se usklade sa stvarnim ili (ponekad pogrešno) pretpostavljenim europskim zahtjevima. Za razliku od toga, **Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava**²¹ iz 1996. godine ogledan je primjer kako promišljanja na razini Vijeća Europe o određenim pitanjima, te prateće zakonodavstvo i kasnije sudska praksa utječu na nacionalne sustave, te često potiču harmonizaciju čak i prije no što država članica pristupi određenoj konvenciji. Konvencija je usvojena 1996., a stupila je na snagu 2000. godine. Danas ima 17 ratifikacija, od toga 10 članica Europske unije.²² Republika Hrvatska članica je od 2010. godine.²³ Na zakonodavnoj razini, postoji vrlo visoka usklađenost nacionalnog sustava sa zahtjevima Konvencije. Štoviše, rješenja ove Konvencije anticipirana su odmah po njezinom donošenju te su ugrađena u obiteljskopравни sustav još 2003. godine.²⁴ Bit je Konvencije zajamčiti djeci postupovna prava, koja se mogu podijeliti u

¹⁹ Prema podacima godišnjih statističkih izvješća o primijenjenim pravima socijalne skrbi, pravnoj zaštiti djece, mladeži, braka, obitelji i osoba lišenih poslovne sposobnosti, te zaštititi tjelesno ili mentalno oštećenih osoba u Republici Hrvatskoj od usvajanja Obiteljskog zakona 2003., godišnje je zasnovano posvojenja kako slijedi: 2003. godine 154, 2004. godine 143, 2005. godine 153, 2006. godine 134, 2007. godine 120, 2008. godine 121, 2009. godine 116, 2010. godine 133, te 2011. godine samo 93 posvojenja. Godišnja statistička izvješća dostupna su na stranicama Ministarstva socijalne politike i mladih http://www.mspm.hr/djelokrug_aktivnosti/socijalna_skrb/statisticka_izvjescia [15.11.2012.].

²⁰ Cf. Majstorović (2009, 74).

²¹ *European Convention on the Exercise of Children's Rights*, ETS br. 160., dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm> [1.10.2012.].

²² Stanje na dan 15. studenoga 2012., prema podacima Ureda za ugovore Vijeća Europe (<http://conventions.coe.int/>, [15.11.2012.]).

²³ NN MU 1/2010, 3/2010.

²⁴ U širem je smislu usklađivanje sa zahtjevima ove, te Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda predstavljala i promjena nadležnosti za odlučivanje o mjerama za zaštitu osobnih interesa djeteta. Od stupanja na snagu Obiteljskog zakona iz 2003. (tek s 1. siječnjem 2006. godine v. Zakon o izmjeni Obiteljskog zakona, NN 136/2004, a odgoda primjene određena je upravo zbog prilagodbe), odluke o svim represivnim mjerama izriče sud, a ne, kao do tada, centar za socijalnu skrb.

tri skupine.²⁵ Prvo, prema čl. 3. Konvencije, dijete ima pravo biti obaviješteno i pravo izraziti svoje mišljenje u postupku.²⁶ Ovome zahtjevu korespondiraju odgovarajuće materijalnopravne i procesnopravne norme Obiteljskog zakona. Tako, prema čl. 89. st. 5., „u postupcima u kojima se odlučuje o nekom djetetovom pravu ili interesu, dijete ima pravo na prikladan način saznati važne okolnosti slučaja, dobiti savjet i izraziti svoje mišljenje te biti obaviješteno o mogućim posljedicama uvažavanja njegova mišljenja. Mišljenje se uzima u obzir u skladu s njegovom dobi i zrelosti.“ Također, sukladno čl. 269. st. 2., sud je statusnim stvarima obavezan djetetu omogućiti izražavanje vlastitog mišljenja. U drugu skupinu postupovnih prava ubrajaju se ona vezana uz pravo traženja imenovanja posebnog zastupnika. Prema čl. 4. i u vezi s čl. 9. Konvencije, dijete ima pravo zatražiti posebnog zastupnika u postupcima koji se odnose na njega u svim slučajevima kad unutarnje, nacionalno pravo sprječava nositelje roditeljskih odgovornosti (tj. roditelje ili druge osobe koje su ovlaštene ostvarivati sadržaje skrbi nad djetetom) u zastupanju djeteta uslijed sukoba interesa među njima. Dakako, sukladno općem načelu, države članice ovlaštene su ograničiti primjenu navedene norme samo na djecu koja shvaćaju značenje postupaka koji se vode. Treću skupinu čine dodatna postupovna jamstva, uključujući pravo zatražiti pomoć primjerene osobe sukladno vlastitom izboru, kao pomoć u izražavanju vlastitog mišljenja; pravo zatražiti, samostalno ili putem drugih osoba ili tijela, imenovanje posebnog zastupnika; pravo imenovanja vlastitog zastupnika, te pravo ostvarivanja nekih ili svih prava stranaka u postupku. Navedene zahtjeve hrvatsko obiteljsko zakonodavstvo ispunjava. Naime, Obiteljskim je zakonom 2003. godine uveden institut posebnog skrbnika, kao jedan od načina zaštite djetetovih prava i interesa.²⁷ Republika Hrvatska potpisala je Konvenciju 1999. godine te je bilo realno očekivati i brzu ratifikaciju, osobito imajući na umu usklađenost sustava. Pitanje je stoga zašto je ratifikacija uslijedila tek jedanaest godina kasnije. Odgovoriti na ovo pitanje nije lako. No, svaki odgovor nužno ukazuje na nepobitnu činjenicu: nužno je pravilno i pravodobno reagirati na pravne promjene na europskoj (naravno i univerzalnoj) razini. U ovom je slučaju, spora ratifikacija vjerojatno spoj brojnih okolnosti, kao što su, samo primjerice, formaliziranost diplomatskog puta, trajanje samih postupaka ratifikacije ili možda i nedovoljne ovlasti specijaliziranih stručnjaka u državnoj upravi koji će zagovarati pristupanje određenoj konvenciji. Možda bismo mogli govoriti i o nepostojanju jasne, i što je još važnije, cjelovite političke vizije o razvoju nacionalnog pravnog sustava. *M. Alinčić* isticala je kao mogući razlog odgode primjene i činjenicu da bi primjena Konvencije utjecala na trajanje i troškove pojedinih postupaka zbog novina u zastupanju.²⁸ Ipak, navedeno se pitanje imenovanja posebnog zastupnika kao i troškovi koje bi to imenovanje uvjetovalo,

²⁵ Cf. *amplius*: *Hrabar* (2002).

²⁶ U predmetima koji se vode pred sudskim tijelima i odnose se na dijete, zajamčit će se pravo, te će dijete imati pravo zatražiti: primanje svih relevantnih informacija, biti konzultirano i izraziti svoje mišljenje, biti obaviješteno o mogućim posljedicama uvažavanja tog mišljenja te mogućim posljedicama bilo koje odluke.

²⁷ Sukladno čl. 89., st. 1-3: (1) Dijete ima pravo tražiti zaštitu svojih prava pred nadležnim tijelima koja su o tome dužna obavijestiti centar za socijalnu skrb. (2) Dijete ima pravo na posebnog skrbnika u slučajevima određenim ovim Zakonom. (3) Posebnog skrbnika imenuje centar za socijalnu skrb za slučajeve kad o povredi djetetovog prava odlučuje drugo tijelo, a sud kad je donošenje odluke o djetetovom pravu u nadležnosti centra za socijalnu skrb. Nadalje, sukladno čl. 167. Obiteljskog zakona, radi zaštite pojedinih osobnih i imovinskih prava i interesa centar za socijalnu skrb imenovat će djetetu posebnog skrbnika: u postupku osporavanja majčinstva i očinstva; u postupcima izricanja represivnih mjera za zaštitu osobnih interesa i dobrobiti djeteta, kad postoji sukob interesa između njega i njegovih roditelja u imovinskim postupcima ili sporovima, odnosno pri sklapanju pojedinih pravnih poslova; u slučaju spora ili sklapanja pravnog posla između njih kad ista osoba nad njima ostvaruje roditeljsku skrb; djetetu stranom državljaninu koje se bez pratnje zakonskog zastupnika zatekne na teritoriju Republike Hrvatske te u drugim slučajevima kad su interesi djeteta i roditelja u suprotnosti. Ova je odredba dakako samo egzemplifikativne naravi, a pojam suprotnosti s interesima roditelja valja tumačiti široko, kako bi se u svakom pojedinom slučaju taj interes zaštitio. *V. Hrabar, Korac Graovac* (2007, 433).

²⁸ *Alinčić* (1998, 69). Isto i: *Lowe* (2007, 15).

postavlja upravo danas. Naime, nema formalnih saznanja iz sudske prakse da se ova Konvencija primjenjuje, a sukladno Izjavi koju je Republika Hrvatska dala vezano uz čl. 1. st. 4. Konvencije, ona se (od 1. kolovoza 2010. - *sic!*) primjenjuje na:

- postupak odlučivanja o roditeljskoj skrbi tijekom razvoda braka roditelja,
- postupak ostvarivanja roditeljske skrbi,
- mjere za zaštitu osobnih prava i interesa djeteta,
- postupak posvojenja i
- postupak skrbništva za maloljetne osobe.

Bilo bi stoga dobro što prije uspostaviti popis sličan popisu sudskih vještaka za druga područja, u koji bi se uvrstili stručnjaci koji iskazu posebnu želju za tim, koja, *inter alia*, uključuje senzibiliziranost za ovu temu, kao i namjeru za daljnjom specijalizacijom.²⁹ Dakako, potrebno je osmisliti i pravedan sustav određivanja naknade ovim stručnjacima, što zahtijeva političku potporu, koja nažalost često izostaje. Nužno je stoga na političkoj razini osvijestiti činjenicu da je ratifikacija određenog međunarodnog instrumenta tek prvi korak, a da pravi naponi tek trebaju biti poduzeti. No, čak i uz sve poteškoće, u sferi djelovanja Vijeća Europe, države članice zadržavaju diskrecijske ovlasti i prenose dio suvereniteta na nadnacionalnu razinu, kad procijene da to treba učiniti. Za razliku od toga, Europska unija zauzima posve drugačiji pristup, što je tema sljedećega poglavlja.

3. SPORADIČNO DJELOVANJE EUROPSKE UNIJE KAO POTICAJ UNIFIKACIJI OBITELJSKOPRAVNIH SUSTAVA

Razvoj interesa Europske unije za pitanja obiteljskoga prava započinje tek krajem devedesetih godina prošloga stoljeća, kad se pravosudna suradnja u građanskim stvarima, koja je tada sve više obuhvaćala pitanja obiteljskoga prava premještena iz tzv. trećeg stupa Zajednice, koji se odnosio na međuvladinu suradnju u tzv. prvi stup, odnosno zajedničke politike. Kao posljedica, započelo je uređenje određenih pitanja različitim vrstama europskoga sekundarnog zakonodavstva, a ne putem međunarodnih ugovora, kao do tada, pri čemu se kao prvo „rubno područje“ nastojalo regulirati pitanje slobodnog kretanja članova obitelji, tj. urediti pitanja ponovnog ujedinjavanja razdvojenih obitelji. Neovisno o parcijalnom uređenju rubnih područja, u Konsolidiranom tekstu Osnivačkih ugovora iz 2006.,³⁰ jedini je spomen obiteljskoga prava bio ekskludirajući. Naime, uređujući politike Zajednice, u smislu pitanja viza, azila, imigracije i drugih politika koje se odnose na slobodno kretanje osoba, čl. 67. st. 5. propisivao je da se određuje poduzimanje mjera Vijeća u području sudske suradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranične učinke, ali uz iznimku pitanja koja se odnose na obiteljsko pravo. Međutim, u Konsolidiranom tekstu Ugovora o funkcioniranju Europske unije iz 2010. godine,³¹ preuzeta je odredba odbačenoga Europskog ustava,³² kojom se određuje da se u smislu sudske suradnje, obiteljsko pravo više ne isključuje iz područja djelovanja. Sukladno čl. 81. st. 3., mjere koje se odnose na obiteljsko pravo i koje imaju prekogranične učinke donosit će Vijeće, djelujući sukladno posebnom zakonodavnom postupku. Premda načelno posve korektna, ova je norma u svojoj biti iznimno prijeporna, kao što je i doktrina na kojem se temelji. Sukladno doktrini implicitnih ovlasti (*implied powers*

²⁹ Ovo gledište sustavno iznosi D. Hrabar (e. g. Hrabar 2012), tako i u ovoj publikaciji.

³⁰ *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community*, OJ C 321, 29.12.2006.

³¹ *Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.

³² *Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*, The European convention, The Secretariat, CONV 850/03.

doctrine),³³ Unija ima ne samo izričite ovlasti koje su joj prenesene i kao takve navedene u Ugovorima (*conferred powers*), već i one ovlasti koje su sadržane odnosno implicirane u tim izričitim odredbama (*implied powers*). Sukladno tome, ako se dokaže da je nužna za djelovanje odnosno usavršavanje unutarnjega tržišta može se opravdati svaka regulacija, čak i privatnoga prava. U suvremeno doba ne možemo negirati iznimnu mobilnost građana ili pak sve veći broj brakova s međunarodnim elementom, međutim držimo neuvjerljivim bilo kakvo opravdanje zadiranja (osobito u materijalno) obiteljsko pravo potrebama razvoja unutarnjeg tržišta. Vijeće će sukladno čl. 81. st. 3. toč. 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, o mjerama koje se odnose na obiteljsko pravo, a imaju prekogranične učinke odlučivati sukladno posebnom zakonodavnom postupku, odnosno jednoglasno nakon savjetovanja s Europskim parlamentom. Sukladno toč. 2., Vijeće na prijedlog Komisije, može donijeti odluku koja se odnosi na one aspekte obiteljskog prava s prekograničnim učincima koji mogu biti predmetom propisa usvojenih u redovitom zakonodavnom postupku (do Lisabonskoga ugovora, u postupku suodlučivanja). Vijeće će odlučivati jednoglasno nakon savjetovanja s Europskim parlamentom. O prijedlozima na koje se odnosi druga točka čl. 81. st. 3., obavijestit će se nacionalni parlamenti. Ako nacionalni parlament obznani svoje protivljenje u roku od šest mjeseci od takve obavijesti, odluka se neće usvojiti. U izostanku protivljenja, Vijeće može usvojiti odluku. S time u vezi, podsjećamo na dva temeljna načela funkcioniranja Europske unije – načelo supsidijarnosti i načelo proporcionalnosti, koja izvan svake sumnje zapravo priječe bilo kakvo djelovanje Europske unije u području nacionalnoga materijalnog obiteljskog prava. Neki su autori skloni obrazložiti djelovanje Unije naizgled jednostavnim, vrlo širokim tumačenjem ovih načela, no držimo da takav razvoj nije poželjan.³⁴ Načelno bismo rekli da je reguliranje kolizijskopравnih i procesnopравnih aspekata vrlo pozitivno nastojanje, jer, *inter alia*, omogućuje višu razinu pravne sigurnosti za europske građane. Međutim, s obzirom na sporadično djelovanje Europske unije, teško bismo mogli tvrditi da je trend usvajanja stalno novih propisa konstruktivan i koristan za Europu. Kao ključni problem s time u vezi, istaknuli bismo normativni labirint koji je bez sumnje već nastao.³⁵ Naime, isto se pravno pitanje nerijetko regulira nacionalnim dokumentima, dokumentima Vijeća Europe, dokumentima Europske unije te dokumentima Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Pritom se u dokumentima Unije ističe primat europskoga prava u užem smislu, što držimo neosnovanim. U sferi materijalnoga obiteljskog prava aktivnosti Unije nisu ni približno tako intenzivne, što pozdravljamo, te se možemo samo nadati da će tako i ostati. Sustavno praćenje zakonodavnoga, pripremnoga, pa i lobističkoga procesa u Uniji nažalost ukazuje na vrlo realnu mogućnost skoroga zadiranja i u samu srž obiteljskoga prava. Za sada je međutim pristup Unije oprezan, zbog očite svijesti Europske komisije o osjetljivosti ovoga područja. Stoga se kao prvo područje reguliranja i materijalnoga prava izabralo područje ljudskih prava u širem smislu, u pravilu uz oslon na već postojeće univerzalne (globalne) dokumente. Nesporno je da Europski sud razvija doktrinu zaštite temeljnih prava u komunitarnome pravu već desetljećima. Tako je u predmetu *Stauder* još 1969. godine ustvrdio da temeljna ljudska prava čine sastavni dio općih pravniha načela koja štiti Europski sud općih načela prava.³⁶ U novije vrijeme, deklarirana je namjera Europske unije da postane članicom Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Pravni su preduvjeti za to ispunjeni, i to dvojako. Prvo, sukladno čl. 6. st. 2. Lisabonskog ugovora, „Unija će pristupiti Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. To

³³ Cf. *amplius*: Holterman (2005).

³⁴ V. *amplius*: Majstorović (2009, 246-248).

³⁵ Isto i: Bouček (2009, 1 et sq).

³⁶ V. para. 7 predmeta *Erich Stauder v. City of Ulm Sozialamt*. [1969] ECR 419 (29/69). Isto je u jurisprudenciji kasnije često ponavljano. E.g. v. para. 4. predmeta *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. [1970] ECR 1125 (11/70).

pristupanje neće utjecati na nadležnosti Unije definirane (Osnivačkim, dop. IM) ugovorima.“ Zanimljiv je i st. 3. istoga članka, koji određuje da će temeljna prava, kako ih jamči Europska konvencija, predstavljati i opća načela prava Unije, što je na tragu *supra* navedene presude. Također, čl. 59. Europske konvencije nakon izmjena Protokola 14. uz tu Konvenciju iz 2010. godine predviđa u st. 2. „Europska unija može pristupiti ovoj Konvenciji“. Kruna napora Europske unije u dokazivanju predanosti zaštiti ljudskih prava jest Povelja temeljnih prava Europske unije.³⁷ Povelja je usvojena kao neobvezujući dokument uz Ugovor iz Nice 2000. godine, no danas je ona, kao potvrda političkog jedinstva, po pravnoj snazi izjednačena s Osnivačkim ugovorima i čini dio primarnoga prava Unije. Ovaj dokument je u smislu potvrde promjene pravne paradigme u Uniji korak naprijed, jer se građani sada poimaju i kao nositelji prava, a ne samo kao potrošači, što je do nedavno bio slučaj. Međutim, pitanja koja se postavljaju o Povelji nisu zanemariva, a dva bismo izdvojili kao ključna. Prvo, koji je smisao usvajanja dokumenta koji je (gotovo) istovjetan postojećim univerzalnim i europskim dokumentima? I drugo, jesu li europske države jednoglasne u priznavanju značenja Povelje? U potvrdu teze o bespotrebnosti usvajanja novoga dokumenta, jer se politički konsenzus mogao izraziti i na drugi način, istaknut ćemo samo dva primjera. Prvi je čl. 9. koji se odnosi na pravo na sklapanje braka i osnivanje obitelji, a drugi čl. 24. koji uređuje pitanja zaštite prava djece. Čl. 9. Povelje glasi „Pravo na sklapanje braka i osnivanje obitelji priznaju se sukladno nacionalnim zakonodavstvima, koja uređuju ostvarivanje ovih prava“. Valja podsjetiti da Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine u čl. 8. određuje „Muškarci i žene u dobi za sklapanje braka imaju pravo stupiti u brak i zasnovati obitelj, u skladu s nacionalnim zakonodavstvima koja uređuju ostvarivanje toga prava.“ Izričaj je gotovo jednak, uz jednu bitnu razliku. Naime, europski je zakonodavac ovom normom odustao od eksplicitnoga načela heteroseksualnosti braka.³⁸ Znači li to da hrvatsko pravo, koje određuje da je „Brak zakonom uređena životna zajednica žene i muškarca“³⁹ neusklađeno s Poveljom? Odgovor je opet niječan. Naime, ova je norma, dakako namjerno, nomotehnički oblikovana na način da državama članicama Europske unije ostavlja odluku o tome hoće li istaknuti različitost spolova bračnih drugova kao strukturalni element braka ili ne.⁴⁰ Stoga bi bilo pogrešno tvrditi da „Europa“ zahtijeva od država članica, pa na neki način i od država kandidatkinja za članstvo, omogućavanje sklapanja istospolnih brakova.

Drugi je primjer čl. 24. Povelje koji određuje:

1. Djeca imaju pravo na zaštitu i skrb u skladu s njihovom dobrobiti. Imaju pravo slobodno izraziti svoje mišljenje. Ono će se uzeti u obzir u pitanjima koje se djeteta tiču, sukladno njegovoj dobi i zrelosti.
2. U svim postupcima koji se odnose na djecu, neovisno o tome poduzimaju li ih javna ili privatna tijela, najbolji interes djeteta treba biti primaran.
3. Svako dijete ima pravo na održavanje redovitih osobnih i neposrednih kontakata s oba roditelja, osim ako je to suprotno njegovom interesu.

Povelja temeljnih prava usvojena je deset, a postala obvezujuća dvadeset godina nakon globalnog prihvaćanja koncepta dobrobiti djeteta, fundamentalnog pomaka koji je u poimanju prava djece donijela Konvencija o pravima djeteta Ujedinjenih naroda iz 1989. godine. Čl. 3. Konvencije preuzet je u st. 1. i 2. čl. 24. Povelje, dok je čl. 9. st. 3. Konvencije pretočen u st. 3. čl. 24. Povelje. Dakako, sve su članice Europske unije, kao i gotovo sve članice Ujedinjenih

³⁷ *Charter of fundamental rights of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.

³⁸ O tome v. *amplius* u radu *M. Alinčić* u ovoj publikaciji.

³⁹ Čl. 5. Obiteljskog zakona.

⁴⁰ O strukturalnim elementima braka, v. *Alinčić* (2001, 40-41).

naroda, članice i Konvencije o pravima djeteta.⁴¹ Hrvatsko je obiteljsko pravo u cijelosti usklađeno s navedenim zahtjevima, Konvencije o pravima djeteta, pa podredno i Povelje temeljnih prava Europske unije. Kao drugo ključno pitanje ističemo postoji li doista opći konsenzus u Europi o značenju i vrijednosti Povelje temeljnih prava? Naime, sama se Povelja ne primjenjuje jednako u svim državama članicama Europske unije. Ponajprije, Poljska i Ujedinjeno Kraljevstvo uspjele su ostvariti određenu vrstu iznimke od opće primjene Povelje, tj. vrstu *opt-out* klauzule.⁴² Može se naslutiti da je glavna bojazan Poljske bila potencijalna prisila europskog zakonodavca, da kroz Povelju dovede do većeg priznavanja prava istospolnim zajednicama. Uz navedene dvije države, čije su izlazne klauzule već na snazi, Irska se također izborila za vrstu *opt-out* klauzule, koja će vjerojatno biti ugrađena u prvu sljedeću izmjenu ugovora.⁴³ I konačno, posebna je jamstva vezano uz primjenu Povelje tražila i Češka Republika, te će i to vjerojatno postati dijelom prvoga sljedećega ugovora.⁴⁴ Drugim riječima, opće i bezuvjetne suglasnosti nema, što s pravom potiče europskog zakonodavca na oprez. Jednako je oprezan pristup i Europskog suda. Naime, Sud do sada nije zadirao u užu obiteljskopravnu problematiku. Usvojene su odluke parcijalne naravi, a odnose se tek na rubna područja obiteljskoga prava. Kao primjer aktualnoga pitanja, redovito se ističe položaj istospolnih zajednica. No, Unija tu ne zauzima konkretno stajalište, te se u pravilu upire na opća načela nediskriminacije. Tako je učinjeno primjerice u predmetu *Grant* iz 1998. godine,⁴⁵ a i deset godina kasnije, u novijoj presudi iz 2008. godine, u predmetu *Maruko*.⁴⁶ Naime, Sud je, iznova i teško za pretpostaviti slučajno, vrlo konfuzno dotaknuo pitanje istospolnih zajednica. Sud je u ovom prethodnom postupku,⁴⁷ *inter alia*, ustvrdio da Direktiva 1000/78/EZ „zabranjuje zakonodavstvo kao što je ono koje se primjenjivalo na nacionalnoj razini, a sukladno kojem nakon smrti partnera, preživjeli partner ne uživa povlastice razmjernje onima koje se jamče preživjelom bračnom drugu, premda sukladno nacionalnom pravu životna zajednica osoba istoga spola postavlja istospolne partnere u situaciju usporedivu s onom bračnih drugova, sve dok to predstavlja povlasticu za preživjeloga.“⁴⁸ I konačno, određeno je kao zadaća nacionalnog suda odrediti je li preživjeli partner u situaciji usporedivoj s onom bračnoga druga prema istome sustavu mirovinskog osiguranja. Stoga, premda je prema nekim pokazateljima ova odluka u okviru udruga istospolnih osoba dočekana s oduševljenjem, čini se da ona ne donosi ništa nova. Nije stoga nerealno

⁴¹ Stanje na dan 15. studenoga 2012., prema podacima Ureda za ugovore Ujedinjenih naroda (<http://treaties.un.org>, [15.11.2012.]). Države članice UN-a koje nisu ratificirale Konvenciju o pravima djeteta su Sjedinjene Američke Države i Somalija.

⁴² V. Protokol (br. 30) o primjeni Povelje temeljnih prava Europske unije na Poljsku i Ujedinjeno Kraljevstvo (*Protocol (No 30) on the application of the Charter of fundamental rights to Poland and to the United Kingdom*), OJ C 83, 30.3.2010., str. 313, 314.

⁴³ V. Zaključke Europskog vijeća, Bruxelles, 11. i 12. prosinca 2008., 17271/1/08, Rev 1, Concl 5., točka 3.

⁴⁴ V. Zaključke Europskog vijeća, Bruxelles, 29. i 30. listopada 2009., 15265/1/09, Rev 1, Concl 3., točka 2.

⁴⁵ *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. [2008] ECR I-1757 (267/06).

⁴⁶ *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.* [1998] ECR I-621 (249/96).

⁴⁷ U ovom je prethodnome postupku zatraženo mišljenje Suda vezano uz tumačenje čl. 1., čl. 2. st. 2. t. 1 i b. (i), te čl. 3. st. 1. c. i st. 3. Direktive Vijeća 2000/78/EZ od 28. studenoga 2000., kojom se ustanovljuje opći okvir za jednako postupanje u zapošljavanju (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, OJ L 303, 2.12.2000.). Njemački je predmet spora bio zahtjev Tadaa Maruka postavljen u odnosu na Mirovinsku službu njemačkih kazališta (*Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*), koje su odbije priznati pravo g. Maruka na udovičku mirovinu kao dio povlastica koje preživjeli partner ima sukladno obveznom sustavu mirovinskog osiguranja, kojeg je njegov preminuli partner bio član.

⁴⁸ „... preclude legislation such as that at issue in the main proceedings under which, after the death of his life partner, the surviving partner does not receive a survivor's benefit equivalent to that granted to a surviving spouse, even though, under national law, life partnership places persons of the same sex in a situation comparable to that of spouses so far as concerns that survivor's benefit.“. Para. 73. reč. 1. Presude.

pretpostaviti da će Europski sud, a nadamo se i europski zakonodavac, i nadalje zadržati oprezan pristup.

4. ZNAČENJE NADNACIONALNOGA EUROPSKOG ZAKONODAVSTVA I PRAKSE ZA HRVATSKO OBITELJSKO PRAVO

Na temelju navedenoga, valja pokušati odgovoriti na pitanje položaja Hrvatske unutar procesa europskoga integriranja, te utjecaja koje taj proces ima na nacionalno hrvatsko pravo. U odnosu na Vijeće Europe, može se zaključiti da postoji normativna usklađenost sa svim obvezujućim odredbama ratificiranih konvencija. Također, valja istaknuti i sustavno i uglavnom uspješno anticipiranje normi konvencija kojih Hrvatska (još) nije članica. Dakako, postoje poteškoće u praksi, no to je zajedničko svim državama članicama Vijeća Europe. Kao načelna dodatna poteškoća, mogla bi se istaknuti i povremena nedosljednost Europskog suda za ljudska prava, koji time oduzima državama mogućnost stalne i sustavne prilagodbe nacionalnog sustava europskim standardima. Činjenica jest, međutim, da Vijeće Europe, unatoč stupnjevitom pristupu koji smatramo dobrim, sve više gubi značenje pred Europskom unijom u području harmonizacije i unifikacije obiteljskoga prava. Djelovanje je Unije sporadično, te iznimno parcijalizirano. No, za države koje pristupaju Uniji to djelovanje unaprijed stvara nužnost anticipiranja normi u međunarodnoprivatnopravnom i procesnopravnom području, neovisno o izravnom učinku. Naime, neće biti dovoljno ustvrditi da se određeni akt sekundarnoga zakonodavstva u hrvatskome pravu izravno primjenjuje, već će biti potrebno osigurati da se ta primjena provodi pravilno i pravodobno. To će dakako uključivati i daljnje elemente, kao što su usavršavanje sudaca, koji će morati poznavati ne samo nacionalne norme i praksu, već i europske norme i europsku praksu, jer će pristupanjem Hrvatske Europskoj uniji svaki hrvatski sud biti europski sud.⁴⁹ U segmentima pak u kojima će postojati mogućnost izbora, ili otklona primjene određenih rješenja, smatramo prijepornim daljnje prenošenje suvereniteta u obiteljskopravnom području. Politička odluka koja bi tome prethodila trebala bi biti stručna i promišljena. Ona bi nadalje, po našem sudu, trebala biti usmjerena zaštititi postojećih vrijednosti obiteljskoga prava. Naime, kako je *supra* isticano, nacionalni su standardi često i viši nego što su „europski“, bilo da su to doista zahtjevi europskoga prava ili se kao takvi samo prikazuju. Pri tome ističemo da se nakana zaštite tradicije često povezuje s pravnom rigidnošću, međutim, taj je prigovor ovdje bespredmetan, jer je sam sustav obiteljskog prava tako specifičan, da samo jednako tako specifičan pristup može dovesti do usvajanja rješenja koja će u nacionalnom sustavu zaživjeti i time dovesti do daljnjeg napretka prava u regulaciji iznimno osjetljivih i društveno važnih obiteljskih odnosa.

⁴⁹ V. Čapeta (2002).

LITERATURA

Knjige i članci

1. Agell, A. (2001). Is there one system of family law in the Nordic countries? *European journal of law reform*, 3:3, 313-330.
2. Alinčić, M. (1998). O dječjim pravima u hrvatskom zakonodavstvu iz europskog vidokrug. *Vladavina prava*, II:1, 61-72.
3. Alinčić, M. (2001). *Bračno pravo*. U: Alinčić, M., Bakarić-Abramović, A., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać, A. *Obiteljsko pravo*. Zagreb.
4. Bakarić, A., Ujević Buljeta, H. (1989). Nova porodičnopravna rješenja u SR Hrvatskoj, *Žena*, 47:5-6, 56-67.
5. Bouček, V. (2009). *Europsko međunarodno privatno pravo u eurointegracijskom procesu i harmonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava*. Zagreb.
6. Čapeta, T. (2002). *Sudovi Europske unije - nacionalni sudovi kao europski sudovi*. Zagreb.
7. Gavella, N. (2001). O europskom privatnom pravu, njegovoj stvarnosti i predvidivom daljnjem razvoju. *Hrvatska pravna revija* 1:11, 1-17.
8. Hrabar, D., Korać Graovac, A. (2007). *Skrbnništvo*. U: Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, Korać Graovac, A. *Obiteljsko pravo*. Zagreb.
9. Hrabar, D. (2002). *Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava – nov doprinos promicanju dječjih prava*. U: Hrabar, D. (Ur.). *Europsko privatno pravo*. Zagreb.
10. Hrabar, D. (2008). *Posvojenje na razmeđu interesa posvojitelja i posvojenika*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 58:5, 1107-1139.
11. Hrabar, D. (2012). *Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava – poseban zastupnik djeteta*. U: Što djeci znači Konvencija o ostvarivanju dječjih prava?. *Ured Pravobranitelja za djecu*. (u tisku)
12. Holterman, M. (2005). *The importance of implied powers in Community Law*. LL.M. Thesis in European Law. RijksUniversiteit Groningen.
13. Jakovac-Lozić, D. (2007). *Ususret novoj Europskoj konvenciji o posvojenju djece*, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 5, 91-121.
14. Lowe, N. (2007). *An evaluation of the Council of Europe's legal instruments in the field of family law, A report for the attention of the Committee of experts of family law (CJ-FA)*, by Professor Nigel Lowe, Cardiff law school research papers no. 2. Dostupno na: <http://www.law.cf.ac.uk/researchpapers/2> [1.10.2012.].
15. Majstorović, I. (2009). *Harmonizacija i unifikacija europskoga obiteljskog prava*. Zagreb.
16. Prokop, A. (1966). *Porodično pravo – Odnosi roditelja i djece*. Zagreb.

Ostale publikacije

1. Godišnja statistička izvješća o primijenjenim pravima socijalne skrbi, pravnoj zaštiti djece, mladeži, braka, obitelji i osoba lišenih poslovne sposobnosti, te zaštiti tjelesno ili mentalno oštećenih osoba u Republici Hrvatskoj (za 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010. i 2011. godinu). Dostupno na: http://www.mspm.hr/djelokrug_aktivnosti/socijalna_skrb/statisticka_izvjesca [15.11.2012.].
2. *Statistički ljetopis Republike Hrvatske* (2011).

Hrvatsko pravo

1. *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 85/2010 – proč. tekst.
2. *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Protokol br. 1, Protokol br. 4., Protokol br. 6. i Protokol br. 7, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999 – proč. tekst, 8/1999 – ispr., Protokol br. 13, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 14/2002, 13/2003, Protokol br. 12, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 14/2002, 9/2005, Protokol br. 14. uz ovu Konvenciju, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 1/2006, 2/2010.
3. *Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava*, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 1/2010, 3/2010.
4. *Obiteljski zakon*, Narodne novine, br. 116/2003, 17/2004, 136/2007, 107/2007, 61/2011.
5. *Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji*, Narodne novine, br. 86/2012.

Pravo Vijeća Europe neobvezujuće za Hrvatsku

1. *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, CETS br. 202., dostupno na <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm> [1.10.2012.]

2. *European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock*, ETS br. 85., dostupno na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/085.htm> [1.10.2012.].

Pravo Evropske unije

1. *Charter of fundamental rights of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.
2. *Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty establishing the European Community*, OJ C 321, 29.12.2006.
3. *Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union*, OJ C 83, 30.3.2010.
4. *Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*, The European convention, The Secretariat, CONV 850/03.
5. *Protocol (No 30) on the application of the Charter of fundamental rights to Poland and to the United Kingdom*, OJ C 83, 30.3.2010.
6. *Presude Evropskoga suda*:
 - a. *Erich Stauder v. City of Ulm Sozialamt*. [1969] ECR 419 (29/69).
 - b. *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. [1970] ECR 1125 (11/70).
 - c. *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd*. [1998] ECR I-621 (249/96)
 - d. *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. [2008] ECR I-1757 (267/06)

Summary

EUROPEAN LEGAL CONTEXT AND ITS SIGNIFICANCE FOR CROATIAN SUBSTANTIVE FAMILY LAW

Family law is a legal branch marked by tradition and custom to a large extent. As a result, it has been excluded from the European integration processes for a long time. Over the last decade, however, efforts in view of harmonisation and even unification of family law systems have intensified. As a consequence, European family law started to develop. The aim of this paper is to evaluate the level of harmonisation of Croatian to European family law and to determine the impact of legislative changes undertaken on the supranational European level on Croatian family law. The analysis will focus on substantive law aspects of harmonisation and unification of the legal systems. Regarding the activities undertaken within the Council of Europe, three legal situations will be compared, depending on the acceptance or non-acceptance of international treaties signed within the Council. Namely, the European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock, the European Convention on the Adoption of Children (Revised) and the European Convention on the Exercise of Children's Rights will be compared. Regarding the European Union's activities, a completely different approach will be discussed which is sporadic, partial, and focuses on private international law and procedural law norms, at least for the moment. As the most important obligatory document, The Charter of Fundamental Rights of the European Union will be analysed, as well as its connection to the UN Convention on the Rights of the Child and the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Council of Europe, to which the Union will probably adhere. Furthermore, the cautious approach of the Court of Justice of the EU will be mentioned regarding some important decisions, which nevertheless do not influence the basis of family law. Starting from the premise that the Europeanization of Croatian family law, as well as the processes of harmonisation and unification of European family law, commenced a decade ago, the final aim of the paper is to prove that the principles and standards achieved within the national system have reached a high level and are completely comparable to positive achievements of EU law.

Key words: Croatian family law, Council of Europe, European Union.

TRANSPORTNA ZAJEDNICA: POZADINA I IZAZOVI

EU nastavlja s politikom suradnje s državama u susjedstvu (ENP), posebno valorizirajući transportni sektor. Prioritetno područje predstavljaju države Jugoistočne Europe (Albanija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Hrvatska, Kosovo, Makedonija i Srbija), čiji geo-strateški položaj na nekoliko vitalnih transportnih koridora čini ovo područje posebno važnim za ostvarenje unutarnje transportne kohezije prostora EU. Vrhunac vanjsko-političke aktivnosti EU u području transporta predstavlja stoga prijedlog za stvaranje Transportne zajednice s ovim državama, sklapanjem multilateralnog sporazuma u tom smislu između EU s jedne strane, i navedenih država s druge. Prema nacrtu tog sporazuma, koji se još nalazi u fazi pregovaranja, države Jugoistočne Europe preuzele bi obvezu harmonizacije nacionalnog zakonodavstva s definiranim dijelom pravne stečevine EU (prvi prijelazni period), te implementaciju takvog zakonodavstva u praksi (drugi prijelazni period). Pozitivan ishod analize ispunjavanja ovih uvjeta od strane EU za svaku bi državu povlačio ostvarivanje tržišnih sloboda i postupnu cjelovitu integraciju u Jedinstveno tržište transportnih usluga EU. Ipak, stvaranje Transportne zajednice ne bi bilo formalno vezano uz paralelan proces približavanja punopravnom članstvu u EU svake od država. Transportna bi zajednica tako bila prostor na kojem je ostvaren „sektorski“ ulazak u EU u području transporta, uz primjenu dijela pravne stečevine EU, s mogućnošću nacionalnih sudova da zatraže odlučivanje o prethodnim pitanjima vezanim uz ovaj dio stečevine od ECJ. Pregovori o potpisivanju Sporazuma o Transportnoj zajednici trenutno su zastali zbog otvorenih bilateralnih pitanja između Srbije i Kosova. Ipak, pod uvjetom da se ovi pregovori nastave, ostaje otvoreno osnovno pitanje – ono o gospodarskoj i političkoj opravdanosti, pa i legitimnosti ovakvog „sektorskog“ pristupa članstvu u EU. Daleko od očiju javnosti, bez šire javne rasprave o valorizaciji nacionalnih resursa u postupku pregovaranja o punopravnom članstvu u EU, ulazak država regije u eventualnu Transportnu zajednicu mogao bi biti kraj snu o (brzom) članstvu u EU. Naime, umorna od proširenja po modelu punopravnog članstva, možda je EU na putu da ozakoni novi, njoj prihvatljiviji, model „sektorskog“ proširenja, koji bi u cijelosti zadovoljio njezine trenutne interese, te donio određene gospodarske prednosti drugoj državi. Na državama Jugoistočne Europe je da, svaka za sebe, procijene prednosti i nedostatke ovakvog modela.

Ključne riječi: *Transportna zajednica, transportna strategija, transportna politika EU, Zapadni Balkan, države Jugoistočne Europe.*

* Prof.dr.sc. Nikoleta Radionov, redovita profesorica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu i redovita članica Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

1. UVOD

Transport je krvotok gospodarstva. Snažno gospodarstvo opskrbljuje vlastito tržište proizvedenim dobrima, pri čemu je od ključnog značenja da takva dobra po najnižoj cijeni, brzo i bez gubitka, oštećenja i zakašnjenja preveze do krajnjih korisnika. Što snažniji izvoz dobara iz domaće proizvodnje daljnji je interes svake nacionalne ekonomije, pri čemu kvalitetna usluga prijevoza robe ponovno igra ključnu ulogu u osiguravanju konkurentnosti takvog proizvoda na ciljanom tržištu. Naime, troškovi prijevoza i logistike učestvuju s prosječno (čak) 10-15% u cijeni finalnog proizvoda.¹ Iz toga slijedi da svaki nedostatak ili poremećaj u usluzi transporta – bez obzira na to radi li se o nekvalitetnoj infrastrukturi, neusklađenom zakonodavstvu država određene regije koja uzrokuju organizacijske i financijske probleme transportnoj industriji, pogranične i carinske administrativne zastoje i zapreke u međunarodnom prijevozu ili pak lošoj, skupoj i nekonkurentnoj prijevozničkoj djelatnosti – direktno utječe na konkurentnost određenog gospodarstva u cjelini. *Argumentum a contrario*, jačanje konkurentnosti vlastitog gospodarstva nužno mora uključivati i ozbiljne, značajne napore u otklanjanju postojećih problema i nedostataka u transportnoj industriji. Značaj transporta za gospodarstvo Europske unije (dalje: EU) vidljiv je i iz ključnih statističkih pokazatelja. Transportna industrija EU direktno zapošljava oko 10 milijuna ljudi i generira oko 5% BDP. 13,2 % ukupne potrošnje kućanstva u EU27 troši se na proizvode i usluge vezane uz transport², a trošak generiran godišnje uslijed prometnog zagušenja kao jednog od gorućih problema transporta doseže 1% ukupnog BDP EU.³ Učinkoviti transportni sustavi ključni su za konkurentnost gospodarskih subjekata u EU u svjetskom gospodarstvu, a kvaliteta transportnih usluga direktno utječe i na kvalitetu života ljudi u EU.⁴ Transport je bio u stalnom porastu od 1995. do 2008. godine po godišnjoj stopi od 1% u putničkom, te 0,4 % u teretnom prometu, da bi od 2008. bilježio konstantan pad uzrokovan globalnom krizom i recesijom.⁵ Ne čudi stoga da EU već desetljećima pažljivo stvara, analizira i provodi svoju transportnu strategiju, kao jednu od temeljnih gospodarskih strategija za razvoj Jedinственog tržišta, kao i ostvarenje ostalih ekonomskih, socijalnih i političkih ciljeva ove asocijacije. Bijele knjige, kao strateški dokumenti kojima se početkom svakog desetljeća analizira postojeća situacija, definiraju problemi i kreiraju pravci razvoja transportne industrije u idućem desetogodišnjem razdoblju, uvijek se iščekuju s najvećim interesom u industriji, politici i široj javnosti. Međupovezanost sektora utječe na to da strateška opredjeljenja jedne industrije – u ovom slučaju transportne – direktno utječu na razvoj drugih industrijskih grana i područja društvenog života poput poljoprivrede, zaštite okoliša ili turizma, utječući (ne)posredno na kreiranje strateških pravaca razvoja i u tim područjima. S druge strane, promišljanje i kreiranje transportne politike EU, te rješavanje nekih složenih problema i otklanjanje negativnih pojava u transportnoj industriji unutar Jedinственog tržišta, zahtijeva širenje tog procesa i na zemlje u okruženju EU, na zemlje regije. Specifičnosti zemljopisnog položaja i oblika država članica EU u ovom trenutku (v. Slika 1) sugeriraju da je jedan od vitalnih problema EU upravo – prometno povezivanje preko područja država bivše Jugoslavije i Albanije, koje se u geo-političkom žargonu uobičajilo nazivati državama Jugoistočne Europe (dalje: države JIE), odnosno - u nekim izvorima - državama Zapadnog Balkana. Pojam država JIE obuhvaća Albaniju, Bosnu i Hercegovinu, Hrvatsku, Bivšu

¹ *Freight Transport Logistics in Europe – the key to sustainable mobility*. Brussels, 28.6.2006. COM (2006) 336 final, 4.

² *EU Transport in Figures, Statistical pocketbook 2011*. (2011) European Union. 19.

³ http://ec.europa.eu/transport/strategies/facts-and-figures/transport-matters/index_en.htm (2.11.1012.)

⁴ http://europa.eu/pol/trans/index_en.htm (3.11.2012.)

⁵ *EU Transport...*, op.cit. 2. 20.

Jugoslavensku Republiku Makedoniju, Crnu Goru, Srbiju i Kosovo (u skladu s rezolucijom Vijeća sigurnosti UN 1244)⁶.

Članice Europske Unije



Slika 1: Politička karta Europske unije i država JIE

Jedinstveno tržište evidentno ne može optimalno zadovoljiti potrebe unutarnje kohezije, te brzog i učinkovitog protoka robe, ljudi i usluga bez kvalitetnog prometnog povezivanja svojih sjeverozapadnih dijelova s jugoistokom, tj. bez iznalaženja rješenja za svojevrsnu prometnu „nagriženost“ na području država JIE. Štoviše, područje država JIE nalazi se na sjecištu nekoliko Paneuropskih prometnih koridora, strateških prometnih pravaca koji povezuju istok, zapad, sjever i jug europskog kontinenta (v. Slika 2).⁷

⁶ United Nations Security Council Resolution 1244 (1999). S/RES/1244 (1999), June 1999. *Extension of the major trans-European transport axes to the neighbouring countries – Guidelines for transport in Europe and neighbouring regions*. Brussels, 31.1.2007., COM (2007) 32 final, 5.

⁷ Paneuropski prometni koridori su definirani prometni putevi u centralnoj i istočnoj Europi koji svojom važnošću zahtijevaju investiranje u narednih 10 do 15 godina. Ti koridori definirani su na tri Paneuropske prometne konferencije, održane na razini ministara prometa. <http://www.prometna-zona.com/koridori.php> [2.11.2012.]. Det. o prometnim koridorima i Transeuropskoj prometnoj mreži v. *Brnjac*, (2012). 18-26.



Slika 2: Paneuropski prometni koridori

Izvor: http://en.wikipedia.org/w/index.php?title=File:Pan-European_corridors.svg&page=1

Zbog golemog ekonomskog značaja transporta za gospodarstvo EU u cjelini i snažne potrebe jačanja konkurentnosti EU u odnosu na druga globalna tržišta s jedne strane, te geopolitnog položaja EU i država JIE s druge strane, brzo je postalo jasno da EU mora svoje unutarnje pitanje transporta i transportne strategije podići na višu razinu.⁸ To je značilo internacionalizaciju, širenje područja za provedbu transportne strategije na regiju, tj. države JIE kroz snažnu vanjsko-političku akciju. U ovom ćemo radu ukratko prikazati najvažnije smjerove razvoja ovih aktivnosti u posljednjih desetak godina, te posebno istaknuti vrhunac diplomatske aktivnosti EU na ovom planu: prijedlog stvaranja tzv. Transportne zajednice između EU i država JIE. Analizom ovog procesa želimo istaći postojeće trendove, interese uključenih strana, ali i moguće opasnosti i nedostatke ovakvog procesa, kao i moguća otvorena pravna pitanja.

2. PROMETNA POLITIKA EU I DRŽAVE JUGOISTOČNE EUROPE

2.1. Razvoj europske prometne politike i europske susjedске politike

Prometna politika EU razvijala se sporo i s mnogo problema i (političkih) zastoja tijekom posljednjih 50-ak godina. Razloge za to treba tražiti prvenstveno u suprotstavljenim interesima dvije grupe zemalja u EU: prvih, koje su izgradile snažan transportni sektor koji je prerastao okvire i potrebe domaćeg tržišta i koji je bio spreman za liberalizaciju usluga transporta na Jedinstvenom tržištu, i drugih, koje su željele što duže štititi nacionalne prijevoznike bremenite financijskim i organizacijskim problemima, s monopolističkim položajem na tržištu (u nekim prijevoznim granama), kroz koje su se često rješavali dnevno-politički problemi. Prvu grupu zemalja u višedesetljetnoj borbi za stvaranje jedinstvene europske prometne politike i prava predvodile su zemlje Benelux-a, dok su eksponenti druge struje bile velike države poput Francuske i Njemačke, s velikom površinom i brojnim dispergiranim stanovništvom, gdje je održavanje (često nerentabilne) transportne usluge bilo

⁸ Det. o strateškom značenju prometa na području država JIE za EU i Paneuropskim prometnim koridorima v. Ilić, M. & Orešić, D. (2004). 5-22.

motivirano drugim razlozima. Ipak, pritisak za stvaranjem zajedničke europske transportne politike u cilju dovršetka Jedinstvenog tržišta i u sektoru transportnih usluga početkom 90-ih godina 20. stoljeća postao je prejak – započeo je nezadrživ proces liberalizacije tržišta transportnih usluga, sa svim svojim brojnim pratećim posljedicama.⁹ Ipak, liberalizacijski procesi sami za sebe nisu mogli riješiti duboko ukorijenjene probleme poput zagađenja, loših prometnih veza s udaljenim regijama ili loše međusobne veze nacionalnih prometnih mreža. Jedna od prvih pretpostavki za provođenje korjenitog reformskog procesa jedne složene industrije poput transporta bilo je određivanje vodećih pravaca europske transportne infrastrukture kroz koje će se kanalizirati glavni robni tokovi, i u koje će se usmjeriti ogromna investicijska sredstva. Naime, izgradnja nove transportne infrastrukture izuzetno je skupa investicija¹⁰, ali novoizgrađeni infrastrukturni objekti trajat će dugi niz godina, isto kao i nova prijevozna sredstva. Ključno je, stoga, bilo prvo definirati strateške prioritete za sektor transporta, nakon toga definirati ključne infrastrukturne pravce, te konačno započeti s provođenjem jedinstvene politike velikih reformskih zahvata i investicija u ovom području, kako bi se dugoročno – kroz nekoliko desetljeća – mogli učinkovito ukloniti ključni problemi poput zagađenja okoliša, zagušenosti prometnih tokova i dr. Obzirom da su brojni politički problemi razvoja zajedničke transportne politike u EU otklonjeni tek 90-ih godina 20. stoljeća, prvi strateški dokumenti fokusirani isključivo na transportna pitanja doneseni su (tek) tijekom 90-ih godina 20. stoljeća¹¹, dok je proces definiranja i implementacije sustava Trans-europske prometne mreže (*Trans-European Transport Network*, dalje: TEN-T), tj. europskih osovina prometne infrastrukture, trajao paralelno s time.¹² Ubrzo je postalo jasno da razvoj sustava TEN-T mora nužno, u nekom obliku, obuhvatiti i susjedne države EU na području Zapadnog Balkana, koje su u međuvremenu već pokazale aspiracije za ulaskom u članstvo EU i – u različitom opsegu i dinamici – postigle već i određeni napredak u tom smjeru, poput Hrvatske. Naime, stanje prometne infrastrukture na tom je području višestruko tehnološki zastarjelo i često ne zadovoljava minimalne sigurnosne standarde, te su potrebna hitna i obimna ulaganja kako bi se moglo osigurati nesmetano odvijanje prometa. Takva situacija potencirana je i nedavnim ratnim razaranja na ovim područjima, te oslabljenom gospodarskom snagom država JIE koje nisu u mogućnosti iz nacionalnih proračuna financirati kapitalne investicije ovakve visine. S jedne strane, hitne investicije u unaprijeđenje barem nakritičnijih točaka prometne infrastrukture na V, VII, VIII i X koridoru više nije bilo moguće odgađati zbog važnosti ovih prometnih koridora za robne tokove čitave regije i s time povezane interese EU. S druge strane, takve hitne investicije u infrastrukturu morale su biti učinjene na način sukladan svim propisima i standardima EU, kako bi novoizgrađena infrastruktura bila kompatibilna sa svim zahtjevima TEN-T mreže, kako bi se mogla inkorporirati u postojeći infrastrukturni sustav EU, te kako bi se na njoj mogao organizirati prijevoz sukladan pravilima europskog transportnog prava i tehnologije nakon punopravnog članstva država JIE u EU. Logično, takva situacija nametnula je potrebu recipiranja onog dijela pravne stečevine EU vezane uz transport i tržišno natjecanje u transportu od strane država JIE daleko prije njihovog punopravnog članstva u EU. Drugim riječima, širenje

⁹ Detaljnije o procesu stvaranja europske transportne politike v. Radionov, N. & Čapeta, T. & Marin, J. & Bulum, B. & Kumpan, A & Popović, N. & Savić, I. (2011). 3-54.

¹⁰ Trošak prioritetnih infrastrukturnih projekata u EU iznosi 225 milijardi eura, i nije izgledno da će države članice samostalno iz državnih proračuna moći financirati ovakve projekte u dijelu u kojem se nalaze na njihovom području. Zbog toga je Komisija razvila nekoliko modela financiranja prioritetnih prometnih projekata na razini EU. *Trans-European Transport Network – TEN-T priority axes and projects 2005. European Communities*. 2005. 3-4. Dostupno na: http://ec.europa.eu/ten/transport/projects/doc/2005_ten_t_en.pdf (25.11.2012.)

¹¹ *Air Traffic Management: Freeing Europe's airspace*. White Paper. Brussels, 6.3.1996., COM(96) 57 final.; *A Strategy for Revitalising the Community's Railways*. White Paper. 30.7.1996., COM(96) 421 final.

¹² Točan vremenski slijed aktivnosti u području TEN-T v. *Trans-European Transport Network...*, op. cit. 10. 7.

politike i prava EU vezane uz transport i liberalizaciju ovog segmenta tržišta postaje važan cilj vanjske politike EU, a njegovo ostvarenje postaje neovisno o dinamici pristupanja pojedine države JIE članstvu u EU. U konačnici, prihvaćanje prava, standarda i tehničkih specifikacija u području transporta od strane glavnih trgovinskih partnera EU treba potaknuti trgovinu, osigurati održivi gospodarski rast i osigurati socijalnu koheziju, pored strateškog cilja integracije transportnih tokova i infrastrukturne mreže. Valja istaći da se stvaranje i provođenje transportne politike EU prema državama JIE ostvaruje paralelno i u skladu s postojećom politikom EU prema susjednim zemljama, zvanom *European Neighbourhood Policy* (dalje: ENP).¹³ ENP je najšira vanjskopolitička platforma EU usmjerena na pomoć i poticanje reformi i razvoja u 12 država koje okružuju EU, od Gruzije i Ukrajine na istoku, do Jordana i Maroka na jugu. U konačnici, provedba svih regulatornih, političkih i gospodarskih ciljeva ENP u susjednim državama trebala bi dovesti do zajedničke regulatorne osnove (tj. usvajanja pravne stečevine EU u ciljanim područjima u susjednim državama prije pristupanja u EU i neovisno o tom procesu), kao i do sličnog stupnja pristupa tržištu, tj. liberalizacije tržišta.¹⁴ Za kontekst transporta i infrastrukturnih investicija vrlo je važno uočiti da se u ENP uvijek ističe da su susjedne države suverene u odlučivanju o vrsti i dinamici reformi koje će provoditi, no pristup financijskim sredstvima glavnih investicijskih tijela i fondova EU učinjen je direktno razmjernim stupnjem provedbe reformi i ciljeva dogovorenih ENP strategijom.¹⁵ Valja, stoga, uočiti da su svi daljnji strateški dokumenti EU sklapani sa državama JIE u području transporta bili prvenstveno oslonjeni na širi okvir pravnih, političkih i gospodarskih ciljeva zadanih u ENP za zemlje šire regije.

2.2. Prometna strategija EU za države jugoistočne Europe u razdoblju 2004 – 2006. godine

Prvi važan dokument za razvoj transportno-infrastrukturne mreže država JIE, koji označava početak strukturiranog strateškog pristupa EU ovom problemu i području svakako je Memorandum o razumijevanju za razvoj osnovne transportne mreže država jugoistočne Europe iz 2004. godine (dalje: MoU 2004)¹⁶, sklopljen između država JIE i EU. Ovim je sporazumom između EU i država JIE prvi puta u kartama priloženim u Dodatku I točno definirana transportno-infrastrukturna mreža na tom području, usklađena s Paneuropskim prometnim koridorima (koridori V, VII, VIII i X) i TEN-T mrežom, uz koju se vežu sva prava i planovi predviđeni daljnjim tekstem ovog dokumenta. S MoU 2004 osniva se i regionalna transportna organizacija pod nazivom *South East Europe Transport Observatory* (dalje: SEETO) sa sjedištem u Beogradu, u cilju razvoja glavne i pomoćne infrastrukture na definiranoj mreži te unaprijeđenja investicijskih programa.¹⁷ MoU 2004 iskaz je suglasnosti oko prioriteta u razvoju transportne mreže i mjera koje se moraju poduzeti u cilju otklanjanja transportnih problema ove regije. Najvažniji je cilj mjera predviđenih MoU 2004 usklađivanje svih divergentnih tehničko-tehnoloških parametara definirane transportno-infrastrukturne mreže kako bi se postigla interoperabilnost ovog dijela mreže sa TEN-T mrežom i njezinim standardima, te skraćivanje vremena procedura na granici.¹⁸ Definiranjem ciljane transportno-

¹³ Det. o ENP v. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Strengthening the European Neighbourhood Policy*. COM (2006) 726, 4.12.2006.

¹⁴ *Ibid.* 5.

¹⁵ Det. o ciljevima i provedbi ENP v. *Ferrero-Waldner, B.* (2007).

¹⁶ *Memorandum of Understanding on the development of the South East Europe Core Regional Transport Network*. Dostupno na: http://ec.europa.eu/ten/infrastructure/doc/2004_06_11_memorandum.pdf (15.11.2012.)

¹⁷ Čl. 10. MoU 2004. Det. v. www.seetoint.org (25.11.2012.)

¹⁸ Čl. 1 i 5 MoU 2004.

infrastrukturne mreže i sporazumom o razvoju i investicijama u tu mrežu, na način da se postigne optimalna harmonizacija tehničko-tehnoloških parametara i interoperabilnosti transportnog sustava EU s onim država JIE kroz MoU 2004, te postojanjem šire vanjskopolitičke platforme u okviru ENP, stvoreni su svi preduvjeti za snažnije jednostrano djelovanje EU na području transporta. Kako smo već isticali, transport je vitalno gospodarsko područje od interesa za EU, a prostor JIE ključan je za integraciju proširene EU27. U tom svijetlu valja promatrati vrlo dinamično donošenje strateških dokumenata u ovom području, kao i političko-gospodarski pritisak na ostvarenje rezultata iz ovih dokumenata.

2.3. European Common Aviation Area – ECAA

Tehnološke specifičnosti organizacije i upravljanja zračnim prometom i kontrole leta, te visoka reguliranost ove industrije učinile su ovo područje prioritetom za integraciju Jedinственog tržišta zračnih usluga sa susjednim državama. Nakon što su tijekom 90-ih godina Norveška i Island postali dijelom ovog tržišta temeljem EFTA sporazuma, a mnoge europske države članicama EU, započeti su 2005. godine intenzivni pregovori sa nizom susjednih država, usmjereni na integraciju još većeg broja država u zajedničko zračno tržište. Nakon samo devet mjeseci intenzivnih bilateralnih pregovora Komisije s ciljanim državama, 2006. godine sklopljen je višestrani međunarodni sporazum o stvaranju Europskog zajedničkog zračnog prostora (eng. *European Common Aviation Area*, dalje: ECAA)¹⁹ između država članica EU i 11 država ECAA, u koje, između ostalih, spadaju sve države JIE.²⁰ Prema ECAA Sporazumu, države potpisnice ECAA sporazuma obvezale su se na potpunu harmonizaciju cjelokupnog nacionalnog zakonodavstva sa pravnom stečevinom EU u području sigurnosti zračnog prometa (eng. *safety*), sigurnosne zaštite (eng. *security*), upravljanja zračnim prometom i zaštite okoliša, i to kroz dva prijelazna razdoblja, tzv. prijelazni postupak. Ispunjenjem uvjeta iz svakog razdoblja (koje se utvrđuje provjerom od strane tijela EU, tzv. audit-om), prijevoznici države ECAA stječu određeni stupanj tržišnih sloboda u pristupu Jedinственom tržištu.²¹ Ostvarenjem ovih ciljeva tržišta zračnih usluga država ECAA biti će u potpunosti integrirana u zajedničko tržište EU i dobit će otvoreni pristup tržištu od 500 milijuna ljudi, dok će se tržište EU dodatno proširiti, ali pod vlastitim uvjetima. Ovakvo zajedničko tržište ECAA temeljit će se na slobodnom pristupu tržištu, slobodi poduzetništva i ravnopravnoj tržišnoj utakmici, te standardiziranim visokim uvjetima sigurnosti i sigurnosne zaštite u zračnom prometu.²² Za ostvarenje tih ciljeva nužno je prvo stvoriti jedinstveni regulatorni okvir, tj. recipirati i implementirati pravnu stečevinu EU u ovom području prije punopravnog članstva u EU. Ovo je pitanje izuzetno važno posebno istaći – EU je na ovaj način, u području zrakoplovstva, zapravo započela tržišni prodor, tj. širenje tržišta zbog povećanja vlastite konkurentnosti u odnosu na svjetska konkurentna tržišta, prvenstveno SAD i Azije. Nakon ECAA, EU nastavlja s idejom uključivanja tržišta susjednih država u Jedinственo tržište zračnih usluga i stvaranje tzv. paneuropskog zračnog tržišta koje bi obuhvaćalo čak više od 50 država.²³ Pravno, sa ECAA je započeo vrlo osjetljiv,

¹⁹ *Multilateral Agreement between the European Community and its Member States, the Republic of Albania, Bosnia and Herzegovina, the Republic of Bulgaria, the Republic of Croatia, the former Yugoslav Republic of Macedonia, the Republic of Iceland, the Republic of Montenegro, the Kingdom of Norway, Romania, the Republic of Serbia and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (1) on the establishment of a European Common Aviation Area*, [2006] OJ L 285/3.

²⁰ Države ECAA su: Albanija, Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Makedonija, Island, Crna Gora, Norveška, Rumunjska, Srbija, Kosovo i Moldova.

²¹ Detaljnije v. Radionov, N. et al. op.cit. 9, 413.

²² http://ec.europa.eu/transport/modes/air/international_aviation/country_index/ecaa_en.htm (12.11.2012.)

²³ Radionov, N. et al. op.cit. 9, 413.

međunarodno-pravno zanimljiv i rijedak slučaj indirektnog „izvoza“ dijela vlastitog pravnog poretka i propisa u druge suverene države, prije njihovog pristupanja u članstvo i neovisno o tom procesu. Štoviše, za razliku od harmonizacije nacionalnog zakonodavstva tijekom pristupnih pregovora za članstvo u EU određene države, gdje je početak primjene harmoniziranih odredaba vrlo često vezan uz trenutak ulaska dotične države u punopravno članstvo EU, u ovom slučaju država stranka ECAA sporazuma dužna je harmonizirati odredbe svojih propisa sa pravnom stečevinom EU, ali i u potpunosti implementirati takve odredbe, prije, i neovisno o, članstvu u EU. Valja, također, uočiti i to da interes i motivacija EU za sklapanjem ECAA sporazuma svakako leži u širenju vlastitog tržišta, no - poznavajući vrlo složenu tehnologiju zračnog prometa i upravljanja zračnim prometom, te dinamičan i opsežan razvoj novih tehnologija, strategija i standarda sigurnosti u ovom sektoru koji se provodi pod okriljem EASA-e i EUROCONTROL-a²⁴ u posljednjem desetljeću – taj interes je svakako usmjeren na integraciju prostora ECAA u područje primjene ovih propisa, kako bi se u prvom redu omogućila i olakšala implementacija takvih tehnoloških zaokreta. Ipak, danas znamo da ECAA ima i svoje zamke: Republika Hrvatska prva je od svih ECAA država zadovoljila uvjete iz prvog prijelaznog razdoblja, no tržišne slobode vezane uz to su joj uskraćene zbog valjanog pravnog argumenta: ECAA sporazum, kao multilateralni međunarodni sporazum, nije, naime, još stupio na snagu, te stoga temeljem njega nije moguće potraživati nikakva prava.²⁵ Stvaranje ECAA predstavlja, zapravo, početak politike tzv. „sektorskog pristupanja u EU“, koje se odvija daleko od očiju javnosti, s ubrzanom procedurom i komunikacijom ograničenom na industriju sektora i sektorsku administraciju. Ipak, politikom *a minori ad maius*, stvorena je osnova da se ovakav pristup „sistemom lijevka“ širi i na druge sektore, tj. na čitavo područje prometa, što će se i dogoditi prijedlogom stvaranja Transportne zajednice, o čemu će biti više riječi u nastavku.

2.4. Prometna strategija EU za države jugoistočne Europe u periodu 2007-2009.

Gotovo paralelno sa stvaranjem ECAA, 2007. godine Komisija izlazi s prvim sektorskim strateškim dokumentom pod nazivom *Priopćenje o proširenju glavnih trans-europskih transportnih osovina na susjedne države – Smjernice za transport u Europi i susjednim regijama* (dalje: Priopćenje 2007.).²⁶ U tom je dokumentu izrijekom potvrđeno da je „...važan cilj vanjske politike EU (...) olakšavanje širenja politika Unije, poput načela i pravila unutarnjeg tržišta, na susjedne države. (...) U području prometa, cilj je osigurati da su zakonodavstvo, standardi i tehničke specifikacije naših glavnih trgovinskih partnera usklađeni s onima EU i time doprinijeti ostvarenju Lisabonske agende poticanjem trgovine i održivog rasta, kao i socijalne kohezije.“²⁷ Glavni problemi u dotadašnjem procesu implementacije prometne politike na području Paneuropskih prometnih koridora (*inter alia* država JIE i ECAA), koje valja otkloniti daljnjim aktivnostima EU u ovom području, odnose se na:

1. Zanemarivanje potrebe međunarodnog prometa duž čitavog prometnog koridora kod planiranja i određivanja prioriteta investicija na nacionalnoj razini, te rascjepkanost investicija. Vezano uz taj problem, potrebno je raditi na unaprijeđenju kompatibilnosti i međupovezanosti infrastrukture, te usklađivanju regulatornog okruženja duž čitave osi

²⁴ European Aviation Safety Agency –EASA. Detaljnije na: <https://www.easa.europa.eu/> (28.11.2012.); The European Organisation for the Safety of Air Navigation – EUROCONTROL. Detaljnije na: <http://www.eurocontrol.int/> (28.11.2012.)

²⁵ Detaljnije v. *Savić, I. & Kapetanović, A.* (2011). 195-216.

²⁶ *Extension of the major...*, op. cit. 6, 3.

²⁷ *Ibid.*

prometnih koridora, kako bi neizbježno oskudni prometni resursi mogli podnijeti veća opterećenja, i time doprinijeti ekonomskom rastu i EU i susjednih zemalja;

2. Preveliko fokusiranje na infrastrukturu, premala pažnja se posvećuje otklanjanju uskih grla nevezanih za infrastrukturu, poput dugih čekanja na graničnim prijelazima. Vezano uz ovaj problem, Komisija se zalaže za jače i brže usklađivanje zakonodavstva s pravnom stečevinom EU vezanom uz tehničku, pravnu i upravnu interoperabilnost sustava željezničkog prometa, signalnih sustava, te sustava naplate infrastrukture u susjednim državama. Nadalje, zahtijeva se ubrzanje prekograničnih procedura implementacijom relevantnih međunarodnih konvencija, pojednostavljenjem dokumentacije u skladu s praksom EU i uvođenje tzv. „one-stop“ ureda u zajedničkim prostorima, te implementacija novih tehnologija kroz sustave upravljanja prometom i informacijama u svim granama prometa, uključujući satelitsku navigaciju.²⁸
3. Nedostatak zajedničke metodologije u procjeni ekonomskih, socijalnih i okolišnih utjecaja prometnih planova i projekata.²⁹

Prema ovom Priopćenju iz 2007. godine, Komisija radi razliku između različitih grupa država u susjedstvu, koje se nalaze u različitim programima i strategijama EU vezanim uz transport. Najviše se ipak očekuje od država kandidatkinja, te potencijalnih kandidatkinja za članstvo u EU, koje trebaju u što kraćem roku harmonizirati zakonodavstvo s pravnom stečevinom EU i provesti ostale ciljane mjere prometne politike i prava, no i sve ostale države dužne su provoditi brojne i opsežne mjere unaprijeđenja prometa. Za svoj će napredak, između ostalih povoljnih učinaka, biti nagrađene i usmjeravanjem financiranja u infrastrukturne projekte na njihovom području, pod uvjetom da se radi o projektima od zajedničkog interesa i za EU.³⁰

2.5. Nacrt Sporazuma o Transportnoj zajednici

Opisani razvoj transportne politike EU, kao i strategije ostvarenja takve politike prema državama JIE, dosegle su kulminaciju diplomatskom inicijativom Komisije usmjerenom na stvaranje Transportne zajednice (eng. *Transport Community*) sa državama JIE. Sazreli su uvjeti da Komisija ostvari svoj konačni cilj: širenje ECAA modela na ostale grane transporta, s ciljem stvaranja jedinstvenog tržišta transportne infrastrukture, te kopnenog i pomorskog prometa i prometa unutarnjim plovnim putevima između EU i država JIE, kao i cjelovitu harmonizaciju transportnog zakonodavstva država JIE s taksativno određenim dijelom pravne stečevine EU. Ovakva bi se integracija tržišta transportnih usluga i harmonizacija zakonodavstva odvijala potpuno neovisno o mogućem paralelnom procesu približavanja navedenih država članstvu u EU, te svim političkim, pravnim i gospodarskim procesima i posljedicama koje su uz to vezane. Stvaranje Transportne zajednice neovisan je proces i cilj, čije je ostvarenje za EU od tolike važnosti da ga je potrebno ostvariti većom brzinom od pretpostavljene i očekivane dinamike ulaska svih država JIE u punopravno članstvo EU – čekanje desetak ili više godina na prometnu integraciju ove vitalne regije za EU jednostavno nije opcija. U posljednjim danima 2009. godine državama JIE ponuđen je stoga na pregovaranje i potpisivanje nacrt Sporazuma o osnivanju Transportne zajednice između EU i država JIE (dalje: Sporazum 2009.).³¹ Obzirom da je već stvoren ECAA kao zajednički prostor usluga zračnog prometa, Sporazum 2009. usmjeren je na stvaranje Transportne

²⁸ Pritom se poseban naglasak stavlja na tehnološki najzahtjevnije sustave ERTMS (*European Rail Traffic Management System*) u željezničkom prometu, te SESAR (*Single European Sky Air Traffic Management Research Programme*) u zračnom prometu.

²⁹ *Extension of the major...*, op. cit. 6. 4, 6, 9.

³⁰ *Extension of the major*, ibid. 10.

³¹ Draft Treaty establishing the Transport Community. December 21st, 2009.

zajednice u (preostalim) područjima cestovnog, zračnog i pomorskog prometa, prometa unutarnjim plovnim putevima te razvoja transportne mreže između EU i država JIE (uključujući i infrastrukturu zračnih luka).³² Eventualnim pozitivnim ishodom pregovora EU s državama JIE i sklapanjem ovakvog Sporazuma 2009. u potpunosti bi se izjednačio pravni okvir poslovanja na ovom prostoru u sektoru transporta, što bi značajno unaprijedilo pravnu sigurnost prijevoznika i investitora.³³ Ovaj cilj valja posebno valorizirati u kontekstu vrlo visokih investicija u ovom sektoru, o čemu je već bilo riječi *supra*, uz što se automatski veže potreba za povećanim standardom pravne sigurnosti (prvenstveno) investitora, a što se najbolje postiže primjenom pravila njemu poznatog pravnog sustava. U cjelini, kroz ovakav bi se – pravno i gospodarski izjednačen i usklađen – okvir Transportne zajednice idealno generirao veći interes za investiranjem u sektor, što bi pak dovelo do bržeg otklanjanja vitalnih problema transporta u državama JIE, i to u dva glavna pravca: razvoja infrastrukture na području TEN-T mreže država JIE (*South East Europe Core Regional Transport Network*)³⁴ i liberalizacije tržišta prometnih usluga. Sporazumom 2009. osnivaju se dva tijela: Ministarsko vijeće (eng. *Ministerial Council*) zaduženo za nadzor nad provedbom Sporazuma 2009., te operativno tijelo pod nazivom *Regional Steering Committee* (dalje: RSC). Članstvo oba tijela sastavljeno je od po jednog predstavnika i zamjenika iz svake od država JIE, te promatrača iz bilo koje od zainteresiranih država EU.³⁵ RSC ima ovlast donošenja obvezujućih odluka za sve države JIE vezanih uz funkcioniranje Transportne zajednice i tumačenje odredaba Sporazuma 2009., a odluke donosi jednoglasno.³⁶ Nema posebnih odredaba o kvalifikacijama i provenijenciji takvih predstavnika; za pretpostaviti je da bi se oni mogli regrutirati iz redova više i visoke državne administracije ili/i političara. Imajući to u vidu, posebno valja izdvojiti ovlast RSC vezanu uz praćenje presuda Europskog suda (kao dijela pravne stečevine EU) koja se tiče materije transporta.³⁷ U želji da se spriječe pogrešna tumačenja europskog prava i pravne stečevine EU iz Aneksa I, kao i da se osigura jedinstveno tumačenje samog Sporazuma, u čl. 19 daju se detaljna pravila za tumačenje, koja su zanimljiva na više razina. Prvo, ukoliko su odredba Sporazuma 2009. ili odredbe akta iz Aneksa I sadržajno identične s nekom od odredaba Osnivačkih ugovora EU ili akta usvojenog temeljem njih, valja ih tumačiti u skladu s presudama i odlukama Europskog suda donesenim prije sklapanja Sporazuma 2009. Drugim riječima, ovime se operacionalizira činjenica da presude Europskog suda čine sastavni dio pravne stečevine s kojom se harmonizira zakonodavstvo država JIE temeljem Sporazuma 2009. Nadalje, ukoliko se pitanje tumačenja ovakvih odredaba pojavi kao prethodno pitanje u postupku pred sudom države JIE, nacionalni sud ima pravo pokretanja postupka o prethodnom pitanju pred Europskim sudom radi donošenja odluke o dotičnom pitanju, osim ako mu to pravo nije ograničeno posebnom odlukom države JIE. U takvom slučaju, zainteresirana strana može dostaviti pravomoćnu sudsku odluku nacionalnog suda RSC, koji mora osigurati jedinstveno tumačenje Sporazuma 2009., u kojem cilju može donositi vlastite odluke, koje pak moraju biti usklađene sa praksom Europskog suda.³⁸ Ova je odredba upitna sa različitih stajališta. S jedne strane, upitna je provedbena osnova tumačenja odredaba pravne stečevine EU pred nacionalnim sudovima država JIE, i to u sadržajnom i postupkovnom aspektu. Poznavajući složenost europskog prava, njegovih načela, kompleksnost stečevine temeljem koje se tumači relevantna odredba

³² Čl. 1-2. Sporazuma 2009.

³³ Koenders, G. (2008). Dostupno na: <http://www.tourism-master.nl/2008/09/30/transport-community-treaty-between-the-european-union-and-the-western-balkans/> (15.11.2012.)

³⁴ Čl. 8-10. Sporazuma 2009.

³⁵ Čl. 21-25. Sporazuma 2009. Pored ova dva tijela, osnivaju se i tehnički odbori u formi ad-hoc radnih grupa. Čl. 26. Sporazuma 2009.

³⁶ Čl. 24-25. Sporazuma 2009.

³⁷ Toč. 7. čl. 24. Sporazuma 2009.

³⁸ Toč. 1-3. čl. 19. Sporazuma 2009.

(sadržajno je pritom nebitno tumači li se odredba izvornog pravnog akta EU ili transponirana kroz nacionalno zakonodavstvo), te procesnih odredaba o postupku po prethodnom pitanju pred Europskim sudom, vrlo je upitna osposobljenost sudaca nacionalnih sudova za takav posao prije punopravnog članstva države JIE u EU. Jasna je želja autora Sporazuma 2009. da se osigura uniformnost europskog prava, no mogućnost adekvatne i kvalitetne sadržajne provedbe ovakve odredbe u postojećoj formulaciji bila bi, smatramo, nerealna. Nadalje, ovakva odredba znači i zadiranje u organizaciju sudske vlasti i postupaka države JIE kao samostalne suverene države. Ovakav „sektorski“ pristup integraciji kroz stvaranje Transportne zajednice ne predviđa prethodni referendum građana o želji za ulaskom u *dio* EU koji se odnosi na transport. Možemo se, stoga, zapitati gdje je legitimitet ovakvog postupka, koji, ako se teoretski nastavi ovom „sektorskom“ metodom, u konačnici može značiti (gotovo) punopravno članstvo u EU bez ispitivanja volje građana. Konačno, ovakvom se odredbom daje ovlast RSC kao političko-administrativnom tijelu da preispituje pravomoćne presude donesene u legitimnoj pravosudnoj vertikali, te da donosi vlastite odluke „...djelujući tako da se očuva jedinstveno tumačenje ovog Sporazuma“.³⁹ Može li, u takvom nastojanju, RSC svojom odlukom sadržajno izmijeniti sudsku presudu, odlučujući o meritumu? Ako je tako, a iz postojećeg teksta ne može se zaključiti suprotno, to bi značilo (vrlo opasno) uvođenje novog stupnja sudovanja u pravosudnu vertikalu, supraponiranu dotad vrhovnoj instanci sudske vlasti, i to u obliku politički kreiranog tijela s mogućnošću da članovi istog nemaju nikakve pravne, a kamoli pravosudne kvalifikacije.⁴⁰ Sporazum 2009. se sastoji od tri osnovna dijela: glavnog teksta, aneksa i protokola. Prvi dio čini tzv. glavni tekst sporazuma, tj. 45 članaka s kojima se uređuje funkcioniranje buduće Transportne zajednice. Država JIE dužna je uredbe EU iz Aneksa I Sporazuma 2009. implementirati u domaći pravni poredak u roku koji će za nju odrediti RSC, te harmonizirati domaće zakonodavstvo s navedenim direktivama EU na način i u obliku koji smatra primjerenim.⁴¹ Provedba ovih ciljeva odvija se u dvije faze. Na kraju prve faze država JIE dužna je harmonizirati zakonodavstvo s definiranom pravnom stečevinom EU, dok je na kraju druge faze dužna dokazati da je predmetno zakonodavstvo efikasno implementirano u praksi. Procjenu zadovoljavanja uvjeta svake faze vrši Komisija, a pozitivan ishod procjene za sobom povlači određenu fazu liberalizacije transportnog tržišta za državu JIE, pri čemu su detaljne tržišne slobode za pojedine grane prometa definirane protokolom Sporazuma 2009. za svaku državu JIE posebno.⁴² Drugi dio Sporazuma 2009. čine četiri aneksa, čiji sadržaj možemo sažeto prikazati kako slijedi:

Aneks I: taksativno navedeni propisi pravne stečevine EU primjenjivi između ugovornih strana temeljem Sporazuma 2009., po granama prometa, s kojima valja harmonizirati zakonodavstvo svake od država JIE. Inicijalno predložena lista pravne stečevine podložna je promjenama uslijed pregovaračkog procesa s državama JIE, te donošenja novih propisa.

Aneks II: horizontalne prilagodbe termina i postupovna pravila. Odredbama sadržanim u ovom aneksu redefiniiraju se pojmovi iz instrumenata pravne stečevine nabrojane u Aneksu I za potrebe Sporazuma 2009., kako bi se suzio opseg primjene samo na Transportnu zajednicu i potrebe ostvarivanja ciljeva Sporazuma 2009. Na primjer, za potrebe ovog sporazuma smatrat će se da pojam „Zajednica (eng. *Community*)“ znači Područje Transportne zajednice (eng. *Transport Community Area*), dok se pod pojmovima pravo Zajednice (eng. *Community law*), zakonodavstvo Zajednice (eng. *Community legislation*), instrumenti Zajednice (eng.

³⁹ Čl. 19. St. 3. Sporazuma 2009.

⁴⁰ Postupak obraćanja Europskom sudu i postupovna pravila dodatno su nadopunjena odredbama Aneksa IV Sporazuma 2009.

⁴¹ Čl. 3. Sporazuma 2009.

⁴² Čl. 40. Sporazuma 2009.

Community instruments) te Sporazum EZ (eng. *EC Treaty*) podrazumijeva (samo) Sporazum o Transportnoj zajednici (eng. *Transport Community Treaty*).⁴³ Na taj su način postavljene granice ovakve „sektorske“ integracije, u nastojanju da se spriječi „prelijevanje“ učinka transportne integracije na ostala područja.

Aneks III: specifična pravila o tržišnom natjecanju usmjerena na dokidanje svih tržišnih monopola u državama JIE do isteka drugog prijelaznog perioda, te detaljna pravila o državnim potporama, razrađena u kontekstu čl. 17. Sporazuma 2009. i stvaranja Transportne zajednice.

Aneks IV: detaljna pravila za obraćanje Europskom sudu od strane nacionalnih sudova država JIE, u skladu s čl. 19. i 37. Sporazuma 2009.

Aneks V: Proračun Transportne zajednice. Ovaj dio Sporazuma ne sadrži nikakve odredbe, tek naslov ove cjeline čiji sadržaj valja u cijelosti definirati tijekom pregovora sa državama JIE.

Konačno, treći dio Sporazuma 2009. sačinjava sedam protokola sa posebnim uređenjima dinamike i uvjeta stvaranja Transportne zajednice sa svakom od država JIE. Svaki od sedam protokola sadrži odredbe o uvjetima koje pojedina država JIE mora zadovoljiti za prelazak u iduću fazu integracije, kao i posebne odredbe za svaku granu transporta, čime se nužno Sporazum 2009. operacionalizira i prilagođava transportnim specifičnostima svake od država. Detaljna analiza prava za svaku državu JIE po transportnim granama nadilazi opseg ovog napisa; istaknimo samo da je puni opseg tržišnih prava, te liberalizacije i integracije transportnog tržišta kojeg pojedina država JIE može dosegnuti, sukladan onom stupnju liberalizacije tržišta pojedine transportne grane koja je trenutno dosegnuta u EU. Modifikacije koje donose protokoli odnose se na neke specifične zahtjeve i ograničenja za pojedine države JIE koje su posljedica specifičnosti njihovog područja i tržišta. Nacrt Sporazuma 2009. kako je prikazan u ovom tekstu još je uvijek u fazi pregovora, a njegovo se sklapanje još ne nazire. Razlozi za to su političke i meritorne prirode. Politički zastoj uzrokovan je činjenicom da je jedna od ugovornih strana Sporazuma 2009. i Kosovo prema UNSCR 1244/99, čemu se Srbija oštro protivi. Neke od država JIE, poput Hrvatske i Crne Gore, svaka zbog svojih specifičnih razloga, ne vide svoj interes, određenu „dodanu vrijednost“ za svoju državu u sklapanju ovakvog sporazuma usmjerenog na „sektorsku“ integraciju, i neovisnom o pristupanju u članstvo EU u cjelini. Naravno, na Hrvatsku je ovakav „sektorski“ sporazum tijekom protekle tri godine pogotovo izgubio na važnosti zbog neposredno predstojećeg pristupanja u punopravno članstvo EU 2013. godine. Za druge države JIE, čiji izvjesni datum pristupanja u EU se još ne nazire, ideja „sektorske“ integracije može još uvijek zadržati stanovitu privlačnost.

2.6. Prometna strategija EU od 2011. do danas

Recentno pogoršanje sigurnosne situacije na Bliskom Istoku, eskalacija sukoba i nemira na prostoru Sjeverne Afrike te smjene režima u nekim državama nagnali su EU na redefiniranje svojih stajališta iz ENP, te njezino noveliranje. To je učinjeno novim dokumentom iz 2011. pod nazivom „Novi odgovor na promjene u susjedstvu“⁴⁴, kojim je EU dala svoj cjeloviti odgovor na burna vanjsko-politička događanja, te razvoj sigurnosne i gospodarske situacije 16 država u svojem neposrednom susjedstvu. U cjelini, suradnja i približavanje pojedine države EU, te pristup EU fondovima i općenito financiranju na svim razinama, biti će ovisno o stupnju demokratskih promjena svake od država. Posebno će se valorizirati poštivanje vladavine prava i unaprijeđenje pravosuđa, funkcioniranje tijela vlasti, te poštivanje ljudskih

⁴³ Također, preambule propisa koji čine Aneks I Toč. 1 i 2 Aneks II Sporazuma 2009.

⁴⁴ *A new response to a changing Neighbourhood*. COM (2011) 303 final. Brussels, 25.5.2011.

prava u cjelini. Nadalje, svaka će pojedina država temeljem procjene provedbe ranije dogovorenih gospodarskih i pravnih ciljeva (npr. harmonizacije zakonodavstva s pravnom stečevinom EU) ostvarivati prava poput postupne liberalizacije pristupa Jedinostvenom tržištu EU i pristup financijskim resursima EU u realizaciji projekata.⁴⁵ Prometna politika sa susjednim državama posebno je istaknuta kao prioritetno područje, u kojem se očekuju daljnji pomaci i napredak.⁴⁶ Na osnovi ovako formilirane općenite ENP strategije, te dosad ostvarenih napredaka ENP država u području transporta, iste je godine donesen i novi sektorski strateški dokument za promet (dalje: Priopćenje 2011.),⁴⁷ kojim se sumiraju sve aktivnosti, planovi i pomaci ostvareni u proteklom periodu u ovom području, te se određuje plan aktivnosti i ciljeva za iduće kratkoročno i dugoročno razdoblje u svim granama transporta. Posebno se ističe važnost ponude EU za države JIE na sklapanje Sporazuma o Transportnoj zajednici, kao jednog od modaliteta pomoći EU susjednim državama u harmonizaciji sa pravnom stečevinom EU i integraciji tržišta.⁴⁸ Priopćenje 2011. detaljan je dokument koji nadilazi (samo) infrastrukturni aspekt, i daje prikaz svih dosad poduzetih aktivnosti i postignutog napretka u svim granama prijevoza, kao i unaprijeđenju infrastrukturne mreže između EU i susjednih država kroz različite projekte. Ovaj je dokument naglašeno operativan – na kraju svakog poglavlja daje se pregled predloženih aktivnosti, podijeljenih na kratkoročne (do 2013. godine) i dugoročne (nakon tog perioda). Ističe se potreba izrade okvira i mjera za dostizanje zadanih ciljeva transportne politike i infrastrukturne suradnje za sve regije, pri čemu se posebno izdvaja uspjeh postignut u tom pravcu u državama JIE, gdje je putem SEETO definirana mreža na kojoj se implementira 38 prioritetnih projekata od regionalnog značaja u periodu od 2011-2015. godine. Osobito je važno istaći da EU u ovom kontekstu predlaže samo dvije kratkoročne mjere (do 2013), od kojih je jedna potpisivanje Sporazuma o Transportnoj zajednici sa Zapadnim Balkanom (tj. državama JIE).⁴⁹ Prema tome, unatoč političkim zastojeima i sadržajnoj suzdržanosti nekih država prema ovoj ideji, kao i pravnim i operativnim upitnicima koji su se nadvili nad ovu inicijativu, EU je daleko od odustajanja od ove, gospodarski i politički izuzetno intrigantne inicijative. Razlog za to treba tražiti u evidentnom zasićenju građana EU procesom proširenja, o kojem se počelo glasnije govoriti nakon referenduma o ustavu EU u Francuskoj i Nizozemskoj 2005. godine. Ispitivanje javnog mnijenja Eurobarometra 2006. godine pokazalo je da samo 30-45% građana EU podupire proširenje, što samo potkrepljuje tezu da je EU dosegla svoje prirodne zemljopisne granice. U tom svjetlu valja promatrati i sve više kriterije koje države JIE, počevši s Hrvatskom, trebaju zadovoljiti u pregovaračkom procesu kako bi ušle u punopravno članstvo EU, što kod onih koje još nisu blizu članstvu rađa skepticizam o iskrenim namjerama EU da ih doista u konačnici primi u članstvo.⁵⁰ Stvaranje „sektorskih“ regionalnih asocijacija poput ECAA (na snazi) ili Transportne zajednice (kao prijedloga, u fazi pregovora) čini se „solomonskim“ rješenjem kojim EU nastoji opravdati duge, zahtjevne i mukotrpe pregovore s državama regije o članstvu u EU, dokazujući time stalni napredak ovog procesa, te čuvajući vlastiti kredibilitet u isto vrijeme ostvarujući vlastite vitalne interese. Suzdržanost država JIE prema ideji Transportne zajednice svjedoče o tome da možda ipak postoji strah među državama regije kako – nakon ulaska Hrvatske u EU – ulazak u ovakve „sektorske“ asocijacije može samo prolongirati datum njihovog ulaska u punopravno članstvo u EU, ili ga čak u potpunosti dovesti u pitanje.

⁴⁵ *A nex response...*, ibid. 1-2.

⁴⁶ Ibid. 10-11.

⁴⁷ *The EU and its neighbouring regions: A renewed approach to transport cooperation*. Brussels, 7.7.2011. COM (2011) 415 final.

⁴⁸ Ibid. 3.

⁴⁹ Ibid. 16-17.

⁵⁰ *Delevic, M.* (2007) 34-36. Dostupno na: http://www.christophesoloz.ch/links/doc/2007/2007_chai.pdf (26.11.2012.)

3. ZAKLJUČAK

Temeljem provedene analize možemo zaključiti kako EU nastavlja s razvojem Europske susjedske politike (ENP) općenito sa svim državama u susjedstvu, te posebno u području politike transporta. Dinamika donošenja strateških dokumenata i konkretnih prijedloga u području transporta, poput inicijative za sklapanjem Sporazuma o Transportnoj zajednici, usmjerena je na olakšavanje protoka ljudi i dobara izvan granica EU, ubrzanje, smanjenje cijene i povećanje efikasnosti transportnih tokova između EU i susjednih država, te općenito ubrzanja vlastitog gospodarskog napretka. Politika ENP obuhvaća kako države ENP kruga (Istok: Armenija, Azerbajdžan, Bjelorusija, Gruzija, Moldavija, Ukrajina; Jug: Alžir, Egipat, Izrael, Jordan, Libanon, Libija, Maroko, Okupirani teritorij Palestine, Sirija, Tunis) i država kandidatkinja (Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, Turska) kao i potencijalnih kandidatkinja (Albanija, Bosna i Hercegovina, Srbija, Kosovo). Nadograđujući se na priopćenje Komisije iz 2007. „*Proširenje glavnih trans-europskih prometnih osovina na susjedne države*“ koje se fokusiralo na infrastrukturne aspekte, EU je nedavno učinila i korak dalje usvajanjem u ožujku 2011. dokumenta pod nazivom „*Putokaz ka Jedinstvenom europskom transportnom području – prema konkurentnom i resursno učinkovitom transportnom sustavu*“. U njemu se predlaže proširenje politike prometa i infrastrukture EU na države koje su u neposrednom susjedstvu EU, te otvaranje tržišta prometnih usluga trećih država. Prvi ozbiljan korak k ostvarenju tog cilja bilo je osnivanje Jedinstvenog europskog zrakoplovnog područja (ECAA) u kojem se nalazi i Republika Hrvatska. Stvaranje ECAA omogućava uključivanje u Jedinstveno tržište usluga zračnog prijevoza i direktnu primjenu pravne stečevine EU (uključujući presude ECJ) u području zrakoplovstva na području 11 država ne-članica EU, i to prije njihovog punopravnog članstva u EU. Međutim, EU nastoji podići razinu integracije transportnog sektora s državama JIE na još višu razinu, predlažući usvajanje nacrtu Sporazuma o Transportnoj zajednici (Sporazuma 2009.) kao višestranog međunarodnog ugovora između EU s jedne strane, te Hrvatske, Bosne i Hercegovine, Srbije, Makedonije, Crne Gore i Kosova s druge strane. Taj dokument, otvoren za pregovaranje i potpisivanje od kraja 2009. godine, predviđa postupno otvaranje tržišta na osnovi implementacije pravne stečevine EU u području sigurnosti, sigurnosne zaštite, zaštite okoliša i socijalnih pitanja. Drugim riječima, Sporazum 2009. nastavlja s politikom postupnog stvaranja Jedinstvenog tržišta usluga u drugim granama prijevoza osim zračnog prijevoza postignutog s ECAA. Njegovo prihvaćanje i stvaranje zajedničkog prijevoznog područja na prostoru EU i navedenih država dovelo bi do privlačenja infrastrukturnih investicija zbog jedinstvenog pravnog okvira, koje bi pak mogle dovesti do bržeg gospodarskog napretka svih uključenih strana prije punopravnog članstva država (potencijalnih) kandidatkinja za članstvo u EU. Ipak, koncept „sektorskog ulaska u EU“ mnoga pravna pitanja ostavlja otvorenim, dok javnost navedenih država ostaje potpuno uskraćena za bilo kakvu informaciju o ovakvom „tihom“ sektorskom ulasku u EU. Prijedlog potpisivanja ovakvog Sporazuma 2009. svakako je kruna diplomatskih i transportno-političkih napora EU u posljednjih desetak godina vezanih uz prostor država JIE. Nedvojbeno, interes EU za integracijom prostora država JIE u jedinstveni transportni prostor ne treba posebno obrazlagati, obzirom na specifični geopolitički značaj i položaj „usred“ (proširene) EU. Ipak, analizirajući predloženi tekst koji je još uvijek „na stolu“, rađa se više pitanja vezanih kako uz sadržaj, tako i u mogućnost implementacije ovako zamišljene sektorske integracije. Naime, nedvojbeno je da bi potpisivanjem Sporazuma o Transportnoj zajednici države JIE i provedbom njegovih odredaba (predviđenih u dva prijelazna perioda) faktično bile članice EU, *ali samo u sektoru prometa*. Na tom bi se području, transponirano kroz nacionalno zakonodavstvo, primjenjivala taksativno nabrojana pravna stečevina EU iz područja transporta, uključujući presude ECJ. Nacionalni bi sudovi mogli, ukoliko im takva mogućnost nije uskraćena ili ograničena od

strane matične države, zatražiti odluku ECJ o prethodnim pitanjima vezanim uz tumačenje navedene pravne stečevine bitne za donošenje odluke. Transportno tržište država JIE postupno bi u cijelosti bilo liberalizirano i uključeno u Jedinstveno tržište transportnih usluga. Na taj bi način, sadržajno i postupovno, države JIE „sektorski“ ušle u EU, bez ustavno-pravnih ograničenja (referenduma), čak i bez opsežnije stručne i političke rasprave o zaštiti nacionalnih interesa i implikacijama ovakve integracije, te potpuno nevezano za napredak postupka prijema u punopravno članstvo EU. Naime, nameće se zaključak kako je transport resurs od iznimnog političkog i gospodarskog potencijala za EU, kojim države JIE očito raspolažu. „Sektorskim“ ulaskom gubi se jaki pregovarački argument za ove države za prijem u ponopravno članstvo, bez sigurnih, jasnih i provedivih prednosti koje bi dotične države ulaskom u Transportnu zajednicu ostvarile. Ne čudi stoga što su neke od njih, poput Hrvatske i Crne Gore, izrazile suzdržanost ovom idejom. Zbog neposredno predstojećeg ulaska Hrvatske u EU pitanje ulaska u Transportnu zajednicu za nju očigledno gubi na značenju, dok za sve ostale zemlje regije ovaj prijedlog i dalje ostaje otvoreno pitanje. Zaoštren bilateralni politički problem između Srbije i Kosova očito je najteža prepreka na putu ostvarenja ove asocijacije, no pravna pitanja parcijalnog, „sektorskog“ ulaska u EU, kao nove politike EU u ostvarivanju vanjsko-političkih i gospodarskih ciljeva, ostaju i dalje aktualna. Valjalo bi, stoga, u eventualnom nastavku pregovora između EU i država JIE o Transportnoj zajednici ozbiljno preispitati nacionalne strateške resurse i komparativne prednosti, gospodarske prednosti i nedostatke ovakve asocijacije, stvarne mogućnosti provedbe (posebno nekih) odredaba predloženog Sporazuma o Transportnoj zajednici, te na temelju takve analize zauzeti informirani i decidirani stav. U protivnom, ne treba iznenaditi ako EU nakon stvaranje Transportne zajednice, i eventualno još neke slične asocijacije po istom modelu, zadovolji vlastite apetite „sektorskim“ proširenjem u državama JIE i – zasićena političkim i gospodarskim problemima vezanim uz recentna proširenja članstva – „zamrzne“ daljnje integracijske procese s državama JIE usmjerene na punopravno članstvo.

LITERATURA

1. Brnjac, N. (2012). Intermodalni sustavi. Zagreb.
2. Delevic, M. (2007) Regional cooperation in the Western Balkans. Chaillot Paper n. 104. Institute for Security Studies. Paris., str. 34-36. Dostupno na: http://www.christophesoloz.ch/links/doc/2007/2007_chai.pdf (28.11.2012.)
3. Ferrero-Waldner, B. (2007). European Neighbourhood Policy, Baltic Rim Economies. Dostupno na: http://www.tse.fi/FI/yksikot/erillislaitokset/pei/Documents/bre/expert_article148_62007.pdf (24.11.2012.)
4. Ilić, M. & Orešić, D. (2004). Pan-European Transport Corridors and Transport System of Croatia. Hrvatski geografski glasnik 66:2, 5-22.
5. Koenders, G. (2008) Transport Community Treaty between the European Union and the Western Balkans. Dostupno na: <http://www.tourism-master.nl/2008/09/30/transport-community-treaty-between-the-european-union-and-the-western-balkans/> (15.11.2012.)
6. Radionov, N. & Čapeta, T. & Marin, J. & Bulum, B. & Kumpan, A & Popović, N. & Savić, I. (2011). Europsko prometno pravo. Zagreb.
7. Savić, I. & Kapetanović, A. (2011). Reaching for the European Sky. Poredbeno pomorsko pravo 50:165, 195-216.

Dokumenti

1. Freight Transport Logistics in Europe – the key to sustainable mobility. Brussels, 28.6.2006. COM (2006) 336 final.
2. EU Transport in Figures, Statistical pocketbook 2011, European Union, 2011.
3. United Nations Security Council Resolution 1244 (1999). S/RES/1244 (1999), June 1999.
4. Extension of the major trans-European transport axes to the neighbouring countries – Guidelines for transport in Europe and neighbouring regions. Brussels, 31.1.2007., COM (2007) 32 final.
5. Trans-European Transport Network – TEN-T priority axes and projects 2005. European Communities. 2005. Dostupno na: http://ec.europa.eu/ten/transport/projects/doc/2005_ten_t_en.pdf (25.11.2012.)
6. Air Traffic Management: Freeing Europe's airspace. White Paper. Brussels, 6.3.1996., COM(96) 57 final.
7. A Strategy for Revitalising the Community's Railways. White Paper. 30.7.1996., COM(96) 421 final.
8. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on Strengthening the European Neighbourhood Policy. COM (2006) 726, 4.12.2006.
9. Memorandum of Understanding on the development of the South East Europe Core Regional Transport Network. Dostupno na: http://ec.europa.eu/ten/infrastructure/doc/2004_06_11_memorandum.pdf (15.11.2012.)
10. Multilateral Agreement between the European Community and its Member States, the Republic of Albania, Bosnia and Herzegovina, the Republic of Bulgaria, the Republic of Croatia, the former Yugoslav Republic of Macedonia, the Republic of Iceland, the Republic of Montenegro, the Kingdom of Norway, Romania, the Republic of Serbia and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (1) on the establishment of a European Common Aviation Area, [2006] OJ L 285/3.
11. A new response to a changing Neighbourhood. COM(2011) 303 final. Brussels, 25.5.2011.
12. Draft Treaty establishing the Transport Community. December 21st, 2009.

Internet

- http://ec.europa.eu/transport/strategies/facts-and-figures/transport-matters/index_en.htm (2.11.2012.)
- http://europa.eu/pol/trans/index_en.htm (3.11.2012.)
- <http://www.prometna-zona.com/koridori.php> (2.11.2012.)
- http://ec.europa.eu/transport/modes/air/international_aviation/country_index/ecaa_en.htm (12.11.2012.)

Summary

TRANSPORT COMMUNITY: BACKGROUND AND CHALLENGES

*The EU continues with the European Neighbourhood Policy (ENP), with special emphasis on the transport sector. Priority area are South-East European countries (Albania, Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Croatia, Kosovo, Macedonia and Serbia), whose geo-strategical position on several Pan-European transport corridors makes them especially important for the achievement of the internal transport cohesion of the EU. The relatively new EU incentive for the creation of the Transport Community with those countries is therefore the peak of the foreign policy activities in the transport sector, aimed at signing the multilateral treaty between the EU on the one hand, and countries in the region on the other. According to the text of the draft treaty, which is still under negotiation, the South-East European countries should harmonize their national legislation with the specified part of the *acquis communautaire* (first transitional period), and implement such a legislation (second transitional period). After fulfilling all those preconditions, monitored by the EU, the country concerned would be granted market rights and gradual full integration in the Single market of transport services. However, the creation of the Transport Community would not be linked in any way with the parallel process of approaching the full EU membership, nor would it have direct impact on it. Transport Community would therefore represent the „sectorial“ entry into the EU in the transport sector, where part of the *acquis communautaire* would be implemented and national courts would be able to refer to the ECJ for the interpretation of that part of the *acquis*. Negotiations on signing the Transport Community Treaty came to a temporary standstill due to the opened bilateral issues between Serbia and Kosovo. Should those negotiations continue, the main dilemma on the economic and political validity, and even legality of such a „sectorial“ approach to the EU membership, still remain. Far from the public eye and without the wider public debate on the evaluation of national resources in the negotiations for the EU membership, the entry of the countries in the region in the Transport Community could be the end of the dream on the (fast) membership in the EU. Tired from the enlargement on the model of full membership, the EU might be on the way to legalize a new model of „sectorial“ enlargement that would entirely satisfy the current interests of the EU, as well as bring certain economic benefits to the other country. Every country in the South-East Europe (Western Balkans) should evaluate for itself the possible (dis)advantages of such a model.*

Key words: *Transport Community, transport strategy, EU transport policy, Western Balkans, South-East European countries.*

USKLAĐIVANJE HRVATSKOG PRAVA S PRAVOM EUROPSKE UNIJE U PODRUČJU RAZMJENE INFORMACIJA O IZRAVNIM POREZIMA I POREZIMA NA PREMIJE OSIGURANJA IZMEĐU POREZNIH ADMINISTRACIJA ZEMALJA ČLANICA

Predmet analize u radu jest usklađivanje hrvatskog poreznog prava s pravom EU u segmentu administrativne suradnje poreznih uprava, i to što se tiče razmjene informacija. Razmjena informacija u poreznim stvarima sredstvo je, primarno, suzbijanja nezakonitog izbjegavanja porezne obveze, iako prikupljene informacije mogu biti od bitnog značaj i za sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze. U postupku usklađivanja, u hrvatsko je važeće pravo uvrštena, između ostalih, i Direktiva 77/799 EEZ (Direktiva o razmjeni informacija); njome, te njezinim dopunama iz 2004. godine, regulirana je razmjena informacija između poreznih administracija zemalja članica EU, koje se odnose na izravne poreze i oporezivanje premija osiguranja.

Ključne riječi: *suradnja poreznih administracija, razmjena informacija, izravni porezi, porezi na premije osiguranja.*

1. UVOD

Međunarodna administrativna suradnja u poreznim stvarima, u formi razmjene podataka među poreznim administracijama različitih država, uvjetovana je barem dvjema pojavama: 1. koegzistencijom različitih poreznih sustava, i 2. njihovom, vremenom, sve većom interakcijom. Ovaj potonji fenomen posljedica je, između ostalog, sve lakše komunikacije uzrokovane razvojem tehnologije koja takvu komunikaciju omogućuje. Na međunarodno-poreznom planu, razmjena podataka, povijesno gledano, prvi je put bila normirana u ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja (dalje: porezni ugovori) – u ugovorima između Belgije i Francuske (1843. godine), Belgije i Nizozemske (1845. godine) i Belgije i Luxembourg (također 1845. godine); razmjena podataka odnosila se na područje registracijskog poreza (*Gangemi* 1990, 19).¹ Kasnije, ugovaranje obveze razmjene podataka u poreznim ugovorima je prošireno i na bitnije poreze – na porez na dohodak, te i na druge poreze, i to u ugovorima sklapanim nakon Prvog svjetskog rata (*Gangemi* 1990, 19). Suštinski poticaj za međunarodno-ugovorno normiranje razmjene podataka je jasan – povećati učinkovitosti kod naplate poreza putem suradnje poreznih administracija. Razmjena podataka

* Prof.dr.sc. Hrvoje Arbutina, redoviti profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

¹ Porez naplaćivan kod prve registracije prijevoznih sredstava, npr. automobila.

jedan je od odgovora poreznih administracija na međunarodno organizirano izbjegavanje porezne obveze, i to kako na zakonito, tako i na nezakonito njezino izbjegavanje. Takva izbjegavanja erodiraju nacionalne porezne osnovice, što dovodi do uskrate poreznih prihoda državama, a time i do izravnog utjecaja na smanjenje i kvantitete i kvalitete u pružanju javnih usluga. Očekivana je posljedica reakcija na ove pojave nakon što su uočene; države će koristiti svoje porezne administracije radi njihovog sprječavanja, i pri tome će, u okvirima ovlaštenja i ograničenja koja proizlaze iz koncepta suverenosti, posegnuti i preko državnih granica. Predmet razmjene su podaci o poreznim obveznicima, fizičkim i pravnim osobama, i to podaci koji su relevantni za utvrđivanje porezne obveze, tj., drugačije rečeno, "suradnja u razmjeni informacija je uglavnom usmjerena na osiguranje pravilne primjene poreznih propisa od strane države/administracije odgovorne za njihovu provedbu" (Prats 2002, 60). Pri tome, polazna je situacija takva da su podaci koji su od značaja za porezne vlasti jedne države dostupni poreznoj administraciji druge države. Međutim, sasvim slobodna razmjena podataka, s ciljem naplate poreza, nije moguća; naime, značajna su prepreka takvoj razmjeni – prava poreznog obveznika, npr. njegovo pravo na zaštitu privatnosti, ili pravo na čuvanje poslovne tajne. Nikako ne treba zanemariti niti element državne suverenosti. Fiskalna (porezna) jurisdikcija važan je izraz suverenosti, pa i prestiža u odnosima s drugim državama. Koliko bi god, dakle, ničim sputavana razmjena informacija između različitih država sigurno znatno pridonijela učinkovitosti u naplati poreza i značajnom otežavanju međunarodno organiziranog izbjegavanja porezne obveze, takve okolnosti sigurno još dugo (a možda i nikada) neće biti praktično ostvarene. Ipak, koncept Europske unije, u kojem je bitan element – harmoniziranje pravnih sustava država članica, znači proširenje uobičajenih mogućnosti razmjene podataka. Naime, konvergencija pravnih sustava država članica, njihova otvorenost za međusobnu suradnju, diktirana ciljem ostvarenja jedinstvenog tržišta i temeljnim slobodama koje su u osnovi njegovog ostvarenja, otvorila je prostor i za učinkovitiju suradnju poreznih administracija. Jedan oblik takve suradnje jest razmjena podataka u poreznim stvarima. Ta je razmjena pravno regulirana direktivama kao za države članice prisilnim europskim propisima. Cilj je ovog rada – prikazati i analizirati norme hrvatskog porezno-pravnog sustava koje su preuzete iz prava EU, a odnose se na onu suradnju poreznih administracija koja je manifestirana putem instituta razmjene informacija (podataka) o izravnim porezima i porezima na premije osiguranja između poreznih administracija zemalja članica.² U *acquis communautaire*-u, taj je institut, za područje izravnih poreza i osiguranja automobila i cestovnih vozila, bio³ reguliran direktivom odgovarajuće sadržaja, pa će ona biti predmetom prikaza i analize. Direktiva EZ koje se odnosila na razmjenu informacija u vezi s izravnim porezima jest Direktiva 77/799 EEE⁴ (dalje: Direktiva, DRI) i recipirana je u hrvatski porezno-pravni sustav prenošenjem njezinog sadržaja u glavu VIII. Općeg poreznog zakona^{5,6} (dalje: OPZ), s naslovom "Administrativna suradnja između država članica Europskih zajednica za područje poreza". Naslov je unekoliko neprecizan – radi se, naime, samo o

² Osim razmjene podataka, učinkovito sredstvo suradnje poreznih administracija država članica je i uzajamna pomoć u naplati poreza, tj. institut još učinkovitiji (kao sredstvo suradnje u području oporezivanja) nego što je razmjena informacija.

³ Za razjašnjenje korištenog prošlog vremena, vidjeti *infra*, odjeljak 2.

⁴ Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977. concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums (Direktiva o uzajamnoj suradnji između nadležnih vlasti država članica u području izravnih poreza i oporezivanja premija osiguranja), OJ L 336, od 27. prosinca 1977. Direktiva je više puta dopunjavana. Za ostvarenje cilja ovog rada, međutim, sve te izmjene nisu od jednake važnosti. U skladu s time i s obzirom na cilj ovog rada, pažnja će biti posvećena dvjema takvim dopunama – onim sadržanima u Direktivi 2004/106/EC od 16. studenog 2004., OJ L 359 od 4. prosinca 2004., i u Direktivi 2004/56/EC od 21. travnja 2004., OJ L 127 od 29. travnja 2004.

⁵ NN br. 147/08, 18/11, 78/12.

⁶ S obzirom da je Direktiva ugrađena u hrvatski porezni sustav, u nastavku teksta bit će citirane odredbe OPZ koje sadrže prenesene odredbe Direktive.

izravnim porezima, pa i to ne svima. Administrativna suradnja u području neizravnih poreza (porez na dodanu vrijednost, trošarine) regulirana je drugim pravnim aktima. Rad je podijeljen na deset dijelova; prvi i deseti dio su uvod i zaključak. U drugom dijelu, ukazano je na zanimljivu pravnu situaciju, tj. na postojanje nove Direktive kojom je ukinuta Direktiva s kojom je usklađen hrvatski implementacijski propis, i na posljedice takvog stanja po analitičko polazište korišteno pri pisanju ovog rada. U trećem dijelu razmotren je odnos europskog prava i ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine, što je bilo neophodno učiniti s obzirom na izvor prava razmjene porezno relevantnih informacija između različitih država upravo u pravu poreznih ugovora. U četvrtom dijelu predmet analize su osobni i predmetni obuhvat instituta razmjene informacija, a u petom je navedeno tijelo ovlašteno sudjelovati u takvoj razmjeni. U opsežnom šestom dijelu analizirani su načini razmjene (na zahtjev, spontana i automatska razmjena). Sa stanovišta očuvanja državne suverenosti, od važnosti je problematika nazočnosti službenika poreznih administracija u drugim državama, što je predmet izlaganja u sedmom dijelu. S jedne je strane takva nazočnost bitna za učinkovitiju provedbu postupka razmjene; s druge, ona u određenoj mjeri može dovesti do pitanja vezanih za suverenost države u kojoj inozemni porezni službenici sudjeluju u prikupljanju informacija. Nadalje, u osmom dijelu, analizirane su odredbe o tajnosti podataka koji su predmet razmjene. Te su odredbe od naročite važnosti za poreznog obveznika i za zaštitu njegovih interesa, tj. privatne i/ili poslovne sfere njegove egzistencije. Naposljetku, u devetom dijelu izložena su propisana ograničenja u razmjeni informacija, kojima je cilj – zaštititi suverenost država koje u razmjeni sudjeluju, ali i, opet, interes poreznih obveznika da određene informacije, pod propisanim uvjetima, ne budu prosljeđene poreznoj administraciji druge države.

2. PITANJE IMPLEMENTACIJE: DIREKTIVA I STATUS REPUBLIKE HRVATSKE

Problematika razmjene informacija uređena je novom Direktivom⁷, koja 1. regulira područje upravne (administrativne) suradnje u području oporezivanja⁸, i 2. ukida Direktivu analiziranu u ovom radu. Države članice imale su obvezu, implementirati Direktivu 2011 u svoje pravne sustave najkasnije do 1. siječnja 2013. godine⁹. Hrvatski zakonodavac, do trenutka predaje ovog rada za tisak, Direktivu 2011 nije implementirao u hrvatski porezno-pravni sustav. Takva implementacija nije niti na rasporedu tekuće sjednice Sabora (od 23. siječnja do 22. veljače 2013. godine).¹⁰ To čini pravnu situaciju razmjerno složenom. Čimbenici te složenosti su: 1. u ovom trenutku, u Republici Hrvatskoj, institut razmjene informacija u području administrativne suradnje u poreznim stvarima, što se tiče izravnih poreza i poreza na premije osiguranja, usklađen je s nevažećom Direktivom; 2. u Republici Hrvatskoj, institut razmjene informacija jest reguliran važećim propisom; 3. Republika Hrvatska (još) nije država članica EU, te stoga, do stjecanja punopravnog članstva, nema obvezu primjenjivati europske propise. Zaključno, sa stanovišta normativne analize važećeg porezno-pravnog stanja, smatram da je pozitivno-pravna situacija vrijedna istraživanja. Naime, koliko god istraživaču važećeg pravnog stanja izazivalo nelagodu baviti se nevažećim propisom (DRI), tako je, ipak, analize

⁷ Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC (Direktiva o upravnoj suradnji između u području oporezivanja i ukidanju Direktive 77/799/EEZ) od 15. veljače 2011. godine, OJ L 64/1; dalje u tekstu: Direktiva 2011.

⁸ Ta se Direktiva odnosi na sve poreze, osim onih izričito isključenih njezinim člankom 2/2 (najznačajnije isključenje tom normom iz obuhvata Direktive odnosi se na neizravne poreze).

⁹ Obveza implementacije (vrlo opsežnog) članka 8. Direktive u pravne sustave zemalja članica odgođena je do 1. siječnja 2015. godine.

¹⁰ Vidjeti: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?sec=2148>.

vrijedan tuzemni važeći propis (OPZ). Pri tome, presudna je činjenica da Hrvatska nije država članica EU, te stoga još ima vremena implementirati važeću Direktivu 2011 u svoj pravni sustav. Svakako, nije dobro da to nije već učinjeno, tj. da će (vjerojatno) biti učinjeno u zadnji čas. No situacija je takva kakva jest; jedan je mogući, i znanstveno relevantan, izbor za istraživača – poći od postojećeg stanja i analitički se usredotočiti na njega.¹¹ To pogotovo iz dva razloga: do sada je o institutu međunarodne razmjene informacija u području oporezivanja u našoj pravnoj literaturi objavljeno vrlo malo; nadalje, Direktiva 2011 zadržava sve načine razmjene informacija i suradnje između poreznih administracija država članica. Bitne su izmjene – proširenje obuhvata instituta razmjene i smanjenje ograničenja za suradnju ovlaštenih tijela i službenika poreznih administracija država članica. Dakle, analiza prezentirana u ovom radu poslužit će, u nemalim dijelovima, kao uvodna studija za analizu promjena koje donese usklađivanje hrvatskog sustava s Direktivom 2011. Analiza Direktive 2011, bez hrvatskog propisa koji je s njome usklađen, dakle, a u skladu s ključnom riječi "usklađivanje" iz naslova rada, nije predmet ovog članka, nego nekog drugog. Taj drugi članak svakako vrijedi napisati kad se steknu uvjeti (kad bude donesen hrvatski implementacijski propis koji će u hrvatski pravni sustav uvesti Direktivu 2011). Pristup *de lege ferenda*, u vrijeme predaje rada za tisak, nije primjenjiv, jer nema hrvatskog propisa s kojim bi Direktivu 2011 trebalo uspoređivati, te predložiti buduće izmjene hrvatske norme. Potpunije rečeno, što se tiče kriterija usklađenosti hrvatskog prava u segmentu razmjene informacija koji Direktiva regulira, tu Direktivu ili treba analizirati zasebno, bez konteksta usklađivanja hrvatskog prava, ili pričekati njezinu implementaciju u hrvatski pravni poredak, pa ocijeniti usklađenost hrvatskog implementacijskog propisa s njezinim sadržajem.

3. EUROPSKO PRAVO I UGOVORI O IZBJEGAVANJU DVOSTRUKOG OPOREZIVANJA

Suradnja poreznih administracija putem razmjene informacija nije nastala u europskom pravu. Ona svoj izvor ima u pravu međunarodnih ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine (dalje: porezni ugovori). Ti ugovori mogu biti bilateralni i multilateralni; globalno, bilateralni ugovori bili su, i još uvijek jesu, ogromna većina takvih ugovora. Na njihov sadržaj u većoj ili manjoj mjeri utječe međunarodno porezno-pravno etablirani Model ugovora o izbjegavanju međunarodnog dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine, izrađen u okrilju OECD-a (pa je stoga često u stručnoj i znanstvenoj literaturi skraćeno i navođen kao OECD Model). U Modelu je ovaj institut reguliran člankom 26. Države koje sklapaju porezne ugovore često ga preuzimaju iz Modela u neizmijenjenom obliku; često u konkretnim ugovorima on i jest članak broj 26.¹² Iz sfere međunarodnog poreznog prava, institut razmjene informacija preuzet je i u *acquis*, tj. u pravne sustave država članica, u sadržajno bitno istovrsnom obliku kako je on reguliran u OECD Modelu. Ipak, usprkos ovakvim podudarnostima, postoje i bitne razlike između prava EU i prava poreznih ugovora (*Ruiz* 2006, 197):

1. Mogućnost nametanja poštivanja normi: pravo EU je supranacionalno, te stoga, u skladu s primarnim europskim pravom, postoje pravna sredstva njegove primjene u državama

¹¹ Predvidivo je, pri tome, da će pozitivno-pravno stanje vjerojatno biti brzo promijenjeno, jer je primanje Republike Hrvatske u punopravno članstvo predviđeno je za 1. srpnja 2013, godine, te da će, u skladu s time, do 1. srpnja 2013. godine u hrvatski porezno-pravni sustav biti implementirana Direktiva 2011. Time će ovaj rad u svojim značajnim dijelovima postati zastarjeli. No to je, čini se, općenito sudbina istraživanja koja za predmet imaju važeće pravno stanje, sasvim u skladu s bezvremenom, jetkom, konstatacijom Rudolfa von Iheringa: "Jedan potez zakonodavčeva pera – i čitave biblioteke postaju makulatura". Valjalo bi, međutim, dodati, optimističke perspektive radi – novi propisi, nove istraživačke prilike.

¹² Takav je, npr., slučaj s porezni ugovorima u kojima je Republika Hrvatska jedna od ugovornih strana.

članicama; pravo poreznih ugovora nema kvalitetu nadnacionalnosti, i nema tijela koje bi provedbu ugovornih odredbi moglo nametnuti državama ugovornicama;

2. Pitanja svrhe: kod poreznih ugovora, razmjena podataka usmjerena je na uklanjanje dvostrukog oporezivanja i suzbijanje zakonitog i nezakonitog izbjegavanja porezne obveze; u EU, cilj je – uklanjanje gospodarskih poremećaja unutar jedinstvenog tržišta.

U vezi s točkom 2., međutim, pitanje je koliko su temeljni ciljevi instituta razmjene podataka različiti. Naime, cilj je razmjene podataka uvijek – prikupiti podatke o poreznom obvezniku radi što je moguće točnijeg ustanovljenja njegove porezne obveze. Kod međunarodne razmjene, taj je postupak utoliko složeniji, što se odvija između (najmanje) dvije države; stoga on uključuje neizbježne formalnosti svojstvene međudržavnim odnosima. No, suštinski, u pitanju je pribavljanje podataka o poreznom obvezniku, tj. pribavljanje saznanja o činjenicama u vezi s privatnim ili poslovnim aspektima njegove egzistencije, koje su relevantne za oporezivanje. Pri tome, ako je kao cilj postavljeno "uklanjanje gospodarskih poremećaja unutar jedinstvenog tržišta", u pravilu će se raditi o uklanjanju diskriminacije, tj. nejednakog položaja poreznog obveznika na tome tržištu, i to njegovog nejednakog položaja u državi u kojoj on nije rezident ili državljanin. U ovom kontekstu, nejednaki položaj znači – povoljniji položaj, koji porezni obveznik ostvaruje temeljem činjenice da određeni podaci, od utjecaja na utvrđenje porezne obveze (u državi, npr., njegove rezidentnosti¹³) nisu poznati poreznoj administraciji te države, što će za posljedicu, u pravilu, imati smanjenje njegove porezne obveze. Dakle, u podtekstu instituta razmjene podataka u poreznim stvarima uvijek je suzbijanje izbjegavanja porezne obveze. Naravno, predmet rasprave može biti – je li porezni obveznik podatke namjerno, s ciljem izbjegavanja porezne obveze, učinio nedostupnima poreznoj administraciji države koja bi, temeljem njihovog poznavanja, mogla potraživati plaćanje poreznog duga, ili je do toga došlo bez njegove namjere. No, u svakom slučaju, bilo izbjegavanje porezne obveze, ili pokušaj takvog izbjegavanja, namjerno ili nenamjerno, uvijek se radi upravo o tome – o izbjegavanju porezne obveze, što dovodi do prikrate državnog proračuna za iznos izbjegnuto poreza. Spomenuti je cilj (suzbijanje izbjegavanja porezne obveze), uostalom, kao primarni razlog donošenja Direktive, istaknut u prvim stavicama Preambule Direktive. Pri tome, za pretpostaviti je da će se češće raditi o nezakonitom izbjegavanju porezne obveze. Naime, karakteristika je zakonitog izbjegavanja da porezni obveznik u pravilu (iako ne uvijek!) porezno relevantne činjenice ne skriva od porezne administracije kojoj ih je obvezan prijaviti, a ipak uspijeva smanjiti svoju poreznu obvezu ili je sasvim izbjeći; srž je, dakle, zakonitog izbjegavanja porezne obveze da je postupak poreznog obveznika formalno-pravno u cijelosti u skladu sa zakonom. Kod nezakonitog izbjegavanja porezne obveze, to izbjegavanje biva postignuto na nezakonit način – najčešće upravo prikrivanjem činjenica bitnih za oporezivanje, i to tako što njihovo postojanje u drugoj državi neće biti prijavljeno poreznoj administraciji države rezidentnosti poreznog obveznika, s posljedicom nastanka međunarodno organizirane utaje poreza. Svakako da je u EU lakše postići cilj razmjene podataka između poreznih administracija država članica nego što je to moguće između država koje nisu objedinjene u jednoj takvoj nadnacionalnoj tvorevini, tvorevini čije su članice prihvatile određeno ograničenje svoje suverenosti radi ustanovljenja zajedničkog tržišta kao jednog od svojih glavnih ciljeva.

¹³ "Temeljem načela (fiskalne) rezidentnosti fizičkih i pravnih osoba utvrđuje se u suvremenim poreznim sustavima obuhvat porezne obveze (za tzv. izravne poreze – npr., porez na dohodak i porez na dobit) koja se odnosi na te osobe; rezidenti u pravilu plaćaju državi svoje fiskalne rezidentnosti porez na svjetski dohodak, odnosno dobit. Prema važećem hrvatskom poreznom zakonodavstvu, fiskalna rezidentnost utvrđena je za fizičke osobe temeljem njihovog prebivališta ili uobičajenog boravišta, a za pravne osobe – temeljem registriranog sjedišta, odnosno sjedišta uprave i nadzora trgovačkog društva. Opširnije o obuhvatu porezne obveze kod izravnih poreza vidjeti: Arbutina, Hrvoje, *Određenje osobnog i predmetnog obuhvata porezne obveze pri oporezivanju dohotka i dobiti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1-2/97." (*Arbutina* 2012, bilj. 21).

Države ne-članice EU moraju, ako žele razmjenu podataka, nju regulirati poreznim ugovorima. Za određenu kategoriju država (ili teritorija s nekim elementima državnosti) upravo će norma poreznog ugovora koja sadrži obvezu razmjene podataka biti ono što će takve države odvracati od sklapanja poreznih ugovora.¹⁴ Naglašen element nadnacionalnosti EU, međutim, ne mijenja karakter razmjene podataka kao sredstva borbe protiv izbjegavanja (prvenstveno nezakonitog) porezne obveze i u EU, uz činjenicu da je to, općenitije gledano, jedan od instrumenata ostvarenje zajedničkog tržišta.

4. OSOBN I PREDMETNI OBUHVAT INSTITUTA

U Općim odredbama glave VIII. OPZ-a, u čl. 172/1, normirana je nadležnost za primjenu Direktive, i to kao ovlaštenje Porezne uprave. U st. 2. istog članka određeno je isključenje primjene st. 1. na carine i posebne poreze. Norma je nepotrebna; stavkom 1. jasno je određena njegova primjena samo na Direktive 77/799 EEZ i 2008/55 EZ, a niti jedna od njih se ne odnosi na carine i posebne poreze. K tome, korišten je termin "posebni porezi" koji može izazvati stanovitu zabunu. Pretpostavka je da je mišljeno na posebne poreze (na promet) i trošarine. Člankom 172/3. OPZ-a usvojeno je, što se tiče zahtjeva zaprimljenih od ovlaštenih tijela država članica EZ u vezi s pružanjem uzajamne pomoći, načelo jednakog postupanja kao i sa zahtjevima zaprimljenima od hrvatskih ovlaštenih tijela. Stavkom 4. propisano je ovlaštenje ministra financija da, u roku od četiri mjeseca od dana pristupanja u članstvo EU, pravilnikom propiše postupak primjene Direktive 77/799 EEZ. Čl. 173. OPZ-a regulira izravnu primjenu određenih uredbi Europskih zajednica. No iako je u naslovu članka riječ o uredbama (množina), u tekstu norme propisana je primjena samo jedne uredbe – one koja se odnosi na administrativnu suradnju u području poreza na dodanu vrijednost. U ovom slučaju, naslov članka je točniji, jer je administrativna suradnja u području PDV-a, ali i trošarina uređena dvjema zasebnim uredbama, pa je množina doista primjerena. Budući da su uredbe (*regulations*) EZ izravno primjenjive u pravnim sustavima zemalja članica, tako je regulirano i analiziranom normom OPZ-a, uz ustanovljenje nadležnosti Porezne uprave za takvu, izravnu, primjenu. Nomotehnički, međutim, obje norme, sadržane u oba stavka čl. 173., su nepotrebne. Prvo, izravna primjena uredbi EZ je njihova bitna karakteristika koja je nezavisna od normiranja pravima država članica; drugo, odredba o Poreznoj upravi kao tijelu nadležnom za primjenu Uredbe koja se odnosi na porez na dodanu vrijednost nije potrebna u dijelu OPZ-a koji izričito regulira primjenu točno određenih direktiva (a ne uredbi) koje se odnose na točno određene izravne poreze (a ne na PDV ili na posebne poreze i trošarine).

4.1. Osobni obuhvat

U području poreznog prava, kao, uostalom, i u brojnim drugim pravnim područjima, od bitne je važnosti određenje osobnog obuhvata norme (pa time i određenog poreznog oblika). Njime je definirana kategorija osoba na koje je norma primjenjiva, a samim time, *a contrario*, i one osobe na koje ona nije primjenjiva. Direktiva o razmjeni podataka ne sadrži ograničenja što se tiče osoba na koje može biti primijenjena, što znači da je, u vezi s njome određenim porezima,

¹⁴ Takve države ili teritoriji su porezna utočišta (*tax havens*), koja svoju gospodarsku egzistenciju i prosperitet upravo i temelje na diskreciji koju nude i jamče poreznim obveznicima drugih država (država standardnog poreznog opterećenja). Ti porezni obveznici premještaju dijelove svoje imovine, ili tu imovinu u cijelosti, u porezna utočišta s namjerom izbjegavanja porezne obveze – upravo su to podaci koje teže doznati države njihove rezidentnosti radi provedbe oporezivanja. Podaci o toj imovini, budući da su nedostupni državama rezidentnosti poreznih obveznika, trebaju rezultirati smanjenim ili u cijelosti izbjegnutim oporezivanjem.

primjenjiva na sve osobe, fizičke ili pravne, koje su, temeljem imanja svojstva rezidentnosti, porezni obveznici njome propisanih poreza. Pri tome, država članica je ovlaštena i obvezna dostavljati drugim državama članicama podatke koji se odnose ne samo na njezine rezidente, nego i na nerezidentne porezne obveznike, jer oni nisu isključeni iz obuhvata DRI (*Schilcher* 2008, 164). No ipak, osobno ograničenje postoji; ono je indirektno normirano taksativnim navođenjem poreza u vezi s kojima je Direktiva primjenjiva, što znači da se odredbe Direktive primjenjuju samo na subjekte koji su obveznici tih poreza (fizičke i pravne osobe, te subjekti bez svojstva pravne osobnosti – tuzemne poslovne jedinice inozemnih poduzetnika).

4.2. Predmetni obuhvat

Direktivom su, kao predmetni porezi (za potrebe razmjene informacija) predviđeni porezi na dohodak i imovinu, bez obzira na način oporezivanja. Zatim je ovo opće određenje konkretizirano nabrojanjem poreza na ukupni dohodak, ukupnu imovinu, ili na pojedine dijelove dohotka ili imovine, uključujući poreze na kapitalne dobitke ostvarene otuđenjem nekretnina ili pokretne imovine, poreze na plaće, kao i poreze na povećanje vrijednosti imovine. Direktivom o dopuni DRI¹⁵, u popis poreza obuhvaćenih Direktivom uvršteni su i porezi na premije osiguranja od automobilske odgovornosti i premije kasko osiguranja cestovnih vozila.

Hrvatski zakonodavac, usklađujući hrvatski porezni sustav s europskim normama, taksativno je naveo poreze koji su predmet primjene recipirane Direktive a dijelovi su hrvatskog poreznog sustava. To su:

1. Porez na dohodak, porez na dobit, prirez porezu na dohodak, porez na cestovna motorna vozila, porez na plovila, porez na kuće za odmor, porez na promet nekretnina,
2. Porez na premije osiguranja od automobilske odgovornosti i premije kasko osiguranja cestovnih vozila.

Ovi se porezi uklapaju u donekle općenitije određenje Direktive. Ta je općenitost razumljiva, imajući u vidu protezanje njezinog teritorijalnog obuhvata na čitavu EU. Međutim, u čl. 1/3 Direktive taksativno su pobrojani svi porezi država članica (koje su to bile u vrijeme donošenja Direktive) EZ na koje se ona odnosi.

5. OVLAŠTENO TIJELO

DRI normira (čl. 1/5) tijela ovlaštena sudjelovati u razmjeni informacija za svaku državu članicu. Pri tome, norma slijedi standardni obrazac – ovlašteno tijelo (*competent authority*) je ministarstvo financija, ili njegov ovlašten predstavnik (predstavnicu, u slučaju Ujedinjenog Kraljevstva). U Hrvatskoj je OPZ-om kao ovlašten predstavnik određena Porezna uprava. Ovakvim normiranjem određena je i razina komunikacije između različitih država u vezi s razmjenom informacija; to može biti samo na razini ovlaštenih tijela (tj. njihovih ovlaštenih predstavnika).

¹⁵ Direktiva 2004/106/EC od 16. studenog 2004, OJ L 359 od 4. prosinca 2004.

6. NAČINI RAZMJENE

6.1. Razmjena na zahtjev

Prema čl. 175/1 OPZ-a, "(N)a zahtjev ovlaštenih tijela drugih država članica Porezna uprava obvezna je proslijediti, što je prije moguće, svaku informaciju koja bi nadležnom tijelu države članice podnositelja zahtjeva mogla omogućiti ispravno utvrđivanje poreza na dohodak i poreza na dobit, te poreza na imovinu i poreza na premije osiguranja.". Hrvatska je norma formulirana strože (više obvezujući) od norme Direktive. Dok norma OPZ-a nameće obvezu prosljeđivanja informacija Poreznoj upravi, po zahtjevu ovlaštenog tijela države članice, norma Direktive ovlašćuje to tijelo tražiti informaciju koja se odnosi na Direktivom određene poreze. Pri tome, Direktiva izričito propisuje da informacija može biti tražena samo za konkretan slučaj (*particular case*); ovaj zahtjeve u hrvatskoj normi-pandanu je izostavljen. Norma OPZ-a o razmjeni na zahtjev u još jednom bitnom elementu izostavlja odredbu Direktive – naime, Direktivom je propisano da država od koje je informacija zatražena tu informaciju nije obvezna proslijediti ako je izgledno da ovlašteno tijelo države koja informaciju traži nije iscrpilo sve vlastite mogućnosti koje mu stoje na raspolaganju da bi do informacije došlo, a da pri tome ne uzrokuje rizik ugroze postavljenih ciljeva.¹⁶ No mogućnost odbijanja dostave informacija iz toga razloga regulirana je OPZ-om *infra* (čl. 183/2, t. 2.). Što se tiče pribavljanja traženih informacija, DRI propisuje da ovlaštena tijela država članica moraju poduzeti sve mjere da bi do informacije došla. To, prema stavu izraženom u literaturi, znači i provedbu revizije (*Terra, Wattel* 2005, 682). U Hrvatskoj, norma je preuzeta tako što je (čl. 175/2) određeno da će Porezna uprava zatražiti informacije kojima sama ne raspolaže "od drugih nadležnih tijela i bez odgovode ih proslijediti podnositelju zahtjeva."

6.2. Spontana razmjena informacija

Čl. 176. OPZ-a ovlašćuje hrvatsku poreznu administraciju, proslijediti porezno relevantne informacije ovlaštenom tijelu druge države članice i bez posebnog zahtjeva, tj., na vlastitu inicijativu. Time je normirana tzv. spontana razmjena informacija. Smatramo da upravo institut spontane razmjene informacija u punoj mjeri ocrta suštinu instituta razmjene informacija općenito, a to je - suradnja država članica u utvrđenju poreznih obveza u najvećoj mogućoj mjeri i bez zahtjeva porezne administracije kojoj bi informacija mogla zatrebati. Kod spontane razmjene, računa se na iskustvo i stručno znanje porezne administracije svake države članice. Te administracije znat će prepoznati koliko bi važna za drugu poreznu administraciju mogla biti informacija koju ona ima, i bez saznanja o mogućem konkretnom slučaju. Pri tome, logično, ne može biti očekivano od te druge administracije da je ona pokrenula postupak utvrđenja konkretne porezne obveze u kojem bi ta informacija bila relevantna, jer pokretanje takvog postupka možda zavisi upravo od predmetne informacije. Također, tijelo koje je u posjedu potencijalno za drugu poreznu administraciju važne informacije ne mora nužno (a najvjerojatnije i neće) imati saznanja o postupcima utvrđivanja konkretnih poreznih obveza u drugim državama članicama, pa onda u vezi s njima prosljeđivati relevantne informacije. Takav je stav zauzeo i Europski sud. Prema njegovoj interpretaciji u jednom predmetu koji je za meritum imao upravo primjenu spontane razmjene informacije temeljem DRI, kad bi spontana razmjena informacija bila zavisna od zahtjeva da je država kojoj je informacija potrebna trebala izvršiti utvrđenje poreza prije same razmjene, to bi značilo da ovlašteno tijelo koje je u posjedu informacije ima opsežna saznanja o stvarnoj

¹⁶ Ograničenja razmjene informacija propisana su i Direktivom i OPZ-om (vidjeti *infra*, ad 8.).

i pravnoj situaciji, što se tiče konkretnog slučaja, u toj drugoj državi. Naravno, iz navedenog razloga, "učiniti obvezu spontane razmjene informacija zavisnom od takvog zahtjeva, bilo bi protivno ... cilju Direktive (...) "¹⁷,¹⁸, jer nije realno očekivati takva saznanja od ovlaštenog tijela druge države članice. Drugim riječima, inzistiranje na tome uvjetu (navedena saznanja), učinilo bi spontanu razmjenu informacija praktično neupotrebljivom metodom, a samim time bi bilo bi suprotno svrsi njezine ugradnje u pravni sustav EU.

Članak je strukturiran tako da su stavkom 1. propisani konkretni slučajevi u kojima Porezna uprava spontano dostavlja informacije ovlaštenom tijelu druge države članice. Ti su slučajevi (*Terra, Wattel* 2005, 683):

- Kada postoji sumnja da je druga država članica uskraćena za porezne prihode;
 - Dovoljno je, dakle, postojanje sumnje, što znači, prema tumačenju Europskog suda, da uskrata države članice za porezne prihode ne mora biti dokazana.¹⁹ Sud argumentira ovakav svoj stav pozivom na st. 6. Preambule Direktive, prema kojem je svrha Direktive – ispravno utvrđenje poreza na dohodak i imovinu u državama članicama, pa je stoga propisana razmjena svih informacija koje se čine bitnima za ostvarenje te svrhe.²⁰ Sud je protumačio sintagmu "uskрата poreznih prihoda". Ona znači neopravdano umanjenje porezne obveze (*unjustified saving in tax*) ostvareno u drugoj državi članici.²¹

- Kada porezni obveznik traži porezne olakšice ili ima pravo na porezna oslobođenja, što za njega rezultira većim poreznim obvezama ili stvara porezne obveze u drugim državama članicama;

- Porezni obveznik može ostvariti pravo na porezno povlaštenje (poreznu olakšicu ili porezno oslobođenje) u jednoj državi članici, te također, temeljem ostvarenja prvog povlaštenja, i porezno povlaštenje u drugoj državi članici - npr., u državi izvora dohotka ili dobiti porezni obveznik je ostvario određeno porezno oslobođenje. Ukoliko toga oslobođenje ne bi bilo, u državi svoje rezidentnosti on bi imao pravo na odbitak poreza kojeg je platio u državi izvora. On će to pravo i ostvariti, ako država njegove rezidentnosti ne bude imala podatak o oslobođenju u državi izvora. U takvom slučaju, porezni obveznik ostvario bi dvostruki odbitak (*double dipping*)²², što ne može biti opravdano. Taj podatak može biti dobiven od samog poreznog obveznika ili od porezne administracije države izvora. Bez obzira na djelovanje samog poreznog obveznika, Direktivom je normirano da je ostvarenje poreznog povlaštenja u državi članici povod da ta država o tome obavijesti drugu državu članicu (što će u pravilu biti država rezidentnosti poreznog obveznika).

Treba skrenuti pažnju na nejasnoću koja, napose za neupućene, može proizaći iz formulacije hrvatske norme. Naime, iz nje proizlazi da traženje poreznog oslobođenja ili olakšice u Hrvatskoj rezultira novim ili povećanim poreznim opterećenjem u drugoj državi članici EU; taj zaključak proizlazi iz korištenja sintagme "...što za njega rezultira...". Norma bi bila znatno jasnija kad bi formulacija "što za njega rezultira" bila zamijenjena kondicionalnom formulacijom "što bi, kad bi porezne administracije zemalja članica za njih znale, za njega

¹⁷ Prema tumačenju Suda u istom predmetu, taj je cilj - ispravno utvrđenje poreza na dohodak i imovinu u državama članicama.

¹⁸ ECJ 13 April 2000, C-420/98 W.N. [2000] ECR I-2847, par. 18.

¹⁹ ECJ 13 April 2000, C-420/98 W.N. [2000] ECR I-2847, par. 14.

²⁰ ECJ 13 April 2000, C-420/98 W.N. [2000] ECR I-2847, par. 15.

²¹ ECJ 13 April 2000, C-420/98 W.N. [2000] ECR I-2847, par. 22.

²² "Pojam koji označava mogućnost da trgovačko društvo s dvostrukom rezidentnošću odbije iste rashode u dva pravna sustava. Propisi sa svrhom suprotstavljanja dvostrukom odbitku ozakonjeni su u nekoliko zemalja.", (Porezni leksikon 1999, 112). Pojam dvostrukog odbitka ne treba vezati isključivo za situaciju dvostruke rezidentnosti, nego, u međunarodnom poreznom pravu, za svaku pojavu korištenja porezne olakšice (odbitka istog rashoda) u dvije države temeljem činjenice 1. njegovog postojanja, i 2. nepostojanja saznanja, u obje države, da je rashod već porezno iskorišten u onoj drugoj državi.

rezultiralo... itd". Kondicionalna je formulacija, iako ne doslovno onakva kakva je ovdje sugerirana, upotrijebljena u Direktivi. Dakle, prema Direktivi, za spontanu razmjenu dovoljno je i postojanje mogućnosti korištenja dvostrukog odbitka. Doslovno tumačen, hrvatski propis normira obvezu spontane razmjene samo ako je do dvostrukog odbitka (neopravdanog okorištenja poreznog obveznika) doista i došlo.

- Kada je porezni obveznik uključen u transakcije s poreznim obveznikom koji ima sjedište u drugoj državi članici, a obavlja transakcije preko jedne ili više država kako bi umanjio poreznu obvezu;

- U ovom slučaju, radi se o tzv. međunarodnom poreznom planiranju; sintagma je zapravo drugi termin za međunarodno organizirano izbjegavanje porezne obveze, uređenjem "poslovnih i/ili životnih okolnosti neke osobe s ciljem umanjivanja porezne obveze" (Porezni leksikon 1999, 340). Hrvatska norma sužava obuhvat norme Direktive propisujući da transakcija mora biti provedena "... s poreznim obveznikom koji ima sjedište ...". Time su iz obuhvata norme isključene transakcije s poreznim obveznikom iz druge države koji, međutim, u toj drugoj državi nema sjedište jer se radi o subjektu bez svojstva pravne osobnosti (npr. stalna poslovna jedinica, *permanent establishment*). Drugim riječima, norma OPZ-a otvara mogućnost nedostavljanja informacija ako se transakcije odvijaju s takvim subjektom. To sigurno nije bila intencija donositelja Direktive.

- Kada Porezna uprava smatra da je plaćen manji iznos poreza raspodjelom dobiti koja nije u skladu s propisima o povezanim društvima,

- To bi bio slučaj transfernih cijena utvrđenih suprotno načelu nepristrane transakcije (*arm's length principle*) (*Terra, Wattel* 2005, 683).

- Kada se naknadno pojave nove činjenice ili dokazi koji su povezani s prije proslijeđenim informacijama, a bitni su za oporezivanje.

- Hrvatska norma svela je odredbu Direktive na njezinu bit, no to je reduciranje možda otišlo i predaleko. Naime, prema normi Direktive (Art. 4/e), informacija koju je jedna država članica (država A) prosljedila drugoj državi članici (država B) omogućila je toj drugoj državi dolazak do informacije koja sada, pak, obratno, može biti od koristi kod utvrđivanja poreza državi A. Prema pravilima o spontanoj razmjeni informacija, država B u tom je slučaju dužna tako pribavljenu informaciju dostaviti državi A. Izričaj hrvatske norme u cijelosti ispušta *do ut des* (*Terra, Wattel* 2005, 683) element propisa Direktive.

Smatramo da st. 2. članka 176. bitno odstupa od propisa Direktive (čl. 4/2). OPZ-om je propisano (čl. 176/2) da Porezna uprava prosljeđuje informacije u svim slučajevima koji nisu navedeni u čl. 176/1 na temelju bilateralnih ugovora o razmjeni informacija sklopljenih s drugim državama članicama; dakle, uvjet za dostavu informacija neobuhvaćenih normom čl. 176/1 jest postojanje bilateralnog ugovora o razmjeni informacija.²³ Direktivom je, međutim, regulirano da ovlaštena tijela država članica mogu proširiti razmjenu informacija propisanu u st. 1. (članka 5. Direktive) i na druge slučajeve, osim onih iz st. 1, temeljem postupka dogovaranja propisanog člankom 9. Direktive. Direktiva znatno fleksibilnije regulira postupak razmjene u slučajevima za koje je predviđen postupak dogovaranja ovlaštenih tijela, jer je taj postupak u smislu formalnosti bitno manje zahtjevan. Tako, nema obveze postojanja međunarodnog bilateralnog ugovora, a prema čl. 9/2 Direktive, ovlaštena tijela država članica mogu međusobno izravno komunicirati, a mogu također dogovoriti izravnu komunikaciju između po njima ovlaštenih službenika u određenim slučajevima ili kategorijama slučajeva.

²³ Prema dostupnim službenim informacijama (internetske stranice Ministarstva financija, Porezne uprave, na kojima su objavljeni međunarodni ugovori kojima je regulirana porezna problematika), Hrvatska nije sklopila još niti jedan takav ugovor. U ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine koje Hrvatska jest sklopila, sadržana su, u pravilu u čl. 26., pravila o razmjeni obavijesti – ali to nisu ugovori o razmjeni informacija.

Fleksibilnost je uočljiva i na razini ovlaštenja – ovlaštena tijela **moгу** razmjenjivati informacije prema stavku 2. članka 9. Direktive (dok je u slučajevima reguliranim člankom 4. spontana razmjena obvezna), a hrvatski propis regulira **obvezu** Porezne uprave, što je naravna posljedica postojanja međunarodnog ugovora.

Člankom 176/3 obuhvat spontane razmjene sadržajno je proširen u najvećoj mogućoj mjeri, jer Porezna uprava može proslijediti informacije drugim državama članicama i u svim drugim slučajevima. U tim slučajevima, međutim, i prema normi Direktive, nema više obveze spontane dostave informacija, već je odluka o njoj prepuštena dispoziciji ovlaštenog tijela države članice. Ovako široko normiran obuhvat razmjene informacija, kako je to učinjeno u stavku 3., čini stavak 2. nepotrebnim; uostalom, on je nepotreban već iz razloga što je obveza dostave informacija temeljem postojanja međunarodnog ugovora zasnovana samim tim ugovorom, koji, prema normi hrvatskog Ustava, ima jaču pravnu snagu od tuzemnih zakona, pa tu obvezu tuzemni propis ne zasniva, niti je potrebno njezino deklariranje takvim propisom. Analogno (iako bez primjedbe u vezi s međunarodnim ugovorom o razmjeni informacija) može biti rečeno i za st. 2. članka 5. Direktive. Normom toga stavka dana je mogućnost ovlaštenim tijelima država članica, proširiti, postupkom međusobnog konzultiranja, obuhvat razmjene informacija, regulirane stavkom 1. članka 5., i na slučajeve koji nisu obuhvaćeni tim stavkom. St. 3., međutim, ovlašćuje ovlaštena tijela država članica, prosljeđivati, jedni drugima, i u svakom drugom slučaju i bez prethodnog zahtjeva, informacije regulirane čl. 1/1 "o kojima ta tijela imaju saznanja"²⁴. Čl. 1/1 odnosi se na sve informacije koje su u obuhvatu Direktive, a mogu biti od koristi ovlaštenim tijelima država članica prilikom utvrđivanja porezne obveze. Dakle, široki obuhvat norme čl. 5/3 Direktive čini st. 2. istog članka nepotrebnim jer obuhvaća i informacije na koje se odnosi taj stavak.

6.3. Automatska razmjena informacija

Automatska razmjena informacija, koja je regulirana člankom 177. OPZ-a, u cijelosti je učinjena zavisnom od postojanja bilateralnih ugovora o automatskoj razmjeni informacija (sic!). Prema hrvatskoj normi, dakle, kriterij definiranja automatske razmjene informacija, ali i njezine primjene, jest postojanje takvog ugovora. Teško je, međutim, pretpostaviti da će biti sklopljen ugovor (samo) o automatskoj razmjeni informacija. Ako Hrvatska i bude sklapala bilateralne ugovore koji se odnose na razmjenu informacija s državama-članicama EU, ti će ugovori vjerojatno obuhvatiti i druge oblike razmjene.²⁵ Norma čl. 177/2 možda daje odgovor na postavljena pitanja. Prema njoj, naime, Porezna uprava obvezna je obavijestiti Europsku komisiju o svakom bilateralnom ugovoru o automatskoj razmjeni informacija koji je sklopljen s ovlaštenim tijelima drugih država članica, **a koji se ne odnosi isključivo na pojedinačne porezne slučajeve**. Nomotehnički, norma je formulirana nespretno. Iz njezine diktije proizlazi mogućnost sklapanja još specifičnijih ugovora - bilateralnih ugovoru o automatskoj razmjeni informacija koji se ne odnose isključivo na pojedinačne porezne slučajeve (nego, za pretpostaviti je, na skupine slučajeva). Nadalje, *a contrario*, mogući su i bilateralni ugovori koji se odnose na automatsku razmjenu – za pojedinačne slučajeve?! No, još i važnije, propisom je dotaknuto pitanje razlikovanja između spontane i automatske razmjene informacija²⁶. To je razlikovanje znatno jasnije postavljeno europskim propisom. Čl. 3. DRI propisuje da će ovlaštena tijela država članica, u postupku međusobnih konzultacija

²⁴ Citirana je formulacija logički suvišna.

²⁵ S obzirom na postojanje DRI i njezinu recepciju u porezno-pravni sustav Republike Hrvatske, teško je pretpostaviti zašto bi takvi ugovori uopće bili potrebni. Sklapanje takvih ugovora s državama izvan EU je vjerojatnije, ali u tom slučaju DRI nije obvezujući propis.

²⁶ Vidjeti naglašeni (**bold**) dio norme *supra*.

reguliranih člankom 9. DRI, redovito, bez prethodnog zahtjeva, razmjenjivati informacije na koje se Direktiva odnosi u vezi s **kategorijama slučajeva** za koje takva razmjena bude dogovorena. Dakle, spontana razmjena vezana je za **pojedinačne slučajeve**, a automatska – za **više slučajeva** koji mogu biti svrstani u određenu kategoriju (dikcijom propisa OPZ-a, "koji se (ugovor, op. H.A.) ne odnosi isključivo na pojedinačne porezne slučajeve"). I opet, dok je Direktivom, za automatsku razmjenu (koja jest obvezna), dovoljan dogovor ovlaštenih tijela država članica, onako kako je propisan člankom 9. Direktive, hrvatski zakonodavac propisuje obvezu zaključenja specifičnog bilateralnog ugovora koji se odnosi upravo na automatsku razmjenu. Time je, smatramo, bitno odstupljeno od slova, ali i od namjere Direktive (manja formalnost, u određenoj mjeri, u postupku automatske razmjene). Postupak prema OPZ-u je učinjen još složenijim i formalnijim obvezom obavješćivanja Europske komisije o sklopljenom ugovoru. Sama Direktiva, naprosto, ne propisuje obvezu sklapanja takvih ugovora, pa ostaje nejasno zašto je to učinio hrvatski zakonodavac. Dakle, što se tiče usklađenosti hrvatskog porezno-pravnog sustava s europskim u području automatske razmjene informacija, nameće se zaključak o neusklađenosti. Hrvatski propisi u tom području znatno su restriktivniji od europske norme – i to u tolikoj mjeri da može biti zaključeno kako joj, zapravo, proturječe. Stoga nije, smatramo, pretjeran niti zaključak da će takva neusklađenost, prije ili kasnije, dovesti do intervencije nadležnog tijela Unije, ili, povodom nekog konkretnog slučaja, Europskog suda – oboje u smislu obveze boljeg usklađenja. Sljedeća tri članka OPZ-a normiraju tehničke pojedinosti suradnje poreznih administracija, tj. Porezne uprave s odgovarajućim tijelima drugih država članica, a u vezi s razmjenom informacija. Člankom 6. DRI općenito su propisani okviri suradnje ovlaštenih tijela država članica, i to tako da se ta tijela mogu suglasiti, u postupku konzultacija propisanom čl. 9. DRI, ovlastiti službenike porezne administracije države kojoj su informacije namijenjene na nazočnost u državi koja prosljeđuje informacije, pri čemu će detalji primjene takve odredbe biti određeni također u postupku konzultacija.

7. NAZOČNOST SLUŽBENIKA POREZNIH ADMINISTRACIJA U DRUGIM DRŽAVAMA

Člankom 178. OPZ-a regulirana je nazočnost službenika drugih država članica u Republici Hrvatskoj, tj. u Poreznoj upravi prilikom utvrđivanja činjenica koje su bitne za oporezivanje u toj drugoj državi članici. Ovaj članak, u stavcima 1. i 2., u bitnome prenosi sadržaj norme iz čl. 6. DRI, precizirajući da se nazočnost takvog službenika odnosi na njegovu nazočnost u službenim prostorijama Porezne uprave tokom nadzora ili očevida kod poreznog obveznika. Stavkom 3. regulirana je obveza poreznog obveznika, prihvatiti takvu nazočnost službenika druge države članice. U skladu s načelom uzajamnosti, člankom 179. regulirana je situacija nazočnosti službenika Porezne uprave u drugim državama članicama. U svrhu razmjene informacija o porezima iz članka 174. OPZ-a, Porezna uprava može imenovati službenika Porezne uprave radi nazočnosti u istražnim radnjama u drugoj državi koje se vode od strane ili u ime nadležnog tijela te države u okviru prosljeđivanja informacija Republici Hrvatskoj. Članak kojim je reguliran usporedni nadzor unesen je u Direktivu dopunama iz 2004. godine. Njime je poreznim administracijama država članica stavljen na raspolaganje, u svrhu prikupljanja podataka relevantnih za oporezivanje, jedan "agresivniji" instrument, kojim je omogućeno sudjelovanje poreznih službenika jedne ili i više država članica u službenim radnjama na teritoriju druge države članice. Taj instrument je usporedni nadzor. Jedini uvjet je postojanje "zajedničkog ili dodatnog interesa" svih uključenih država. Dakle, ako postoji situacija da je poslovanje jednog ili više poreznih obveznika od zajedničkog ili dodatnog interesa za dvije ili više država članica, moguće je provesti usporedni nadzor. Norma čl. 180/1

OPZ-a u ovom slučaju ne spominje Poreznu upravu, iako je jasno da je jedna je od tih država članica Republika Hrvatska. Te države mogu dogovoriti provedbu usporednog nadzora na svom području radi razmjene tako dobivenih informacija, ako smatraju da bi to bilo učinkovitije od provođenja nadzora u samo jednoj državi članici. Usporedni nadzor je porezni nadzor kod kojega su osoba (osobe) nad kojom (kojima) se nadzor provodi, slučajevi koji su predmet nadzora i vrijeme provedbe nadzora usklađeni između dvije ili više država (*Schilcher* 2008, 168). U takvoj situaciji, države članice mogu dogovoriti provedbu usporednog nadzora na svom području radi razmjene tim nadzorom dobivenih informacija. No takav će nadzor države članice dogovoriti samo ako smatraju da bi to bilo učinkovitije od provođenja nadzora u samo jednoj državi članici. "Usporedni nadzor može biti učinkovitiji od nadzora provedenog u samo jednoj državi u slučajevima, npr., multinacionalnih poduzetnika (transferne cijene između njemačkog matičnog društva i njegovog belgijskog zavisnog društva)" (*Schilcher* 2008, 168). U slučaju odbijanja zahtjeva za usporedni nadzor, Porezna uprava je obvezna odmah obavijestiti tijelo podnositelja zahtjeva o toj odluci. Ako, pak, Porezna uprava ustanovi potrebu provedbe usporednog nadzora, obavijestit će ovlašteno tijelo druge države članice o poreznom obvezniku za kojeg predlaže usporedni nadzor. Pri tome, iznijet će razloge zbog kojih je predložen usporedni nadzor, navodeći informacije na kojima se zasniva takav prijedlog, te razdoblje poslovanja poreznog obveznika za koje treba provesti nadzor. Temeljno je načelo normativnog reguliranja i primjene instituta razmjene informacija, kad je u pitanju položaj poreznog obveznika – njegovo obavješćavanje o činjenici da su okolnosti njegove porezno-pravne situacije predmet razmjene. Provedba ovog načela normirana je u čl. 181. OPZ-a. Dakle, što se tiče obavješćavanja poreznog obveznika u vezi s kojim je uspostavljena suradnja u razmjeni informacija o postupku razmjene, Porezna će uprava, prosljeđivanjem upravne obavijesti, toga obveznika obavijestiti samo na zahtjev ovlaštenog tijela države podnositelja zahtjeva (čl. 181/1 OPZ). Pri tome, obveznik će biti obaviješten o svim poreznim aktima upravnih tijela države podnositelja zahtjeva, koji se odnose na primjenu njezina zakonodavstva u području poreza iz članka 174. OPZ-a. Obveznik će biti obaviješten u skladu s odredbama OPZ-a o dostavi akta. Zahtjev za prosljeđivanje obavijesti treba sadržavati porezni akt o kojem obveznik mora biti obaviješten, te ime i prezime, odnosno naziv, adresu poreznog obveznika i druge podatke koji mogu olakšati identifikaciju poreznog obveznika. Porezna uprava je obvezna odmah obavijestiti podnositelja zahtjeva o poduzetim radnjama, a osobito o datumu prosljeđivanja obavijesti poreznom obvezniku (čl. 181/2 OPZ).

8. TAJNOST PODATAKA

8.1. Općenito

U postupku oporezivanja, tajnost podataka koji se odnose na poslovnu i/ili privatnu životnu sferu poreznog obveznika je od izuzetnog značaja.²⁷ U tome postupku, porezna tijela mogu, tj. moraju, da bi uspješno obavila svoje zadatke, saznati o poreznom obvezniku (bilo fizičkoj ili pravnoj osobi) i čitav niz informacija čija je tajnost primarni, moralno i zakonski opravdan, interes poreznog obveznika (tj. njegovog vlasnika, u slučaju da porezni obveznik nije fizička osoba). Stoga je institut zaštite tajnosti podataka samorazumljiva vrijednost u poreznom

²⁷ Zaštita osobnih podataka u Republici Hrvatskoj jest ustavna kategorija: "Svakom se jamči sigurnost i tajnost osobnih podataka. Bez privole ispitanika, osobni se podaci mogu prikupljati, obrađivati i koristiti samo uz uvjete određene zakonom. Zakonom se uređuje zaštita podataka te nadzor nad djelovanjem informatičkih sustava u državi. Zabranjena je uporaba osobnih podataka suprotna utvrđenoj svrsi njihovoga prikupljanja." (čl. 37. Ustava Republike Hrvatske).

postupku. Polazeći od ustavnog ovlaštenja, hrvatski je zakonodavac razmjerno opsežnim člankom 8. OPZ-a regulirao najprije obvezu zaštite tajnosti podataka²⁸, a zatim niz iznimki od te obveze, neophodnih radi provedbe poreznog i drugih postupaka, zaštite pravnog interesa trećih osoba, te zaštite javnog interesa, odnosno temeljem izjave volje samog poreznog obveznika. Jedna je od iznimki i davanje informacija u skladu s postupkom propisanim OPZ-om o razmjeni informacija između država članica Europskih zajednica (čl. 37/5, t. 10). Polazeći od ovog općeg ovlaštenja, OPZ-om je dodatno reguliran institut tajnosti podataka u slučaju razmjene informacija.

8.2. Tajnost podataka

Nomotehnički, odredbe o tajnosti podataka u vezi s institutom njihove međunarodne razmjene u sklopu suradnje poreznih administracija zemalja članica EU odnose se samo na obvezu njihove zaštite, a ne i na iznimke od te obveze, koje su propisane člankom 8. OPZ-a. Tako, sve informacije koje Porezna uprava zaprimi putem administrativne suradnje na području oporezivanja smatraju se poreznom tajnom u smislu članka 8. OPZ-a. Te informacije, prema izričaju OPZ-a *moraju* (italic: H.A.) biti dostupne 1. samo osobama koje provode postupak oporezivanja i nadzora, 2. osobama odgovornima za vođenje prekršajnog postupka u vezi s porezima na koje se odnose povjerljive informacije, i 3. osobama koje izravno sudjeluju u sudskom postupku. Zakonodavac se opredijelio za imperativ (*moraju*), iako je izričaj Direktive blaži ("mogu"), namećući tako obvezu upoznavanja s dostavljenim informacijama svih kategorija pobrojanih osoba. Fleksibilnija formulacija Direktive omogućuje neupoznavanje s informacijama osoba kojima takve informacije, s obzirom na postupke koje one provode, naprosto nisu potrebne. Potrebno je razmotriti obvezu upoznavanja sa zaprimljenim informacijama osoba navedenih *supra* ad 3. Direktiva izričito propisuje da takve informacije mogu biti učinjene dostupnima samo u vezi sa sudskim ili upravnim postupcima koji uključuju sankcije, poduzetim s obzirom na, ili u vezi sa, utvrđivanjem poreza ili poreznim nadzorom; OPZ propisuje obvezu dostave takvih informacije i "osobama koje izravno sudjeluju u sudskom postupku". U ovoj formulaciji nije propisana vezanost tih osoba za poreza uz čije je utvrđivanje (uključujući i nadzor) normativno vezana razmjena informacija. OPZ-om je, dakle, s jedne strane postrožena norma Direktive (informacije *moraju* biti dostupne), a s druge je odredba Direktive ublažena (obvezna dostupnost informacija i osobama koje sudjeluju u sudskom postupku, ali bez uvjeta veze toga postupka s porezima na koje se informacije odnose). Štoviše, Direktiva (čl. 7/1, al. 3.) izričito zabranjuje korištenje dobivenih informacija za svrhe različite od oporezivanja, ili u vezi sa sudskim ili upravnim postupcima koji uključuju sankcije, poduzetim s obzirom na, ili u vezi sa, utvrđivanjem poreza ili poreznim nadzorom. Za zaključiti je da se, u slučaju norme OPZ-a, vjerojatno radi o nomotehničkom propustu, jer bi doslovno tumačenje i na njemu utemeljena primjena norme doveli do proliferacije neselektivne dostave informacija u sudskim postupcima, bez ikakvog ograničavajućeg kriterija.²⁹ Direktivom je predviđena, i u OPZ ugrađena, i mogućnost suradnje s trećim državama članicama EU, pa tako Porezna uprava može, uz prethodno odobrenje ovlaštenog tijela druge države članice, informacije koje je zaprimila proslijediti nadležnom tijelu treće države članice. Ova norme znači ostvarenje načela ekonomičnosti pri razmjeni informacija, te samim time i povećanu učinkovitost u suzbijanju oba oblika izbjegavanja porezne obveze. Tome pridonosi i odredba recipročne

²⁸ "Porezno tijelo dužno je kao poreznu tajnu čuvati sve podatke koje porezni obveznik iznosi u poreznom postupku te sve druge podatke u vezi s poreznim postupkom kojima raspolaže." (čl. 8/1 OPZ).

²⁹ Pretpostavljamo da bi formulacija norme OPZ-a trebala glasniti "osobama koje izravno sudjeluju u sudskom postupku u vezi s porezima na koje se odnose povjerljive informacije".

naravi, prema kojoj Porezna uprava, na zahtjev ovlaštenog tijela druge države članice, može odobriti tom tijelu prosljeđivanje informacije koje je dobilo od Republike Hrvatske nekoj trećoj državi članici (čl. 182/3 i 4 OPZ). I o ovakvom dodatnom prosljeđivanju Porezna uprava mora obavijestiti poreznog obveznika na kojeg se informacije odnose. S obzirom na imanentnu osjetljivost podataka, osobne i poslovne prirode, koje porezne uprave država članica EU saznaju temeljem razmjene, razumljiva je potreba zaštite tih podataka obvezom čuvanja njihove tajnosti. To je, kao opće pravilo, i učinjeno. Ipak, moguće je predvidjeti i situacije u kojima bi objava takvih podataka bila od opće koristi, ili bi koristila više nego što bi nanijela štete. U skladu s takvim pristupom, Direktivom (čl. 7/1, al. 2.) je predviđena mogućnost objave dobivenih informacija. To može biti učinjeno tokom javnih sudskih rasprava ili u presudama, pod uvjetom da ovlašteno tijelo države članice koje je dostavilo informaciju ne ospori takvu mogućnost u vrijeme prve dostave informacije. OPZ, međutim, uopće ne predviđa objavu dobivenih informacija.

9. OGRANIČENJA U RAZMJENI INFORMACIJA

Problematika razmjene informacija porezne naravi osjetljiva je iz barem dva razloga: 1. zbog pitanja suverenosti, tj. njezinog narušavanja temeljem preuzimanja obveza u vezi s prosljeđivanjem informacija poreznoj administraciji druge države, i 2. zbog potencijalnog narušavanja sfere zaštite podataka osobne ili poslovne naravi koji se odnose na porezne obveznike. S druge strane, razlozi za ovaj oblik suradnje između poreznih administracija, pogotovo u zajednici država koje teže međusobnoj konvergenciji na različitim poljima, također su vrlo utemeljeni. Stoga su Direktivom propisana ograničenja u razmjeni informacija, koja su odraz kompromisa u ostvarenju ovako međusobno suprotstavljenih i opravdanih zahtjeva. Pri tome je hrvatski zakonodavac propisao veća ograničenja nego što je to učinjeno Direktivom. Člankom 183. OPZ-a regulirana je situacija propisivanja, od strane Republike Hrvatske, strožih pravila u pogledu tajnosti informacija u odnosu na regulativu države članice podnositelja zahtjeva. U tom slučaju, Porezna uprava neće proslijediti informacije državi članici, osim ako dobije pisano jamstvo da će ta država članica postupati s tim informacijama na isti način kao i Republika Hrvatska. Ova norma nema pandana u DRI. Norma Direktive, međutim, kojom je otklonjena bilo kakva mogućnost nametanja državi članici od koje je informacija zatražena obveze prosljeđivanja informacije ako bi to bili suprotno njezinom zakonodavstvu ili administrativnoj praksi preuzeta je, u bitnome, u OPZ (čl. 182/2, t. 1.). Norma članka 8/2 DRI u cijelosti je preuzet u OPZ (čl. 182/2, t. 3.). Tom je normom omogućeno državi članici od koje je informacija zatražena, odbiti njezino prosljeđivanje ako bi to dovelo do otkrivanja 1. poslovne, 2. industrijske ili 3. profesionalne tajne, ili 4. poslovne politike, te 5. ako bi njihovo prosljeđivanje bilo suprotno javnom poretku Republike Hrvatske. Polazeći od načela uzajamnosti, Direktivom je propisana mogućnost odbijanja prosljeđivanja informacija, ako država članica koja je zatražila informacije nije u mogućnosti, zbog činjeničnih razloga ili zakonskih odredaba, dostaviti istu vrstu informacija. OPZ-om je ova norma preuzeta u hrvatski porezno-pravni sustav, uz dodatak nemogućnosti prosljeđivanja informacija od strane države članice koja informaciju traži s razloga njezine administrativne prakse. OPZ-om je (čl. 183/2, t. 2.) regulirano da Porezna uprava može odbiti razmjenu informacija ako podnositelj zahtjeva nije iskoristio sve vlastite uobičajene izvore informacija koje je, u skladu s okolnostima, mogao iskoristiti za dobivanje traženih informacija bez ugrožavanja postavljenih ciljeva. U području razmjene informacija između poreznih administracija različitih država, ovo je standardno rješenje, i, također, razumno. Naime, slanje informacija tijelima drugih poreznih jurisdikcija već je, samo po sebi, osjetljivo (uzimajući u obzir pitanje suverenosti, npr., te napose fiskalnu jurisdikciju kao "jak" izraz

državne suverenosti). Dakle, kad već takve informacije bivaju upućivane poreznim tijelima drugih država, za očekivati je, te temeljem toga očekivanja i propisati, da porezna tijela tih drugih država poduzmu sve što je u njihovoj moći kako bi sama došla do potrebnih informacija; institut razmjene informacija ne bi trebao biti sredstvo kretanja crtom manjeg otpora za poreznu administraciju koja informacije traži. U slučaju ove norme radi se, svakako, i o ostvarenju načela ekonomičnosti. Pretpostavka je, naime, da će porezna administracija najlakše (i najbrže, što nikako nije bez značaja) do potrebnih podataka doći na prostoru na kojem ima najšira ovlaštenja za prikupljanje tih podataka. Norma je preuzeta iz DRI. Nomotehnički, ta je norma u Direktivi jedna od normi kojima je regulirana razmjena informacija na zahtjev. U OPZ-u, pak, ona je u sklopu članka kojim su općenito propisana ograničenja u razmjeni informacija. Ova neusklađenost, međutim, nije od značaja; naime, s obzirom na vrste razmjene informacija, logično je da propisana mogućnost odbijanja davanja tražene informacije dolazi u obzir samo u slučaju razmjene na zahtjev. Člankom 183/2., t. 5. propisano je ovlaštenje Porezne uprave, odbiti razmjenu³⁰ informacija ako u Republici Hrvatskoj ne može biti dobivena informacija za utvrđivanje poreza. Logičko tumačenje norme dovodi do zaključka kako propisana situacija ne može biti podloga za odbijanje razmjene informacija; to je situacija u kojoj informacija nije uopće poznata Poreznoj upravi, pa je ona, objektivno, niti ne može proslijediti. Stoga korištenje ovlaštenja na odbijanje upućivanja takve (Poreznoj upravi nedostupne) informacije ne može biti iskorišteno. Ova norma je, dakle, suvišna.

10. ZAKLJUČAK

Za koncept oporezivanja zasnovan na načelu neograničene porezne obveze (oporezivanje svjetskog dohotka/dobiti rezidenata), podaci koji su relevantni za oporezivanje, a nisu dostupni u državi rezidentnosti konkretnog poreznog obveznika, nego o njima saznanje ima (ili može imati) porezna administracija neke druge države, mogu biti od bitnog značenja za utvrđenje porezne obveze tog obveznika u državi njegove rezidentnosti. Stoga su porezne administracije različitih država već prije više desetljeća iznašle način kako doći do informacija bitnih za oporezivanje, a dostupnih samo suradnjom porezne administracije druge države. Prvi instrumenti takve suradnje bili su ugovori o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine. Oni su i danas važni u tome smislu. Odredbe o razmjeni informacija, ugrađene u te ugovore, pokazale su se učinkovitim sredstvom međusobnog obavještavanja država ugovornica o činjenicama bitnim za oporezivanje. Institut razmjene informacija osmišljen je kao sredstvo suzbijanja izbjegavanja porezne obveze, zakonitog i nezakonitog, a naročito je od koristi za suzbijanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze, prilikom kojeg porezni obveznici, koristeći neusklađenosti različitih poreznih sustava i pri tome ne kršeći važeće propise, postižu bitna smanjenja porezne obveze, ili je čak u cijelosti izbjegavaju. Problem izbjegavanja porezne obveze, i njegovo rješenje putem razmjene informacija, prisutni su i u važećim propisima EU. K tome, u ovoj zajednici država oba ova aspekta dodatno su naglašena imperativom konvergencije pravnih sustava (naravno, i u njihovom porezno-pravnom dijelu) država članica, s ciljem postizanja jedinstvenog tržišta, u čemu je porezni aspekt svakako od bitne važnosti. Nakon strateškog opredjeljenja za uvođenje instituta razmjene informacija u pravni sustav (pravnu stečevinu) EU, trebalo je riješiti tehničko-provedbena pitanja. U tome, propisi EU kojima je regulirano područje razmjene informacija što se tiče izravnih poreza i poreza na premije osiguranja od automobilske odgovornosti i premije kasko osiguranja cestovnih vozila (Direktiva o razmjeni informacija, s

³⁰ Zapravo bi trebalo stajati: „upućivanje“, jer „razmjena“ podrazumijeva dvostranost – obje strane i primaju i upućuju informaciju/informacije.

izmjenama i dopunama) preuzimaju već provjerena rješenja i iskustva iz područja međunarodnog poreznog prava, tj. prava ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, dopunjujući ih odredbama koje su primjerene za zajednicu kakva je EU, karakteriziranu, između ostalog, odricanjem država članica od jednog dijela svoje suverenosti. U procesu usvajanja *acquis communautaire*-a, u području poreznog prava, Republika Hrvatska usvojila je i norme kojima je regulirana razmjena informacija između država članica EU, i to tako što su norme DRI postale dio hrvatskog Općeg poreznog zakona. Njima su regulirani osobni i predmetni obuhvat instituta razmjene informacija, tijela ovlaštena sudjelovati u takvoj razmjeni, načini razmjene, odredbe o tajnosti informacija koje su predmet razmjene i ograničenja u razmjeni, usmjerena bilo na ograničenje smanjenja suverenosti država članica, bilo na zaštitu interesa poreznih obveznika. Odredbama OPZ-a kojima je razmjena regulirana mogu argumentirano biti upućene neke primjedbe; sadržaj europske DRI prenesen je OPZ, ali s određenim odstupanjima koja mijenjaju sadržaj instituta, onako kako je on reguliran Direktivom. Ta je odstupanja, međutim, teško opravdati. Njima nisu smisleno dodatno zaštićeni niti interesi Republike Hrvatske (u smislu sprječavanja smanjenja njezine suverenosti), niti interesi poreznih obveznika (putem očuvanja tajnosti podataka koji se odnose na njihovu osobnu ili poslovnu sferu). Opći je ton tih odstupanja – otežavanje provedbe postupka razmjene, naročito, npr., putem zahtjeva da taj postupak bude posebno reguliran međunarodnim ugovorima. Opća je koncepcija Unije, kao što je rečeno – ukidanje ograničenja za slobodan protok ljudi, dobara, usluga i kapitala. Razmjena informacija u vezi s predmetnim porezima prateći je institut, porezne naravi, postizanja ovih sloboda, koji omogućuje državama članicama oporezivanje u skladu s njihovim, važećim propisima reguliranim, poreznim sustavima, a da pri tome spomenute slobode nisu narušene. S time u vezi, postupak razmjene informacija ne bi trebalo činiti složenijim nego što je to učinjeno Direktivom, pogotovo imajući u vidu da zahtjev za konvergencijom pravnih sustava država članica nameće obvezu tim državama, preuzeti u svoje pravne sustave odredbe europskih direktiva. Dakle, odredbe DRI naprosto je trebalo, prevedene, unijeti u porezno-pravni sustav Republike Hrvatske. Odstupanje od takvog postupka vjerojatno je posljedica nomotehničke nespretnosti, uvjetovane, možda, imperativom brzine u implementaciji europskog prava. Bilo, međutim, kako bilo, sadašnje stanje otvara mogućnost (opasnost) buduće intervencije tijela EU (npr. Europskog suda, povodom nekog konkretnog predmeta), s ciljem usklađenja normi OPZ-a s odredbama Direktive.

LITERATURA

1. Arbutina, H. (2012). Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje. (rad za Spomenicu za prof. dr. sc. Petra Klarića, rukopis).
2. Gangemi, B. (1990). General Report, International mutual assistance through exchange of information. XLIV Congrès International de Droit Financier et Fiscal, Stockholm, 1990, u: Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXVb, Kluwer, The Netherlands, B- STRANICE RADA
3. Porezni leksikon. (1999). Zagreb.
4. Prats, F. A. G. (2002). Mutual Assistance in Collection of Tax Debts. Intertax 30:2, B- STRANICE
5. Ruiz, M. A. G. (2006). Convention on mutual administrative assistance in tax matters and Community rules: how to improve their interaction? EC Tax Review, 15:4, B- STRANICE
6. Schilcher, M. (2008). The Directives on the Mutual Assistance in the Assessment and in the Recovery of Tax Claims in the Field of Direct Taxation, u: Lang, Pistone, Schuch, Staringer (Eds.), Introduction to European Tax Law on Direct Taxation. Wien.
7. Terra, J. M. B. & Wattel, J. P. (2005). European Tax Law. The Hague, The Netherlands.

Summary

HARMONIZATION OF CROATIAN LAW WITH EU LAW IN THE FIELD OF INFORMATION EXCHANGE ON DIRECT TAXATION AND TAXATION OF INSURANCE PREMIUMS BETWEEN TAX ADMINISTRATIONS OF MEMBER STATES

In this paper, the author analyses the harmonization of the Croatian tax law with the European tax law in the area of administrative collaboration, concerning information exchange between the tax administrations of the EU Member States. Information exchange in tax matters is primarily a means of combating tax evasion, although information delivered can contribute to suppression of tax avoidance as well. In the course of harmonization, Directive 77/799 (Information Exchange Directive) and its 2004 amendments became part of the Croatian tax law; this Directive regulates information exchange on direct taxes and taxation of insurance premiums between tax administrations of the EU Member States.

Key words: *harmonization, collaboration between tax administrations, information exchange, direct taxation and taxation of insurance premiums*

NOVI KAZNENI ZAKON U SVJETLU PRISTUPANJA EUROPSKOJ UNIJI: INKRIMINIRANJE GOVORA MRŽNJE I NEKIH DRUGIH OBLIKA RASIZMA I KSENOFOBIJE

Sloboda izražavanja temeljno je ljudsko pravo važno kako s individualnog aspekta zaštite prava pojedinaca, tako i s aspekta razvoja demokratskog društva. Ne čudi stoga da je ovo pravo zaštićeno kroz niz međunarodnih dokumenata. Ono međutim nije apsolutno i može biti ograničeno zakonom kada je to nužno u demokratskom društvu i razmjerno potrebi zaštite vrijednosti kojoj služi. Osim toga, čl. 17. Europske konvencije o ljudskim pravima zabranjuje zlouporabu prava na način da koristeći se pravima zajamčenim konvencijom ta ili druga ljudska prava djelatno ugrožavaju ili ukidaju. Pritom posebice treba imati u vidu čl. 14. Konvencije koji štiti od diskriminacije po bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili drugi status. Iz svega navedenog jasno proizlazi kako govor mržnje ne predstavlja zaštićeni oblik slobode izražavanja, što je u nizu presuda potvrdio i Europski sud za ljudska prava. No o pitanju kada govor mržnje treba biti inkriminiran (da li već kada omalovažava ili vrijeđa druge ili je pak nužan element nasilja) države su zauzele različita stajališta. U Hrvatskoj postoji relativno duga tradicija inkriminiranja govora kojim se potiče mržnja i netrpeljivost. Međutim, do sada postojeća zakonska rješenja u praksi se nisu pokazala djelotvornima u sprječavanju i suzbijanju ove negativne društvene pojave. Novi Kazneni zakon prati pristup Europske unije ovoj materiji, ali na koji će način i u kojoj mjeri novo rješenje zaživjeti u našoj sudskoj praksi, ostaje tek vidjeti.

Ključne riječi: rasizam i ksenofobija, sloboda izražavanja, govor mržnje, zločin iz mržnje.

*“What is freedom of expression? Without the freedom to offend, it ceases to exist.”
(Salman Rushdie)*

1. UVOD

Sloboda izražavanja jedno je od temeljnih ljudskih prava na kojem počivaju moderna društva i koje je kao univerzalno ljudsko pravo istaknuto u svim važnim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima.¹ Bez prava na izražavanje vlastitog mišljenja nema ni slobodnih

* Doc.dr.sc. Maja Munivrana Vajda, docentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu i redovita članica Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

¹ Za kratki pregled vidi *Alaburić* 2003, I, 68-69. i *Durđević* 2011, 150.

pojedinaca ni demokratskog, pluralističkog društva.² Upravo stoga, ograničenje ove slobode iznimno je osjetljivo područje, posebice kada je riječ o državama u kojima su donedavno vladali totalitarni režimi i u kojima ograničenje slobode govora izaziva neugodne asocijacije na politički motivirane progone neistomišljenika. Ipak, ni moderne, europske države ne pružaju zaštitu svim vrstama govora. Izjave koje potiču mržnju, rasnu netrpeljivost ili diskriminatorno ugrožavaju druge osobe i skupine ljudi pozivanjem na nasilje (a koje se često označavaju kao 'govor mržnje')³ nisu i ne trebaju biti zaštićene jer se protivne pravima i slobodama drugih. Kako i preambula Okvirne odluke o suzbijanju rasizma i ksenofobije navodi, „rasizam i ksenofobija predstavljaju izravne povrede načela slobode, demokracije, poštivanja ljudskih prava i temeljnih sloboda i vladavine prava, načela na kojima je EU utemeljena i koja su zajednička državama članicama.“⁴ Ni prema hrvatskom Ustavu govor mržnje se ne smatra obuhvaćenim slobodom govora, tj. pravom na slobodu mišljenja i izražavanja misli zajamčenim člankom 38. Ustava.⁵ Naime, prema čl. 39. Ustava zabranjeno je i kažnjivo svako pozivanje ili poticanje na rat i uporabu nasilja, na nacionalnu, rasnu ili vjersku mržnju ili bilo koji oblik nesnošljivosti. No, kao što će još biti riječi *infra*, ova načelna zabrana nije odgovarajuće provedena u hrvatskom Kaznenom zakonu iz 1997. (dalje: KZ97) i njegovim kasnijim dopunama i izmjenama.⁶ S početkom 2013. godine u Republici Hrvatskoj na snagu je stupio novi Kazneni zakon (dalje: KZ).⁷ Jedan od barem deklaratorno istaknutih glavnih motiva zbog kojih se pristupilo donošenju novog KZ-a bio je usklađivanje hrvatskog prava s pravom Europske unije,⁸ a jedno od područja u kojima je takvo usklađivanje bilo potrebno upravo je regulacija govora mržnje i drugih pojava oblika rasizma i ksenofobije. Iako KZ, općenito, pa i na ovom polju vrlo dosljedno slijedi izričaj sekundarnih izvora europskog prava, samim formalnim usklađivanjem propisa i transpozicijom odredbi propisanih okvirnim odlukama i direktivama EU u hrvatsko kazneno zakonodavstvo, proces usklađivanja hrvatskog prava nije završen. Naime, s obzirom na skoro očekivani pristup RH Europskoj uniji, 1. srpnja 2013. godine, valja upozoriti da će i same direktive, a u mjeri u kojoj ne budu zamijenjene direktivama i okvirne odluke, zadržati svoju pravnu relevantnost, te će hrvatski suci morati poznavati njihov sadržaj kako bi mogli ocijeniti je li nacionalno pravo potpuno ispunilo ciljeve propisane tim instrumentima.⁹ Uz dosadašnji posredan učinak tzv. „eurokonformnog“ tumačenja koji je priznat okvirnim odlukama, više neće biti isključena ni izravna primjena direktiva na polju kaznenog prava.¹⁰ Konačno, protiv država koje ne implementiraju direktive u predviđenom roku Komisija će moći pokrenuti postupak pred Europskim sudom.¹¹ Sve to treba imati u vidu pri ocjeni uloge koje pravo EU ima u kontekstu pravnog uređenja i inkriminacije tzv. govora mržnje i zločina iz mržnje općenito u RH.

² Važnost ovog prava za demokratska pluralistička društva kontinuirano ističe i Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP). V. Erbakan protiv Turske (zahtjev br. 59405/00), par. 56, 6.07.2006.

³ Za različite definicije govora mržnje v. *Alaburić* 2003, I, 63-65.

⁴ Okvirna odluka 2008/91/JHA o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije putem kaznenog prava od 28. studenog 2008. godine.

⁵ Ustav RH, NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10.

⁶ NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11 i 77/11.

⁷ NN 125/11, 144/12.

⁸ V. Obrazloženje uz Konačni prijedlog kaznenog zakona iz listopada 2011., 117 (Razlozi zbog kojih se Kazneni zakon donosi i pitanja koja se njime rješavaju).

⁹ O pravnoj relevantnosti direktiva i nakon implementacije u nacionalno pravo v. *Čapeta & Rodin* 2010, 71.

¹⁰ Direktive se ipak neće moći izravno primjenjivati na štetu pojedinca u području materijalnog kaznenog prava, kao što se uostalom ni dosada posredni učinak okvirnih odluka nije mogao ustanoviti kaznenu odgovornost pojedinca ili pooštriti postojeću. V. *Durđević* 2008, 1096.

¹¹ Više u *Čapeta & Rodin* 2010, 13-14. Tu je ovlast Komisija imala i do sada na polju kaznenog prava u onom ograničenom opsegu u kojem je mogla direktivama uređivati kaznenopravnu materiju.

2. REGULACIJA RASIZMA I KSENOFOBIJE U EU

2.1. Kratki pregled kaznenopravne nadležnosti EU s posebnim osvrtom na rasizam i ksenofobiju

Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora položaj kaznenog prava unutar pravnog sustava Europske unije znatno je izmijenjen. Naime, EU je dobila supranacionalne zakonodavne ovlasti i u području kaznenog prava, a dotadašnju ulogu okvirnih odluka preuzele su direktive.¹² Temeljni propis koji se odnosi na kaznenu materijalnopravnu nadležnost EU je čl. 83. Ugovora o funkcioniranju EU (dalje: UFEU). Iako prva rečenica stavka 1. članka 83. široko opisno definira nadležnost Unije na polju harmonizacije kaznenog prava, vezujući ju uz osobito teška kaznena djela s prekograničnom dimenzijom,¹³ iz druge rečenice jasno proizlazi kako su područja kriminala u pogledu kojih Europski parlament i Vijeće mogu utvrđivati minimalna pravila o definiranju kaznenih djela i sankcija taksativno nabrojana.¹⁴ Riječ je o terorizmu, trgovanju ljudima i seksualnom iskorištavanju žena i djece, nezakonitoj trgovini oružjem, pranju novca, korupciji, krivotvorenju sredstava plaćanja te računalnom i organiziranom kriminalu. Na prvi pogled očito je kako među ovim područjima kriminala nema jasne reference na rasizam i ksenofobiju. No, EU može direktivama utvrđivati minimalna pravila za definiranje kaznenih djela i sankcija i izvan ove liste, onda kada je približavanje kaznenih zakona i propisa država članica bitno „za osiguranje učinkovite provedbe politike Unije u području koje podleže mjerama usklađivanja“ (čl. 83. st. 2. UFEU). Ova odredba regulira od prije poznatu funkcionalnu kaznenopravnu nadležnost Europske zajednice, koju je 2005. godine ustanovio Europski sud u poznatoj odluci o zaštiti okoliša.¹⁵ Ipak, upitno je pruža li ona ovlast EU za usklađivanje kaznenopravnih sustava država članica na području rasizma i ksenofobije. Naime, ponašanje inkriminirano Okvirnom odlukom o rasizmu i ksenofobiji – govor mržnje te negiranje genocida i drugih najtežih međunarodnih zločina – ranije nije podlijegalo mjerama usklađivanja samo po sebi, a tvrditi da su te inkriminacije izravno neophodne za osiguranje učinkovite provedbe politika Unije, kao što je ona izražena u Direktivi o jednakom postupanju bez obzira na rasno ili nacionalno podrijetlo, čini se previše ekstenzivnim tumačenjem funkcionalne kaznenopravne nadležnosti EU, sada regulirane čl. 83. st. 2. UFEU.¹⁶ Harmonizacijska ovlast EU u pogledu govora mržnje i negiranja najtežih međunarodnih zločina mogla bi se na prvi pogled izvesti i iz čl. 67. st. 3. UFEU, prema kojem Unija „nastoji osigurati visoku razinu sigurnosti putem mjera za sprječavanje i suzbijanje kriminaliteta, rasizma i ksenofobije,... i, prema potrebi, usklađivanjem kaznenog zakonodavstva.“ No ovaj članak ne propisuje koje su to mjere (koje se, uostalom, navode odvojeno od ovlasti usklađivanja kaznenog zakonodavstva) niti po kakvim bi se postupcima one usvajale, pa je odveć načelne naravi.¹⁷ Osim toga, oba bi tumačenja harmonizacijskih ovlasti EU na polju rasizma i ksenofobije (i ono temeljeno na čl. 83. st. 2. UFEU i ono na čl. 67. st. 3. UFEU) zapravo zaobišla ograničenja iz čl. 83. st. 1. UFEU i posredno taj članak učinilo suvišnim, usprkos očitoj želji država članica da taksativnim nabrojanjem područja kriminala izbjegnju proširenje kaznenopravne nadležnosti Unije. Stoga će biti zanimljivo vidjeti hoće li EU zamijeniti postojeću regulativu govora

¹² Čapeta & Rodin 2010, 10.

¹³ Ta prekogranična dimenzija može proizaći, kako sam tekst čl. 83.st. 1. navodi, iz prirode, učinaka takvog kaznenog djela ili pak iz posebne potrebe njihova zajednička suzbijanja.

¹⁴ Usp. Đurđević 2008, 1104. i Cerizza & Martinico, G. 2010, 10. Vijeće može proširiti listu samo jednoglasnom odlukom (čl. 83(1)3 UFEU).

¹⁵ Više u Đurđević 2008, 1100. et seq.

¹⁶ Turner 2012, 575.

¹⁷ Ibid.

mržnje i rasizma i ksenofobije direktivom i na kojem će pravnom temelju takva direktiva eventualno biti donesena.¹⁸ No to pitanje nadilazi opseg ovog rada.

2.2. Okvirna odluka o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije putem kaznenog prava

Suzbijanje rasizma i ksenofobije putem kaznenog prava na razini EU danas regulira okvirna odluka koja, s ciljem harmonizacije prava država članica, zahtijeva inkriminiranje pojedinih, na rasizmu i ksenofobiji utemeljenih, kaznenih djela. Okvirna odluka 2008/91/JHA o suzbijanju određenih oblika i načina izražavanja rasizma i ksenofobije putem kaznenog prava od 28. studenog 2008. godine (dalje: Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji) donesena je kao odgovor Europske unije na porast nasilja i ekstremističkih programa usmjerenih protiv rasta imigracije i slobodnog kretanja ljudi kao jedne od temeljnih vrijednosti EU. Ta je okvirna odluka zamijenila ranije pravno neobvezujuću Zajedničku akciju iz 1996. godine koja, očito, nije polučila zadovoljavajuće rezultate u smislu harmonizacije kaznenog zakonodavstva država članica.¹⁹ Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji obvezuje države članice da svojim zakonodavstvom inkriminiraju tri kaznena djela. Kao prvo, riječ je o javnom poticanju na nasilje ili mržnju prema skupinama ili pojedincima na temelju rase, boje kože, vjere, porijekla ili nacionalne ili etničke pripadnosti (čl. 1. st. 1(a)). Nadalje, države članice dužne su propisati kažnjivosti javnog poticanja na nasilje ili mržnju počinjenog javnom distribucijom pamfleta, slika ili kakvog drugog materijala (čl. 1. st. 1(b)). Konačno, Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji predviđa kažnjivost javnog odobravanja, negiranja ili znatne trivializacije genocida, zločina protiv čovječnosti, ratnih zločina i agresije počinjenih prema skupini ili njenom članu ako je takvo odobravanje, negiranje ili umanjenje ovih zločina počinjeno na način koji je prikladan potaknuti nasilje ili mržnju prema toj skupini ili njenom članu.²⁰ Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji ipak ne teži potpunoj harmonizaciji europskih nacionalnih kaznenih zakonodavstava, već, kroz neke ponuđene alternative, daje državama mogućnost da u određenoj mjeri prilagode zabranu govora mržnje vlastitim pravnim sustavima u okviru kojih važan položaj ima sloboda izražavanja kao jedno od temeljnih ljudskih prava.²¹ Prvo, Okvirna odluka pruža državama mogućnost da inkriminiraju negiranje, znatno umanjenje ili odobravanje samo onih međunarodnih zločina koji su utvrđeni pravomoćnom presudom suda države članice koja progoni počinitelja ovog kaznenog djela ili presudom međunarodnog suda (čl. 1. st. 4.). Osim toga, Okvirna odluka državama ostavlja slobodu da sankcioniraju samo ona ponašanja koja su počinjena na način koji može narušiti javni red ili je prijeteće, pogrdne ili uvredljive naravi (čl. 1. st. 2.). Sva navedena kaznena

¹⁸ Osim pravnog temelja, kao prepreka takvoj harmonizaciji zakonodavstava država članica postavlja se i neslaganje oko proširenja diskriminativnih motiva govora mržnje koji su u postojećoj okvirnoj odluci relativno usko definirani, o čemu će još biti riječi. Postojeća pravna regulativa nastala je prije stupanja na snagu LU, ali isto pitanje moglo bi se postaviti i u kontekstu tada važećeg pravnog okvira. No, za razliku od tumačenja čl. 83. st. 1. UFEU, ranije je zauzet stav da su harmonizacijske ovlasti na polju materijalnog kaznenog prava u čl. 31e Ugovora o Europskoj uniji iz Amsterdama navedene samo egzemplarno. Više u *Đurđević* 2008, 1094.

¹⁹ *Turner* 2012, 564-565.

²⁰ Pod tim kaznenim djelima podrazumijevaju se definicije genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina sadržane u odgovarajućim člancima Rimskog statuta, dok se kada je riječ o agresiji Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji poziva na definiciju iz čl. 6. Povelje Nürnberškog Međunarodnog vojnog tribunala (čl. 1. st. 1(c) i (d) Okvirne odluke). Pozivanje na definiciju sadržanu u čl. 6. Povelje je i logično, jer je u trenutku donošenja ove Okvirne odluke to bila jedina međunarodno priznata definicija agresije kao međunarodnog zločina. Dođe li do usvajanja direktive na ovom području za očekivati je kako će se ista temeljiti na definiciji agresije prema novom članku 8bis Rimskog statuta.

²¹ V. par. 6 preambule Okvirne odluke. Kako se izričito navodi, Unija je smatrala da potpuna harmonizacija u tom trenu zbog različitih kulturnih i pravnih tradicija nije bila moguća.

djela, neovisno o kojem njihovom obliku je riječ, trebaju biti zapriječena učinkovitim, proporcionalnim i odvraćajućim sankcijama, pri čemu posebni maksimum mora biti između najmanje jedne i tri godine zatvora (čl. 3.). Valja konačno spomenuti i kako prema Okvirnoj odluci kod svih drugih kaznenih djela rasistička i ksenofobna motivacija treba predstavljati kvalifikatornu ili barem potencijalno otegotnu okolnost pri odmjerenju kazne (čl. 4.).

3. INKRIMINACIJA GOVORA MRŽNJE I ZLOČINA IZ MRŽNJE U RH - KZ97 U SVJETLU OKVIRNE ODLUKE O RASIZMU I KSENOFOBIJI I JURISPRUDENCIJE ESLJP

U Hrvatskoj je govor mržnje bio inkriminiran još mnogo prije nego li je EU započela svoju harmonizacijsku aktivnost na tom polju. Naime, već je Krivični zakon Republike Hrvatske (dalje: KZRH) sadržavao kazneno djelo *Izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti* (čl. 240. KZRH).²² Međutim, stupanjem na snagu KZ97, to je djelo ukinuto te je govor mržnje inkriminiran kao jedan oblik kaznenog djela *Rasne i druge diskriminacije* iz čl. 174. KZ97. U skladu s nazivom članka, zakonodavac je i kod govora mržnje naglasak stavio isključivo na pojam rase, predviđevši kažnjivost javnog iznošenja ili pronošnja zamisli o nadmoćnosti jedne rase nad drugom, širenja rasne mržnje i poticanja na rasnu diskriminaciju (čl. 174. st. 3. KZ97). Time je donekle dekriminalizirano izazivanje nacionalne i vjerske mržnje,²³ a iz naziva i bića djela ispušteno je i apostrofiranje zaštite naroda i manjina koje žive u Republici Hrvatskoj. Ipak, treba imati u vidu kako se pojam rasne diskriminacije u međunarodnom pravu definira vrlo široko, kao „svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koji se zasnivaju na rasi, boji kože, precima, nacionalnom ili etničkom porijeklu i koji imaju za svrhu ili za rezultat da unište ili ugroze priznavanje, uživanje ili korištenje pod jednakim uvjetima prava čovjeka i temeljnih sloboda na političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju i na nekom drugom polju javnog života.“²⁴ Stoga je, posebice imajući u vidu potrebu sustavne interpretacije odredbe smještene unutar glave XIII. KZ97 koja nosi naziv „Kaznena djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom“, čl. 174. st. 3. KZ97 valjalo tumačiti široko, na način da uz širenje rasne mržnje i poticanja na diskriminaciju po osnovi rase, tj. boje kože, obuhvati i širenje mržnje i poticanje na diskriminaciju po nacionalnom i etničkom porijeklu kao vjerojatno najčešćem pojavnom temelju diskriminacije u post-ratnoj Hrvatskoj i regiji.²⁵ Naši sudovi, međutim, izgleda nisu prepoznali doseg ove odredbe te su, prema dostupnim podacima, u potpunosti izostali kazneni progoni počinitelja kako prema čl. 240. KZRH, tako i prema čl. 174. st. 3. KZ97.²⁶ S obzirom na takav propust sudova, očito je bilo potrebno eksplicitno

²² V. pročišćeni tekst Krivičnog zakona Republike Hrvatske koji obuhvaća Krivični zakon Socijalističke Republike Hrvatske, NN 32/93.

²³ O dekriminalizaciji govore *Đurđević* 2011, 178. i *Alaburić* 2003, II, 85. koja spominje čak „radikalnu dekriminalizaciju“. Ipak, kao što će analiza pokazati, u razdoblju nakon stupanja na snagu KZ97, možda bi ipak bolje bilo govoriti o faktičnoj dekriminalizaciji kroz praksu sudova koja nije ispravno i skladu s međunarodnim izvorima tumačila novu odredbu. O pravnoj se dekriminalizaciji radilo samo u pogledu vjerske mržnje koju nije bilo moguće obuhvatiti ni ispravnim tumačenjem. Značajnija pravna dekriminalizacija nastupila je tek izmjenama 2000. godine, iako su tada istovremeno prošireni diskriminacijski temelji. O tome više *infra*.

²⁴ Čl. 1. Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, NN-MU br. 12/93.

²⁵ Slično i *Alaburić* 2003, II, 85. Izjave hrvatskih političara i medija iz devedesetih godina prošlog stoljeća prenosi i Regionalni glasnik za promociju kulture manjinskih prava i međuetničke tolerancije, br. 2. (tematski posvećen govoru mržnje) od 15. kolovoza 2004., str. 23.

²⁶ Da se poslije 1990. godine nije primjenjivala ni odredba čl. 240. KZRH, iako je za to nesumnjivo bilo dosta prilika i potrebe, navodi *Alaburić* 2003, II, 85. Izostanak kaznenih progona nakon 1998. i donošenja hrvatskog KZ97 *Đurđević* 2011, 178 vidi (dijelom) i kao posljedicu dekriminalizacije iako bi, kako je već objašnjeno, ispravno tumačenje otklonilo shvaćanje o dekriminalizaciji u pogledu širenja nacionalne ili etničke mržnje.

zakonom navesti kako govor mržnje i diskriminaciju valja sankcionirati i onda kada su te pojave utemeljene na etničkoj ili nacionalnoj mržnji, ali i vjeri i spolu, što je učinjeno izmjenama KZ97 u prosincu 2000. godine.²⁷ Istim je izmjenama, međutim, radnja ovoga djela ograničena na javno iznošenje ili pronošenje „zamisli o nadmoćnosti ili podčinjenosti“ po jednoj od navedenih osnova. Osim toga, u zakonski je opis kao subjektivno obilježje, tj. specijalna namjera, unijet zahtjev postupanja „u cilju širenja mržnje“ po nekoj od specificiranih osnova ili pak u „cilju omalovažavanja“. Na taj je način ova odredba postala praktički gotovo nepovrediva,²⁸ pa ne čudi da ni nakon 2000. godine nije došlo do kaznenih progona, iako je povoda očito i dalje bilo. Kao zanimljiv primjer govora mržnje u hrvatskom političkom životu može se istaknuti izjava međimurskog župana iz 2001. godine: "... Osjećaju se ugroženi i svi oni građani međimurske županije čija djeca moraju biti i s romskom populacijom u razredu... Svi građani MŽ moraju zadovoljiti zakonske uvjete, jedino se Romima stalno daju nekakvi ustupci. Ako će se nastaviti takvo stanje, problemi će eskalirati! U MŽ, ne zato što bi postojao rasizam ili nekakva druga teža politička kvalifikacija, zbog ovakvog ponašanja romske populacije u Međimurju će prije ili kasnije doći do sukoba većih razmjera. To su zakonitosti i to nitko neće moći zaustaviti!... To su izuzetno veliki problemi, a ljudi koji žive u neposrednoj blizini će se početi organizirati i početak će se ponašati na način da zaštite svoje civilizacijske tekovine... Došlo je vrijeme da i mi počnemo štiti svoju vlastitu slobodu..."²⁹ Iako prema praksi ESLJP politički diskurs zbog svoje važnosti za demokratska društva uživa poseban položaj i najveći stupanj zaštite,³⁰ ni političari nisu apsolutno zaštićeni. Naime, kako što proizlazi iz odluke ESLJP o dopuštenosti u slučaju francuskog političara Le Pena, Le Pen protiv Francuske, sloboda političkog izražavanja nije opravdanje za govor mržnje.³¹ Taj je političar i predsjednik francuske stranke Nacionalni front 2005. godine osuđen na novčanu kaznu u iznosu od 10 000 eura zbog „poticanja na diskriminaciju, mržnju i nasilje prema skupini ljudi zbog njihova podrijetla ili pripadnosti specifičnoj etničkoj skupini, naciji, rasi ili vjeri.“ Izjava zbog koje je osuđen slična je, a možda čak i umjerenija od one međimurskog župana. Naime, jednom je tjedniku Le Pen izjavio kako se Francuzi trebaju pribojavati trenutka kada će u Francuskoj živjeti 25 milijuna Muslimana, umjesto 5 milijuna, koliko ih je bilo tada, jer će oni tada voditi glavnu riječ. ESLJP je smatrao kako Le Penovi komentari predstavljaju cijelu muslimansku zajednicu u uznemirujućem svjetlu, što može potaknuti osjećaje neprijateljstva i odbijanja. Nadalje, rapidno povećanje broja Muslimana je predstavljeno kao latentna prijetnja sigurnosti i dostojanstvu francuskog naroda.³² Stoga je njegova osuda u Francuskoj na visoku novčanu kaznu (uz koju je bila zapriječena i kazna zatvora) predstavljala dopušteno ograničenje slobode (političkog) izražavanja. ESLJP je ujedno ponovio svoj ranije izrečeni stav kako političari moraju izbjegavati komentare koji mogu promicati netoleranciju.³³ Dakle, iako se kvalifikacija gore citirane izjave međimurskog župana kao govora mržnje i njegovo sankcioniranje ne bi protivili EKLJP i praksi ESLJP, upitno je da li bi se u tom slučaju moglo dokazati postupanje s ciljem širenja mržnje te bi li se ostvarenima mogla smatrati druga zakonska obilježja ovog kaznenog djela prema KZ97 i izmjenama iz 2000. godine (tj. da se radi o iznošenju zamisli o nadmoćnosti ili podređenosti temeljem etničke pripadnosti, iako su suprematističke ideje u toj izjavi svakako barem

²⁷ NN 129/00.

²⁸ Alaburić 2003, II, 85.

²⁹ Prema Erceg 2004, 17.

³⁰ Đurđević 2011, 156.

³¹ Odluka o dopuštenosti u predmetu Le Pen protiv Francuske (zahtjev br. 18788/09) od 20.04.2010. O slučaju i *Voorhoof* 2010.

³² Ibid.

³³ Tako je u predmetu Feret protiv Belgije (zahtjev br. 15615/07) od 16.07.2009., ESLJP smatrao da je postojao legitiman cilj zaštite prava imigrantske zajednice, koji je opravdavao sankcioniranje belgijskog političara radi distribucije letaka s antiimigracijskim i antiislamističkim sadržajem.

implicitno sadržane). Osuda je u svakom slučaju izostala, kao što je izostala u još jednom eklatantnom primjeru govora mržnje u političkom kontekstu. U sklopu predizborne kampanje za lokalne izbore u svibnju 2001., bivša gradonačelnica Petrinje i zastupnica Hrvatske stranke prava je izjavila: "...onaj manjinac, jadan Srbin koji se vratio iz majčice Srbije, niti je čovjek niti je životinja. Životinja ne zaslužuje takvu usporedbu s njima. Niti jedan manjinac, srpski ciganin, neće imati mira ni u Petrinji, niti bilo gdje, gdje su i jedna majka ili dijete zaklani ili ubijeni, a Hrvati i Hrvatice poklani".³⁴ Do adekvatne inkriminacije govora mržnje nije došlo ni nakon slijedećih izmjena i dopuna KZ97 iz 2004. i 2006. godine, iako obje valja ocijeniti pozitivno.³⁵ Prvom od ove dvije novele kao temelj diskriminatornog govora uvedena je i „spolna orijentacija i druge osobine“,³⁶ što (kao uostalom i spol) nadilazi zahtjev inkriminiranja širenja nacionalne, etničke, rasne i vjerske mržnje iz Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji. S obzirom na nedavne događaje u Hrvatskoj tijekom tzv. povorki ponosa, jasno je kako i spolna orijentacija može biti izravan „okidač“ govora mržnje, diskriminacije i nasilja,³⁷ te kako pripadnici manjinske spolne orijentacije često predstavljaju ranjivu i diskriminiranu skupinu kakvu načelno treba zaštititi odgovarajućim inkriminacijama, pa i onom koja štiti od govora mržnje.³⁸ Inkriminiranje govora mržnje utemeljenog na spolnoj orijentaciji u skladu je i s recentnom praksom ESLJP koji je 9. veljače 2012. godine u predmetu *Vejdeland* i drugi protiv Švedske naveo kako je diskriminacija na temelju spolne orijentacije jednako ozbiljna kao i rasna i etnička diskriminacija.³⁹ U tom su slučaju u Švedskoj osuđena četiri muškarca zbog distribucije stotinjak letaka učenicima u srednjim školama, u kojima je kritizirana tzv. homoseksualna propaganda, homoseksualnost proglašena spolnom devijacijom s moralno destruktivnim učinkom na društveno tkivo, a homoseksualni stil života okarakteriziran kao promiskuitetan i jedan od glavnih razloga širenja HIV-a. Ono što je posebice zanimljivo istaknuti je kako je, iako leci nisu izravno poticali ljude da djeluju protiv homoseksualaca, Sud u skladu sa svojim ranijim odlukama istaknuo da poticanje na mržnju nužno ne sadrži i pozivanje na nasilje ili činjenje kaznenih djela.⁴⁰ Izmjenama i dopunama KZ97 iz 2004. godine kao oblik rasne i druge diskriminacije iz čl. 174. KZ inkriminirano je raspačavanje putem interneta ili činjenje dostupnim javnosti na drugi način materijala kojima se poriče, znatnije umanjuje ili opravdava kazneno djelo genocida ili zločina protiv čovječnosti pod uvjetom da su objektivna obilježja i ovog djela počinjena sa specijalnom namjerom širenja mržnje (čl. 174. st. 4. KZ). Kako se navodi, opasnost inkriminiranih radnji proizlazi iz mogućeg iskrivljavanja povijesnih činjenica i stvaranja uvjeta za jačanje rasističkih i drugih neprihvatljivih ideologija, s negativnim učincima na individualnu i kolektivnu svijest.⁴¹ Tu je opasnost kao legitiman razlog ograničenja slobode govora u nizu svojih presuda prepoznao i ESLJP.⁴² Ovim izmjenama KZ97 iz 2004. godine implementiran je čl. 6. Dodatnog protokola uz Konvenciju Vijeća Europe o kibernetičkom kriminalu,⁴³ ali time nije ipak u potpunosti odgovoreno na zahtjeve iz čl.1. st.1(c) Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji, prema kojem do poricanja, trivijalizacije ili odobravanja mora doći javno, ali ne nužno raspačavanjem putem interneta ili činjenjem javno dostupnih kakvih

³⁴ Jutarnji list, 23. prosinac 2003. Prema *Erceg* 2004, 17-18. koja navodi i kako je u prosincu 2003. godine nepravomoćno došlo do oslobođenja.

³⁵ NN 105/04 i 71/06.

³⁶ Kao primjer „drugih osobina“ vjerojatno se može istaknuti invaliditet, dob, tj. starost i zdravstveno stanje.

³⁷ V. izvješće *Amnesty International* 2012.

³⁸ Da se u većini poredbenih definicija govora mržnje navodi razlikovanje na temelju spola i spolne orijentacije navodi i *Alaburić* 2003, I, 64.

³⁹ Presuda u predmetu *Vejdeland* protiv Švedske (zahtjev br. 1813/07) od 9.2.2012. par. 55.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Bačić & Pavlović* 2004, 647.

⁴² Za pregled presuda ESLJP v. *Alaburić* 2003, I, 70.

⁴³ NN-MU 4/08.

materijala. Osim toga Okvirna odluka ovo djelo širi i na kazneno djelo agresije te ne traži utvrđivanje specijalne namjere, već je dovoljno da počinitelj postupa s namjerom (pa je, dakle, dovoljna i neizravna namjera). Konačno, novelom iz 2006. godine u KZ97 unijeta je definicija zločina iz mržnje kao svakog kaznenog djela ako je počinjeno „iz mržnje prema osobi zbog njezine rase, boje kože, spola, spolne orijentacije, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovine, rođenja, naobrazbe, društvenog položaja, dobi, zdravstvenog statusa ili drugih osobina“ (čl. 89. st. 36. KZ97).⁴⁴ Vrijednost ove odredbe, međutim, znatno je smanjena uslijed činjenice da je mržnja kao kvalifikatorna okolnost (pobuda) uvedena samo kod kaznenog djela (teškog) ubojstva.⁴⁵ Drugim riječima, niti u općem, niti u posebnom dijelu nije bilo daljnjeg upućivanja na čl. 89. st. 36. KZ97 koja bi toj odredbu dala praktičnu važnost u okviru kaznenog prava i progona.⁴⁶ Iako su, dakle, neke novele donijele poboljšanja na polju kaznenopravne regulacije govora mržnje, ta je materija i dalje ostala neodgovarajuće regulirana, a promjene nisu (makar) neposredno dovele ni do procesuiranja počinitelja. Prema izvješću Europske komisije o napretku Hrvatske u 2008. godini, u Hrvatskoj nije bilo osuda za poticanje na rasnu i drugu mržnju.⁴⁷ U 2009. godini prijavljeno je više osoba, no podaci Državnog zavoda za statistiku otkrivaju da ni te godine nitko nije osuđen za govor mržnje prema čl. 174. st. 3. i 4. KZ97.⁴⁸ Tek je u 2010. godini došlo do osude tri osobe, dok je optužba prema jednoj osobi pravomoćno odbijena.⁴⁹ Slijedeće je godine za kazneno djelo iz čl. 174. st. 3. KZ97 osuđeno pet osoba, a za djelo iz čl. 174. st. 4. jedna osoba.⁵⁰ S obzirom da u međuvremenu nije došlo do promjene zakonske regulative, očito je kako progon zločina iz mržnje i govora mržnje ovisi i o osviještenosti tijela kaznenog progona, ali i prevladavajućoj društvenoj klimi. Malo je vjerojatno da je do progona i sankcioniranja govora mržnje u posljednjih nekoliko godina došlo zbog veće pojave učestalosti ove negativne društvene pojave. Iako je progon, dakle, očito ipak bio moguć i prema KZ97, na temelju svega iznesenog može se zaključiti kako govor mržnje ni nakon višekratnih izmjena i dopuna KZ97 nije bio adekvatno inkriminiran u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu. Osim toga, unatoč tome što je u pogledu diskriminatornih temelja hrvatsko zakonodavstvo bilo sveobuhvatnije od Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji, u nizu drugih segmenata ono je zaostajalo za (harmonizacijskim) zahtjevima iz čl. 1. ove Okvirne odluke, te je zbog uvođenja dodatnih obilježja u čl. 173. st. 3. i 4. KZ97 kažnjiva zona govora mržnje u RH bila sužena, a Okvirna odluka nepotpuno implementirana.⁵¹

4. INKRIMINACIJA GOVORA MRŽNJE I ZLOČINA IZ MRŽNJE U NOVOM KAZNENOM ZAKONU

Novi KZ otklanja većinu navedenih nedostataka i usklađuje hrvatsko zakonodavstvo s Okvirnom odlukom o rasizmu i ksenofobiji. Prije svega, govor mržnje inkriminiran je novim

⁴⁴ V. čl. 14. Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona od 28.06.2006, NN 71/06.

⁴⁵ Da bi odredba imala smisla samo da je u posebnom dijelu zločin iz mržnje propisan kao kvalifikatorno obilježje i Pavišić & Grozdanić & Veić 2007, 293.

⁴⁶ Njena je vrijednost, stoga, možda prvenstveno bila statističke naravi. Naime, sukladno međunarodnim obvezama, RH je 2011 donijela Protokol o postupanju u slučaju zločina iz mržnje, kako bi osigurala sustavno praćenje zločina iz mržnje.

⁴⁷ Prema Đurđević 2011, 179.

⁴⁸ Državni zavod za statistiku 2010, 72.

⁴⁹ Sve prema čl. 174.st.3. KZ97. Državni zavod za statistiku 2011, 72.

⁵⁰ Državni zavod za statistiku 2012, 62.

⁵¹ Suprotno, države mogu postrožiti kaznenu odgovornost ispuštanjem nekog obilježja određenog u okvirnoj odluci. V. Đurđević 2008, 1097.

kaznenim djelom *Javno poticanje na nasilje i mržnju* iz čl. 325. KZ. Osim toga, KZ dosljedno i strože sankcionira neke ekstremne oblike govora mržnje: izravno i javno poticanje na genocid (čl. 88. st. 3. KZ), izravno i javno poticanje na zločin agresije (čl. 89. st. 3.) te javno poticanje na terorizam (čl. 99. KZ). Konačno, novim je zakonom dosljedno proveden, ali i sužen koncept zločina iz mržnje (čl. 89. st. 20. KZ).

4.1. Javno poticanje na nasilje i mržnju

Javno poticanje na nasilje ili mržnju novo je kazneno djelo u glavi XXX. KZ-a koja nosi naziv Kaznena djela protiv javnog reda i mira. Kao što je već rečeno, novi članak 325. inkriminira radnje do sada sadržane u članku 174. st. 3. i 4. KZ97, ali usklađuje obilježja ovoga djela s onima navedenim u čl. 1. Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji. Pritom, kao i do sada, govor mržnje u Hrvatskoj ostaje inkriminiran po širim osnovama, uslijed čega hrvatski pravni sustav širi zaštitu od govora mržnje i na druge tradicionalno ranjive skupine.⁵² Važno je istaknuti i kako novo kazneno djelo u st. 1., sukladno Okvirnoj odluci, jasno ističe kažnjivost ne samo poticanja na nasilje, već i na mržnju. Djelo je jednako kažnjivo neovisno o načinu poticanja odnosno načinu na koji su javnosti učinjeni dostupnim letci, slike ili drugi materijali kojima se poziva na nasilje ili mržnju.⁵³ U stavku 2. inkriminirano je javno odobravanje, poricanje ili umanjivanje najtežih međunarodnih zločina, ako se to čini „na način koji je prikladan potaknuti nasilje ili mržnju protiv takve skupine ili pripadnika skupine.“ I ova odredba prati tekst (čl. 1(1)(c) i (d) Okvirne odluke), ali izravno ne upućuje na definicije tih djela prema Rimskom statutu odnosno čl. 6. Povelje Međunarodnog vojnog tribunala. S obzirom na usklađenost hrvatskog prava s međunarodnim izvorima, ovo odstupanje zapravo nema posebnog praktičnog značaja.⁵⁴ Konačno, stavak 3. propisuje kažnjivost pokušaja ovog kaznenog djela, koji s obzirom na propisanu kaznu (do tri godine zatvora) inače ne bi bio kažnjiv.⁵⁵ Hrvatski KZ ne koristi dvije spomenute mogućnosti koje Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji pruža državama kako bi pri inkriminiranju govora mržnje suzile kažnjivu zonu i djelo prilagodile vlastitim pravnim tradicijama. Tako čl. 325. st. 2. ne sadrži ograničenje kažnjivosti na negiranje samo onih međunarodnih zločina koji su utvrđeni pravomoćnom presudom domaće, hrvatskog ili pak međunarodnog suda. Drugim riječima, u Hrvatskoj bi načelno bilo moguće kazneno odgovarati i za negiranje genocida nad Armencima iako nitko nije osuđen ni u Hrvatskoj ni pred nekim međunarodnim sudom za to djelo.⁵⁶ U kontekstu ovog kaznenog djela (koje je u Njemačkoj poznato i pod nazivom *Auschwitz Lüge*) nije posve jasno ni je li riječ o negiranju genocida odnosno drugih međunarodnih zločina kao individualnih kaznenih djela (njem. *Einzeltat*), što bi proizlazilo iz mogućnosti vezivanja odgovornosti uz postojanje pravomoćnih presuda, ili pak o negiranju genocida kao cjelokupnog zbivanja koje izražava kolektivnu dimenziju zločina (njem. *Gesamttat*), pri čemu onda postojanje pravomoćnih presuda koje utvrđuju individualnu kaznenu odgovornost u znatnoj mjeri gubi svoju relevantnost.⁵⁷ Važnija je činjenica da

⁵² Uz dosada navedene osnove, izrijeком se spominju i rodni identitet i invaliditet. Praktično ovo ne znači da je došlo do proširenja zone kažnjivosti jer je i KZ97 sadržavao generalnu klauzulu („ili drugih osobina“).

⁵³ Istim je stavkom istaknuta kažnjivost počinjenja ovog djela pute računalnog sustava ili mreže.

⁵⁴ Osim u pogledu zločina agresije, budući da je RH uskladila definiciju ovog djela s Rimskim statutom.

⁵⁵ Pitanje je koliko će uopće ova odredba biti primjenjiva s obzirom na narav djela. Okvirna odluka ne propisuje kažnjivost pokušaja.

⁵⁶ Ipak, morat će biti ispunjeno obilježje delikta podobnosti, tj. da je poricanje počinjeno na način koji je prikladan potaknuti nasilje ili mržnju protiv takve skupine ili pripadnika skupine. O tzv. deliktima podobnosti kao podvrsti kaznenih djela apstraktnog ugrožavanja v. *Maršavelski* 2011, 291.

⁵⁷ Upitno je uostalom mogu li se međunarodni zločini u svojoj kolektivnoj dimenziji zbog svog pravnog sadržaja uopće promatrati kao općepoznate činjenice, no to pitanje nadilazi okvire ovog rada.

kažnjivost govora mržnje iz čl. 325. st. 1. KZ nije ograničena na onaj govor koji može narušiti javni red i mir ili koji je ugrožavajući, pogrdan i uvredljiv. Upravo na taj način zonu kažnjivosti sužavaju i neke druge države, primjerice Njemačka,⁵⁸ a i ESLJP je pri ocjenjivanju radi li se uopće o govoru mržnje često promatrao reakciju javnosti i procjenjivao mogu li izjave o kojima je riječ dovesti do nasilja i utjecati na javni red u zajednici.⁵⁹ Iako ovo ograničenje nije eksplicitno sadržano u zakonskom opisu djela, govor mržnje bi i u Hrvatskoj trebalo smatrati kaznenim djelom samo ako je riječ o govoru koji može poremetiti javni red i mir. Takvo (restriktivno) tumačenje djela u skladu je i s dominantno zaštićenim pravnim dobrom – javnim redom i mirom – koje ovo kazneno djelo, s obzirom na svoj smještaj u glavu XXX. kao i *ratio* inkriminacije, štiti.⁶⁰ Osim toga, takvim tumačenjem ne ide se na štetu počinitelja, pa se ne krši načelo zakonitosti,⁶¹ a ono je u skladu i s opcijom koju državama daje Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji. Konačno, kroz takvo tumačenje jasnije je razgraničenje ovog kaznenog djela od analognih prekršaja, kako protiv javnog reda i mira, tako i prema Zakonu o suzbijanju diskriminacije. Javni red i mir se može smatrati narušenim prvenstveno kada je stvorena otvorena ili latentna opasnost od nasilja, kada zajednički život više nije moguć bez straha za život, tijelo ili imovinu i kada je zbog toga narušeno povjerenje u pravni poredak i sigurnost.⁶² No da bi ovo djelo bilo dovršeno, ne treba uistinu i doći do spremnosti dijela populacije na agresivno ponašanje ili odgovarajućeg straha pripadnika ranjive skupine, već je dovoljno da postoji opravdana zabrinutost da će javni red i mir biti narušeni. Naravno, podobnost remećenja javnog reda i mira najlakše će biti utvrditi prema javnom odjeku, onda kada do uznemirenja javnosti uistinu i dođe, ali takvo utvrđenje može proizlaziti i iz sadržaja, načina izražavanja počinitelja i drugih relevantnih okolnosti slučaja. Od velike važnosti pri procjeni je i predispozicija javnosti, posebice mladeži, za nasilje te prethodni, manje ili više ugroženi položaj skupine protiv koje je usmjeren govor mržnje u određenom društvu.⁶³

4.2. Ekstremni oblici govora mržnje

Pojedini ekstremni oblici govora mržnje bili su inkriminirani i KZ 97, pa novi KZ samo slijedi već postojeći trend i pritom, uz izričaj unutar zakona, usklađuje hrvatsko kazneno zakonodavstvo s nekim drugim međunarodnim izvorima.⁶⁴ Sukladno članku 3(c) Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida KZ inkriminira izravno i javno poticanje na genocid (čl. 88. st. 3.). Ovo kazneno djelo nije postojalo u KZ97, a djelomično se moglo sankcionirati samo kao „običan“ govor mržnje sadržan u čl. 174. st. 3. i 4. KZ97. Za razliku od genocida, poticanje na zločin agresije bilo je kažnjivo i do sada, ali čl. 89. st. 3. KZ, u skladu s istovjetnom odredbom kod genocida, sada specificira da je riječ o izravnom i javnom

⁵⁸ V. § 130(1) njemačkog StGB („*Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören...*“).

⁵⁹ Tako se, primjerice, u presudi u predmetu Leroy protiv Francuske (zahtjev br. 36109/03) od 2.10.2008., sud u ocjeni da kažnjavanje tužitelja nije bilo protivno čl. 10. EKLJP oslonio na činjenicu da su objavljeni crteži doveli do reakcije javnosti, koja je mogla potaknuti nasilje i imati značajan utjecaj na javni red u Baskiji. V. i *Weber* 2009, 40.

⁶⁰ Javni red i mir obuhvaća stanje zajedničke pravne sigurnosti i mirnog zajedničkog života građana kao i svijest zajednice da živi mirno. V. *Joecks & Miebach* 2012. StGB § 130 Rn. 22-26 – beck-online.

⁶¹ U tom smislu i *Schönke & Schröder* 2010, 1414 kada navode da budući da ovaj zahtjev prikladnosti ima korektivnu funkciju izdvajanja slučajeva koji nisu kažnjivi, on se ne protivi zahtjevu određenosti kao važnom aspektu načela zakonitosti.

⁶² *Ibid.* V. i *Joecks & Miebach* 2012. StGB § 130 Rn. 22-26 – beck-online.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji to ne traži.

poticanju,⁶⁵ pri čemu pojmove 'izravno' i 'javno' valja tumačiti u skladu s već bogatom jurisprudencijom vezanoj uz genocid.⁶⁶ Kažnjivo je i javno poticanje na terorizam (čl. 99. KZ), pri čemu je, kao i do sada (čl. 169a KZ97), dovoljno neizravno poticanje na počinjenje terorističkih djela. Za sva tri djela propisana je kazna od jedne do deset godina zatvora, što je znatno više nego za govor mržnje iz čl. 325. KZ, gdje je posebni maksimum tri godine zatvora. To je i opravdano zbog iznimne (apstraktne) opasnosti propagande najtežih međunarodnih zločina.

4.3. Zločini iz mržnje

Prema čl. 89. st. 20. KZ zločin iz mržnje je kazneno djelo počinjeno zbog rasne pripadnosti, boje kože, vjeroispovijesti, nacionalnog ili etničkog podrijetla, invaliditeta, spola, spolnog opredjeljenja ili rodnog identiteta druge osobe. Na prvi pogled očito je kako je koncept zločina iz mržnje sužen u odnosu na onaj iz KZ97. Novi KZ više ne navodi jezik, političko ili drugo uvjerenje, socijalno podrijetlo, imovinu, rođenje, naobrazbu, društveni položaj, dob, zdravstveni status ili druge osobine kao motive koje djelo čine zločinom iz mržnje. U Obrazloženju uz Konačni prijedlog Kaznenog zakona se navodi kako je definicija zločina iz mržnje sada usklađena sa zahtjevima Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji,⁶⁷ no ta tvrdnja nije posve točna. Ono što je usklađeno su posljedice koje se vezuju uz utvrđenje da neko kazneno djelo predstavlja zločin iz mržnje, o čemu će još biti riječ, a ne i rasistički i ksenofobni motivi koji neko djelo čine zločinom iz mržnje. Naime, čl. 4. Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji, koji se odnosi na koncept zločina iz mržnje, posebno ne navodi o kakvim je rasističkim i ksenofobnim motivima riječ, no Okvirna odluka općenito je usmjerena ka zaštiti od diskriminatornog razlikovanja samo na temelju rase, vjerske, nacionalne ili etničke pripadnosti te boje kože. U čl. 89. st. 20. KZ pored tih motiva, međutim, navode se i druge osnove: invaliditet, spol, spolno opredjeljenje i rodni identitet druge osobe, jednako kao i kod govora mržnje iz čl. 325. KZ. No, za razliku od čl. 325. KZ, u čl. 89. st. 20. KZ ne navode se i „druge osobine“ čime se onemogućuje kvalifikacija kaznenog djela počinjenog iz nekih drugih pobuda utemeljenih na mržnji, primjerice zbog dobi ili političkog uvjerenja, kao zločina iz mržnje. Ono što svakako valja ocijeniti kao pozitivno je specificiranje materijalnopravnih posljedica koje uz sebe vežu zločini iz mržnje. Okolnost da je djelo počinjeno iz mržnje sada je izrijekom navedena kao kvalifikatorna okolnost kod niza kaznenih djela,⁶⁸ a uz to, u čl. 89. st. 20. KZ se navodi kako će se okolnost da je djelo počinjeno iz mržnje uzeti i kao otegotna okolnost onda kada nije izričito propisano teže kažnjavanje.

⁶⁵ Umjesto dosadašnjeg, nejasnog izričaja „Tko poziva ili potiče na agresivni rat“. V. *Munivrana Vajda* 2012, 832.

⁶⁶ Uvjet izravnosti smatra se ispunjenim kada je poticanje usmjereno prema specifičnom provociranju drugih da počine kazneno djelo, a treba ga procjenjivati u svjetlu kulturnog i lingvističkog konteksta. Pojedini govor može se smatrati neposrednim u jednoj sredini, ali ne i u drugoj što ovisi o publici kojoj je upućen. V. Par. 556-558. presude Raspravnog vijeća u predmetu *Akayesu*.

⁶⁷ V. obrazloženje Vlade uz čl. 89. st. 20.

⁶⁸ Riječ je, primjerice, o teškom ubojstvu iz čl. 111., tjelesnoj i teškoj tjelesnoj ozljedi iz čl. 117. i 118. te prisili iz čl. 138. KZ.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA: IZAZOVI USKLADIVANJA PRAVA NA SLOBODU IZRAŽAVANJA S OGRANIČAVANJEM GOVORA MRŽNJE

Govor mržnje je potencijalno opasna društvena pojava. Uobičajeni način izražavanja i opći jezični stil može dovesti i do promjena obrasca ponašanja. Neki autori upozoravaju kako govor mržnje stvara tzv. estetizaciju mržnje, tj. atmosferu u kojoj nasilje i mržnja postaju normalne pojave. Na taj se način ruše moralne dileme koje bi inače predstavljale blokadu za nasilje i stvara reducirani moralni senzibilitet javnosti.⁶⁹ Osim toga, kao što je naveo nezavisni odvjetnik Maduro u svom mišljenju u predmetu *Feryn* pred Europskim sudom u kontekstu osude diskriminatornog govora jednog poslodavca, „suprotno konvencijskoj mudrosti, riječi mogu povrijediti“ (eng. „*contrary to conventional wisdom, words can hurt*“).⁷⁰ S druge strane, potencijalno je možda i jednako opasno (neopravdano) zadiranje u slobodu govora. Stoga najveći izazov u demokratskim društvima predstavlja balansiranje slobode izražavanja s legitimnim ciljevima njenog ograničavanja. U tom procesu hrvatskim sucima od pomoći može biti već bogata jurisprudencija ESLJP. Taj je sud odavno zauzeo stav kako govor kojim se širi mržnja, nesnošljivost i poziva na nasilje utemeljeno na netoleranciji nije zaštićen čl. 10. st. 1. EKLJP. No istovremeno, Sud je kontinuirano isticao kako treba razlikovati stvarno i ozbiljno poticanje na ekstremizam od prava pojedinaca da slobodno izraze svoj stav, pa čak i ako time vrijeđaju, šokiraju i uznemiruju druge.⁷¹ Među glavnim kriterijima na koje se ESLJP oslanja pri odlučivanju je li sankcioniranje nekog govora u skladu s čl. 10. st. 2. EKLJP (dopuštena ograničenja slobode govora) ili s čl. 17. EKLJP (zabrana zlouporabe prava) su:

- a) svrha govora – prvenstveno radi li se o namjeri širenja rasističkih ideja ili o govoru čiji je cilj informirati javnost o pitanjima od javnog interesa;
- b) sadržaj govora – da li je govor o kojem je riječ prikladan potaknuti osjećaje neprihvatanja, neprijateljstva ili čak mržnje prema ciljanoj populaciji;
- c) kontekst – koji status i ulogu u društvu ima počinitelj, kakva je dominantna društvena klima, na koji način, na kojem mjestu i kroz koji medij je došlo do izražavanja, te koja je bila ciljana publika.⁷²

Konačno, valja naglasiti kako nova inkriminacija govora mržnje vjerojatno neće, a ne bi ni trebala dovesti do značajnijeg porasta broja kaznenih progona za ovo djelo. Kazneno pravo je *ultima ratio societatis* i postoje drugi mehanizmi koji u većini slučajeva mogu predstavljati dostatni mehanizam zaštite društva i prava pojedinaca.⁷³ No već i sama adekvatna inkriminacija govora mržnje i zločina iz mržnje ima važno simboličko značenje jer ukazuje na vrijednost duha demokracije kao važnog obilježja modernog demokratskog društva.⁷⁴

⁶⁹ Obradović 2001, 3.

⁷⁰ *Belavusau* 2012, 30. Iako se u ovom predmetu radilo o povredi Direktive o jednakom postupanju bez obzira na rasno ili nacionalno podrijetlo, a ne Okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji, zanimljivo je kako je Sud sam diskriminacijski govor poslodavca (koji je javno rekao kako neće zaposliti osobe određenog nacionalnog porijekla) ocijenio kao diskriminaciju pri zapošljavanju. V. C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV*, presuda od 10. srpnja 2008. Sažetak dostupan na http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/07c054_en.pdf [5. 01.2013].

⁷¹ V. par. 49. presude u predmetu *Handyside* protiv Ujedinjenog Kraljevstva (zahtjev br. 5493/72) od 7.12.1976.

⁷² Prema *Weber* 2009, 30-47.

⁷³ Diskriminatorne i na mržnji utemeljene izjave često će se moći sankcionirati kao prekršaji (protiv javnog reda i mira, a i na temelju Zakona o suzbijanju diskriminacije). Prema čl. 4. tog Zakona, samo poticanje na diskriminaciju smatra se diskriminacijom.

⁷⁴ Neki autori smatraju kako Okvirna odluka o rasizmu i ksenofobiji i na razini EU neupitno ima simboličku, ekspresivnu dimenziju u smislu isticanja temeljnih vrijednosti EU i izražavanja stava o društvenoj neprihvatljivosti širenja ideja netolerancije i mržnje. Da je donošenjem okvirne odluke o rasizmu i ksenofobiji EU težila učvršćivanju svog političkog identiteta može se iščitati i iz samog obrazloženja okvirne odluke kao i iz pratećih izjava europskih tijela. Više u *Turner*, 2012, 568 et seq.

LITERATURA

1. Alaburić, V. (2003). Ograničavanje „govora mržnje“ u demokratskom društvu – teorijski, zakonodavni i praktični aspekti – I. dio. Hrvatska pravna revija 3:1, 62-72.
2. Alaburić, V. (2003). Ograničavanje „govora mržnje“ u demokratskom društvu – teorijski, zakonodavni i praktični aspekti – II. dio. Hrvatska pravna revija 3:2, 80-90.
3. Amnesty International (2012). Inadequate Protection. Homophobic and Transphobic Hate Crimes in Croatia. index: eUr 64/001/2012. Dostupno na http://www.amnesty.nl/sites/default/files/public/1206_inadequate_protection_final.pdf [5.1.2013].
4. Bačić, F. & Pavlović, Š. (2004). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb.
5. Belavusau, U. (2012). Fighting hate speech through EU law. Amsterdam Law Forum 4:1, 20-35.
6. Cerizza, M. & Martinico, G. (2010). Supranationalism in EU Criminal Justice: Another Incoming Tide? Dostupno na http://stals.sssup.it/files/stals_Cerizza_Martinico_072010.pdf [4.01. 2013.]
7. Čapeta, T. & Rodin, S. (2010). Osnove prava Europske unije. Zagreb.
8. Državni zavod za statistiku (2010). Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2009. godini. Statistička izvješća. Zagreb.
9. Državni zavod za statistiku (2011). Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2010. godini. Statistička izvješća. Zagreb.
10. Državni zavod za statistiku (2012). Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2011. godini. Statistička izvješća. Zagreb.
11. Đurđević, Z. (2008). Lisabonski ugovor: Prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 15:2, 1077-1127.
12. Đurđević, Z.. Sloboda izražavanja: čl. 10. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u CMS (2011). Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Zagreb.
13. Erceg T. (2004). Sloboda govora najveći izazov sankcioniranju govora mržnje. Regionalni glasnik za promociju kulture manjinskih prava i međuetničke tolerancije 2, 16-20.
14. Joecks, W. & Miebach, K. (2012). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. München. Dostupno na <http://beck-online.beck.de> [14.01.2013.]
15. Maršavelski, A. (2011). Komentar sudske prakse. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 18:1, 287-296.
16. Munivrana Vajda, M. (2012). Međunarodni zločini prema novom Kaznenom zakonu. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 19:2, 819-842.
17. Obradović, S. (2001), Dugotrajna 'infekcija': O govoru mržnje u medijima nakon rata. Media online. Dostupno na www.mediaonline.ba/ba/pdf.asp?ID=63&n=DUGOTRAJNA [5. 01 2013.]
18. Pavišić, B. & Grozdanić, V. & Veić, P. (2007). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb.
19. Schönke, A. & Schröder, H. (2010). Strafgesetzbuch. Kommentar. München.
20. Turner, J. I. (2012). The Expressive Dimension of EU Criminal Law. American Journal of Comparative Law 60, 555-583.
21. Voorhoof, D. (2010). Hate Speech Decision on Le Pen. Dostupno na <http://echrblog.blogspot.com/2010/05/hate-speech-decision-on-le-pen.html> [1.10. 2012].
22. Weber, A. (2009). Manual on Hate Speech. Strassbourg.

Summary

THE NEW CRIMINAL CODE IN LIGHT OF CROATIAN ACCESSION TO THE EU: INCRIMINATING HATE SPEECH AND SOME OTHER FORMS OF RACISM AND XENOPHOBIA

Freedom of expression is a fundamental human right, equally important from the individual perspective as well as from the perspective of a democratic society. Thus, it is not surprising that freedom of expression is protected by a number of international documents. This right, however, is not an absolute right and can be restricted by law when this is necessary in a democratic society and proportional to the need to protect other important rights and values. In addition, Article 17 of the European Convention on Human Rights prohibits the abuse of rights guaranteed by the Convention by performing any act in order to destroy or unduly limit rights and freedoms set forth in the Convention. In this context, particularly significant is Art. 14. of the Convention, which guards against discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. From all that has been stated above it clearly stems that hate speech is not a protected form of expression, as continuously confirmed by the European Court of Human Rights. However, there is no unanimity as to when hate speech should be incriminated (when it degrades or insults others or only when it involves some degree of violence). States have taken different views on this matter. In Croatia, there is a rather long tradition of incriminating speech that incites hatred and strong animosity, but the existing legislative framework has not proven to be effective in preventing and repressing this negative social phenomenon. The new Criminal Code closely follows the approach taken by the EU in this field; yet, to what extent and in which manner the relevant provisions will be applied by Croatian courts, remains to be seen.

Key words: *racism, xenophobia, freedom of expression, hate speech, hate crimes.*

USKLAĐIVANJE PRAVA ZAŠTITE POTROŠAČA U REPUBLICI HRVATSKOJ

*Pravo zaštite potrošača se u hrvatskome pravnome poretku počinje intenzivno razvijati potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica te njihovih država članica. Ispunjavanjem SSP-om preuzete obveze usklađivanja hrvatskih propisa s europskim *acquis-om* u posljednjih desetak godina dostignut je visoki stupanj normativne usklađenosti s pravnim aktima EU-om.. Zakonske odredbe hrvatskoga prava zaštite potrošača koje preuzimaju europsku stečevinu uređene su u Zakonu o zaštiti potrošača, Zakonu o obveznim odnosima, Zakonu o potrošačkom kreditiranju, Zakonu o općoj sigurnosti proizvoda te mnogim drugima. Usklađene odredbe o zaštiti potrošača potrebno je tumačiti i primjenjivati uzimajući u obzir relevantnu praksu ESP-a odnosno Suda EU koji u svojim presudama tumači odredbe potrošačkih direktiva. Mnogobrojnost pravnih izvora kao i brzina razvoja materije prava zaštite potrošača na europskoj razini na primjenjivače prava postavljaju visoke zahtjeve u poznavanju i primjeni kako domaćeg tako i europskog prava zaštite potrošača. Stoga je cilj ovoga rada predstaviti ključna de lege lata rješenja kao i najaviti razvoj de lege ferenda radi ispunjavanja obveze usklađivanja u području zaštite potrošača.*

Ključne riječi: *zaštita potrošača, Zakon o zaštiti potrošača, Zakon o obveznim odnosima, Zakon o potrošačkom kreditiranju, Direktiva 2011/83/EU.*

1. UVOD (PREGLED DJELOVANJA)

Pravo zaštite potrošača kao samostalno područje prava u hrvatskome pravnome poretku se u pravome smislu te riječi, počelo značajnije razvijati nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica te njihovih država članica¹ 29. listopada 2001. (dalje u tekstu: SSP).² U skladu s općom obvezom

* Dr.sc. Emilia Mišćenić, znanstvena novakinja na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci.

¹ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN MU br. 14/01.

² Razlozi tome su mnogobrojni, no prvenstveno treba napomenuti kako Republika Hrvatska uslijed nekadašnjeg planskog gospodarstva SFRJ-a, nije posebice razvijala pravo zaštite potrošača kao zasebnu granu prava. Postupak razvoja tržišnog gospodarstva započinje 90tih godina proglašenjem neovisnosti (Ustavna odluka o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske, NN br. 31/91.) i proglašenjem vlastitog Ustava (NN br. 56/90.) prema čijem čl. 49. su „poduzetnička i tržišna sloboda temelj (...) gospodarskog ustroja Republike“. O tome više kod Čikara 2010, 13. Vidi i Sander/Vukas 2009, 146. Ali treba napomenuti kako je unatoč navedenome, zakonodavstvo i prije sadržavalo brojne za potrošače relevantne odredbe. Tako Josipović 2006, 141., bilj. 24.,

usklađivanja prava iz čl. 69. st. 1. SSP–a, Republika Hrvatska (dalje u tekstu: RH) se obvezala nastojati osigurati postupno usklađivanje postojećih zakona i budućega zakonodavstva s pravnom stečevinom Zajednice (*acquis*). Prema čl. 69. st. 2. SSP–a usklađivanje se u ranoj fazi moralo usredotočiti na temeljne dijelove pravne stečevine Zajednice (*acquis*) koji se odnose na unutarnje tržište uz postupno proširivanje na njezine ostale elemente do kraja razdoblja iz čl. 5. SSP-a, odnosno najkasnije u roku od šest godina od njegova stupanja na snagu.³ Temeljnim dijelovima pravne stečevine koji se odnose na unutarnje tržište pripada i pravo zaštite potrošača. Posebna obveza usklađivanja zakonodavstva i prilagođavanja zaštite potrošača u RH zaštititi koja je na snazi u Europskoj uniji (dalje u tekstu: EU) proizašla je iz čl. 74. SSP-a. Odredba propisuje kako je učinkovita zaštita potrošača nužna radi osiguranja primjerenog funkcioniranja tržišnoga gospodarstva, no da će ona ovisiti o razvoju upravne infrastrukture radi osiguranja nadzora nad tržištem i provedbe zakona na tom području. U tu su se svrhu i zajedničkom interesu Europske zajednice (dalje u tekstu: EZ) i RH, pored spomenutog usklađivanja i prilagođavanja zaštite potrošača, obvezale poticati i osigurati politiku aktivne zaštite potrošača, uključujući veću informiranost i razvoj neovisnih organizacija, kao i učinkovitu pravnu zaštitu potrošača radi poboljšanja kakvoće potrošačke robe i održavanja odgovarajućih sigurnosnih standarda (čl. 74. SSP). Do trenutka potpisivanja SSP-a, zaštita potrošača u RH nije bila sustavno i konzistentno uređena jedinstvenim propisom, već su brojne izdvojene odredbe, kako privatnopravne tako i javnopravne naravi, bile sadržane u različitim posebnim propisima.⁴ Također je opće ugovorno pravo putem Zakona o obveznim odnosima iz 1978. g. (dalje u tekstu: ZOO)⁵ sadržavalo brojne odredbe koje su mogle pružiti visoki stupanj zaštite potrošačima.⁶ No, ZOO iz 1978. g. načelno nije sadržavao posebne odredbe koje bi se izričito odnosile na zaštitu potrošača u ugovornim odnosno obveznim odnosima, već je potrošače štutio kao i svaku stranu ugovornog odnosno obveznog odnosa.⁷ Stoga je hrvatski zakonodavac odlučio obvezu usklađivanja iz čl. 74. u svezi s čl. 69. SSP-a ispuniti preuzimanjem europskih direktiva o zaštiti potrošača u poseban

naglašava kako je Zakon o obveznim odnosima iz 1978. g. donesen u vrijeme samoupravnog socijalizma utemeljenog na kolektivističkom konceptu upravljanja gospodarstvom, društvenovlasničkom uređenju i planskom gospodarstvu, sadržavao čl. 8. Obveze prema građanima kao potrošačima i korisnicima usluga. Prema čl. 8. su u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa pravne i fizičke osobe, kad obavljanjem svoje djelatnosti neposredno zadovoljavaju potrebe građana, bile dužne svoja prava i obveze uređivati i vršiti na način kojim se osiguravalo redovno i kvalitetno zadovoljavanje potreba građana i što povoljniji uvjeti za zadovoljavanje tih potreba. Na njega se nadovezivao čl. 9. koji je, između ostalog, zabranjivao sudionicima u prometu nanošenje štete sudionicima na tržištu, potrošačima i društvenoj zajednici u cjelini. Obje su odredbe stavljene izvan snage preuzimanjem ZOO-a u zakonodavstvo RH. Nadalje, potrebno je napomenuti odredbe Zakona o obveznim odnosima iz 1978. o ugovoru o prodaji s obročnim otplatama cijene koje su se primjenjivale samo ako je kupac pojedinac, te koje su sadržavale brojne elemente zaštite potrošača.

³ SSP je stupio na snagu 1.2.2005. Vidi Objava o stupanju na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske s jedne strane, i Europskih zajednica i njihovih država članica, s druge strane, NN br. 1/05. i OJ L 2005/26. Prije je na snazi bio Privremeni sporazum o trgovinskim i s njima povezanim pitanjima između Republike Hrvatske i Europske zajednice, NN MU br. 15/01. i OJ 2001/330, 1–204.

⁴ Brojne odredbe o zaštiti potrošača nalaze se još uvijek propisane u različitim zakonima kao npr. u Zakonu o trgovini, NN br. 87/08., 96/08., 116/08., 76/09. i 114/11., Zakonu o elektroničkoj trgovini, NN br. 173/03., 67/08., 36/09. i 130/11., Zakonu o elektroničkom potpisu, NN br. 10/02., 80/08., Zakonu o kreditnim institucijama, NN br. 117/2008., 74/09. i 153/09., Zakonu o leasingu, NN br. 135/06., Zakonu o hrani, NN br. 46/07., 84/08., 155/08. i 55/11., Zakonu o zaštiti prava pacijenata, NN br. 169/04., 37/08., Zakonu o Državnom inspektoratu, NN br. 116/08., 123/08. i 49/11., Zakonu o općoj sigurnosti proizvoda, NN br. 30/09. i 139/10., Zakonu o normizaciji, NN br. 163/03., Zakonu o zaštiti tržišnoga natjecanja, NN br. 79/09. i dr.

⁵ Zakon o obveznim odnosima, NN br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01. preuzeo je jugoslavenski ZOO iz 1978., Sl.I. SFRJ 29/78., 39/85., 46/85., 45/89., 57/89., putem Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN br. 53/91. Odredbe istog prestaju stupanjem na snagu Zakona o obveznim odnosima iz 2005., NN br. 35/05., 41/08., 125/11.

⁶ Vidi Josipović 2005, 209; Čikara 2010, 592.

⁷ Izuzev primjera spomenutih u bilj. 2. Vidi Josipović 2006, 145; Ledić 2005, 1; Ledić 1992, 145 *et seq.*

zakon (*lex specialis*), nastojeći time sačuvati cjelovitost i konzistentnost ZOO-a. Kako se prema monističkoj teoriji ZOO primjenjuje na sve obvezne odnose građanskog prava, ali i na trgovačke ugovore i na jednak način odnosi na fizičke i pravne osobe, zakonodavac je bio mišljenja da bi preuzimanje EU direktiva o zaštiti potrošača u ZOO predstavljalo narušavanje njegove sustavnosti. Naime, EU direktive prvenstveno slijede ekonomski cilj uspostave i funkcioniranja unutarnjeg tržišta, te posljedično znatno odstupaju ili se suprotstavljaju odredbama nacionalnog prava i nerijetko sadržavaju u pravničkom smislu nedostatno određene definicije i pojmove.⁸ Stoga je zakonodavac želio očuvati ZOO od učestalih izmjena i uvođenja novih koncepata europskog privatnog prava, koji bi mogli poljuljati tradicionalno poimanje određenih instituta i načela građanskog prava. Između ostalog, spominjala se i nemogućnost prepoznavanja europskog podrijetla zakonskih odredaba uslijed tzv. proširenog preuzimanja EU direktiva,⁹ što bi u praksi moglo otežati ispunjenje obveze tumačenja istih u skladu s odredbama direktiva.¹⁰ Tako se već 2001. g. poduzimaju prvi koraci s ciljem izrade nacrtu posebnog zakona o zaštiti potrošača, koji prema tadašnjem Planu provedbe SSP-a¹¹ postaje jedan od prioriteta dodijeljen u nadležnost Ministarstva gospodarstva.¹² 10. lipnja 2003. g. usvojen je prvi Zakon o zaštiti potrošača¹³ (dalje u tekstu: ZZZP) kao temeljni i opći propis o zaštiti potrošača. Pritom je ZZZP iz 2003. g. predstavljao tek djelomično usklađivanje s u EU važećim propisima o pravu zaštite potrošača, budući da njegovim odredbama nije preuzet cjelokupan *acquis* iz spomenute materije. Tako su ZZZP-om iz 2003. g. preuzete Direktiva 98/6/EZ, Direktiva 85/577/EEZ, Direktiva 97/7/EZ, Direktiva 94/47/EZ, Direktiva 93/13/EEZ, Direktiva 84/450/EEZ, Direktiva 87/102/EEZ i djelomično Direktiva 1999/44/EZ.¹⁴ Unatoč gore nabrojanim razlozima Nacionalni program RH za pridruživanje EU iz 2004. g. predvidio je prošireno preuzimanje ostalih za pravu zaštite potrošača relevantnih EU direktiva odredbama novog ZOO-a.¹⁵ U međuvremenu je Europska komisija

⁸ Brojni primjeri kod *Šarčević/Mišćenić* 2011.

⁹ Pod proširenim preuzimanjem direktive (tzv. proširena harmonizacija) podrazumijeva se proširenje polja primjene prilikom preuzimanja direktiva u nacionalno pravo država i na druge osobe ili i na druge slične pravne odnose. Vidi *Josipović* 2010, 293.

¹⁰ Vidi *Baretić* 2003, 248.

¹¹ Plan provedbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih Zajednica i njihovih država članica, 2001., www.mvpei.hr/ei/download/2002/03/12/Plan_provedbe_SSP.pdf.

¹² Treba napomenuti kako se usklađivanje sa pravnom stečevinom EU-a u području zaštite potrošača provodilo na drukčiji način nego u EU državama članicama, budući da RH kao nečlanica nije sudjelovala u zakonodavnim postupcima usvajanja direktiva, već je bila u obvezi jednostranog preuzimanja već usvojenih EU akata i mjera. Stoga je u Planu provedbe SSP-a za 2002. g. bilo predviđeno da Ministarstvo gospodarstva najprije izradi detaljnu analizu važećih nacionalnih pravnih akata, kako bi se ustanovilo je li i u kojoj mjeri hrvatsko pravo usklađeno s europskim pravom zaštite potrošača. Budući da spomenuto područje prava nije bilo razvijeno u Hrvatskoj, nije bilo potrebe provoditi ispitivanje stupnja usklađenosti. Nakon toga su određeni relevantni pravni akti pravne stečevine EU-a u području zaštite potrošača, koje je potrebno preuzeti u nacionalno pravo. Vidi *Čapeta* 2002, 13; *Baretić* 2002, 295.

¹³ Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 96/03.

¹⁴ Direktiva 98/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998. o zaštiti potrošača kod isticanja cijena proizvoda koji se nude potrošačima, OJ 1998 L 80/27; Direktiva Vijeća 85/577/EEZ od 20. prosinca 1985. o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, OJ 1985 L 372/31; Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 1997. o zaštiti potrošača s obzirom na ugovore na daljinu, OJ 1997 L 144/19; Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima, OJ 1993 L 95/29; Direktiva Vijeća 84/450/EEZ o usklađivanju pravnih i upravnih propisa država članica o zavaravajućem oglašavanju, OJ 1984 L 250/17, izmijenjena Direktivom 97/55/EZ, OJ 1997 L 290/18; Direktiva Vijeća 87/102/EEZ od 22. prosinca 1986. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u pogledu potrošačkih kredita, OJ 1987 L 42/48, izmijenjena i dopunjena Direktivom 90/88/EEZ, OJ 1990 L 61/14 i Direktivom 98/7/EZ, OJ 1998 L 101/17; Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama, OJ 1999 L 171/12.

¹⁵ Nacionalni program Republike Hrvatske za pridruživanje Europskoj uniji–2004. godina, NN br. 37/04.

20. travnja 2004. g. usvojila Mišljenje o zahtjevu Hrvatske za članstvo u EU (*avis*),¹⁶ a nedugo zatim joj je Europsko vijeće 18. lipnja 2004. dodijelilo status države kandidatkinje.¹⁷ U Mišljenju je Hrvatska ohrabrena da nastavi usklađivanje sa pravnom stečevinom EU-a u području zaštite potrošača. Tako su u novom ZOO-u usvojenom 2005. g.,¹⁸ prošireno preuzete određene EU direktive potrošačkog prava, primjerice Direktiva 90/314/EEZ, Direktiva 1999/44/EEZ i Direktiva 85/374/EEZ,¹⁹ uz zadržavanje pojedinih odredaba primjenjivih isključivo na potrošačke ugovore. Time je novi ZOO iz 2005. g. postao drugi najvažniji zakon u hrvatskome pravnome poretku za zaštitu potrošača,²⁰ što posebice potvrđuje odredba trenutno važećeg ZZZP-a kojom se uređuje odnos između dva zakona. Iako ZZZP važi kao *lex specialis*, primjenu odredaba ZOO-a kao *lex generalis* jamči čl. 2. st. 2. ZZZP-a, prema kojem će se u slučaju da ZZZP-om nije drukčije određeno, na obveznopravne odnose između potrošača i trgovca, primijeniti odredbe ZOO-a. U istoj godini kada je usvojen novi ZOO, Hrvatski sabor s ciljem provedbe politike zaštite potrošača na prijedlog Vlade donosi prvi Nacionalni program zaštite potrošača za razdoblje 2005. – 2006.²¹ Njime je ustanovljeno da je važeće zakonodavstvo o zaštiti potrošača neprimjenjivo, nepotpuno i manjkavo, te da su potrebna brojna poboljšanja, kako bi se zajamčilo ostvarenje temeljnih prava potrošača i doprinijelo uspješnom razvoju zaštite potrošača.²² Novi poticaj stiže otvaranjem pristupnih pregovora EU sa RH, 3. listopada 2005., čime je postavljen temelj za početak priprema za pregovore u području zaštite potrošača.²³ U okviru Pregovaračke skupine za vođenje pregovora o pristupanju RH EU od strane Vlade RH imenovana je radna skupina za pripremu pregovora za poglavlje pregovora – pravne stečevine EU – 28. Zaštita potrošača i zdravlja.²⁴ Zadatak ove radne skupine bio je prije svega provođenje analitičkoga pregleda i ocjena usklađenosti nacionalnoga zakonodavstva s EU pravnom stečevinom u području zaštite potrošača (tzv. *screening*). Potom je uslijedilo predstavljanje rezultata spomenute analize pred predstavnicima Glavne uprave za proširenje (*DG Enlargement*) i Glavne uprave za zaštitu javnog zdravlja i potrošača (*DG Health and Consumers*) Europske komisije u lipnju 2006. g. Iako su nadležne Glavne uprave Europske komisije ustanovile da su ciljevi i zakonski i institucionalni okviri hrvatskog prava zaštite potrošača uglavnom prilagođeni onima EU-a, te

¹⁶ Commission Communication of 20 April 2004: Opinion on Croatia's Application for Membership of the European Union, COM(2004) 257 final.

¹⁷ Vidi Zaključke Predsjedništva Europskog vijeća od 17. i 18. lipnja 2004., Brussels, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/81043.pdf.

¹⁸ Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08., 125/11.

¹⁹ Direktiva Vijeća 90/314/EEZ od 13. lipnja 1990. o turističkim paket aranžmanima, OJ 1990 L 158/59; Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama, OJ 1999 L 171/12; Direktiva Vijeća 85/374/EEZ od 25. srpnja 1985. godine o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode OJ 1985 L 210/29, izmijenjena i dopunjena Direktivom 1999/34/EZ, OJ 1999 L 141/20.

²⁰ Osim toga u ZOO su preuzete Direktiva Vijeća 86/653/EEZ od 18. prosinca 1986. o usklađivanju propisa država članica u svezi sa samostalnim trgovačkim zastupnicima, OJ 1986 L 382/17 i Direktiva 2000/35/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 29. lipnja 2000. o suzbijanju kašnjenja s plaćanjem u trgovinskim transakcijama, OJ 2000 L 200/35.

²¹ Nacionalni program zaštite potrošača za razdoblje 2005. – 2006., NN br. 31/05. Prema čl. 96. st. 1. ZZZP-a iz 2003. Hrvatski je sabor na prijedlog Vlade RH morao donositi Nacionalni program zaštite potrošača svake dvije godine. Čl. 121. st. 2. ZZZP-a iz 2007. produžio je taj rok na svake četiri godine, no upitno je koliko taj rok odgovara dinamici razvoja europskog prava zaštite potrošača.

²² Glavne kritike bile su usmjerene na nejasnoću propisa o zaštiti potrošača, na usvajanje protuzakonitih mjera od strane jedinica lokalne uprave i područne samouprave, na nedostatan nadzor od strane nadležnog ministarstva, na dugotrajne postupke rješavanja sporova i preblagu politiku kažnjavanja, nedovoljne ovlasti nadzornih tijela i dr. Vidi *Brčić Stipčević* 2005, 67; *Pošćić* 2004, 81 *et seq.*

²³ Vidi *Negotiating Framework–October 2005* http://ec.europa.eu/enlargement/candidate-countries/croatia/key_documents_en.htm.

²⁴ Odluka o imenovanju članova radne skupine za pripremu pregovora za poglavlje pregovora – pravne stečevine Europske unije – 28. Zaštita potrošača i zdravlja, NN br. 49/05.

da kao takvi omogućavaju daljnje preuzimanje *acquis*-a, primjećeni su i brojni nedostaci. Tako primjerice u hrvatsko pravo nisu bile preuzete Direktiva 2002/65/EZ, Direktiva 98/27/EZ i Direktiva 2005/29/EZ.²⁵ Izuzev Direktive 93/13/EEZ, Direktive 94/47/EZ i Direktive 85/374/EEZ, preuzimanje i usklađivanje s preostalim direktivama ocijenjeno je manjkavim.²⁶ Zbog potrebe opsežnih izmjena i otklanjanja tijekom *screening* postupka utvrđenih nedostataka, nadležno Ministarstvo gospodarstva je do prosinca 2006. g. izradilo nacrt novog ZZP-a. Novi ZZP koji je stupio na snagu 8. kolovoza 2007. g.,²⁷ biva usuglašen sa dotada nepreuzetim direktivama.²⁸ Nedugo nakon toga, 12. listopada 2007. g. dolazi do neformalnog otvaranja pregovora na Međuvladinoj konferenciji o pristupanju RH EU za Poglavlje 28. Zaštita potrošača i zdravlja. Što se tiče nedostataka u usuglašavanju odredaba ZOO-a sa preuzetim direktivama, njihovo je otklanjanje uslijedilo tek izmjenama i dopunama Zakona u 2008. g.²⁹ Kao što je to utvrđeno Izvješćem o napretku i Priopćenjem Komisije o strategiji proširenja i glavnim izazovima u 2008. – 2009. iz studenog 2008.,³⁰ Hrvatska je u tom trenutku postigla „visoki stupanj pravne usklađenosti“ u području prava zaštite potrošača. Upravo iz tog razloga za otvaranje pregovora u Poglavlju 28. nije postavljeno nijedno mjerilo (tzv. *benchmark*), dok su za zatvaranje postavljena četiri mjerila, od kojih se jedno odnosilo na potrebu daljnjeg usklađivanja u području zaštite potrošača, dok su se tri odnosila na zaštitu zdravlja.³¹ Izmjenama i dopunama ZZP-a iz 2009. g.³² i usvajanjem novoga Zakona o općoj sigurnosti proizvoda,³³ ispunjeni su posljednji zahtjevi u prvome polugodištu 2009.³⁴ Do privremenog zatvaranja pregovora u Poglavlju 28. Zaštita potrošača i zdravlja dolazi 27. studenog 2009. No, time nije prestala potreba kontinuiranog prilagođavanja hrvatskih propisa

²⁵ Direktiva 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. o oglašavanju na daljinu financijskih usluga za potrošače, OJ 2002 L 271/16, mijenja Direktivu 90/619/EEZ, OJ 1990 L 330/50, Direktivu 97/7/EZ, OJ 1997 L 144/19 i Direktivu 98/27/EZ, OJ 1998 L 166/51, izmijenjena Direktivom 2007/64/EZ, OJ 2007 L 319/1; Direktiva 98/27/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. svibnja 1998. godine o sudskim nalogima za zaštitu kolektivnih interesa potrošača, OJ 1998 L 166/51, izmijenjena Direktivom 2005/29/EZ, OJ 2005 L 149/22; Direktiva 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. u vezi s nepoštenim poslovnim praksama poduzetnika prema potrošaču na unutarnjem tržištu, OJ 2005 L 149/22, izmjenjuje Direktivu Vijeća 84/450/EEZ, OJ 1984 L 250/17, Direktivu 97/7/EZ, OJ 1997 L 144/19, Direktivu 98/27/EZ, OJ 1998 L 166/51, Direktivu 2002/65/EZ, OJ 2002 L 271/16 i Uredbu (EZ-a) br. 2006/2004, OJ 2004 L 364/1.

²⁶ Vidi *Screening Report Croatia, Chapter 28 – Consumer and Health Protection, 7.2.2007.*, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/croatia/screening_reports/screening_report_28_hr_internet_en.pdf; Godišnje izvješće Vlade Republike Hrvatske o ostvarivanju „Nacionalnog programa zaštite potrošača za razdoblje 2005.–2006.“ za 2006. godinu, <http://hidra.srce.hr/arhiva/10/20790/www.vlada.hr/hr/content/download/16322/192090/file/231-08.pdf>. Osim nabrojanih direktiva nedostatak u preuzimanju odnosio se i na Direktivu Vijeća 87/357/EEZ od 25. lipnja 1987. o usklađivanju zakonodavstva država članica u vezi proizvoda koji, čineći se drugačijima nego što jesu, ugrožavaju zdravlje ili sigurnost potrošača, OJ 1987 L 192/49, koji je trebao biti otklonjen njezinim preuzimanjem u onda važeći Zakon o općoj sigurnosti proizvoda, NN br. 158/03. i 107/07.

²⁷ Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09., 133/09. Prijedlog novog ZZP-a je u prvome čitanju u Hrvatskome saboru bio odbijen, prvenstveno zbog poteškoća izazvanih preuzimanjem Direktive 2005/29/EZ o nepoštenim poslovnim praksama, OJ 2005 L 149/22. Vidi *Pošćić* 2008, 139.

²⁸ Detaljno o tome *Čikara* 2007, 1067.

²⁹ NN br. 41/08.

³⁰ Commission of the European Communities, Croatia 2008 Progress Report, SEC(2008) 2694, final, 5.11.2008., 36, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/press_corner/key-documents/reports_nov_2008/croatia_progress_report_en.pdf; Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2008-2009, COM(2008) 674 fin, 5.11.2008., 43.

³¹ Vidi Pregled mjerila za otvaranje i zatvaranje poglavlja pregovora (stanje 30. lipnja 2011.), <http://www.entereurope.hr/page.aspx?PageID=16>.

³² NN br. 79/09.

³³ Zakon o općoj sigurnosti proizvoda, NN br. 30/09. i 139/10.

³⁴ Nacionalni program Republike Hrvatske za pridruživanje Europskoj uniji–2009. godina, str. 454. <http://www.vlada.hr/hr/content/download/76244/1082775/file/62-01.pdf>.

pravnoj stečevini EU-a iz zaštite potrošača, koje predstavlja jedno od najdinamičnijih područja *acquis*-a. U svrhu usklađivanja usvajaju se daljnji zakoni,³⁵ primjerice Zakon o nedopuštenom oglašavanju radi usklađivanja s Direktivom 2006/114/EZ,³⁶ nadalje posebni Zakon o potrošačkom kreditiranju (dalje u tekstu: ZPK) radi usklađivanja s Direktivom 2008/48/EZ itd.³⁷ Odnos drugih zakona naspram ZZZP-a, kao i odnos pojedinih odredaba o zaštiti potrošača sadržanih u drugim zakonima uređuje čl. 2. st. 1. ZZZP-a propisujući da „primjena odredaba ovoga Zakona ne utječe na prava koja potrošači imaju na temelju drugih zakona“. Nakon uspješnog okončanja prepristupnih pregovora i potpisivanja Ugovora o pristupanju RH EU³⁸ 9. prosinca 2011., intenzitet kojim će se hrvatsko pravo morati usklađivati s pravnom stečevinom EU-a u području zaštite potrošača neće jenjavati. Na to ukazuje i noviji razvoj u spomenutoj materiji³⁹ i potreba budućeg usklađivanja s Direktivom 2008/122/EZ, Direktivom 2009/22/EZ, te posebice s nedavno usvojenom Direktivom 2011/83/EU o pravima potrošača.⁴⁰ Tako su s ciljem ispunjenja obveze daljnjeg usklađivanja Planom usklađivanja zakonodavstva RH s pravnom stečevinom EU-a za 2012. g., najavljene daljnje izmjene i dopune ZZZP-a.⁴¹

2. PRAVO ZAŠTITE POTROŠAČA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Zaštita potrošača u RH nije uređena na jedinstven i sustavan način. Temeljni i opći propis o zaštiti potrošača je ZZZP, koji kao rezultat usklađivanja s *acquis communautaire* preuzima

³⁵ Vidi Nacionalni program zaštite potrošača za razdoblje 2007. - 2008., NN br. 84/07.; vidi Izvješća Europske komisije o napretku RH za 2009., 2010. i 2011. g., <http://www.eu-pregovori.hr/Default.asp?ru=644&sid=&akcija=&jezik=1>.

³⁶ Direktiva 2006/114/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o zavaravajućem i komparativnom oglašavanju, OJ 2006 L 376/2 preuzeta je u Zakon o nedopuštenom oglašavanju, NN br. 43/09. Iako se Zakonom uređuje zaštita trgovaca od zavaravajućeg oglašavanja i njegovih nepoštenih posljedica (čl. 1.), cilj je preuzete Direktive i zaštita potrošača od negativnih posljedica koje takvo oglašavanje može imati na njih (toč. 9. preambule Direktive 2006/114/EZ).

³⁷ Direktiva 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2008. o ugovorima o potrošačkom kreditu kojom se opoziva Direktiva Vijeća 87/102/EEZ, OJ 2008 L 133/66, posljednji puta izmjenjena Direktivom Komisije 2011/90/EU od 14. studenog 2011., OJ 2011 L 296/35 preuzeta je u Zakon o potrošačkom kreditiranju, NN br. 75/09. O brojnim nedostacima usklađivanja s Direktivom 2008/48/EZ vidi Čikara 2010, 305.

³⁸ Vidi OJ EU L 112 od 24. travnja 2012., i Zakon o potvrđivanju Ugovora između Kraljevine Belgije, Republike Bugarske, Češke Republike, Kraljevine Danske, Savezne Republike Njemačke, Republike Estonije, Irske, Helenske Republike, Kraljevine Španjolske, Francuske Republike, Talijanske Republike, Republike Cipra, Republike Latvije, Republike Litve, Velikog Vojvodstva Luksemburga, Republike Mađarske, Republike Malte, Kraljevine Nizozemske, Republike Austrije, Republike Poljske, Portugalske Republike, Rumunjske, Republike Slovenije, Slovačke Republike, Republike Finske, Kraljevine Švedske, Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske (države članice Europske unije) i Republike Hrvatske o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, NN MU br. 2/2012.

³⁹ U listopadu 2011. Komisija predlaže i opcionalno zajedničko europsko pravo prodaje (dalje u tekstu: CESL) u obliku uredbe koje bi se primjenjivalo i na „business-to-consumer“ (B2C) i na „business-to-business“ (B2B) ugovorne odnose.

⁴⁰ Direktiva 2008/122/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 14.1.2009. o zaštiti potrošača s obzirom na određene aspekte ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine (*timeshare*), o dugoročnim proizvodima o odmoru, o ponovnoj prodaji i o razmjeni, OJ 2009 L 033/10; Direktiva 2009/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23.4.2009. o sudskim i upravnim zabranama za zaštitu interesa potrošača, OJ 2009 L 110/30, koja opoziva i kodificira Direktivu 98/27/EZ, OJ 1998 L 166/51; Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, kojima se mijenja Direktiva Vijeća 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i opoziva Direktiva Vijeća 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, OJ 2011 L 304/64, 22. studenog 2011., čije je odredbe potrebno preuzeti do 13. prosinca 2013., a početi primjenjivati od 13. lipnja 2014.

⁴¹ Vidi Plan usklađivanja zakonodavstva Republike Hrvatske s pravnom stečevinom Europske unije za 2012. godinu, NN. br. 25/12., koji je potrebne izmjene i dopune ZZZP-a predvidio za I. kvartal 2012. g.

čitav niz EU direktiva u hrvatsko pravo. Iako se većina spomenutih EU direktiva odnosi na pojedine ugovore koje sklapaju potrošač i trgovac ili neke njihove važne aspekte, one nerijetko pored privatnopravnih sadrže i uređuju brojne javnopravne elemente, što se odražava i na ZZP.⁴² Tako u skladu s čl. 1. ZZP-a svrhu i sadržaj ovoga Zakona čine uređenje zaštite osnovnih prava potrošača pri kupnji proizvoda i usluga, kao i pri drugim načinima stjecanja istih na tržištu, a ta prava se odnose na zaštitu gospodarskih interesa potrošača, zaštitu od opasnosti za život, zdravlje i imovinu, na pravnu zaštitu potrošača, na informiranje i edukaciju potrošača, na udruživanje potrošača u svrhu zaštite njihovih interesa i na predstavljanje potrošača i sudjelovanje njihovih predstavnika u radu tijela koja rješavaju pitanja od njihova interesa.⁴³ ZZP u Općim odredbama, pored svrhe i sadržaja Zakona (čl. 1.), uređuje odnos prema drugim zakonima (čl. 2.), utvrđuje osnovne definicije, kao što su to primjerice potrošača i trgovca, zajedničke svim preuzetim direktivama (čl. 3.),⁴⁴ propisuje pravilo o izboru stranog prava (čl. 4.), uređuje obveze trgovca (čl. 5.) i utvrđuje poluprisilnu pravnu narav odredaba kojima se uređuju potrošački ugovori (čl. 6.). Nadalje, u okviru Dijela II. o prodaji proizvoda i pružanju usluga (čl. 7.–106.) uređuje obveze trgovaca prilikom prodaje na malo, kod obavijesti o proizvodu, prilikom akcijske prodaje, sniženja, rasprodaje i prodaje proizvoda s greškom, kod pružanja javnih usluga potrošačima i plaćanja predujmom. Čitav Dio III. Zakona posvećen je nepoštenim poslovnim praksama trgovca (čl. 107.–115.), dok Dio IV. utvrđuje nositelje zaštite potrošača, te uređuje njihovo djelovanje (čl. 121.–129.). Izvansudska i sudska zaštita potrošačkih prava uređena je u Dijelu V. (čl. 130.–141b.), dok su inspeksijski nadzor (čl. 142.–143.) i prekršajne odredbe (čl. 144.–147.) regulirani Dijelom VI. i VII. U čl. 148.–155. Dijela VIII., sadržane su prijelazne i završne odredbe. Od posebne su važnosti odredbe Dijela II. ZZP-a koje preuzimaju u radu nabrojane brojne EU direktive o pojedinim potrošačkim ugovorima, a odnose se na: ugovor sklopljen izvan poslovnih prostorija trgovca (Glava VI.), ugovor sklopljen na daljinu (Glava VII.), ugovor o prodaji financijskih usluga sklopljen na daljinu (Glava VIII.), potrošački zajam (Glava IX.), ugovor o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine (Glava X.), te nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima (Glava XI.). Kao što je predviđeno Planom usklađivanja zakonodavstva RH s pravnom stečevinom EU za 2012. g., ZZP će se ubrzo morati u znatnoj mjeri izmijeniti radi potrebe daljnjeg usklađivanja sa važećim zakonodavstvom EU-a u području zaštite potrošača. Osim potrebe usklađivanja odredaba iz Dijela V. o sudskoj zaštiti potrošačkih prava sa Direktivom 2009/22/EZ koja opoziva i kodificira tim odredbama preuzetu Direktivu 98/27/EZ, promjene će se prije svega odnositi na potrošačke ugovore. Tako su primjerice odredbe Direktive 94/47/EZ, koja je preuzeta u Glavi X. ZZP-a, opozvane Direktivom 2008/122/EZ o zaštiti potrošača u odnosu na određene aspekte ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine, o dugoročnim proizvodima za odmor,

⁴² Primjerice u pojedinim odredbama Dijela II. o prodaji proizvoda i pružanju usluga koje se odnose na prodaju na malo, obavijest o proizvodu, javne usluge koje se pružaju potrošačima, u odredbama Dijela 6. i 7. o inspeksijskom nadzoru i o prekršajnoj odgovornosti trgovca itd.

⁴³ Radi se o osnovnim pravima potrošača čiji temelj po prvi puta postavlja Rezolucija Vijeća Europske zajednice od 14.4.1975. o prethodnom programu Europske ekonomske zajednice o zaštiti potrošača i politici obavještavanja, OJ C 92 od 25.4.1975., 1-16.

⁴⁴ EU direktive u području zaštite potrošača nisu međusobno usklađene, te propisuju i suštinski i terminološki različite definicije „potrošača“, „trgovca“, „prava na odustanak“ i dr. Neke uopće ne sadrže definiciju pojma „potrošač“, već koriste pojmove poput „glavni ugovarač“ u Direktivi 90/314/EEZ ili „osoba“ u Direktivi 84/450/EEZ i sl. Također, umjesto pojma „trader“ se ovisno o predmetnome području koriste nazivi „seller“, „supplier“, „vendor“, „retailer“ itd. Unatoč odstupanjima sve sadrže zajedničke elemente koji su poslužili kao temelj definicijama iz Općih odredaba ZZP-a. Tako primjerice, većina direktiva definira potrošača kao fizičku osobu (personalni element), koja djeluje izvan poslovne ili poslovne svrhe (funkcionalni element). Više kod Čikara 2010, 55 i Šarčević/Mišćenić 2011, 119.

preprodaji i razmjeni, a čije se odredbe tek moraju preuzeti u hrvatsko pravo.⁴⁵ Dotle su odredbe Glave IX. ZZZP-a o potrošačkom zajmu koje su preuzimale odredbe Direktive 87/102/EEZ prestale važiti s 1. siječnja 2011. g., kada na njihovo mjesto stupaju odredbe ZPK-a, kojim se hrvatsko pravo uskladilo s novom Direktivom 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu. Najznačajnije izmjene doživjet će Glava VI. o ugovorima sklopljenima izvan poslovnih prostorija trgovca koja preuzima Direktivu 85/577/EEZ, kao i Glava VII. o ugovorima sklopljenima na daljinu, koja preuzima Direktivu 97/7/EZ. Usvajanjem Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača u studenome 2011. g., obje se spomenute direktive opozivaju sa datumom od 13. lipnja 2014. (čl. 31.), a nova Direktiva 2011/83/EU u značajnoj mjeri mijenja njihov dosadašnji sadržaj. Istom se Direktivom u neznatnoj mjeri mijenjaju i Direktiva 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ, koje i dalje ostaju utemeljene na načelu minimalne harmonizacije.⁴⁶ Time dolazimo do daljeg pitanja odlučujućeg za način provođenja usklađivanja. Izuzev već spominjane Direktive 2002/65/EZ u pogledu sklapanja potrošačkih ugovora o financijskim uslugama na daljinu, Direktive 2005/29/EZ o nepoštenim poslovnim praksama, kao i Direktive 85/374/EEZ o odgovornosti za neispravne proizvode, sve su se preostale potrošačke direktive temeljile na načelu minimalne harmonizacije. U sebi su redom sadržavale tzv. klauzulu minimalne harmonizacije temeljem koje nacionalni zakonodavac prilikom preuzimanja EU direktiva u svoje domaće pravo može uvesti i primjeniti strože mjere, odnosno povisiti stupanj zaštite u odnosu na onaj propisan direktivom, putem donošenja novih ili zadržavanja postojećih nacionalnih propisa.⁴⁷ Minimalna harmonizacija je u kombinaciji s pravnim karakterom direktiva omogućavala veliku fleksibilnost nacionalnom zakonodavcu prilikom njihova preuzimanja.⁴⁸ Tako je unatoč vrlo kritiziranoj tehnici usklađivanja, koja se nerijetko svodila na doslovno prevođenje i prepisivanje tekstova direktiva u hrvatske zakone, naš zakonodavac u više odredaba primjenio mogućnost iz spomenutih klauzula.⁴⁹ No, neujednačenost usklađenih propisa država članica EU-a koja je nastupila kao posljedica, dovela je u pitanje ciljeve proklamirane u preambulama potrošačkih direktiva: ostvarenje visokog stupnja zaštite potrošača, te ostvarenje i nesmetano funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Stoga je europski zakonodavac u posljednjih desetak godina problemima minimalne harmonizacije nastojao doskočiti usvajanjem direktiva utemeljenih na

⁴⁵ Prema Nacionalnom programu zaštite potrošača za razdoblje 2009.-2012., NN. br. 30/10., Direktiva 2008/122/EZ trebala je biti preuzeta u hrvatsko pravo do roka za njezino preuzimanje u državama članicama EU-a, odnosno do 23. veljače 2011. Tako čl. 87. st. 1. ZZZP-a definira pojam „ugovor o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine“ preuzet iz čl. 2. Direktive 94/47/EZ kao „ugovor koji se sklapa za razdoblje koje ne može biti kraće od tri godine, a kojim trgovac, izravno ili neizravno, za potrošača osniva ili na njega prenosi pravo uporabe jedne ili više nekretnina, odnosno jednog ili više posebnih dijelova nekretnine tijekom određenog ili odredivog dijela godine, dok se potrošač obvezuje za to platiti mu ukupnu cijenu“. Dotle ga čl. 2. st. 1. sl. a) Direktive 2008/122/EZ definira kao ugovor koji traje duže od jedne godine i kojim potrošač naplatno stječe pravo na korištenja jednog ili više prenoćišta za više od jednog razdoblja korištenja.

⁴⁶ Vidi *Pošćić* 2012.

⁴⁷ Ipak postoje ograničavajuće pretpostavke koje se moraju poštivati: minimalni stupanj zaštite predviđen direktivom mora biti preuzet, te viši nacionalni stupanj zaštite potrošača ne smije povrijediti temeljne gospodarske slobode propisane Ugovorom o funkcioniranju EU. Europska komisija predstavlja politiku minimalne harmonizacije kao sredstva realizacije europskog „unutarnjeg tržišta“ već 1985 g. u Bijeloj knjizi „Ostvarenje unutarnjeg tržišta“ kao osnovni element tzv. „Nove strategije“, vidi Rezolucija o Bijeloj knjizi Europske komisije o ostvarenju unutarnjeg tržišta, OJ C 36 od 17.2.1986., str. 53.

⁴⁸ *Čikara* 2008, 60.

⁴⁹ Tako rok za odustanak od ugovora u trajanju od 7 radnih dana iz Direktive 85/577/EEZ u ZZZP-u iznosi 14 radnih dana. Isti rok vrijedi i za ugovor o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine, dok Direktiva 94/47/EZ zahtijeva samo 10 dana. ZZZP propisuje strože odredbe nego Direktiva 97/7/EZ, određujući da kod ugovora sklopljenih na daljinu potvrda prethodne obavijesti u pisanom obliku mora sadržavati sve podatke koje sadrži i prethodna obavijest. Isto tako čl. 41. ZZZP-a propisuje viši stupanj zaštite nego Direktiva 97/7/EZ zabranom sklapanja ugovora o prodaji lijekova, medicinskih i veterinarskih proizvoda sredstvima daljinske komunikacije.

maksimalnom stupnju harmonizacije, od kojega nacionalni zakonodavci ne smiju odstupiti prilikom njihova preuzimanja u domaće pravo. Kritike usmjerene na nefleksibilnost maksimalne harmonizacije i umanjenje sposobnosti prilagodbe direktiva nacionalnom pravnom poretku, vode ka postupnom usvajanju čitavog niza direktiva kod kojih je maksimalna harmonizacija ublažena ciljanjem samo na određena pitanja koja se usklađuju (tzv. *targeted full harmonization*).⁵⁰ Ova će promjena ubuduće značajno utjecati na način usklađivanja pravnih propisa u području zaštite potrošača. Potvrđuju to i već učinjeni propusti prilikom usklađivanja hrvatskog prava sa Direktivom 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu, a koja se temelji na načelu ciljane maksimalne harmonizacije.⁵¹ U skladu s ovim načelom hrvatskome zakonodavcu prilikom preuzimanja nabrojanih potrošačkih direktiva nije dopušteno zadržavanje postojećih ili usvajanje novih zakonskih odredaba koje bi odstupale od onih direktivama propisanih, osim kada same direktive predviđaju izuzetke od tog pravila. Kako bi se izbjegle negativne posljedice manjkavog preuzimanja direktiva,⁵² hrvatski će zakonodavac morati promijeniti dosada primjenjivanu tehniku usklađivanja. Tako će usklađivanje s onim odredbama iz direktiva od kojih je odstupanje zabranjeno, značajno utjecati i na Opće odredbe ZZP-a, gdje će se morati izmijeniti neke od ključnih definicija kao što su one potrošača i trgovca,⁵³ te otkloniti nedostaci koji su posljedica dosadašnjih propusta u usklađivanju. Nadalje, potrebno je istaknuti kako su upravo kao rezultat preuzimanja brojnih EU direktiva o potrošačkim

⁵⁰ Ugrožavanje ostvarenja spomenutih ciljeva dovelo bi u pitanje opravdanost zakonodavnog djelovanja EU-a u području zaštite potrošača, budući da se kao i kod unutarnjeg tržišta radi o nadležnosti podijeljenoj između EU-a i država članica u skladu s čl. 4. st. 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (pročišćeni tekst) OJ C 83/47 od 30. ožujka 2010. Iako su se kao prvi primjeri direktiva maksimalne harmonizacije u literaturi često navodile Direktiva 2002/65/EZ i Direktiva 2005/29/EZ, ESP je u svojim predmetima C-52/00, *Commission v France*, 2002., ECR I-3827 od 25. travnja 2002. i C-183/00, *González Sánchez*, 2002., ECR I-3901 od 25. travnja 2002. potvrdio da je Direktiva 85/374/EEZ prvi primjer takve harmonizacije. Novije direktive se redom temelje na tzv. ciljanoj maksimalnoj harmonizaciji kao što je npr. Direktiva 2008/48/EZ. Treba napomenuti kako postoji problem razgraničenja pojma maksimalne i potpune harmonizacije koji se i u europskim propisima i literaturi uglavnom koriste kao istoznačnice. Potpuna harmonizacija je ona kod koje su s obzirom na njezin opseg i sadržaj direktivom obuhvaćeni svi aspekti nekog pravnog instituta ili pravnog područja. Vidi *Josipović* 2010, 293.

⁵¹ Vidi *infra*, str. 22.

⁵² O posljedicama manjkavog preuzimanja direktiva EU-a u nacionalno pravo država članica vidi *Senden* 2009, 13.

⁵³ Prema čl. 3. st. 1. al. 4. ZZP-a potrošač je „svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u svrhe koje nisu namijenjene njegovoj poslovnoj djelatnosti niti obavljanju djelatnosti slobodnog zanimanja“. Čl. 3. st. 1. al. 8. ZZP-a definira trgovca kao bilo koju osobu „koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru svoje poslovne djelatnosti ili u okviru obavljanja djelatnosti slobodnog zanimanja“. To mogu biti trgovačka društva, trgovci pojedinci i sve druge fizičke i pravne osobe koje u okviru svoje poslovne djelatnosti ili zanimanja djeluju na tržištu kao npr. obrtnici, poljoprivrednici, jedinice lokalne i područne samouprave, javne ustanove, arhitekti, odvjetnici i dr. Ovi su pojmovi u hrvatsko pravo preuzeti iz mnogobrojnih direktiva koje ih definiraju na međusobno neusklađen način. Ove će se definicije morati izmijeniti na način da se usklade s definicijom potrošača iz čl. 2. toč. 1. Direktive 2011/83/EU prema kojoj potrošač označava svaku fizičku osobu koja u ugovorima obuhvaćenima tom direktivom djeluje u svrhe koje su izvan njenog zanimanja, posla, zanata ili profesije, kao i sa definicijom trgovca iz čl. 2. toč. 2. kao svake fizičke ili svake pravne osobe, neovisno o tome nalazi li se u privatnome ili javnome vlasništvu, koja u ugovorima obuhvaćenima tom direktivom djeluje u svrhu koja se odnosi na njegovo zanimanje, posao, zanat ili profesiju i svakog tko djeluje u ime i za račun trgovca. Budući da čl. 3. st. 2. ZZP-a u smislu Glave VI. Dijela II. (ugovor sklopljen izvan poslovnih prostorija trgovca) i Dijela III. ovoga Zakona, trgovcem smatra i osobu koja nastupa u ime ili za račun trgovca, ovu će definiciju biti potrebno proširiti i na Glavu VII. Dijela II. (ugovor sklopljen na daljinu). Potrebno je napomenuti kako Direktiva 2011/83/EU pruža mogućnost proširenja primjene nacionalnih odredaba usklađenih s njome i na pravne osobe ili na fizičke osobe koje nisu potrošači u smislu te Direktive, kao što su to nevladine organizacije, društva u osnivanju ili malo i srednje poduzetništvo (toč. 13. preambule). Nadalje u toč. 17. preambule rješava i tzv. *dual-use* problematiku tako što utvrđuje da kada osobe djeluje sa svrhom koja se može pripisati i poslovnoj i privatnoj sferi, ocjena o tome je li ona potrošač ovisi o tome koja je svrha prevladavajuća.

ugovorima, u ZZP inkorporirana i neka od obilježja novonastalog posebnog ugovornog prava potrošača, a koja se odnose na obvezu informiranja,⁵⁴ široki krug bitnih sastojaka ugovora, odredbe o obliku ugovora i teretu dokazivanja, pravo na odustanak od ugovora, kolizijske odredbe i odredbe o (polu)prisilnoj naravi odredaba direktiva.⁵⁵ Tako odredba o (polu)prisilnoj naravi zakonskih odredaba kojima se uređuju potrošački ugovori iz čl. 6. ZZP-a potrošačima ne dopušta mogućnost odricanja od prava koja stječu odredbama ZZP-a ili drugih zakona, te su ugovorne odredbe kojima bi se odredbe o zaštiti potrošača, predviđene ZZP-om ili drugim zakonom, mijenjale na štetu potrošača, ništetne.⁵⁶ Dotle, pravo na odustanak od ugovora kao jedan od ključnih instrumenata zaštite, potrošaču omogućava da u određenome razdoblju nakon zaključenja ugovora (eng. *withdrawal period* ili tzv. *cooling-off period*), odustane od ugovora ne navodeći razloge. Iako je pravo na odustanak (eng. *right of withdrawal*) osnovni pojam pravne stečevine EU-a u području zaštite potrošača, te ga valja razlučiti od pojma „pravo na raskid ugovora“ (eng. *termination of contract*), ZZP ga prevodi kao pravo na raskid ugovora (npr. čl. 33. i 45.), dok ZPK u čl. 14. koristi pojam pravo na odustanak od ugovora.⁵⁷ Navedena posebna obilježja prava zaštite potrošača, razlikuju ga od općeg obveznog prava koje se supsidijarno primjenjuje ukoliko ZZP ne određuje drukčije. No iako opće obvezno pravo, kao što to ističe Josipović, sadrži čitav niz prava i načela kojima se potrošač može zaštititi u odnosu na trgovca kao i svaka druga ugovorna strana,⁵⁸ ono je pod utjecajem posebnih obilježja i načela prava zaštite potrošača. To prije svega zbog već spomenutog preuzimanja EU direktiva iz područja prava zaštite potrošača u ZOO proširenjem polja primjene njihovih odredaba. Tako je Direktiva 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama preuzeta i uporabljena za modernizaciju već postojećih odredaba ZOO-a o materijalnim nedostacima stvari na način da se one primjenjuju i na ugovore o kupoprodaji ali i sve ostale naplatne ugovore, uz zadržavanje

⁵⁴ Obveza informiranja (eng. *information duty*) potrošača je jedan od najznačajnijih instrumenata zaštite potrošača koji se odnosi na obvezu trgovca da u predugovornom i ugovornom stadiju potrošaču pruži sve potrebne informacije o predmetu i sadržaju ugovora i pravima i obvezama potrošača iz ugovora. Tako čl. 169. st. 1. UFEU-a govori između ostalog o promicanju prava potrošača na informiranje. Direktive jamče pravo potrošača na opsežne informacije, koje nerijetko dovode do prekomjernog opterećivanja potrošača (tzv. *information – overload*). Hrvatsko pozitivno pravo uglavnom ne razlikuje obvezu informiranja od obveze pružanja obavijesti (eng. *duty of disclosure*). Treba naglasiti kako je potonja mnogo širi pojam koji se odnosi na obvezu trgovca da potrošača obavijesti o svim okolnostima koje su bitne za sklapanje ugovora.

⁵⁵ Više kod Josipović 2006, 133; Čikara 2010, 39.

⁵⁶ Odredba je preuzeta iz EU direktiva o zaštiti potrošača koje redovno sadrže odredbu prema kojoj se pravila propisana direktivama ne mogu mijenjati na štetu potrošača. Cilj je spomenutih odredaba zajamčiti da potrošač ne odustane od ili ograniči direktivom dodijeljena mu prava. U literaturi se stoga ovaj instrument zaštite potrošača naziva i polu-prisilnost odnosno polu-kogentnost pravila o zaštiti potrošača, jer dopušta izmjene u korist potrošača.

⁵⁷ Nazivlje EU-a za spomenuti pojam bilo je nedosljedno korišteno u različitim direktivama, koje su pojmove kao što su *right of withdrawal* i *right of cancellation* rabile kao istoznačnice. Tako se u smislu navedene definicije u Direktivi 85/577/EEZ koristi pravo na otkazivanje ugovora (eng. *right of cancellation*). Glagoli *to withdraw* i *to cancel* rabe se kao istoznačnice u čl. 5. Direktive 94/47/EZ. U smislu hrvatskoga prava može se tvrditi da je „pravo na odustanak“ poseban oblik raskida s obzirom na to da je konačni rezultat raskid ugovora. Isto stajalište je zauzeto i u Zajedničkome referentnome okviru, gdje je *right to withdraw from a contract* definirano kao „pravo raskinuti pravni odnos koji proizlazi iz ugovora ..., bez obveze navođenja razloga i bez nastanka odgovornosti za neispunjenje...“. Vidi *Bar/Clive/Schulte-Nölke/Beale/Herre/Huet/Storme/Swann/Varul/Veneziano/Zoll* 2009, 569. Prema mišljenju autorice formulacija definicije ne opravdava naziv *raskid* koji hrvatski zakonodavac rabi i za *withdrawal* i za *termination*, jer važeća pravna stečevina u području europskog ugovornog prava jasno razlučuje ta dva pojma (vidi čl. 12. Direktive 2011/83/EU). Ukoliko posebnim odredbama o zaštiti potrošača nisu propisane posljedice vršenja toga prava, supsidijarno će se primijeniti odredbe ZOO-a o posljedicama raskida ugovora (čl. 368.), a koje potrošaču otežavaju korištenje navedenim pravom. Vidi Šarčević/Miščenić 2010, 122.

⁵⁸ Vidi detaljnu analizu elemenata zaštite potrošača u općem ugovornom pravu kod Josipović 2006, 141 *et seq.*

pojedinih odredaba primjenjivih isključivo na potrošačke (čl. 400. *et seq.*).⁵⁹ Novost je predstavljalo i prošireno preuzimanje Direktive 90/314/EEZ o turističkim paket aranžmanima odredbama članaka 881.-904. ZOO-a, koje je bilo olakšano time što se njezino personalno polje primjene ne ograničava isključivo na potrošače već obuhvaća i ostale osobe.⁶⁰ I odredbe čl. 295.-296. ZOO-a o općim uvjetima ugovora koje su bile propisane i prije usklađivanja hrvatskog prava s pravnom stečevinom EU-a, u znatnoj su mjeri usklađene sa zahtjevima Direktive 93/13/EEZ. Otprije propisane odredbe ZOO-a o odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom usklađene su s Direktivom 85/374/EEZ o odgovornosti za neispravne proizvode, čije su odredbe doslovno preuzete člancima 1073.-1080. ZOO-a.⁶¹ Preuzimanje ovdje navedenih EU direktiva o zaštiti potrošača, ali i usklađivanje odredaba ZOO-a s ostalim direktivama privatnog prava, nedvojbeno utječe na načela i institute obveznog prava, ali i na svakodnevnu primjenu spomenutih odredaba. Konačno, treba napomenuti da se, izuzev u ZZP-u kao temeljnom propisu o zaštiti potrošača, te u ZOO-u kao drugom glavnom izvoru, pojedine odredbe o zaštiti potrošača nalaze uređene bilo izdvojeno, bilo u okviru posebnih glava čitavog niza zakona, koji uređuju potpuno druge materije. Primjerice, Zakon o leasingu (dalje u tekstu: ZL) sadrži posebnu Glavu XV. Zaštita potrošača i definiciju potrošača u čl. 88. Nadalje, Zakon o kreditnim institucijama (dalje u tekstu: ZKI) sadrži Glavu XXIV. koja nosi naziv „Zaštita potrošača“, te svoju definiciju potrošača u čl. 304. kao i druge za zaštitu potrošača relevantne odredbe. Takvo uređenje, uz postojanje daljnjih izvora prava zaštite potrošača u vidu posebnijih zakona (*lex specialissima*), kao što je npr. već spomenuti ZPK, rezultira u nesustavnosti i nepreglednosti, koje otežavaju primjenu zakonskih odredaba u praksi. Tome doprinosi i izrazita neusuglašenost predstavljenih odredaba o zaštiti potrošača, a koja je posljedica manjkavog usklađivanja provedenog bez usuglašavanja odredaba ZZP-a i drugih za zaštitu potrošača relevantnih zakonskih odredbi.

3. ODABRANA PITANJA UGOVORNOG PRAVA ZAŠTITE POTROŠAČA *DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA*

Tijekom usklađivanja hrvatskoga prava s europskim *acquis*-om u području prava zaštite potrošača postignut je zadovoljavajući stupanj usuglašenosti, uz nerijetko pružanje i višeg stupnja zaštite od minimuma zajamčenog potrošačkim direktivama. No, učinjeni su i neki od propusta, koji otežavaju primjenu prikazanih propisa i posljedično narušavaju pravnu sigurnost. Povrh toga manjkavo usklađivanje sa supranacionalnim europskim pravom može povući za sobom mnoge posljedice.⁶² Stoga bi osim na potrebu kontinuiranog usklađivanja

⁵⁹ Tako čl. 402. st. 3. ZOO-a definira potrošačke ugovore; čl. 403. st. 4. ZOO-a sadrži posebne odredbe za potrošače glede obveze obavještavanja o materijalnom nedostatku. Više kod *Čadjenović/Čikara/Dabović Anastasovska/Dollani/Gavrilović/Karanikić Mirić/Meškić/Zdraveva* 2010, 685 *et seq.*

⁶⁰ Prema čl. 2. st. 4. Direktive 90/314/EEZ: „potrošač“ označava osobu koja uzima ili je suglasna uzeti paket-aranžman (glavni ugovarač) ili bilo koju drugu osobu u čije je ime glavni ugovarač pristao kupiti paket-aranžman (ostali korisnici) ili bilo koju drugu osobu na koju glavni ugovarač ili ostali korisnici prenesu paket-aranžman (osoba na koju se ugovor prenosi)“.

⁶¹ ESP je u slučaju C-183/00, *González Sánchez*, 2002., ECR I-3901 od 25. travnja 2002. ustanovio da načela usvojena Direktivom 85/374/EEZ ne daju nikakve ovlasti državama članicama da zadrže ili usvoje odredbe koje se razlikuju od EU mjera usklađivanja. Sud je istakao kako se ovdje radi o “potpunoj” harmonizaciji onih pitanja koje se Direktivom usklađuju. Više kod *Bevanda* 2003, 287.

⁶² Sva tijela države koja je adresat direktive, primjerice sudovi i upravna tijela države koja je propustila ili je pogrešno preuzela direktivu, dužna su, u mjeri u kojoj je to moguće, tumačiti nacionalne propise sukladno odredbama direktive i ciljevima koji su se njezinim preuzimanjem trebali postići. Ova obveza postoji i u vremenu dok traje rok za preuzimanje direktive. Također je kao posljedica načela razvijenog praksom ESP-a svaka država članica dužna fizičkim i pravnim osobama naknaditi štetu nastalu zbog neizvršavanja svojih obveza iz Ugovora. Više kod *Josipović* 2005, 72 *et seq.*

hrvatski zakonodavac pažnju trebao usredotočiti i na potrebu otklanjanja spomenutih nedostataka odnosno na međusobno usuglašavanje propisa u području prava zaštite potrošača. Budući da se velika većina EU direktiva u području zaštite potrošača odnosi na potrošačke ugovore ili pojedine njihove važne aspekte, autorica će se u tekstu koji slijedi posvetiti sumarnoj analizi istih, pri čemu će koristeći prikazane izvore prava zaštite potrošača nastojati ukazati kako na kvalitetna zakonska rješenja tako i na propuste učinjene prilikom usklađivanja. Također će ukazati na ključne izmjene koje će u skorij budućnosti biti potrebno provesti, radi daljnjeg usklađivanja sa važećom pravnom stečevinom EU-a u području zaštite potrošača.

3.1. Ugovor sklopljen izvan poslovnih prostorija trgovca

Odredbe Dijela II. Glave VI. ZZZP-a o ugovorima sklopljenima izvan poslovnih prostorija trgovca rezultat su usklađivanja s odredbama Direktive 85/577/EEZ.⁶³ Ova posebna vrsta potrošačkog ugovora definirana je u čl. 30. st. 1. ZZZP-a kao ugovor sklopljen u vrijeme izleta koji je organizirao trgovac izvan njegovih poslovnih prostorija, u vrijeme posjeta trgovca domu potrošača, domu drugog potrošača ili radnome mjestu potrošača, a preuzeta je iz čl. 1. st. 1. Direktive 85/577/EEZ. Koristeći klauzulu minimalne harmonizacije zakonodavac je prešao minimum zaštite propisan Direktivom 85/577/EEZ, tako što nije preuzeo daljnji uvjet propisan u čl. 1. st. 1. Direktive 85/577/EEZ, da do posjete nije došlo na izričit zahtjev potrošača, već se prema čl. 30. st. 2. ZZZP-a odredbe ove Glave primjenjuju i na ugovore čije je sklapanje ponudio potrošač pod takvim uvjetima, bez obzira je li ponuda bila obvezujuća ili ne.⁶⁴ Definicija će se morati izmijeniti i uskladiti s novom definicijom iz čl. 2. toč. 8. Direktive 2011/83/EU koja će opozvati Direktivu 85/577/EEZ i koja se temelji na (ciljanoj) maksimalnoj harmonizaciji (čl. 4.). Nova definicija zahtjeva istodobnu fizičku nazočnost potrošača i trgovca, te obuhvaća sve izvan poslovnih prostorija trgovca sklopljene ugovore o prodaji robe i pružanju usluga, ali i one ugovore sklopljene unutar poslovnih prostorija trgovca ili bilo kojim sredstvom daljinske komunikacije odmah nakon što se potrošaču trgovac osobno i pojedinačno obratio izvan poslovnih prostorija, kao i ugovore sklopljene tijekom izleta koji je organizirao trgovac s ciljem ili učinkom promoviranja i prodaje robe ili usluga potrošaču. Što se tiče liste ugovora koji su isključeni od odredaba ove Glave oni odgovaraju onima iz čl. 3. st. 2. Direktive 85/577/EEZ, ali za razliku od njezinog isključenja ugovora kojima je objekt nekretnina, ZZZP se primjenjuje na ugovore o prodaji proizvoda namijenjenog njegovoj ugradnji u nekretninu, kao i na ugovore o građenju kojima je svrha popravak ili obnova nekretnine (čl. 31. st. 2.). Pritom treba napomenuti kako primjenu spomenutih odredaba u praksi neupitno otežava nepoznavanje bogate prakse ESP-a (sada: Sud

⁶³ Prije usklađivanja sa pravnom stečevinom EU-a prodaja od vrata do vrata je bila spomenuta u čl. 16. staroga Zakona o trgovini (NN br. 11/96., 30/99., 75/99., 76/99., 62/01., 109/01.), koji je propisivao da ugovore o prodaji na vratima stana mogu sklapati samo pravne osobe registrirane za pružanje takvih djelatnosti. Usklađivanjem se odredbe iz Direktive 85/577/EEZ po prvi puta preuzimaju člancima 29.-34. ZZZP-a iz 2003. g., da bi uz manje izmjene materija bila preuzeta čl. 30.-35. ZZZP-a iz 2007.

⁶⁴ Zakonodavac u više navrata koristi klauzulu minimalne harmonizacije kako bi povisio stupanj zaštite potrošača. Tako primjerice ne koristi mogućnost ponuđenu u čl. 3. st. 1. Direktive 85/577/EEZ prema kojoj se odredbe Direktive ne primjenjuju na ugovore vrijednosti ispod 60 ECU. Nadalje, neovisno o Direktivi 85/577/EEZ propisuje u čl. 30. st. 3. ZZZP-a obvezu trgovcu prilikom sklapanja ugovora izvan poslovnih prostorija da se potrošaču legitimira identifikacijskom karticom. Ipak, za razliku od mnogih drugih zemalja ne proširuje listu situacija u kojima su potrošači zaštićeni primjerice na ugovore sklopljene u sredstvima javnog prijevoza ili na nekim drugim javnim mjestima, sajmovima, izložbama i sl. Vidi Čadjenović/Čikara/Dabović Anastasovska/Dollani/Gavrilović/Karanikić Mirić/Meškić/ Zdraveva 2010, 614. To će se izmijeniti pod utjecajem nove Direktive 2011/83/EU koja pod poslovnim prostorijama podrazumijeva i nekretnine ali i pokretne prostore trgovca (šandovi, kiosk i sl.) koje on stalno ili uobičajeno koristi za svoju djelatnost.

EU-a)⁶⁵ koja tumači značenje preuzetih odredaba iz Direktive 85/577/EEZ i koja se mora uzeti u obzir prilikom primjene usklađenih zakonskih odredbi. Tako se primjerice isključenje ugovora o prodaji, najmu, zakupu i drugim pravima na nekretninama u skladu s utvrđenom praksom ESP-a ne odnosi na ugovore kojima se stječe udio u nekretninskom fondu.⁶⁶ Budući da čl. 3. st. 3. Direktive 2011/83/EU predviđa opsežniju listu ugovora isključenih od primjene odredaba o ugovorima koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija i ugovorima koji se sklapaju na daljinu, ova će odredba ZZZP-a morati biti izmijenjena.⁶⁷ Doduše Direktiva 2011/83/EU u toč. 17. preambule dopušta mogućnost proširenja njezinih odredaba na način da se zakonske odredbe usklađene s njome primjenjuju i na ugovore koje ona isključuje iz svojeg polja primjene.⁶⁸ Direktiva 2011/83/EU postrožava i obvezu informiranja potrošača u predugovornom i ugovornom stadiju kod ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija i ugovora koji se sklapaju na daljinu, ali i drugih potrošačkih ugovora. Prilikom usklađivanja odredaba ZZZP-a, pored potrebnih sadržajnih izmjena postaviti će se i pitanje načina na koji će se ove odredbe iz Direktive 2011/83/EU preuzeti u ZZZP. Direktiva 2011/83/EU u Poglavlju II. uređuje predugovorne informacije koje se potrošačima moraju pružiti kod ugovora koji nisu ugovori koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija i ugovori koji se sklapaju na daljinu, da bi u Poglavlju III. zajednički propisala opsežnu listu predugovornih informacija u čl. 6. st. 1. sl. a)-t) za ugovore koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija i ugovore koji se sklapaju na

⁶⁵ Ugovor iz Lisabona o izmjenama Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o osnivanju Europske zajednice, OJ C 306 od 17. prosinca 2007. mijenja dotadašnje nazive i strukturu suda, uvodi promjene glede imenovanja sudaca i nezavisnih odvjetnika, nadležnosti itd. U hrvatskoj pravnoj doktrini ne postoji konsenzus o tome treba li izraz „pravda“ kao sastavni dio engleskog naziva prevesti kao dio službenog naziva ove institucije EU-a ili ne.

⁶⁶ Vidi predmet C-412/06, *Hamilton v Volksbank Filder eG* od 10.4.2008. [2008] ECR I-02383; predmet C-215/08, *E. Friz GmbH v Carsten von der Heyden* od 15.4.2010. [2010] ECR I-02947; vidi ostalu praksu ESP-a o tumačenju odredaba Direktive 85/577/EEZ: Predmet C-382/87, *R. Buet i SARL Educational Business Services v Ministère Public* od 16.5.1989. [1989] ECR I-01235; predmet C-361/89, *Patrice di Pinto* od 14.3.1991. [1991] ECR I-01189; predmet C-91/92, *Paola Faccini Dori v Recreb SRL* od 14.7.1994. [1994] ECR I-03325; predmet C-45/96, *Bayerische Hypotheken- i Wechselbank AG v Edgard Dietzinger* od 17.3.1998. [1998] ECR I-01199; predmet C-423/97, *Travel Vac SL v Manuel José Antelm Sanchi* od 22.4.1999. [1999] ECR I-02195; predmet C-481/99, *Georg Heininger i Helga Heininger v Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG* od 13.12.2001. [2001] ECR I-09945; predmet C-73/04, *Klein v Rhodos Management Ltd.* od 13.10.2005. [2005] ECR I-8667; predmet C-350/03, *Schulte v Deutsche Bausparkasse Badenia AG* od 25.10.2005. [2005] ECR I-09215; predmet C-229/04, *Craillsheimer Volksbank eG v Klaus Conrads, Frank Schulze i Petra Schulze-Lösche, Joachim Nitschke* od 25.10.2005. [2005] ECR I-09273; predmet C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels GmbH v Claudia Schmidt* od 27.02.2006. [2006] ECR I-2093; predmet C-227/08, *Eva Martin Martin v EDP Editores, SL* od 17.12.2009. [2009] ECR I-11939; predmet C-166/11, *Ángel Lorenzo González Alonso v Nationale Nederlanden Vida Cia De Seguros y Reaseguros SAE*, od 24.3.2011., ECR I-0000.

⁶⁷ Izuzev liste od dvanaest ugovora na koje se odredbe Direktive 2011/83/EU ne primjenjuju (čl. 3. st. 3.), u toč. 8. preambule se izričito navodi kako Direktiva neće utjecati na nacionalno pravo glede ugovora o radu, ugovora o nasljeđivanju (koji su u našem pravu zabranjeni), obiteljskopравnih ugovora, ugovora o osnivanju i ustrojstvu trgovačkih društava i ugovora o ortaštvu. Personalno polje primjene ZZZP-a definicijama potrošača i trgovca iz čl. 3. već ispunjava ovaj zahtjev glede predmetnog polja primjene. Prema čl. 3. Direktiva 2011/83/EU se pod uvjetima i u dosegu postavljenom njezinim odredbama primjenjuje na svaki ugovor sklopljen između trgovca i potrošača, uključujući ugovore o opskrbi vodom, plinom, strujom ili grijanjem, i od strane pružatelja javnih usluga, ukoliko se te usluge pružaju temeljem ugovora.

⁶⁸ Tako npr. se u toč. 26. preambule navodi kako odredbe Direktive 2011/83/EU nisu prikladne za sljedeće ugovore i oni bi trebali biti isključeni iz njezinog polja primjene: ugovori o prijenosu vlasništva nad nekretninom ili o pravima nad nekretninama ili o osnivanju ili stjecanju prava vlasništva nad nekretninom ili drugih stvarnih prava, ugovori o građenju novih zgrada ili o bitnim preinakama postojećih zgrada (odgovara izgradnji novih zgrada npr. zadržava se samo fasada stare zgrade) kao i ugovori o iznajmljivanju smještaja u svrhu stanovanja, ugovori o prodaji nekretnina koje se tek moraju izgraditi i ugovori o zakupu s opcijom kupnje (eng. *hire-purchase*). S druge strane ugovori o pružanju usluga koje se odnose na izgradnju aneksa zgradama (garaže, verande) i oni koji se odnose na popravak i obnovu zgrada, a ne predstavljaju njihovu bitnu preinaku, trebaju biti pokriveni poljem primjene Direktive, kao i ugovori o uslugama posrednika u prometu nekretnina i onih koji se odnose na iznajmljivanje smještaja u svrhe koje nisu namijenjene stanovanju.

daljinu. Ispravno preuzimanje ovih odredaba zahtijevati će strukturne izmjene ZZP-a, koje se mogu postići preuzimanjem Poglavlja II. u okviru Općih odredaba uz izuzimanje Glava Zakona koje su isključene iz polja primjene Direktive 2011/83/EU, te preuzimanjem Poglavlja III. u Glave VI. i VII. uz izbjegavanje ponavljanja opsežnih zakonskih odredbi upućivanjem. Novinu će predstavljati i detaljne odredbe iz čl. 7. Direktive 2011/83/EU o formalnim zahtjevima koji moraju biti ispunjeni prilikom sklapanja ugovora izvan poslovnih prostorija trgovca. Odredbe Direktive 85/577/EEZ koje se odnose na jedan od najvažnijih instrumenata zaštite potrošača, na odustanak od ugovora, ispravno su preuzete u čl. 33. i 34. ZZP-a, te usklađene s novijom praksom ESP-a u predmetima *Heininger* i *Hamilton*. Zakonodavac koristeći klauzulu minimalne harmonizacije propisuje rok od 14 radnih dana za jednostrani raskid ugovora bez potrebe navođenja razloga, te u čl. 35. propisuje njegove posljedice. Spomenuti rok odgovara novom roku od 14 dana iz čl. 9. st. 1. Direktive 2011/83/EU,⁶⁹ dok će se ostale zakonske odredbe morati uskladiti s novim mnogo detaljnijim odredbama o njegovom početku, odredbama o vršenju prava na odustanak i dr.⁷⁰

3.2. Ugovor sklopljen na daljinu

Direktiva 97/7/EZ preuzeta je u hrvatsko pravo odredbama Dijela II. Glave VII. ZZP-a o ugovoru sklopljenom na daljinu.⁷¹ U čl. 36. ZZP-a ugovor je definiran kao „ugovor sklopljen između trgovca i potrošača u okviru organizirane prodaje proizvoda ili organiziranog obavljanja usluga trgovca koji za potrebe sklapanja takvih ugovora isključivo koristi jedno ili više sredstava daljinske komunikacije“. Definicija je preuzeta gotovo doslovno iz čl. 2. st. 1. Direktive 97/7/EZ izuzev posljednjeg dijela koji glasi „sve do trenutka i u trenutku zaključenja ugovora“. Definicija iz čl. 2. st. 1. Direktive 97/7/EZ načelno odgovara novoj definiciji iz čl. 2. toč. 7. Direktive 2011/83/EU, koja ugovor na daljinu definira kao svaki ugovor zaključen između trgovca i potrošača u okviru organizirane prodaje na daljinu ili sheme pružanja usluga, bez istovremene fizičke prisutnosti trgovca i potrošača, uz isključivo korištenje jednog ili više sredstava daljinske komunikacije sve do trenutka i u trenutku zaključenja ugovora.⁷² Prilikom preuzimanja definicije sredstava daljinske komunikacije iz čl. 2. st. 4. Direktive 97/7/EZ koristeći klauzulu minimalne harmonizacije zakonodavac je pored popisa sredstava iz Aneksa I Direktive 97/7/EZ u čl. 37. st. 2. ZZP-a obuhvatio i internet i elektroničku poštu.⁷³ Isključenja iz čl. 3. Direktive 97/7/EZ su sa manjim odstupanjima

⁶⁹ Direktiva 2011/83/EU u toč. 41. preambule pojašnjava da su u skladu s Uredbom Vijeća (EEZ, Euroatom) br. 1182/71 od 3. lipnja 1971. svi rokovi sadržani u Direktivi izraženi u kalendarskim danima.

⁷⁰ Vidi *infra*, str. 16. Isto tako će se morati izmijeniti odredba iz čl. 34. ZZP-a prema kojem ukoliko potrošač nije primio pisanu obavijest iz čl. 32. ZZP-a, njegovo je pravo na raskid ugovora neograničeno. Prema čl. 10. Direktive 2011/83/EU u tom će slučaju rok isteći nakon 12. mj. od isteka početnog razdoblja za odustanak od ugovora.

⁷¹ Prije usklađivanja sa pravnom stečevinom EU-a, stari Zakon o trgovini (NN br. 11/96., 30/99., 75/99., 76/99., 62/01., 109/01.) uređivao je prodaju na daljinu kao ugovor kojim trgovac organizira prodaju putem nekog komunikacijskog sredstva za prodaju na daljinu, a sklapa se između trgovca i potrošača, pri čemu se do sklapanja upotrebljava jedno ili više sredstava za daljinsku komunikaciju. Usklađivanjem se odredbe iz Direktive po prvi puta preuzimaju člancima 35.-55. ZZP-a iz 2003. g., da bi uz manje izmjene odredbe bile preuzeta čl. 36.–55. ZZP-a iz 2007.

⁷² Toč. 20. preambule Direktive 2011/83/EU daje više primjera takvih ugovora, te bi za primjenjivače prava bilo korisno da se spomenuta objašnjenja preuzmu u zakonski tekst.

⁷³ Iako je definicija sredstva daljinske komunikacije iz čl. 2. toč. 7. Prijedloga Direktive o pravima potrošača, KOM(2008) 614 fin, 2 odgovarala definiciji iz čl. 2. st. 4. Direktive 97/7/EZ, u prvom čitanju u okviru redovnog odnosno općeg zakonodavnog postupka usvajanja Direktive 2011/83/EU predloženo je i prihvaćeno brisanje spomenute definicije. Toč. 20. preambule Direktive 2011/83/EU spominje tek primjerično neka sredstva daljinske komunikacije i povrh toga utvrđuje da internet stranice trgovca koje navode informacije o njemu, njegovoj robi i uslugama i njegove kontakte nisu organizirana prodaja na daljinu ili shema pružanja usluga.

usklađeno preuzeta u čl. 39. ZZZP-a.⁷⁴ Isto vrijedi i za djelomično isključenje ugovora o pružanju usluga smještaja, prijevoza/transporta, *cateringa* ili rekreacije iz čl. 3. st. 2. al. 2. Direktive 97/7/EZ, preuzeto odredbom čl. 40. ZZZP-a, koje treba primjenjivati uzimajući u obzir praksu ESP-a. Tako je ESP u predmetu *EasyCar* ustanovio da „ugovori za pružanje usluga u prijevozu/transportu“ obuhvaćaju i ugovore za pružanje usluga najma automobila (*rent-a-car*).⁷⁵ Zakonske odredbe o isključenjima će se kao i kod ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija trgovca morati izmijeniti kako bi se uskladile sa zahtjevima nove Direktive 2011/83/EU.⁷⁶ Isto vrijedi i za zakonske odredbe koje preuzimaju odredbe Direktive 97/7/EZ o obvezi informiranja.⁷⁷ Novost predstavljaju i odredbe iz čl. 8. Direktive 2011/83/EU o formalnim zahtjevima koji moraju biti ispunjeni prilikom sklapanja ugovora na daljinu. Na jednaki način kao i kod ugovora koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija trgovca, morat će se uskladiti zakonske odredbe o raskidu ugovora iz čl. 45.-51. ZZZP-a.⁷⁸ Rok za raskid ugovora na daljinu prema čl. 45. st. 1. ZZZP-a iznosi 7 radnih dana, te će se morati uskladiti s novim rokom od 14 dana iz čl. 9. st. 1. Direktive 2011/83/EU. Zakonske odredbe o raskidu ugovora, morat će se uskladiti s opsežnim odredbama čl. 9.-16. Direktive 2011/83/EU zajedničkim za ugovore na daljinu i ugovore koji se sklapaju izvan poslovnih prostorija trgovca. U svrhu izvršenja prava na odustanak od ugovora potrošač će moći koristiti obrazac iz Privitka I(B) Direktive 2011/83/EU, koji se mora neizmjenjen preuzeti u hrvatsko pravo,⁷⁹ ili dati neopozivu izjavu o odustanku od ugovora (čl. 11.). Dotle Privitak I(A) sadrži model upute o odustanku od ugovora. Odnosne odredbe iz Direktive 2011/83/EU koje se moraju preuzeti u ZZZP, odnose se između ostalog na učinke odustanka od ugovora (čl. 12.), obveze trgovca u slučaju odustanka (čl. 13.), obveze potrošača u slučaju odustanka (čl. 14.), učinke vršenja prava na odustanak od povezane ugovore (čl. 15.), te na izuzeća od prava na odustanak (čl. 16.).

⁷⁴ Primjerice kod isključenja ugovora koji se sklapaju putem prodajnih automata, nije preuzeto isključenje koje se odnosi na ugovore sklopljene putem automatiziranih komercijalnih prostorija. Vidi Čadjenović/Čikara/Dabović Anastasovska/Dollani/Gavrilović/Karanikić Mirić/Meškić/Zdraveva 2010, 664 et seq.

⁷⁵ Vidi Predmet C-336/03, *EasyCar (UK) v Office of Fair Trading*, od 10.3.2005. [2005], ECR I-1947. ESP je utvrdio da isključenje ima za cilj zaštitu interesa isporučitelja određenih usluga kako oni ne bi trpjeli nesrazmjerne posljedice koje bi proizašle iz odustajanja od ugovora neposredno prije datuma navedenog za pružanje te usluge. Vidi i Predmet C-96/00, *Gabriel*, od 11.7.2002. [2002] ECR I-06367; Predmet C-205/07, *Lodewijk Gysbrechts, Santurel Inter BVBA*, od 16.12.2008. [2008] ECR I-9947; Predmet C-489/07, *Messner v Krüger*, od 3.9.2009. [2009] ECR I-7315; Predmet C-511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH v Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*, od 15.4.2010. [2010] ECR I-3047.

⁷⁶ Vidi *supra*, str. 13.

⁷⁷ Vidi *supra*, str. 13. Treba napomenuti da je prilikom usklađivanja sa čl. 4. Direktive 97/7/EZ, zakonodavac povišio stupanj zaštite potrošača u čl. 43. ZZZP-a dodatno zahtijevajući da trgovac pruži informacije koje se odnose na pravo potrošača na raskid ugovora i situacije kada je to pravo isključeno. Čl. 43. st. 4. ZZZP-a isto tako dodatno zahtijeva upozorenje o načinu sklapanja ugovora sa maloljetnicima, ili poslovno nesposobnim osobama. Odredba čl. 43. ZZZP-a sadrži i daljnje odredbe kojima se povišuje stupanj zaštite potrošača. Jednako tako preuzimanjem čl. 5. Direktive 97/7/EZ o potvrdi prethodne obavijesti, čl. 44. ZZZP-a ne zahtijeva potvrdu samo onih Direktivom određenih informacija iz prethodne obavijesti, već propisuje da potvrda mora sadržavati sve podatke koje sadrži i prethodna obavijest.

⁷⁸ Spomenute je odredbe također potrebno primjenjivati u skladu s praksom ESP-a, koja tumači relevantne odredbe Direktive 97/7/EZ. Tako je u predmetu C-489/07, *Messner v Krüger* od 3.9.2009. [2009] ECR I-7315, ESP došao do zaključka kako čl. 6. st. 1.-2. Direktive 97/7/EZ isključuje nacionalne odredbe koje u slučaju potrošačeva korištenja prava na odustanak od ugovora, zahtijevaju od njega plaćanje naknade za korištenje potrošačke robe.

⁷⁹ Kao razloge za uvođenje unificiranog obrasca za odustanak od ugovora Direktiva 2011/83/EU u toč. 44. preambule navodi troškove koje je trgovcima uzrokovalo dosadašnje različito uređenje diljem država članica EU-a.

3.3. Nepoštene ugovorne odredbe

Usklađivanjem hrvatskog prava sa Direktivom 93/13/EEZ došlo je do usuglašavanja dva seta zakonskih odredaba koja se međusobno nadopunjuju. Direktiva 93/13/EEZ preuzeta je čl. 96.-106. Glave XI. ZZZP-a o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima.⁸⁰ No sa njome su također u znatnoj mjeri usklađene i odredbe čl. 295.-296. ZOO-a o općim uvjetima ugovora, koje su bile propisane i prije usklađivanja hrvatskog prava s pravnom stečevinom EU-a, a koje su primjenjive na sve vrste ugovora.⁸¹ Time se postiglo da spomenute zakonske odredbe iz ZZZP-a i ZOO-a sadrže mnoga podudarna ili ista rješenja. Primjerice, prema čl. 102. st. 1. ZZZP-a je nepoštena ugovorna odredba ništetna, a prema čl. 96. st. 1. ZZZP-a, će se ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo smatrati nepoštenom ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.⁸² Dole, čl. 296. st. 1. ZOO-a propisuje da su ništetne „odredbe općih uvjeta ugovora koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroče očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljачa ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opći uvjeti koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela“. Bez izričitog propisivanja da je takva odredba općih uvjeta ugovora nepoštena, prema čl. 296. st. 1. ZOO-a ugovornu odredbu koja ispunjava propisane uvjete treba ustanoviti ništetnom. Uvjeti iz čl. 3. st. 1. Direktive 93/13/EEZ su ispunjeni, te je ustanovljen čak i viši stupanj zaštite propisivanjem zahtjeva za utvrđenjem odredbe ništetnom kada ugrožava postizanje svrhe sklopljenog ugovora. No, različito od ZOO-a, odredbe ZZZP-a kontrolu (ne)poštenosti ne ograničavaju samo na opće uvjete ugovora,⁸³ iako se u čl. 96. st. 2. ZZZP-a po uzoru na Direktivu 93/13/EEZ naglašava da se smatra da se „o pojedinoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo, ako je tu odredbu unaprijed formulirao trgovac, zbog čega potrošač nije imao utjecaja na njezin sadržaj, *poglavito* ako je riječ o odredbi unaprijed formuliranog standardnog ugovora trgovca“. Nadalje, test (ne)poštenosti i iz čl. 96. st. 1. ZZZP-a i iz čl. 296. st. 1. ZOO-a nije primjenjiv na odredbe ugovora o kojima se je pojedinačno pregovaralo.⁸⁴ Dok čl. 96. st. 2. ZZZP-a preuzimajući čl. 3. st. 2. Direktive 93/13/EEZ utvrđuje oborivu presumpciju o tome kada se smatra da se o pojedinoj ugovornoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo, prema čl. 296. st. 3. ZOO-a, test iz čl. 296. st. 1. ZOO-a se ne primjenjuje se na one odredbe općih uvjeta ugovora o kojima se prije sklapanja ugovora pojedinačno pregovaralo, a druga je strana pritom mogla utjecati na njihov sadržaj. Postoje daljnje mnoge sličnosti odnosnih odredaba ZZZP-a i ZOO-a npr. o okolnostima koje se

⁸⁰ Direktiva 93/13/EEZ je prvi puta u hrvatsko pravo preuzeta ZZZP-om iz 2003. g., čije odredbe prestaju važiti usvajanjem novog ZZZP-a iz 2007. g. Detaljnije kod *Baretić 2003, 57 et seq.*

⁸¹ Spomenute zakonske odredbe vuku svoje podrijetlo iz *ex* čl. 142.-144. ZOO-a iz 1978. g., koje novi ZOO iz 2005. g. preuzima i mijenja putem odredaba čl. 295.-296. sadržanih pod naslovom „VII. Opći uvjeti ugovora“ (Dio drugi, Posebni dio, Glava VIII. Ugovorni obvezni odnosi, Odjeljak 1. Opće odredbe, Odsjek 1. Sklapanje ugovora).

⁸² Direktiva 93/13/EEZ u čl. 3. koristi pojam načelo dobre vjere (eng. *good faith*) za kojeg se u hrvatskome pravu kao ekvivalent uzima načelo savjesnosti i poštenja (eng. *principle of conscientiousness and honesty*) kako je definirano u čl. 4. ZOO-a. Vidi *Šarčević/Mišćenić 2011, 124.*

⁸³ Prema čl. 295. st. 1. ZOO-a opći uvjeti ugovora su „ugovorne odredbe sastavljene za veći broj ugovora koje jedna ugovorna strana (sastavljач) prije ili u trenutku sklapanja ugovora predlaže drugoj ugovornoj strani, bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva“. Opći uvjeti ugovora dopunjuju posebne pogodbe ugovaratelja utvrđene istim ugovorom, i u pravilu obvezuju kao i ove, no u slučaju neslaganja, vrijede posebne pogodbe (čl. 295. st. 2. i 3. ZOO). Opći uvjeti ugovora koji se moraju se objaviti na uobičajeni način (čl. 295. st. 4. ZOO), te prema čl. 295. st. 5. ZOO-a obvezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora.

⁸⁴ O isključenju Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5. April 1993 on unfair terms in consumer contracts, COM(2000) 248 final, Brussels, 27.4.2000., str. 14.

uzimaju u obzir prilikom ocjene ugovora iz čl. 98. ZZZP-a i čl. 296. st. 2. ZOO-a,⁸⁵ a koje su usuglašene sa čl. 4. st. 1. Direktive 93/13/EEZ, ili o isključenju pojedinih ugovornih odredaba od testa (ne)poštenosti. Usklađeno s čl. 4. st. 2. Direktive 93/13/EEZ test se neće primjenjivati na ugovorne odredbe o predmetu ugovora i cijeni ako su jasne, lako razumljive i uočljive prema čl. 99. ZZZP-a i čl. 296. st. 3. ZOO-a.⁸⁶ Glede ovih odredaba su novija praksa ESP-a kao i Direktiva 2011/83/EU potvrdile mogućnost proširenja primjene testa nepoštenosti i na odredbe o predmetu ugovora i cijeni koje su jasne, razumljive i lako uočljive⁸⁷ i na odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo. Prema čl. 32. Direktive 2011/83/EU države koje iskoriste klauzulu minimalne harmonizacije iz čl. 8. Direktive 93/13/EEZ moraju o tome obavijestiti Komisiju, kao i o naknadnim izmjenama, a posebice ako se „tim odredbama proširuje ocjena nepoštenosti na ugovorne odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo ili na prikladnost cijene ili plaćanja“. Daljnje sličnosti ZZZP-a i ZOO-a postoje glede isključenja primjene testa (ne)poštenosti u skladu s čl. 1. st. 2. Direktive 93/13/EEZ kod ugovornih odredaba utemeljenih na odredbama prisilne naravi prema čl. 96. st. 5. ZZZP-a i čl. 296. st. 3. ZOO-a,⁸⁸ glede odredaba o djelomičnoj ništetnosti koje su u skladu s čl. 6. st. 1. Direktive 93/13/EEZ⁸⁹ ili glede primjene načela *contra proferentem* iz čl. 101. st. 1. ZZZP-a i čl. 320 st. 1. ZOO-a⁹⁰ usklađeno s čl. 5. Direktive 93/13/EEZ. Dotle se na pitanja poput općih pretpostavki

⁸⁵ Čl. 98. ZZZP-a glasi: „Prilikom ocjene je li određena ugovorna odredba poštena uzimat će se u obzir narav proizvoda ili usluge koji predstavljaju predmet ugovora, sve okolnosti prije i prilikom sklapanja ugovora, ostale ugovorne odredbe, kao i neki drugi ugovor koji, s obzirom na ugovor koji se ocjenjuje, predstavlja glavni ugovor“. Čl. 296. st. 2. ZOO-a glasi: „Prilikom ocjene ništetnosti određene odredbe općih uvjeta ugovora uzimaju se u obzir sve okolnosti prije i u vrijeme sklapanja ugovora, pravna narav ugovora, vrsta robe ili usluge koja je objekt činidbe, ostale odredbe ugovora kao i odredbe drugog ugovora s kojim je ta odredba općih uvjeta ugovora povezana.“ Prijedloge za poboljšanje ovih odredaba vidi kod *Mišćenić* 2012, točka 4.

⁸⁶ Doslovnim preuzimanjem čl. 4. st. 2. Direktive 93/13/EEZ i ne uzimanjem u obzir objašnjenja iz preambule učinjen je propust, budući da su ista mogla pomoći sudovima i drugim primjenjivačima prava. Preuzimanjem objašnjenja iz toč. 19. preambule Direktive 93/13/EEZ koji utvrđuje da se test (ne)poštenosti ne primjenjuje na “the quality/price ratio of the goods or services”, moglo se postići bolje razumijevanje odredbe u smislu da se test odnosi na (ne)poštenost drugih ugovornih odredaba glede obračuna cijene ili načina plaćanja i sl. Nadalje, prema preambuli predmet i cijena ugovora mogu biti uzeti u obzir prilikom ocjene (ne)poštenosti drugih ugovornih odredaba, odnosno iako ne zasebno ali u kombinaciji s drugim ugovornim odredbama odredbe o predmetu i cijeni mogu dovesti do nepoštenosti na štetu potrošača.

⁸⁷ Vidi Predmet C-484/08 od 3.6.2010., *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* [2010] ECR-00000 u kojem je ESP ustanovio da „čl. 4. st. 2. i 8. Direktive 93/13/EEZ (...) se trebaju tumačiti na način da nisu u suprotnosti s nacionalnim zakonodavstvom, (...) koje dopušta sudska ocjenu nepoštenosti ugovornih odredaba koje se odnose na određenje predmeta ugovora ili prikladnost cijene ili plaćanja, s jedne strane, za usluge ili robu koja se zauzvrat dobavlja, s druge strane, čak i u slučaju kada su te odredbe napisane jasnim, razumljivim jezikom“.

⁸⁸ Od primjene odredaba o nepoštenim ugovornim odredbama isključene su ugovorne odredbe kojima se u ugovor unose zakonske odredbe prisilne naravi, odnosno kojima se u ugovor unose odredbe i načela konvencija koje obvezuju RH (čl. 96. st. 5. ZZZP), odnosno one odredbe općih uvjeta ugovora čiji je sadržaj preuzet iz važećih propisa (čl. 296. st. 3. ZOO). Pored odredaba prisilne naravi ZOO obuhvaća i dispozitivne odredbe, što je u skladu s recitalom 13. Direktive 93/13/EEZ: “(...) whereas in that respect the wording 'mandatory statutory or regulatory provisions' in Article 1 (2) also covers rules which, according to the law, shall apply between the contracting parties provided that no other arrangements have been established”.

⁸⁹ Prema čl. 102. st. 2. ZZZP-a „ništetnost pojedine odredbe ugovora ne povlači ništetnost i samog ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe“. Dotle u svezi s čl. 296. ZOO-a, čl. 324. st. 1. ZOO-a uređuje djelomičnu ništetnost za sve vrste ugovora propisujući da „ništetnost neke odredbe ugovora ne povlači ništetnost ugovora ako on može opstati bez ništetne odredbe i ako ona nije bila ni uvjet ugovora ni odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen“, a ako i jest bila ugovor će „ostati valjan čak i ako je ništetna odredba bila uvjet ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništetnost ustanovljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i vrijedio bez nje“ (čl. 324. st. 2. ZOO).

⁹⁰ Prema čl. 101. st. 1. ZZZP-a „dvojbene ili nerazumljive ugovorne odredbe tumače se u smislu koji je povoljniji za potrošača“, dok će se prema čl. 320. st. 1. ZOO-a „u slučaju kad je ugovor sklopljen prema unaprijed otisnutom sadržaju, ili kad je ugovor na drugi način pripremila i predložila jedna ugovorna strana, nejasne odredbe tumačiti (će se) u korist druge strane“.

ništetnosti ugovora, posljedica ništetnosti, naknadnog nestanka uzroka ništetnosti, isticanja ništetnosti i dr., i u slučaju potrošačkih ugovora primjenjuju opće odredbe ZOO-a prema čl. 322. *et seq.*, budući da ZPP ova pitanja posebno ne uređuje (čl. 2. st. 2. ZPP). Tako u skladu s kogentnom odredbom čl. 6. st. 1. Direktive 93/13/EEZ i ustaljenom praksom ESP-a,⁹¹ odredbe ZPP-a i ZOO-a ne postavljaju rok za isticanje ništetnosti,⁹² već se primjenjuje opća odredba čl. 328. ZOO-a, prema kojoj se pravo na isticanje ništetnosti ne gasi. Na ništetnost sud pazi po službenoj dužnosti,⁹³ te će nepoštenu ugovornu odredbu utvrditi apsolutno ništetnom *ex tunc*, što je također u skladu s ustaljenom praksom ESP-a kod potrošačkih ugovora od predmeta *Océano Grupo* do nedavne presude u predmetu *Pénzügyi Lízing*.⁹⁴ Ovdje nabrojane zajedničke karakteristike odredaba idu u prilog mogućem jedinstvenom uređenju materije nepoštenih ugovornih odredaba u okviru odredaba ZOO-a, uz zadržavanje pojedinih odredaba primjenjivih isključivo na potrošačke ugovore.⁹⁵ Time bi se doprinijelo preglednosti i sustavnosti u uređenju spomenute materije kao i učinkovitijoj pravnoj zaštiti i ostvarivanju prava u praksi. Tako je primjerice točka 1. Aneksa Direktive 93/13/EEZ koja sadrži indikativnu i otvorenu listu odredaba za koje se oborivo presumira da su nepoštene (tzv. siva lista),⁹⁶ a za koje će sud ili drugi nadležni organ u konkretnom slučaju procjenjivati jesu li nepoštene temeljem općih pretpostavki za nepoštenost ugovornih odredaba, preuzeta u čl. 97. ZPP-a.⁹⁷ Odredbe ZOO-a o (ne)valjanosti općih uvjeta ugovora s druge strane, ne sadrže ni crnu niti sivu listu, ograničavajući se na opću odredbu o (ne)valjanosti. Kako sudovi na

⁹¹ Predmet C-168/05 od 26.10.2006., *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I-10421; Predmet C-40/08 od 6.10.2009., *Asturcom Telecomunicaciones S.L. v. Rodríguez Nogueira* [2009] ECR I-09579.

⁹² Vidi Predmet C-473/00 od 21.11.2002., *Cofidis v. Fredout*, [2002] ECR I-10875, u kojem je ESP zaključio da odredba nacionalnog prava prema kojoj sud više ne može, nakon isteka određenog roka, utvrditi je li odredba potrošačkog ugovora nepoštena i posljedično ništetna, nije u skladu s Direktivom 93/13/EEZ.

⁹³ Prema čl. 327. ZOO-a na ništetnost pazi sud po službenoj dužnosti i na nju se može pozivati svaka zainteresirana osoba, a pravo zahtijevati utvrđenje ništetnosti ima i državni odvjetnik.

⁹⁴ Kako je utvrđeno presudom u spojenim predmetima C-240/98 do C-244/98 od 27.6.2000., *Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero* [2000] ECR I-04941 nacionalni sudovi moraju „imati ovlast“ ispitati (ne)poštenost ugovorne odredbe po službenoj dužnosti, da bi u daljnjim presudama *Claro* i *Cofidis*, ES otišao korak dalje utvrdivši da nacionalni sudovi „imaju obvezu“ ispitivati (ne)poštenost ugovorne odredbe *ex officio*. U presudama *Pannon*, *Rodriguez* i *Pohotovost* ES je ovu obvezu uvjetovao stvarnom mogućnošću nacionalnog suda da preispita (ne)poštenost ugovorne odredbe s obzirom na dostupnost potrebnih pravnih i činjeničnih elemenata. Konačna konkretizacija ove obveze uslijedila je u nedavnoj presudi ES-a *Pénzügyi Lízing*, kojom je potvrđena obveza nacionalnim sudovima da po službenoj dužnosti ispituju potpada li ugovorna odredba pod polje primjene nacionalnih odredaba koje preuzimaju odredbe Direktive 93/13/EEZ i obveza nacionalnim sudovima da po službenoj dužnosti ispituju (ne)poštenost ugovorne odredbe, para. 26. Vidi Predmet C-243/08 od 4.6.2009., *Pannon GSM v. Erzébet Sustikné Györfi* [2009] ECR I-4713; Predmet C-40/08, 6.10.2009., *Asturcom Telecomunicaciones S.L. v. Rodríguez Nogueira* [2009] ECR I-9579., para. 32; Predmet C-76/10 od 16.11.2010., *Pohotovost' s.r.o. v. Iveta Korčakovská*, SLI. EU C 030, 29.1.2011., str. 0012.; Predmet C-137/08 od 9.11.2010., *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v. Ferenc Schneider*, SLI. EU C 013, 15.1.2011., str. 0002.

⁹⁵ Vidi prijedlog autorice o mogućem jedinstvenom uređenju materije nepoštenih ugovornih odredaba unutar ZOO-a u *Mišćenić* 2012, toč. 1 *et seq.* Ista rješenja uvodi i Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkom europskom pravu prodaje, COM(2011) 635 final od 11. listopada 2011. (CESL) za razlikovanje pravila o nepoštenim ugovornim odredbama koje se odnose na B2C i B2B ugovore.

⁹⁶ Zbog ograničenja nadležnosti EU-a u području zaštite potrošača proizašlima iz načela supsidijarnosti i proporcionalnosti (čl. 5. st. 3. i 4. UEU (ex čl. 5. st. 2. i 3. UEZ)) europski je zakonodavac u Aneksu propisao sivu listu nepoštenih ugovornih odredaba, ali je u skladu s načelom minimalne harmonizacije iz čl. 8. Direktive 93/13/EEZ nacionalnim zakonodavcima bilo dopušteno listu preuzeti bilo kao sivu ili crnu, ili kao kombinaciju obje liste. Tako je Prijedlog Direktive o pravima potrošača, KOM(2008) 614 fin, 2 sadržavao obje liste, crnu u Aneksu II (čl. 34.) i sivu u Aneksu III (čl. 35.), ali ove odredbe nisu ušle u tekst nove Direktive 2011/83/EU. Dotle CESL za B2C ugovore uređuje i sivu (čl. 85.) i crnu listu nepoštenih ugovornih odredaba (čl. 84.).

⁹⁷ Nije preuzeta točka 2. Aneksa Direktive 93/13/EEZ koja dopušta propisivanje da pojedine odredbe iz točke 1. nisu nepoštene u slučaju da ih sa potrošačem ugovori pružatelj financijskih usluga, čime je povišen stupanj zaštite za hrvatske potrošače.

ništetnost paze po službenoj dužnosti, takva bi im primjerična lista mogla pomoći prilikom tumačenja pretpostavki za (ne)valjanost iz čl. 296. st. 1. ZOO-a. Postojeći zakonodavni okvir omogućava korištenje sive liste iz čl. 97. ZZZP-a, ali samo kada je riječ o potrošačkim ugovorima.

3.4. Odgovornost za materijalne nedostatke stvari

Preuzimanjem Direktive 1999/44/EZ u hrvatsko pravo došlo je do usklađivanja i modernizacije postojećih odredaba ZOO-a o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari, na način da se one primjenjuju i na ugovore o kupoprodaji ali i sve ostale naplatne ugovore, uz zadržavanje pojedinih odredaba primjenjivih isključivo na potrošačke ugovore (čl. 400. *et seq.* ZOO).⁹⁸ Kao opći propis za zaštitu potrošača ZZZP u čl. 5. st. 1. propisuje da je trgovac dužan potrošaču ispuniti ugovor u skladu s odredbama ZZZP-a i propisima obveznog prava, a u st. 2. da se u slučaju materijalnog nedostatka na proizvodu na odnose potrošača i trgovca primjenjuju odredbe ZOO-a o odgovornosti za materijalne nedostatke stvari, te je u skladu s tim odredbama trgovac dužan prema izboru potrošača ukloniti nedostatak na proizvodu, predati drugi proizvod bez nedostatka, sniziti cijenu ili vratiti plaćeni iznos za proizvod, te ispuniti i druge obveze propisane tim odredbama. St. 3. iste odredbe propisuje primjenu relevantnih odredaba ZOO-a glede odgovornosti trgovca za obavljenu uslugu. Upravo stoga zakonodavac nije preuzeo definiciju robe široke potrošnje iz čl. 2 sl. b) Direktive 1999/44/EZ,⁹⁹ budući da se spomenute odredbe mogu primjeniti ne samo na potrošačku robu, već se primjenjuju na stvari i na druge predmete kupoprodaje (npr. usluge).¹⁰⁰ Definicija tog pojma iz čl. 2. toč. 3. Direktive 2011/83/EU sadržajno je ostala ista, ali umjesto dosadašnjeg naziva „roba široke potrošnje“ uvodi naziv „roba“.¹⁰¹ Novinu u odnosu na Direktivu 1999/44/EZ koju mijenja, predstavlja i uvođenje definicije ugovora o prodaji u čl. 2. toč. 5. Direktive 2011/83/EU. Ugovor o prodaji je definiran kao svaki ugovor temeljem kojeg trgovac predaje ili se obvezuje predati robu potrošaču u vlasništvo, a potrošač plaća ili se obvezuje platiti cijenu, uključujući ugovore koji za predmet imaju i robu i usluge. Odredbe Direktive 1999/44/EZ o obvezi predaje kupcu robe koja je u skladu s ugovorom o prodaji (eng. *conformity with the contract*), odnosno stvari bez materijalnih nedostataka preuzete su čl. 400. *et seq.* ZOO-a. Dok ZOO u čl. 401. sadrži pozitivnu definiciju pojma materijalnog nedostatka i nabroja situacije u kojima se smatra da stvar ima nedostatak, Direktiva 1999/44/EZ u čl. 2. st. 1. prihvaća negativnu definiciju nedostatka, prema kojoj je svako odstupanje od ugovorene kvalitete i svojstva stvari materijalni nedostatak za kojeg se odgovara (eng. *non-conformity*). Čl. 2. st. 2. Direktive 1999/44/EZ propisuje oborivu predmnijevu i najčešće situacije kada se smatra da je stvar sukladna ugovoru.¹⁰² Glede trenutka u kojem se procjenjuje je li stvar sukladna ugovoru, zahtjev iz čl. 3. st. 1. Direktive

⁹⁸ Prije usklađivanja sa Direktivom 1999/44/EZ, preuzeti ZOO iz 1978. g. uređivao je ugovor o kupoprodaji čl. 458. *et seq.* Preuzimanje Direktive 1999/44/EZ u novi ZOO iz 2005. g. iskorišteno je i da se primjena ovih pravila proširi na sve naplatne ugovore. Vidi *Petrić* 2006, 87.

⁹⁹ Prema čl. 2 sl. b) Direktive 1999/44/EZ to je svaka materijalna pokretna stvar osim robe koja se prodaje u ovršnom postupku ili na neki drugi način po sili zakona, osim vode i plina kada nisu namijenjeni za prodaju u ograničenoj ili određenoj količini i osim struje.

¹⁰⁰ Isto proizlazi već iz korištenja pojma „proizvod“ u čl. 5. ZZZP-a, koji je u čl. 3. st. 1. al. 5. ZZZP-a definiran kao „svaka roba ili usluga, uključujući nekretnine, prava i obveze“.

¹⁰¹ Pored ove definicije Direktiva 2011/83/EU čl. 2. toč. 4. definira i robu izrađenu po specifikaciji potrošača kao ne prije izrađenu robu izrađenu temeljem individualnog izbora ili odluke potrošača.

¹⁰² Iako se odredbe načelno poklapaju, prema čl. 2. st. 2. Direktive 1999/44/EZ se smatra da je potrošačka roba sukladna ugovoru ako odgovara određenoj svrsi za koju ju potrošač traži i sa kojom je on upoznao prodavatelja u vrijeme zaključenja ugovora i koju je prodavatelj prihvatio. Čl. 401. st. 1. toč. 2. ZOO-a nudi viši stupanj zaštite propisujući da je određena svrha bila poznata prodavatelju ili mu je morala biti poznata.

1999/44/EZ ispunjava čl. 400. st. 1. ZOO-a. Prema potonjoj odredbi „prodavatelj odgovara za materijalne nedostatke stvari koje je ona imala u trenutku prijelaza rizika na kupca, bez obzira je li mu to bilo poznato“. Trenutak prijelaza rizika je u čl. 378. st. 1. ZOO-a određen kao trenutak predaje stvari. Nova Direktiva 2011/83/EU ova pitanja detaljnije uređuje u čl. 18. koji uređuje obveze trgovca glede isporuke robe potrošaču i u čl. 20. koji uređuje prijelaz rizika, određujući ga kao trenutak potrošačeva (ili treće osobe određene od potrošača, koja nije prijevoznik) fizičkog stjecanja posjeda robe. Nadalje, odnosno odredbe ZOO-a sadrže više posebnih pravila primjenjivih samo na potrošačke ugovore. Tako je u čl. 402. ZOO-a koji uređuje nedostake za koje prodavatelj ne odgovara,¹⁰³ postavljen blaži kriterij za potrošačke ugovore. Prema čl. 402. st. 3. ZOO-a na potrošačke ugovore se ne primjenjuje stupanj pozornosti koji kupac mora pokazati da bi bio savjestan glede postojanja nedostatka iz čl. 402. st. 2. ZOO-a.¹⁰⁴ Spomenuti članak se „ne primjenjuje (se) na ugovore koje fizička osoba kao kupac sklapa izvan svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti s fizičkom ili pravnom osobom koja kao prodavatelj djeluje u okviru svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti (potrošački ugovor)“. Time se u ZOO uvode definicije potrošača kao kupca i trgovca kao prodavatelja koje odgovaraju čl. 1. st. 2. sl. a) i c) Direktive 1999/44/EZ. Posebnu odredbu primjenjivu samo na potrošačke ugovore sadrži i čl. 403. st. 4. ZOO-a koji preuzima opciju iz čl. 5. st. 2. Direktive 1999/44/EZ. Prema toj odredbi „kod potrošačkih ugovora potrošač kao kupac nije obvezan pregledati stvar niti je dati na pregled, ali je obvezan obavijestiti prodavatelja o postojanju vidljivih nedostataka u roku od dva mjeseca od dana kad je otkrio nedostatak, a najkasnije u roku od dvije godine od prijelaza rizika na potrošača“. Prava koja će mu biti na raspolaganju preuzeta su iz čl. 3. Direktive 1999/44/EZ u čl. 410. ZOO-a u svezi sa spomenutim čl. 5. st. 2. ZZZP-a. Prema čl. 410. st. 1. ZOO-a kupac koji je pravodobno i uredno obavijestio prodavatelja o nedostatku može po svom izboru: 1) zahtijevati od prodavatelja da nedostatak ukloni, 2) zahtijevati od prodavatelja da mu preda drugu stvar bez nedostatka, 3) zahtijevati sniženje cijene, 4) izjaviti da raskida ugovor. Povrh toga prema čl. 410. st. 2. ZOO-a „u svakom od tih slučajeva kupac ima pravo i na popravlanje štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu, uključujući i štetu koju je ovaj zbog nedostatka stvari pretrpio na drugim svojim dobrima“. Iako odredbe čl. 412. st. 1. i čl. 413. ZOO-a vode ka zaključku da kupac može prvenstveno i alternativno upotrebiti prva tri prava a pravo na raskid ugovora samo kada ne uspije sa svojim zahtjevom za ispunjenje ugovora, uz određene izuzetke u čl. 412. st. 2. i 3. ZOO-a, činjenicu da potrošač ima izbor između upotrebe prava potvrđuje spomenuti čl. 5. st. 2. ZZZP-a. I ovdje je potrebno napomenuti kako se prilikom primjene zakonskih odredaba usklađenih s Direktivom 1999/44/EZ mora uzimati u obzir i praksa ESP-a koja istu tumači. Tako je u predmetima *Quelle*, kao i spojenim predmetima *Weber v Wittmer* i *Putz*, ESP tumačeći čl. 3. st. 3. Direktive 1999/44/EZ koji je djelomice preuzet odredbom čl. 410. st. 3. ZOO-a, došao do zaključka da u slučaju materijalnog nedostatka na kupljenoj stvari, potrošač ima pravo zahtijevati od prodavatelja da stvar popravi ili zamijeni novom bez plaćanja naknade za to,¹⁰⁵ te da isključuje nacionalno zakonodavstvo

¹⁰³ Time se ispunjava zahtjev iz čl. 2. st. 5. Direktive 1999/44/EZ o isključenju kada je potrošač svjestan nedostatka sukladnosti s ugovorom, tako što čl. 402. st. 1. ZOO-a propisuje da prodavatelj ne odgovara za nedostatke ako su u trenutku sklapanja ugovora bili poznati kupcu ili mu nisu mogli ostati nepoznati.

¹⁰⁴ Prema čl. 402. st. 2. ZOO-a se smatra „da nisu mogli ostati nepoznati kupcu oni nedostaci koje bi brižljiva osoba s prosječnim znanjem i iskustvom osobe istog zanimanja i struke kao kupac mogla lako opaziti pri uobičajenom pregledu stvari“.

¹⁰⁵ Predmet C-404/06, *Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen i Verbraucherverbände*, od 17.4.2008. [2008] ECR I-2685; Spojeni predmeti C-65/09, *Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer* i C-87/09, *Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*, od 16.6.2011, ECR I-0000. Nadalje ESP tumačeći čl. 3. st. 3. Direktive 1999/44/EZ dolazi do zaključka da je u suprotnosti sa nacionalnim zakonodavstvom koje omogućava prodavatelju odbiti zamjenu stvari s nedostatkom kao jedino dostupno pravo, zato što mu zamjena stvara troškove nesrazmjerne vrijednosti stvari bez nedostatka i s obzirom na značaj nedostatka.

prema kojem prodavatelj, koji je prodao stvar s nedostatkom, može tražiti naknadu od potrošača za korištenje te stvari do trenutka njezine zamjene. Konačno valja napomenuti kako će preuzimanjem nove Direktive 2011/83/EU kojom se mijenja Direktiva 1999/44/EZ doći do potrebe usklađivanja odredaba ZOO-a iz čl. 423. *et seq.* o jamstvu za ispravnost prodane stvari (garancija), kojima je preuzeta definicija garancije iz čl. 1. st. 2. sl. e) Direktive 1999/44/EZ.¹⁰⁶ Izuzev toga nova Direktiva 2011/83/EU u čl. 33. zahtijeva od država koje iskoriste klauzulu minimalne harmonizacije iz čl. 8. st. 2. Direktive 1999/44/EZ i uvedu strože mjere zaštite potrošača nego li je predviđeno u čl. 5. (rokovi za odgovornost prodavatelja) i u čl. 7. (kogentna narav odredaba),¹⁰⁷ da o tome obavijeste Komisiju, kao i o naknadnim izmjenama.

3.5. Ugovor o potrošačkom kreditu

Usljed usklađivanja hrvatskoga prava potrošačkog kreditiranja s Direktivom 2008/48/EZ utemeljenoj na maksimalnoj harmonizaciji usvojen je novi ZPK koji je stupio na snagu 1. siječnja 2010.¹⁰⁸ U svojim prijelaznim i završnim odredbama propisao je prijelazni rok od godine dana vjerovnicima za prilagodbu i usklađivanje njihova poslovanja, protekom kojeg prestaju važiti odredbe Glave IX. ZZZP-a o potrošačkom zajmu usklađene s Direktivom 87/102/EEZ, koju nova direktiva opoziva.¹⁰⁹ Time je omogućeno da u suprotnosti s europskim pravom s kojim se usklađivanje provodi, u razdoblju od čak godinu dana istodobno važe dva seta zakonskih odredaba koja uređuju istu materiju.¹¹⁰ Definicija ugovora o kreditu iz čl. 2. toč. 3. ZPK-a,¹¹¹ doslovno je preuzeta iz čl. 3. sl. c) Direktive 2008/48/EZ, koji uvodi novinu u hrvatsko obvezno pravo kombinirajući elemente ugovora o kreditu iz čl. 1021. ZOO-a i ugovora o zajmu iz čl. 499. st. 1. ZOO-a.¹¹² Prema njoj je ugovor o kreditu definiran kao „ugovor u kojem vjerovnik odobrava ili obećava odobriti potrošaču kredit u obliku odgode plaćanja, zajma ili slične financijske nagodbe, osim ugovora o trajnom pružanju usluge ili isporuke proizvoda iste vrste kada potrošač plaća za takve usluge ili proizvode tijekom cjelokupne njihove isporuke u obliku obroka“. Kako bi ublažio problem razilaženja nepravničke definicije ugovora o kreditu preuzete iz čl. 3. sl. c) Direktive 2008/48/EZ od definicije ugovora o kreditu iz čl. 1021. ZOO-a,¹¹³ zakonodavac neovisno o tekstu Direktive

¹⁰⁶ Prema čl. 2. toč. 14. Direktive 2011/83/EU komercijalna garancija je svaka obveza preuzeta od strane trgovca ili proizvođača naspram potrošača, da pored njegove zakonske obveze garancije sukladnosti, na bilo koji način nadoknadi plaćenu cijenu ili zamijeni, popravi ili servisira robu koja ne odgovara specifikacijama ili bilo kojim drugim uvjetima koji se ne odnose na sukladnost iz izjave o garanciji ili iz relevantnog oglašavanja dostupnog u vrijeme ili prije zaključenja ugovora.

¹⁰⁷ Čl. 7. st. 1. Direktive 1999/44/EZ preuzet je čl. 408. st. 2. ZOO-a i putem čl. 6. ZZZP-a.

¹⁰⁸ Prema čl. 30. ZPK-a Zakon stupa na snagu 1. siječnja 2010. (osim odredaba čl. 9. o pristupu kreditnim registrima koje stupaju na snagu danom pristupanja RH EU).

¹⁰⁹ Direktiva 87/102/EEZ je po prvi puta preuzeta u Glavi 8. ZZZP-a iz 2003. g. pod nazivom „Petrošački zajam“ (čl. 56.–71.). Usvajanjem novog ZZZP-a iz 2007. g. spomenuta materija je uglavnom neizmijenjena preuzeta u Glavu IX. Zakona (čl. 71.–86. ZZZP-a).

¹¹⁰ Vidi čl. 28. st. 2. i čl. 29. st. 3. ZPK-a. O izrazitoj konfuznosti spomenutih odredaba te načinu njihova tumačenja vidi Čikara 2010, 400.

¹¹¹ Iako čl. 1. ZPK-a govori o ugovorima o potrošačkom kreditu, Zakon u skladu s Direktivom 2008/48/EZ koju preuzima kasnije koristi naziv „ugovor o kreditu“.

¹¹² O tome više kod Čikara 2010, 307.

¹¹³ Treba napomenuti kako su slični problemi postojali već prilikom preuzimanja Direktive 87/102/EEZ u ZZZP, kada se zakonodavac umjesto termina iz direktive „petrošački kredit“ odlučio koristiti termin „petrošački zajam“, čime se htjelo naglasiti kako isti može biti odobren ne samo od banke ili druge kreditne institucije, već od bilo koje fizičke ili pravne osobe koja ga odobrava u okviru svoje poslovne ili profesionalne djelatnosti.

2008/48/EZ uvodi vlastitu definiciju potrošačkog kreditiranja u čl. 2. toč. 15. ZPK-a.¹¹⁴ Dotle doslovnim preuzimanjem definicije potrošača iz čl. 3. sl. a) Direktive 2008/48/EZ u čl. 2. toč. 1. ZPK-a, u hrvatsko pravo zaštite potrošača nepotrebno je uvedena još jedna definicija potrošača, pored već postojećih definicija u čl. 3. st. 1. ZZP-a, čl. 304. ZKI-a, čl. 88. ZL-a itd.¹¹⁵ Nadalje, vjerojatno uslijed pogriješke u prijevodu dolazi do značajnog suštinskog odstupanja od teksta čl. 3. sl. f) toč. ii) Direktive 2008/48/EZ iz kojeg se preuzima definicija kreditnog posrednika u čl. 2. toč. 6. ZPK-a.¹¹⁶ Prilikom preuzimanja odredaba o ugovorima isključenima iz polja primjene Direktive 2008/48/EZ (čl. 2.), zakonodavac je iskoristio mogućnost iz toč. 10. preambule, prema kojoj se odredbe Direktive mogu primijeniti i na ona „područja“ koja su isključena iz njezina polja primjene. Tako se primjerice nepreuzimanjem isključenja ugovora o kreditu namijenjenih stjecanju ili zadržavanju vlasništva na nekretnini iz čl. 2. st. 2. sl. b) Direktive 2008/48/EZ i isključenja ugovora o kreditu osiguranih založnim pravom na nekretnini iz čl. 2. st. 2. sl. a) Direktive 2008/48/EZ nastojalo pružiti viši stupanj zaštite potrošačima.¹¹⁷ On je doduše potkopan preuzimanjem isključenja ugovora o kreditu koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita manji od 1.500 kn ili veći od 1.000 000 kn u čl. 3. st. 1. sl. a) ZPK-a.¹¹⁸ Suprotno načelu maksimalne harmonizacije prilikom preuzimanja odredbe o obvezi pružanja predugovornih informacija iz čl. 5. st. 1. Direktive 2008/48/EZ nije preuzet dio odredbe koji omogućava potrošaču da izrazi svoje zahtjeve i pruži vlastite informacije u

¹¹⁴ Prema čl. 2. toč. 15. ZPK-a potrošačko kreditiranje je „pravni posao kojim se jedna ugovorna strana obvezuje drugoj staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vrijeme, za neku namjenu ili bez utvrđene namjene, a druga se ugovorna strana obvezuje plaćati ugovorene kamate, odnosno ugovorene naknade, te iskorišteni iznos novca vratiti u vrijeme i na način kako je ugovoreno, kao i svaki drugi pravni posao, koji je po svojoj gospodarskoj biti jednak ovome pravnome poslu“.

¹¹⁵ Prema čl. 3. st. 1. ZZP-a „potrošač je svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u svrhe koje nisu namijenjene njegovoj poslovnoj djelatnosti niti obavljanju djelatnosti slobodnog zanimanja“. Prema čl. 2. toč. 1. ZPK-a potrošač je fizička osoba koja u transakcijama obuhvaćenima ZPK-om djeluje izvan poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja. Dotle čl. 304. ZKI-a potrošača definira kao svaku fizičku osobu koja je klijent kreditne institucije, a koja djeluje izvan područja svoje gospodarske djelatnosti ili slobodnog zanimanja. Čl. 304. ZKI-a je prije izmjene NN br. 153/09. propisivao definiciju potrošača koja je odstupala kako od definicije potrošača iz čl. 3. st. 1. ZZP-a, tako i od definicije potrošača iz čl. 2. toč. 1. ZPK-a, prema kojoj je potrošač je bio definiran kao „svaka fizička osoba koja je klijent kreditne institucije“. Ovakvo pojmovno određenje potrošača koje nije vodilo računa o svrsi s kojom se ugovor sklapa bilo je suprotno ne samo definiciji potrošača prema čl. 3. st. 1. ZZP-a, već i definicijama potrošača iz tzv. potrošačkih direktiva. Isto vrijedi i za čl. 88. ZL-a, koji potrošača definira kao svaku fizičku osobu, primatelja leasinga, koja ima prava i obveze po ugovoru o leasingu, što znači da potrošač može biti i trgovac pojedinac prema čl. 3. Zakona o trgovačkim društvima (NN br. 111/93., 34/99., 52/00., 118/03., 107/07., NN 146/08., NN 137/09., 125/11., 152/11.) kao i sve druge fizičke osobe koje se prema hrvatskome pravu smatraju trgovcima i koje ugovor o leasingu sklapaju u okviru njihove poslovne ili profesionalne djelatnosti.

¹¹⁶ Prema zakonskoj definiciji kreditni posrednik može biti fizička ili pravna osoba koja nije vjerovnik i koja u okviru svojeg posla ili zanimanja, za naknadu u novcu ili u drugom dogovorenom financijskom obliku: – prezentira ili nudi ugovore o kreditu potrošačima; – pomaže potrošačima poduzimanjem pripremnih radnji u vezi s drugim ugovorima o kreditu osim onih iz alineje 1., ili – sklapa ugovore o kreditu s potrošačima u ime vjerovnika. Prema čl. 3. sl. f) toč. ii) Direktive 2008/48/EZ kreditni posrednik potrošačima pomaže oko drugih, izvan onih pod i) navedenih pripremnih radnji glede sklapanja ugovora. *Ratio* odredbe jest obuhvaćanje i drugih pripremnih radnji koje u svezi sa sklapanjem ugovora o kreditu mogu nastupiti pored radnji spomenutih u alineji 1. Tako bi npr. odvjetnici koji prilikom pravnog savjetovanja potrošača informiraju o pravima i obvezama te pravnim posljedicama sklapanja ugovora o kreditu potpali pod spomenutu definiciju. No, Europska komisija je zauzela stav kako oni mogu potpasti pod definiciju kreditnog posrednika jedino u slučaju ako aktivno nastupaju u toj ulozi.

¹¹⁷ Potreba daljnjeg usklađivanja te nove izmjene i dopune ZPK-a nastupiti će usvajanjem Prijedloga Komisije o Direktivi Europskog parlamenta i Vijeća o ugovorima o kreditu koji se odnose na stambene nekretnine (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property, COM(2011)142). Predviđa se da bi ova Direktiva koja se u znatnoj mjeri oslanja na tekst Direktive 2008/48/EZ mogla biti usvojena u svibnju 2012.

¹¹⁸ O problematičnim isključenjima iz čl. 3. st. 1. sl. b), i) i g) ZPK-a vidi *Čikara* 2010, 313.

predugovornom stadiju. Učinjeni su brojni daljnji propusti prilikom usklađivanja od kojih je jedan od najvažnijih nepreuzimanje I. Dijela Priloga I. Direktive 2008/48/EZ sa matematičkom formulom za izračun EKS-a u Pravilnik o obvezi informiranja potrošača i o dodatnim pretpostavkama za izračun EKS-a¹¹⁹ ili u Odluku HNB-a o efektivnoj kamatnoj stopi kreditnih institucija i kreditnih unija te ugovaranju usluga s potrošačima.¹²⁰ Naime, „Uputa za primjenu Odluke o efektivnoj kamatnoj stopi kreditnih institucija i kreditnih unija te ugovaranju usluga s potrošačima“ propisuje metodologiju za obračun iste.¹²¹ Daljnji nedostaci odnose se na manjkavo preuzimanje odredbe čl. 13. st. 2. Direktive 2008/48/EZ, koja se odnosi na pravo na otkaz ugovora o kreditu bez roka dospijeca gdje zakonodavac propušta preuzeti dio odredbe koji pravo vjerovnika na otkaz uvjetuje postojanjem sporazuma strana o tome u ugovoru o kreditu. Jedan od najvećih nedostataka novoga ZPK-a zasigurno predstavlja manjkavo preuzimanje čl. 15. Direktive 2008/48/EZ, koji uređuje povezane ugovore o kreditu. Članak 15. ZPK-a preuzima samo čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ uz bitne izmijene sadržaja i značenja te odredbe. Dotle uopće ne preuzima čl. 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ o supsidijarnoj odgovornosti davatelja kredita radi prodavateljeva neispunjenja ili neurednog ispunjenja glavnog ugovora.¹²² Konačno treba napomenuti kako usklađivanje u ovoj materiji nije iskorišteno ni za otklanjanje otprije postojećih suprotnosti između odredaba o potrošačkom kreditu različitih zakona. Tako primjerice ZKI, odredbama Glave XXIV. potrošačima pruža zaštitu samo ako im „kreditne institucije“ pružaju „bankovne usluge“ u smislu čl. 4. ZKI-a, u koje spada i odobravanje kredita. Dotle odobravanje potrošačkih kredita i zajmova, koje prema čl. 5. st. 1. toč. 2 ZKI-a spada u osnovne „financijske usluge“ što ih prema čl. 9. st. 1. toč. 2. ZKI-a pružaju isključivo „financijske institucije“, ne bi bilo obuhvaćeno zaštitom spomenutih odredaba.¹²³

4. ZAŠTITA PRAVA POTROŠAČA

Osim na materijalnopravne odredbe o zaštiti potrošača, potrebno je također ukazati na postupovne i druge instrumente njihove zaštite, te njihovo korištenje u praksi. Unatoč prikazanim rješenjima, zaštita prava potrošača u praksi nije na zadovoljavajućem stupnju.

¹¹⁹ Pravilnik o obvezi informiranja potrošača i o dodatnim pretpostavkama za izračun efektivne kamatne stope, NN br. 14/10. Pravilnik preuzima uniformni obrazac iz Privitka II. Direktive 2008/48/EZ koji nosi naziv „Europske standardne informacije za potrošačke kredite“. U Prilogu III. Pravilnika preuzet je II. Dio Priloga I. Direktive 2008/48/EZ sa dodatnim pretpostavkama za izračun EKS-a.

¹²⁰ Odluka o efektivnoj kamatnoj stopi kreditnih institucija i kreditnih unija te ugovaranju usluga s potrošačima, NN br. 1/09., 41/09.

¹²¹ Način izračuna EKS-a iz Upute Odluke HNB-a je bio i u suprotnosti sa Odlukom o jedinstvenoj metodi izračuna efektivne godišnje kamatne stope na potrošačke zajmove, NN br. 27/08. (koju je temeljem čl. 75. st. 8. ZPP-a donio ministar gospodarstva, rada i poduzetništva u suglasnosti s ministrom financija) kao i odredbama ZPP-a o potrošačkom zajmu. O tome detaljno Čulinović–Herc/Dimitrić 2006, 73.

¹²² Detaljno o čl. 15. Direktive 2008/48/EZ vidi Čikara 2009, 93 i Mišenić 2011, 155 *et seq.*

¹²³ No prema čl. 59. st. 3. ZKI-a kreditne institucije potrošaču mogu pružati osnovne financijske usluge, pa tako i odobravati „potrošačke kredite i zajmove“. Prema toj odredbi odobrenje za rad koje HNB izdaje kreditnoj instituciji može sadržavati i odobrenje za pružanje osnovnih i dodatnih financijskih usluga. Prema čl. 310. st. 2. ZKI-a (ako drukčije nije propisano ZKI-om) se odredbe ZPP-a „koje se odnose na potrošački zajam na odgovarajući način primjenjuju na ugovore o kreditu koje odobrava kreditna institucija“. Iz navedenog bi slijedilo razlikovanje ugovora o kreditu koje kreditna institucija sklapa sa potrošačem i koji pored zaštite Glave XXIV. ZKI-a uživaju i zaštitu odredaba ZPP-a o „potrošačkom zajmu“ i ugovora o „potrošačkim kreditima i zajmovima“ koje sklapaju financijske institucije s potrošačima, a koji nisu predmetom Glave XXIV. ZKI-a. Odredbe Glave XXIV. ZKI-a potrebno je izmijeniti i uskladiti propisivanjem upućivanja i na odredbe ZPK-a, odnosno brisanjem odredbe čl. 310. st. 2. ZKI-a koja upućuje na odredbe ZPP-a o „potrošačkom zajmu“, a koje su prestale važiti protekom prijelaznog roka od godinu dana nakon stupanja ZPK-a na snagu.

Postoji značajan nedostatak sudske prakse temeljem odredaba ZZZP-a,¹²⁴ stoga što sudovi nerijetko potrošače štite kao svaku drugu osobu ignorirajući posebne odredbe o zaštiti potrošača. Tako primjerice postoji veliki broj odluka sudova koje se odnose na nepošteno odredbe u standardnim, formularnim ugovorima temeljem odredaba ZOO-a,¹²⁵ dok nije poznato postoji li presuda utemeljena na odredbama ZZZP-a o nepoštenim ugovornim odredbama. Osim mogućnosti zaštite potrošača u postupcima pokrenutima individualno tužbom prema odredbama građanskog parničnog postupka,¹²⁶ ZZZP u Dijelu V. Zaštita potrošačkih prava, u Glavi I. uređuje izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova, a u Glavi II. zaštitu kolektivnih interesa potrošača.¹²⁷ Odredba čl. 130. ZZZP-a o izvansudskom rješavanju potrošačkih sporova usuglašena je s Preporukom 98/257/EZ o načelima koja primjenjuju tijela odgovorna za provođenje izvansudskog rješavanja potrošačkih sporova i Preporukom 2001/310/EZ o načelima izvansudskih tijela koja su uključena u sporazumno rješavanje potrošačkih sporova.¹²⁸ Time je omogućena zaštita potrošača izvansudskim rješavanjem sporova pred Sudovima časti i Centrima za mirenje pri Hrvatskoj gospodarskoj komori i Hrvatskoj obrtničkoj komori, kao i Centru za mirenje Hrvatske udruge poslodavaca i Hrvatskog ureda za osiguranje.¹²⁹ U nedavnoj presudi Suda časti Hrvatske gospodarske komore presuđeno je da je banka P.B.Z. d.d. odgovorna što je s potrošačem A.D. sklopila ugovor o stambenom kreditu čije odredbe ispunjavaju pretpostavke ZZZP-a o nepoštenim

¹²⁴ Koliko je poznato, objavljeno je svega nekoliko presuda koje se temelje na odredbama ZZZP-a, primjerice: Županijski sud u Zagrebu, Gž. 5173/10–2 od 23.11.2010. (javne usluge); Županijski sud u Zagrebu, Gž. 7188/08–2 od 21.4.2009. (javne usluge); Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1074/08-2 od 4.8.2008. (kupoprodaja); Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1052/08–2 od 12.6.2008. (potrošački zajam); Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (VTSRH), Pž. 3114/05-3 od 26.10.2007.

¹²⁵ Treba napomenuti kako se sve ovdje navedene odluke odnose na ex čl. 142.-144. ZOO-a: Vrhovni sud Republike Hrvatske (VSRH), Rev. 2486/90 od 14.2.1991.; VTSRH, Pž. 1844/91 od 10.3.1992.; VSRH, Rev. 2371/90 od 14.5.1992.; VSRH, Rev. 585/1992 od 23.9.1992.; VSRH, Rev. 1202/1992-2 od 24.9.1992.; VTSRH, Pž. 2222/92 od 27.4.1993.; VSRH, Rev. 1173/1997-2 od 21.1.1998.; VSRH, Rev. 409/1996-2 od 10.2.2000.; VSRH, Rev. 819/1996 od 7.3.2000.; VSRH, Rev. 1748/1996-2 od 12.4.2000.; VSRH, Rev. 3658/1999-2 od 1.6.2000.; VSRH, Rev. 23023/99 od 14.9.2000.; VSRH, Rev. 2354/1997-2 od 1.2.2001.; Županijski sud u Koprivnici, Gž. 1087/02 od 14.11.2002.; VSRH, Rev. 382/02 od 25.3.2003.; Županijski sud u Bjelovaru, Gž. 1158/2004-2 od 23.9.2004.; Županijski sud u Zagrebu, Gž. 3662/02 od 23.11.2004.; VSRH, Rev. 1034/04-2 od 20.9.2005.; VTSRH, Pž. 3580/05-3 od 13.12.2005.; VTSRH, Pž. 3670/04-3 od 24.10.2006.; VTSRH, Pž. 4205/04 od 19.12.2006.; VTSRH, Pž. 1480/04-3 od 26.2.2007.; VSRH, Rev. 636/2006-2 od 11.7.2007.; VSRH, Rev. 1000/06-2 od 11.7.2007.; VTSRH, Pž. 7102/2003 od 19.9.2007.; VTSRH, Pž. 5191/04-4 od 4.10.2007.; VSRH, Gzz. 19/2004-2 od 25.2.2008.; VSRH, Rev. 96/2008-2 od 14.10.2008.; VSRH, Rev. 499/2008-2 od 18.2.2009.

¹²⁶ Više kod *Baretić* 2009, 244.

¹²⁷ Tako je već Memorandum o pravnoj zaštiti potrošača, Suppl. 2/85 Bull. Commun. EUR. Luxembourg, 1985., poticao usvajanje mjera koje imaju za cilj: i) pojednostavljenje i pojeftinjenje postupka rješavanja potrošačkih sporova; ii) proširenje kruga osoba procesno legitimiranih za pokretanje postupaka za zaštitu zajedničkih interesa potrošača; iii) osiguranje alternative dugotrajnim i skupim sudskim postupcima ustanovljavanjem izvansudskih foruma koji će potrošačke sporove rješavati brže i bez velikih troškova; iv) uspostava učinkovite mreže javnih ili privatnih savjetodavnih tijela sa svrhom zaštite kolektivnih interesa potrošača, odnosno jačanja institucionalnog okvira zaštite potrošača. Vidi kod *Tomljenović* 2005, 439.

¹²⁸ Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes, OJ L115 [1998], str. 31.; Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (Text with EEA relevance) (notified under document number C(2001) 1016), OJ L 109, 19.4.2001., str. 56.

¹²⁹ Prema čl. 130. ZZZP-a „u slučaju spora između potrošača i trgovca, može se podnijeti prijava Sudu časti Hrvatske gospodarske komore, Sudu časti Hrvatske obrtničke komore ili prijedlog za mirenje centru za mirenje.“ Iz te odredbe se u Nacionalnom programu zaštite potrošača za razdoblje 2009.-2012., NN br. 30/10. tumači da se prijedlog za mirenje može podnijeti i Centru za mirenje Hrvatske udruge poslodavaca. Detaljnije kod *Tepeš* 2009, 171.

ugovornim odredbama.¹³⁰ No, dok je pred spomenutim tijelima riješen određeni broj potrošačkih sporova,¹³¹ dotle je sustav zaštite kolektivnih interesa potrošača donedavno bio neiskorišten.¹³² Odredbe čl. 131.-141b. ZZZP-a usuglašene su sa Direktivom 98/27/EZ o sudskim nalozima za zaštitu interesa potrošača, koja uređuje postupak koji se pokreće tužbom kvalificiranih tijela odgovornih za zaštitu kolektivnih interesa potrošača pred sudom ili upravnim tijelom radi zabrane odnosno prestanka nedozvoljenog postupanja ili radnje odnosno povreda prava potrošača zajamčenih pojedinim direktivama odnosno s njima usklađenim nacionalnim zakonodavstvom.¹³³ Budući da je Direktiva 98/27/EZ opozvana i kodificirana Direktivom 2009/22/EZ o sudskim i upravnim zabranama za zaštitu interesa potrošača,¹³⁴ spomenute će odredbe sljedećim izmjenama i dopunama ZZZP-a eventualno biti usklađivane.¹³⁵ Prvi primjer tužbe za zaštitu kolektivnih interesa potrošača predstavlja tužba koju je u rujnu 2011. Udruga Franak podnijela Trgovačkome sudu u Zagrebu protiv sedam poslovnih banaka. Iako je tužba odbačena zbog nedostatka aktivne legitimacije, ona ukazuje na jačanje svijesti potrošača glede zaštite njihovih prava.¹³⁶ Zaštita potrošača zajamčena je i daljnjim odredbama ZZZP-a, a posebice prekršajnom odgovornosti kao javnopravnom sankcijom (čl. 144.-147.).¹³⁷ Odredba čl. 142. ZZZP-a propisuje da nadzor nad provođenjem

¹³⁰ Presuda Suda časti Hrvatske gospodarske komore, broj: P-I-50/10 od 25. ožujka 2011. Presuda je nakon uložene žalbe prijavljena, potvrđena Presudom broj: PZ-II-13/11 od 7. listopada 2011.

¹³¹ 2007. g. Sud časti HGK-a zaprima 137 prijava potrošača i 39 žalbi na prvostupajnske odluke, a 2008. g. 127 prijava od čega je 89 riješeno. Sud časti HOK-a je u 2007. g. radio na ukupno 166 predmeta od čega je riješen 101. U 2008. g. Sud časti HOK-a radio je na ukupno 216 predmeta, od čega je riješen 141. Vidi Nacionalni program zaštite potrošača za razdoblje 2009.-2012., NN br. 30/10.

¹³² Zaštita kolektivnih interesa potrošača mogla se je postići i putem nekih od odredaba postupovnog prava, kao npr. odredbe o spajanju postupka iz čl. 313., odredaba čl. 196.-203. o suparničarima, odredbe čl. 188. o objektivnoj kumulaciji tužbenih zahtjeva Zakona o parničnom postupku 53/91., 91/92., 58/93., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 02/07., 84/08., 96/08., 123/08., 57/11., 148/11. Izimjenama i dopunama Zakona NN br. 57/11. daljnjim usklađivanjem uvedene su odredbe o tužbi i postupku za zaštitu kolektivnih interesa i prava koje stupaju na snagu danom prijama RH u EU, a koje se neće primjenjivati u slučajevima za koje je posebnim zakonom za postupak u povodu spomenute tužbe predviđeno nešto drugo.

¹³³ ZZZP iz 2003. g. uvodi institut udružne tužbe. Više kod *Dika* 2003, 37.

¹³⁴ Direktiva 2009/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23.4.2009. o sudskim i upravnim zabranama za zaštitu interesa potrošača, OJ 2009 L 110/30.

¹³⁵ Čl. 2. Direktive 2009/22/EZ određuje predmet takvog tužbenog zahtjeva kojim se: traži prestanak ili zabrana povreda potrošačevih prava; objavljivanje odluke, u cijelosti ili djelomično, radi uklanjanja produženog djelovanja povrede; kada to dopušta pravo države članice, donošenje rješenja protiv tuženika koji je izgubio spor, ali ne udovoljava presudi u određenom roku, kojim ga se obvezuje da plati u javne svrhe ili korisniku određenom nacionalnim propisima utvrđeni iznos za svaki dan zakašnjenja ili drugi iznos predviđen nacionalnim propisima, radi osiguranja poštivanja presuda. Treba napomenuti kako prevođenje eng. pojma „*action for injunctions*“ predstavlja osobiti problem zbog odstupanja samog naziva od sadržaja ove vrste tužbe, pa u pravnoj literaturi kao i službenim prijevodima Direktive 98/27/EZ i Direktive 2009/22/EZ postoje velika odstupanja i razlike u prijevodu relevantnih naziva.

¹³⁶ Prema Uredbi o određivanju osoba ovlaštenih za pokretanje postupka radi zaštite kolektivnih interesa potrošača, NN RH br. 124/09., postupak pred nadležnim trgovačkim sudom radi zaštite kolektivnih interesa potrošača mogu pokrenuti: Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva; Ministarstvo zdravstva i socijalne skrbi; Državni inspektorat; Agencija za elektroničke medije; Pravobranitelj za djecu; „Potrošač“ Hrvatski savez udruga za zaštitu potrošača; Savez udruga za zaštitu potrošača Hrvatske. No, Udruga Franak je sklopila ugovor o suradnji s Hrvatskim savezom udruga za zaštitu potrošača „Potrošač“, koji će u ime Udruge Franak podići kolektivnu tužbu. Tužba se temelji na više zahtijeva, a između ostalog se zahtijeva utvrđenje nepoštenom i ništetnom ugovorne odredbe o referentnoj vrijednosti za promjenu kamatne stope, „jer prema ugovorenim uvjetima kamatu mijenjaju banke svojim odlukama bez unaprijed utvrđenih kriterija“. Detaljnije na <http://udrugafanak.hr/index.php/component/k2/item/download/16> (15. veljače 2012.)

¹³⁷ Vidi Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 od 25.7.2006.; Prekršajni sud u Zagrebu XVII-G-12636-04 od 25.7.2006. Prije izmjena i dopuna ZZZP-a sa NN br. 79/09., koje su ukinule tu mogućnost, zaštita protiv nepoštenih ugovornih odredaba bila je zajamčena također prekršajnom odgovornosti. Nadležni inspektori ministarstava i Državnog inspektorata su bili ovlašteni kazniti novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 100.000,00 kuna pravne osobe koje koriste takve odredbe. Od ostalih odredaba treba istaći čl. 8. st. 1. ZZZP-a,

Zakona obavljaju nadležni inspektori ministarstava i Državnog inspektorata, u skladu s ovlastima utvrđenim zakonom.¹³⁸ Isto vrijedi i za ostale zakone kojima se štite prava potrošača. Tako primjerice, prema čl. 22. ZPK-a nadzor nad provođenjem odredaba tog Zakona provode nadležni inspektori Državnog inspektorata, ali iznimno od toga, nadzor nad vjerovnicima koji posluju temeljem odobrenja za rad odnosno za pružanje usluga izdanog od HNB-a, provodi sama HNB.¹³⁹ Nepoštivanje odredaba Zakona je zapriječeno i izricanjem visokih novčanih kazni u Glavi IX. Prekršajne odredbe.¹⁴⁰ Glede odredaba o zaštiti potrošača ZKI-a u čl. 309. je propisano pravo potrošača na prigovor i pravo izravnog nadzora HNB-a nad poslovanjem kreditnih institucija. Postupanje protivno spomenutim odredbama prema čl. 361. ZKI-a predstavlja lakše prekršaje kreditnih institucija. Unatoč prikazanim odredbama, zakonom zajamčena prava potrošača se učestalo krše, što se s jedne strane može pripisati nedostatnome nadzoru nadležnih institucija, a s druge strane inertnosti potrošača glede prijava povreda i glede zaštite njihovih prava.

5. ZAKLJUČAK

Pravo zaštite potrošača kao novo područje prava koje se u hrvatskome pravnome poretku razvija pod utjecajem obveze usklađivanja s europskim *acquis*-om u posljednjih desetak godina, ukazuje na prilično visok stupanj usklađenosti s pravnim aktima EU-a. Ipak, u procesu usklađivanja učinjeni su mnogobrojni propusti koji nisu doveli do „usuglašavanja“ odredaba o zaštiti potrošača iz različitih propisa. Nerijetko se je primjenjivala tehnika prevođenja i doslovnog prepisivanja teksta EU direktiva u pojedine zakone, bez uzimanja u obzir i usuglašavanja odredaba ostalih propisa do čije primjene može doći. Uzrok tome vjerojatno treba potražiti u značajnom opterećenju izazvanom vremenskim pritiskom potrebe što bržeg zatvaranja pregovora u velikome broju poglavlja, uključujući i poglavlje 28. Zaštita potrošača i zdravlja u okviru pristupnih pregovora RH s EU. Iz istih se razloga nije dosljedno provodila strategija usklađivanja propisa u području zaštite potrošača, što je rezultiralo time da se mnoge odredbe nalaze nesustavno i međusobno neusuglašeno uređene u brojnim propisima. Kao što je spomenuto u radu, hrvatsko pravo zaštite potrošača poznaje veći broj definicija potrošača, koje ga definiraju na različit i međusobno neusklađen način, umjesto prihvaćanja i upućivanja na jedinstvenu definiciju ZZZP-a kao općeg i temeljnog propisa o

koji omogućava potrošaču da podnese pisani prigovor trgovcu, a na kojeg je on dužan odgovoriti najkasnije u roku od 15 dana od njegova primitka. Također je potrebno spomenuti prvi slučaj zaštite potrošača utemeljen na odredbama ZZZP-a, naime slučaj „Ponikve“ glede javnih usluga, gdje je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja usvojila sljedeću Odluku UP/I 030-02/2004-01/66, NN br. 135/05. Vidi također odluku Upravnog suda RH, Us-4052/2004-7 od 21.2.2008.

¹³⁸ U skladu s čl. 122. ZZZP-a nositelji zaštite potrošača su: „Hrvatski sabor, Vlada Republike Hrvatske, ministarstvo nadležno za poslove zaštite potrošača, Državni inspektorat i druge nadležne inspekcije, Nacionalno vijeće za zaštitu potrošača, tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, Hrvatska gospodarska komora, Hrvatska obrtnička komora, Hrvatska udruga poslodavaca i ostala tijela javne vlasti svatko iz svoje nadležnosti za područje zaštite potrošača te udruge za zaštitu potrošača“.

¹³⁹ Prema čl. 23. st. 3. ZPK-a ukoliko zaprimi pritužbu potrošača u vezi s primjenom ZPK-a u kreditnim institucijama, kreditnim unijama odnosno institucijama za platni promet, Državni inspektorat će prosljediti primjedbu HNB-u na daljnje postupanje. Nadalje, prema čl. 23. st. 4. ZPK-a nadležna inspekcija ili drugo nadležno tijelo će rješenjem zabraniti vjerovniku sklapanje ugovora o kreditu do otklanjanja nezakonitosti ako utvrdi da ugovor o kreditu nije sklopljen u pisanom obliku ili nekom drugom trajnom mediju, da ugovor o kreditu ne sadrži sve dijelove propisane u ZPK-u, da vjerovnik izračunava EKS ili ukupne troškove kredita protivno odredbama ZPK-a, da ugovor o kreditu sadrži ugovorne odredbe protivno ZPK-a i na štetu potrošača, da oglas o potrošačkom kreditu ne sadrži informacije prema čl. 4. st. 2. ZPK-a, te da vjerovnik odobrava kredite protivno odredbama ZPK-a.

¹⁴⁰ Čl. 26. i 27. ZPK-a propisuju novčane kazne koje se kreću od najmanje 5.000,00 do najviše 200.000,00 kuna za prekršaje.

zaštiti potrošača. Odredbe o zaštiti potrošača nalaze se raštrkano uređene u ZZP-u, ZOO-u, pojedinim posebnijim zakonima poput ZPK-a, Zakonu o općoj sigurnosti proizvoda i mnogim drugima, te čitavom nizu zakona koji primarno uređuju druge sadržaje, poput ZKI-a, ZL-a i sl. Time su u konačnici narušeni i pozitivni rezultati i naponi učinjeni prilikom usklađivanja sa pravnom stečevinom EU-a u području zaštite potrošača. Povrh toga, ne treba izgubiti iz vida pojedine u radu istaknute nedostatke usklađivanja učinjene propustom preuzimanja ili pogrešnim preuzimanjem odredaba EU potrošačkih direktiva u važeće zakone. Kako bi se izbjegle posljedice poput odgovornosti države za štetu nastale osobama zbog manjkavog preuzimanja odredaba direktiva u hrvatsko pravo, nedostatke je potrebno što je prije moguće otkloniti izmjenama i dopunama spomenutih propisa. Isto se odnosi i na način tumačenja i primjene zakonskih odredaba hrvatskoga prava zaštite potrošača koje preuzimaju europski *acquis*. Iste je potrebno tumačiti i primjenjivati uzimajući u obzir relevantnu praksu ESP-a odnosno Suda EU-a koji svojim presudama tumači u hrvatsko pravo preuzete odredbe potrošačkih direktiva. Problem će u praksi nedvojbeno predstavljati propust zakonodavca da primjenjivačima prava ukaže koje su odredbe iz kojih akata pravne stečevine EU-a preuzete kojim odredbama važećih zakona, kao i na s njima povezanu sudsku praksu. Iako novije direktive zahtijevaju izradu i objavu tablica ekvivalentnih odredaba, isto je potrebno učiniti i glede već usklađenog prava čije se europsko podrijetlo u primjeni u praksi uglavnom ne prepoznaje. Također, što iz razloga manjkavoga zakonskoga okvira, što zbog nedostatnog nadzora nad primjenom istoga, postoje značajni problemi glede zaštite prava potrošača u praksi. Iako postojeće odredbe prava zaštite potrošača pružaju visoki stupanj zaštite, postupovni i drugi instrumenti u praksi ostaju nedovoljno ili u potpunosti neiskorišteni, što omogućava nesankcionirano kršenje zakonskih odredaba. Zaključno je potrebno napomenuti kako bi reforma zakonskog okvira mogla značajno utjecati i na jačanje provedbe zaštite prava potrošača. Usuglašavanjem za pravo zaštite potrošača relevantnih odredaba zakona i podzakonskih akata, te njihovim sustavnim i preglednim uređenjem *de lege ferenda* potrebno je postići „usklađivanje“ u pravome smislu te riječi.

LITERATURA

1. Bar, C. von & Clive, E. & Schulte-Nölke, H. & Beale, H. & Herre, J. & Huet, J. & Storme, M. & Swann, S. & Varul, P. & Veneziano, A. & Zoll, F. (2009). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Munich.
2. Baretić, M. (2003). Implementacija prava Europske zajednice o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo. Pravo u gospodarstvu, Zbornik XLI. susreta pravnika 42:4, 223-259.
3. Baretić, M. Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu, u: Tomljenović, V. & Čulinović–Herc, E. & Butorac Malnar, V. (ur.) (2009). Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području: Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova. Rijeka, 241-285.
4. Baretić, M. Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima, u: Dika, M. & Pogarčić, Z. (ur.) (2003). Obveze trgovca u sustavu zaštite potrošača. Zagreb, 55-94.
5. Baretić, M. (2002). Zaštita potrošača–novina u našem pravnom sustavu. Pravo u gospodarstvu 41:4, 295-307.
6. Bevanda, M. (2003). Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda. Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 24:1, 277-306.
7. Brčić Stipčević, V. Iskustva u primjeni Zakona o zaštiti potrošača–je li potrošač dovoljno zaštićen? u: Tomljenović, V. & Čulinović–Herc, E. (ur.) (2005). Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu. Rijeka, 67-77.
8. Čadjenović, Z. & Čikara, E. & Dabović Anastasovska, J. & Dollani, N. & Gavrilović, N. & Karanikić Mirić, M. & Meškić, Z. & Zdraveva, N. Direktiva o prodaji robe široke potrošnje (99/44) u: Jessel-Holst, C. & Galev, G. (ur.) (2010). EU Consumer Contract Law/Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije, Civil Law Forum for South East Europe-Collection of studies and analyses. Beograd-Zagreb, vol. III, 686-716.
9. Čadjenović, Z. & Čikara, E. & Dabović Anastasovska, J. & Dollani, N. & Gavrilović, N. & Karanikić Mirić, M. & Meškić, Z. & Zdraveva, N. Direktiva o prodaji van poslovnih prostorija (85/577) u: Jessel-Holst, C. & Galev, G. (ur.) (2010). EU Consumer Contract Law/Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije, Civil Law Forum for South East Europe-Collection of studies and analyses. Beograd-Zagreb, vol. III, 610-625.
10. Čadjenović, Z. & Čikara, E. & Dabović Anastasovska, J. & Dollani, N. & Gavrilović, N. & Karanikić Mirić, M. & Meškić, Z. & Zdraveva, N. Direktiva o ugovorima na daljinu (97/7), u: Jessel-Holst, C. & Galev, G. (ur.) (2010). EU Consumer Contract Law/Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije, Civil Law Forum for South East Europe-Collection of studies and analyses. Beograd-Zagreb, vol. III, 655-684.
11. Čikara, E. (2007). Die Angleichung des Verbraucherschutzrechts in der Europäischen Gemeinschaft: Unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzrechtes in der Republik Kroatien. Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 28:2, 1067-1112.
12. Čikara, E. (2010). Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien. Berlin-Münster-Wien-Zürich-London.
13. Čikara, E. Hrvatska – zakonodavne tehnike, u: Jessel-Holst, C. & Galev, G. (ur.) (2010). EU Consumer Contract Law/Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije, Civil Law Forum for South East Europe-Collection of studies and analyses. Beograd-Zagreb, vol. III, 592-595.
14. Čikara, E. (2009). Nova Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu. Pravo i porezi 18:9, 88-96.
15. Čikara, E. (2008). Novosti u razvoju europskog prava zaštite potrošača: Osvrt na Zelenu knjigu o reviziji pravne stečevine na području zaštite potrošača Europske zajednice. Hrvatska pravna revija 8:1, 60-71.
16. Čikara, E. Otvorena pitanja potrošačkog kreditiranja u hrvatskome pravu, u: Barbić, J. & Giunio, M. (ur.) (2010). Zbornik 48. Susreta pravnika - Opatija '10. Zagreb, 305-335.
17. Čulinović–Herc, E. & Dimitrić, M. (2006). Način obračuna kamatne stope potrošačkog zajma – otvorena pitanja hrvatskog prava i financijske prakse. Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 27:1, 57-86.
18. Čapeta, T. (2002). Zaštita potrošača–pravni aspekti. Dostupno na: <http://www.mvpei.hr/ei/download/2002/09/05/Zastita%20potrosaca.pdf> [30.4.2012].
19. Dika, M. (2003). Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača. Hrvatska pravna revija 3:10, 37-43.
20. Josipović, T. Das Konsumentenschutzgesetz – Beginn der Europäisierung des kroatischen Vertragsrechts, u: Grundmann, S. & Schauer, M. (ur.) (2006). The Architecture of European Codes and Contract Law. Beč, 129-151.
21. Josipović, T. (2010). Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva, u: Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference, Cavtat. Beograd, vol. I, 206-222.
22. Josipović, T. (2005). Načela europskog prava u presudama Suda Europske zajednice. Zagreb.
23. Josipović, T. Rekodifizierung des Privatrechts in Kroatien, u: Blaho, P. & Svidron, J. (ur.) (2005). Kodifikation, Europäisierung und Harmonisierung des Privatrechts. Bratislava, 209-237.
24. Ledić, D. Pravo zaštite potrošača – nova grana hrvatskog prava, u: Tomljenović, V. & Čulinović–Herc, E. (ur.) (2005). Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu. Rijeka, 1-35.

25. Ledić, D. (1992). Pravo zaštite potrošača – zasebna grana novog pravnog sustava Hrvatske. Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 13, 145-169.
26. Mišćenić, E. (2011). Povezani ugovori o kreditu. Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci 32:1, 155-189.
27. Mišćenić, E. Unfair Contract Terms in the Contract Law of the Republic of Croatia, u: Dollani, N. & Jessel-Holst, C. & Josipović, T. (2012). Civil Law Forum for South East Europe (u postupku objavljivanja).
28. Petrić, S. (2006). Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obveznim odnosima. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 27:1, 87-128.
29. Pošćić, A. A New Consumer Rights Directive - Reinforcing or Restating Consumer Rights? u: Bodiroga Vukobrat, N. & Sander, G. G. & Barić, S. (ur.) (2012). Invisible minorities. Hamburg (u postupku objavljivanja).
30. Pošćić, A. Novi pristup u regulaciji prava zaštite potrošača s posebnim osvrtom na Direktivu 2005/29/EZ o nepoštenim poslovnim praksama, u: Bodiroga Vukobrat, N. & Barić, S. (ur.) (2008). Socijalno odgovorno gospodarstvo, ekonomski i etički aspekti. Hamburg, 139-165.
31. Pošćić, A. (2004). Zaštita potrošača u hrvatskom pravu—dobar ili loš primjer zakonodavstva. Pravo i Porezi 13:9, 81-85.
32. Sander, G. & Vukas, B. Kroatiens steiniger Weg in die Europäische Union, u: Bodiroga Vukobrat, N. & Sander, G. G. (ur.) (2005). Die Europäische Union und Südosteuropa, Herausforderungen und Chancen. Hamburg, 145-165.
33. Senden, L. Implementing EU Law: Requirements, Pitfalls and Challenges for National Authorities, u: Tomljenović, V. & Čulinović–Herc, E. & Butorac Malnar, V. (ur.) (2009). Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području: Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova. Rijeka, 3-28.
34. Šarčević, S. & Mišćenić, E. Uporaba europskoga ili nacionalnoga nazivlja pri preuzimanju direktiva EU-a u hrvatsko zakonodavstvo, u: Bratanić, M. (ur.) (2011). Hrvatski jezik na putu u EU. Zagreb, 113-131.
35. Tepeš, N. Izvansudsko rješavanje potrošačkih sporova u Hrvatskoj, u: Tomljenović, V. & Čulinović–Herc, E. & Butorac Malnar, V. (ur.) (2009). Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosuđnom području: Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova. Rijeka, 171-200.
36. Tomljenović, V. Procesnopravni aspekti zaštite potrošačkih odnosa s međunarodnim obilježjem, u: Tomljenović, V. & Čulinović–Herc, E. (ur.) (2005). Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu. Rijeka, 439-485.

Summary

THE HARMONIZATION OF CONSUMER PROTECTION LAW WITH EUROPEAN LAW IN THE REPUBLIC OF CROATIA

The law of consumer protection began to develop intensively with the signing of the Stabilisation and Association Agreement between the Republic of Croatia and the European Communities and their Member States. Through complying with the SAA agreed obligations on harmonization of Croatian legislation with the European acquis, a high level of normative approximation to the EU legal acts has been achieved in the course of the past ten years. Croatian legal provisions on the consumer protection that transpose European acquis are regulated in the Consumer Protection Act, the Civil Obligations Act, the Consumer Credit Act, the General Product Safety Act and numerous other documents. Aligned provisions on consumer protection need to be interpreted and applied by taking into account relevant case law of the ECJ i.e. Court of Justice of the European Union, that interprets provisions of EU consumer protection directives. Numerous legal sources and the rapid development of consumer protection law at the European level sets high demands on legal practitioners in the sense of knowledge and application of national and European consumer protection law. Therefore the goal of this article is to present the key de lege lata solutions and to announce de lege ferenda development in order to comply with the obligation of harmonization in the field of consumer protection.

Key words: *consumer protection, Consumer Protection Act, Civil Obligations Act, Consumer Credit Act, Directive 2011/83/EU.*

RADOVI

PRAVNE OSOBE U ISLAMSKOM PRAVU

Autor u ovom radu ukazuje na problematiku postojanja pravnih osoba u islamskom pravu, pravu nedovoljno poznatom u našoj pravnoj literaturi. Za razliku od pravnih normi kontinentalnog pravnog kruga i pravnih normi koje proizvodi common law, islamsko pravo kao vjersko-etičko-pravni sustav na mnoga pitanja gleda drugačije. Autor razlaže dva stava, jedan (klasični) koji daje argumentaciju koja govori o nepostojanju pravnih osoba u islamskom pravu, a koji podupire i jedan od najvećih orijentalista i pravnika svih vremena Joseph Schacht, te drugi (suvremeni) koji postojanje pravnih osoba u islamskom pravu prepoznaje već i u nekim drevnim institutima i pravnim mogućnostima. Autor se priklanja potonjem stavu uvjeren da je ovdje dinamički pogled na pravo ispravan jer svoje ostvarenje kreira u novim društvenim, pravnim i političkim okolnostima te pronalazi rješenja koja su primjerena suvremenim događanjima. To nipošto ne znači da su suvremeni orijentalisti „izmislili“ novu pravnu egzistenciju, već zapravo znači, da su ju potaknuti suvremenim potrebama bolje tražili u starim izvorima.

Ključne riječi: pravne osobe, islamsko pravo, religijski pravni sustav.

1. UVOD

Zatvoreni u svoje kontinentalne i anglo-američke pravne svjetove i njihovu eventualnu fuziju, tek u rijetkim trenucima postajemo svjesni da postoje i neki drugi koji žive jedan često drugačiji pravni život od onoga na koji smo navikli i koji smo dobili kroz pravnu edukaciju i svakodnevno bavljenje pravom. Na pisanje ovog članka su me potakle dvije činjenice, prva koja je vezana uz moje formalno obrazovanje-pisanje magisterija i doktorske disertacije na temu kaznene odgovornosti pravnih osoba i teorijskim konstruktima koji opravdavaju njeno postojanje i druga koja predstavlja moj interes vezan uz izučavanje prava i religije, odnosno svih onih aspekata koje religijski pravni sustavi i religijske norme proizvode prema pravnim normama i sustavu pozitivnog prava. Islamsko (Šerijatsko شريعة) pravo nedovoljno je poznato kontinentalnim pravniciima u svim svojim segmentima. Najopćenitije možemo reći da je Islamsko pravo skup pravnih pravila vjerskog karaktera koja svoje uporište imaju u svetoj knjizi muslimana Kur'anu (القرآن) i Suni (سنة) koja se odnosi na kazivanja i ponašanja proroka Muhameda koja su zapisana u haditima (حدیث) i vjerskim tekstovima koji su proizašli iz učenja vjerskih učitelja ulema (عالم) koji su čuvari i tumači islamskog pravovjerja. Haditi su tekstovi važni za islamske pravne škole i kroz njih ulema (عالم) i fakih (فقيه) daju svoja tumačenja Islama. Svako učenje o nekom pravnom sustavu i pravnoj kulturi trebalo bi početi

* Dr.sc. Vanja-Ivan Savić, viši asistent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

tumačenjem nekoliko stožernih pojmova i izlaganjem strukturalnih temelja kako bi se određeno pravo i pravna znanost mogli smjestiti u kontekst cjelovitosti sustava a i u kontekst i odnos prema drugim pravnim sustavima i kulturama. Ono što se na početku svakog izučavanja o pravu mora ponuditi jest učenje o izvorima prava, o pravnim subjektima i pravnoj sistematizaciji kroz sustavne jedinice pravnog sustava. Iako sam donekle spomenuo i izvore u prvih par rečenica učinio sam to samo na onoj razini koja je minimalno potrebna da se razumije osnovu onoga iz čega Islamsko pravo izvire. Ono apsolutno zaslužuje obimnu analizu i prezentaciju koja će nadam se biti predmetom nekih drugih znanstvenih prikaza. Valja ovdje istaći također da Islamsko pravo nije jedinstven pravni sustav već da postoje pravne škole koje razvijaju svoja učenja. Iako se u mnogočemu razlikuju u učenjima, često su u svojim rješenjima slična. Svaka od pojedinih škola nudi rješenja za mnoga područja društvenog djelovanja. Škole o kojima je ovdje riječ su prije svega četiri velike glavne pravne škole i to malkitska (مالكي), hanafitska (حنفي), šafiitska (شافعي) i hanbalitska (حننبلية), a šijiti pak svoje učenje temelje na učenju koje je uobličio sedmi imam Džafer al-Sadik.¹ Svaka od ovih škola nudi svoja promišljanja o tome što jest Islamsko pravo i kako bi trebalo rješavati pojedine probleme s kojima se muslimanski vjernici susreću u praksi. Ne radi se dakle samo o vjerskim pravnim propisima u užem smislu, dakle onima teološke naravi, već i o pitanjima iz svakodnevnog života, a koja bi trebala biti i jesu regulirana Islamom.²

2. JOSEPH SCHACHT I SUKOB SA NJEGOVI UČENJEM O (NE)POSTOJANJU PRAVNE OSOBE U ISLAMSKOM PRAVU

Staro klasično učenje Islamskog prava na Zapadu, učenje koje je zabilježio i oblikovao Joseph Schacht³, jest da pravna osoba u Islamskom pravu ne postoji: i to ne da nema neku vrstu pravne sposobnosti, pa ipak egzistira; već da ne postoji. U svom znamenitom djelu u poglavlju „Osobe“ (Persons) Schacht jasno navodi da Islamsko pravo ne poznaje pravne ili jurističke osobe, pa tako daje primjere da čak i javna institucija poput javne blagajne nije formirana kao pravna osoba (on ovdje koristi riječ institucija), već kaže da je vlasnik blagajne muslimanski narod odnosno zajednica kao skup individua odnosno fizičkih osoba.⁴ Ovdje je sasvim jasno da Schacht egzistenciju pravne osobe veže uz institut vlasništva ali posredno i upravljanja, jer hoće reći da pravne osobe, kako ih mi poznajemo u zapadnoj civilizaciji egzistiraju upravo zato što se može odrediti onaj koji ima (posjeduje) i onaj koji zbog toga

¹ Paul Lunde, Islam, vjera, kultura, povijest, Znanje, Zagreb, 2002., str. 35.

² Kada govorimo o pitanjima koja rješavaju pojedine pravne škole važno je naglasiti da zapravo sva pitanja s kojima se vjernik susreće, a to se može primijeniti i na pripadnike drugih religija i učenja škola i/ili kanona koji oni slijede, su na neki način vjerska i moralna. Jer vjernik (ovdje muslimanski), ako živi po Božjem zakonu, onda živi po njemu u svim segmentima svog života i u njemu traži odgovore na pitanja koja mu daju oni koji imaju znaju-ranije spomenuti uleme. Dakle u religijskim pravnim sustavima trebalo bi zaključiti da su sve pravne norme vjerske naravi ali ne samo zato što su u čisto formalnom smislu one koje izvire iz vjerskog teksta, nego su one to zato što je svako ljudsko pitanje zapravo pitanje koje je povezano i s promišljanjem o tome što Bog želi od čovjeka u konkretnoj situaciji koja se rješava; npr. pitanju sklapanja braka ili zaračunavanju kamata.

³ Joseph Schacht (1902.-1969.) je neizostavno ime u pravnoj znanosti Islamskog prava. Bio je svakako jedan od najzauzetijih pravnika na području širenja znanja o islamskom pravu u zemljama zapadne civilizacije gdje je ono bilo i još uvijek jest nedovoljno poznato. Joseph Schacht je vjerojatno najzaslužniji neislamski pravni znanstvenik i pripadnik akademskog kruga. Među najpoznatijim djelima svakako su mu *The Origins of Muhammadan Jurisprudence* (1950) i *An Introduction to Islamic Law* (1964), koji do danas ostaju nezaobilazno štivo svima koji počinju s islamskim pravom. Sjajan prikaz života Josepha Schachta, poljskog Nijemca rimokatoličke vjere koji je u jeku rata ostao jedan od malobrojnih Nijemaca na Britanskom tlu, dala je pokojna Jeanette Wakin u svom djelu *Jeanette Wakin, Remembering Joseph Schacht (1902-1969)*, Islamic Legal Studies Program, Occasional Publications No. 4, Harvard Law School, Cambridge, MA, January 2003.

⁴ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1982., str. 124.-127.

vlada odnosno upravlja. Ono što u pravno-moralnom aspektu postaje važno jest sagledati stav da je (prema Schachtu) moralni princip da je čovjek fizička osoba jedina koja je u stanju manifestirati volju. Ako pak neka ljudska tvorevina djeluje, ne djeluje ona već to čini fizička osoba u toj pravnoj osobi. Eventualno se to djelovanje događa u ime skupine pri čemu onaj koji obavlja radnju ne predstavlja sve, već ima mandat svijui da nešto obavi u ime svakoga pojedinačno i za svakoga pojedinačno. Ono što se postavlja kao dobar primjer je primjer waqfa (وقف) ili habsa (الأحد باس) odnosno zaklade u korist nekih. Ovdje Schacht opet navodi da vlasništvo koje se uspostavlja za korisnika mora služiti svojoj svrsi, odnosno služiti pomaganju nekoga u skladu s duhom Islama, pri čemu zapravo ne kazuje jasno tko bi se imao smatrati vlasnikom imovine koja je primjerice predmet zaklade.⁵ Ono što Schacht kao glavno navodi su pojmovi sposobnosti i odgovornosti (*capacity and responsibility*) koji su jedni od temeljnih pojmova koje izučava teorija prava, pa tako i ona religijska. Iz ovoga se vidi da Schacht ove pojmove dovodi u vezu isključivo s fizičkim osobama i njihovom poslovnom sposobnošću te pravnom odgovornošću koja je bitna za kasnije shvaćanje nekih njegovih openenata. On je kategoričan i tvrdi: „*Islamic law does not recognize juristic persons; not even the public treasury (bayt al-mal) is construed as an institution, its owner is the Muslim Community, i.e. the sum total of individual Muslims.*“⁶ Iako dolazi od iznimno uglednog orijenatlista, ovaj stav je kasnije više puta jako kritiziran od mnogih uglednih poznavatelja šerijatskog prava, a napose u članku Mahdija Zahre, predavača na Glasgow Caledonian University koji u svom tekstu „*Legal Personality in Islamic Law*“ pokušava dokazati da pravna osoba u Islamskom pravu postoji, ali da se do njezine egzistencije dolazi drugim putem, drugim riječima upotrebom povijesne (historijske) interpretacije kroz prizmu funkcionalnosti i potreba današnjeg društva i suvremenog života.⁷ Iako je glavni dio članka koji Zahraa piše posvećen fizičkim osobama, veliki dio je ipak posvećen i onima pravnima za koje i sam Zahraa priznaje da iako smatra da postoje, o pojmu pravne osobe nije izričito pisano u klasičnom islamskom pravu.⁸ Tekst Mahmooda M. Sanusija, suvremenog malezijskog profesora prava pak upućuje na to da egzistencija pravne osobe u islamskom pravu uopće nije upitna.⁹ Od kuda ovakvo razilaženje? Nema sumnje da su suvremeni način života, a napose suvremeno poslovanje doveli do potrebe za pravnim određenjem udruženja koje se bave gospodarskom (ekonomskom) djelatnošću i koje uvjetno možemo nazvati poduzećima.¹⁰ Razumljivo je da su teoretičari islamskog prava s obzirom na nove uvjete morali uložiti napor kako bi pronašli logiku u duhu šerijata koja bi dozvoljavala postojanje pravnih osoba. Joseph Schacht ovoj problematici pristupa na klasičan način i doslovno tumači pravna pravila interpretacijom čije bi posljedice u vremenima u kojima se za njih zalagao bile manje on onih koje bi to bile danas. Ako prihvatimo logiku da „nad svim oblicima života muslimana, javnim i privatnim, u teoriji vlada božansko pravo“¹¹, to zapravo znači da islamsko pravo daje odgovor na sva pitanja, pa i ona koja su vezana uz suvremeni

⁵ Ibid., str. 125.-126.

⁶ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1982., str. 125.

⁷ Mahdi Zahraa, *Legal Personality in Islamic Law*, *Arab Law Quarterly*, Vol. 10, No.3 (1995), str. 193.-206.

⁸ Ibid., str. 202.

⁹ Mahmood M Sanusi, *The concept of artificial legal entity and limited liability in islamic law*, *Critical Issues on Islamic banking, finance and takaful*, Art. 10., www.docssse.com/view.php?id=888952, a iz: str. 188.-203., *The Malayan Law Journal*, 2009, No. 3.

¹⁰ Mada valja napomenuti da kada govorimo o pravnim osobama i pitanju postoje li one ili ne, moramo se pozabaviti i konstruktima kao što je to spomenuta *bayt al-mal*, a arapskog doslovno prevedeno-kuća novca koja ili waqf koji su također vrste institucija; prva kao mjesto gdje se ubire porez i druga kao humanitarna zaklada. Upravo na primjeru ovih instituta Schacht dokazuje da pravne osobe čak i kod ovakvih instituta ne postoje jer se radi o apstraktnim formama koje posjeduju cjelokupna islamska zajednica. Odnos u waqfu je odnos uspostavljen između fizičkih osoba, prije svega osnivača i beneficijara, ali se ovdje prema Schachtu radi o odnosu ali ne o pravnoj osobi.

¹¹ Lunde, op.cit., bilj. 1., str. 35.

gospodarski život i poslovne organizacije. Lunde spominje da je „usprkos sveobuhvatnoj naravi šerijata, on omeđen svojim izvorima, pa mnoga pitanja uopće ne spominje.“¹² Da bi pomirili ove dvije teze (a moguće je ih je pomiriti), islamski pravници pristupaju interpretaciji, naravno onoj logičkoj ali isto tako i objektivno-dinamičkom tumačenju pravnih normi, koja, pojednostavljeno, daje mogućnost tumačenja značenja koje pojedini pojmovi imaju u času tumačenja pravnih pravila.¹³ Isto tako, a obzirom da se kod objektivno-dinamičkog tumačenja pravnog pravila traži pronalaženje novog značenja i smisla pojmova koji su od prije postojali, na nju se nadovezuje logička figura *a simili ad similem* koja traži nadopunjavanje smisla pravne norme drugim izvorima koji mogu pokriti nedostatak izvora i dati cjelovito značenje, a sve u duhu šerijatskog prava koje mora djelovati kao cjelina. Da bi premostili nedostatak direktnih i doslovnih izvora o postojanju pravnih pravila većina suvremenih autora smatra da se koncept egzistencije pravne osobe može izvući iz koncepta dhimma (ذمي)¹⁴, a koji je povezan s institutom pravne sposobnosti. Da pravna osoba u islamskom pravu postoji govore i Murat Çizakça, tursko-malezijski profesor islamskih financija, koji se između ostalog poziva i na ovdje spomenutog Sanusija, s kojim je suglasan i poznati Mustapha Zarqa sirijski profesor prava koji pripada hanafijskoj školi.¹⁵ Proučavajući turske ekonomske institucije, čije su nastajanje i razvoj bili pod utjecajem europskih kontinentalnih pravnih sustava uvidio sam prožimanje islamske kulture i zapadnoeuropske tradicije¹⁶, pa se i ovdje mogu prepoznati preteče suvremenim pravnim osobama koje danas poznajemo.

3. DHIMMA (ذمي)

Da bi objasnili postojanje pravne osobe u islamskom pravu (ako se za nju odlučimo) potrebno je objasniti što je to *dhimma*. Svi autori na koje sam naišao ovaj institut smatraju nezaobilaznim u postupku objašnjavanja njezine egzistencije. Najkraće rečeno pod dhimmom se u islamskom pravu smatra zamišljen prostor¹⁷ koji zapravo znači mjesto gdje se sakupljaju prava i obveze u njihovoj sveukupnosti i to ne sveukupnosti u kvantitativnom, već kvalitativnom smislu. To je mjesto koje je u stanju primiti sve ono na što pravni subjekt ima pravo ili će tek imati, sve ono što treba izvršiti (ispuniti) i ono što će trebati ispuniti.¹⁸ Iz ovoga se naravno može logički zaključiti da su se u dhimmi nalazile (ili se još uvijek nalaze) prava i obveze koje su postojale i ranije kod pojedinih pravnih subjekata. Dhimma je zapravo trajan medij u kojem se ostvaruju prava i obveze. U povijesti islamskog prava smatralo se da samo fizičke osobe imaju dhimmu, a o pravnim osobama se nije puno ni raspravljalo jer se smatralo da ne postoje. Nije do kraja jasno je li dhimmu treba smatrati akvizitorskim elementom pravnog subjekta ili je ona zapravo egzistencija (pravna) pravnog subjekta samog

¹² Ibid., str. 37.

¹³ Za više o interpretaciji pravnih pravila v. Berislav Perić, Država i pravni sustav, Informator, Zagreb, 1994., pretpisak 2009., str. 183. et seq.

¹⁴ Ovo se ne smije miješati s pojmom dhimmi koji označava sve ne-muslimane, dakle kršćane, židove itd. Valjalo bi istražiti koliko ove dvije riječi etimološki imaju isto ili slično značenje jer dhimma u kontekstu pisanja o pravnim osobama ima značenje mjesta u kojem se skupljaju prava i obveze. U kontekstu dhimmi može se govoriti o narodu koji pripada dhimmi; radi se o onome koji ima određena prava i obveze ali nije musliman.

¹⁵ Murat Çizakça, Long term causes of decline of the Ottoman Islamic economics, u Religioni e Istituzioni Religiose Nell'Economia Europea 1000-1800, Fondazione, Istituto Internazionale di Storia Economica „F. Datini“, Prato, Firenze University Press, 2012., str. 368.

¹⁶ Ibid., str. 361. Primjerice, u otomanskom carstvu su postojala udruženja obrtnika nalik na one u zapadnoj Europi, Wael B. Hallaq, An Introduction to Islamic Law, Cambridge University Press, Cambridge, UK., 2009., str. 58.

¹⁷ Ovo se može shvatiti kao ploču na koju je moguće upisivati i brisati podatke kada oni prestanu biti relevantni., op.a.

¹⁸ Usp. Zahraa, op.cit., bilj. 7, str. 203.

po sebi. Citajući tekst koji je potpisao Zahraa, autor vjerojatno najkonciznijeg članka na temu pravne osobnosti pravne osobe pozivajući se na Al-Zarqa¹⁹ kada govori o posudi u kojoj se nalaze sva prava i obveze²⁰, čitam da se ova svojstva vjerojatno miješaju. Dhimma nastaje i prije rođenja, a može egzistirati i poslije smrti. Ona nudi rješenja koja nama, kontinentalnim pravicima možda nalikuju na rješenja koja ostvarujemo presumpcijama i fikcijama.²¹ Doktrina koja se razvila iz dhimme u suvremenom islamskom pravu omogućuje ili barem olakšava prihvaćanje činjenice da u islamskom pravu pravne osobe ipak postoje. Kako je tome tako? Islamski pravni teoretičari se praktički jednoglasno slažu da je dhimma pojedinog pravnog konstrukta (u ovom trenutku namjerno još ne koristim izraz pravna osoba) kao što je bait al-mal (بيت) ili pak waqf (وقف), odvojena od dhimme pojedinih zaposlenika, radnika, namještenika i ostalih fizičkih osoba koje rade određene poslove, a kako bi određena organizacija mogla postojati.²² U literaturi se dhimma povezuje s dva pojma; prvi je pojam „legal capacity“, a drugi „legal personality“.²³ I jedan i drugi se koriste za objašnjenje onoga što islamski teoretičari nazivaju dhimmom. Prvi pojam označava sveobuhvat pravnih ovlaštenja koja neka osoba ima, a drugi pravnu osobnost koja se naravno odnosi na mogućnost biti pravnim subjektom, odnosno na pravo koje proizlazi iz činjenice da određena pravna vlast (božja ili državna) priznaje egzistenciju određenim skupinama (ljudskim ili artificijelnim). Pa tako Sanusi govori o pravnoj koja se prije svega odnosi na mogućnost ulazanja u pravne poslove kao posljedica njegovog valjano pravnog statusa. No valja reći da postojanje dhimme zapravo daje za pravo da ona bude ispisana ili napunjena konkretnim pravnim poslovima. S druge pak strane Johansen²⁴ za dhimmu koristi termin „legal personality“. On ispušta iz vida važnu činjenicu, da postojanje (imanje) dhimme za posljedicu ima postojanje pravne osobnosti. Jer kako ćemo vidjeti postojanje dhimme i to odvojene dhimme pravnog konstrukta i fizičkih osoba zaposlenih u njemu daje zaključiti da se smije raditi o dva različita pravna subjekta koji se onda nazivaju fizička i pravna osoba. Dhimma je naprosto „posuda“ kako je to lijepo rekao Al-Zarqa, a ja nadodajem posuda koju smije pokupiti (uzeti) onaj kojem je dano da ima pravnu sposobnost kroz koju će ostvarivati obuhvat pravnih poslova. Upravo na toj činjenici suvremeno islamsko pravo gradi tezu da pravne osobe postoje u islamskom pravu. Upravo spomenuti waqf će biti glavni primjer kako je islamsko pravo prihvatilo odnosno pronašlo pravnu osobnost pravne osobe u svom pravu.

4. WAQF ف وقف

Ranije spomenuti Waqf predmetom je rasprava islamskih teoretičara prava kao rijetko koji pravni institut. Ova vrsta pravno ustanovljenog instituta koji jest vrsta pravne osobe odnosno na nju liči, a pretpostavlja ustanovu koja obavlja poslove humanitarnog karaktera koja je

¹⁹ Ahmad M. Al-Zarqa, Al-Madkhal Al-Fiqhi Al'am, IIUM Press, Selangor, 6th Edition, Vol. 2

²⁰ Zahraa, op.cit., bilj. 7., str. 203.

²¹ Primjerice, zametak se smatra rođenim kada je riječ o njegovim pravima, jest upravo nešto što bi stvorilo dhimmu. Mogli bismo reći da dhimma nastaje i prije nastanka pravne osobnosti, a neraskidivi je dio egzistencije pravnog subjekta, za razliku od kontinentalnog pravnog sustava gdje je presumpcije i/ili fikcije pomažu funkcioniranju pravnog sustava, a do svog postupnog ostvarenja nikada ne dolaze jer je njihovo postojanje ili pak upitno (presumpcije) ili sasvim sigurno izmišljeno (fikcije). Dhimma ipak postoji kao zasebna cjelina i nije pomoćni institut koji služi postojanju pravne osobe-dhimma će postojati neovisno o trenutku nastanka ili prestanka postojanja pravnog subjekta, a isto vrijeme u njoj se nalazi ostvarenje pravnog djelovanja pravnog subjekta bez kojeg bi pravni subjekt bio lišen prava i obveza kao slobodan čovjek.

²² Ibid., str. 204.

²³ Izvor na engleskom jeziku.

²⁴ Barber Johansen, Harvard Divinity School, Harvard Center for Middle Eastern Studies, The Legal Personality (dhimma) and the concept of obligation in islamic law., Yale University Projects (B-J Projects), http://www.econ.yale.edu/~egcenter/Johansen_paper.pdf, pristup: 28.11.2012.

postavljena kao zaklada u kojoj se prikupljanju sredstva za humanitarne svrhe, a oni kojima se uplaćuje (daruje) ujedno nisu i njezini korisnici, već uvjetno rečeno beneficijari odnosno šticiene osobe.²⁵ Zanimljivo je da iako o Waqfu Scacht ekstenzivno piše i navodi objekte koje waqf posjeduje te govori o pokretinima i nekretinima te i o stjecanju vlasništva u okvirima waqfa, ne smatra da su svi ti elementi dovoljni da bi se moglo reći da se radi o postojanju pravne osobe.²⁶ S druge pak strane islamski eksperti posvećuju puno pažnje konceptima funkcioniranja ovog instituta i govore da je upravo kod njega moguće pronaći dhimmu, baš ono što je nužno da bi pravna osoba postojala. Prema većini, a što sažimlje Zahraa, dhimma koji posjeduje waqf jest posve različita od one koju posjeduju njegovi administratori odnosno upravitelji.²⁷ Valja reći da Zahraa korektno navodi da i neki Hanafijski teoretičari prava smatraju da dhimmu mogu posjedovati jedino fizičke osobe, i to prvenstveno što oni smatraju da dhimma osim financijskih prava obuhvaća i religijsko-moralna prava koja pripadaju (i mogu pripadati) samo čovjeku-ljudskom biću, koje je jedino u stanju ista obujmiti.²⁸ Ipak, većina islamskih pravnika dolazi do zaključka da takve tvorevine, uključujući waqf imaju dhimmu, makar ona po svojim svojstvima bila financijsko-juridička za razliku od fizičkih osoba čija dhimma bi imala biti sveobuhvatnija jer one sadrže i onakvu dhimmu koja je moralno-religijskog karaktera.²⁹ Logičkom argumentacijom valja zaključiti da ukoliko priznamo da je waqf pravna osoba, onda nema nikakvog opravdanja da taj status ne priznamo i ostalim sličnim pravnim tvorevinama. No ovdje valja reći da se je u islamskom pravu iz opravdanih razloga s vremenom javila dodatna potreba za izučavanjem i klasificiranjem pojavnosti koje su povezane s novim društvenim tendencijama. Tako na primjer ovdje spomenuti waqf jest u klasičnom islamskom pravu bio takva formacija za koju je bio dovoljan jedan upravitelj, dok je danas situacija takva da su waqf i ostale humanitarne organizacije u islamskom svijetu toliko brojne da gotovo sve islamske države danas imaju ministarstva koja pokrivaju njihove djelatnosti.³⁰

5. O SUVREMENIM TENDENCIJAMA I PRAVNIM OSOBAMA

Već je iz ranijeg pisanja razvidno da se suvremena znanost islamskog prava odnosno njegovo tumačenje odlučuju za stav da islamsko pravo poznaje koncept pravne osobe. Možda najbolje od svih teoretičara o tome piše Sanusi kada iznosi stav da „puko nespominjanje pojma „pravne osobe“ u klasičnim islamskim tekstovima ne znači da pravna osoba u islamskom pravu ne postoji“.³¹ S ovim se valja složiti iz načelnog razloga koji se odnosi na postojanje samih interpretacija-zahvaljujući kojima možemo dokučiti značenje pojmova i shvatiti pravi smisao i sadržaj pravne/ih norme/ih na temelju njihovog međusobnog uspoređivanja i „sučeljavanja“. Često smo kao pravници suočeni s potrebom dubinskog iščitavanja pravne norme koju dovodimo u relaciju s ostalim normama u njezinom okruženju i pravnim sustavom u cjelini. Na više mjesta sam pokušao pronaći suvremene autore koji bi se na ozbiljan način suprotstavili modernoj egzistenciji pravne osobe, no takvih praktički gotovo i nema. Sanusi lijepo navodi da je u povijesti islamskog prava, a u određenoj formi koja se nije nužno zvala pravna osoba u formalnom smislu (falsa nominatio non nocet (substantia)),

²⁵ Schacht, op.cit., bilj. 4.

²⁶ Zanimljivo je nije sasvim jasno kome prikupljeni novac ili manfa'a pripada. No može se sa sigurnošću reći da bi korisnici tog novca trebali biti potrebiti. V. isto Brian Kettel, *Islamic Finance in the Nutshell, A Guide for Non-Specialists*, John Wiley and Sons Ltd, Chichester, 2010.

²⁷ Zahraa, op.cit., bilj. 7., str. 205. et seq.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Sanusi, op.cit, bilj. 9., str. 192., prev. autor

praksa islamskog prava davala pravnim osobama egzistenciju. Ranije je spomenut waqf, a ovdje spominjem i škole i humanitarne udruge.³² Ovaj autor se također poziva na ranije citiranog Al-Zarq u koji tvrdi da koncept pravne osobe u islamskom pravu odgovara istom konceptu u pravnim sustavima „zapadne civilizacije“.³³ Ono što Sanusi zanimljivo navodi jest činjenica da su mnogi islamski teoretičari prava tumačili da pravna osoba postoji iako za to nije bilo strogo formalnih definicija iz kojih bi ona ta tumačenja i zaključke izvodili.³⁴ Ovo samo dokazuje da se islamsko pravo iako se može prije svega promatrati kao religijski pravni sustav, poznaje i služi istim mehanizmima koji su i nama poznati. Očito je i u islamskom pravu doktrina izvor prava. Kao primjer navodi se primjer waqfa koji prema tumačima prava, fuqaha (فقهاء), ima odvojenu pravnu osobnost od onih koji njime upravljaju, pa tako navodi primjer da posudba waqfu ne proizvodi pravnu obvezu prema administratoru (upravitelju) waqfa.³⁵ Isto tako islamska država-Ummah (أمة) je odvojeno pravno tijelo od njezina poglavara.³⁶ Ako postoji kolektivno tijelo koje djeluje kao jedno, ali u njemu netko vlada i nekime se vlada, onda, prema logici koju slijedi Sanusi, postoji jasna Kur'anska odredba o tome da se radi o odvojenosti personalnosti koje djeluju u smislu ostvarenja cilja pravne osobe/države.³⁷ Čak i ako ne promatramo suvremene razrade islamskog prava, a slijedeći primjere autora koje sam naveo u tekstu, možemo reći da čak i klasično islamsko pravo priznaje egzistenciju pravnih osoba kao egzistentne, mada ih, istina, izrijeком ne spominje kao takve. Najveći problem u sučeljavanju stavova o pravnim osobama u islamskom pravu jest upravo taj da nije bilo (niti ih danas ima) jasnih definicija pravne osobe u standardnim izvorima islamskog prava. Iako nemam namjeru pisati o pojedinim vrstama pravnih osoba koje postoje u islamskom pravu koje se reflektira kroz suvremeno doba³⁸, treba napomenuti da danas postoje čitave studije koje se bave financijskim poslovanjem u islamskim zemljama,³⁹ a isto tako valja spomenuti da se danas uvelike piše i govori o pojmu ograničene odgovornosti u suvremenim korporativnim tijelima (pravnim osobama). Awqaf (أوقاف) (donacija), mufawadah (مؤلف لولاية) (partnerstvo) i qirad (قيراد) (ugovor između investitora i agenta-drevni pravni oblik) su neki od primjera koji se najčešće spominju⁴⁰. Ono što jest stvarno važno je to da pravne osobe kao i sve druge pravne tvorevine, da bi bile u skladu s islamskim učenjem moraju slijediti šerijatske principe koji se odnose na dozvoljeno ponašanje halal (حلال), te da se interes vlasništva sastoji u stvarnoj vrijednosti, a ne u dugovima i novcu što također logički povlači i zabranu kamatarenja u istom.⁴¹ Uz navedeno, sve djelatnosti, pa tako i one pravnih osoba trebaju biti u skladu i sa islamskom etikom i normama.⁴²

³² Sanusi, op.cit., bilj. 9., str. 192.; v.i str. 194. Iako ovdje navodim da je riječ o udrugama (na drugom mjestu spominjem riječ zaklade) to ne znači da te formacije zaista to jesu, ali mi se činilo da je kontinentalnom pravniku, a pretpostavljam da je on taj koji će čitati ovaj tekst, to najbliži pojam onome što te formacije jesu ili bi trebale biti.

³³ Ibid. isto i Al-Zarqa, op.cit., bilj. 19.

³⁴ Ibid. (Sanusi), str. 193.

³⁵ Ibid., str. 194.

³⁶ Ibid., str. 195. Ovo se bazira na Kur'anskom tekstu, Surah Al 'Imran: 104.

³⁷ Ibid., str. 196.

³⁸ Treba upotrijebiti ovaj izraz, jer ako prihvatimo tezu da je islamsko pravo stalan i univerzalan religijsko-pravni sustav koji pokriva sva područja ljudskog djelovanja, onda ono što se sada pojavilo kao tumačenje nije nešto što prije nije postojalo, već je to takvo jer ga tumači nisu ranije vidjeli ili su ga tek naknadno primijetili i/ili uobličili.

³⁹ V. Pervez Hassan and Azim Azafar, Moving toward islamic financial regime in Pakistan, Islamic Legal Studies Program, Harvard Law School, Occasional Publications 2, September 2001, Harvard Law School, Cambridge, MA, 2001.

⁴⁰ V. Sanusi, op.cit., bilj. 9., str. 198.

⁴¹ Ibid., str. 200.-201. Preveo i prilagodio autor.

⁴² Ibid., str. 201.

6. ZAKLJUČAK

U ovom pregledu glavnih značajki problematike egzistencije pravnih osoba u Islamskom pravu kao najvažnije ističu se različiti pogledi na mogućnost postojanja pravnih osoba kao pravnih subjekata u ovom religijskom pravnom sustavu koji svoj doticaj s normama pozitivnog prava ima u čitavom nizu zemalja islamskog svijeta. Postoje dva pristupa ovoj problematici; jedan jest klasičan (Schachtov) da pravne osobe u islamskom pravu ne postoje i drugi suvremen da tome nije tako. Iako islamsko pravo u svojim primarnim izvorima izriječkom ne spominje pojam pravne osobe, smatram da su suvremeni orijentalisti dali dovoljno argumenata za dinamičko promatranje primjene islamskog prava koji iako tako može izgledati utilitaristički, zapravo pripada tehnici novog otkrivanja starih izvora u kojima treba pronaći ono što mi danas tako lako nazivamo pravnim osobama. Ovo složeno područje religijskog prava koje traži interpretaciju vjerskog teksta, a koji je ujedno i pravni, zahtjeva napor koji je vrijedno uložiti kako bi se spoznale barem osnove jednog pravnog sustava koji u nas tek treba biti otkriven.

Summary

LEGAL PERSONS IN ISLAMIC LAW

In this article, the author explores the existence of legal persons in Islamic Law in order to see if Islamic law could be compared to civil and common law jurisdictions in this respect. In Islamic legal theory orientalist give two opposite answers-according to one, Islamic law does not recognize the legal subjectivity of artificial persons (e.g. companies) and according to the other it does. Modern Islamic legal scholars argue that legal persons have existed in Islamic law since the classical period.. The author explains that circumstances of contemporary living urged those scholars to look deeper and find a link between legal structures in the past and make a connection with societal institutions which exist today. In this respect the author agrees that Islamic law recognizes the existence of artificial persons as legal subjects.

Key words: *legal persons, islamic law, religious legal system.*

PRIKAZI

Tea Antolčić*
Reana Bezić**
Tamara Brborović***
Tea Šimić****

Primljeno: travanj 2013.
Prikaz

**XXV. REDOVITO SAVJETOVANJE
HRVATSKOG UDRUŽENJA ZA KAZNE
ZNANOSTI I PRAKSU**
***NOVO HRVATSKO KAZNENO PRAVO I PRAVOSUĐE PRED VRATIMA
EUROPSKE UNIJE – NOVI IZAZOVI I STARI PROBLEMI U
KONTEKSTU DOVRŠENIH PREGOVORA I (JOŠ UVIJEK)
NEDOVRSENE REFORME***
Opatija, 6.-8. prosinca 2012.

U Opatiji je od 6. do 8. prosinca 2012. godine održano XV. jubilarno redovito savjetovanje Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu pod nazivom *Novo hrvatsko kazneno pravo i pravosuđe pred vratima Europske unije – novi izazovi i stari problemi u kontekstu dovršenih pregovora i (još uvijek) nedovršene reforme*. Savjetovanje je i ove godine održano pod posebnim pokroviteljstvom predsjednika Republike Hrvatske prof. dr. sc. Ive Josipovića. Tematika ovog redovitog savjetovanja je bila izrazito zanimljiva i edukativna jer se posebno bavila tumačenjem i analizom novog Kaznenog zakona koji je stupio na snagu. Uvodni dio je započeo, otvaranjem savjetovanja, predsjednik Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu prof. dr. sc. Davor Derenčinović koji je posebno istaknuo važnost održavanja savjetovanja u recesijskim vremenima i istaknuo je značaj koji savjetovanje može imati za praksu. Posebno je istaknuo važnost ovog savjetovanja koje su održava kao jubilarno XV. savjetovanje u organizaciji Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu. Pozdravni govor je zatim održao predsjednik Akademije pravnih znanosti prof. emerit. dr. sc. Željko Horvatić koje je istaknuo bit reforme i samo značenje reforme za hrvatsko pravo i pravosuđe. Potom se skupu obratio sudac Ustavnog suda prof. dr. sc. Davor Krapac koji je istaknuo važnost usklađenosti teorije i prakse u svrhu postizanja pravne sigurnosti. Posebnu važnosti i značaj ovom savjetovanju je dalo i prisustvo uvaženog gosta prof. dr. sc. Jose Luisa de la Cueste, predsjednika Međunarodnog udruženja za kazneno pravo koji je govorio o dugoj i značajnoj povijesti udruženja te pohvalio dugu tradiciju održavanja ovih savjetovanja. Zaključno su se skupu obratili gradonačelnik grada Opatije Ivo Dujmić u ime predsjednika Republike Hrvatske prof. dr. sc. Ive Josipovića i predsjednik Sabora Republike Hrvatske

* Tea Antolčić, studentica V. god. na Pravnom Fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

** Reana Bezić, studentica V. god. na Pravnom Fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

*** Tamara Brborović, studentica V. god. Pravnog fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

**** Tea Šimić, studentica V. god. na Pravnom Fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

Josip Leko koji su govorili o važnosti praktičara i nemogućnosti zakonodavca da donese savršena zakonska rješenja. Plenarni dio Savjetovanja je započeo referatom dr. sc. Marina Mrčele, suca Vrhovnog suda Republike Hrvatske i dr. sc. Igora Bojanića, izvanrednog profesora Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku koji su govorili o preoblikovanju načela krivnje i uvođenju ispričavajućih razloga u novi Kazneni zakon čime je bitno izmijenjena dosadašnja koncepcija krivnje. Izlagači ističu da se primjena sigurnosnih mjera temelji na prevenciji, a ne na krivnji te da se njihova mjera određuje prema razmjernosti. Zakonodavac prema počinitelju opravdano pokazuje razumijevanje u situacijama krajnje nužde i prekoračenja nužne obrane. Uvođenje spomenutih situacija kao ispričavajućih razloga u Kazneni zakon praktično je značajno jer potencijalne optuženike stavlja u povoljniji položaj nego do sada. Sljedeće izlaganje je održala prof. dr. sc. Zlata Đurđević, redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu koja je govorila o važnosti Ustavne odluke o suglasnosti Zakona o kaznenom postupku s Ustavom kojom je Ustavni sud utvrdio neustavnost i nesuglasnost s Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda ne samo s većim dijelom određaba Zakona o kaznenom postupku iz 2008. godine već i cijelim zakonom. Izlaganje je bilo podijeljeno na tri dijela: ustavnosudski postupak, učinjene povrede te izvršenje i pravni učinak odluke. Važno je naglasiti da Ustavni sud ovom odlukom propisuje određene pozitivne obveze zakonodavcu kako bi novi nacionalni kaznenoprocen model u cijelosti bio usklađen s Ustavom i Konvencijom. Mr. sc. Marin Bonačić, asistent na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i Marko Rašo, sudac Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske, u svom radu iznose važnost te moguće metode razlikovanja prekršaja od kaznenog djela te zaključuje da na način koji su mnogi prekršaji uređeni u hrvatskom zakonodavstvu bi se po prirodi mogli smatrati kaznenim djelima. U svom izlaganju govore o nužnosti daljnjeg razvoj i reforme prekršajnog prava ističući nekoliko ciljeva koje bi trebalo postići: usklađivanje prekršaja s kaznenim djelima, vodeći računa o njihovom razgraničenju, usklađivanje prekršaja unutar prekršajnog sustava te rasterećenje prekršajnog sustava dekriminalizacijom prekršaja za koje je zaštitu moguće ostvariti na drugi način.

Večernje predavanje je održao prof. dr. sc. Jose Luis de la Cuesta, predsjednik Međunarodnog udruženja za kazneno pravo i praksu. U svom osvrtu na novi Kazneni zakon analizirao je rješenja za najbitnije institute i zaključio o načelnom dobrom pristupu zakonodavca, no problematizirao je povećanje kazne dugotrajnog zatvora na 50 godina, smatrajući da se de facto radi o kazni doživotnog zatvora. Prijepodnevna predavanja drugog dana savjetovanja započinju prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, redovita profesorica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, doc. dr. sc. Marissabell Škorić docentica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, i Igor Martinović, dipl. iur., znanstveni novak – asistent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, svojim radom *Kaznenopravna zaštita radnika prema odredbama novog Kaznenog zakona*. Novi Kazneni zakon sadrži posebnu glavu XII koja se zove Kaznena djela protiv radnih odnosa i socijalnog osiguranja koja obuhvaća kaznena djela: povreda prava na rad, neisplata plaće, zlostavljanje na radu, povreda prava iz socijalnog osiguranja i protuzakonito zapošljavanje. Neće biti riječ o kaznenom djelu neisplate plaće kada postoji objektivna nemogućnost isplate plaće zbog blokade žiro računa ili zbog toga što pravna osoba nema sredstava. Postoji mogućnost da se poslodavac može osloboditi kazne ako naknadno isplati zaostale plaće. Uvedeno je novo kazneno djelo zlostavljanje na radu za onoga tko na radu ili u vezi s radom drugoga vrijeđa, ponižava, zlostavlja ili na drugi način uznemirava i time naruši njegovo zdravlje ili povrijedi njegova prava te je za to kazneno djelo propisana kazna zatvora u trajanju do dvije godine. Naglasili su da mora biti riječ o radnjama koje se ponavljaju i traju neko vrijeme te da je upravo tim radnjama ili samo jednom od njih prouzročeno narušenje

zdravlja ili povreda prava te također da se te radnje događaju na radnom mjestu. Sljedeći su se skupu obratili Dražen Tripalo, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske i Zoran Burić, asistent na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. U svome radu *Položaj neubrojivih počinitelja protupravnih djela u kontekstu novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva* ističu da se novim Kaznenim zakonom redefinira načelo krivnje te je tako otvorena mogućnost primjene određenih nemedicinskih sigurnosnih mjera prema neubrojivim počiniteljima, a mjera psihijatrijskog liječenja je i dalje uređena Zakonom o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama, a ne kaznenim pravom. Autori smatraju da navedeno predstavlja korak natrag jer ni praksa nije pokazala potrebu primjene nemedicinskih sigurnosnih mjera prema neubrojivim počiniteljima protupravnih djela. Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku iz listopada 2012. predviđa tri osnovne novine koje su autori detaljno obrazložili: obveznu istragu u postupku prema okrivljenicima s duševnim smetnjama, obveznu obranu okrivljenika i uvođenje posebne mjere opreza. Nakon toga izlagao je prof. dr. sc. Petar Novoselec, red. profesor Pravnog fakulteta u mirovini na temu *Primjena blažeg zakona nakon stupanja na snagu novog Kaznenog zakona*. Nakon stupanja na snagu novog Kaznenog zakona 1. siječnja 2013. suci će se naći u nedoumici trebaju li primijeniti stari ili novi zakon u neriješenim predmetima i kako postupiti u predmetima u kojima će se postupak pokrenuti nakon 1. siječnja 2013. a odnositi će se na kaznena djela počinjena prije tog dana. Novi je Kazneni zakon propisao da ako se zakon nakon počinjenja kaznenog djela izmijeni jednom ili više puta, primijenit će se zakon koji je najblaži za počinitelja. Dakle izričito se navodi da je primjena blažeg zakona obvezna sve do donošenja pravomoćne presude, tj. da obvezuje i žalbeni sud. Od pomoći pri rješavanju situacija u kojima se postavlja pitanje primjene starog ili novog zakona biti će načelo konkretnosti i načelo alternativiteta. Prema načelu konkretnosti u obzir treba uzeti samo odredbe zakona, starog i novog, koje se mogu primijeniti na slučaj koji sud rješava. Osobito dolazi do izražaja kada je isti zakon djelomično stroži, a djelomično blaži pa će se tad primijeniti onaj koji u konkretnom slučaju dovodi do rješenja povoljnijeg za počinitelja. Općeprihvaćeno je načelo alternativiteta po kojem sud mora prihvatiti ili stari ili novi zakon, a ne djelomično stari i djelomično novi. Ovo načelo polazi od toga da je svaki zakon organsko jedinstvo pa se jedna odredba ne smije istrgnuti iz cjeline kojoj pripada i pripasti nekoj drugoj kojoj ne pripada, ali načelo nije bez iznimaka. Izlagač analizira i uvođenje novih kaznenih djela: spolni odnošaja bez pristanka te zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju.

Nakon stanke skupu su se obratili dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas, docentica na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i Damir Kos, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske na temu *Primjena načela ne bis in idem u hrvatskom kaznenom pravu*. Načelo *ne bis in idem* predstavlja zabranu da se pojedincu dva puta sudi u istoj stvari te se smatra procesnom smetnjom jer osim zabrane dvostrukog suđenja i kažnjavanja zabranjen je i dvostruki kazneni progon. Postoje određene iznimke koje su propisane Ustavom Republike Hrvatske i Zakonom o kaznenom postupku. Presuda Europskog suda za ljudska prava *Maresti protiv Hrvatske* upozorila je na potrebu izmjene postojeće prakse paralelnog podnošenja optužnog prijedloga i kaznene prijave za prekršaje i kaznena djela te na potrebu zakonodavne intervencije za rješavanjem problema potpunog ili gotovo potpunog poklapanja zakonskih opisa kaznenog djela i prekršaja. Izložili su razvoj od kriterija „istog činjeničnog stanja“ do „materijalnog identiteta djela“ u judikaturi Europskog suda za ljudska prava. Na primjeru kaznenih djela protiv života i tijela, nasilničkog ponašanja u obitelji, zlouporabe opojnih droga i protiv sigurnosti prometa izložili su mogućnosti povrede načela *ne bis in idem*. Prof. dr. sc. Davor Derenčinović, redoviti profesor na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske i Dragan Novosel, dipl. iur., prvi zamjenik glavnog državnog odvjetnika

Republike Hrvatske održali su izlaganje na temu *Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela – prolazne dječje bolesti ili (ne)rješiva kvadratura kruga*. Izložili su prikaz prvih desetak godina primjene Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela kroz dinamiku i strukturu kriminaliteta pravnih osoba prema dostupnim podacima Državnog odvjetništva Republike Hrvatske. Analizirali su i razloge zbog kojih je Zakon donesen te probleme s praktičnom primjenom uz prijedloge za poboljšanje istih. Prvi detektirani problem odnosi se na predstavnika okrivljene pravne osobe, njegovo postavljanje i troškove. Drugo je pitanje izvršenja kazne ukidanja pravne osobe, koja je ujedno najteža sankcija koju propisuje ZOPOKD. Problem je vezan uz provedbu postupka likvidacije te brisanja pravne osobe iz registra. U svom izlaganju bavili su se i izmjenama i dopunama ZOPOKD te su naglasili potrebu za daljnjim unapređenjem.

Zatim su se skupu obratile dr.sc. Dalida Rittossa, viša asistentica pri Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i Melita Božičević Grbić, mag. iur., sutkinja Kaznenog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske na temu *Zakon o sudovima za mladež - reformski zahvati i praktične dileme*. U svom izlaganju ističu kako se razvoj maloljetničkog kaznenog prava vodi zaključcima modernih znanosti o psihosocijalnom razvoju mladih osoba. Na maloljetne počinitelje treba utjecati pružanjem pomoći, odgojem i nadzorom, a iznimno kažnjavanjem. U novi Zakonu o sudovima za mladež, koji je u primjeni od 01. rujna 2011., uvrštene su nove posebne obveze čime se nastavlja trend alternativnog sankcioniranja maloljetnika. Posebne obveze su se pokazale kao prikladno sredstvo odvratanja mladih počinitelja od daljnjeg činjena kaznenih djela, a sudovi za mladež izriču ih u velikom broju. Novost je da ih sudovi mogu izricati sami po svojoj slobodnoj ocjeni izvan obveza navedenih u čl.10. st.2., pod uvjetom da je takva obveza primjerena kaznenom djelu i osobnim i obiteljskim prilikama maloljetnika. Proširena je granica kažnjavanja pa se sada može starijem maloljetniku izreći maloljetnički zatvor zbog kaznenog djela za koje je propisana kazna zatvora u trajanju tri godine ili teža kazna. U postupovnim odredbama dolazi do značajne reforme: pripremni postupak prestaje biti u rukama suca za mladež te odlazi u ruke državnog odvjetnika, ali uz kontrolu i odlučivanje suda. Sudac za mladež odlučuje o pritvoru i istražnom zatvoru prema maloljetniku. Izrijekom je propisano da se svako ispitivanje maloljetnika od strane državnog odvjetnika snima audio-video uređajem. Za razliku od toga, ispitivanje koje provodi sud neće se snimati. Važno je naglasiti da su odredbe Zakona o sudovima za mladež *lex specialis* u odnosu prema općim propisima pa zato nije dopuštena njihova kombinacija.

Poslijepodnevno izlaganje započeli su mr. sc. Šime Pavlović, odvjetnik iz Zadra i Ivan Vukušić, dipl. iur., asistent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu na temu *Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja prema novom Kaznenom zakonu*. U svom izlaganju bavili su se određivanjem pojma pripremnih radnji, analizom pokušaja u stranom zakonodavstvu te komparacijom pokušaja definiranog u čl. 33. st. 1 KZ/97 i čl. 34. st. 1 KZ/11. Naglasak su stavili na razgraničenje pokušaja i pripremnih radnji kroz promjene zakonskog teksta. Navedeno razgraničenje izložili su i kroz nekoliko primjera iz sudske prakse. Kongresu se potom obraćaju prof. dr. sc. Ksenija Turković, redovita profesorica na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Aleksandar Maršavelski, LL.M, znanstveni novak na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Zdravko Jambrović, sudac Županijskog suda u Zagrebu, na temu *Reforma sustava kazni u novom Kaznenom zakonu*. Naglasak je stavljen na preformulaciju načela krivnje, uvođenje dugotrajne kazne zatvora u trajanju od 50 godina, širenje primjene tzv. alternativnih sankcija te na probaciju. Na temelju redefiniranog načela krivnje kaznenopravne sankcije koje nisu kazne, najvažnije među njima sigurnosne mjere, mogu se izricati i neubrojivim

počiniteljima. Prema novom Kaznenom zakonu, ako su za dva ili više kaznenih djela utvrđene pojedinačne kazne dugotrajnog zatvora čiji zbroj prelazi pedeset godina, sud može izreći jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od 50 godina. Novi kazneni zakon sadrži određen broj normi kojima je cilj smanjiti prenapučenost zatvora i kaznionica: širenje primjene tzv. alternativnih sankcija (rad za opće dobro, uvjetna osuda, posebne obveze, zaštitni nadzor, sigurnosne mjere), iznimnost kratkotrajnih kazni zatvora te ublažavanje kazne u slučaju nagodbe državnog odvjetnika i okrivljenika. Rad za opće dobro, iako jedna od najboljih alternativa kazni zatvora, u praksi nije dovoljno došla do izražaja. U novom Kaznenom zakonu novčana kazna može se zamijeniti radom za opće dobro ako sud odmah odluči zamijeniti novčanu kaznu radom za opće dobro ili ako se novčana kazna ne uspije naplatiti prisilnim putem u roku od tri mjeseca. U oba slučaja jedan dnevni iznos izjednačen je sa dva sata rada pri čemu ne smije premašiti 720 sati. Izričito je propisano da se rad za opće dobro može izvršiti samo uz pristanak osuđenika. Sud može kaznu zatvora u trajanju do jedne godine zamijeniti radom za opće dobro. Kada izrekne kaznu zatvora u trajanju do šest mjeseci sud će je u pravilu morati zamijeniti radom za opće dobro, a samo iznimno ako se radom za opće dobro ne može ostvariti svrha kažnjavanja izreći će bezuvjetnu zatvorsku kaznu. Novost je mogućnost da se uz rad za opće dobro istodobno odrede i posebne obveze te zaštitni nadzor. Izlagači naglašavaju bitnost usklađivanja odredbi Zakona o kaznenom postupku, Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, Zakona o izvršavanju kazne zatvora i Zakona o probaciji s novim Kaznenim zakonom kako se ne bi ponovila prijašnja iskustva koja pokazuju da je regulatorna neusklađenost glavni problem zašto se zakoni često ne primjenjuju kako je zamišljeno.

Prije kratke stanke skupu su se obratili doc. dr. sc. Matko Pajčić, docent na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu i dr. sc. Laura Valković, odvjetnica iz Zagreba na temu *Presude Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske zbog povrede prava na pravično suđenje (članak 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda)*. Analizirali su presude protiv Republike Hrvatske u kojima je utvrđeno da je izravno povrijeđeno pravo na pravičan postupak te su naveli da je broj takvih presuda sve veći. Naglasili su potrebu za preispitivanjem svih onih pravnih rješenja i prakse domaćih sudova u svrhu ostvarenja pravičnog suđenja u smislu Konvencije. Sljedeća se skupu obratila doc. dr. sc. Maja Munivrana Vajda, docentica na Katedri za Kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu na temu *Međunarodni zločini prema novom Kaznenom zakonu*. U ovom je radu autorica nastojala utvrditi što čini neko djelo međunarodnim zločinom jer nema suglasnosti oko tog pitanja. Iako neki autori šire listu, danas se samo četiri kaznena djela nedvojbeno mogu smatrati međunarodnim zločinima (genocid, agresija, zločin protiv čovječnosti i ratni zločini). Autorica naglašava da je novim KZ-om načelno očuvan kontinuitet tipa nepravda u inkriminiranju međunarodnih zločina. Iako ni kod ratnih zločina nije došlo do dekriminalizacije, to je kazneno djelo modificirano ili pak pojedina prije zasebno regulirana kaznena djela nastavljaju egzistirati u okviru inkriminacije ratnih zločina. Istaknula je da se pojavljuje oblik dekriminalizacije kroz odustajanje od kažnjivosti pripremnih radnji i zapovjedne odgovornosti za jedan manji krug kaznenih djela te da su s druge strane uvedeni novi oblici kažnjivog ponašanja, kao što je izravno i javno poticanje na genocid. Autorica navodi da se novi i teži oblici kaznenih djela neće moći primjenjivati retroaktivno, čak i ako su u vrijeme počinjena djela bili kažnjivi prema međunarodnom (običajnom) pravu. Zbog strogog poštivanja načela zakonitosti, navodi autorica, hrvatski su pravnici neskloni izravnoj primjeni međunarodnih izvora, ali se to nikako ne može smatrati nevoljkošću RH da procesuiraju počinjene zločine općenito. Odredbe implementiranog nacionalnog zakonodavstva nužno je tumačiti u skladu s međunarodnim izvorima, pri čemu

domaći sudovi trebaju uzeti u obzir ne samo relevantne norme međunarodnog prava nego i tumačenje međunarodnih, a gdje je to potrebno i drugih nacionalnih sudova.

Slijedi predavanje dipl. iur. Danke Hržine, voditeljice Službe za međunarodnu pravnu pomoć i pravosudnu suradnju u kaznenim stvarima u Ministarstvu pravosuđa, dipl. iur., dipl. kriminalista Marija Rošića, voditelja Službe za međunarodnu policijsku suradnju u Upravi kriminalističke policije Ministarstva unutarnjih poslova, dipl. iur. Ljiljane Stipišić, sutkinje Županijskog suda u Splitu na temu *Postupci izručenja u Republici Hrvatskoj- praktični aspekti*. U radu se autori osvrću na postupke tzv. pasivnih izručenja (iz Republike Hrvatske na zahtjev strane države u inozemstvo). Autori navode kako je porast kaznenih djela s inozemnim elementom pridonio razvoju međunarodnog kaznenog prava te se sklapaju mnogobrojni međunarodni ugovori na temu izručenja kao i o povećanoj djelatnosti međunarodnih organizacija. Uspješno sankcioniranje počinitelja ovisi o suradnji pravosudnih tijela. Ističe se podatak u kojem je razvidno da je duljina trajanja postupka izručenja u Hrvatskoj (u prosjeku od 82 do 114 dana) znatno duža u odnosu na europski postupak izručenja (od 14 do 17 dana). Učinkovitost izručenja i predaje temeljem europskog uhitbenog naloga znatno je veća. Autori apeliraju na potrebu izmjene Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći kao što je usklađivanje terminologije sa ZKP-om, usklađivanje rokova za žalbu predviđenih ZOMPO-om i ZKP-om, preciziranje nastupa pravomoćnosti i izvršnosti rješenja kojim se odobrava izručenje iz čl. 54. ZOMPO. Što se tiče pitanja azila, ističu autori, prijeko je potrebno zauzimanje ujednačene sudske prakse kako ne bi došlo do zloupotrebe, ali i da ne bi došlo do neosnovanog puštanja na slobodu potencijalnog izručenika. Naposljetku, važnost policije je izuzetno bitna jer je ona zadužena za provedbu rješenja o izručenju i time se ističe važnost obavještavanja policije od strane svih tijela koja vode postupke, koja za tu svrhu ima ustrojenu Službu za međunarodnu policijsku suradnju (Interpol, Europol, SIRENE) koja radi 24 sata. Također, s obzirom na skori ulazak Republike Hrvatske u Europsku uniju, potrebna je kvalitetna obuka svih tijela koja sudjeluju u postupanju po europskom uhitbenom nalogu. Karmen Novak Hrgović, sutkinja Visokog prekršajnog suda RH te Siniša Nikšić, sudac Visokog prekršajnog suda RH održali su predavanje na temu *Prekršajne odredbe u pojedinim zakonima čija primjena počinje ulaskom Republike Hrvatske u Europsku uniju*. Autori podsjećaju na zadaću Republike Hrvatske da provede opsežno usklađivanje svojih propisa s propisima Europske unije. Stoga veliki dio zakona sadržava odredbe koje će se početi primjenjivati na dan ulaska RH u Europsku uniju. Ističu da su o navedenim činjenicama suci prekršajnih sudova dužni voditi računa, a to će se konkretno očitovati u postupcima koji će biti u tijeku. Suci prekršajnih sudova morat će imati u vidu akte Europske unije, posebice one koji se neposredno primjenjuju, te će svakako biti zadatak da usvoje znanja i s tog područja, na kojem će se stvarati i relevantna sudska praksa. Također, s obzirom da RH postaje dio Europske unije, očekuje se da će se to odraziti uvelike na područje gospodarstva kao gospodarska aktivnost građana i pravnih osoba država članica, zbog lakšeg kretanja građana i na području javnog reda i sigurnosti te se zbog toga i dalje ističe važnost odredaba koje se odnose na međunarodnu pravnu pomoć.

Posljednji dan redovnog savjetovanja završio je tribinom u jutarnjim satima na kojoj su sudionici mogli postavljati pitanja vezana za cjelokupno Savjetovanje. Postojala je i mogućnost rasprave na postavljena pitanja. Savjetovanje su zaključili novoizabrani predsjednik i potpredsjednica Udruženja. Novoizabrani predsjednik je mag. iur. Dražen Tripalo, sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske te novoizabrana potpredsjednica prof. dr. sc. Zlata Đurđević, predstojnica katedre za Kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Upravni odbor čine prof. dr. sc. Igor Bojanić, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, Pravni

fakultet Sveučilišta u Rijeci, Darko Klier, zamjenik Glavnog državnog odvjetnika, Damir Kos, Vrhovni sud Republike Hrvatske, prof. dr. sc. Anita Kurtović Mišić, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, doc. dr. sc. Maja Munivrana Vajda, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Siniša Nikšić, sudac Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske, dr. sc. Laura Valković, odvjetnica iz Zagreba, Zvonko Vnućec, zamjenik Glavnog ravnatelja za kriminalitet MUP RH. Nadzorni odbor čine prof. dr. sc. Irma Kovčo Vukadin, Edukacijsko rehabilitacijski fakultet, predsjednica Inka Jurišić, zamjenica Glavnog državnog odvjetnika te Ivana Goranić, ravnateljica Pravosudne akademije. Po završetku rasprave predsjednik mag. iur. Dražen Tripalo zatvorio je XXV. redovno savjetovanje i zahvalio okupljenima s pozivom na daljnju stručnu suradnju.

I. GODIŠNJI KOLOKVIJ O SUZBIJANJU TRGOVANJA LJUDIMA „VAE VICTI(M)S?“ IZGRAĐIVANJE PRISTUPA SUZBIJANJU TRGOVANJA LJUDIMA S NAGLASKOM NA LJUDSKIM PRAVIMA¹

Zagreb, 22. ožujka 2013.

U Zagrebu je 22. ožujka 2013. godine u auli Sveučilišta održan I. godišnji kolokvij o suzbijanju trgovanja ljudima, pod nazivom „Vae victi(m)s? Izgrađivanje pristupa suzbijanju trgovanja ljudima s naglaskom na ljudskim pravima“ u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i Max Planck instituta za inozemno i međunarodno kazneno pravo (Freiburg). Cilj kolokvija bio je svraćanje pozornosti na dosad u većem dijelu zanemareno pitanje zaštite ljudskih prava u suzbijanju trgovanja ljudima, pomoću interdisciplinarnog pristupa. Kolokvij je otvorio prodekan Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu prof. dr. sc. Dalibor Čepulo koji je svima poželio dobrodošlicu i istaknuo važnost rasprave o ovom fenomenu kao jednom od najvažnijih u kaznenoj teoriji i praksi današnjice. Izrazio je zadovoljstvo što je Pravni fakultet domaćin tako važnog događaja koji označava ne samo početak šire rasprave, nego interdisciplinarni pristup ovom fenomenu, što može biti osnova za implementaciju novih pristupa u zakonodavstvo. Naime, prije samog održavanja I. godišnjeg kolokvija o suzbijanju trgovanja ljudima dekan Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu prof. dr. sc. Zoran Parać i direktor Max Planck instituta za inozemno i međunarodno kazneno pravo u Freiburgu prof. dr. sc. Hans-Jörg Albrecht svečano su potpisali Sporazum o općoj suradnji te Sporazum o projektnoj suradnji Max Planck instituta i Katedre za kazneno pravo na području istraživanja i sprječavanja trgovanja ljudima. Nastavno na zaključivanje sporazuma kojemu su prisustvovali i predstojnik prof.dr.sc. Davor Derenčinović te članovi Katedre za kazneno pravo održan je I. Godišnji kolokvij o suzbijanju trgovanja ljudima. Poticanje i učvršćivanje međunarodne suradnje je jedna od najvažnijih uloga sveučilišta u današnje vrijeme, stoga je prof. dr. sc. Čepulo zahvalio doc. dr. sc. Anni-Mariji Getoš na dugogodišnjem poticanju suradnje između Max Planck instituta i Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Na kraju svog uvodnog izlaganja prof. dr. sc. Čepulo je izrazio sigurnost da će kolokvij biti dobra početna točka u institucionalizaciji nove suradnje te da će Zagreb postati, ne samo regionalno, središte u ovom području.

Prvo izlaganje održao je prof. dr. sc. Hans-Jörg Albrecht, direktor Max Planck instituta za inozemno i međunarodno kazneno pravo, pod nazivom „*Trgovanje ljudima između politike i kriminološke teorije*“². Prof. dr. sc. Albrecht je upozorio da je trgovanje ljudima heterogeno područje, koje obuhvaća trgovanje ženama radi seksualnog iskorištavanja, radnom snagom, djecom i ljudskim organima. Naglasio je važnost vizualiziranja ovog problema i moć brojki, pa tako primjerice *Aargauer Landeskirchen*, švicarska crkvena organizacija, procjenjuje da godišnje dva i pol milijuna ljudi postaje žrtvama trgovanja ljudima, pri čemu se zaradi 35 milijardi

* Emanuel Matešić, student III. godine Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

** Ivana Zelić, studentica III. godine Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

¹ „Vae Victi(m)s? Towards Building a Human Rights Approach in Combating Trafficking in Human Beings“

² „Human Trafficking between Policy Making and Criminological Theory“

američkih dolara. Nije najjasnije na osnovi čega su vršene te procjene. Trgovanje ljudima je područje na kojem se isprepliće mnogo problema današnjice. Kao glavni problem javlja se pitanje legalizacije prostitucije i kontrole tržišta seksualnim uslugama, zatim problem organiziranog kriminala i međunarodnih kaznenih djela, imigracije, ilegalnih useljenika, pitanje zaštite ljudskih prava, zaštite države, suzbijanja siromaštva i politike zaštite žrtava. S kriminološkog aspekta važno je shvaćanje funkcioniranja tržišta seksualnim uslugama i tržišta rada, zatim određenje trgovanja ljudima kao pitanja javne politike, podizanje svijesti da se radi o globalnom problemu te implementacija odgovarajućih odredbi u pravni sustav. Profesor je spomenuo presudu Europskog suda za ljudska prava *Rantsev protiv Cipra i Rusije*, u kojoj je sud, između ostalog, zaključio da je broj mladih žena kojima su ciparske vlasti dopustile useljavanje zbog rada u noćnim klubovima u nerazmjeru s brojem stanovništva Cipra, čime je otvoreno pitanje suradnje države s kriminalnim organizacijama. Istraživanja o ovom fenomenu su drastično porasla devedesetih godina prošlog stoljeća. Međutim, istraživanja su uglavnom podržavana od strane različitih interesnih grupa, orijentirana su na prostituciju i zanemaruju druge važne segmente ovog područja kao što su počinitelji, tržište seksualnim uslugama, djece za posvajanje, radnom snagom i ljudskim organima. Spomenuo je istraživanje u Njemačkoj koje je pokazalo nerazmjer između procijenjenog broja slučajeva trgovanja ljudima, otkrivenih slučajeva i pravomoćnih presuda protiv počinitelja. Kao jedan od razloga tomu navodi što su žrtve trgovanja ljudima najčešće ujedno ilegalni imigranti pa ne žele surađivati s policijom. Nedostatak pouzdanih podataka predstavlja veliki problem u suzbijanju trgovanja ljudima.

Sljedeće izlaganje održao je prof. dr. sc. Davor Derenčinović, predstojnik Katedre za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, pod nazivom „*Reformuliranje trgovanja ljudima – neki konceptualni prijepori*“³. Postoji velika diskrepancija između procjena broja žrtava. Neke su procjene u milijunskim brojkama, dok s druge strane broj otkrivenih i procesuiranih slučajeva ne prelazi brojke od nekoliko desetaka, najviše stotinjak slučajeva. Prof. dr. sc. Derenčinović je bio dopredsjednik Nezavisne skupine stručnjaka za provedbu Konvencije za djelovanje u borbi protiv trgovanja ljudima Vijeća Europe (GRETA⁴) te je s ostalim stručnjacima, tijekom posjeta europskim državama, zaključio da je najslabija karika u lancu suzbijanja trgovine ljudima, koji se sastoji od: prevencije, zaštite žrtava i kaznenog progona⁵, upravo identifikacija žrtava. Tekst Konvencije ne govori puno o definiciji žrtve, pa su i stručnjaci u GRETA-i raspravljali o tome treba li šteta nanosena žrtvama biti dokazana u postupku kako bi dobile status žrtve trgovanja ljudima. Povećava se broj država koje su unijele trgovanje ljudima u svoje zakonodavstvo, ali je to uglavnom ograničeno na kazneno zakonodavstvo i zapravo još uvijek nema sveobuhvatne regulacije. Stoga se trgovanjem ljudima bave uglavnom represivni organi, a žrtvama se bave samo kao potencijalnim svjedocima tj. koliko je potrebno radi postizanja osuđujuće presude. Nedostaje djelovanje iz perspektive zaštite ljudskih prava. Profesor je također spomenuo presudu *Rantsev protiv Cipra i Rusije*, s kojom se ne slaže u potpunosti, ali ističe kako je sud ispravno odlučio da je trgovanje ljudima povreda čl. 4. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava tj. povreda temeljnog ljudskog prava na dostojanstvo. Većina žrtava trgovanja ljudima su žene, ali iznenađuju statistike koje nam pokazuju i veliki broj počiniteljica ovog kaznenog djela pa tako npr. UN-ove statistike pokazuju da na svjetskoj razini čak 25% osuđenih čine žene. Za razliku od uvriježenog mišljenja da se radi o sofisticiranom kriminalu, nove statistike pokazuju da su većina počinitelja pripadnici malih grupa, fleksibilno organiziranih i dobro povezanih s grupama u zemlji tranzita i destinacije. Konvencija Vijeća Europe je proširila domašaj kaznenog djela i na unutargranično trgovanje ljudima, mada je u javnosti još uvijek percipirano kao prekogranično kazneno djelo. Iako postoje i transkontinentalne rute, kao što je npr. s azijskim žrtvama koje su najčešće transportirane u Europu i Sjevernu Ameriku, većina žrtava je transportirana regionalno, kao npr. iz Tajlanda u Singapur, iz Meksika u SAD. Žrtve redovito potječu iz ekonomski slabije

³ „*Re-shaping Human Trafficking – Some Conceptual Issues*“

⁴ *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*

⁵ 3P – *prevention, protection, prosecution*

razvijenih država, a prevoze ih u razvijene. Još uvijek nije osviješteno da postoji trgovanje ljudima za iskorištavanje radne snage jer se pretežito percipira kao iskorištavanje u seksualne svrhe. Time se nedovoljno evaluira viktimizacija žrtava koje su iskorištavane kao radna snaga. Povezanost ilegalne imigracije uvelike otežava razotkrivanje trgovine ljudima jer su žrtve ujedno i počinitelji nekog kaznenog djela ili prekršaja, kao što je posjedovanje krivotvorenih dokumenata i prostitucija te zbog toga nisu sklone obratiti se državi za zaštitu. Ta neobična dimenzija je izazov u suzbijanju trgovanja ljudima: postići balans između kaznene ili prekršajne odgovornosti žrtava i spašavanja istih te procesuiranje pravih počinitelja.

Raspravu nakon prvog dijela kolokvija moderirala je doc. dr. sc. Anna-Maria Getoš s Katedre za kazneno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu. Na početku su prof. dr. sc. Albrecht i prof. dr. sc. Derenčinović definirali elemente kaznenog djela trgovanja ljudima: radnja (transport, skrivanje, prihvataj itd.), sredstvo (prijevarena, prijetnja, nasilje, druga sredstva prisile) te namjera iskorištavanja. Da bi se djelo smatralo dovršenim nije potrebno da dođe do samog iskorištavanja. Ako je osoba u tranzitu i iskorištavanje nije nastupilo, osobu se mora smatrati žrtvom trgovanja ljudima, koja onda ima sva prava kao i žrtva kod koje je nastupilo iskorištavanje. Počinitelji češće pribjegavaju sredstvu kao što je iskorištavanje stanja bespomoćnosti nego primjeni prisile iz razloga što su žrtve tretirane kao investicije, postoji mogućnost višestruke prodaje žrtve, pri čemu je moguće ostvariti veću zaradu. Složenost kaznenog djela jedna je od prepreka tužiteljstvu te su zbog toga male brojke procesuiranih i osuđenih počinitelja. Tužiteljstvu je lakše dokazati elemente nekih drugih kaznenih djela kao što su podvođenje, vrbovanje za prostituciju. Rasprava je nastavljena pitanjem uloge GRETA-e i njezinim sredstvima za suzbijanje trgovanja ljudima. Prof. dr. sc. Derenčinović GRETA-u smatra značajnim korakom u suzbijanju trgovanja ljudima kojoj je Konvencija o suzbijanju trgovanja ljudima dala ovlasti, zajedno s Odborom stranaka, koje je političko tijelo, da daje preporuke državama kako bi uredile zakonske rupe, poboljšale zakonodavstvo i praksu općenito. Također postoji mogućnost za države koje nisu članice Vijeća Europe da postanu članice spomenute Konvencije. Rasprava je nastavljena o politici koja koristi neprovjerene podatke i informacije. Prof. dr. sc. Albrecht smatra da se politika suzbijanja trgovanja ljudima puno ne razlikuje od bilo koje druge kriminološke politike, kao što su pranje novca, korupcija, organizirani kriminal. Usporedio je trgovanje ljudima s organiziranim kriminalom, o kojem se mnogo govori, ali relevantni podaci nam pokazuju da o njemu ne znamo puno. U postupku otkrivanja lanca trgovanja ljudima najvažnija i najteža točka je identifikacija žrtve. Profesor je kritizirao već spomenutu presudu *Rantsev protiv Cipra i Rusije*, gdje se radilo o ubojstvu mlade djevojke, ali je pozadina događaja bilo trgovanje ljudima, a ciparske vlasti su učinile veliki propust ne poduzevši mjere kojom bi djevojku zaštitili. Prof. dr. sc. Derenčinović se nadovezao s kritikama na spomenutu presudu, u kojoj je sud propustio utvrditi povredu čl. 4. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Policija nije identificirala djevojku kao potencijalnu žrtvu trgovanja ljudima, iako je ona bila u policijskoj postaji, što je relevantno te je naposljetku upozorio da se slučaj *Rantsev* može dogoditi bilo gdje. Prof. dr. sc. Albrecht je još u vezi slučaja istaknuo suradnju policije s vlasnikom *cabareta*, kojem su naposljetku predali djevojku, dakle postojanje svojevrsnog javno-privatnog partnerstva u iskorištavanju žrtava.

Drugi dio kolokvija započeo je izlaganjem dr. sc. Michaela Kilchlinga s Max Planck instituta za inozemno i međunarodno kazneno pravo, pod nazivom „*Procesuiranje trgovanja ljudima u uvjetima legalizirane prostitucije? Koncepti i prijepori uređenja trgovanja ljudima u Njemačkoj*“⁶. U Njemačkoj se vodi živa rasprava o pravnoj reformi koja je provedena prije nekoliko godina, a za posljedicu je imala legalizaciju prostitucije. Jedan element reforme bila je legalizacija prostitucije, a drugi element jačanje zaštite ljudskih prava u odnosu na trgovanje ljudima, na način da se kazneno djelo trgovanja ljudima u kaznenom zakonu iz seksualnih delikata premjestilo u kaznena djela protiv osobne slobode. Razdvojeno je trgovanje ljudima

⁶ „*Prosecution on Human Trafficking in a Legalised Environment? Concepts and Controversies of Human Trafficking Legislation in Germany*“

zbog seksualnog iskorištavanja, trgovanje ljudima zbog radne snage i trgovanje djecom. Posljedice reforme su takve da, prema policijskim statistikama, nije došlo do povećanja broja otkrivenih slučajeva trgovanja ljudima. Dr. sc. Kilchling ističe kako je tržište rada oduvijek legalno i kako policija uspješno kontrolira radne dozvole zaposlenika. Naprotiv, policija se žali na poteškoće pri provođenju novih odredaba jer je gotovo nemoguće vršiti efektivnu kontrolu u uvjetima legalizirane prostitucije. Međutim, analiziranjem policijskog Godišnjeg izvješća o trgovanju ljudima, mogu se pronaći argumenti da legalizacija prostitucije nije imala veliki utjecaj na policijski rad. Jedan od glavnih argumenata je što se proširenjem Europske unije povećao broj useljenika iz istočne Europe, koji sada imaju legalno prebivalište u Njemačkoj te policija ne može djelovanje osobe na tržištu seksualnim uslugama uzeti kao početnu točku za istragu. Dr. sc. Kilchling to smatra najvećim problemom kod otkrivanja žrtava. Još jedan od glavnih problema je slaba suradnja žrtava s policijom. Zbog svega toga u Njemačkoj se javljaju prijevori oko dotične reforme, koju mnogi smatraju pogreškom te zahtijevaju vraćanje trgovanja ljudima kao seksualnog delikta. Predlaže se usvajanje skandinavskog modela kojim se u potpunosti zabranjuje prostitucija, a kažnjava se korisnika. Usprkos tome, dr. sc. Kilchling tvrdi da ne postoje statistički dokazi da je legalizacija prostitucije kao takva spriječila uspješno provođenje kaznenog progona.

Drugi dio kolokvija nastavio je prof. dr. sc. Peter J. Henning (Wayne State University Law School, Detroit, Michigan, SAD), koji kao *Fullbright scholar* predaje predmet *Economic Criminal Law* na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Profesor se u izlaganju pod nazivom „*Prijevori ustanovljenja odgovornosti korporacija za trgovanje ljudima prema zakonodavstvu SAD-a*“⁷, koncentrirao na iskorištavanje radne snage kao aspekt trgovanja ljudima te zakonodavna rješenja u Sjedinjenim Američkim Državama. Statistike pokazuju porast broja otkrivenih slučajeva u posljednjih nekoliko godina, ali kada se uzme u obzir da to znači dvadesetak slučajeva više u državi s više od 300 milijuna stanovnika, napredak je još uvijek slab. Trgovanje radnom snagom promatra se kroz dva aspekta: prvo, počinjeno od strane pojedinaca i malih poduzeća unutar samih Sjedinjenih Država (npr. kod izrada vjenčanica, usluga čišćenja) te drugo, kod velikih korporacija, koje se same ne bave kriminalnim aktivnostima, ali ih indirektno podržavaju odabirom dobavljača u inozemstvu koji zloupotrebljavaju radnu snagu. Velike korporacije same gotovo nikad nisu uključene u aktivnu trgovinu ljudima, ali su, zbog pritiska velike konkurencije, sklone tražiti dobavljača koji nudi što niže cijene, ne provjeravajući razlog tim nižim cijenama. Doseg normi kaznenog prava ograničen je teškim dokazivanjem kaznenog djela trgovanja ljudima, posebice zbog visokih zahtjeva za dokazivanjem posebne namjere. Zbog toga prof. dr. sc. Henning predlaže proučavanje alternativnih rješenja, posebice onih u trgovačkom pravu. Kao primjer ističe zakonodavstvo Kalifornije, gdje poslovni subjekti s godišnjim prihodima većima od 100 milijuna američkih dolara koji posluju s inozemstvom, moraju u svojim izvješćima navesti mjere kojima osiguravaju da među svoje dobavljače ne uključuju trgovce ljudima. Drugi je primjer zakon na saveznoj razini kojim se slična obveza nameće svim poslovnim subjektima koji trguju mineralima iz ratom pogođenim područjima središnje Afrike (*conflict minerals*).

Nakon izlaganja uslijedila je rasprava koju je moderirala doc. dr. sc. Maja Munivrana Vajda s Katedre za kazneno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu. Sudionici su se osvrnuli na povezanost diskriminacije s trgovanjem ljudima. Ona ima učinak na dva mjesta: u zemlji podrijetla žrtava stvara atmosferu netrpeljivosti koju diskriminirani pokušavaju izbjeći migracijom u druge države i pritom postaju žrtve trgovanja ljudima. U zemljama odredištima diskriminacija prema migrantima smanjuje učinkovitost mjera suzbijanja trgovanja ljudima. Diskriminacija može biti raznolika, a posebno se očituje ona na temelju spola ili pripadnosti etničkim skupinama, koja se u Hrvatskoj posebno pokazuje u odnosu na romsku manjinu. Kao

⁷ „*The Hurdles to Holding a Corporation Liable for Human Trafficking Legislation under United States Law*“

primjer diskriminativnih mjera spomenuta je mogućnost obeštećenja žrtava kaznenih djela u Europskoj uniji, koja je dostupna samo državljanima članica EU, čime je automatski isključen najveći broj žrtava trgovanja ljudima, koje potječu iz država istočne Europe koje još nisu članice. Osim toga, sudionici su se još jednom dotakli pitanja utjecaja (i)legalne prostitucije na suzbijanje trgovanja ljudima. Kao suprotnost njemačkom pristupu koji legalizacijom i regulacijom pokušava spriječiti iskorištavanje, spomenuta je Konvenciju UN-a o suzbijanju trgovanja ljudima i iskorištavanja prostitucije drugih, u kojoj je zauzet stav da je prostitucija nespojiva s dostojanstvom čovjeka. Prof. dr. sc. Albrecht je dao primjer Dortmunda, gdje su gradske vlasti pokušale zabraniti uličnu prostituciju. Međutim, prostitutke su se usprotivile toj mjeri te su sudskim putem uspjele ishoditi njeno ukidanje.

Treći dio kolokvija započeo je prof. dr. sc. Richard P. Farkas (DePaul University, Chicago, Illinois, SAD), profesor politologije, koji se u svojoj znanstvenoj aktivnosti posvetio proučavanju promjena u postkomunističkim državama srednje i istočne Europe. U svom izlaganju pod nazivom „*Složenost ocjenjivanja državnih i regionalnih rješenja*“⁸ osvrnuo se na poziciju i mogućnosti onih koji oblikuju javne politike (*public policy makers*) u suzbijanju trgovanja ljudima. Profesor navodi šest faza u kojima se može pokušati spriječiti trgovanje ljudima: vrbovanje žrtava, skrivanje žrtava, transport, primanje žrtava u državi odredištu, uvođenje posla u državi odredištu te održavanje sustava iskorištavanja. Učinkovitu borbu protiv kriminala otežavaju činjenice i u zemlji podrijetla žrtava i odredišta: u zemlji podrijetla to je siromaštvo, vrlo često praćeno širokom nepismenošću, a u zemlji odredišta to su ravnodušnost političara i šire javnosti te korupcija. S politološke perspektive, dva su moguća načina rješavanja problema: popravljanje situacije u zemlji podrijetla ili kaznenopravna rješenja u zemlji odredišta. Političari obično prihvaćaju drugi pristup, koji je lakše pravno urediti, ali je manje učinkovit. Statistike pokazuju da su rezultati borbe protiv trgovanja ljudima prilično slabi: u središnjoj i istočnoj Europi 20 000 racija provedenih godišnje rezultira s dvjestotinjak osuđenih i tristotinjak spašenih žrtava, uz prilično visoke troškove, dok UN procjenjuje da je na svjetskoj razini oko 21 milijun ljudi barem na neki način oštećen trgovanjem ljudima. Umjesto primjene 3P (*prevention, protection, prosecution*) države se ograničuju na 3R pristup (*rescue, rehabilitation, reintegration*), koji se premalo bavi korijenom problema, koncentrirajući se na sanaciju već nastale štete. Profesor je zaključio izlaganje konstatacijom da ne nedostaje dobrih ideja za suzbijanje trgovanja ljudima, već je glavni nedostatak – nedostatak političke volje, potkrijepivši tu tvrdnju podatkom da od 134 država koje imaju zakonodavstvo protiv trgovanja ljudima, 15% njih godišnje ne prijavljuju niti jedan kazneni postupak u vezi s tim kaznenim djelom.

Prof. dr. sc. Nikoleta Radionov s Katedre za pomorsko i općeprometno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u svojem izlaganju pod nazivom „Trgovanje ljudima pomorskim prometom – izazovi za pomorsko pravo“⁹ dotakla povezanosti trgovanja ljudima s pomorskim prometom. Istraživanja pokazuju da četvrtina kaznenih djela uključuje prijevoz žrtava preko granica jedne regije. Počinitelji se uglavnom odlučuju na prijevoz brodom, ponajviše zbog niske cijene, ali i male opasnosti od otkrivanja. Prilikom toga, prijevoznici mogu igrati dvije različite uloge. U manjem broju slučajeva prijevoznici svjesno sudjeluju u organizaciji i provođenju trgovanja ljudima. Oni obično koriste brodove koji ne zadovoljavaju tehničke standarde te su registrirani u zemljama trećeg svijeta s manjkavom regulacijom. Međutim, u većini se slučajeva ljudi prevoze brodovima iz bogatih zemalja, čiji vlasnici i zapovjednici brodova ni koji način nisu uključeni u planiranje kaznenih djela. Naime, iako je zapovjednik broda odgovoran za brod, posadu i teret , njegove ovlasti ne uključuju provjeravanje sadržaja zatvorenih kontejnera. Međutim, u praksi mnogih zemalja zamjetna je tendencija proširenog shvaćanja odgovornosti zapovjednika broda, što prof. dr. sc. Radionov uspoređuje sa zapovjednom odgovornošću vojnih zapovjednika. Istraživanje koje je proveo Međunarodni centar za pravnu zaštitu pomoraca

⁸ „Complexities in Assessing State-Based and Regional Solutions“

⁹ „Trafficking and Smuggling by Sea, Maritime Challenges“

pokazuje da se četvrtina ispitanih našla pod kaznenim optužbama, a zabrinjavajuće je što su im prilikom toga u velikoj većini slučajeva bila uskraćena osnovna postupovna prava, poput prava na branitelja i prevoditelja. Profesorica je završila svoje izlaganje s upozorenjem da takve mjere upravljene na suzbijanje trgovanja ljudima mogu imati upravo suprotan učinak; zbog nesigurnosti smanjuje se interes za pomorstvo čime se gube kvalitetni kadrovi, što povećava opasnost od nesreća uzrokovanih ljudskom pogreškom i ostanak samo onih kadrova koji su skloniji upustiti se u ilegalne aktivnosti.

Završnu raspravu moderirala je mr. sc. Sunčana Roksandić Vidlička s Katedre za kazneno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu. Sudionici su raspravljali o statusu žrtve s obzirom na to da Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima poziva države da u svoje zakonodavstvo uključe mogućnost nekažnjavanja žrtve prisiljene na sudjelovanje u ilegalnim aktivnostima. Kao rješenje su spomenuti primjena odredaba općeg dijela kaznenog zakonodavstva, uključivanje odredbi u posebni dio ili postupanje u okviru diskrecijskih ovlasti tužiteljstva u kaznenom postupku. Sudionici su zaključili da je vjerojatan razlog koncentracije represije na žrtve, i kao što je navela prof. dr. sc. Radionov, zapovjednike brodova to što je to najjednostavnije provesti, dok su mjere upravljene na otkrivanje pravih počinitelja – organizatora skupe i za sada daju slabe rezultate. Kako je ponekad teško provesti razgraničenje između žrtve i počinitelja, govori primjer prof. dr. sc. Derenčinovića o kriminalnoj praksi prijevoza trudnih Romkinja u Grčku, gdje se djeca prodaju ubrzo nakon rođenja. Postavlja se pitanje jesu li te žene (samo) žrtve ili i počiniteljice, a ako jesu, koji je trenutak u kojem postaju počiniteljice. Kao primjer promašenog postupanja naveden je slučaj u Ujedinjenom Kraljevstvu, gdje se vodio postupak protiv 14-godišnjaka koji je otkriven na ilegalnoj farmi kanabisa. Da bi se tome stalo na kraj, potrebno je provesti nova istraživanja i pomoću dobivenih preciznih rezultata, umjesto dosadašnjih procjena, formulirati mjere suzbijanja trgovanja ljudima, i što je najvažnije, implementirati ih.

Na kraju kolokvija, prof. dr. sc. Derenčinović zahvalio je svim izlagačima te ostalim prisutnima na sudjelovanju u kolokviju. Izrazio je nadu da ovaj kolokvij predstavlja početak šire rasprave o suzbijanju trgovanja ljudima. Naime, u široj je javnosti, izvan uskog kruga stručnjaka koji se bave ovom problematikom, trgovanje ljudima i dalje relativno nepoznato, nešto što se događa „negdje drugdje“ i ne prijeti izravno njima. Međutim, ovakvi bi kolokviji, sudeći prema prvome, mogli poboljšati situaciju.

ISSN 1847-7615