

GODIŠNJAK

AKADEMIJE PRAVNIH ZNANOSTI HRVATSKE

YEARBOOK

CROATIAN ACADEMY OF LEGAL SCIENCES



Vol. I
Broj 1/2010.

GODIŠNJAK AKADEMIJE PRAVNIH ZNANOSTI HRVATSKE
CROATIAN ACADEMY OF LEGAL SCIENCES YEARBOOK
Vol. I
Broj 1/2010

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: mr.sc. Anna Maria Getoš

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

Prijevodni sažetaka/Translation of Summaries: prof.dr.sc. Lelija Sočanac

Korektura/Corrections: Antonija Ivančan, Luka Lambaša, Šime Matak, Marija Matijević Ema Mendušić Škugor

Idejno rješenje naslovnice/Cover Design: Andrej Kalšan

Tisak/Print: Sveučilišna tiskara 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 168; e-mail: godisnjakapzh@net.hr

ISSN 1847-7615

UDK 34.01(051)(497.5)

SADRŽAJ

PREDGOVOR

RADOVI

Jasna Omejec

Kontrola ustavnosti ustavnih normi
(ustavnih amandmana i ustavnih zakona)1

Davorin Lapaš

Neka razmišljanja o dopustivosti jednostrane upotrebe sile
u suvremenom međunarodnom pravu29

Davor Derenčinović

Nisu na prodaju – o pravima žrtava trgovanja ljudima nakon
presude Europskog suda za ljudska prava
u predmetu Rantsev protiv Cipra i Rusije53

Hrvoje Arbutina

Jedan napor za postignuće harmonizacije oporezivanja dobiti
u Europskoj uniji: Direktiva o matičnom i zavisnom društvu73

Sunčana Roksandić Vidlička

Aktualna pitanja pojedinih kaznenih djela protiv
zdravlja ljudi u svjetlu donošenja
nacrtu izmjena hrvatskog Kaznenog zakona93

Leo Cvitanović

Power of surveillance – implications of technological
and information step forward in the
21st century on criminal policy and criminal law147

Nataša Žunić Kovačević, Budislav Vukas ml.

O proračunskom načelu prethodnog odobrenja
u djelu Stjepana Radića161

Vinko Hlača, Jakob Nakić

Pravni status marina u Republici Hrvatskoj175

PRILOG

Statut Akademije pravnih znanosti Hrvatske187

PREDGOVOR

Produkcija iznimno vrijednih znanstvenih radova s polja prava nemjerljivo je veća od onoga što bi, sasvim paušalne no nažalost sve učestalije procjene koje dolaze iz određenih nedobronamjernih krugova, mogle sugerirati. Znanstveni radovi naših istaknutih pravnih teoretičara i praktičara mogu se naći u nizu periodičkih publikacija – od zbornika hrvatskih pravnih fakulteta do usko specijaliziranih časopisa za pojedina područja odnosno pravne grane u okviru polja prava. U tom je smislu Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske komplementaran postojećoj i vrlo bogatoj pravnoj publicistici u Republici Hrvatskoj. Međutim, on je i daleko više od tek jednog dijela tog bogatog mozaika. Izdavač Godišnjaka je Akademija pravnih znanosti Hrvatske. Radi se o uglednoj instituciji osnovanoj odlukom 52 utemeljitelja udruge, ujedno i njenih prvih redovitih članova na Osnivačkoj skupštini 7. studenog 2001. godine. Osnivačka skupština je namjerno održana u vrijeme obilježavanja 225. godišnjice postojanja i djelovanja Pravnog fakulteta u Zagrebu, naše najstarije znanstvene i nastavne pravne institucije. Razlozi za osnivanje Akademije, navedeni su u pismu inicijatora njenog osnivanja, prof.emerit.dr.sc. Željka Horvatića redovitog profesora u.m. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, upućenom pozvanim sudionicima Osnivačke skupštine. U njemu, između ostalog, piše: "Dosadašnje iskustvo nas upozorava, da se u različitim dijelovima našeg društvenog života, a poglavito u postupanju izvršne, zakonodavne i sudbene vlasti prerijetko koriste spoznaje iz pravne znanosti, te da se i u hrvatskoj znanosti općenito, s nedovoljnim respektom odnosi prema toj znanosti." Razlozi za pokretanje znanstvenog časopisa istovjetni su onima za osnivanje Akademije pravnih znanosti Hrvatske – afirmacija pravne znanosti, njezino otvaranje prema javnosti i prožimanje s pravnom praksom. Upravo zbog toga, na objavljivanje radova u Godišnjaku pozvani su svi čiji će radovi svojom kvalitetom biti prikladni za publiciranje. To se odnosi kako na mlade znanstvenike koji nisu suradnici niti članovi Akademije pravnih znanosti Hrvatske, a kojima je objavljivanje znanstvenih radova jedan od uvjeta znanstvenog napredovanja, tako i na pravne praktičare kojima će objavljivanje radova u Godišnjaku i poticanje dijaloga s pravnom doktrinom nedvojbeno biti od koristi u rasvjetljavanju dvojbi s kojima se svakodnevno susreću u pravnoj praksi. Naš je *forte* izvrsnost i na suradnju su pozvani svi kolege iz Hrvatske i inozemstva koji će biti u stanju udovoljiti visokim kriterijima koje smo postavili. Visoku znanstvenu razinu časopisa osiguravaju i eminentni pravni stručnjaci iz inozemstva zastupljeni u Dopisnom uredništvu. Osim radova naših eminentnih autora koji se bave temama iz različitih pravnih grana, u prvi broj Godišnjaka odlučili smo priložiti i Statut Akademije pravnih znanosti Hrvatske kako bi se stručna javnost mogla na odgovarajući način upoznati s razlozima njezina osnivanja i ciljevima djelovanja. Naposljetku, koristim priliku zahvaliti svima koji su na bilo koji način pomogli u realizaciji ove publikacije te njima i Vama, poštovani čitatelji, u vrijeme Došašća zaželjeti svako dobro povodom božićnih i novogodišnjih blagdana.

Zagreb, prosinac 2010.

Glavni urednik

RADOVI

KONTROLA USTAVNOSTI USTAVNIH NORMI (USTAVNIH AMANDMANA I USTAVNIH ZAKONA)

Rad se bavi doktrinom materijalne neustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmana i ustavnih zakona) koja spaja koncepcije fundamentalne legitimacije i konstitucionalnosti, a kojoj je cilj sačuvati legitimnost poretka, braneći vrijednosti i načela koja ustavotvorac smatra temeljnim. Posebno se podrobno obrađuje praksa Saveznog ustavnog suda Njemačke o značenju i domašaju tzv. klauzule vječnosti sadržane u članku 79. stavku 3. njemačkog Temelnog zakona. Ta ustavna klauzula štiti esencijalna obilježja njemačkog Temelnog zakona od ustavnih amandmana suprotnih strukturalnim ustavnim načelima, odnosno strukturalnim ili fundamentalnim državnim normama njemačkog ustavnog poretka. Prikazuje se i češka klauzula vječnosti te praksa Ustavnog suda Češke Republike vezana uz nadležnost tog suda da ocjenjuje ustavnost ustavnih normi. S druge strane, daje se poredbeno-pravni pregled ustavnih rješenja i prakse ustavnih sudova, odnosno najviših redovnih sudova koji obnašaju ustavnosudsku jurisdikciju, u državama ustavi čiji ustavi ne sadrže klauzulu vječnosti (Irska, Francuska, Mađarska, Slovenija). Posljednji dio rada bavi se hrvatskim ustavnim rješenjima i praksom Ustavnog suda Republike Hrvatske u pitanju njegove nadležnosti za ocjenu ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmana i ustavnih zakona).

Ključne riječi: *nepromjenjivost ustavnih normi, nepromjenjivost ustavnih načela, klauzula vječnosti, neustavne ustavne norme (neustavni ustavni amandmani, neustavni ustavni zakoni), ustavni sud, ustavnosudska kontrola ustavnih normi.*

1. UVODNO: O DOKTRINI NEUSTAVNIH USTAVNIH NORMI

Doktrini „neustavnih ustavnih normi“ (*unconstitutional constitutional norms*), tj. „neustavnih ustavnih amandmana“ i „neustavnih ustavnih zakona“, koja počiva na postavci o postojanju nepromjenjivih ustavnih odredbi ili načela (*unamendable constituitionals provisions/principles*), posljednjih se godina u europskim okvirima poklanja povećana pažnja. Ona je rezultat šire rasprave o ustavnim amandmanima uopće koja je u najvećoj mjeri potaknuta promjenama kroz koje prolaze države srednje, istočne i jugoistočne Europe u procesu prilagodbe postkomunističkim uvjetima na europskom kontinentu. Te su promjene strukturalne, a odvijaju se u iznimno kratkom vremenu. U pravilu ih prate i učestale ustavne

* Prof.dr.sc. Jasna Omejec, predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

promjene.¹ U tom se svjetlu javila i potreba njihove pravne standardizacije na razini kontinenta. Sukladno tome, Vijeće Europe danas postavlja već i prve pravne standarde u području „ustavnih amandmana“.² Pobornici doktrine neustavnih ustavnih normi često ističu da ona u svojoj „jezgri“ nastoji „sačuvati legitimnost, braneći one vrijednosti i načela koja ustav smatra fundamentalnim. (...) U doktrini neustavnih ustavnih amandmana spajaju se u jedno koncepti fundamentalne legitimacije i konstitucionalnosti.“³ Riječ je o vrlo starom elementu konstitucionalizma u pojedinim državama. Tako primjerice, američki Ustav iz 1787. dopušta promjene svih svojih dijelova (doduše, u vrlo strogom postupku), uz jedan uvjet: "da nijednoj državi, bez njezine suglasnosti, neće biti uskraćeno pravo jednakog glasa u Senatu" (članak V.).⁴ Članak 112. norveškog Ustava iz 1814. također dopušta promjene svih svojih dijelova, ali uz izričit uvjet da „takav amandman, međutim, nikad ne smije biti suprotan načelima utjelovljenim u ovom Ustavu, već se jedino (smije) odnositi na modifikacije pojedinih normi koje ne mijenjaju duh Ustava“. Očevi osnivači norveškog Ustava 1814. smatrali su tu odredbu „supstancijalnim ukorjenjivanjem“ (*substantial entrenchment*) duha Ustava. U 19. stoljeću ona je imala određenih učinaka iako se nikada nije dogodilo da je usvojeni ustavni amandman bio naknadno ukinut zbog svoje nesuglasnosti s "duhom Ustava". Ograničavajuća funkcija te ustavne odredbe izgubila je tijekom 20. stoljeća svoju važnost što je razvidno iz razvitka norveškog ustavnog poretka koji je u tom stoljeću doživio mnoge važne promjene.⁵ U suvremenim je uvjetima nedvojbeno riječ o „najrigidnijem i najjačem zaštitnom mehanizmu za obvezivanje ustavom“ koji se ponekad naziva i „apsolutnim ukorjenjivanjem“ (*absolute entrenchment*).⁶ Za tu su doktrinu važne tri postavke.

¹ Ustavi država srednje, istočne i jugoistočne Europe, doneseni nakon 1989. godine, svrstavaju se u skupinu tzv. novih tranzicijskih ustava. Prema Arnoldu, ti ustavi čine treću i najupečatljiviju fazu razvitka europskih ustava od kraja Drugog svjetskog rata. Usp. ARNOLD, R.: *Ustavi, ustavni sudovi i tumačenje ustava na presjeku prava i politike* (referat), Regionalna konferencija ustavnih sudaca „Ustavno sudstvo u teoriji i praksi“, Beograd, 27-28. listopada 2009. (neobjavljeno, arhiv Ustavnog suda Republike Hrvatske).

² U postavljanju europskih standarda u području ustavnih amandmana dosada je najveći doprinos dala Komisija za demokraciju putem prava (Venecijanska komisija) Vijeća Europe (*European Commission for Democracy through Law / Venice Commission/ of the Council of Europe*). Njezin je najvažniji dokument u tom pravnom području *Report on Constitutional Amendment*, Study no. 469/2008, CDL-AD(2010)001, Strasbourg, 19 January 2010. Važni su i sljedeći dokumenti Venecijanske komisije: *Constitutional Provisions for Amending the Constitution: Rules of Parliamentary Procedure*, Study no. 469/2008, CDL-DEM(2008)002add2, Strasbourg, 8 October 2008; *Constitutional provisions for amending the constitution: The need for referendums - Possibilities of adopting an entirely new constitution instead of amending it - The role of constitutional courts in amending the constitution*, Study no. 469/2008, CDL-DEM(2008)002add3, Strasbourg, 8 October 2008; *Constitutional provisions for amending the constitution: Limits to constitutional amendments*, Study no. 469/2008, CDL-DEM(2008)002add, Strasbourg, 9 October 2008; *Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Albania on the Admissibility of a Referendum to Abrogate Constitutional Amendments*, Opinion No. 517/2009, CDL-AD(2009)007, Strasbourg, 13 March 2009.

³ Contribution to the Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Election in Slovenia by Peter Jambreč in collaboration with Klemen Jaklič, toč. 19., u: *Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Election in the Republic of Slovenia*, CDL-INF(2000)13, Strasbourg, 16 October 2000.

⁴ Članak V. Ustava SAD glasi: „Kongres će, kad god dvije trećine obaju domova budu smatrale nužnim, predložiti amandmane na ovaj Ustav ili, na zahtjev zakonodavnih tijela dviju trećina svih država, sazvati ustavotvornu skupštinu radi predlaganja amandmana, koji će u oba slučaja biti valjanim za sve namjene i svrhe, kao dio ovog Ustava, kad ih odobre zakonodavna tijela tri četvrtine svih država ili pak ustavotvorne skupštine u tri četvrtine njih, s obzirom na to hoće li Kongres predložiti jedan ili drugi način potvrde; uz uvjet da nijedan amandman koji bi mogao biti donesen prije godine tisuću osamsto osme ni na koji način ne dira u prvu i četvrtu odredbu u devetom odjeljku prvog članka; i da nijednoj državi, bez njezine suglasnosti, neće biti uskraćeno pravo jednakog glasa u Senatu.“

⁵ Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, toč. 208. i bilj. 146.

⁶ Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, toč. 206.

1.1. Formalna vs. materijalna neustavnost ustavnih normi

Prvo, doktrina neustavnih ustavnih normi ne odnosi se na formalnu neustavnost ustavnih normi. Danas je općeprihvaćeno pravilo o dopustivosti kontrole postupka donošenja i izglasavanja ustavnih amandmana i ustavnih zakona. To znači da se ta doktrina odnosi samo na njihovu materijalnu (supstancijalnu) (ne)ustavnost.

1.2. Nepromjenjivost ustavnih normi vs. formalna kontrola njihove ustavnosti

Drugo, u raspravi o toj doktrini potrebno je razlikovati dva zasebna pitanja. Jedno je pitanje: postoje li u ustavnom poretku konkretne države ustavne odredbe ili ustavna načela koja nisu podložna promjenama u postupku promjene ustava ili donošenja odnosno izmjena i dopuna ustavnih zakona? Drugim riječima, postoji li u ustavnom poretku konkretne države ograničavajuća (izričita ili implicirana) „klauzula vječnosti“ (njem. *Ewigkeitsklausel*, engl. *eternity/perpetuity clause*) ili „jamstvo vječnosti“ (njem. *Ewigkeitsgarantie*, engl. *eternity guarantee*) koja zabranjuje promjene pojedinih ustavnih odredbi ili ustavnih načela? Od tog je pitanja posve različito ono drugo: postoje li ustavnopravne mogućnosti, odnosno postoji li nadležnost (u prvom redu) ustavnog suda, odnosno najvišeg redovnog suda koji obnaša ustavnosudsku jurisdikciju, da ocjenjuje materijalnu ustavnost ustavnih amandmana ili ustavnih zakona koje je prihvatilo vrhovno zakonodavno tijelo u postupku u kojem je djelovalo u svojstvu ustavotvorne skupštine? Između tih dvaju pitanja ne postoji automatska veza ili nužna logična korelacija. Ustav određene države naime može sadržavati klauzulu vječnosti, a da ustavnosudska kontrola materijalne ustavnosti ustavnih amandmana i ustavnih zakona ipak ne bude prihvaćena. Na teorijskoj je razini moguća i obrnuta situacija. U svakom slučaju, budući da ustavne odredbe ili ustavna načela koja bi bilo zabranjeno mijenjati ne trebaju biti i nisu uvijek „čvrsto pravo“, briga o poštovanju pojedinih ustavnih normi ili ustavnih načela može izvirati - kao i u mnogim drugim ustavno-političkim pitanjima - samo iz interpretacije cjeline ustavnog teksta koju stvara ustavnosudska praksa, a da institucionalna ustavnosudska kontrola istodobno nije izričekom (formalno) predviđena u ustavu.

1.3. Prethodna vs. naknadna kontrola ustavnosti ustavnih normi

Treće, kontrola materijalne ustavnosti ustavnih amandmana i ustavnih zakona može biti prethodna ili preventivna (kontrola *a priori*) i naknadna ili represivna (kontrola *a posteriori*). Ovaj se rad bavi naknadnom, represivnom ustavnosudskom kontrolom ustavnosti ustavnih normi, koja je tipična za europsko-kontinentalni model ustavnog sudstva prihvaćen u gotovo svim europskim državama koje poznaju ustavno sudovanje.⁷ Samo u malom broju europskih

⁷ Izvan europskog kontinenta, najpoznatije su države u kojima su sudovi nadležni za ocjenu ustavnosti ustavnih amandmana Južna Afrika i Indija. Usp. presudu Ustavnog suda Južne Afrike 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) od 6. rujna 1996. *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly in re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* i drugu presudu u istom slučaju CCT 37/96 *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa* od 4. prosinca 1996., te presudu indijskog Vrhovnog suda u slučaju *Golak Nath vs. The State of Punjab* (1967.) i (načelno) u predmetu *Kesavananda Bharati vs. The State of Kerala* (1973.). Indijski Vrhovni sud u njima razvija doktrinu „temeljne strukture ustava“ (*doctrine of the 'basic structure of the Constitution'*), kojoj je osnovna postavka da „ovlast izmjene ne uključuje ovlast izmjene bazične strukture ili okvira Ustava na način da se mijenja njegov identitet“. Podrobnije GÖZLER, K.: *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin Press, Bursa, 2008. (elektroničko izdanje: <http://www.anayasa.gen.tr/jrca-3.htm>), 8. i dalje.

država ustavni sudovi imaju ovlast prethodne kontrole materijalne ustavnosti prijedloga ustavnih amandmana ili ustavnih zakona. Tako Ustav Ukrajine sadrži klauzulu vječnosti, ali istodobno propisuje ovlast Ustavnog suda da ustavnost ustavnih amandmana u svjetlu nepromjenjivih ustavnih načela kontrolira samo u prethodnom postupku, tj. prije njihova prihvatanja u državnom parlamentu (*Verkhovnoj Radi*).⁸ Slično tome, članak 288. Ustava Portugala koji uređuje pitanja u odnosu na koja je revizija ograničena (*Limites materiais da revisão*) sadrži listu od 14 ustavnih načela koje ustavni zakoni o izmjenama i dopunama Ustava „moraju poštovati“.⁹ S druge strane, Ustavni sud Portugala osobit je u europskim razmjerima po tome što je nadležan samo za prethodnu, preventivnu kontrolu ustavnosti zakona i drugih propisa pri čemu mu prethodna kontrola ustavnosti prijedloga ustavnih amandmana nije izrijekom dana u nadležnost. O eventualnoj nadležnosti u tom pitanju koju bi mogao u svojoj praksi izvesti Ustavni sud zasada nije moguće govoriti jer takve prakse nema. Naime, portugalski Ustav iz 1976. mijenjan je sedam puta (1982., 1989., 1992., 1997., 2001., 2004. i 2005.), ali se nikada nije dogodilo da je bilo koji od ustavnih amandmana bio osporen pred Ustavnim sudom s aspekta nepromjenjivih načela sadržanih u članku 288. Ustava. Nadalje, članak 141. stavak 2. Ustava Republike Moldavije propisuje da se „projekti koji se tiču ustavnih zakona mogu uputiti parlamentu pod uvjetom da Ustavni sud, odnosno barem četiri suca Ustavnog suda, daju odgovarajuću preporuku.“ I članak 153. Ustava Republike Azerbajdžan propisuje da „ako Milli Majlis (parlament, op.a.) Republike Azerbajdžan ili predsjednik Republike Azerbajdžan predlože promjenu teksta Ustava, potrebna je prethodna odluka Ustavnog suda Republike Azerbajdžan.“ Oblici navedenih i njima sličnih oblika prethodne, preventivne kontrole ustavnosti ustavnih normi nisu predmet obrade u ovom radu. Polazeći od obilježja hrvatskog ustavnog sudstva, koje pripada vladajućem europsko-kontinentalnom modelu, rad se bavi naknadnom, represivnom kontrolom ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmana i ustavnih zakona) koje su već na snazi. Zaključno, ovaj je rad doprinos raspravi o doktrini neustavnih ustavnih normi u hrvatskom ustavnom poretku. U domaćoj pravnoj literaturi ta doktrina dosada nije detaljnije obrađivana. Stoga se pokazalo nužnim u prvom redu provesti komparativnu analizu ustavnih rješenja u drugim europskim državama i usporediti ih s onima u hrvatskom ustavnom pravu. U prvom dijelu rada obrađuje se institut klauzule vječnosti. Međutim, budući da veći broj ustava europskih država sadržava klauzule vječnosti, u radu se obrađuju samo one koje istodobno imaju i razvijenu ustavnosudsku praksu vezanu uz naknadnu kontrolu ustavnosti ustavnih normi. To su u prvom redu Savezna Republika Njemačka i Češka Republika. U drugom dijelu rada obrađuje

⁸ U članku 157. stavku 1. Ustava Ukrajine propisano je da se on ne može mijenjati ako izmjene predviđaju ukidanje ili ograničavanje ljudskih prava građana ili ako ugrožavaju neovisnost ili teritorijalnu nedjeljivost Ukrajine. S druge strane, *Verkhovna Rada* ima pravo raspraviti nacrt zakona o izmjenama Ustava samo nakon što joj Ustavni sud dostavi mišljenje o sukladnosti nacrta zakona sa zahtjevima iz članaka 157. i 158. Ustava. Ukrajinski Ustav propisuje zabranu izmjene ustava i u uvjetima ratnog stanja ili u vrijeme velikih nepogoda (članak 159. Ustava). U vezi s tim, treba istaknuti da je nedvojbeno riječ o ograničenju promjene ustava, ali je to ograničenje privremene naravi i njegova je svrha posve drugačija od one koja se vezuje uz supstancijalnu nepromjenjivost ustava. Usp. i Venice Commission, *Constitutional provisions for amending the constitution: The need for referendums*, 17-19.; *Report on Constitutional Amendment*, toč. 224.

⁹ Članak 288. Ustava Portugala propisuje da revizija ustava mora poštovati: a) nacionalnu neovisnost i jedinstvo države; b) republikanski oblik vladavine; c) odvojenost države od crkve; d) prava građana, slobode i jamstva; e) prava radnika i radničkih sindikata; f) supostojanje javnog, privatnog, korporativnog i socijalnog sektora u odnosu na vlasništvo nad sredstvima za proizvodnju; g) zahtjeve ekonomskih planova; h) izbore dužnosnika u tijelima koja obnašaju suverenu vlast, tijelima autonomnih regija i tijelima lokalne samouprave na temelju općeg, neposrednog, tajnog i periodičnog biračkog prava te razmjerni izborni sustav; i) pluralističko izražavanje i političke organizacije, uključujući političke stranke i pravo na demokratsku opoziciju; j) diobu i međuovisnost tijela koja obnašaju suverenu vlast; k) podvrgnutost pravnih pravila kontroli njihove pozitivne ustavnosti i njihove neustavnosti uzrokovane propuštanjem; l) neovisnost sudova; m) autonomiju lokalnih vlasti; n) političku i upravnu autonomiju arhipelaga Azora i Madeira.

se ustavnosudska praksa ustavnih sudova, odnosno najviših redovnih sudova koji obnašaju ustavnosudsku jurisdikciju, vezana uz kontrolu ustavnosti ustavnih normi u državama čiji ustavi ne sadrže izričitu klauzulu vječnosti. To su Francuska, Mađarska, Irska i Slovenija. Izbor tih država bio je (između ostaloga) uvjetovan činjenicom da one imaju razvijenu ustavnosudsku praksu u tom pitanju. U posljednjem se dijelu rada razmatra hrvatski Ustav i dosadašnja praksa hrvatskog Ustavnog suda vezana uz navedena pitanja.

2. KONTROLA MATERIJALNE USTAVNOSTI USTAVNIH NORMI U DRŽAVAMA ČIJI USTAVI SADRŽAVAJU KLAUZULU VJEČNOSTI

2.1. Klauzula vječnosti i kontrola ustavnosti ustavnih normi u Njemačkoj

2.1.1. Njemačka klauzula vječnosti (članak 79. stavak 3. Temeljnog zakona)

Čini se da nije pretjerano utvrditi: svaka rasprava o institutu klauzule vječnosti na europskom kontinentu započinje i završava s Temeljnim zakonom (*Grundgesetz*) Savezne Republike Njemačke iz 1949. godine.¹⁰ Iako je riječ o „jednom od najvećih ustava svijeta“,¹¹ povijest razvitka njemačkog Temeljnog zakona obilježavaju učestale promjene. U 60-ak godina njegova ustavnopravnog života, Nijemci su svoj Temeljni zakon izmijenili odnosno dopunili 57 puta, pri čemu tijekom 2009. čak četiri puta. Posljednja promjena (dopuna) dogodila se u srpnju 2010. godine.¹² *Kommers* pravilno primjećuje da je sa strukturalnog stajališta njemački Temeljni zakon zapravo hibrid ustavnih i zakonskih pravila.¹³ Stoga je on podložan relativno čestim promjenama, bujanju i rastu.¹⁴ Tu sudbinu općenito slijede europski ustavi, osobito oni

¹⁰ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2248).

¹¹ CURRIE, D.P.: Foreword to the Second Edition (December 1995), u: KOMMERS D.P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Edition: 2 revised, London and Durham, Duke University Press, 1997.

¹² Podaci o posljednjih pet promjena njemačkog Temeljnog zakona, koje su provedene tijekom 2009. i 2010., navode se kronološkim redom, počevši od najnovijih: *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91e)* vom 21. Juli 2010, Bundesgesetzblatt Teil I 2010 Nummer 38 vom 26. Juli 2010 Seite 944; *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d)* vom 29. Juli 2009, Bundesgesetzblatt Teil I 2009 Nummer 48 vom 31. Juli 2009 Seite 2248-2250; *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 87d)* vom 29. Juli 2009, Bundesgesetzblatt Teil I 2009 Nummer 48 vom 31. Juli 2009 Seite 2247; *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 45d)* vom 17. Juli 2009, Bundesgesetzblatt Teil I 2009 Nummer 43 vom 22. Juli 2009 Seite 1977; *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 106, 106b, 107, 108)* vom 19. März 2009, Bundesgesetzblatt Teil I 2009 Nummer 16 vom 25. März 2009 Seite 606. Osim toga, zbog njegova ustavnog značenja, u tu skupinu treba svrstati i stupanje na snagu Ugovora iz Lisabona (*Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007* vom 13. November 2009, Bundesgesetzblatt Teil II 2009 Nummer 36 vom 24. November 2009 Seite 1223-1224). Izvor: <http://lexetius.com/GG/Quellen> (pristup: 30. rujna 2010.).

¹³ KOMMERS, D.P.: *Menschenwürde und Freiheitsrechte. Was unterscheidet das deutsche Grundgesetz und die Verfassung der Vereinigten Staaten?* (prikaz Peatricka Bahnerna), Frankfurter Allgemeine Zeitung, FAZ.NET 18. Mai 2009.

¹⁴ Usp. BUSCH, A.: *The Grundgesetz after 50 Years: Analysing changes in the German Constitution, German Politics*, 1743-8993, Volume 9, Issue 1 April 2000, 41-60. Njemački je Temeljni zakon 1949. godine imao 146 članaka. 2010. godine on i dalje ima 146 članaka, ali je izvorni sadržaj pojedinih od njih u cijelosti ili djelomično izmijenjen. Osim toga, tekst je Temeljnog zakona tijekom godina nadopunjavan novim člancima, ali se ti novi članci nisu označavali novim brojevanim oznakama, već su se dodavali kao članci a., b, c. itd. već postojećim brojevanim oznakama članaka (primjerice, članak 121a, 121b, 121c, itd.). Uz osnovnih 146 članaka sadašnji tekst Temeljnog zakona ima već 51 takav „dopunski“ članak. Samo u 2009. godini Temeljni zakon dopunjen je s osam takvih „dopunskih“ članaka, a 2010. uslijedio je još jedan. Prema stanju u listopadu 2010., Temeljni zakon stvarno ima 197 članaka.

doneseni nakon 1989. u državama srednje, istočne i jugoistočne Europe, kojima je *Grundgesetz* temeljni ustav-uzor kad je riječ o prihvaćanju pojedinih ustavnih rješenja. Ipak, učestale promjene Temelnog zakona ne utječu na pojedina strukturalna načela na kojima počiva ustavni poredak Savezne Republike Njemačke. Ona su naime nepromjenjiva. Članak 79. stavak 3. Temelnog zakona glasi:

„Članak 79.
[Izmjene Ustava]

(...)

(3) Nedopustiva je promjena Temelnog zakona kojom se zadire u podjelu Saveza na zemlje, u pravo sudjelovanja zemalja u zakonodavstvu ili u načela utvrđena u člancima 1. i 20.¹⁵

Riječ je o klauzuli vječnosti, koja štiti esencijalna obilježja Temelnog zakona od ustavnih amandmana suprotnih strukturalnim ustavnim načelima, odnosno strukturalnim ili fundamentalnim državnim normama njemačkog ustavnog poretka.¹⁶ Drugim riječima, ustavna načela sadržana u članku 1. i članku 20., na koja upućuje članak 79. stavak 3. Temelnog zakona, nitko ne smije mijenjati pa ni sam ustavotvorac. Riječ je o pravim temeljima njemačke državne zajednice. Ta načela čine okvir unutar kojega se mora obrazovati političko jedinstvo njemačkog društva, ali i smjernice na osnovi kojih se moraju provoditi državni zadaci. Ta se ustavna načela moraju razlikovati od ustavnih normi o državnim ciljevima (njem. *Staatszielbestimmungen*), pod kojima se misli na „ustavne norme s pravnoobvezujućim učinkom koje državi propisuju trajno poštovanje ili ispunjavanje određenih zadataka“.¹⁷ Za razliku od tako definiranih državnih ciljeva, ustavna načela određuju strukturu i bit njemačke države. To znači: Njemačka će ostati to što jest i onda kad se iz Ustava odstrane pojedinačni državni ciljevi, ali neće ostati ista državna zajednica ako bi jedan od strukturalnih ustavnih načela bio ukinut ili izmijenjen.¹⁸ Kad njemački ustavotvorac u članku 79. stavku 3. Temelnog zakona upućuje na ustavna načela koja su regulirana u članku 1., riječ je o temeljnim pravima koja služe za konkretizaciju ljudskog dostojanstva. Članak 1. Temelnog zakona glasi:

„I. Temeljna prava
Članak 1.

[Ljudsko dostojanstvo, obveza poštovanja temeljnih prava od državne vlasti]

- (1) Ljudsko je dostojanstvo nepovredivo. Svaka je državna vlast obvezna poštovati ga i štiti.
- (2) Njemački narod stoga prihvaća nepovrediva i neotuđiva ljudska prava kao temelj svake ljudske zajednice, mira i pravednosti u svijetu.
- (3) Temeljna prava, koja slijede u nastavku, kao neposredno važeće pravo, obvezuju zakonodavnu, izvršnu i sudbenu vlast.“

¹⁵ U izvornom tekstu taj članak glasi: „(3) Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“

¹⁶ CURRIE, D.P.: “Republication - Separation of Powers in the Federal Republic of Germany”, German Law Journal, Vol. 9, No. 12 (1. 12. 2008.), 2116. i 2160., bilj. 223.

¹⁷ Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsufträge. Bericht der Sachverständigen-Kommission, hrsg. vs. Bundesminister des Inner/Bundesminister des Justiz, 1982., 21., cit. prema ŠARČEVIĆ, E.: *Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke. Uvod u njemačko državno pravo* (sa izvornim tekstom Ustava i prijevodom na bosanski jezik) / uredio KAPIDŽIĆ M.M. / KULT/B Sarajevo, Fondacija Heinrich Böll-Regionalni ured u Bosni i Hercegovini, Ambasada Savezne Republike Njemačke u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2005., 110.

¹⁸ ŠARČEVIĆ, isto, 107. i 110.

Članak 1. Temeljnog zakona u literaturi se često spominje kao mjerilo za razlikovanje njemačkog od američkog ustava, po mnogima najstarijeg modernog, nacionalnog, kodificiranog demokratskog ustava na svijetu. Za razliku od Ustava SAD koji se sagledava kao ustav slobode (njem. *Verfassung der Freiheit*, engl. *Constitution of Freedom*), u kojemu temeljna prava zauzimaju apsolutne pozicije negativne slobode, priznata su enumerativno, postoje paralelno i međusobno se ne ugrožavaju, njemački Temeljni zakon počiva na posve različitom konstruktivnom načelu koje ga svrstava u ustav ljudskog dostojanstva (njem. *Verfassung der Würde*, engl. *Constitution of Human Dignity*).¹⁹ Katalog temeljnih prava (njem. *Grundrechtskatalog*) u Temeljnog zakonu zauzima središnje mjesto. Konkretnije, on jamči obilje međusobno prožimajućih prava, u čijem je središtu ljudsko dostojanstvo. Stoga ustavna interpretacija, u kojoj središnju ulogu ima Savezni ustavni sud (*Bundesverfassungsgericht*), uvijek ide za tim da se pronađe i postigne ravnoteža među njima s ciljem konkretizacije ljudskog dostojanstva, ali i ravnoteža s drugim suprotstavljenim ustavnim vrednotama. Nadalje, u članku 20. Temeljnog zakona riječ je o temeljima državnog uređenja. On glasi:

„Članak 20.

[Temelji državnog uređenja, pravo na otpor]

- (1) Savezna Republika Njemačka je demokratska i socijalna savezna država.
- (2) Sva državna vlast proizlazi od naroda. Narod je ostvaruje na izborima, referendumom te preko tijela zakonodavne, izvršne vlasti i sudbene vlasti.
- (3) Zakonodavna je vlast podređena ustavnom poretku, a izvršna i sudbena vlast zakonu i pravu.
- (4) Ako druga sredstva pomoći nisu moguća, svi Nijemci imaju pravo oduprijeti se svakome tko smjera srušiti ovaj ustavni poredak.“

U članku 20. Temeljnog zakona riječ je o načelu *demokracije*, načelu *savezne državnosti* i načelu *pravne državnosti*.²⁰ „Ti principi obrazuju pravnu osnovu na kojoj počiva njemačka država u svom aktuelnom obliku. Oni, prema tome, ne predstavljaju slučajaj, sporedni produkt ustavne historije, političku retoriku ili literarni dekor, nego konkretiziraju bazni konsenzus njemačkog društva na kojem se temelji moderna njemačka državnost“.²¹ To potvrđuje i sam Savezni ustavni sud kad naglašava da je „načelo demokracije nepromjenjivo kad ga se važe s ostalim pravnim interesima; ono je nepovredivo (...). Konstitutivna vlast Nijemaca koju je dao sam Temeljni zakon išla je za postavljanjem nesavladivih granica za bilo koji budući politički razvitak. Amandmani Temeljnog zakona kojima bi se utjecalo na načela postavljena u članku 1. i članku 20. Temeljnog zakona nedopušteni su (članak 79. stavak 3. Temeljnog zakona). Tzv. jamstvo vječnosti oduzelo je raspolaganje s identitetom slobodnog ustavnog poretka čak iz ruku zakonodavca kad mijenja ustav. Temeljni zakon time ne samo da pretpostavlja suverenu državnost Njemačke (njem. *souveräne Staatlichkeit Deutschlands*, engl. *sovereign statehood of Germany*), nego je jamči.“²² Zaključno, ovlast promjene Temeljnog zakona ograničena je klauzulom ili jamstvom vječnosti koja štiti elementarna (strukturna) načela njemačkog ustava od ustavnih amandmana kojima bi ih se moglo izmijeniti. Članak 79. stavak 3. Temeljnog zakona iz 1949. bio je očit odgovor na netom poraženi totalitarni nacistički režim koji je bio ustanovljen na formalno ustavan način,

¹⁹ KOMMERS, *Menschenwürde und Freiheitsrechte*.

²⁰ „Zu den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes gehören das Prinzip der Demokratie, das bundesstaatliche Prinzip und das rechtsstaatliche Prinzip.“, BVerfGE 1, 14 - Neugliederung, Bundesverfassungsgericht Urteil 23. Oktober 1951.

²¹ ŠARČEVIĆ, isto, 108.

²² Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421), 216.c.

ali je istodobno oduzeo prethodnom njemačkom ustavu cjelokupni materijalni supstrat. Njegov je *ratio* nedvojbeno bio usmjeren na otkrivanje nekog budućeg potencijalnog ustavnog udara kako bi mu se u najmanju ruku pravodobno oduzela svaka legitimnost, ako ga se već ne bi moglo spriječiti u cijelosti.²³ Pozivajući se na njemačko iskustvo nakon pada nacizma i kontekst u kojem je donesen njemački Temeljni zakon 1949., *Sajó* ističe da je strah „jedan od ključnih društvenih iskustava koji diktira specifična fundamentalna ustavna rješenja. ... Njemački Temeljni zakon poslije II. svjetskog rata očito su u cijelosti diktirali motivi straha.“²⁴

2.1.2. Njemačka klauzula vječnosti i europske integracije

Ipak, potrebno je napomenuti da se funkcija klauzule vječnosti, sadržane u članku 79. stavku 3. Temelnog zakona, vremenom postupno modificirala (najviše zahvaljujući praksi Saveznog ustavnog suda), tako da je ona danas bitno šira od one zbog koje je 1949. godine unesena u njemački ustav. Ilustrativan je primjer njezina primjena u pitanjima vezanim uz članstvo Njemačke u Europskoj uniji. U Odluci 2 BvE 2/08 od 30. lipnja 2009. Savezni ustavni sud je presudio da je Zakon od 8. listopada 2008. o Ugovoru iz Lisabona od 13. prosinca 2007. (*Gesetz vom 8. Oktober 2008 zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007*, Bundesgesetzblatt 2008 II Seite 1038) u nesuglasnosti s člankom 20. stavcima 1. i 2., člankom 23. stavkom 1. i člankom 79. stavkom 3. Temelnog zakona, te da vrijeda prava podnositelja ustavne tužbe iz članka 38. stavka 1. Temelnog zakona (u daljnjem tekstu: presuda Lisabon).²⁵ Čini se da će presuda Lisabon i u literaturi i u praksi biti posebno prosuđivana u odnosu na kontrolne mehanizme koje predviđa za provedbu materijalnih utvrđenja koja su u njoj sadržana. Drugi senat u njoj je naime razvio dvije osnove za ustavne tužbe u predmetima koji se odnose na Europsku uniju. Jedno je tzv. *ultra vires* kontrola (njem. *Ultra-vires-Kontrolle*), a druga je tzv. kontrola identiteta (njem. *Identitätskontrolle*, engl. *identity review*).²⁶ Pri ispitivanju djeluju li europski pravni akti *ultra vires*, Savezni ustavni sud u osnovi ispituje je li Europska unija poštivala ugovoreni poredak nadležnosti. Drugim riječima, primjena te kontrole odnosi se na razgraničenje nadležnosti između zemalja članica i Europske unije u svakom pojedinačnom slučaju: „Savezni ustavni sud ispituje ostaju li pravni instrumenti europskih institucija i tijela, vodeći se načelom supsidijarnosti sukladno pravu Zajednice i Unije ..., unutar granica suverenih prava (njem. *Hohheitsrechte*, engl. *sovereign powers*) koja su im dodijeljena putem (prenesene) ograničene ovlasti (njem. *begrenzten Einzelmächtigung*, engl. *conferred power*)“.²⁷ S druge strane, neprenosive nadležnosti koje su vezane uz „nepovrediv sadržaj jezgre ustavnog identiteta Temelnog zakona (njem. *unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes*; engl. *the inviolable core content of the constitutional identity of the Basic Law*) sukladno članku 23. stavku 1., treća rečenica, u vezi s člankom 79. stavkom 3. Temelnog zakona“ ne mogu biti učinkovito zaštićene ustavnom tužbom *ultra vires*. Stoga Savezni ustavni sud radi zaštite „nepovredivog

²³ Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment*, toč. 212.

²⁴ SAJÓ, A.: „Constitutional sentiments“, Acta Juridica Hungarica, Publisher Akadémiai Kiadó, Volume 47, Number 1, March 2006, 1-13. V. i <http://www.law.berkeley.edu/institutes/cslls/Sajo%20paper.pdf>.

²⁵ Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421).

²⁶ Detaljnije SCHORKOPF, F.: „The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon“, German Law Journal, Vol. 10, No. 8, 1 August 2009 (Special Edition.), 1219-1240. Upućujemo i na ostale članke o presudi Lisabon Saveznog ustavnog suda Njemačke u istom posebnom izdanju.

²⁷ Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 vom 30.6.2009, 240.

sadržaja jezgre ustavnog identiteta Temelnog zakona“ uvodi novu metodu prisile: ustavnu tužbu za kontrolu identiteta koja se temelji na članku 79. stavku 3. Temelnog zakona, tj. na klauzuli vječnosti. Tom se ustavnom tužbom redefinira argument „gubitka državnosti“: ona se shvaća kao zaštita nacionalnog ustavnog identiteta (njem. *nationalen Verfassungsidentität*, engl. *national constitutional identity*), odnosno kao zaštita "konstitutivne vlasti Nijemaca koju im je dao sam Temeljni zakon" i načela navedenih u člancima 1. i 20. Temelnog zakona: „Kontrola identiteta omogućuje ispitivanje jesu li u odnosu na postupanja europskih institucija načela iz članka 1. i članka 20. Temelnog zakona, koja su proglašena nepovredivim u članku 79. stavku 3. Temelnog zakona, povrijeđena. To osigurava da se primat primjene prava Unije provodi samo na temelju i u kontekstu ustavnog ovlašćivanja koje u osnovi traje.“²⁸ Nadalje, Savezni ustavni sud je u presudi Lisabon naglasio da načela „temeljnih političkih i ustavnih struktura suverenih država članica“, kako ih priznaje članak 4.2. (prva rečenica) Ugovora iz Lisabona, moraju biti zaštićena, osobito naglašavajući da u tom smislu jamstvo nacionalnog ustavnog identiteta sukladno Ustavu, s jedne strane, i pravo Europske unije, s druge strane, „idu ruku pod ruku u europskom upravnom području“. Iz tako definiranih postavki Savezni ustavni sud onda crpi i opravdanje za pridržaj nacionalne kontrole (tj. kontrole identiteta) bez koje zaštita tih struktura ne bi bila moguća.²⁹ Zaključno, Savezni ustavni sud u presudi Lisabon interpretira klauzulu vječnosti iz perspektive načela demokracije, smatrajući je - u uvjetima napredujućih europskih integracija - zaštitnikom ustavnog identiteta i konstitutivne vlasti njemačkog naroda: „Iz perspektive načela demokracije, povreda ustavnog identiteta kodificiranog u članku 79. stavku 3. Temelnog zakona u isto je vrijeme narušavanje konstitutivne vlasti naroda. U tom smislu konstitutivna vlast nije odobrila predstavnicima i tijelima naroda mandat da raspolažu s identitetom ustava. Nijednom ustavnom tijelu nije dodijeljena nadležnost promjene ustavnih načela koja su sukladno članku 79. stavku 3. Temelnog zakona esencijalna. Savezni ustavni sud to pažljivo motri. Onim što je poznato kao jamstvo vječnosti Temeljni zakon reagira s jedne strane na povijesno iskustvo klizećeg ili naglog potkopavanja slobodne biti demokratskog temeljnog poretka. Međutim, također je jasno da Ustav Nijemaca, sukladno međunarodnom razvitku koji se odvija naročito od osnutka Ujedinjenih naroda, ima univerzalni temelj za kojeg se ne očekuje da bude mijenjan pozitivnim pravom.“³⁰ Članak 79. stavak 3. Temelnog zakona stvoren je, dakle, da bi spriječio totalitarne udare, ali i promjene u pozitivnom pravu koje bi mogle prerezati vezu između njemačkog ustava i njegova univerzalnog temelja priznatog po međunarodnom pravu.

2.1.3. Njemački Savezni ustavni sud i kontrola materijalne ustavnosti ustavnih normi

Kao i u točki 2.1.1., i ovdje nije pretjerano utvrditi: svaka komparativna analiza ustavnosudske prakse vezane uz kontrolu ustavnosti ustavnih amandmana započinje i završava s njemačkom ustavnosudskom doktrinom „neustavnog ustavnog prava“ (njem. *verfassungswidrigen Verfassungsrechts*, engl. *unconstitutional constitutional norms*). Ona je toj praksi oduvijek davala, i još uvijek daje, osobit pečat. Temeljni zakon ne ovlašćuje Savezni ustavni sud da nadzire ustavnost ustavnih amandmana: on ga ovlašćuje samo na kontrolu formalne i materijalne suglasnosti zakona s ustavom. Točnije, on ga u članku 93. ovlašćuje na ispitivanje „formalne i stvarne suglasnosti saveznog prava ili zemaljskog prava s ovim Temeljnim zakonom“ („*förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetz*“). Unatoč tome, u svjetlu članka 79. stavka 3. Temelnog zakona, a pristupajući ustavu kao strukturalnom jedinstvu i hijerarhijskom sustavu

²⁸ Isto, 240.

²⁹ Isto, 240.

³⁰ Isto, 218.

vrijednosti, njemački Savezni ustavni sud proglasio se nadležnim ne samo za ocjenu formalne, nego i materijalne ustavnosti ustavnih amandmana. Takvu interpretaciju svoje vlastite nadležnosti Savezni ustavni sud opravdao je nužnošću zaštite objektivnog poretka vrijednosti na kojemu počiva njemački ustav. Budući da ustavni amandmani mogu biti protivni elementarnim strukturalnim ustavnim načelima koje štiti članak 79. stavak 3. Temelnog zakona, takvi ustavni amandmani morali bi biti kvalificirani kao „neustavno ustavno pravo“.³¹ Da nije riječ samo o akademskom pitanju, pokazuje dosadašnja praksa Saveznog ustavnog suda. Taj je sud prvi put dao objašnjenje doktrinarnog koncepta "neustavnog ustavnog prava" u predmetu poznatom pod nazivom „*Südweststaat-Streit*“³² iz 1951., da bi ga u predmetu znanom pod nazivom „*Članak 117.*“ iz 1953. usvojio kao važeću doktrinu.³³ Poslije toga uslijedile su i druge važne presude koje se u sljedećim točkama sažeto prikazuju.³⁴

2.1.3.1. Slučaj "*Südweststaat-Streit*" (1951.)

U svojoj važnoj odluci iz 1951. godine u predmetu "*Südweststaat-Streit*", koju mnogi uspoređuju s odlukom Vrhovnog suda SAD u predmetu *Marbury vs. Madison*, Savezni ustavni sud istaknuo je značenje unutarnje koherentnosti i strukturalno jedinstvo Temelnog zakona u cjelini. On je izrijeком utvrdio da se „nijedna ustavna odredba ne može izvući iz konteksta i samostalno interpretirati. ... Svaka pojedina ustavna odredba mora se uvijek tumačiti u skladu s temeljnim načelima Ustava i namjerama ustavotvorca.“³⁵ I dalje: „... Pojedinačna ustavna odredba ne može biti izolirana i interpretirana samostalno. Ustav posjeduje unutarnje jedinstvo i značenje pojedinačnog dijela vezano je za ostale odredbe. Ako ga se promatra kao jedinstvo, Ustav odražava pojedina sveobuhvatna načela i temeljne odluke kojima su podređene sve ostale pojedinačne odredbe. To je razvidno iz članka 79. stavka 3. Temelnog zakona. Tako ovaj sud dijeli stajalište Ustavnog suda Bavarske (odluka od 24. travnja 1950. – op.a.), koji kaže: 'Načelno nije nemoguće da ustavna odredba bude ništava samo zato što je dio Ustava. Postoje ustavna načela koja su toliko temeljna i izraz su prava u tolikoj mjeri da imaju prednost i pred Ustavom te obvezuju čak i ustavotvorca, a preostale ustavne odredbe koje nisu rangirane tako visoko mogu biti ništave ako nisu u skladu s tim načelima.' Iz ovog interpretacijskog pravila proizlazi da se svaka ustavna odredba mora tumačiti na način koji je u skladu s tim osnovnim načelima i s osnovnim odlukama ustavotvorca...". Sudac *Leizbholz*, komentirajući taj predmet, navedena je stajališta Saveznog ustavnog suda sažeo ovako: "Stajalište je Suda da je svaka ustavna odredba u čvrstoj vezi s ostalim odredbama, koje zajedno čine cjelinu. Sud nadalje smatra da određena ustavna načela i temeljni kocepti proizlaze iz Temelnog zakona, koji se nalazi iznad svih ostalih ustavnih

³¹ O'CONNELL, R.: "Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms", *Journal of Civil Liberties*, Vol. 4, No. 48, 1999., 48-75. (cit. na 54.).

³² BVerfGE 1, 14 - Neugliederung, Bundesverfassungsgericht Urteil 23. Oktober 1951. Slučaj je na engleskom jeziku poznat pod nazivom *Southwest State case*.

³³ Bundesverfassungsgericht, 3 BVerfGE 225, 230-236 (1953).

³⁴ Osim na samim mjerodavnim presudama, prikaz razvitka prakse Saveznog ustavnog suda vezane uz „neustavno ustavno pravo“ temelji se na Gözlerovoj knjizi *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study* (v. bilj. 7.) i na mišljenju Venecijanske komisije: *Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Election in the Republic of Slovenia*, CDL-INF (2000)13, Strasbourg, 16 October 2000.

³⁵ Navedeni tekst presude BVerfGE 1, 14 u izvorniku glasi: „4. Die einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Aus dem Gehalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind. Diese sind deshalb so auszulegen, daß sie mit den elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar sind.“

normi.”³⁶ Savezni ustavni sud očito je u predmetu „*Südweststaat-Streit*“ aludirao na „jedinstvo Ustava kao logično-teleološki entitet“ – koncept koji se može pripisati integracijskoj teoriji države i prava *Rudolfa Smenda*.³⁷ Sukladno tome, on je u tom predmetu poručio da bi bilo koju ustavnu odredbu koja je u suprotnosti s višim pravom ili strukturalnim načelima Temelnog zakona proglasio neustavnom.

2.1.3.2. Slučaj „Članak 117.“ (1953.)

Dvije godine poslije slučaja „*Südweststaat-Streit*“ Savezni ustavni sud je u predmetu znanom pod nazivom „*Članak 117.*“; u kojem je ocjenjivao ustavnost članka 117. stavka 1. Temelnog zakona, prihvatio koncept neustavnog ustavnog prava kao važeću doktrinu.³⁸ On je pošao od postavke da bi zaključak o nepostojanju granica onoga što se može staviti u ustav značio povratak na bezvrijedni pozitivizam kojeg se odrekla i praksa i teorija. Kad bi neka od normi Temelnog zakona prekoračila vanjske granice načela pravičnosti (*die äußersten Grenzen der Gerechtigkeit*) i višeg prava, Savezni ustavni sud bio bi obvezan takvu ustavnu odredbu ukinuti.³⁹

2.1.3.3. Slučaj „KPD Verbot“ (1956.)

Doktrinu neustavnog ustavnog prava (sada po načelu „ustav kao strukturalno jedinstvo“) Savezni ustavni sud ponovio je u poznatom predmetu vezanom uz zabranu Komunističke partije („*KPD Verbot*“) iz 1956.⁴⁰ Sud se, u mjerodavnom dijelu obrazloženja odluke, bavio značenjem članka 21. stavka 2. Temelnog zakona.⁴¹ Taj dio obrazloženja započinje utvrđenjem Saveznog ustavnog suda da se mora uvjeriti u ustavnopravnu neupitnost članka 21. stavka 2. Temelnog zakona, odnosno ispitati je li on u suprotnosti s temeljnim načelima ustava (to jest sa slobodom izražavanja), i je li u tom svjetlu obvezujući za Savezni ustavni sud („*Das Bundesverfassungsgericht ist zu der Überzeugung gelangt, daß Art. 21 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich unangreifbar und damit für das Bundesverfassungsgericht bindend ist.*“). Ratio odluke Saveznog ustavnog suda bio je da Temeljni zakon sadrži, eksplicitno ili implicitno, hijerarhiju normi prema kojoj odredbe nižeg ranga moraju proći test suglasnosti s

³⁶ LEIBHOLZ, G.: *Politics and Law*, A. W. Sythoff, Leyden 1965., 289.

³⁷ Smend smatra da je Ustav živuća realnost koja se temelji i ujedinjuje na javnim vrijednostima utjelovljenim u njemačkom narodu. Prema njegovoj teoriji, ustav ne samo da predstavlja jedinstvo vrijednosti, već djeluje na jačanju integracije i ujedinjenja naroda oko tih vrijednosti. O Smendovoj teoriji detaljnije SIMIĆ, N.: *Smendova integraciona teorija o državi i pravu* (doktorska teza), Pravni fakultet Beogradskog univerziteta, Beograd 1937. Usp. i HENNIS, W.: „Integracija ustavom?“, *Politička misao*, Vol XXXVII, br. 2 (2000.), 129-148. O kritičkim objekcijama Smendove teorije, onako kako ju je primijenio Savezni ustavni sud, v. MÜLLER, F.: *Juristische Methodik*, 3rd ed., Duncker and Humboldt, Berlin, 1989., 217-219.

³⁸ BVerfGE 3, 225 - Gleichberechtigung - Bundesverfassungsgericht Urteil 18. Dezember 1953, 230-236. Izreka te presude u izvorniku glasi: „*Artikel 117 Absatz 1 GG ist insoweit wirksam, als er das dem Artikel 3 Absatz 2 GG entgegenstehende bürgerliche Recht auf dem Gebiete von Ehe und Familie mit Ablauf des 31. März 1953 außer Kraft setzt.*“

³⁹ Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 3, 225; 234.

⁴⁰ Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 5, 85 - KPD-Verbotsurteil - Urteil des Ersten Senats vom 17. August 1956 -I BvB 2/51 - in dem Verfahren über den Antrag der Bundesregierung auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Kommunistischen Partei Deutschlands.

⁴¹ Članak 21. stavak 2. Temelnog zakona glasi: „(2) Protuustavne su političke stranke koje su po ciljevima i ponašanju svojih pristaša usmjerene na podiranje ili rušenje temelja slobodnog demokratskog poretka ili ugrožavanje opstojnosti Savezne Republike Njemačke. O protuustavnosti odlučuje Savezni ustavni sud.“ Točke 1. i 2. izreke navedene presude iz 1956. u izvorniku glase: „*1. Die Kommunistische Partei Deutschlands ist verfassungswidrig. 2. Die Kommunistische Partei Deutschlands wird aufgelöst.*“

osnovnim načelima. U konkretnom slučaju, ispitujući članak 21. stavak 1. Temeljnog zakona, Savezni ustavni sud utvrdio je da ne postoji sukob osporene ustavne odredbe s višim ustavnim vrijednostima: članak 21. stavak 1. Temeljnog zakona odražava razmišljanje ustavotvorca da se temeljna načela ustavne demokracije mogu očuvati samo ograničavanjem onih koji ih žele uništiti. Sukladno tome, zaključak je Saveznog ustavnog suda, da je namjera ustavotvorca (tj. propisivanje mogućnosti neustavnosti političkih stranaka i njihove zabrane) bila legitimna: riječ je o očuvanju temeljnih načela ustavne demokracije.⁴²

2.1.3.4. Slučaj „Klass“ (1970.)

Važnu ulogu u razvitku doktrine nedvojbeno je imao i poznati slučaj *Klass* (njem. *Abhörenscheidung*, engl. *Privacy of Communications Case*) iz 1970. godine.⁴³ Riječ je bila o izmjeni članka 10. Temeljnog zakona (tajnost dopisivanja, pošte i komunikacija) kao reakciji na radikalne aktivnosti krajem 1960-ih godina u Njemačkoj. Ustavni amandman omogućavao je prisluškivanje osoba, ali na način da se zakonom može odrediti da se prisluškivane osobe o tome ne obavještavaju, a da se umjesto sudske zaštite primjenjuje administrativni nadzor (nadzor koji provode tijela, odnosno pomoćni organi, koje imenuje Narodno predstavništvo). Prvotno se činilo da su ustavni suci spremni poništiti sporni amandman članka 10. Temeljnog zakona zbog njegove nesuglasnosti s temeljnim načelima ljudskog dostojanstva, diobe vlasti i vladavine prava, ali se Savezni ustavni sud u postupku njegove ocjene na kraju doslovno podijelio. Odluka o neustavnosti tog ustavnog amandmana tako nikada nije donesena, ali su u pravnoj povijesti ostala zabilježena izdvojena mišljenja troje ustavnih sudaca. Slučaj *Klass* kasnije je bio i predmet ispitivanja pred Europskim sudom.⁴⁴ U vezi s tim predmetom pred njemačkim Saveznim ustavnim sudom, *O'Connell* ističe da su „liberalniji suci izgubili bitku, a Ustavni sud nakon toga nikada nije došao tako blizu odluci da poništi amandman koji je prihvatila kvalificirana većina u svakom domu zakonodavnog tijela. Ipak, ovlast je još uvijek tu (...), a spektar raste, ponekad u vrlo važnim područjima javnih politika“.⁴⁵

2.1.3.5. Slučajevi „Zemljišna reforma I.“ (1991.) i „Zemljišna reforma II.“ (1996.)

Važna je i odluka BVerfGE 84, 90 od 23. travnja 1991. koja se tiče ujedinjenja Njemačke. U tom je predmetu, znanom kao „Zemljišna reforma I.“, riječ bila o klauzuli Ugovora o ujedinjenju koja propisuje da imovina ekspropriirana tijekom sovjetske okupacije istočne Njemačke u razdoblju 1945-1949. neće biti vraćena vlasnicima, odnosno da vlasnicima šteta može biti kompenzirana samo u novčanom obliku. Ta je klauzula Ugovora o ujedinjenju unesena u članak 143. stavak 3. Temeljnog zakona 36. ustavnim amandmanom 3. rujna 1990.

⁴² Očito je da su se - za razliku od pozitivističkog i formalističkog shvaćanja demokracije Weimarskog ustava - autori Temeljnog zakona, a onda i Savezni ustavni sud, opredijelili za koncept tzv. *wehrhafte Demokratie*, koji se na engleskom prevodi kao "*democracy capable of defending itself*", a u hrvatskoj politološkoj literaturi ponekad se naziva i *borbenom demokracijom*. Usp. VELIČKI, D.: „Koncept "borbene demokracije" u SR Njemačkoj“, *Politička misao*, br. 4 (2007.), 35-54. Riječ je o zaštiti demokracije koja se protiv ekstremističkih pozicija brani prevencijom. Tim se ustavnim konceptom, prihvaćenim u njemačkom Temeljnog zakonu, bavio i Europski sud za ljudska prava u slučaju *Vogt protiv Njemačke* (presuda, veliko vijeće, 26. rujna 1995., zahtjev br. 17851/91, A323).

⁴³ Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil - Urteil des Zweiten Senats vom 15. Dezember 1970 auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1970 - 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69.

⁴⁴ *Klass i drugi protiv Njemačke*, presuda (plenarna sjednica Europskog suda), 6. rujna 1978., zahtjev br. 5029/71, 2 EHRR 214.

⁴⁵ O'CONNELL, isto, 56.

(tzv. amandman ujedinjenja).⁴⁶ Četrnaest vlasnika ekspropirane imovine podnijelo je Saveznom ustavnom sudu ustavnu tužbu kojom su osporili ustavnost tog amandmana, smatrajući ga suprotnim članku 79. stavku 3. Temeljnog zakona. Savezni ustavni sud prvo je ispitao postupovnu valjanost ustavnog amandmana i našao da je amandman donesen u skladu s člankom 79. stavcima 1. i 2. Temeljnog zakona. Sud se nakon toga upustio u ocjenu sadržaja ustavnog amandmana, ispitujući je li članak 143. stavak 3. Temeljnog zakona suglasan sa supstancijalnim ograničenjima propisanim člankom 79. stavkom 3. Temeljnog zakona. Sud je utvrdio da članak 143. stavak 3. ne dira u nepromjenjiva ustavna načela iz članka 79. stavka 3. Temeljnog zakona. To je u konkretnom slučaju značilo da ne postoji pravna mogućnost povrata imovine bivšim vlasnicima. Sud je zauzeo stajalište da se pitanje suglasnosti klauzule „nema povrata imovine“ s člankom 79. stavkom 3. Temeljnog zakona ne postavlja budući da je eksproprijacija provedena između 1945. i 1949., kad Temeljni zakon još nije bio na snazi. Stoga eksproprijacija koja je provedena pod sovjetskom okupacijom (to jest, okupacijom strane države) nije bila unutar jurisdikcije Savezne Republike Njemačke. Odluka u slučaju „Zemljišna reforma II.“ od 18. travnja 1996. bavi se istovjetnim problemom.⁴⁷ U tom predmetu Savezni ustavni sud nije odstupio od svog stajališta usvojenog u prethodnoj presudi, iako su se podnositelji ustavne tužbe sada pozvali na povredu načela jednakosti učinjenu člankom 143. stavkom 3. Temeljnog zakona u odnosu na povrat imovine ekspropirane poslije 1949., kad je taj povrat bio dopušten (za razliku od imovine ekspropirane između 1945. i 1949. koje povrat nije bio dopušten, a koja je bila predmet ocjene ustavnosti u prethodnoj presudi „Zemljišna reforma I.“).⁴⁸

2.1.3.6. Slučaj „Azil“ (1996.)

Članak 16.a ("Pravo na azil") unesen je u Temeljni zakon 39. ustavnim amandmanom 28. lipnja 1993. U stavku 1. članka 16.a Temeljnog zakona propisano je da politički progonjeni uživaju pravo na azil. Međutim, u stavku 2. istog članka propisano je da se na stavak 1. članka 16.a Temeljnog zakona ne može pozvati osoba koja dolazi iz države članice Europskih zajednica (*Europäischen Gemeinschaften*) ili iz treće države u kojoj je osigurana primjena Sporazuma o pravnom položaju izbjeglica i Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. U tom se slučaju mogu provesti mjere koje se odnose na okončanje boravka neovisno o pravnom lijeku koji je protiv njih uložen. Koje su to države, odredit će se zakonom za čije je donošenje potrebna suglasnost Saveznog vijeća (*Bundesrat*). Podnositelji ustavne tužbe osporili su suglasnost članka 16.a stavka 2. s člankom 1. Temeljnog zakona koji štiti ljudsko dostojanstvo, a koje je u članku 79. stavku 3. proglašeno nepromjenjivim načelom. Savezni ustavni sud nije prihvatio argumente podnositelja, presudivši da pravo na azil ne potpada pod okrilje članka 1. koji štiti ljudsko dostojanstvo, a koje je država dužna

⁴⁶ Članak 143. Temeljnog zakona nosi naziv „Prijelazne odredbe koje su uvjetovane pristupom DDR-a Ustavu SR Njemačke“ i glasi: (1) Od odredbi ovog Temeljnog zakona može najduže do 31. prosinca 1992. odstupati pravo koje važi u područjima navedenim u članku 3. Ugovora o ujedinjenju sve dok kao posljedica različitih odnosa ne bude moglo biti postignuto potpuno prilagodavanje na ustavno uređenje. Takva odstupanja ne smiju biti u suprotnosti s člankom 19. stavkom 2. i moraju biti u skladu s načelima navedenim u članku 79. stavku 3. (2) Odstupanja od poglavlja II., VIII., VIII.a, IX., X. i XI. dopuštena su najduže do 31. prosinca 1995. (3) Članak 41. Ugovora o ujedinjenju i odredbe o njegovu provođenju ostaju na snazi neovisno o stavcima 1. i 2. kad oni predviđaju da na područjima koja su navedena u članku 3. tog ugovora ne mogu biti retroaktivno provedeni zahvati u vlasništvo.“

⁴⁷ Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 94, 12 (1990) - BvR 1452/90, 1459/90, 2031/94.

⁴⁸ Usp. GÖZLER, isto, 59. i dalje.

uvažavati i štiti. Stoga je članak 16.a stavak 2. Savezni ustavni sud proglasio suglasnim s člankom 79. stavkom 3. Temeljnog zakona.⁴⁹

2.1.3.7. Slučaj „Tonsko prisluškivanje domova“ (2004.)

Članak 13. stavak 3. Temeljnog zakona izmijenjen je 45. ustavnim amandmanom od 26. ožujka 1998. Novi članak 13. stavak 3. Temeljnog zakona glasi: „(3) Ako se na temelju određenih činjenica može osnovano posumnjati da je netko počinio posebno teško kazneno djelo koje je, kao takvo, određeno u zakonu, onda se radi progona na temelju sudskog naloga smiju upotrijebiti tehnička sredstva za tonsko prisluškivanje stanova u kojima se prema pretpostavci zadržava okrivljeni, ako bi istraživanje činjeničnog stanja na drugi način bilo nerazmjerno otežano ili bezizgledno. Takva se mjera mora vremenski ograničiti. Sudski nalog odobrava sudsko vijeće sastavljeno od troje sudaca. U slučaju postojanja opasnosti zbog odlaganja, nalog može odobriti i jedan sudac.“ Podnositelji ustavne tužbe pozvali su se na povredu prava na ljudsko dostojanstvo iz članka 1. koje je prema članku 79. stavku 3. Temeljnog zakona nepromjenjivo. Savezni ustavni sud nije prihvatio navode podnositelja. Presudio je da tonsko prisluškivanje domova ne dira u pravo na ljudsko dostojanstvo te je stoga u suglasnosti s člankom 79. stavkom 3. Temeljnog zakona.⁵⁰

2.1.4. Sažetak

Doktrinarni koncept neustavnog ustavnog prava jedan je od nekoliko nepisanih ustavnih koncepata koje je Savezni ustavni sud izlučio iz cjelokupne strukture Temeljnog zakona. Njegovo je stajalište da čak i određena ustavna odredba ili ustavni amandman može biti neustavan ako proturječi sveobuhvatnim načelima i temeljnim odlukama ustavotvorca. Osim pomoću argumenta o strukturalnom jedinstvu Temeljnog zakona i njegovu hijerarhijskom sustavu vrijednosti, Savezni ustavni sud obrazlaže doktrinu neustavnog ustavnog prava i postojanjem višeg prava (*übergesetzliches Recht, überpositiven Rechtsgrundsätze*), transcendentnog pozitivnog prava koje obvezuje i ustavotvorca i zakonodavca.⁵¹ Sukladno tome, u svjetlu članka 79. stavka 3. Temeljnog zakona, Savezni ustavni sud u praksi se proglašava nadležnim za ocjenu materijalne ustavnosti ustavnih amandmana, budući da oni mogu biti protivni elementarnim strukturalnim ustavnim načelima koje ta ustavna odredba štiti. Svoju je nadležnost za ocjenu materijalne ustavnosti ustavnih amandmana Savezni ustavni sud izveo vlastitom ustavnom interpretacijom, u najvećoj se mjeri oslanjajući na postojanje izričite klauzule vječnosti u samom ustavnom tekstu. Već se iz prethodnih, vrlo oskudnih napomena o djelovanju Saveznog ustavnog suda, može nazrijeti da je njegova

⁴⁹ Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1938/93; 2 BvR 2315/93; 2 BvR 1507/93; 2 BvR 1508/93; 2 BvR 1516/93, 14. 05. 1996. Usp. Gözler, isto, 62. i dalje.

⁵⁰ Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99.

⁵¹ Kommers iz toga zaključuje sljedeće: „... Može se reći da Njemačka ima tri ustava. Prvi je ustav koji se ne smije mijenjati, onaj koji članak 79. stavak 3. Temeljnog zakona ustanovljuje za vječnost. Doista, kao što je utvrdio Savezni ustavni sud, bilo koji amandman na Temeljni zakon koji bi podrovaio ili korodirao bilo koju od tih strukturalnih vrijednosti bio bi neustavan ustavni amandman. Drugi je ustav podlozan promjenama, naime, oni njegovi dijelovi pisanog teksta koji bi se mogli izmijeniti, a da to ne utječe na strukturalne vrijednosti Temeljnog zakona. Konačno, postoje nepisana ili suprapozitivna načela implicirana u izrazima kao što su 'pravda', 'dostojanstvo' i 'moralna pravila'. Ovi vodeći principi, kao što je hijerarhijski poredak vrijednosti koji je Ustavni sud izveo iz teksta Temeljnog zakona, važan su dio njemačkog ustavnog poretka. Njemački stvarni ustav, dakle, uključuje više od samog pisanog teksta Temeljnog zakona.“, KOMMERS, D.P.: *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Edition: 2 revised, London and Durham, Duke University Press, 1997., 38.

jurisprudencija stalan i neiscrpan izvor načela, općih pravila i metoda ustavne interpretacije u postupcima zaštite temeljnih prava građana i očuvanja objektivnog nacionalnog ustavnopravnog poretka. Ona je odavno prešla nacionalne okvire. Danas je ona smjernica za postupanje i snažan poticaj ustavnim sudovima drugih nacionalnih država u Europi. Primjer za to je Ustavni sud Češke Republike.

2.2. Klauzula vječnosti i kontrola ustavnosti ustavnih normi u Češkoj Republici

2.2.1. Češka klauzula vječnosti (članak 9. stavak 2. Ustava Češke Republike)

Članak 9. stavak 2. Ustava Češke Republike propisuje da je nedopuštena promjena temeljnih zahtjeva demokratske pravne države („*Změna podstatných náležitostí demokratického právního státu je nepřipustná.*“). Ustavni sud Češke Republike podvrgnuo je članak 9. stavak 2. Ustava ustavnoj interpretaciji u odluci od 10. rujna 2009., kojom je ukinuo Ustavni zakon broj 195/2009 o skraćivanju mandata petog saziva Zastupničkog doma (*Ústavní zákon č. 195/2009 Sb., o zkrácení pátého volebního období Poslanecké sněmovny*). On je pošao od stajališta da „demokratski ustav, koji je izmišljeni (*fictional*) društveni ugovor, u svom najopćenitijem obliku osigurava okvir za ljudske slobode sukladne slobodama drugih, za niz ustavnih vrijednosti i konačno, za strukturu temeljnih institucija javne sile i vlasti kroz koji one postaju legitimne. Svrha je tih institucija da jamče ustavni okvir za slobodu, jamče unutarnji mir kao i ostale javne pogodnosti predviđene Ustavom.“ (točka VI./b obrazloženja odluke.). Sukladno tome, Ustavni sud je članak 9. stavak 2. Ustava protumačio na sljedeći način:

„Zaštita materijalne jezgre Ustava, to jest zapovijed da temeljni zahtjevi demokratske pravne države iz članka 9. stavka 2. Ustava nisu promjenjivi, nije samo puki slogan ili proklamacija, već ustavna odredba s normativnim posljedicama. *Alexandar Hamilton* u *Federalist Papers No. 78* piše da su 'sudovi kreirani da posreduju između naroda i zakonodavnog tijela sa zadaćom da drže zakonodavno tijelo u granicama njegove nadležnosti'. Bez projiciranja članka 9. stavka 2. Ustava unutar tumačenja članka 87. stavka 1. točke a) Ustava, nepromjenjivost temeljnih zahtjeva demokratske pravne države izgubila bi svoju normativnu prirodu i postala samo politički ili moralni izazov.“ (točka IV. obrazloženja odluke).

I *Mucha* smatra da članak 9. stavak 2. Ustava predstavlja „zapovijed nepromjenjivosti materijalne jezgre Ustava koja tu jezgru isključuje od dispozicije kreatora prava, slično tzv. *'Ewigkeitsklausel'* sadržanoj u članku 79. stavku 3. Temeljnog zakona Savezne Republike Njemačke“.⁵²

2.2.2. Ustavni sud Češke Republike i kontrola materijalne ustavnosti ustavnih normi

Slično njemačkom Temeljnog zakonu ni Ustav Češke Republike ne predviđa ovlast Ustavnog suda da kontrolira ustavnost ustavnih amandmana ni bilo kojih drugih normi ustavne snage. Prema članku 87. stavku 1. točki a) Ustava, Ustavni sud odlučuje o ukidanju zakona ili njihovih pojedinačnih normi ako su oni u sukobu s ustavnim poretkom („*Ustavni soud*

⁵² MUCHA, J.: *Political questions in the case-law of the Czech Constitutional Court*, Symposium "Politics and Law in Constitutional Adjudication - from the Political Questions Doctrine to Judicial Politics", Constitutional Court of the Republic of Hungary and the Venice Commission of the Council of Europe, Budapest, November 24, 2009., 3-4. (pisani referat, Ustavni sud Republike Mađarske, www.mkab.hu/index.php?id=ji_i_mucha_member_of_the_czech_constitutional_court).

rozhoduje o zrusení zakonu nebo jejich jednotlivých ustanovení, jsou-li v rozporu s ustavním pořadkem“). Čini se, međutim, da je ustavna interpretacija vlastite nadležnosti, koju je izveo njemački Savezni ustavni sud u odnosu na ispitivanje ustavnosti ustavnih normi, bila inspirativna i za Ustavni sud Češke Republike. U spomenutoj odluci od 10. rujna 2009., kojom je usvojio ustavnu tužbu zastupnika *Miloša Melčáka* od 26. kolovoza 2009., on je naglasio:

„U današnje vrijeme razvoj demokratske ustavnosti u demokratskim zemljama naglašava zaštitu vrijednosti koje obilježavaju ustavni sustav slobode i demokracije, što uključuje i mogućnost sudske kontrole ustavnih amandmana. Kao što je članak 79. stavak 3. njemačkog Temeljnog zakona odgovor na nedemokratske pojave i nacistički despotizam u razdoblju prije 1945. (kao i članak 44. stavak 3. Ustava Republike Austrije), tako je i članak 9. stavak 2. Ustava rezultat iskustva koje je dovelo do propadanja pravne kulture i gušenja ljudskih prava tijekom četrdesetogodišnjeg komunističkog režima u Čehoslovačkoj. Prema tome, kao rezultat te analogije, način na koji Savezni ustavni sud Njemačke tumači članak 79. stavka 3. Temeljnog zakona i slični koraci koje su poduzele druge demokratske države duboko inspirira Ustavni sud Češke Republike.“

Premda Ustav Češke Republike ne predviđa ovlast Ustavnog suda da kontrolira ustavnost ustavnih amandmana ni bilo kojih drugih zakona ustavne snage, češki Ustavni sud tu je ovlast izveo iz ustavnog teksta. Temeljni argument kojim se u svojoj interpretaciji ustavnog teksta poslužio možda je najrazvidniji u sljedećem utvrđenju Ustavnog suda sadržanom u odluci od 10. rujna 2009.:

„Ustavni sud zaključuje: 'Čak ni tvorcí ustava ne mogu proglasiti ustavnim akt kojemu nedostaju obilježja zakona, a kamoli ustavnog zakona. Takav je postupak neustavna samovolja (češ. *protiústavní svévolí*, engl. *unconstitutional arbitrariness*). Isključivanje ocjene ustavnosti takvih zakona iz nadležnosti Ustavnog suda potpuno bi eliminiralo njegovu ulogu zaštitnika ustavnosti (članak 83. Ustava):“ (točka VI./a obrazloženja odluke.)

Sukladno ustavnoj interpretaciji vlastite nadležnosti za ocjenu suglasnosti ustavnih normi s Ustavom, češki Ustavni sud - ponovno ustavnom interpretacijom - izvodi i pravilo da je u ustavnom poretku Češke Republike dopušteno ispitivanje ustavnosti normi ustavne pravne snage, a time i njihovo ukidanje. U spomenutoj je odluci u tom smislu navedeno:

„Ustavni sud artikulira potrebu da se kategorija ustavnih zakona podvede pod termin 'zakon' iz članka 87. stavka 1. točke a) Ustava i tako potpadne pod kontrolu suglasnosti s člankom 9. stavkom 2. Ustava, s izravnim ukidnim posljedicama, i to čini sukladno svojoj praksi, počevši s ključnom odlukom u predmetu broj Pl. ÚS 19/93, i sukladno vrijednostima i načelima na kojima se temelje ustavni sistemi u demokratskim zemljama.
(...)

VI./c

Osnovni razlozi za ukidanje Ustavnog zakona broj 195/2009

Iznesena stajališta čine temelj za odgovor na gore navedena pitanja o sastavnim elementima ustavnih zakona, o tome moraju li oni zadovoljavati, uz postupovne uvjete iz članka 39. stavka 4. Ustava, također i uvjet ovlaštenosti (autorizacije) iz članka 9. stavka 1. Ustava ili neki drugi izraz ustavne ovlaštenosti (članak 2. stavak 2., članak 10a. stavak 2., članak 11., članak 100. stavak 3.), kao i supstancijalni uvjet iz članka 9. stavka 2. Ustava. Stajalište je Ustavnog suda da valjanost ustavnog zakona proizlazi iz ispunjenja ta tri uvjeta: postupovnog uvjeta, uvjeta ovlaštenosti i supstancijalnog uvjeta (sukladnosti s nepromjenjivim načelima demokratske pravne države). Stoga je u ovom predmetu on zaključio da je Ustavni zakon broj 195/2009, što se tiče ustavnosti, neprihvatljivo individualan i retroaktivan te stoga krši članak 9. stavak 1., članak 21. stavak 2. Povelje u vezi s člankom 16. stavkom 1. Ustava i članak 1. stavak 1. Ustava, tolikim intenzitetom da to predstavlja miješanje u članak 9. stavak 2. Ustava. Na osnovi tih razloga, Ustavni je sud zaključio da Ustavni

zakon broj 195/2009 o skraćivanju mandata petog saziva Zastupničkog doma nije u skladu s temeljnim zahtjevima demokratske pravne države iz članka 9. stavka 2. Ustava, te ga stoga ukida s danom 10. rujna 2009., to jest s danom donošenja ove odluke“.⁵³

Navedena odluka Ustavnog suda stupila je na snagu odmah, a ne objavom u službenom glasniku. Njezin je učinak bio neposredan: neodržavanje izbora za Zastupnički dom češkog parlamenta koje je predsjednik Republike raspisao za 9. i 10. listopada 2009. Čini se da je zaključno dostatno ponoviti utvrđenje koje je već istaknuto u odnosu na njemački Savezni ustavni sud: u svjetlu članka 9. stavka 2. Ustava, češki Ustavni sud proglašava se nadležnim za ocjenu materijalne ustavnosti ustavnih normi, budući da one mogu biti protivne elementarnim strukturalnim ustavnim načelima koje ta ustavna odredba štiti. Svoju je nadležnost za ocjenu materijalne ustavnosti ustavnih normi češki Ustavni sud izveo vlastitom ustavnom interpretacijom, u najvećoj se mjeri oslanjajući na postojanje izričite klauzule vječnosti u samom ustavnom tekstu.

3. KONTROLA MATERIJALNE USTAVNOSTI USTAVNIH NORMI U DRŽAVAMA ČIJI USTAVI NE SADRŽE KLAUZULU VJEČNOSTI

U ovom se dijelu rada prikazuju ustavna rješenja vezana uz pravnu mogućnost, odnosno uz domašaj kontrole materijalne ustavnosti ustavnih normi (ustavnih amandmana i ustavnih zakona) u pojedinim europskim državama ustavi čiji ustavi ne sadrže izričitu klauzulu vječnosti. Za prikaz su odabrane europske države koje imaju različite modele ustavnosudske kontrole: Irska ima „mješoviti“ model ustavnosudske kontrole (tj. takav koji ima obilježja i američkog i europsko-kontinentalnog modela), Francuska ima svoj osobit model ustavnog sudstva, a Mađarska i Slovenija pripadaju vladajućem europsko-kontinentalnom modelu. Zajednička im je činjenica da nijedna od njih u svom ustavu nije propisala nadležnost ustavnog suda/vijeća, odnosno najvišeg redovnog suda koji obnaša ustavnosudsku jurisdikciju, da ocjenjuje ustavnost ustavnih normi. Sukladno navedenom, u većini tih država (Irska, Francuska, Mađarska) nadležna su tijela u svojoj dosadašnjoj praksi odbijala bilo kakvu mogućnost da budu nadležna za ocjenu ustavnosti ustavnih normi, iako su im razlozi različiti. Slovenski primjer pokazuje, međutim, da je i u državama ustavi kojih ne sadrže ni klauzulu vječnosti ni nadležnost ustavnog suda da ocjenjuje ustavnost ustavnih normi - interpretacijom samog ustavnog teksta - načelno moguće izvesti nadležnost za kontrolu ustavnosti ustavnih normi, barem do određenog stupnja.

3.1. Pravna nedopustivost kontrole materijalne ustavnosti ustavnih normi

3.1.1. Irska

Irski sustav ustavnosudske kontrole pripada „mješovitom modelu“. Ustavnosudsku kontrolu u Irskoj obavljaju Vrhovni sud (*Supreme Court*) i Visoki sud (*High Court*), a ne specijalizirani ustavni sud. Međutim, što se tiče ustavnog nadzora, irski je sustav sličniji europskom no američkom modelu, jer je nadležnost za provedbu ustavnog nadzora Ustavom dana

⁵³ Izreka odluke češkog Ustavnog suda od 10. rujna 2009. glasi: „I. Ustavni zakon broj 195/2009 o skraćivanju mandata petog saziva Zastupničkog doma ukida se od 10. rujna 2009. II. Odluka predsjednika Republike broj 207/2009 o raspisivanju izbora za Zastupnički dom parlamenta Češke Republike, koju je supotpisao predsjednik Vlade, prestaje važiti zajedno s Ustavnim zakonom broj 195/2009 o skraćivanju mandata petog saziva Zastupničkog doma“.

Vrhovnom sudu i Visokom sudu. Sukladno tome, nadležnost tih sudova izvire iz Ustava i stoga oni nemaju „opću nadležnost“, već samo „ograničenu i posebnu nadležnost“. Stoga u Irskoj ne postoji mogućnost sudske kontrole ustavnih amandmana, jer ona nije izriječno propisana u Ustavu ni za Vrhovni ni za Visoki sud. Taj je zaključak potvrdio i irski Vrhovni sud u predmetu *Riordan vs. An Taoiseach*, u kojem je presudio da ne može ocjenjivati ustavnost ustavnih amandmana. U tom je predmetu bila osporavana ustavnost 19. ustavnog amandmana koji je prihvaćen na referendumu 22. svibnja 1998., a koji je 3. lipnja 1998. potpisao i promulgirao predsjednik Republike. Tužitelj (*Denis Riordan*) je zahtijevao od Vrhovnog suda da donese odluku da je „19. amandman Ustava iz 1998. suprotan Ustavu i stoga ništav i nevaljan“. Vrhovni sud Irske odbacio je zahtjev sa sljedećim obrazloženjem:

„Ustavni amandmani (su) drugačiji od običnog zakonodavstva. Dok obično zakonodavstvo zahtijeva sudjelovanje predsjednika (Republike) i oba doma parlamenta, ustavni amandmani traže suradnju predsjednika (Republike), oba doma parlamenta i naroda... Predloženi amandman na Ustav obično smjera izmjeni nečega u Ustavu i do svog će proglašenja on zapravo biti nesuglasan s važećim tekstom Ustava, ali čim ga odobri narod sukladno članku 46. i predsjednik ga proglasi zakonom, on će postati dio Ustava i njega se ne može napadati kao protuustavnog. Kad predsjednik proglašava zakon o izmjeni Ustava, koji je narod prihvatio sukladno članku 46., 'kao zakon' u smislu članka 46. stavka 5., on ga proglašava kao dio temeljnog prava ili 'bunrecht', budući da je riječ o amandmanu na Ustav koji je valjano odobren od naroda. Takav 'zakon' u potpuno je drugačijoj poziciji od 'zakona' iz članka 15. stavka 4. Ustava koji upućuje samo na 'zakon' koji je donio Oireachtas.“⁵⁴

Sukladno navedenom, nenadležnost za ocjenu ustavnih amandmana Vrhovnog suda Irske proizlazi ponajviše iz činjenice da u toj zemlji svaki ustavni amandman - prije no što postane „dio temeljnog prava“ ili 'bunrecht' - mora biti odobren od naroda na referendumu. Čini se da legitimaciju, koju pojedinom ustavnom amandmanu daje narod, Vrhovni sud Irske smatra apsolutnom, a time i nepodložnom bilo kakvoj sudskoj kontroli.

3.1.2. Francuska

Francuska ustavna tradicija vjerno slijedi osnovni europski pristup u pitanju pravne nemogućnosti kontrole materijalne ustavnosti ustavnih normi. Tako je samo francusko Ustavno vijeće u odluci br. 62-20 DC (1962.) prvo odlučilo da nije nadležno ocjenjivati ustavnost ustavnih amandmana koji su usvojeni na referendumu.⁵⁵ Ustavno vijeće je poslije toga u odluci br. 2003-469 DC (2003.) utvrdilo da nije nadležno odlučivati ni o ustavnim amandmanima koje je prihvatila francuska Nacionalna skupština. U tom je slučaju nekoliko članaka Ustava iz 1958. bilo izmijenjeno Ustavnim zakonom o decentralizaciji ustrojstva

⁵⁴ *Riordan vs. An Taoiseach (No.1)* [May 20, 1999] 4 IR 321 (Appeal No. 202/98). Cit. prema Gözler, isto, 17. i dalje. Za detaljnije upoznavanje s praksom irskog Vrhovnog suda u pitanju ocjene ustavnosti ustavnih amandmana važan je i predmet *State (Ryan) vs. Lennon* (1935.) 170 I.R. 198 (Ir.), u kojem je tužitelj tvrdio da je članak 2.A, koji je u Ustav 'Slobodne države Irske' dodan 17. listopada 1931., nevaljan. V. detaljnije O'CONNELL, isto, 56-61. i JACOBSON, isto, 465-468. Važan je i poznati slučaj znan pod nazivom *Abortion Information Case* od 12. svibnja 1995. (*Article 26 and the Regulation of Information /Services outside the State for the Termination of Pregnancies/ Bill 1995, In Re* [1995] IESC 9. U tom se slučaju postavilo pitanje ustavnosti 13. i 14. amandmana na Ustav Irske koji su prihvaćeni na referendumu održanom u studenom 1992. godine. Njima je u irskom ustavu zajamčeno pravo na informaciju o mogućnosti pobačaja u inozemstvu i na slobodu putovanja u tu svrhu. O'Connell ističe da je već iz te presude irskog Vrhovnog suda jasno da „ne postoji ovlast nadzora supstancije ustavnih amandmana pod uvjetom da su oni doneseni na postupovno valjan način“, O'CONNELL, isto, 65.

⁵⁵ *Décision n° 1962-20DC, 6. 11. 1962.*, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel 27 (1962.).

Republike.⁵⁶ Ustavnost tog zakona pred Ustavnim je vijećem osporilo više od 60 senatora ističući da je on nesuglasan s Ustavom i u formalnom i u materijalnom smislu. Ustavno je vijeće svoju ocjenu (da se ustavne odredbe koje uređuju njegovu nadležnost za ocjenu ustavnosti zakona ne odnose i na ustavne amandmane) obrazložilo shvaćanjem ustavotvorca kao suverena zbog čega ustavni amandmani ne mogu biti predmetom ocjene drugih tijela koje je stvorio sam Ustav.⁵⁷

3.1.3. Mađarska

Pred mađarskim Ustavnim sudom osporena je ustavnost ustavnog amandmana usvojenog 14. listopada 1997. u predmetu broj 1260/B/1997 od 9. veljače 1998. Podnositelj je osporavao njegovu ustavnost smatrajući da on krši načelo suverenosti i načelo pravne sigurnosti zajamčeno člankom 2. mađarskog Ustava.⁵⁸ Mađarski Ustavni sud prvo je ispitao je li nadležan ispitivati ustavnost ustavnih amandmana. Našavši da sukladno članku 32.A mađarskog Ustava (koji uređuje nadležnost Ustavnog suda) i članku 1. Zakona br. XXXII o Ustavnom sudu iz 1989. Ustavni sud ima nadležnost ispitivati ustavnost zakona, ali ne i ustavnih amandmana. Sud je u svojoj odluci od 9. veljače 1998. presudio da se opseg njegove nadležnosti ne proteže i na ocjenu ustavnosti zakona o izmjeni Ustava.⁵⁹ U odluci 25/1999 mađarski je Ustavni sud ponovio da „Ustav jednoznačno upućuje na nadležnost Parlamenta da donosi i mijenja ustav.“⁶⁰

⁵⁶ *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République 2003/276*, approuvée par le Parlement réuni en Congrès le 17 mars 2003, Journal officiel de la République française [J.O.], 29. 03. 2003., 5570.

⁵⁷ „1. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes; 2. Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires; que le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle; 3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour statuer sur la demande susvisée, par laquelle les sénateurs requérants lui défèrent, aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution, la révision de la Constitution relative à l'organisation décentralisée de la République approuvée par le Congrès le 17 mars 2003, DÉCIDE: Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée. “ Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 - Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, Journal officiel du 29 mars 2003, 5570; Recueil des décisions du Conseil constitutionnel 293 (2003.)

⁵⁸ Članak 2. mađarskog Ustava glasi: „(1) Republika Mađarska je neovisna, demokratska ustavna država. (2) U Republici Mađarskoj vrhovna je vlast utjelovljena u narodu, koji vrši svoje suverene ovlasti neposredno ili preko izabranih zastupnika. (3) Djelovanje bilo koje osobe ne smije biti usmjereno prema nasilnom stjecanju ili vršenju javne vlasti ni prema isključivom posjedovanju takve vlasti. Svatko ima pravo i obvezu oduprijeti se takvim aktivnostima na načine dopuštene zakonom.“

⁵⁹ Ustavni sud Mađarske, odluka od 9. veljače 1998. broj 1260/B/1997, *Alkotmánybírósági Közlöny* (službeni list Republike Mađarske), br. 2/1998.

⁶⁰ *Twenty Years of the Hungarian Constitutional Court*, A Magyar Köztársaság Alkotmánybírósága, Budapest, 2009., 115.

3.2. Ograničena pravna dopustivost kontrole materijalne ustavnosti ustavnih normi

3.2.1. Slovenija

Ustavni sud Slovenije utvrdio je u svojoj odluci broj U-I-332/94 od 11. travnja 1996., koja se bavila Ustavnim zakonom „o dopolnitvi Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (Ur. list RS, št. 45/94-I)“, da odredbe koje imaju obilježja ustavne norme nisu u njegovoj nadležnosti. U toj odluci slovenski Ustavni sud vrlo je usko interpretirao riječ „zakoni“ u rečenici „suglasnost zakona s Ustavom“ iz članka 160. Ustava kojim je uređena njegova nadležnost te je utvrdio da ta riječ ne sadrži normu ustavne prirode. U odluci broj U-I-214/00 od 14. rujna 2000. Ustavni sud Slovenije bavio se ustavnošću Ustavnog zakona „o dopolnitvi 80. člena Ustave Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 66/2000) (UZ80) i I in II tč. Odlok o razglasitvi Ustavnega zakona o dopolnitvi 80. člena Ustave Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 66/2000)“. U toj je odluci sud izrijeком ponovio da nije nadležan za ocjenu ustavnosti ustavnih normi, a da su odredbe ustavnog zakona za izmjenu ili dopunu Ustava - ustavne norme, te da odredbe ustavnog zakona koje uređuju prelazak na novi ustavni sistem također imaju obilježje ustavnih normi. Međutim, Ustavni sud je istodobno naznačio mogućnost da bi bio nadležan za kontrolu materijalne ustavnosti onih ustavnih zakona u formalnom smislu čije odredbe ni po sadržaju ni po prirodi ne uređuju ustavnopravnu materiju:

„6. U postupku za ocjenu o predmetu odlučivanja br. U-I-332/94 Ustavni sud je utvrdio da čl. 174. Ustava određuje samo kako se 'ustavni zakon donosi radi provedbe ovog Ustava i osiguranja prijelaza na primjenu odredbi ovog Ustava.' Ujedno je Ustavni sud naglasio kako to ne znači da je to jedina vrsta ustavnog zakona te da Državni zbor ne bi mogao donijeti i ustavni zakon čija bi svrha i sadržaj bili drugačiji ako je isti ustavnopravne prirode. Iz toga proizlazi da je Ustavni sud već u postupku ocjene gornjeg podneska, u slučaju ustavnog zakona iz čl. 174. Ustava, kao kriterij za utvrđivanje svoje nadležnosti odredio formalni kriterij, a u ostalim slučajevima uređenja određene materije ustavnim zakonom i materijalni kriterij.

7. U dosadašnjoj se ustavotvornoj praksi (nakon prihvaćanja važećeg Ustava) oblik ustavnog zakona uvriježio i kao oblik akta o izmjeni ustava iz čl. 169. Ustava. Ustavni zakon je kao akt o izmjeni Ustava ustavotvorac tako primijenio i u slučaju izmjene čl. 68. Ustava (Ustavni zakon o spremembi 68. člena Ustave Republike Slovenije - UZS68, Uradni list RS, št. 42/97). Ustavni se zakon dakle primjenjuje kao akt kojim se mijenja Ustav, a njegove su odredbe stoga ustavne odredbe bez obzira na njihov sadržaj ili prirodu. Osim toga primjenjuje se i kao akt kojim se određuje provedba i prijelaz na primjenu ustavnih odredbi (također i onih koje predstavljaju izmjene Ustava donesene ustavnim zakonom). Odredbe koje sadrži takav ustavni zakon predstavljaju ustavnopravnu materiju ako se njima određuje provedba odnosno prijelaz na novo ustavno uređenje. No, ustavni se zakon primjenjuje i kao akt koji ustavotvorac može donijeti u drugu svrhu i s drugačijim sadržajem, dakle ne u svrhu izmjene ustavnih odredbi i prijelaza na primjenu ustavnih odredbi. Samo je kod tog oblika ustavnog zakona za odlučivanje o nadležnosti Ustavnog suda odlučujući materijalni kriterij, dakle sadržaj i priroda odredbi koje sadrži ustavni zakon.“

Navedenim je stajalištem slovenski Ustavni sud otvorio mogućnost da se ipak proglasi nadležnim za kontrolu ustavnosti normi sadržanim u pojedinim „kategorijama“ ustavnih zakona, otklanjajući istodobno mogućnost da svoju nadležnost protegne na bilo koje norme sadržane u ustavnim zakonima kojima se mijenja ili dopunjuje Ustav ili onima koji služe za provedbu Ustava.

4. KONTROLA MATERIJALNE USTAVNOSTI USTAVNIH NORMI U REPUBLICI HRVATSKOJ

Pođe li se od rješenja koja su prihvaćena u prethodno navedenim državama, Hrvatska je najbliža mađarskom i slovenskom primjeru. Hrvatski Ustav ne sadrži klauzulu vječnosti. Hrvatsko ustavno sudstvo pripada europsko-kontinentalnom modelu, a njezin Ustav ne propisuje nadležnost Ustavnog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: USRH) da ocjenjuje ustavnost ustavnih normi. U sljedećim se točkama razmatraju dosadašnja pravna stajališta USRH vezana uz njegovu (ne)nadležnost za ocjenu ustavnosti ustavnih normi.

4.1. Praksa USRH vezana uz ocjenu materijalne ustavnosti ustavnih normi

USRH je u svojoj praksi već izrekao stajalište da nije nadležan za ocjenu materijalne ustavnosti ustavnih normi, ali je izrijeком pridržao pravo ispitivanja njihove formalne protuustavnosti.⁶¹ U rješenju broj: U-I-1631/2000 od 28. ožujka 2001. USRH nije prihvatio prijedlog za ocjenu ustavnosti Promjene Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 113/00.), s obrazloženjem:

„Ustavni sud nije nadležan ocjenjivati materijalne odredbe Ustava (tzv. 'materijalnu protuustavnost'), jer ne postoji ni pravna ni faktična mogućnost za ocjenjivanje materijalne suglasnosti ustavnih normi niti s jednim višim pravnim aktom, budući da je Ustav temeljni i najviši pravni akt države. Stoga je bespredmetno govoriti o bilo čijoj nadležnosti za odlučivanje o 'ustavnosti Ustava', uključujući i Ustavni sud. Međutim, predmet ustavnosudske ocjene može biti postupak donošenja i promjene Ustava u smislu ocjene je li Ustav donesen, mijenjan ili dopunjavан sukladno odredbama Ustava.“

Nadalje, u rješenju broj: U-I-597/1995, U-I-622/1997, U-I-1231/1997, U-I-349/1998, U-I-503/1998, U-I-387/1999, U-I-921/1999, U-I-947/1999 od 9. veljače 2000. Ustavni sud odbacio je prijedloge više predlagatelja za ocjenu suglasnosti s Ustavom Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 13/91.) i Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 99/99.) sa sljedećim obrazloženjem:

"Ustavni sud Republike Hrvatske odlučuje o suglasnosti zakona s Ustavom temeljem odredbe članka 125. alineja 1. Ustava Republike Hrvatske. Ustavni zakon kojeg predlagatelji osporavaju donesen je na temelju odredbe iz članka 127. stavak 2. Ustava Republike Hrvatske kojim je propisano da se Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske donosi po postupku određenom za promjenu Ustava. Sukladno tome Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske je po slovu Ustava propis koji ima pravnu snagu samog Ustava jer se donosi i mijenja po postupku na koji se donosi i mijenja Ustav Republike Hrvatske. Dakle, glede odlučivanja o suglasnosti s Ustavom propisa koji imaju pravnu snagu Ustava, Ustavni sud smatra da je nadležan ocjenjivati ustavnost tih propisa samo kada je u pitanju njihova formalna ustavnost, ali ne i kada se radi o materijalnoj ustavnosti. Budući da je u konkretnim slučajevima osporena materijalna ustavnost u izreci navedenih Ustavnih zakona o

⁶¹ USRH je u svojoj dosadašnjoj praksi već ispitivao formalnu protuustavnost ustavnih amandmana i ustavnih zakona. Tako je u rješenju broj: U-I-1631/2000 od 28. ožujka 2001. USRH ispitao ustavnost postupka donošenja Promjene Ustava (Narodne novine broj 113/00.) i utvrdio da je Zastupnički dom tu Promjenu Ustava donio u skladu s Ustavom. Nadalje, USRH je u odluci broj: U-I-729/2001 od 6. lipnja 2001. odbio zahtjev za ocjenu ustavnosti postupka donošenja Promjene Ustava (Narodne novine broj 28/01.), koji je zahtjev podnijelo 35 zastupnika Hrvatskog sabora. Konačno, u rješenju broj: U-I-778/2002 od 10. srpnja 2002. USRH nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine broj 29/02.) u dijelu u kojem se prijedlog predlagatelja odnosio na postupak njegova donošenja, utvrđujući da taj postupak nije bio u nesuglasnosti s člankom 89. Ustava, na koju je nesuglasnost ukazivao predlagatelj.

Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Ustavni sud je postupio u skladu s odredbom članka 31. važećeg Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, prema kojem se rješenjem odbacuje zahtjev, prijedlog ili ustavna tužba ako Ustavni sud nije nadležan za odlučivanje, ako su nepravodobni, i u drugim slučajevima kada ne postoje pretpostavke za odlučivanje o biti stvari.⁶²

Navedena je stajališta USRH ponovio u rješenju broj: U-I-778/2002 od 10. srpnja 2002. i u rješenju broj: U-I-2860/2009 od 13. travnja 2010. Sažeto, za razliku od njemačkog Saveznog ustavnog suda koji svoju nadležnost za ocjenu materijalne ustavnosti ustavnih normi u najvećoj mjeri izvodi iz članka 97. stavka 3. Temeljnog zakona ili češkog Ustavnog suda koji je izvodi iz članka 9. stavka 2. Ustava Češke Republike, USRH takvu nadležnost odbija. Osim što ona nije izrijeком sadržana u tekstu hrvatskog Ustava, čini se da USRH zasada zastupa čvrsto stajalište da ta nadležnost ne proizlazi iz ustavnog teksta ni implicitno. Hrvatski Ustav, naime ne sadrži izričitu klauzulu vječnosti. Stoga se čini da USRH smatra kako ocjenjivanje suglasnosti normi ustavne snage s Ustavom općenito nije inherentno hrvatskom ustavnom sudstvu.

4.1.1. *Mogućnost ocjene materijalne ustavnosti pojedinih „ustavnih zakona“*

Ipak, USRH se proglašava nadležnim za ocjenu ustavnosti „ustavnih normi“ u jednom osobitom slučaju. U pravnom poretku Republike Hrvatske, naime postoje pojedini zakoni koji u svom nazivu sadrže riječ „ustavni“. Pravnu prirodu ustavnih zakona USRH je utvrdio u svojoj odluci, broj: U-I-774/2000 od 20. prosinca 2000.⁶³ Tom je odlukom USRH odbio zahtjev za ukidanje Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj,⁶⁴ odnosno za utvrđenje nesuglasnosti postupka njegova donošenja s Ustavom. U obrazloženju te odluke utvrđeno je i sljedeće:

„5. Prema članku 127. stavku 2. Ustava, Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske donosi se po postupku određenome za promjenu Ustava. Ustav iz prosinca 1990. godine spominjao je dva ustavna zakona – o Ustavnom sudu i o provedbi samog Ustava - a izmjene Ustava iz 1997. godine govore samo o jednom ustavnom zakonu, o Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu. Kako nijedan drugi zakon nije ustavni u smislu odredbe članka 127. stavka 2. Ustava, pozivanje na tu ustavnu odredbu u predmetu ocjene zakona o pravima nacionalnih manjina nije relevantno. Dosljedno iznijetom stajalištu pogrešno su i neodgovarajuće Ustavu - kako je on tada glasio - nazvani, osim osporenog Ustavnog zakona - i Ustavni zakon o suradnji Republike Hrvatske s Međunarodnim kaznenim sudom ('Narodne novine', broj 32/96) te Ustavni zakon o privremenom neprimjenjivanju pojedinih normi Ustavnog zakona o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj ('Narodne novine', broj 68/95). No ovakva *falsa nominatio* ne mijenja pravnu prirodu zakona, ne čini ih pravno drugačijim od onoga što oni po Ustavu i po svom sadržaju jesu, a Ustavni sud ih ne ocjenjuje po njihovu imenu nego po njihovoj pravnoj prirodi. (...)

⁶² Navedeno je stajalište USRH ponovio i u rješenju broj: U-I-699/2000 od 14. lipnja 2000.

⁶³ Odluka Ustavnog suda broj: U-I-774/00 od 20. prosinca 2000., Narodne novine broj 1/00.

⁶⁴ *Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj*, Narodne novine broj 51/00. *Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina* donio je Hrvatski sabor na sjednici 13. prosinca 2002., a objavljen je u Narodnim novinama, broj 155 od 23. prosinca 2002., kad je i stupio na snagu. Stupanjem na snagu Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina prestao je važiti Ustavni zakon o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj, Narodne novine broj 65/91., 27/92., 34/92. – pročišćeni tekst, 51/00. i 105/00. - pročišćeni tekst.

6. U ustavnopravnoj teoriji nema dvojbe o tome da je osporeni Ustavni zakon u stvari organski zakon: „Valja napomenuti da je Ustavni zakon o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica, ili manjina u Republici Hrvatskoj, ... iako bi se iz naziva „Ustavni zakon“ moglo zaključiti drukčije, sukladno navedenom članku 83. Ustava, organski zakon. U njemu se naime uređuju nacionalna prava i razrađuju Ustavom utvrđene slobode i prava čovjeka i građanina, što je nedvojbeno prema izričitoj normi članka 83. Ustava materija zakona, dotično organskog zakona.“ (Smiljko Sokol – Branko Smerdel: Ustavno pravo, Informator, Zagreb, 1998., str. 14). Dakle, radi se o zakonu koji je prema pravnoj snazi ispod Ustava, ali je iznad ostalih zakona, a njegova veća pravna snaga izvire iz strože, odnosno kvalificirane većine, kojom se donosi - za razliku od ostalih zakona koji se donose natpolovičnom većinom nazočnih zastupnika. Ovo je stajalište i izrijekom potvrđeno Promjenom Ustava Republike Hrvatske ('Narodne novine', broj 113/00) u kojem se u članku 83. u stavcima 1. i 2. kaže: 'Zakone (organski zakoni) kojima se uređuju prava nacionalnih manjina Zastupnički dom donosi dvotrećinskom većinom glasova svih zastupnika. Zakone (organski zakoni) kojima se razrađuju Ustavom utvrđene slobode i prava čovjeka i građanina, izborni sustav, ustrojstvo, djelokrug i način rada državnih tijela te ustrojstvo i djelokrug lokalne i područne (regionalne) samouprave Zastupnički dom donosi većinom glasova svih zastupnika.“

Iako se odluka od 20. prosinca 2000. odnosi na Ustavni zakon o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj, utvrđenja USRH navedena u toj odluci vrijede i za Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina koji je danas na snazi. To izrijekom proizlazi i iz članka 15. stavka 2. Ustava koji propisuje da se ravnopravnost i zaštita prava nacionalnih manjina uređuje „ustavnim zakonom koji se donosi po postupku za donošenje organskih zakona“, a ne zakonom koji bi imao snagu Ustava (ustavnim zakonom). U tom se svjetlu treba sagledavati i rješenje USRH, broj U-I-1681/2003 i U-I-2070/2003 od 17. rujna 2003. godine.⁶⁵ U njemu je USRH otklonio nadležnost za postupanje u povodu prijedloga Talijanske unije i Srpskog narodnog vijeća kojim je predložena ocjena suglasnosti članka 3. stavka 2. Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor⁶⁶ s pojedinim odredbama Ustava, ali i s člankom 19. Ustavnog zakona o pravima nacionalnih manjina. U točki 5. rješenja utvrđeno je sljedeće:

„5. Ustavni sud na kraju napominje da nije osnovan prijedlog za ocjenu suglasnosti Zakona o izborima s Ustavnim zakonom o pravima nacionalnih manjina. Predlagatelji pogrešno polaze od toga da je Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina više pravne snage od Zakona o izborima. Oba zakona su organski zakoni jednake pravne snage čiju međusobnu usklađenost Ustavni sud nije nadležan ocjenjivati.“

USRH, dakle, nije nadležan za ocjenu suglasnosti „običnih“ i organskih zakona s ustavnim zakonima u slučaju kad su ovi potonji „ustavni“ samo po svom nazivu, ali nisu doneseni u postupku određenom za promjenu Ustava pa ih se prema njihovom sadržaju i pravnoj prirodi ne može smatrati ustavnim zakonima koji bi imali snagu samog Ustava. Iz navedenog također proizlazi da zakoni koji su „ustavni“ samo po svom nazivu podliježu ocjeni suglasnosti s Ustavom u postupku pred USRH. Prema tome taj sud nije nadležan ocjenjivati suglasnost s Ustavom samo onih ustavnih zakona koji su doneseni u postupku određenom za promjenu Ustava jer samo ti ustavni zakoni imaju snagu samog Ustava. U pravnom poretku Republike Hrvatske u ovom je trenutku na snazi samo jedan takav ustavni zakon. To je Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Zbog pravne snage tog zakona, odredbe „običnih“ i organskih zakona mogu biti predmetom ocjene suglasnosti s pojedinim odredbama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Tako je u odluci, broj U-I-39/2002 od 23.

⁶⁵ Rješenje Ustavnog suda broj: U-I-1681/2003 i U-I-2070/2003 od 17. rujna 2003., Narodne novine broj 152/03.

⁶⁶ *Zakon o izborima zastupnika u Hrvatski sabor*, Narodne novine broj 116/99., 109/00., 53/03., 69/03 - pročišćeni tekst.

siječnja 2002. USRH pokrenuo postupak i ukinuo članak 7. alineju 4. i članak 58. Zakona o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave koje su propisivale da danom donošenja odluke Ustavnog suda članu predstavničkog tijela prestaje prijevremeno mandat ako se naknadno sazna za razloge zbog kojih nije mogao biti ni izabran za člana predstavničkog tijela. U obrazloženju odluke USRH je između ostaloga naveo i sljedeće:

„Ustav i Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske jedini su propisi kojima se uređuje organizacija i nadležnost Ustavnog suda. Zakonom koji nema značaj ustavnog zakona, niti bilo kojim drugim propisom, ne može se zadirati niti u organizaciju niti u nadležnosti Ustavnog suda.

3. Zakon o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave nije ustavni zakon, pa se njime nije mogla proširiti nadležnost Ustavnog suda izvan djelokruga njegovih poslova utvrđenih Ustavom Republike Hrvatske, a razrađenih Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Prema odredbama glave IX. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (članci 84. do 92.), Ustavni sud rješava izborne sporove koji su hitni (Ustavni sud je dužan donijeti odluku o žalbi protiv rješenja nadležnog izbornog povjerenstva u roku od 48 sati od dana dostave žalbe) te provodi nadzor nad ustavnošću i zakonitošću izbora najkasnije do proteka roka od 30 dana od službene objave rezultata izbora. Prema tome, ne postoji mogućnost da Ustavni sud nakon proteka tog roka nadzire ispunjavanje uvjeta za kandidiranje ili za izbor članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Nasuprot tome, odredbama članka 58. Zakona o izboru, propisana je nadležnost Ustavnog suda za odlučivanje o prijedlogu odnosno za donošenje odluke (u roku od 30 dana) kojom će sud tijekom trajanja mandata, utvrditi prestanak mandata članu predstavničkog tijela ako se utvrdi da u postupku kandidiranja ili izbora nije ispunjavao koji od uvjeta za kandidiranje ili izbor propisanih Zakonom. Tom se odredbom, dakle, proširuje nadležnost Ustavnog suda, a da za to ne postoji ustavna osnova.“⁶⁷

USRH je u svojoj dosadašnjoj praksi izrekao jasno stajalište da nijedan zakon, koji nije donesen u postupku za promjenu Ustava, neće smatrati ustavnim zakonom odnosno propisom ustavne snage. USRH je na taj način formalni kriterij (to jest postupak za donošenje ustavnog zakona) postavio kao relevantan za prosudbu ustavnopravne naravi i položaja pojedinog propisa u hijerarhiji pravnih propisa u domaćem pravnom poretku, a time i za prosudbu svoje vlastite nadležnosti za kontrolu njihove materijalne ustavnosti. Zaključno, odbijajući *a limine* ustavnopravnu mogućnost ocjene ustavnosti Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, USRH je također jasno naznačio da se ne bi proglasio nadležnim za kontrolu materijalne ustavnosti ni pojedinih normi formalnih ustavnih zakona (tj. onih koji su doneseni u postupku za donošenje i promjenu Ustava) koje po svom sadržaju ne uređuju ustavnopravnu materiju pa stoga nemaju ni ustavnopravnu narav unatoč tome što čine dio zakona koji je po pravnoj snazi izjednačen s Ustavom. Kao što je prethodno rečeno, takvu je mogućnost u svojoj praksi otvorio slovenski Ustavni sud (v. točka 3.2.1.). Čini se da je USRH zasada ostavlja potpuno zatvorenom.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Doktrina o nepromjenjivosti pojedinih dijelova ustava, iz koje izvire postavke o neustavnim ustavnim normama (ustavnim amandmanima i ustavnim zakonima) u materijalnom (supstancijalnom) smislu u najvećoj se mjeri odnosi na ustavna načela temeljnog

⁶⁷ Odluka Ustavnog suda broj U-I-39/2002 od 23. siječnja 2002., Narodne novine broj 10/02. Detaljnije OMEJEC, J.: „Granice ovlasti Ustavnog suda u postupku ocjene suglasnosti zakona s Ustavom“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, Vol. 53 (2003.), broj 6, 1423-1455.

demokratskog (ili republikanskog) oblika vladavine, složene (federalne) strukture države, suvereniteta i teritorijalne nedjeljivosti države te na pojedina ljudska prava i temeljne slobode.⁶⁸ Ta se doktrina u najvećem dijelu stručne literature oduvijek smatrala kontroverznom: je li riječ o „sudskom nadzakonodavstvu“ (*judicial super legislation*) ili o savjesnoj i brižljivoj primjeni ustava?⁶⁹ Tako *Kommers*, razmatrajući njemačku klauzulu vječnosti, ističe: „Ona (načela - op.a.) su trajna. Članak 79. stavak 3, tzv. klauzula vječnosti, zabranjuje bilo koji ustavni amandman koji bi utjecao ili bi potkopao načela dostojanstva iz članka 1. ili osnovne strukturalne principe ustavnog poretka utvrđene u članku 20. (tj. federalizam, diobu vlasti, vladavinu prava i socijalnu državu blagostanja). Stavljanje klauzule vječnosti u privremeni ustav pokazuje se potresno nedosljednim. Očevi su neovisno o tome vjerovali da je najbolji način za osiguranje ljudskog dostojanstva i očuvanje 'demokratske i socijalne federalne države', sada i u budućnosti, bio postaviti određena načela vladavine iznad sposobnosti ljudi da ih mijenjaju i ukratko, zamrznuti historiju.“⁷⁰ Unatoč njemačkom rješenju, koje slijede pojedine europske države čiji ustavi također sadrže jamstva vječnosti (Češka Republika), ostaje činjenica da europskoj ustavnoj tradiciji nisu inherentne izričite ustavne klauzule kojima se zabranjuje izmjena pojedinih ustavnih normi, načela ili vrijednosti. S druge strane, u onim državama čiji ustavi ipak sadrže izričite klauzule vječnosti ne postoji formalno ustanovljena ustavna ovlast nijednog tijela (pa ni ustavnog suda) za naknadnu kontrolu materijalne ustavnosti ustavnih amandmana ili drugih normi ustavne snage. Drugim riječima, ni ustavni sudovi u tim državama formalno nisu postavljeni iznad ustava. U europskim zemljama koje imaju posebne ustavne sudove, nadležnost im je obično izrijekom određena u ustavu. Ako naknadna ocjena materijalne ustavnosti ustavnih amandmana nije izrijekom navedena u nadležnostima, onda je vladajuće tumačenje da to u pravilu znači nenadležnost ustavnih sudova za tu ocjenu. Ipak, praksa pojedinih ustavnih sudova jasno pokazuje da odgovor na to pitanje ponajviše ovisi o sadržaju nacionalnog ustava (najčešće o postojanju klauzule vječnosti) i o ustavnoj interpretaciji samog ustavnog teksta za koju su ti sudovi nadležni. Iz toga onda proizlazi i zaključak da nadležnost ustavnih sudova za naknadnu ocjenu ustavnosti ustavnih normi ipak može biti implicitno sadržana u ustavu. Primjeri navedeni u ovom radu pokazuju, naime, da ustavni sudovi u svojoj praksi, interpretacijom nacionalnog ustava, mogu otvoriti mogućnost naknadne materijalne kontrole ustavnosti ustavnih normi, pri čemu širina te kontrole ponovo ovisi o interpretaciji mjerodavnih normi ustava, onako kako ih prepoznaje pojedini ustavni sud. Ipak ostaje činjenica da je iznimno malo primjera gdje su ustavne norme ustavni sudovi u praksi doista ocijenili neustavnima i ukinuli. Češki se primjer u tom smislu može sagledavati kao iznimka koja potvrđuje pravilo. Hrvatski ustav ne sadrži klauzulu vječnosti. Hrvatsko ustavno sudstvo pripada europsko-kontinentalnom modelu, a njezin Ustav ne propisuje nadležnost USRH da

⁶⁸ Venice Commission, *Report on constitutional amendment*, toč, 215.

⁶⁹ Jednu od najboljih kritika koncepta neustavnih ustavnih odredbi dao je Otto Bachof: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, u BACHOF, O.: *Wege zum Rechtsstaat*, Königstein: Athenäum Verlag, 1979., 1-48. Podrobnije i JACOBSON, Gary Jeffrey: „An unconstitutional constitution? A comparative perspective”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 4, Issue 3 (July 2006), 460-487. Usp. i već spomenuti O'Connelljev tekst: *Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms*. U oba se teksta, osim njemačkog primjera, razmatraju i rješenja vezana uz kontrolu neustavnih ustavnih amandmana u Irskoj i Indiji.

⁷⁰ KOMMERS, D.P.: *The Basic Law: A Fifty Year Assessment*, u knjizi: *Fifty Years of German Basic Law. The New Departure for Germany* (AICGS Conference Report), American Institute for Contemporary German Studies. The Johns Hopkins University, 1999., 3. Doduše, treba se podsjetiti da je njemački Savezni ustavni sud u svojoj odluci Lisabon (2 BvE 2/08 od 30. lipnja 2009.) ukazao da je članak 79. stavak 3. Temeljnog zakona stvoren ne samo da bi spriječio totalitarne udare, već i promjene u pozitivnom pravu koje bi mogle prerezati vezu između njemačkog ustava i njegova univerzalnog temelja priznatog po međunarodnom pravu. Utoliko se *Kommersova* teza o „zamrzavanju historije“, postavljena 1999., u određenoj mjeri pokazuje zastarjelom ili je u najmanju ruku podložna preispitivanju.

ocjenjuje ustavnost ustavnih normi. Pokuša li se u tom svjetlu odgovoriti na pitanje: treba li hrvatski Ustavni sud imati ovlast naknadne kontrole materijalne ustavnosti ustavnih normi? – odgovor bi morao biti niječan. Osim što hrvatski Ustav ne predviđa tu nadležnost USRH, ocjena materijalne ustavnosti bilo koje ustavne norme nije inherentna ni hrvatskoj ustavnopravnoj tradiciji. Supstancijalna kontrola ustavnosti ustavnih normi ne ulazi ni u korpus „općeprihvaćenih pravila“ europskog ustavnog poretka. Čini se stoga da bi se ta kontrola trebala zadržati u granicama onih europskih zemalja u kojima ona izvire iz već postojeće neupitne doktrine i ustavnosudske prakse, pa je protekom vremena sama ta kontrola zadobila obilježje ustavne tradicije u dotičnim zemljama. I tada bi se, međutim, ta kontrola trebala provoditi s osobitom pažnjom i promišljeno, kako bi ustavotvorcu bilo ostavljeno dostatno prostrano ustavno područje slobodne prosudbe.⁷¹ Navedeni se pristup temelji na razlozima načelne i praktične prirode. Prvo, temeljna je ideja većine europskih ustavnih poredaka da ustavotvorac ima ulogu suverenog i vrhovnog nadzornika ustava, pa ne smije biti podložan ocjeni državnih tijela koja su sama stvorena ustavom. Drugo, promjene većine europskih ustava, kao „ukorijenjenih ustava“ (*entrenched constitutions*), uvijek zahtijevaju više od običnog postupka prihvaćanja predložene ustavne norme u zakonodavnom tijelu. U većini država ta odluka zahtijeva kvalificiranu većinu zastupnika u parlamentu, kao i određene druge uvjete, a zakonodavno tijelo u takvom postupku djeluje u svojstvu ustavotvorne skupštine. Tako usvojene ustavne odluke onda u pravilu uživaju visok stupanj demokratske legitimacije koju ustavni sudovi teško mogu pobiti. Hrvatski ustavnopravni poredak polazi upravo od navedenog pristupa. On nedvojbeno poštuje „čvrstu poziciju“, odnosno klauzulu „ukorijenjenosti“ (*entrenchment clause*) svoga ustava. Ukorijenjenost znači da je ustav pravno zaštićen od promjene do koje bi došlo bez postupka koji se primjenjuje za ustavne promjene. U Hrvatskoj je ta zaštita zajamčena u postupku pred USRH koji se proglasio nadležnim ocjenjivati formalnu ustavnost ustavnih normi (ustavnih amandmana i ustavnih zakona), na što ukazuje njegova dosadašnja praksa. U okviru europskog, ali i hrvatskog ustavnog nasljeđa, čini se da bi upravo poštivanje i uvažavanje posebnih postupovnih zahtjeva za promjenu europskih nacionalnih ustava, uključujući hrvatski, te institucionalna kontrola ustavnosti postupka njihova donošenja koju provode ustavni sudovi, moralo biti dostatno jamstvo protiv moguće zlouporabe ustavotvornih ovlasti nacionalnih parlamenata.⁷²

⁷¹ Isto i Venice Commission, *Report on constitutional amendment*, toč. 220.

⁷² Isto i Venice Commission, *Report on constitutional amendment*, toč. 218.

Summary

CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF CONSTITUTIONAL NORMS (CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AND CONSTITUTIONAL LAWS)

The article discusses the doctrine of substantive unconstitutionality of constitutional norms (constitutional amendments and constitutional laws), bringing together the concepts of fundamental legitimacy and constitutionality with the aim of safeguarding the legitimacy of order by defending values and principles which are considered to be fundamental. The author focuses on the case law of the German Federal constitutional court regarding the meaning and scope of the so-called perpetuity clause, contained in Article 79, paragraph 3 of the German Basic law (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland). This constitutional clause protects the essential characteristics of the German Basic law from constitutional amendments contrary to structural constitutional principles, or structural or fundamental state norms of the German constitutional order. The Czech perpetuity clause is also presented, as well as the case law of the Constitutional court of the Czech Republic related to the competence of the Court to assess the constitutionality of constitutional norms. On the other hand, the article gives a comparative overview of constitutional solutions and case law of constitutional courts as the highest regular courts with constitutional jurisdiction in the states whose constitutions do not contain the perpetuity clause (Ireland, France, Hungary, Slovenia). Finally, the author discusses the Croatian constitutional solutions and case law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia regarding its competence to assess the constitutionality of constitutional norms (constitutional amendments and constitutional laws).

Key words: *inalterability of constitutional norms, inalterability of constitutional principles, perpetuity clause, unconstitutional constitutional norms (unconstitutional constitutional amendments, unconstitutional constitutional laws), constitutional court, control of constitutional norms by constitutional courts.*

NEKA RAZMIŠLJANJA O DOPUSTIVOSTI JEDNOSTRANE UPOTREBE SILE U SUVREMENOM MEĐUNARODNOM PRAVU

„Nivo neke znanosti određen je time, do koje je mjere ona sposobna za krizu svojih temeljnih pojmova.“¹

U suvremenom međunarodnom pravu, posebice među teoretičarima, postoji gotovo konsenzus u pogledu kognentne prirode zabrane jednostrane upotrebe sile osim u samoobrani. Ta je zabrana sadržana kako u Povelji Ujedinjenih naroda, tako i u općem običajnom međunarodnom pravu. No, praksa država nerijetko je drukčija. Države, doduše ne osporavaju spomenutu zabranu na razini primarne norme, no pokušavaju, često vođene svojim interesima, u međunarodno pravo uvesti iznimke takvoj zabrani pokušavajući ih predstaviti u obliku različitih sekundarnih normi. Rad donosi neke od takvih pokušaja poput tzv. „humanitarne intervencije“, „prodemokratske intervencije“ i dr. analizirajući istodobno njihov utjecaj na efikasnost primarne prohibitorne, kognentne norme.

Ključne riječi: međunarodno pravo, upotreba sile, jednostrana upotreba sile, Povelja Ujedinjenih naroda, humanitarna intervencija.

1. UVOD

U cjelokupnom razvoju međunarodnog prava, pa tako i međunarodnopravne znanosti, malo je pitanja koja su tako intenzivno i kontinuirano zaokupljala pravne pisce, političare i humaniste diljem svijeta, ali i autore s drugih područja znanosti poput politologije, filozofije, sociologije, pa i teologije, kao što je to slučaj s pitanjem osiguranja međunarodnog mira i sigurnosti – danas ne samo jedne od najvećih vrijednosti međunarodne zajednice, već i jednog od temeljnih ciljeva međunarodnog prava kojeg, dakako osim kroz tzv. „pozitivnu suradnju“ među državama, ono nastoji ostvariti i pravnim uređenjem, (tj. prvenstveno centralizacijom) upotrebe sile nasuprot samovoljnom jednostranom posezanju država za njom. Važnost spomenutog pitanja, međutim, gotovo je razmjerna poteškoćama s kojima se međunarodno pravo susreće u takvu njegovu uređenju. Naime, baš kao i u svakom pravnom sustavu, posvemašnja dopustivost jednostrane upotrebe sile od strane njegovih subjekata pretvorila bi takav sustav u puku vladavinu „prava jačega“ te bi u konačnici bila njegova negacija. No, istodobno, nastojanje na izakonjenju jednostrane upotrebe sile i njezinoj centralizaciji za

* Prof.dr.sc. Davorin Lapaš, izvanredni profesor na Katedri za međunarodno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

¹ HEIDEGGER, M., *Bitak i vrijeme*, Zagreb, Naprijed, 1988, str. 9.

decentralizirani, nehijerarhijski strukturiran normativni sustav kakav je po svojoj biti međunarodno pravo, nesumnjivo je još znatno teža zadaća. Države, kao ipak najznačajniji međunarodnopravni subjekti, obilježene su suverenosti i monopolom sile unutar vlastitih pravnih poredaka, dok nasuprot tomu, unatoč mnogim nastojanjima,² neke oružane snage na razini međunarodne zajednice do danas nisu nastale. Centralizacija upotrebe sile u međunarodnopravnom sustavu danas je, stoga, ostvarena samo na normativnoj razini, u vidu međunarodnopravnih normi koje zabranjuju jednostranu upotrebu sile (osim u samoobrani), dok i dalje samo države, ili pak vojni savezi nekih od njih, baš kao stoljećima, pa i tisućljećima ranije, stvarno raspoložu oružanom silom. Tako, donekle paradoksalno, međunarodnopravni sustav u suzbijanju samovoljne jednostrane upotrebe sile od strane država može se osloniti samo na njezino izakonjenje u vlastitim normama koje (u smislu autonomije koja obilježava takav nehijerarhijski pravni sustav) stvaraju te iste države, te u konačnici na *njihovu* silu u službi ostvarenja efikasnosti svojih normi. U tom smislu, primjerice, Povelja Ujedinjenih naroda u odredbi članka 2. točke 4. zabranjuje jednostranu upotrebu, pa čak i prijetnju silom „uperenu protiv teritorijalne cjelovitosti ili političke nezavisnosti bilo koje države“, ili „na bilo koji način nespojivu s ciljevima Ujedinjenih naroda“, dok istodobno u točki 5. istoga članka obvezuje države članice Ujedinjenih naroda da „daju Organizaciji punu pomoć u svakoj akciji koju ona poduzima“, prvenstveno u smislu mjera (tzv. sankcija) Organizacije, preventivnih, ali i onih s upotrebom sile,³ predviđenih u slučaju „prijetnje miru, narušenja mira ili čina agresije“ (čl. 39). Unatoč tomu, međutim, do stvaranja nekih stalnih oružanih snaga Organizacije, spomenuli smo već, nikad nije došlo pa je stoga i Poveljom zamišljena centralizacija upotrebe sile u obliku „kolektivnih mjera“ Organizacije degenerirala u Povelji nepoznat koncept „mirovnih operacija“ oslonjen tek na dobrovoljno, *ad hoc* sudjelovanje oružanih snaga država članica u okolnostima predviđenima spomenutim člankom 39. Takva „decentralizirana centralizacija“ upotrebe sile u međunarodnopravnom poretku mogla bi se doimati kao neki nespretni oksimoron, u najmanju ruku dovodeći u pitanje efikasnost normi oslonjenih na nj. Štoviše, izbrojimo li, poput nekih autora, čak 595 većih ili manjih oružanih sukoba u svijetu u razdoblju druge polovine 20. stoljeća,⁴ dakle nakon što je jednostrana upotreba sile zabranjena spomenutom, čak kogentnom normom Povelje Ujedinjenih naroda, nemoguće je ne zapitati se je li dosadašnji rezultat razvoja međunarodnog prava u smjeru izakonjenja jednostrane upotrebe sile postignut jednako kao i njezina faktička centralizacija - uobičen u normi najviše pravne snage, ali upitne efikasnosti? Uostalom, dovoljno je prisjetiti se i nekih od nedavnih, svjetskoj javnosti najšire poznatih slučajeva upotrebe sile od strane nekolicine država bez odobrenja Ujedinjenih naroda, poput intervencije NATO-a u SR Jugoslaviji 1999., ili pak napada SAD-a u njegovih saveznika na Afganistan 2001. kao i na Irak 2003. godine. U suvremenoj međunarodnopravnoj doktrini postoji konsenzus ne samo o spomenutoj kogentnoj naravi norme iz članka 2. točke 4. Povelje, već i o prisutnosti zabrane jednostrane upotrebe sile

² Tako, primjerice, odredbe članaka 43-49. Povelje Ujedinjenih naroda predviđaju osnivanje stalnih oružanih snaga Organizacije koje bi bile pod jedinstvenim zapovjedništvom posebnog pomoćnog organa Vijeća sigurnosti – Odbora vojnog štaba. Do toga, međutim, do danas nije došlo. Za tekst Povelje vidi: *Narodne novine – međunarodni ugovori*, br. 15, 1993; ispravak u br. 7, 1994.

³ Spomenute mjere s upotrebom sile predviđene su u članku 42. Povelje Ujedinjenih naroda. Navedeni članak određuje: „Ako Vijeće sigurnosti smatra da mjere predviđene u članku 41. ne bi odgovarale ili ako se pokazalo da ne odgovaraju, ono može pomoću zračnih, pomorskih ili kopnenih snaga, poduzeti takvu akciju kakvu smatra potrebnom za održavanje ili uspostavljanje međunarodnog mira i sigurnosti. Ta akcija može obuhvatiti demonstracije, blokade i druge operacije zračnih, pomorskih ili kopnenih snaga Ujedinjenih naroda.“ *Ibid.*

⁴ Vidi: KRIVOKAPIĆ, B., *Međunarodno pravo koreni, razvoj, perspektive*, Beograd, Megatrend Univerzitet, 2006, str. 109. Glennon spominje procjene od 200 do 680 slučajeva povrede Povelje Ujedinjenih naroda u tom smislu, dok se broj žrtava oružanih sukoba tijekom 20. stoljeća (čak nakon Prvog svjetskog rata) procjenjuje na preko 150 milijuna; vidi: GLENNON, M.J., „Platonism, Adaptivism, and Illusion in the UN Reform“, *Chicago Journal of International Law*, sv. 6, br. 2, 2005-2006, str. 626-627.

protiv druge države na razini općega običajnog prava. Formalno gledano, države članice Ujedinjenih naroda, a to su danas takoreći sve države svijeta, vezane su stoga odnosnom zabranom dvostruko – kako normom ugovornog, tako i općeg običajnog međunarodnog prava koje implicira ne samo prisutnost prakse sukladne dispoziciji takve norme, već i pravne svijesti (*opinio iuris*) njezinih adresata o njezinoj obvezatnosti. I premda bi nas gornje brojke mogle povesti u smjeru brzog zaključka o nepostojanju ili barem potpunoj neefikasnosti zabrane jednostrane upotrebe sile u suvremenom međunarodnom pravu, sve rečeno ipak, čini nam se, vrijedi detaljnije sagledati. Ponajprije, treba imati u vidu da je međunarodno pravo sustav *normi*, a svakoj je normi svojstveno da, za razliku od prirodnog zakona, regulira ponašanje svojih adresata koje može biti i drukčije. Zato je mogućnost normi suprotnog ponašanja, odnosno njezinog kršenja, u samoj biti norme. Normi protivno ponašanje njezina adresata u tom smislu nije negacija norme, već, naprotiv, njezina potvrda u smislu dokaza potrebe za njom.⁵ S druge pak strane, a imajući u vidu subjektivni element običajne međunarodnopravne norme (*opinio iuris*), nije nebitno primijetiti paradoksalnu situaciju u kojoj se u velikoj većini spomenutih oružanih sukoba obje strane pozivaju na samoobranu, ili pak razlog svoje jednostrane upotrebe sile pokušavaju opravdati nekim iznimnim „dopuštenjem“ utemeljenim na (katkad samo njima poznatoj) sekundarnoj međunarodnopravnoj normi. Čini se, stoga, da analizu efikasnosti zabrane jednostrane upotrebe sile u suvremenom međunarodnom pravu valja s razine primarne norme, dakle pukog subjektivnog prava države, usmjeriti na razinu sekundarne norme, tragajući za njezinom iznimnom dopustivošću, dakako ne dvojeći o reperkusijama ishoda te „potrage“ u konačnici na sud o efikasnosti spomenute zabrane na razini primarne norme.

2. JEDNOSTRANA UPOTREBA SILE U MEĐUNARODNOM PRAVU: OD SUBJEKTIVNOG PRAVA DO MEĐUNARODNOG ZLOČINA

Međunarodno pravo još na početku prošloga stoljeća poznavalo je jednostranu upotrebu sile kao subjektivno pravo države. Štoviše, tzv. „pravo na rat“ (*ius ad bellum*) bilo je jedno od obilježja suverenosti te bi države koje bi ga na ovaj ili onaj način ograničile (primjerice ulaskom u neki odnos ovisnosti ili pak ulaskom u status trajne neutralnosti) katkad bile smatrane „polusuverenima“. Pa ipak, treba primijetiti da čak ni tada rat nije bio sam sebi svrha, pa onda ni puki „hir“ države. Rat je uvijek bio dovoljno skup i neizvjestan da su države morale imati dovoljno ozbiljan razlog tj. interes da mu pribjegnju.⁶ Međutim, prvi značajniji pokušaji ograničavanja jednostrane upotrebe sile u međunarodnom pravu, najprije usmjereni na represalije s upotrebom sile, a zatim i na rat, vezani su s jedne strane uz Calvo odnosno Drago doktrinu čiji je sadržaj utjelovljen u članku 1. tzv. Porterove konvencije iz 1907. koji zabranjuje državama strankama Konvencije upotrebu sile prema drugoj državi radi namirenja privatnih potraživanja vlastitih državljana (st. 1.), osim ako ta država ne prihvati arbitražu, ili pak onemogućiti njezino formiranje, ili ako nakon dovršenog postupka ne izvrši arbitražnu

⁵ U tom smislu vidi npr.: KELSEN, H., *Théorie pure de droit*, Neuchatel, Éditions de la Baconnière, 1953, str. 76; GUGGENHEIM, P., *Lehrbuch des Völkerrechts*, sv. I, Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, Basel, 1948, str. 11.

⁶ Tako, od najstarijih vremena rat je svoje mjesto nalazio i na razini sekundarne norme – u ulozi svojevrstne međunarodnopravne sankcije. Uostalom, sankcije s upotrebom sile nesumnjivo su među najstarijim sankcijama međunarodnog prava. One su po svojoj prirodi najoštrije, ali i najmanje izdiferencirane sankcije, pa su stoga i najprihvatljivije svakom normativnom sustavu u nastajanju. Sankcije s upotrebom sile, prvenstveno u obliku rata, povijest bilježi još u pravu između kineskih država sredinom prvog tisućljeća pr.n.e. Jednako tako, začeci međunarodnog prava između država stare Indije, kao i stare Grčke, usko su vezani uz rat kao njegovu sankciju, a i međunarodno pravo srednjeg, pa i novog vijeka, sve do najnovijeg doba poznavalo je rat u značenju sankcije. Detaljnije vidi: LAPAŠ, D., *Sankcija u međunarodnom pravu*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2004, str. 307.

presudu (st. 2.).⁷ S druge strane, takvi pokušaji vezani su i uz osnivanje Lige naroda 1919., odnosno usvajanje njezina Pakta.⁸ Međutim, niti jedan od tih dvaju dokumenata nije donio apsolutnu zabranu jednostrane upotrebe sile, već ju je, štoviše, na određeni način tek potvrdio – Pakt dajući ratu mjesto sredstva *ultima ratio*,⁹ a Porterova konvencija, slično tomu, ostavljajući jednostranu upotrebu sile krajnjom mjerom za neprihvatanje arbitraže od strane države-dužnika, ili pak za njezino neizvršenje arbitražne odluke. Tek je Pariški (tzv. Briand-Kelloggov) pakt iz 1928. prvi puta izrijeком zabranio rat kao sredstvo državne politike (čl. 1.), poričući mu time stoljećima prihvaćen značaj emanacije državne suverenosti.¹⁰ Pa ipak, ni ta zabrana nije bila opća. Ona je bila tek obveza, (a onda i povlastica) među državama strankama Pakta, pa je rat i samim tim Paktom ostao ne samo dopušten izvan kruga njegovih stranaka, već je u odnosu na odredbe Pakta na određeni način vršio i funkciju sankcije jer bi se država stranka njihovim kršenjem sama stavila izvan međunarodnog prava “podsustava” stvorenog tim Paktom, pa bi na razini općeg međunarodnog prava rat protiv nje još uvijek bio dopušten.¹¹ Zabrana rata, kao i uopće svake jednostrane upotrebe sile osim u samoobrani, ušla je u opće, danas smatramo i kogentno međunarodno pravo tek nakon Drugog svjetskog rata, ponajprije zahvaljujući Povelji Ujedinjenih naroda, prvenstveno njezinoj ranije spomenutoj odredbi članka 2. točke 4. Time rat, baš kao i represalije s upotrebom sile u miru, postaju nedopuštenima ne samo *per se*, već, zaključilo bi se, bivaju isključeni i iz mogućeg sadržaja sekundarne međunarodnopravne norme. No, njihovim prvotnim ograničenjem, a kasnije zabranom, ni Pakt Lige naroda kao ni Povelja ipak nisu posve napustili upotrebu sile. Naprotiv. Pakt (kasnije upotpunjen Ženevskim protokolom iz 1924., te Sporazumima iz Locarna 1925.),¹² a još daleko više Povelja, zapravo su nastojali tek kanalizirati takvu decentraliziranu silu. Odredbe glave VII. Povelje, naročito ranije spomenutih članaka 42. i 43., pritom su znatno određenije i zahtjevnije od odredbe članka 16. stavka 2. Pakta.¹³ Tako,

⁷ Za tekst Konvencije vidi u: LA PRADELLE, A. de, *La paix moderne*, Paris, Les éditions internationales, MCMXLVII, str. 172.

⁸ Za tekst Pakta Lige naroda vidi u: *ibid.*, str. 225-233.

⁹ Tako uostalom članak 12. Pakta predviđa: “Tous les Membres de la Société conviennent que, s’il s’élève entre eux un différend susceptible d’entraîner une rupture, ils le soumettront, soit à la procédure de l’arbitrage ou à un règlement judiciaire, soit à l’examen du Conseil. Ils conviennent encore qu’en aucun cas, ils ne doivent recourir à la guerre avant l’expiration d’un délai de trois mois après la décision arbitrale ou judiciaire ou le rapport du Conseil.” *Ibid.*

¹⁰ Vidi: Briandov govor od 27. kolovoza 1928., u: Ministère des Affaires Étrangères (ur.), *Le Pacte général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale*, Paris, Imprimerie des Journaux officiels, 1928, str. 56-59. Članak 1. Pariškog pakta glasi: “Les Hautes Parties Contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu’elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux, et y renoncent en tant qu’instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles.” Za tekst Pariškog pakta vidi u: LA PRADELLE, *op. cit.*, (bilj. 7), str. 330-331.

¹¹ Vidi: BRÜCK, O., *Les sanctions en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1933, str. 188-189. Tako se, uostalom, u preambuli Pakta navodi: “[T]oute Puissance signataire qui chercherait désormais à développer ses intérêts nationaux en recourant à la guerre devra être privée du bénéfice du présent Traité; (...)” Za tekst Pakta vidi: *supra*, bilj. 10.

¹² Za tekstove spomenutih ugovora vidi u: LA PRADELLE, *op. cit.*, (bilj. 7), str. 300-329.

¹³ Odredba članka 16. Pakta Lige naroda predviđala je:

“1) Si un Membre de la Société recourt à la guerre, contrairement aux engagements pris aux art. 12, 13 ou 15, il est *ipso facto* considéré comme ayant commis un acte de guerre contre tous les autres Membres de la Société. Ceux-ci s’engagent à rompre immédiatement avec lui toutes relations commerciales ou financières, à interdire tous rapports entre leurs nationaux et ceux de l’Etat en rupture de Pacte et à faire cesser toutes communications financières, commerciales ou personnelles entre les nationaux de cet Etat et ceux de tout autre Etat, Membre ou non de la Société.

2) En ce cas, le Conseil a le devoir de recommander aux divers gouvernements intéressés les effectifs militaires, navals ou aériens par lesquels les Membres de la Société contribueront respectivement aux forces armées destinées à faire respecter les engagements de la Société.

Fischer u tom smislu izdvaja pet bitnih razlika: dok je dopuštena jednostrana upotreba sile u obliku samoobrane u Povelji zapravo iznimka, u Paktu ona je pravilo; upotreba sile prema Paktu i dalje je ostavljena državama članicama Lige, mada na osnovu preporuke Vijeća, dok bi prema Povelji o oružanoj akciji trebalo odlučivati i njome upravljati Vijeće sigurnosti; Vijeće Lige moglo je, stoga, u tom smislu državama članicama uputiti tek preporuku, dok Vijeće sigurnosti o takvoj akciji odlučuje, za članice Organizacije obvezujućom odlukom; oružanu akciju prema slovu Povelje provode oružane snage Organizacije, dok je Paktom ona bila prepuštena *ad hoc* sastavljenim kontingentima oružanih snaga država članica; konačno, i sam razlog upotrebe sile Poveljom je određen znatno šire, pa dok je prema Paktu oružana akcija mogla nastupiti samo u slučaju rata protivnog odredbama Pakta, prema članku 39. Povelje ona može uslijediti u slučaju svake, diskrecijskom odlukom Vijeća sigurnosti utvrđene “prijetnje miru, narušenja mira ili čina agresije”.¹⁴ Na taj je način kolektivna sigurnost zamišljena člankom 11. Pakta,¹⁵ Poveljom postavljena znatno šire. No, članak 43., zamišljen kao svojevrsni *pactum de contrahendo*,¹⁶ spomenuli smo već, ostao je tek “mrtvo slovo”. “Međunarodna vojska” njime zamišljena nikada nije formirana, a Odbor vojnog štaba namijenjen da njome upravlja ostao je bez funkcije. Smionio zamišljena gotovo posvećena centralizacija sile unutar sustava Ujedinjenih naroda nije tako odmakla znatno dalje od pukih težnji osnivača Lige naroda.¹⁷ Čitav sustav kolektivne sigurnosti, Poveljom okvirno zamišljen, zbog izostanka političke volje država članica da ga privedu u život, ostao je bez “nadgradnje”. Štoviše, ne samo da centralizacija sile, ističe *Franck*, nije uspjela, već nisu pravno definirane

3) Les Membres de la Société conviennent, en outre, de se prêter l'un à l'autre un mutuel appui dans l'application des mesures économiques et financières à prendre en vertu du présent article pour réduire au minimum les pertes et les inconvénients qui peuvent en résulter. Ils se prêtent également un mutuel appui pour résister à toute mesure spéciale dirigée contre l'un d'eux par l'Etat en rupture de Pacte. Ils prennent les dispositions nécessaires pour faciliter le passage à travers leur territoire des forces de tout Membre de la Société qui participe à une action commune pour faire respecter les engagements de la Société.

4) Peut être exclu de la Société tout Membre qui s'est rendu coupable de la violation d'un des engagements résultant du Pacte. L'exclusion est prononcée par le vote de tous les autres Membres de la Société représentés au Conseil.” Za tekst Pakta vidi: *supra*, bilj. 8..

¹⁴ Vidi: FISCHER, G., “Article 42”, u: COT, J.-P., PELLET, A.(ur.), *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article*, Paris, Bruxelles, Economica, Bruylant, 1985, str. 706.

¹⁵ Članak 11. Pakta Lige naroda predviđao je: “[T]oute guerre ou menace de guerre, qu'elle affecte directement ou non l'un des Membres de la Société, intéresse la Société tout entière et (...) celle-ci doit prendre les mesures propres à sauvegarder efficacement la paix des nations.(...)” Za tekst Pakta vidi: *supra*, bilj. 8.

¹⁶ Odredba članka 43. Povelje predviđa:

“1) Da bi pridonijeli održavanju međunarodnog mira i sigurnosti, svi se članovi Ujedinjenih naroda obvezuju da će staviti na raspolaganje Vijeću sigurnosti, na njegov poziv i u skladu s posebnim sporazumom ili sporazumima, oružane snage, pomoć i olakšice, uključujući pravo prolaska, potrebne za održavanje međunarodnog mira i sigurnosti.

2) Takav sporazum ili sporazumi određuju brojno stanje i vrste snaga, stupanj njihove pripravnosti i njihov opći raspored, kao i prirodno olakšica i pomoći koje treba pružiti.

3) O sporazumu ili sporazumima povest će se na poticaj Vijeća sigurnosti pregovori što je prije moguće. Njih sklapaju Vijeće sigurnosti i članovi, ili Vijeće sigurnosti i skupine članova, a države potpisnice treba da ih ratificiraju u skladu sa svojim ustavnim propisima.” Za tekst Povelje vidi: *supra*, bilj. 2.

¹⁷ Za neke zamisli osnivanja stalne međunarodne vojske unutar Lige naroda vidi npr.: Royal Institute of International Affairs, *International Sanctions*, London, New York, Toronto, Oxford University Press, 1938, str. 122-123; FROWEIN, J.A., “Article 43”, u: SIMMA, B.(ur.), *The Charter of the United Nations – A Commentary*, München, C.H. Beck, 1994, str. 637. Tako je u vrijeme nastanka Lige naroda Hadjiscos pisao: “[I]l peut être nécessaire de faire appel aux sanctions militaires. Celles-ci ne seraient pas conçues, dans l'ordre international nouveau, comme un acte de guerre et retour à un passé aboli, mais comme un acte de force accompli au service du droit par la collectivité des nations.” HADJISCOS, D.N., *Les Sanctions Internationales de la Société des Nations*, sv. 1, Paris, Marcel Giard, 1920, str. 101. Spomenimo, međutim, da je glavni tajnik Ujedinjenih naroda Boutros Boutros-Ghali 1992. u svojoj Agendi za mir preporučio da Vijeće sigurnosti potakne pregovore u skladu s člankom 43. Povelje; vidi: Agenda for Peace, A/47/277-S/24111, 17 June 1992, para. 43.

ni pretpostavke njezine primjene.¹⁸ Tako, ne samo kvalifikacija u konkretnom slučaju (što bi bilo u skladu s člankom 39. Povelje), nego i pravno određenje samih pojmova “prijetnje miru”, “narušenja mira”, pa i “čina agresije” ostavljeno je *ad hoc* interpretaciji Vijeća sigurnosti kao političkog, ne pravnog organa. Uz to, izostao je i mehanizam utvrđivanja činjenica (tzv. “*fact-finding*”), pa ne čudi onda što se u slučaju oružanog sukoba, spomenuli smo već, najčešće sve strane pozivaju na samoobranu. Takvo stanje rezultiralo je u doktrini, ali i u praksi, krajnjim razilaženjima glede “ovlaštenika” na primjenu sile predviđene Poveljom. Mišljenja su se razlikovala od potpunog uvjetovanja upotrebe sile iz članka 42. djelovanjem “oružanih snaga Ujedinjenih naroda”,¹⁹ preko shvaćanja o separabilnosti članka 42. od članka 43.²⁰ (što je u praksi mirovnih operacija našlo svoju potvrdu), pa sve do argumentacije u prilog supsidijarnoj ovlaštenosti država članica, pa i njihovih regionalnih organizacija da, zbog izostanka centralizacije sile predviđene Poveljom, primjenu sile preuzmu u svoje ruke.²¹ Dok je za trajanja “hladnog rata” započetog već prvih godina postojanja Ujedinjenih naroda ravnoteža suprotstavljenih supersila, uvelike paralizirajući primjenu glave VII. Povelje, zastirala opasne nedostatke takva koncepta centralizacije sile unutar Organizacije, njegovim prestankom pitanje upotrebe sile, u prvom redu kao međunarodnopravne sankcije, unutar sustava Ujedinjenih naroda, a onda i na razini općeg međunarodnog prava, zapalo je u posvemašnju nesigurnost, kako glede uvjeta dopustivosti i ovlaštenja na njezinu primjenu, tako i glede njezine svrhe, pa i uopće pravne prirode i oblika. Pa ipak, unatoč svim manjkavostima sustava kolektivne sigurnosti predviđenog Poveljom, međunarodno je pravo ustrajalo na izakonjenju, pa i svojevrsnoj kriminalizaciji jednostrane upotrebe sile, posebice agresivnog rata u vidu „zločina protiv mira“. Uostalom, već je Versailleski mirovni ugovor u svom članku 227. i u tom smislu optužio njemačkog cara Wilhelma II., (doduše prvenstveno za povredu međunarodnog morala, a ne prava) te predvidio osnivanje peteročlanog međunarodnog suda (čije su članove trebale imenovati Francuska, Italija, Japan, Sjedinjene Američke Države i Ujedinjena Kraljevina) sa zadaćom da mu sudi.²² Do tog suđenja, međutim, nikad nije došlo jer je Nizozemska u koju se car bio sklonio, odbila njegovo izručenje. Međutim, razvojem ideje neposredne međunarodne kaznene odgovornosti pojedinca uslijedila su nakon Drugog svjetskog rata suđenja visokim dužnosnicima u Ratu poraženih sila – Njemačke i Japana. Uz ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, u nadležnosti kako Međunarodnog vojnog suda u Nürnbergu, tako i „tokijskog“ Međunarodnog vojnog suda za Daleki Istok ušli su i zločini protiv mira, dakle i zločin agresije. Nakon okončanja nürnberških i tokijskih procesa, zahvaljujući desetljećima dugim nastojanjima prvenstveno Komisije Ujedinjenih naroda za međunarodno pravo na kodifikaciji tim procesima ustanovljenih načela, ali i na izradi nacrtu Kodeksa zločina protiv mira i

¹⁸ Vidi: FRANCK, Th.M., “Who Killed Article 2(4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States”, *AJIL*, sv. 64, br. 5, 1970, str. 811.

¹⁹ Vidi npr.: CASTAÑEDA, J., “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”, *RCADI*, sv. 129, 1970, str. 265-268.

²⁰ Vidi npr.: SEYERSTED, F., “United Nations Forces, Some Legal Problems”, *BYIL*, sv. XXXVII, 1961, str. 359-362 i 438-439; HIGGINS, R., *Problems and Process – International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1995, str. 266; no zanimljiv je i Kelsenov zaključak: “Article 42 refers to ‘air, sea, or land forces’ without providing that these forces must be armed forces placed at the disposal of the Security Council by the Members.” KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, London, Stevens & Sons Limited, 1950, str. 756.

²¹ Neka takva stajališta spominju npr. u svom članku Lobel i Ratner; vidi: LOBEL, J., RATNER, M., “Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraqi Inspection Regime”, *AJIL*, sv. 93, br. 1, 1999, str. 130. Lavalle, međutim, ovdje vidi samo mogućnost da na temelju članka 53. stavka 1. Povelje Vijeće sigurnosti takvo ovlaštenje dade regionalnoj organizaciji, ali ne i državi; vidi: LAVALLE, R., “The Law of the United Nations and the Use of Force, under the Relevant Security Council Resolutions of 1990 and 1991, to Resolve the Persian Gulf Crisis”, *NYIL*, sv. XXIII, 1992, str. 33.

²² Za tekst Versailleskog ugovora vidi: *Reichs Gesetzblatt*, br. 140, 1919.

sigurnosti čovječanstva te na izradi nacrtu Statuta stalnoga Međunarodnog kaznenog suda,²³ definicija, pa i inkriminacija agresije našla je svoje mjesto u nekima od najznačajnijih dokumenata suvremenog međunarodnog prava, primjerice u Statutu Međunarodnog kaznenog suda,²⁴ ali i u tzv. „Deklaraciji sedam načela“ usvojenoj u Općoj skupštini Ujedinjenih naroda 1970.²⁵ i u Rezoluciji Opće skupštine Ujedinjenih naroda o definiciji agresije (A/3314(XXIX)) iz 1974.,²⁶ (premda ju u određenom smislu možemo pronaći i prije toga u trima Londonskim konvencijama iz 1933.),²⁷ baš kao i u regionalnim međunarodnopravnim dokumentima poput Akta Chapultepec,²⁸ Povelje Organizacije američkih država,²⁹ ili pak Ustavnog akta Afričke unije.³⁰ Slijedom toga, danas sa sigurnošću možemo ustvrditi kako jednostranoj upotrebi sile prema drugoj državi u pozitivnom međunarodnom pravu više nipošto nema mjesta na razini primarne norme, dakle u smislu pukog subjektivnog prava države. No, taj je zaključak od slabe koristi, ne samo prisjetimo li se stvarne prisutnosti i ranije spomenute brojnosti oružanih sukoba u posljednjih pola stoljeća, već i činjenice da je filozofska i teološka misao kako u Europi, tako i u drugim dijelovima svijeta u ratu oduvijek gledala (nužno) zlo.³¹ Daleko zanimljivijim stoga, a i korisnijim bit će okrenuti se „opravdanjima“ kojima države danas nastoje jednostranu upotrebu sile podvesti pod sadržaj neke „iznimne“, sekundarne međunarodnopravne norme, ili pak češće, uvjeriti međunarodnu zajednicu u njezino postojanje.

3. NEKA OPRAVDANJA JEDNOSTRANE UPOTREBE SILE - *EXCEPTIO FIRMAT REGULAM?*

Jedini oblik jednostrane upotrebe sile nedvojbeno dopušten u suvremenom međunarodnom pravu, kako u ugovornom, tako i u općem običajnom, jest samoobrana. To uostalom izrijeком potvrđuje i odredba članka 51. Povelje Ujedinjenih naroda navodeći kako: „Ništa u ovoj

²³ Za tekst spomenutih dokumenata vidi: United Nations, *The Work of the International Law Commission*, 5. izd., New York, 1996, str. 28-29, 142-149 te 168-170 i 214-239. U tom kontekstu mogli bismo spomenuti i nacrt Deklaracije o pravima i dužnostima država kojeg je Komisija izradila još na svom prvom zasjedanju 1949. godine te ga podnijela Općoj skupštini Ujedinjenih naroda; vidi: A/res./375(IV) Annex.

²⁴ Za tekst Statuta vidi: A/CONF.183/9, 17 July 1998. Vidi također i revidirani tekst Statuta upravo u pogledu definiranja zločina agresije kojeg je Revizijska konferencija usvojila konsenzusom na svom 13. plenarnom zasjedanju 11. lipnja 2010. (Resolution RC/Res.6 „The Crime of Aggression“).

²⁵ Deklaracija o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i suradnji između država u skladu s Poveljom Ujedinjenih naroda (A/2625(XXV) od 24. listopada 1970.) Za cjeloviti tekst Deklaracije na hrvatskom jeziku vidi u: LAPAŠ, D., ŠOŠIĆ, T.M.(ur.), *Međunarodno javno pravo – izbor dokumenata*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2005, str. 52-59.

²⁶ Za cjeloviti tekst Rezolucije na hrvatskom jeziku vidi u: *ibid.*, str. 60-62.

²⁷ Za tekst spomenutih konvencija vidi: *Recueil des traités – Traités et Engagements internationaux enregistrés par le Secrétariat de la Société des Nations*, br 148.

²⁸ Za tekst vidi u: KAPTEYN, P.J.G., KOOIJMANS, P.H., LAUWAARS R.H., SCHERMERS, H.G., LEEUWEN BOOMKAMP, M. van (ur.), *International Organization and Integration*, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, II.E.1.a.

²⁹ Za tekst vidi u: *ibid.*, II.E.1.d.

³⁰ Za tekst Ustavnog akta Afričke unije vidi: www.africa-union.org/About_AU/Constitutive_Act.htm (16.09.2010.).

³¹ Vidi npr.: WILKES, G., „Judaism and Justice in War“, u: ROBINSON, P., *Just War in Comparative Perspective*, Burlington, Ashgate, 2003., str. 16-17; WEBSTER, Fr.A.F.C., „Justifiable War in Eastern Orthodox Christianity“, u: *ibid.*, str. 47; HARRIS, E.J., „Buddhism and the Justification of War: A Case Study from Sri Lanka“, u: *ibid.*, str. 100; SINGH, G., „Sikhism and Just War“, u: *ibid.*, str. 129; KANE, Th.M., „Inauspicious Tools: Chinese Thought on the morality of Warfare“, u: *ibid.*, str. 148. KOTZSCH, L., *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Genève, Librairie E. Droz, 1956, str. 19-41. Vidi i: SINGH, N., „The Distinguishable Characteristics of the Concept of the Law as it Developed in Ancient India“, u: BOS, M., BROWNLIE, I.(ur.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, str. 92.

Povelji ne dira u prirodno pravo individualne ili kolektivne samoobrane u slučaju oružanog napada na nekog člana Ujedinjenih naroda sve dok Vijeće sigurnosti ne poduzme mjere potrebne za održavanje međunarodnog mira i sigurnosti. (...)“³² Jednostrana upotreba sile u samoobrani, pa i onoj „kolektivnoj“, ostala je tako, prema slovu Povelje, jedinom iznimkom njome uspostavljenoj centralizaciji sile u okviru svjetske organizacije - Ujedinjenih naroda. No, zadaća pravnikova bila bi laka kada bi život slijepo slijedio norme koje stvorimo. Naprotiv, barem u međunarodnom pravu nerijetko svjedočimo gotovo obrnutom procesu u kojem uloga pravnikova katkad više sliči znanstvenicima u prirodnim znanostima koji slijede i opisuju zbivanja i procese koji se uvelike odvijaju neovisno od njih. Svojom horizontalnom, nehijerarhijskom strukturom i autonomijom svojstvenom njegovim normama, međunarodno je pravo zato gotovo idealan „laboratorij“ normativnih znanosti u kojem efikasnost norme biva prepuštena funkcionalnosti utjelovljenoj u interesima njezinih tvoraca-adresata. U takvom okruženju svojevrstnog normativnog „prirodnog odabira“ život norme nije lak pa već kakav-takav *opinio iuris*, uobličen barem u izostanku izričitog protivljenja njezinoj dispoziciji, može se doimati „znakom života“. Slično je, čini se i s našom kogentnom normom zabrane jednostrane upotrebe sile izvan samoobrane. Naime, baš kao što smo samoobrani ostavili mjesta u obliku iznimke – dakle na razini sekundarne norme kao odgovora „u slučaju oružanog napada“, slično i države - adresati spomenute zabrane - vođene svojim interesima nastoje na istoj razini proširiti navedenu iznimku, ili pak stvoriti nove. Pokušajmo u nastavku, koliko nam opseg ovoga rada to dopušta, prikazati tek neka od takvih nastojanja slijedeći praksu država u otprilike posljednjih pola stoljeća u pogledu jednostrane upotrebe sile.

3.1. Ekstenzivna tumačenja prava na samoobranu

Slično kao i doktrina kaznenog prava, i međunarodnopravna se doktrina morala suočiti s realnošću koja katkad poznaje okolnosti u kojima započinjanje samoobrane tek u trenutku kada je protupravni napad doista započeo bitno umanjuje ili čak minimizira njezine izgleda. Otud se i u doktrini međunarodnog prava pojavilo shvaćanje o potrebi „širenja“ granica samoobrane u smislu tzv. „anticipatorne samoobrane“ koja prethodi stvarnom započinjanju napada, no ipak nastupa onda kada je objektivno posve sigurno da protupravni napad neizostavno i neposredno slijedi, a njegov bi stvarni početak bitno umanjio izgleda za samoobranu. Takvo shvaćanje bilo je posebice prisutno u međunarodnopravnoj doktrini u vrijeme „hladnog rata“ kada je prijetnja napada nuklearnim oružjem gotovo savršeno udovoljavala spomenutim uvjetima.³³ Prestanak „hladnog rata“ i imanentne opasnosti nuklearnog rata dviju supersila, međutim, nipošto nije doktrinu anticipatorne samoobrane učinio zastarjelom. Naprotiv, širenje granica samoobrane, kako vremenskih, tako i sadržajnih, tek je uslijedilo u novim okolnostima „unipolarnog svijeta“. Tzv. „rat protiv terorizma“ kojim su se Sjedinjene Države kao jedina preostala supersila okomile podjednako na terorističke organizacije poput Al-Qaide, kao i na države koje su ocijenile kao „osovinu zla“,³⁴ uvelike se zasnivao na ideji ekstenzivnog tumačenja prava na samoobranu. Nastali su tako i pojmovi „preemptivne“ i „preventivne“³⁵ samoobrane čija su razumijevanja, dokraja poznata zacijelo

³² Za tekst Povelje vidi: *supra*, bilj. 2.

³³ Vidi npr.: HENKIN, L., *How Nations Behave – Law and Foreign Policy*, New York, Columbia University Press, 1979, str. 144.

³⁴ Tako bivši američki predsjednik G.W. Bush govori o tzv. „osovini zla“ („*axis of evil*“) koja, posve arbitrarno definirana, obuhvaća više od 60 država koje „podupiru terorizam“. Vidi npr.: PELLET, A., TZANKOV, V., „Can a State Victim of a Terror Act Have Recourse to Armed Force?“, *Humanitäres Völkerrecht*, sv. 17, br. 2, 2004, str. 71.

³⁵ Zanimljiv je u tom kontekstu i kritički pristup kojeg donosi Condorelli; vidi: CONDORELLI, L., „Conclusion générale: quelques remarques peu...concluantes“, u: CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P.(ur.), *Customary*

samo njihovim tvorcima, išla i tako daleko da su za svoj cilj postavljala spriječiti potencijalnog neprijatelja da ikada u budućnosti više može predstavljati prijetnju.³⁶ Uostalom, jedino u tom smislu čini se mogućim danas sagledati napad Sjedinjenih Država i nekolicine njihovih saveznika na Irak 2003. godine, budući da, unatoč svrgavanju iračke vlasti silom i višegodišnje okupacije te zemlje, navodno oružje za masovno uništenje koje je bilo povod takve „samoobrane“, čak i po službenom priznanju spomenutih država koje su se od njega „preventivno branile“, nikada nije pronađeno. Pokušaji opravdanja „agresije na Irak“³⁷ mogli su uslijediti potom, dakako, samo u smislu pravdanja protupravnosti „legitimnošću“,³⁸ dakle transponiranjem sukoba delinkventa s pravom na razinu „sukoba“ prava s (vlastitim) moralom. Jednako tako, širenje granica samoobrane u novije doba išlo je i tako daleko da se samoobranom nastojala opravdati i jednostrana upotreba sile na području druge države, no usmjerena protiv terorističke organizacije koja ondje navodno djeluje. Tako su, primjerice, svoj zračni napad na selo Damadola u sjeverozapadnom Pakistanu u kojem je 18 ljudi, pakistanskih državljana – uključujući žene i djecu – izgubilo svoje živote, Sjedinjene Države opravdavale pozivanjem na samoobranu navodeći kao cilj udara terorističku organizaciju Al-Qaidu, štoviše ubojstvo Aymana al-Zawahirija – jednoga od njezinih vodećih ljudi,³⁹ a ne Pakistan. Pa ipak, takva „separabilnost“ u pozitivnom međunarodnom pravu koje agresiju, pa onda i samoobranu, vezuje, čak i u obliku tzv. „indirektno agresije“, samo uz državu, nije poznata.⁴⁰ Napokon, američko bombardiranje libijskih gradova Tripolija i Bengehazija 15. travnja 1986. zbog navodne ugroženosti američkih građana „libijskim terorizmom“, koje je čak bilo osuđeno u rezoluciji Opće skupštine Ujedinjenih naroda A/41/38, od 20. studenog 1986., kao i očita američka odmazda bombardiranjem ciljeva u Sudanu i Afganistanu zbog bombaških napada na američke ambasade u Keniji i Tanzaniji 1998., svakako su među najneuvjerljivijim primjerima pokušaja širenja pravnih granica samoobrane. Naime, premda su Sjedinjene Države pokušale, primjerice, spomenutu akciju 1998. okvalificirati kao samoobranu, istinski cilj akcije, navodi *Murphy*, bio je ubiti Usamu bin Ladenu te što više njegovih suradnika.⁴¹ Tako napokon, reći će netko, o efikasnosti naše kogentne norme o zabrani jednostrane upotrebe sile sa svoje strane mogu govoriti i već u doktrini prisutne „kodifikacije“ načela prema kojima su primjerice, Sjedinjene Države spremne pribjeći takvoj upotrebi sile. Tako, u obliku tzv. „Clintonove doktrine“ kao takva načela Stevenson izdvaja: 1) obranu vitalnih interesa Sjedinjenih Država, za čiju obranu svaki oblik upotrebe sile dolazi u obzir; 2) za obranu bitnih (ali ne vitalnih) interesa, dolazi u obzir upotreba sile razmjerna njihovoj važnosti; 3) u svim slučajevima kada postoje jasni politički i vojni ciljevi takve upotrebe sile; 4) kada postoje jasni kriteriji za ocjenu uspješnosti takve akcije; te 5) kada

International Law on the Use of Force – A Methodological Approach, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, str. 329-330.

³⁶ Vidi npr.: ROSTOW, E.V., „Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defence?“, *AJIL*, sv. 85, br. 3, 1991, str. 514-516.

³⁷ CONDORELLI, *op. cit.*, (bilj. 35), str. 330.

³⁸ Vidi npr.: SLAUGHTER, A.-M., „An American Vision of International Law?“, *ASIL Proceedings*, 2003, str. 125-131.

³⁹ Detaljnije vidi npr.: „U.S. airstrike targeting Ayman al-Zawahiri leaves 18 dead in Pakistani village“; http://en.wikinews.org/wiki/18_killed_in_U.S._air_strike_on_village_in_Pakistan (19.3.2006) . Vidi i: „Pakistan protests airstrike“; <http://www.cnn.com/2006/WORLD/meast/01/14/alqaeda.strike/> (20.3.2006).

⁴⁰ Detaljnije vidi: LAPAŠ, D., „What does the “war against terrorism” tell us about the contemporary concept of international legal personality?“ BECKER, S.W., DERENČINOVIĆ, D.(ur.), *International Terrorism: The Future Unchained?*, Zagreb, University of Zagreb Faculty of Law, 2008, pp. 115-132.

⁴¹ Vidi: MURPHY, S.D., „Contemporary Practice of the United States Relating to International Law“, *AJIL*, sv. 93, br. 1, 1999, str. 162-163. U prilog toj tvrdnji govori i izjava tadašnjeg američkog predsjednika Clintona iz televizijskog obraćanja naciji: „*The United States does not take this action lightly. Afghanistan and Sudan have been warned for years to stop harboring and supporting these terrorist groups. But countries that persistently host terrorists have no right to be safe havens.*“ Za tekst Izjave vidi u: *ibid.*, str. 162.

postoji za nju dostatna podrška američke javnosti i Kongresa.⁴² Pa ipak, premda takve iznimke nesumnjivo sužavaju polje primjene gornje primarne prohibitorne norme, treba primijetiti da svi navedeni pokušaji njihova pravnog utemeljenja ostaju i dalje na razini sekundarne, čak već postojeće međunarodnopravne norme (spomenute odredbe članka 51. Povelje), koliko god neuvjerljiva bila odnosna širenja granica njezine primjene. Međutim, neki od suvremenih slučajeva jednostrane upotrebe sile daleko će teže naći svoje pravno utemeljenje, čak i u ekstenzivnom tumačenju prava na samoobranu.

3.2. Upotreba sile u procesu dekolonizacije

Europski kolonijalizam čak i u vrijeme Ujedinjenih naroda, dakle u procesu dekolonizacije, dao je brojne primjere jednostrane upotrebe sile – kako od strane ovisnih zemalja čiji su narodi nerijetko morali posegnuti i za upotrebom sile kako bi se oslobodili vlasti europskih kolonijalnih sila koje su njima upravljale, tako i od strane samih kolonijalnih upraviteljica koje su, unatoč protivljenju Ujedinjenih naroda čije su u pravilu i same bile članice, nastojale silom pod svojom vlašću zadržati zemlje i narode kojima su upravljale. Neke od njih, poput primjerice Portugalu, Ujedinjeni su narodi pokušali i sankcionirati u smislu ranije spomenutih mjera iz glave VII. Povelje zbog otpora procesu dekolonizacije,⁴³ dok se pak Južna Afrika i doista našla pogođena takvim sankcijama zbog svog odbijanja da napusti bivše mandatsko područje Jugozapadne Afrike (Namibije).⁴⁴ Istodobno, na općenitoj razini međunarodno je pravo reagiralo priznanjem oslobodilačkih pokreta kao međunarodnopravnih subjekata, a njihove oslobodilačke borbe kao međunarodnog oružanog sukoba ukazujući time jasno da je dekolonizacija pitanje međunarodnog prava, a nipošto unutrašnja stvar država kolonijalnih upraviteljica.⁴⁵ U navedenom kontekstu mogli bismo tako spomenuti čitav niz primjera jednostrane upotrebe sile poput francusko-vijetnamskog rata 1945-1954. u kojem je Francuska, uz znatnu financijsku pomoć Sjedinjenih Država,⁴⁶ pokušala spriječiti osamostaljenje te svoje bivše kolonije. Sličnu svrhu imali su i drugi francuski ratovi toga vremena, poput onoga u Tunisu 1952-1956., Maroku 1953-1956., ili Alžiru 1954-1962. Dakako, i druge su europske kolonijalne sile bez puno dvojbe pribjegavale oružanoj sili ne bi li sačuvalе svoje kolonije, ne mareći mnogo za spomenutu kogentnu zabranu jednostrane upotrebe sile iz Povelje Ujedinjenih naroda, uostalom baš kao ni za nastojanja te svjetske organizacije u procesu dekolonizacije. Možemo tako spomenuti i nizozemski rat u Indoneziji

⁴² Vidi: STEVENSON, Ch.A., "The Evolving Clinton Doctrine on the Use of Force", *Armed Forces & Society*, sv. 22, br. 4, 1996, str. 511-512.

⁴³ Tako je, primjerice, sredinom 1960-ih Opća skupština pozivala države članice na primjenu mjera sadržanih u članku 41. prema Portugalu zbog njegovog odbijanja sudjelovanja u procesu dekolonizacije glede njegovih afričkih kolonija (vidi npr.: A/res./2107(XX), od 21. prosinca 1965.), pozivajući istodobno i Vijeće sigurnosti na izravnu primjenu članka 41. Vijeće sigurnosti, međutim, preporuke Opće skupštine nije prihvatilo, već je u dvjema rezolucijama (S/res./180(1963) i S/res./218(1965)) bez pozivanja na glavu VII. Povelje, samo pozvalo države da Portugalu uskrate pomoć (uključujući i oružje i vojnu opremu) kojom bi nastavio kršiti pravo na samoodređenje narodâ tih kolonija.

⁴⁴ Detaljnije vidi: LAWTHER JOHNSON, D., "Sanctions and South Africa", *Harvard International Law Journal*, sv. 19, br. 3, 1978, str. 902-903, 908-909, 911-916, te 930. Sankcije su uvedene rezolucijom Vijeća sigurnosti S/res./418(1977) kao parcijalne, no u narednim su godinama znatno proširene nizom rezolucija (npr. S/res./558(1984), S/res./569(1985), S/res./591(1986)).

⁴⁵ U tom smislu Opća je skupština Ujedinjenih naroda oslobodilačke pokrete definirale šire obuhvaćajući tim pojmom sve one pokrete koji se bore protiv „kolonijalne dominacije, strane okupacije i rasističkih režima“; vidi: A/res./3103(XXVIII) od 11. prosinca 1973. Također, vidi i odredbu članka 1. stavka 4. Dopunskog protokola I. Ženevskim konvencijama, o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba; *NN-MU*, br. 5, 1994.

⁴⁶ Vidi: WEISBURD, A.M., „Consistency, Universality, and the Customary Law of Interstate Force“, u: CANNIZZARO, PALCHETTI, (ur.), *op. cit.*, (bilj. 35), str. 35.

1945-1949. u kojem je Indonezija izborila nezavisnost, ali i britanski rat u Južnom Jemenu 1963-1967., kao i ciparski sukob 1955-1959., baš kao i portugalski rat u Angoli i Gvineji-Bisau 1961-1974., ili pak u Mozambiku 1964-1974. S druge pak strane, kao svojevrsna naličja nekih od tih sukoba javljaju se spomenute oslobodilačke borbe vođene od strane oslobodilačkih pokreta kolonijalnih naroda za oslobođenje od kolonijalne vlasti, ali i od rasističkih režima, u skladu s njihovim ekstenzivnim poimanjem od strane Ujedinjenih naroda.⁴⁷ Legitimnost takve borbe, a time i dopustivost jednostrane upotrebe sile bila je priznata tako primjerice Narodnoj organizaciji Jugozapadne Afrike (SWAPO), Afričkoj stranci za nezavisnost Gvineje i Kapverdskih otoka (PAIGC), Patriotskom frontu u Zimbabweu, kao i Afričkom nacionalnom kongresu (ANC) u Južnoj Africi ili pak Palestinskoj oslobodilačkoj organizaciji (PLO) i dr., predstavljajući sa svoje strane također svojevrsnu iznimku spomenutoj općoj zabrani jednostrane upotrebe sile.

3.3. Suvremeni ratovi zbog teritorija

Nema sumnje da je najveći broj ratova između država kroz povijest ipak vođen izravno ili neizravno s ciljem proširenja državnog područja, čak i onda kada su naizgled imali druge ciljeve. Tako i neki od suvremenih ratova, premda su se zbili u kontekstu procesa dekolonizacije, zapravo su bili sukobi zbog teritorija. U tom smislu mogli bismo promatrati i kasniji indonezijsko-nizozemski sukob 1960-1962. u kojem su se te dvije države našle u borbi za vlast nad Zapadnim Iranom, slično kao i sukob Indije i Portugala 1961. pokrenut indijskim samovoljnim zaposjedanjem portugalske enklave Goe, zaodjevenim borbom protiv kolonijalizma. I ovdje je međunarodno pravo u valu dekolonizacije previdjelo još jednu „iznimku“ zabrani jednostrane upotrebe sile te je zapravo izostankom jasnijeg određenja prema njoj, u budućim slučajevima „legalitet“ prepustilo odnosu snaga. Argentinsko-britanski rat za Falklandsko otočje (Malvine) 1982. s druge je strane to jasno pokazao. Premda je u njemu pravnu analogiju sa slučajem Goe nemoguće ne primijetiti, odnosi snaga država u sukobu ovdje su bili bitno drukčiji, pa je drukčiji, dakako, bio i njegov ishod. Nasuprot slabom Portugalu, ovdje se kao kolonijalna upraviteljica našla Ujedinjena Kraljevina, što je bilo dovoljno da faktički ishod rata započetog argentinskom invazijom na Otočje bude u korist „zabrane jednostrane upotrebe sile“ nasuprot „pravilima dekolonizacije“. Donekle u sličnom kontekstu dekolonizacije javilo se i indonezijsko zauzimanje Istočnog Timora 1975. godine. Tumačeći povlačenje portugalske kolonijalne vlasti s tog područja derelikcijom, Indonezija je, protivno ne samo pokušaju proglašenja nezavisnosti Istočnog Timora u studenom 1975., već i protivno pravilima međunarodnog prava u pogledu dekolonizacije, posebice prava kolonijalnih naroda na samoodređenje, oružanom silom okupirala tu zemlju proglašivši je dijelom Indonezije. Nažalost, takvo nesumnjivo protupravno teritorijalno osvajanje nije doživjelo jedinstvenu osudu u međunarodnoj zajednici, a kamoli neku ozbiljniju sankciju upravljenu na zaštitu efikasnosti povrijeđenih primarnih međunarodnopravnih normi. Unatoč osudi indonezijskog postupka u rezolucijama Vijeća sigurnosti i Opće skupštine Ujedinjenih naroda, sankcije Indoneziji nisu uslijedile, već su štoviše protiv spomenute osude glasovale sve članice ASEAN-a osim Singapura, kao i Japan, Indija i Saudijska Arabija.⁴⁸ Pa ipak, 2002. godine, nakon promjene indonezijske politike i referenduma stanovništva, Istočni Timor stekao je napokon samostalnost te ubrzo i ušao u članstvo Ujedinjenih naroda. Nažalost, Tibet nije imao tu sreću. U svibnju 1951., kineska je vojska izvršila invaziju na Tibet i proglasila ga dijelom NR Kine pozivajući se na odnos protektorata u kojem se Tibet nalazio prema Kini od kraja 18. pa sve do početka 20. stoljeća.

⁴⁷ Vidi: *supra*, bilj. 45.

⁴⁸ Detaljnije vidi: WEISBURD, *op. cit.*, (bilj 46), str. 48.

Kinesko zaposjedanje i aneksija Tibeta u Ujedinjenim su narodima, međutim, doživjeli tek moralnu osudu, i to više zbog nasilja kojeg je kineska vojska provodila na tom području, posebice prema civilnom stanovništvu, nego zbog činjenice jednostrane upotrebe sile protivne ne samo spomenutim pokušajima njezina izakonjenja u suvremenom međunarodnom pravu, naročito u sustavu Ujedinjenih naroda, već i protivne pravu naroda na samoodređenje koje je upravo u to vrijeme postajalo pravnim temeljem procesa dekolonizacije i uopće osamostaljenja upravo područja u odnosima ovisnosti, posebice nesamoupravnih područja i područja pod starateljstvom.⁴⁹ Pa ipak, čini se da je i ovdje opet „načelo oportuniteta“ prevladalo nad načelom legaliteta, ostavljajući nezavisnost Tibeta prošlosti. Slučaj Zapadne Sahare donekle je sličan nekim ranije opisanim. Nakon španjolskog napuštanja te svoje bivše kolonije uslijed nastojanja oslobodilačkog pokreta POLISARIO za njezinim osamostaljenjem, Mauritanija i Maroko odlučili su silom zauzeti i između sebe podijeliti to područje. Unatoč činjenici što je POLISARIO 1976. proglasio nezavisnost Saharske Demokratske Arapske Republike koju je potom priznalo 70-ak država te je čak bila primljena i u članstvo Organizacije afričkog jedinstva, rat se nastavio. Čak i nakon što se Mauritanija povukla te 1979. i priznala Saharsku Demokratsku Arapsku Republiku, Maroko je nastavio borbu ostvarivši faktičnu vlast na gotovo cjelokupnom tom području.⁵⁰ Unatoč političkim nastojanjima, posebice unutar Ujedinjenih naroda, oko političkog rješenja takvog nesumnjivo protupravnog stanja, ono do danas nije okončano. U kontekstu jednostrane upotrebe sile u cilju teritorijalnog osvajanja možemo u razdoblju Ujedinjenih naroda spomenuti još barem četiri slučaja: sjevernokorejsku agresiju na Južnu Koreju 1950., agresiju Somalije na Etiopiju 1977., kao i iračku agresiju na Iran 1980. te na Kuvajt 1990. godine. Kada je 1950. sjevernokorejska vojska, potpomognuta NR Kinom i Sovjetskim Savezom prešla granicu Južne Koreje okupiravši velik dio njezina područja, zemlje „zapadnog bloka“ na čelu sa Sjedinjenim Državama jasno su se usprotivile takvom teritorijalnom osvajanju koje je težilo prekrajanju „hladnoratovskom“ podjelom uspostavljenih granica. Ujedinjeni narodi, međutim, zbog istovjetnih podjela među stalnim članicama Vijeća sigurnosti nisu bili u mogućnosti aktivirati sustav kolektivnih mjera predviđen upravo za takve slučajeve odredbama glave VII. Povelje. Opća je skupština doduše predlagala primjenu sankcija prema Sjevernoj Koreji, pa i njezinom savezniku NR Kini,⁵¹ te je, štoviše, zbog blokiranosti Vijeća sigurnosti sovjetskim nesudjelovanjem, usvajanjem rezolucije 377A(V) od 3. studenog 1950. (tzv. *Uniting for Peace Resolution*) bila formirala i čitav paralelni, zamjenski sustav kojim bi se, doduše tek sa snagom preporuke, omogućila primjena kolektivnih vojnih mjera protiv narušitelja mira odnosno agresora. No, oružana akcija zapadnih zemalja koja je uslijedila radi suzbijanja sjevernokorejske agresije nije uistinu bila akcija Ujedinjenih naroda, već tek kolektivna samoobrana Južne Koreje koju su Ujedinjeni narodi samo preporučili, pa i donekle pokušali koordinirati. Akciju su, međutim, stvarno provodile zainteresirane države predvođene Sjedinjenim Američkim Državama.⁵² Tako zapravo, jedino „ovlaštenje“ kojeg je odnosnim

⁴⁹ Štoviše, slučaj nepriznavanja Južne Rodezije od strane Ujedinjenih naroda, nastale pokušajem „zaobilaženja“ prava na samoodređenje cjelokupnog stanovništva Rodezije, pokazat će, primjećuje Gowlland-Debbas, čak da su pravo na samoodređenje te međunarodnopravne norme vezane uz proces dekolonizacije prihvaćeni kao svojevrsni *lex superior* u odnosu na načelo efektivnosti kao pretpostavku za nastanak države. Vidi: GOWLLAND-DEBBAS, V., „Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine: An Application of the Legitimizing Function of the United Nations” *BYIL*, sv. 61, 1990, str. 136. Slično zaključuje i Crawford; vidi: CRAWFORD, J., *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, str. 106.

⁵⁰ Detaljnije vidi: WEISBURD, *op. cit.*, (bilj 46), str. 46-47.

⁵¹ Vidi npr.: A/res./500(V), od 18. svibnja 1951.

⁵² Vidi: FROWEIN, J.A., „Article 42”, u: SIMMA (ur.), *op. cit.*, (bilj. 17), str. 630. U potvrdu tomu govori i rezolucija Vijeća sigurnosti S/83(1950), od 27. lipnja 1950. u kojoj stoji: “The Security Council (...) [r]ecommends that the Members of the United Nations furnish such assistance to the Republic of Korea as may

državama Vijeće sigurnosti uistinu dalo jest ono da njihovo zajedničko zapovjedništvo tijekom provođenja vojnih operacija protiv sjevernokorejskih snaga može, želi li to, uz nacionalne, koristiti i zastavu Ujedinjenih naroda (S/res./84(1950), para. 5.), dok je pravni temelj akcije ostao u samoobrani – člankom 51. Povelje doduše predviđenoj, ali i dalje decentraliziranoj, jednostranoj upotrebi sile. Slično sjevernokorejskoj agresiji, u srpnju 1977. somalijska je vojska prešla granicu Etiopije s ciljem osvajanja pokrajine Ogaden u kojoj su već djelovale separatističke oružane skupine somalijske etničke pripadnosti. Umjesto jedinstvene osude agresije i Poveljom predviđene kolektivne reakcije Ujedinjenih naroda, somalijska je agresija podijelila države članice sukladno onodobnoj blokovskoj podjeli. Zahvaljujući većoj pomoći sklonih joj država, Etiopija se uspjela obraniti protjeravši u ožujku 1978. somalijske trupe sa svog područja, premda se borba sa somalijskim separatistima nastavila i dalje sve do 1988. kada je napokon potpisan mirovni ugovor između dviju država.⁵³ Također, u kontekstu ovog rada nesumnjivo je zanimljiv i iračko-iranski rat 1980-1988. U rujnu 1980. godine iračka je vojska napala Iran s ciljem izmjene granice na području Shatt al Arab utvrđene ugovorom dviju država iz 1975. godine. Zacijelo su opasnost koju je, posebice „zapadni svijet“, ali i neke arapske države osjećao od novog iranskog revolucionarnog režima, naročito nakon tzv. „teheranske talačke krize“ 1979.,⁵⁴ a onda dakako i „hladnoratovska“ podjela svijeta, pridonijeli izostanku ozbiljnije reakcije unutar Ujedinjenih naroda na očitu iračku agresiju. Štoviše, Sjedinjene su Države i aktivno pomagale Irak u tom ratu. Reakcije Ujedinjenih naroda, međutim, uslijedile su tek 1982. kada je iranska vojska, protjeravši iračku sa svog područja, u protunapadu prešla na irački teritorij. Tek se tada Vijeće sigurnosti oglasilo rezolucijom 514(1982) tražeći od obiju strana u sukobu da se povuku unutar granica svojih država, da bi tek pet godina kasnije o tome donijelo obvezujuću rezoluciju 598(1987) na temelju glave VII. Povelje ustanovivši prijetnju „međunarodnom miru i sigurnosti“, no bez ikakve konkretnije akcije u smislu odredbi spomenute glave. Sve to, dakako, nije zaustavilo rat. Neprijateljstva su okončana tek 1988. godine čime je Iran dobio tražene reparacije, pa i ostvario malo teritorijalno proširenje, no sve to uz ogromne ljudske i materijalne žrtve na obje strane. Međutim, iračka agresija na Kuvajt u osvit posthladnoratovskog doba, u kolovozu 1990. izazvala je daleko više od puke osude od strane Ujedinjenih naroda. Uz sankcije koje je počevši od rezolucije 670(1990) Vijeće sigurnosti nametnulo Iraku, dojučerašnji zainteresirani „hladnoratovski“ suparnici – među kojima Francuska, Sjedinjene Države, Sovjetski Savez i Ujedinjena Kraljevina, pronašavši uporište u rezoluciji Vijeća sigurnosti 678(1990) i njezinom ovlaštenju na upotrebu „svih nužnih sredstava“, priskočili su u „kolektivnu samoobranu“ već od strane iračke vojske posve okupiranom Kuvajtu te su ubrzo, protjeravši iračku vojsku s kuvajtskog područja, oslobodili Kuvajt. Takva snažna reakcija na agresiju probudila je tada vjeru kako su s okončanjem „Hladnog rata“ odredbe glave VII. Povelje možda napokon stekle uvjete da zažive. Nažalost, kasnije su godine razbile tu nadu. Osim što je suzbijanje iračke agresije ostao izolirani slučaj takvog međunarodnog „konsenzusa“ u otporu očitom agresoru, treba primijetiti da ni ta akcija formalno nije odmakla dalje od slične pomoći Južnoj Koreji u opisanom slučaju sjevernokorejske agresije 1950. godine. Umjesto aktiviranja sustava kolektivne sigurnosti predviđenog odredbama glave VII. Povelje, sve se i opet svelo tek na „kolektivnu samoobranu“ predviđenu njezinim člankom 51., čime je toliko željena centralizacija sile u sustavu Ujedinjenih naroda ponovno izostala ustupivši mjesto „prirodnom pravu države“ da

be necessary to repel the armed attack and to restore international peace and security in the area.” Vidi i: S/res./84(1950).

⁵³ Detaljnije vidi: WEISBURD, *op. cit.*, (bilj 46), str. 49.

⁵⁴ Zadržavanje američkog diplomatskog i konzularnog osoblja u Teheranu kao talaca u vrijeme iranske islamske revolucije bilo je i predmet spora SAD-a i Irana pred Međunarodnim sudom; vidi: United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, *I.C.J. Reports* 1980., str. 3.

se brani (ako to može), kada prosudi da je napadnuta.⁵⁵ Dakako, izneseni primjeri samo su neki od slučajeva jednostrane upotrebe sile u razdoblju Ujedinjenih naroda, a neke od njih, vidjeli smo, nije posve lako smjestiti u tek jedan od oblika za koje smo se odlučili u pokušaju sistematizacije u ovome radu. Jednako tako, uz opisane, mogli bismo navesti i čitav niz drugih slučajeva jednostrane upotrebe sile u kojima su se strane koje su s njezinom primjenom započele pozivale na zaštitu vlastite „teritorijalne cjelovitosti“, potrebu „korekcije“ granica, kao i na zaštitu skupina svoje etničke pripadnosti na području koje je primjerice uslijed raspada države (npr. SFR Jugoslavije 1991.), ili pak odcjepljenja (npr. Eritreje od Etiopije 1993.) stjecalo samostalnost. No, opseg ovog rada traži da krenemo dalje u nastojanju da prikažemo i druge oblike, a onda i pokušaje opravdanja jednostrane upotrebe sile u suvremenom međunarodnom pravu.

3.4. Upotreba sile s ciljem promjene vlasti druge države

Kako bismo uopće mogli govoriti o navedenom obliku jednostrane upotrebe sile, neophodno je podsjetiti se na dva temeljna načela koja u tom kontekstu poznaje suvremeno međunarodno pravo. Jedno od njih jest načelo zabrane intervencije u unutrašnje poslove druge države, koje je, uostalom i jedno od temeljnih načela na kojima počiva međunarodnopravni poredak kakvog poznajemo od Westfalskog mira 1648. do danas.⁵⁶ Drugo je načelo, međutim, načelo efektiviteta kojim međunarodnopravna doktrina pristupa pojmu „vlade“. Tako, za međunarodno pravo vlada neke države je „vlada *de facto*“, dakle ono tijelo koje stvarno u nekoj državi obavlja tu funkciju.⁵⁷ Sam način njezina dolaska na vlast, pa i njezina legitimnost izvan s interesa međunarodnog prava. Međunarodno pravo, stoga, tek ostavlja drugim državama da, žele li to, novu, neustavnim putem na vlast dođu, priznaju ili ne, ili čak još općenitije, da s nekom vladom po svojoj volji održavaju pravne odnose. Polazeći, dakle, s tih općih postavki međunarodnopravne doktrine bit će lakše prosuđivati pokušaje iznalaženja sekundarnih normi upravljenih na opravdanje još jedne iznimke našoj primarnoj normi zabrane jednostrane upotrebe sile. „Hladni rat“ ostavio je međunarodnopravnoj znanosti u sjećanje jednu od najbizarnijih doktrina nazvanu (kao uostalom i mnoge druge prije i poslije) po imenu svoga tvorca, po sovjetskom vođi Leonidu Brežnjevu „brežnjevljevom doktrinom“ ili „doktrinom socijalističkog samoodređenja“. Ta je doktrina bila pokušaj od strane Sovjetskog Saveza za međunarodnopravnim priznanjem njegova interesa za intervencijom u državama „istočnog bloka“, prvenstveno u Istočnoj Europi, a radi zaštite socijalističkog uređenja u tim državama pozivanjem na tvrdnju da su odnosne države i njihovi narodi jednom zauvijek „konzumirali“ svoje pravo na samoodređenje „izabravši“ socijalističko društveno uređenje i pripadnost „istočnome bloku“. Međunarodno pravo, dakako, nikada nije prihvatilo takvu doktrinu, no ona je unatoč tome Sovjetskom Savezu služila kao „opravdanje“ za upotrebu sile u gušenju svakog pokušaja oslobođenja tih država od njegova utjecaja, kao npr. u slučaju vojne intervencije i svrgavanja vlasti u Mađarskoj 1956., jednako kao i u Čehoslovačkoj 1968. godine kada su se intervenciji pridružile i neke druge članice Varšavskog pakta – Bugarska, Istočna Njemačka, Mađarska i Poljska. Štoviše, čak se i

⁵⁵ Vidi: *supra*, uz bilj. 32.

⁵⁶ Tako, zabrana intervencije silom kao opće pravilo proizlazi iz čitavog niza međunarodnopravnih dokumenata: Pakta Lige naroda, Povelje Ujedinjenih naroda, tzv. Deklaracije o neprihvatljivosti intervencije u unutrašnje poslove država i zaštiti njihove nezavisnosti i suverenosti (A/res./2131(XX)), tzv. „Deklaracije sedam načela“ (A/res./2625(XXV)), Završnog helsinškog akta, Nacrta (Komisije za međunarodno pravo) kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva, ali jednako i iz pravila općeg običajnog međunarodnog prava.

⁵⁷ Otud proizlazi i deklaratorni učinak kojeg međunarodno pravo vezuje uz institut priznanja vlade. Vidi npr.: ANDRASSY, J., BAKOTIĆ, B., VUKAS, B., *Međunarodno pravo*, sv. 1, Zagreb, Školska knjiga, 1998, str. 78-80; SHAW, M.N., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, str. 377.

sovjetska invazija na Afganistan 1979. pokušala opravdati istom doktrinom.⁵⁸ S druge pak strane, 90.-ih godina u dijelu međunarodnopravne doktrine (u prvom redu američke) nailazimo na još jedan pokušaj opravdanja jednostrane upotrebe sile s ciljem svrgavanja vlasti u drugoj državi – tzv. “prodemokratsku intervenciju”. Takva se intervencija obično određuje kao upotreba sile od strane jedne ili više država s ciljem „pomoći stanovništvu“ druge države u ostvarenju “prava na demokraciju”.⁵⁹ Ipak, najčešće se pojam “prodemokratske intervencije” vezuje uz stranu vojnu intervenciju radi povratka na vlast državnim udarom svrgnute vlade.⁶⁰ Takav oblik intervencije, naravno, u međunarodnopravnoj povijesti nije nov. Dovoljno je, uostalom, prisjetiti se vojnih intervencija Svete alijanse u prvoj polovici 19. stoljeća.⁶¹ Uostalom, “prodemokratska intervencija”, barem ona usmjerena protiv vlade koja je na vlast došla državnim udarom, svojevrsna je i, rekli bismo, agresivnija emanacija Wilsonove doktrine iz prve polovice 20. stoljeća. “Prodemokratska intervencija” prisutna je dakle u međunarodnoj praksi već stoljećima. No, imamo li u vidu da će svaka intervencija silom jedne države u drugoj iz razloga političkih interesa od strane prve u pravilu biti opravdavana pozivanjem na trenutno u međunarodnoj zajednici prihvaćene vrijednosti (poput očuvanja poretka uspostavljenog Bečkim kongresom u vrijeme intervencija Svete alijanse, ili pak danas zaštite ljudskih prava, prava na samoodređenje ili demokraciju), za pretpostaviti je da su pravila suvremenog međunarodnog prava zabranjujući intervenciju, posebice onu silom, za svoj “predložak” imala uvelike i slučajeve takvih “prodemokratskih” intervencija istinski upravljenih protiv vlade čija je politika bila protivna interesima jače – intervenirajuće države. Zabranu takve intervencije, uostalom, potvrdio je i Međunarodni sud u poznatoj presudi u slučaju vojnih i paravojnih aktivnosti u i protiv Nikaragve, gdje je jasno osudio svaki oblik intervencije upravljen na promjenu vlasti u drugoj državi.⁶² Opća skupština tako je u svojim rezolucijama A/38/7, od 2. studenog 1983., te A/44/240, od 29. prosinca 1989. nedvosmisleno osudila vojne intervencije Sjedinjenih Država u Grenadi i Panami kao “teške povrede međunarodnog prava, te nezavisnosti, suverenosti i teritorijalne cjelovitosti” tih država, čime je Sjedinjenim Državama izrečena i svojevrsna sankcija moralne osude zbog povrede ne samo međunarodnog prava, već ujedno i međunarodnog morala. Doduše, supersile “Hladnog rata”, vidjeli smo, pokušale su uvesti u međunarodno pravo u obliku “doktrina” svojih vođa, neko svoje “subjektivno pravo” na vojnu intervenciju u drugoj državi, nerijetko pozivanjem na obranu “demokracije”. Tako, uz spomenutu tzv. “Brežnjevljevu doktrinu” nastaje i tzv. “Reaganova doktrina” oblikovana nakon američke intervencije u Grenadi. Prema toj doktrini, Sjedinjene si Države uzimaju pravo upotrebe sile prema drugoj državi radi “nametanja ili obnavljanja ‘demokracije’, posebice prema onim državama gdje komunizam postoji ili

⁵⁸ Detaljnije vidi: TURNER, R.F., “Soviet Attitudes on the Permissibility of the Use of Force in International Relations”, u: MOORE, J.N., TURNER, R.F., *International Law and The Brezhnev Doctrine*, Lanham, New York, University Press of America, 1987, str. 81-113.

⁵⁹ Usp. NOWROT, K., SCHABACKER, E.W., “The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone”, *American University International Law Review*, sv. 14, br. 2, 1999, str. 378; DAMROSCH, L.F., “Changing Conceptions of Intervention in International Law”, u: REED, L.W., KAYSEN, C.(ur.), *Emerging Norms of Justified Intervention*, Cambridge, Massachusetts, American Academy of Arts and Sciences, 1993, str. 97-98; LECCE, D.J., “International Law Regarding Pro-Democratic Intervention”, *Naval Law Review*, sv. 45, 1998, str. 259.

⁶⁰ Vidi: NOWROT, SCHABACKER, *op. cit.*, (bilj. 59), str. 378-379.

⁶¹ Vidi npr.: BRÜCK, *op. cit.*, (bilj. 11), str. 52-54.

⁶² Sud tako ističe: “...[A]dherence by a State to any particular doctrine does not constitute a violation of customary international law; to hold otherwise would make nonsense of the fundamental principle of State sovereignty, on which the whole of international law rests... (...) The Court cannot contemplate the creation of a new rule opening up a right of intervention by one State against another on the ground that the latter has opted for some particular ideology or political system.”; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports* 1986, str. 133.

prijeti.⁶³ Sjedinjene su Države pritom zauzele stajalište da imaju pravo upotrijebiti silu protiv druge države u pet slučajeva: kako bi svrgle njezinu vladu radi spašavanja ljudskih života; da bi ondje suzbile intervenciju druge države, ali i izvršile napad na njezino područje; u slučaju da sumnjaju da je odnosna država povezana s terorizmom; ako bi svrgavanjem vlade te države pomogli dolazak na vlast druge, prijateljske im vlade; te radi svrgavanja komunističke ili prokomunističke vlade ili u svrhu sprječavanja takve vlade da preuzme vlast - bez obzira bila ona demokratski izabrana ili pak njezin dolazak na vlast bio rezultat sukoba unutar te države.⁶⁴ U smislu spomenute doktrine svoje su opravdanje tako bez sumnje mogle naći i druge slične američke oružane intervencije poput onih u Gvatemali 1954., Dominikanskoj Republici 1965., pa i Kubi 1961. godine. Pa ipak, vidjeli smo, međunarodno je pravo, a u prvom redu Ujedinjeni narodi, barem osuđivalo takvu politiku ako ju već često nije bilo u stanju spriječiti. Obje spomenute „doktrine“, kao i svaki sličan oblik intervencije smatrani su nedvosmisleno protivnima kako Povelji Ujedinjenih naroda, tako i općem međunarodnom pravu.⁶⁵ Međutim, treba primijetiti, navedene intervencije dviju hladnoratovskih supersila pokušale su barem u obliku takvih neuvjerljivih političkih doktrina ponuditi neku sekundarnu međunarodnopravnu normu koja bi mogla opravdati njihovo očito protupravno djelovanje. Nažalost, neki drugi slični slučajevi jednostrane upotrebe sile ostali su tek na razini golog interesa jače države da oružanom silom ostvari ono što joj nije pošlo za rukom na drugi način, poput primjerice oružane intervencije Vijetnama u Kampučiji 1978., Indije u Šri Lanki 1983-1990., ili pak Francuske u Srednjeafričkoj Republici 1979. godine.⁶⁶ Pa ipak, ranije spomenuti slučaj napada Sjedinjenih Država i njihovih saveznika na Irak 2003. godine u ovom bi kontekstu mogao pronaći svoje mjesto. Nakon niza slučajeva uglavnom samovoljne upotrebe sile prema Iraku tijekom 90.-ih, prvenstveno od strane Sjedinjenih Američkih Država i Ujedinjene Kraljevine, „slučaj“ Iraka dobio je svoj epilog u agresiji spomenutih država na Irak u ožujku 2003. godine.⁶⁷ Posve ignorirajući međunarodno pravo, autoritet Ujedinjenih naroda, kao i protivljenje većine međunarodne zajednice takvoj samovoljnoj upotrebi sile, Sjedinjene su Države pod izlikom sumnje na iračko posjedovanje oružja za masovno uništenje postavile ultimatum iračkom predsjedniku Saddam Husseinu da napusti svoju zemlju, te su po njegovu isteku, zajedno s Ujedinjenom Kraljevinom i još nekolicinom privrženih im država napale Irak. Iračka obrana, naravno, nije uspjela dugo odolijevati premoći napadača, te je iračka vlast ubrzo svrgnuta, a njezino vodstvo osuđeno na smrt, dok se cijela zemlja (a prvenstveno njezina naftna polja) našla u stanju ratne okupacije. Vijeće sigurnosti, premda i opet zaobiđeno, ukinulo je potom (rezolucijom 1483(2003)) još tijekom 90.-ih godina uvedene sankcije Iraku, dakako na korist ratnog okupanta, dok navodno oružje za masovno uništenje, spomenuli smo već, nikada nije pronađeno.

⁶³ HENKIN, L., „Use of Force: Law and U.S. Policy”, u: HENKIN, L. et al., *Right v. Might – International Law and the Use of Force*, New York, Council of Foreign Relations Press, 1991, str. 54-55

⁶⁴ Vidi: *ibid.*, str. 55.

⁶⁵ Vidi: HENKIN, L., „International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law”, *RCADI*, sv. 216, 1989, str. 153-154. Štoviše, i sama podrška opoziciji unutar druge države ocijenjena je od strane Međunarodnog suda nedopuštenom; vidi: *I.C.J. Reports* 1986, (bilj. 62), str. 124.

⁶⁶ Detaljnije vidi: WEISBURD, *op. cit.*, (bilj. 46), str. 53-65.

⁶⁷ Neki međunarodnopravni pisci ovdje doista izriječno govore o agresiji Sjedinjenih Država i Ujedinjene Kraljevine na Irak; vidi npr.: CONDORELLI, L., „Conclusion générale: quelques remarques peu... concluantes”, u: CANNIZZARO, PALCHETTI (ur.), *op. cit.*, (bilj. 35), str. 330. O tome vidi i: FRANCK, Th.M., „What Happens Now? The United Nations After Iraq”, *AJIL*, sv. 97, br. 3, 2003, str. 613-614.

3.5. Tzv. „humanitarna intervencija“

Samovoljna upotreba sile od strane država članica NATO-a na čelu sa Sjedinjenim Državama protiv Savezne Republike Jugoslavije u slučaju tzv. „kosovske krize“ bila je, kao jednim od ponuđenih opravdanja, praćena i argumentom tzv. „humanitarne intervencije“. Taj argument trebao je poslužiti kao opravdanje očitog kršenja ne samo spomenute kogentne odredbe članka 2. točke 4. Povelje, već i njezina članka 53. stavka 1., pa i uopće posvemašnjeg ignoriranja autoriteta Ujedinjenih naroda u čijem su članstvu sve članice NATO-a.⁶⁸ Bilo je tu, dakako i drugih argumenata poput npr. onoga kojeg je istaknuo američki dužnosnik Talbott tvrdeći kako NATO ne može biti podređen niti jednoj drugoj međunarodnoj organizaciji.⁶⁹ NATO, tvrdilo se također, „ne želi biti ‘talac’ Rusije i Kine koje u Vijeću sigurnosti imaju pravo veta, a ne dijele njegove vrijednosti.“⁷⁰ Napokon, kao što je potvrdio glasnogovornik Pentagona, Sjedinjene su Države ionako uvijek smatrale da NATO ima pravo djelovati kada želi.⁷¹ Pa ipak, neki zagovornici NATO-ovog napada pokušali su ga opravdati nudeći novu iznimku našoj kogentnoj normi – „humanitarnu intervenciju“. Premda veći dio međunarodnopravne doktrine taj argument uopće ili barem većim dijelom nije prihvatio, taj je događaj ipak poslužio kao dodatni poticaj u znanosti već prisutnim nastojanjima za međunarodnopravnim uređenjem humanitarne intervencije.⁷² Humanitarna intervencija najčešće se definira kao upotreba sile od strane države, država ili međunarodne organizacije prema drugoj državi radi zaštite temeljnih ljudskih prava njezina stanovništva koja im ona povređuje.⁷³ Neki autori, međutim, humanitarnu intervenciju određuju i šire, npr. smatrajući

⁶⁸ Spomenuti članak 53. stavak 1. Povelje naime izrijeком predviđa: „Vijeće sigurnosti upotrebljava, gdje je to prikladno, regionalne sporazume ili ustanove za provođenje prisilne akcije koju je ono odredilo. Međutim, nikakva se prisilna akcija ne poduzima na temelju regionalnih sporazuma ili od regionalnih ustanova bez ovlaštenje Vijeća sigurnosti...“ Za tekst Povelje Ujedinjenih naroda vidi: *supra*, bilj. 2.

⁶⁹ Cit. prema: KRISCH, N., „Unilateral Enforcement of the Collective Will: Kosovo, Iraq, and the Security Council“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, sv. 3, 1999, str. 95. Pritom, međutim, imajući u vidu spomenutu činjenicu istodobnog članstva svih država članica NATO-a u Ujedinjenim narodima, nije nevažno podsjetiti i na odredbu članka 103. Povelje koja predviđa: „U slučaju sukoba između obveza članova Ujedinjenih naroda na temelju ove Povelje i njihovih obveza na temelju bilo kojega drugoga međunarodnog sporazuma prevladavaju njihove obveze na temelju ove Povelje.“ Za tekst Povelje Ujedinjenih naroda vidi: *supra*, bilj. 2.

⁷⁰ Vidi: DAALDER, I., „NATO, the UN, and the Use of Force“, *International Peacekeeping*, sv. 5, br. 1-2, 1999, str. 32 i 35.

⁷¹ Cit. prema: *ibid.*, str. 32. Ironično je, međutim, ističe Chinkin, da su Sjedinjene Države spremne bombardirati radi zaštite ljudskih prava, no nisu spremne prihvatiti institucije koje ih štite, primjerice, Međunarodni kazneni sud; vidi: CHINKIN, Ch.M., „Kosovo: A ‘Good’ or ‘Bad’ War?“, *AJIL*, sv. 93, br. 4, 1999, str. 846.

⁷² Doduše, zamisao o humanitarnoj intervenciji razvija se, navode neki autori, već preko 600 godina; vidi: SIMON, S.G., „The Contemporary Legality of Unilateral Humanitarian Intervention“, *California Western International Law Journal*, sv. 24, br. 1, 1993, str. 117; FONTEYNE, J.-P. L., „The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention“, *California Western International Law Journal*, sv. 24, br. 2, 1974, str. 214-226. O povijesnim fazama razvoja humanitarne intervencije u praksi vidi: FRANCK, Th.M., RODLEY, N.S., „After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force“, *AJIL*, sv. 67, br. 2, 1973, str. 277-289. Javljali su se tako čak i prijedlozi za osnivanjem međunarodne „humanitarne armije“ u svrhu provođenja humanitarne intervencije; vidi: CORTEN, O., Klein, P., „Action humanitaire et Chapitre VII: la redéfinition du mandat et des moyens d’action des forces des Nations Unies“, *AFDI*, sv. XXXIX, 1993, str. 130. Ipak, među značajnijim nastojanjima na uređenju humanitarne intervencije treba spomenuti poticaj glavnog tajnika Ujedinjenih naroda Pérez de Cuéllara u tom smislu izražen u njegovom posljednjem izvješću Općoj skupštini; vidi: CHOPRA, J., Weiss, Th.G., „Sovereignty Is No Longer Sacrosanct: Codifying Humanitarian Intervention“, u: KU, Ch., DIEHL, P.F. (ur.), *International Law – Classic and Contemporary Readings*, Boulder, London, Lynne Rienner Publishers, 1998, str. 370; ali i rad Instituta za međunarodno pravo na međunarodnopravnim uređenju humanitarne pomoći, uobličen u Rezoluciji Instituta usvojenoj 2003. na zasjedanju u Brugesu (izvjestitelj B. Vukas). Za tekst Rezolucije s komentarom vidi u: Institut de Droit international: *Résolution de Bruges 2003 – L’assistance humanitaire*, Paris, Editions A. Pedone, 2006.

⁷³ Usp. npr. BLOCKMANS, S., „Moving Into UNChartered Waters: An Emerging Right of Unilateral Humanitarian Intervention?“, *LJIL*, sv. 12, br. 4, 1999, str. 763; KRYLOV, N., „Humanitarian Intervention: Pros

njome i intervenciju radi zaštite vlastitih državljana ili čak državljana neke treće države u drugoj državi,⁷⁴ intervenciju na poziv odnosno države,⁷⁵ ili pak zagovarajući mogućnost humanitarne intervencije već u slučaju same prijetnje povrede ljudskih prava.⁷⁶ U svakom slučaju, humanitarna intervencija, kao i svaka intervencija silom, izvjesno je protivna suverenosti države kao jednom od njezinih temeljnih prava, te je kao takva nesumnjivo protupravna *per se*.⁷⁷ Njezina moguća dopustivost, stoga, ovisit će od postojanja okolnosti koje takvu njezinu imanentnu protupravnost otklanjaju, drugim riječima, njezina dopustivost pitanje je opet na razini sekundarne, a nikako primarne međunarodnopravne norme. Drugim riječima, pitanje njezine dopustivosti dakle, ovisit će od *međunarodnopravne prihvatljivosti* razloga za isključenje njezine izvorne protupravnosti. Pristaše humanitarne intervencije u međunarodnopravnoj doktrini stoga, najčešće i nastoje formulirati upravo te razloge kao uvjete njezine prihvatljivosti. Navode se tako neposrednost povrede (ili ozbiljne ugroženosti) ljudskih prava, odnosno, njezino trajanje za trajanja intervencije; značajan opseg povrede ljudskih prava (neki traže i veći gubitak ljudskih života), ali i proporcionalnost intervencije suzbijanju takve povrede; izostanak osobnog interesa subjekta koji intervenira; minimalan učinak intervencije na strukture vlasti; te stalno i potpuno izvještavanje Vijeća sigurnosti kao i odgovarajućih regionalnih organizacija o tijeku intervencije.⁷⁸ Traži se također da i prije poduzimanja intervencije Vijeće sigurnosti bude konzultirano. Jednostrana humanitarna intervencija bila bi prema nekim autorima tada dopuštena samo ako Vijeće sigurnosti nije uspjelo odobriti kolektivnu akciju.⁷⁹ Prije poduzimanja intervencije silom, bilo bi potrebno iscrpiti sva mirna sredstva upravljena na prestanak kršenja ljudskih prava.⁸⁰ Uz te, *Simon* navodi još jedan zanimljiv uvjet: prije poduzimanja humanitarne intervencije trebalo bi se uvjeriti u poštivanje ljudskih prava u državi koja takvu intervenciju poduzima. Na taj bi se način spriječila, smatra on, apsurdna situacija da država koja sama krši ljudska prava više "brine" o tim pravima stanovništva druge države, nego onoga na svom području.⁸¹ Pored toga, *Cassese* dopustivost intervencije uvjetuje i podrškom, ili barem neprotivljenjem intervenciji, većine država članica Ujedinjenih naroda, jer, dodaje, humanitarna intervencija ne može biti povjerena tek "jednoj hegemonističkoj sili ma kako ona vojno, politički i ekonomski bila snažna, kao ni takvoj sili praćenju od nje zavisnim državama ili pak njezinim saveznicima."⁸² Zanimljivo je, također, spomenuti i neke uvjete dopustivosti humanitarne intervencije koje postavlja *Charney*. On, naime, traži da države koje poduzimaju humanitarnu intervenciju prethodno prihvate obvezatnu nadležnost prema sebi, kao i prema svojim državljanima, kako

and Cons", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, sv. 17, br. 2, 1995, str. 366; SIMON, S.G., "The Contemporary Legality of Unilateral Humanitarian Intervention", *California Western International Law Journal*, sv. 24, br. 1, 1993, str. 119; NOWROT, SCHABACKER, *op. cit.*, (bilj. 59), str. 369; MURPHY, S.D., "The Security Council, Legitimacy, and the Concept of Collective Security After the Cold War", *Columbia Journal of Transnational Law*, sv. 32, br. 2, 1994, str. 229.

⁷⁴ Vidi npr.: SIMON, *op. cit.*, (bilj. 73), str. 121. Intervencija radi zaštite vlastitih državljana čini se, međutim, ipak možda najprihvatljivijim oblikom humanitarne intervencije u međunarodnopravnoj praksi.

⁷⁵ Usp. VERWEY, W.D., "Humanitarian Intervention Under International Law", *NILR*, sv. XXXII, br. 3, 1985, str. 373.

⁷⁶ *Ibid.*; vidi i: FONTEYNE, *op. cit.*, (bilj. 72), str. 260.

⁷⁷ Usp. JENNINGS, R.Sir, WATTS, A.Sir, *Oppenheim's International Law*, sv. I, London, Longman, 1995, str. 428; FRANCK, RODLEY, *op. cit.*, (bilj. 72), str. 277.

⁷⁸ Vidi: CHOPRA, WEISS, *op. cit.*, (bilj. 72), str. 382-383.

⁷⁹ Vidi: SIMON, *op. cit.*, (bilj. 73), str. 151; vidi i: CASSESE, A., "Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", *EJIL*, sv. 10, br. 1, 1999, str. 27.

⁸⁰ Vidi: SIMON, *op. cit.*, (bilj. 73), str. 151; vidi i: BLOCKMANS, *op. cit.*, (bilj. 73), str. 780. Taj uvjet spominje i Cassese, no naglašava i značaj hitnosti djelovanja; vidi: CASSESE, *op. cit.*, (bilj. 79), str. 27.

⁸¹ Vidi: SIMON, *op. cit.*, (bilj. 73), str. 151.

⁸² CASSESE, *op. cit.*, (bilj. 79), str. 27. Cassese, međutim, ubrzo zaključuje kako takvog slučaja kod spomenute intervencije NATO-a protiv Savezne Republike Jugoslavije nije bilo; *ibid.*, str. 28.

Međunarodnog suda, tako i Međunarodnog kaznenog suda. Uz to, *Charney* traži i da država-objekt intervencije prije njezina poduzimanja o njoj bude obaviještena, da uzgredne štete prouzročene intervencijom budu minimalne, te da cilj intervencije bude strogo ograničen samo na zaustavljanje kršenja ljudskih prava, pa stoga i intervencijske snage moraju odmah po njegovu ostvarenju napustiti područje odnosne države.⁸³ Tako, dok neki autori humanitarnu intervenciju kao institut već vide gotovo prihvaćenu na razini općeg međunarodnog prava potkrepljujući to njezinom univerzalnom moralnom utemeljenošću u podudarnosti temeljnih ljudskih prava zaštićenih u svim civilizacijskopравnim krugovima svijeta, te spornim još samo drže preciznije međunarodnopravno uređenje njezine primjene,⁸⁴ drugi izražavaju skepsu glede same njezine opravdanosti, ili ju čak posve negiraju. Dio autora, tako, ukazuje na veliku opasnost od zloupotrebe takva instituta.⁸⁵ U svakoj se zemlji, ističe *Henkin*, može naći povreda ljudskih prava, pa je tek pitanje političkog interesa i odnosa snaga tko će i kada postati objektom takve intervencije.⁸⁶ Humanitarna intervencija, ističu *Lobel* i *Ratner*, stoga je najčešće samo "krinka" za jače države da silom ostvare svoje geopolitičke interese na račun slabijih. Zaštita ljudskih prava pritom tek je izgovor.⁸⁷ Humanitarna intervencija, smatraju zato neki pisci, čak i na razini sekundarne norme protivna je članku 2. točki 4. Povelje,⁸⁸ te nije dio pozitivnog međunarodnog prava,⁸⁹ ili to barem nije još.⁹⁰ Uz to, navode *Franck* i *Rodley*, izvjesno je i to da ni autori Međunarodnih paktova o ljudskim pravima nisu željeli zaštitu prava sadržanih u njima povjeriti jednostranoj upotrebi sile od strane snažnijih država.⁹¹ Napokon, zaključuju neki autori, humanitarna intervencija čak ni na razini sekundarne norme ne postoji kao jasan pravni institut pa smo govoreći o njoj zapravo prije na razini moralne rasprave o odnosima vrijednosti nego u sferi pozitivnoga međunarodnog prava.⁹² Pa ipak, treba primijetiti u suvremenom međunarodnom pravu doista jedinstvenu odredbu članka 4. točke h) Ustavnog akta Afričke unije koja izrijeком predviđa, po odluci Skupštine Unije, mogućnost intervencije u državama članicama u slučaju „teških okolnosti“ poput „ratnih zločina, genocida i zločina protiv čovječnosti.“⁹³ Međutim, koliko god nekome navedena odredba mogla izgledati progresivno, ona i dalje ostavlja otvorenim pitanje svog odnosa sa spomenutom odredbom članka 53. Povelje Ujedinjenih naroda koja

⁸³ Vidi: CHARNEY, J.L., "Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, sv. 32, br. 5, 1999, str. 1244.

⁸⁴ Vidi: PLANT, R., "The Justification for Intervention: Needs before Context", u: FORBES, I., HOFFMAN, M., *Political Theory, International Relations, and the Ethics of Intervention*, New York, St. Martin's Press, Inc., 1993, str. 112; vidi i: VERWEY, *op. cit.*, (bilj. 75), str. 376.

⁸⁵ Vidi npr.: FRANCK, RODLEY, *op. cit.*, (bilj. 72), str. 304; Chopra i Weiss to potkrepljuju nizom povijesnih primjera takvih zloupotreba; vidi: CHOPRA, WEISS, *op. cit.*, (bilj. 72), str. 370-373. Za suprotno mišljenje vidi: BENJAMIN, B.M., "Unilateral Humanitarian Intervention: Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities", *Fordham International Law Journal*, sv. 16, br. 1, 1992-1993, str. 157.

⁸⁶ Vidi: HENKIN, L., "International Law: Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law", *RCADI*, sv. 216, 1989, str. 154.

⁸⁷ Vidi: LOBEL, RATNER, *op. cit.*, (bilj. 21), str. 136.

⁸⁸ Vidi: KAPINGA, W.B.L., "The United Nations System and Collective Uses of Force Under the New World Order", u: The African Society of International and Comparative Law, *Proceedings of the Fifth Annual Conference, 20-24 September 1993*, Accra, 1993, str. 17.

⁸⁹ Vidi npr.: BLOCKMANS, *op. cit.*, (bilj. 73), str. 779. Tako, ističe Charney, čak ni među članicama NATO-a ne postoji *opinio iuris* o legalnosti humanitarne intervencije; vidi: CHARNEY, *op. cit.*, (bilj. 83), str. 1241. Zanimljivo stajalište iznosi i Virally smatrajući da država koja bi se oružanom silom suprotstavila humanitarnoj intervenciji na svom području, samim time ne bi povrijedila međunarodno pravo; vidi: VIRALLY, M., "Article 2, Paragraphe 4", u: COT, PELLET (ur.), *op. cit.*, (bilj. 14), str. 124.

⁹⁰ Usp. HENKIN, L., "Kosovo and the Law of 'Humanitarian Intervention'", *AJIL*, sv. 93, br. 4, 1999, str. 828.

⁹¹ FRANCK, RODLEY, *op. cit.*, (bilj. 72), str. 300.

⁹² Tako npr. PICONE, P., "L'évolution de droit international coutumier sur l'emploi de la force entre obligations „erga omnes“ et autorisations du Conseil de sécurité", u: CANNIZZARO, PALCHETTI (ur.), *op. cit.*, (bilj. 35), str. 316-317.

⁹³ Za tekst Ustavnog akta Afričke unije vidi: *supra*, bilj. 30.

(posebice imamo li u vidu primat obveza iz Povelje u smislu njezina članka 103.) obvezuje sve države članice Unije s obzirom na njihovo članstvo u Ujedinjenim narodima.⁹⁴ No, bilo kako bilo, humanitarna intervencija bit će nužno uvijek „jednosmjerna“. Naime, čak ako i prihvatimo njezinu moralnu opravdanost u zaštiti temeljnih ljudskih prava, pa u krajnosti i velikog broja ljudskih života, njezina će primjena doći u obzir samo od strane jače države prema slabijoj. U takvom sustavu, čini nam se, humanitarna intervencija teško da zaslužuje emancipaciju od općeg „stanja nužde“ u neki zasebni pravni institut, jer ma koliko preciznije bio određen njezin cilj pa i uopće njezino pravno uređenje, slabija ju država, baš kao ni kod „stanja nužde“, unatoč svoj opravdanosti, hitnosti i nužnosti, prema jačoj nikada neće moći ostvariti. Suočena početkom 21. stoljeća s jedne strane s posvemašnjom kompromitacijom kvazi-instituta humanitarne intervencije nakon spomenute samovoljne jednostrane upotrebe sile država članica NATO-a protiv SR Jugoslavije,⁹⁵ a s druge s neospornim moralnim imperativom zaštite ljudskih života u situacijama poput Darfoura ili Srebrenice, (ali nažalost i mnogih drugih koje nisu našle svoje mjesto u sferi interesa suvremenih političkih medija), međunarodnopravna se doktrina jednim dijelom priklonila autorima koji su, zapravo istu ideju ponudili pod novim nazivom. Nastao je tako još jedan međunarodnopravni kvazi-institut: „*responsibility to protect*“ ili poznatiji kao „R2P“. Ideju je u osnovi uobličila Međunarodna komisija za intervenciju i državnu suverenost (*International Commission on Intervention and State Sovereignty*), zapravo međunarodno nevladino tijelo osnovano 2000. u Kanadi inicijativom tadašnjeg kanadskog premijera Jeana Chrétiena,⁹⁶ koje je u prosincu 2001. izradilo dokument pod spomenutim nazivom „*The Responsibility to Protect*“. U tom dokumentu Komisija je pokušala izmiriti nužnost zaštite temeljnih ljudskih prava u prilikama njihove neposredne i masovne ugroženosti s temeljnim postavkama pozitivnog međunarodnog prava, poput suverenosti države ili pak zabrane jednostrane upotrebe sile. U navedenom dokumentu Komisija je, tako, oblikovala šest načela koja bi opravdala jednostranu upotrebu sile u okolnostima neposredne opasnosti od masovnih kršenja temeljnih ljudskih prava, poput: „pravednog razloga“ u smislu teških i masovnih povreda spomenutih prava; „ispravne namjere“ upravljene isključivo na suzbijanje spomenutih povreda; „proporcionalnosti“ upotrijebljenih sredstava u odnosu na spomenuti cilj; „nužnosti“ u smislu „jedino mogućeg“ djelovanja (*in ultima linea*) tek ako diplomatska i ostala sredstva bez upotrebe sile ne bi dala rezultate; „razumnih očekivanja“ u smislu vjerojatnosti uspjeha poduzete akcije; te napokon „ispravnog ovlaštenja“, dakle legaliteta u smislu ovlaštenja Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda na takvu iznimnu, decentraliziranu upotrebu sile pod pretpostavkom gore navedenih okolnosti.⁹⁷ Godine 2005. spomenuti koncept našao je mjesto i u dokumentu Ujedinjenih naroda pod nazivom: „*In larger freedom: towards development, security and human rights for all*“ (A/59/2005). No, nažalost, ni takvi naponi u osnovi nisu odmakli bitno dalje od uvjeta kojima su mnogi pisci, od sv. Augustina (pa i ranije) naovamo pokušali objektivizirati

⁹⁴ Vidi: *supra*, bilj. 68 i 69.

⁹⁵ Tako, primjerice, ističe Valticos, po svom opsegu, akcija NATO-a nikako ne može biti humanitarna intervencija. Svojom neproporcionalnošću ona je daleko premašila humanitarni cilj, jer, da parafraziramo spomenutu presudu Međunarodnog suda u slučaju Nikaragve, zaštita ljudskih prava nije spojiva s razaranjem naftnih postrojenja, prometne infrastrukture, pa i zgrade državne televizije stotine kilometara daleko od stvarnog područja intervencije. Vidi: VALTICOS, N., „Les droits de l’homme, le droit international et l’intervention militaire en Yougoslavie“, *RGDIP*, sv. CIV, 2000, str. 9; CHINKIN, *op. cit.*, (bilj. 71), str. 845. Uostalom, u svojoj presudi u slučaju Nikaragve, Međunarodni sud je rekao: „...[T]he protection of human rights, a strictly humanitarian objective, cannot be compatible with the mining of ports, the destruction of oil installations, or again with the training, arming, and equipping of the contras.“ *I.C.J. Reports* 1986, (bilj. 62), str. 134-135.

⁹⁶ Detaljnije vidi: <http://www.iciss.ca/progress-en.asp> (14.10.2010).

⁹⁷ Vidi: International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect – The Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, Ottawa, International Development Research Centre, December, 2001, str. XI-XIII.

„privatnu pravdu“ u obliku tzv. „pravednog rata“.⁹⁸ Drugim riječima, mnogi od navedenih uvjeta dopustivosti takvog „novog“ instituta poput „R2P-a“ nisu u konačnici nimalo riješili problem autointerpretacije okolnosti koje bi opravdale aktivaciju sekundarne norme na kojoj bi on bio utemeljen, poput primjerice zahtjeva za djelovanjem *in ultima linea*. Jednako tako, zahtjev za ovlaštenjem Vijeća sigurnosti izgleda nam u praksi bespredmetnim jer bi takvo ovlaštenje (kada bi se o njemu Vijeće bilo u stanju usuglasiti) moglo daleko prije (i manje sporno) aktivirati Poveljom već predviđeni mehanizam upotrebe sile u okolnostima prijetnje miru, narušenja mira ili čina agresije, u smislu odredbi glave VII. Povelje, (pa, možda i u smislu spomenutog članka 53.)⁹⁹ nego što bi aktualiziralo potrebu za legalizacijom takvih kvazi-instituta poput „humanitarne intervencije“ ili pak „R2P-a“. A napokon, izostane li takvo ovlaštenje, zaključit će Komisija, ostaje i dalje tek odnos „suprotstavljenih“ vrijednosti legaliteta i zaštite ljudskih života,¹⁰⁰ što nas zapravo vraća na ishodišnu točku svim „iznimkama“ zabrane jednostrane upotrebe sile u suvremenom međunarodnom pravu – pozivanju na „suprotstavljenost legaliteta i legitimiteta“¹⁰¹ te napokon prikazivanju takve upotrebe sile uvijek kao *reakcije* - bila ona predstavljena kao „jedino moguća“ zaštita „povrijeđenog“ subjektivnog prava ili pak međunarodnopravne obveze *erga omnes*.

4. ZAKLJUČNA RAZMIŠLJANJA

Čak i ovakvo poprilično sumarno razmatranje o efikasnosti jedne od temeljnih normi suvremenoga međunarodnog prava – zabrane jednostrane upotrebe sile izvan samoobrane – lako bi moglo povesti k zaključku o dvojbenoj efikasnosti cjelokupnog međunarodnopravnog poretka uvelike utemeljenog na njoj, a onda i svrhovitosti međunarodnopravne znanosti, barem u dijelu koji proučava to jednako trusno, koliko i temeljno područje u životu međunarodne zajednice. No, moto s početka ovoga rada kao da takvu (inherentnu) „slabost“ pretvara u „vrlinu“. Štoviše, dodali bismo, sposobnost vječnog preispitivanja „temelja“ svakog sustava, čini nam se uvjetom njegove svrhovitosti, a za međunarodno pravo to je, možda i više nego za ijednu drugu pravnu granu, preduvjet opstanka. Naime, oslonjeno na puku funkcionalnost lišenu „heteronomije“, ono svoj razlog postojanja nalazi tek u potrebi svojih subjekata za njim. Otuda nam i hrabrost da se zapitamo o funkcionalnosti jedne temeljne, kogentne norme takva sustava – one koja ga razlikuje od anarhije: zabrane „privatne

⁹⁸ Koncept „pravednog rata“ (lat. *bellum iustum*, grč. *polemos dikaios*) u međunarodnom pravu bio je prisutan još od antičkih vremena. Mnoštvo je autora, uglavnom pravnika, filozofa, pa i teologa kroz povijest, prilazeći ratu upravo kao „nužnom zlu“ i sredstvu *ultima ratio*, nastojalo ograničiti posezanje država za njim određujući uvjete njegove „pravednosti“, pa time i dopustivosti. Gotovo svi autori, unatoč razlikama u shvaćanjima kao i u vremenu u kojem su djelovali, bili su suglasni u vezivanju dopustivosti „pravednog rata“ uz uvjete pravednog uzroka (*iusta causa*) – tj. počinjenog protupravnog čina, i pravedne namjere (*iusta intentio*) – tj. odgovora na nj i otklanjanja njegovih posljedica ako se isto ne bi uspjelo postići mirnim sredstvima. Za pregled stajališta brojnih autora o uvjetima dopustivosti rata kroz povijest detaljnije vidi npr.: PRZETACZNIK, F., „The Illegality of the Concept of Just War Under Contemporary International Law“, *Revue de Droit international*, sv. LXX, 1992, str. 249-283; Taghi Karoubi, M., *Just or Unjust War? International Law and Unilateral Use of Armed Force by States at the Turn of the 20th Century*, Hants, Burlington, Ashgate, 2004, str. 58-90; CALOGEROPOULOS-STRATIS, S., *Jus ad bellum – Le droit de recourir à la guerre*, Athènes, 1950, str. 13-44.

⁹⁹ Usp. HAMILTON, R.J., „The Responsibility to Protect: From Document to Doctrine – but What of Implementation?“, *Harvard Human Rights Journal*, sv. 19, 2006, str. 291.

¹⁰⁰ Vidi: *The Responsibility to Protect – The Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, *supra*, (bilj. 97), str. 54-55. U tom smislu ni zaključci Svjetskog *summita* 2005. u krilu Ujedinjenih naroda nisu donijeli nikakav napredak; vidi npr.: BANNON, A.L., „The Responsibility To Protect: The U.N. World Summit and the Question of Unilateralism“, *Yale Law Journal*, sv. 115, 2005-2006, str. 1157-1165.

¹⁰¹ Tako su, uostalom, neki autori pokušali opravdati i spomenuti napad na Irak 2003. godine ističući kako upotreba sile Sjedinjenih Država i njihovih saveznika protiv Iraka, doduše, nije bila legalna, ali je bila legitimna; vidi: *supra*, uz bilj. 38.

pravde“ u smislu samovoljne jednostrane upotrebe sile u odnosima njegovih najznačajnijih subjekata - država. Među malobrojnim sekundarnim normama suvremenog međunarodnog prava usmjerenima na uređenje jednostrane reakcije međunarodnopravnog subjekta na protupravni čin, pa bile one i *in statu nascendi* poput onih glede protumjera u Nacrtu odredbi o međunarodnoj odgovornosti država koje je izradila Komisija Ujedinjenih naroda za međunarodno pravo,¹⁰² pitanje odnosa takve *per se* protupravne reakcije na protupravnost s jedne i kogentne prirode norme povrediva takvom reakcijom s druge strane, čini se neizbježnim. Svoje rješenje Komisija je ponudila u odredbi članka 26. spomenutog Nacrta koja bezuvjetno isključuje mogućnost povrede bilo koje kogentne norme općega međunarodnog prava,¹⁰³ jednako u značenju protumjera, baš kao i u slučaju „stanja nužde“¹⁰⁴ ili pak drugih okolnosti koje inače isključuju protupravnost nekoga *per se* protupravnog čina. Pa ipak, stvarnost međunarodne zajednice, čini nam se, takva normativna rješenja kao da ostavlja više u sferi onoga što bismo željeli, nego onoga što jest, otkrivajući u njima prije suprotstavljenost „progresivnog razvoja“ međunarodnog prava i njegove kodifikacije, nego njihovu, člankom 13. Povelje zamišljenu komplementarnost. I premda povredivost naše kogentne norme zacijelo neće jednako za sve u Nacrtu navedene okolnosti isključenja protupravnosti (i neće uvijek) doći u pitanje,¹⁰⁵ ostaju nam barem dvije dvojbe vezane uz navedeni članak 26. Nacrta: ona vezana uz istinski *opinio iuris* država te ona glede uvjerljivosti pozivanja na kogentni značaj primarne norme kao argument u prilog njezine nepovredivosti sekundarnom. Naime, nisu li i u unutrašnjem, posebice kaznenom pravu država i najvažnije vrijednosti poput npr. ljudskog života, zaštićene kogentnim normama, u konačnici povrediva djelovanjem u samoobrani ili čak u „stanju nužde“? Uostalom, argument kogentne prirode norme o zabrani jednostrane upotrebe sile međunarodnom pravu ionako nije bio zapreka da njezinu povredivost prihvati u slučaju individualne, pa čak i decentralizirane kolektivne samoobrane u smislu članka 51. Povelje, dakle jednako u značenju okolnosti koja isključuje protupravnost, tj. na razini sekundarne norme. S druge pak strane, premda nema sumnje da je ogroman civilizacijski pomak učinjen u razvoju međunarodne zajednice već izakonjenjem samovoljne jednostrane upotrebe sile u odnosima među državama na razini primarne međunarodnopravne norme, tj. u značenju pukoga subjektivnog prava svake od njih, problem „privatne pravde“ u horizontalno strukturiranom pravnom sustavu kakav je u svojoj

¹⁰² Nacrt odredbi o međunarodnoj odgovornosti država, sadržan u izvješću Komisije Ujedinjenih naroda za međunarodno pravo, Opća je skupština Ujedinjenih naroda prihvatila rezolucijom A/56/83 od 28. siječnja 2002., te ga uvrstila u njezin Aneks, predviđajući Rezolucijom istodobno i uvrštavanje pitanja međunarodne odgovornosti država na dnevni red svoga 59. zasjedanja. Vidi: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April-1 June, 2 July-10 August 2001, General Assembly Official Records, Fifty-sixth session, Supplement No. 10(A/56/10).

¹⁰³ Spomenuti članak 26. Nacrta predviđa: „Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.“ *Ibid.*, str. 84-85.

¹⁰⁴ U ovom je kontekstu svakako vrijedno spomenuti da je tijekom rada Komisije na materiji odgovornosti država bilo i drukčijih, rekli bismo stvarnosti bližih stajališta. Tako, 1980. godine onodobni izvjestitelj Komisije u navedenoj materiji R. Ago u svom izvješću ostavlja mjesta za iznimnu upotrebu sile manjeg opsega u okolnostima stanja nužde, pri čemu se ona, kako po svom intenzitetu, tako i svrsi jasno razlikuje od agresije. Vidi: State Responsibility, Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7; *YBILC*, sv. II, dio 1, 1980., str. 39. Očito vjerujući u mogućnost ne samo doktrinarnog, već i normativnog jasnog razlikovanja takve upotrebe sile od agresije, Ago ističe: “We believe that these observations should enable some writers to overcome the fears aroused by the well-known abuses of the concept of “necessity” which occurred when it was invoked as a pretext for justifying armed attacks on other States, armed intervention in the internal affairs of other States, or similar actions.” *Ibid.*, str. 21. Takvo je stajalište, međutim, u kasnijem radu Komisije tj. u izvješćima njezinih kasnijih izvjestitelja napušteno.

¹⁰⁵ Tako će, vidjeli smo, države svoje pribjegavanje upotrebi sile nesumnjivo češće pravdati upravo „reakcijom“ na raniji protupravni čin druge države, samoobranom ili pak nužnošću, nego primjerice višom silom ili nevoljom.

biti međunarodno pravo time nipošto nije otklonjen. Odnosne prohibitorne međunarodnopravne norme, poput one iz članka 2. točke 4. Povelje Ujedinjenih naroda, pa pridavali im mi i kogentni značaj, tek su transponirale takvu „privatnu pravdu“ na razinu sekundarne norme, kao „reakciju“ na protupravnost u povredi primarne norme istoga pravnog sustava. Mnogi od ranije navedenih primjera jednostrane upotrebe sile u posljednjih otprilike pola stoljeća ukazuju na spremnost država da, u nemogućnosti drugog sredstva, interes do kojeg im je dovoljno stalo – bio on u obliku povrijeđenoga vlastitoga subjektivnog prava ili pak uobičen u neku međunarodnopravnu obvezu s djelovanjem *erga omnes* – zaštite i pribjegavanjem jednostranoj upotrebi sile. Pa ipak, države će i tada takvo svoje djelovanje pokušati podvesti pod neku sekundarnu normu međunarodnog prava prikazujući ga ne kao kršenje međunarodnog prava, već naprotiv, kao njegovu zaštitu u vidu, premda decentralizirane, reakcije na povredu njegove primarne norme. Tako će u konačnici „legitimitet“ težiti da se ipak nađe u „legalitetu“ koji „iznimku“ pretvara u pravilo, ili preciznije, u sekundarnu normu. Izostanak središnjeg nadzornog mehanizma (npr. u obliku obvezatne nadležnosti nekog sudskog organa na razini međunarodne zajednice) pritom će, međutim, uvijek iznova aktualizirati međunarodnopravnom poretku ionako imanentan problem (mada zapravo svojstvo) autointerpretacije koja, čini nam se, ovdje predstavlja daleko veću poteškoću nego kogentna priroda norme povrediva takvom reakcijom. Napokon, mogli bismo ustvrditi, unatoč katkad i njihovom drukčijem ponašanju, *opinio iuris* država u pogledu izakonjenja jednostrane upotrebe sile kao pukog subjektivnog prava danas je, čini se, neupitan. No, pred međunarodnim pravom ostaje druga teška zadaća, ona njezinog uređenja (više nego zabrane) na razini sekundarne međunarodnopravne norme gdje je *opinio iuris* država, vidjeli smo, bitno drukčiji. Nastojanja u suvremenom međunarodnom pravu, pa tako i ona Komisije za međunarodno pravo u smislu apsolutne zabrane jednostrane upotrebe sile i na razini sekundarne norme (osim kod samoobrane), pa čak i u stanje nužde, mogu pritom možda biti katalizatorom, pa i pretečom novoga, humanijeg i plemenitijeg međunarodnog prava sutrašnjice, no odražavaju li ona uistinu očekivanja subjekata čije odnose teže urediti? Povijest međunarodnog prava pamti mnoštvo zamisli plemenitih umova, baš kao i dokumenata čije su norme usmjerene ka nekom „boljem svijetu“ zauvijek ostale tek „mrtvim slovom“.¹⁰⁶ Međunarodnopravna doktrina stoga, mišljenja smo, može biti generatorom razvoja novih normativnih rješenja, pa tako i onih u pogledu upotrebe sile, tek u mjeri u kojoj će imati sluha za (metajuridičke) datosti koje uvjetuju međunarodne odnose u određenom vremenu, ne zaboravljajući da je pravo tek sredstvo u njihovu uređenju, a nipošto samo sebi svrha. Neka nam, stoga, na kraju bude dopušteno podsjetiti na jednu od temeljnih zadaća Komisije za međunarodno pravo (baš kao i drugih sudionika u kompleksnom, *kodifikacijskom* legislativnom procesu unutar međunarodnopravnog sustava), koja je daleko prije u *utvrđivanju* pravne svijesti međunarodnopravnih subjekata, nego u njezinu *formiranju*.

¹⁰⁶ Mogli bismo ovdje, posebice u kontekstu ovoga rada, spomenuti neke od pisaca koji su još u 17. stoljeću predlagali svojevrsnu institucionalizaciju upotrebe sile na razini međunarodne zajednice, poput Crucéa, Sullya, Penna, Abbé de Saint-Pierrea, Albéronia, Volneya, kao i prije njih Pierre Duboisa, ili pak krajem 18. stoljeća Benthama; detaljnije vidi: LAPAŠ, *op. cit.*, (bilj. 6), str. 193-199.

Summary

VIEWS ON ADMISSIBILITY OF THE UNILATERAL USE OF FORCE IN MODERN INTERNATIONAL LAW

Theorists of modern international law have reached an almost universal consensus on the peremptory (ius cogens) norm concerning the prohibition of the unilateral use of force except in self-defense. The prohibition is contained both in the UN Charter and international customary law. However, the reality is often different. As a rule, states do not call into question the above mentioned prohibition on the level of primary norms, but often attempt to introduce exceptions to the prohibition in the form of various secondary norms, often motivated by self-interest. The article presents some of these attempts such as the so-called "humanitarian intervention", "pro-democratic intervention" etc. analyzing at the same time their impact on the efficiency of the primary prohibitory peremptory norm.

Key words: *use of force, international law, self-defense, UN Charter, international customary law.*

NISU NA PRODAJU –
O PRAVIMA ŽRTAVA TRGOVANJA LJUDIMA NAKON
PRESUDE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PREDMETU
RANTSEV PROTIV CIPRA I RUSIJE**

Dva prijelomna trenutka u afirmaciji prava žrtava trgovanja ljudima kao suvremenog oblika ropstva su donošenje Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima 2005. godine, i odluka Europskog suda za ljudska prava u predmetu Rantsev protiv Cipra i Rusije iz siječnja 2010. godine kojom je utvrđeno da je trgovanje ljudima sadržano u članku 4. Konvencije Vijeća Europe za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Predmet rada je analiza učinaka tih prijelomnica na sustav za sprječavanje i suzbijanje trgovanja ljudima u Republici Hrvatskoj u dijelu koji se odnosi na provedbu odredbe o nekažnjavanju žrtava trgovanja ljudima (non-punishment) i pravu tih osoba na državnu kompenzaciju (naknadu štete od strane države).

Ključne riječi: *trgovanje ljudima, ropstvo, žrtva, nekažnjavanje, naknada štete.*

1. UVOD

Trgovanje ljudima (*trafficking in human beings*) je suvremeni oblik ropstva.¹ To sugerira i zakonodavac kad trgovanje ljudima povezuje s ropstvom.² Premda bi definicija ova dva

* Prof.dr.sc. Davor Derenčinović, redoviti profesor na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

** <http://www.notforsalecampaign.org/>, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/default_en.asp, 2. listopada 2010.

¹ V. Report of the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery, Including Its Causes and Consequences, Gulnara Shahinian, 10 July 2009, A/HRC/12/21: „...The Special Rapporteur also heard reports of forced early marriages, some of which involved girls trafficked for forced marriages to other countries. This is in direct violation of article 2 of the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, which forbids forced early marriages.“ Addendum, Mission to Mauritania, A/HRC/15/20/Add.2, 16. Aug. 2010., §47; „...In this connection, the Special Rapporteur observed that current plans, programmes and policies rarely refer to forced labour or bonded labour, as a separate form of contemporary slavery, in many instances these forms of slavery are seen as derivative of human trafficking.“ Ecuador, A/15/20/add.3, 30. June 2010., §73; V. također i BUCKWALTER et al., Modern Day Slavery in Our Own Backyard, 12 Wm. & Mary J. Women & L. 403 (2005-2006); TANAGHO J., New Illinois Legislation Combats Modern-Day Slavery: A Comparative Analysis of Illinois Anti-Trafficking Law with Its Federal and State Counterparts, 38 Loy. U. Chi. L.J. 895 (2006-2007).

² V. članak 175. Kaznenog zakona (Narodne novine, 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07 i 152/08) pod nazivom „Trgovanje ljudima i ropstvo“. Također i §104a

pojma mogla upućivati i na određene razlike³, u oba se slučaja radi o postupanju s ciljem iskorištavanja druge osobe i posljedicom povrede njezina prava na slobodu i dostojanstvo. Žrtva trgovanja ljudima je *res in commercio*.⁴ Radi se o vrlo lukrativnoj aktivnosti kriminalnih grupa.⁵ Premda nitko ne može sa sigurnošću utvrditi o kojim se iznosima radi, nedvojbeno je da se radi o vrlo unosnoj kriminalnoj aktivnosti.⁶ Naime, teško je osporiti bešćutnu tvrdnju da je ljudsko biće jedina roba koju vlasnik može prodati više puta. Zbog toga ne čudi da kriminalna udruženja prilagodljivog tipa⁷ fokus svojih aktivnosti preusmjeravaju s trgovine drogama na trgovanje ljudima jer su zarade veće, a rizici manji.⁸ Kazneno djelo trgovanja ljudima je složena dispozicija s tri konstitutivna elementa. Prvi element su modaliteti radnje (*activities*) koji su sukladno članku 3. Protokola za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice ženama i djecom, kojim se dopunjuje Konvencija

austrijskog kaznenog zakona (Menschenhandel - trgovanje robljem), §232., 233. i 233a njemačkog kaznenog zakona (Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung – trgovanje robljem radi seksualnog iskorištavanja, Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft – trgovanje robljem radi radnog iskorištavanja, Förderung des Menschenhandels – pomaganje u trgovanju robljem).

³ Sukladno članku 1. Konvencije o ropstvu (izv. <http://www2.ohchr.org/english/law/slavery.htm>, 2. listopada 2010.) „ropstvo je status ili stanje osobe nad kojom se koriste sve ovlasti primjenjivane u pravu vlasništva“, dok je prema članku 3. Protokola za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice ženama i djecom, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta (Narodne novine, 14/2002., 11/2004 ispr.) trgovanje ljudima određeno kao „vrbovanje, prijevoz, transfer, pružanje utočišta i prihvata osoba, pomoću prijetnje ili uporabe sile ili drugih oblika prinude, otmice, prijevare, zlorabe ovlasti ili položaja bespomoćnosti ili davanje ili primanje plaćanja ili sredstava da bi se postigla privola osobe koja ima kontrolu nad drugom osobom, u svrhu izrabljivanja. Izrabljivanje će minimalno uključiti, iskorištavanje prostitucije drugih ili drugih oblika seksualnog iskorištavanja, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili odnose slične ropstvu, podčinjavanje ili odstranjivanje organa.“

⁴ Za definiciju toga pojma v. ROMAC A., Rječnik rimskog prava, Zagreb, Informator, 1975.

⁵ Prema dostupnim podacima kod trgovanja ljudima se uglavnom ne radi o hijerarhijski ustrojenim i iznimno sofisticiranim kriminalnim organizacijama s velikim brojem pripadnika već o ad hoc formiranim skupinama od najviše deset počinitelja koji surađuju sa sličnim grupama u drugim državama (porijekla, tranzita i odredišta). Dobar primjer za to je i obavijest koju pri pisanju ovog rada nalazim na službenim stranicama Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta: „USKOK je, nakon provedene istrage, pred Županijskim sudom u Zagrebu podigao optužnicu protiv petero hrvatskih državljana i to: B. Š. (1962.), R. Š. (1965.), M. M. (1966.), F. Š. (1957.) i Ž. K. (1975.) zbog počinjenja kaznenog djela trgovanja ljudima i ropstva. (22. 9. 2010.) Optužnicom se B. Š. i R. Š. terete da su se, od svibnja 2002. do 12. siječnja 2007., u Zürichu, povezali u zajedničko djelovanje sa M. M., F. Š. i Ž. K., u cilju namamljivanja većeg broja djevojaka i žena mlade životne dobi iz Hrvatske u Švicarsku radi bavljenja prostitucijom uz naplatu. Tako su M. M., F. Š. i Ž. K. pronalazili djevojke iz Hrvatske kojima su lažno prikazivali kako će im omogućiti razne legalne i dobro plaćene poslove u Švicarskoj, na što su djevojke i pristale. Sukladno dogovoru, B. Š., R. Š. i M. M. su ženama, koje su na prevaru dovedene u Švicarsku, oduzimali putne isprave i mobitele te ih potom smještali u iznajmljene stanove u Zürichu. Radi svladavanja njihovog otpora, R. Š. i M. M. su djevojkama verbalno i fizički prijetili, ucjenjivali ih fotografijama te ih povremeno tukli i ograničavali im kretanje, nakon čega su ih prisilili na pružanje seksualnih usluga većem broju osoba. Novac dobiven pružanjem navedenih usluga okrivljenici su međusobno dijelili. Izv. <http://www.dorh.hr/uskok>, 2. listopada 2010.

⁶ Jedan od problema u vezi utvrđivanja globalnog opsega trgovanja ljudima jest i nepostojanje ujednačenih metodoloških kriterija za statističko praćenje pojave. Stoga su i brojke o financijskim prihodima koje kriminalne grupe ostvaruju od trgovanja ljudima, a koje se pojavljuju u različitim izvorima uglavnom proizvoljne i većim dijelom neprovjerljive. Tako, primjerice, Doležal navodi kako u pogledu točnog opsega i kretanja trgovanja ljudima „...postoje općenite procjene, ali ih je teško potvrditi s obzirom na to da su ovisne o kontekstu i izvoru informacija.“ DOLEŽAL D., Prevencija trgovanja ljudima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (1991) v. 28, br. 2, str. 1401. Jedini koliko toliko egzaktni kriteriji, a njih navodim niže u tekstu, su oni o broju identificiranih žrtava i broju prijavljenih, optuženih i pravomoćno osuđenih osoba. O problemima statističkog praćenja i općenito primjene kvantitativnih metoda u istraživanju pojave trgovanja ljudima v. LACZKO-GRAMEGNA, Developing Better Indicators of Human Trafficking, 10 Brown J. World Aff. 179 (2003-2004).

⁷ Za definiciju kriminalnog udruženja prilagodljivog tipa v. SAČIĆ Ž., Organizirani kriminalitet u Hrvatskoj, Zagreb, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, 1997.

⁸ KOVČO VUKADIN-JELENIĆ, Trgovanje ljudima: kriminološki i kaznenopravni aspekt, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 10(2003), 2, str. 666.

Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta⁹ određeni kao „vrbovanje, prijevoz, transfer, pružanje utočišta i prihvat osoba“.¹⁰ Drugi element su sredstva (*means*) koja su u navedenom Protokolu određena kao „prijetnja ili uporabe sile ili drugih oblika prinude, otmica, prijevara, zloraba ovlasti ili položaja bespomoćnosti ili davanje ili primanje plaćanja ili sredstava da bi se postigla privola osobe koja ima kontrolu nad drugom osobom.“¹¹ Treći element (*purpose*) je namjera kojom počinitelj ostvaruje radnju počinjenja, a to je iskorištavanje (izrabljivanje). Iskorištavanje sukladno Protokolu minimalno uključuje „iskorištavanje prostitucije drugih ili drugih oblika seksualnog iskorištavanja, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili odnose slične ropstvu, podčinjavanje ili odstranjivanje organa.“¹² To je minimum kojeg su države dužne poštivati s tim da imaju diskreciju oblike iskorištavanja proširiti i na one koji nisu izričito navedeni u Protokolu Ujedinjenih naroda odnosno Konvenciji Vijeća Europe. Tako se u nekim nacionalnim zakonima mogu naći i ostali oblici iskorištavanja kao što su prisilno prosjačenje¹³, nezakonita posvojenja djece,¹⁴ prisilni

⁹ Supra bilj. 3.

¹⁰ Valja upozoriti na terminološke nekonzistentnosti u prijevodima odredaba dva relevantna međunarodna ugovora koji imaju potpuno istovjetni sadržaj (Konvencija/Protokol Ujedinjenih naroda i Konvencija Vijeća Europe). Naime, obje konvencije kriminaliziraju sljedeće aktivnosti: recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons. I dok je u Zakonu o potvrđivanju Konvencije Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Protokola za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice ženama i djecom te Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, kojima se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta (Narodne novine, Međunarodni ugovori 14/2002, 11/2004) to prevedeno kao „vrbovanje, prijevoz, transfer, pružanje utočišta i prihvat osoba“, u Zakonu o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima (Narodne novine, Međunarodni ugovori, 7/2007) nalazimo nešto drugačiji prijevod – „vrbovanje, prijevoz, premještanje, skrivanje ili prihvat osoba“. Ovakve su razlike u prijevodu neprihvatljive i potrebno je pokrenuti postupak za njihovo usklađivanje. To je važno i stoga što je članak 175. KZ blanketna norma koja upućuje na relevantno međunarodno pravo, a koje je prema Ustavu po pravnoj snazi iznad zakona, dakle kako na Konvenciju/Protokol Ujedinjenih naroda tako i na Konvenciju Vijeća Europe. Pritom bi kao model predložio koristiti prijevod iz Konvencije Vijeća Europe koji u većoj mjeri odgovara izvornom tekstu (obje) konvencije. Prema članku 175. stavak 1. kažnjava se tko „vrbuje, kupi, prodaja, preda, prevozi, prevede, potiče ili posreduje u kupnji, prodaji ili predaji, skriva ili prima osobu“. Razvidno je da je zakonodavac jednim dijelom išao i dalje od konvencijskih obveza inkriminirajući i neke radnje koje se ne spominju u dva relevantna međunarodna ugovora (kupnja, prodaja, predaja, prevođenje, poticanje ili posredovanje u kupnji, prodaji ili predaji), no čini se da je u jednom dijelu propustio u biće djela unijeti sve oblike radnje iz navedenih konvencijskih odredaba. Naime, premještanje (transfer) nije obilježje bića kaznenog djela iz članka 175. Kaznenog zakona, a čini se da je to širi pojam od predaje odnosno prevođenja. Naime, predaja podrazumijeva i postojanje treće osobe kojoj počinitelj predaje žrtvu trgovanja ljudima što kod premještanja (transfera) nije slučaj. Prevođenje očito obuhvaća prekogranično trgovanje ljudima i također je uže od pojma premještanja koje može biti i unutar granica jedne države. Eventualno bi premještanje moglo biti obuhvaćeno posredovanjem u kupnji, prodaji ili predaji, međutim postavlja se pitanje jesu li time pokriveni i situacije u kojima počinitelj žrtvu premješta s jednog mjesta na drugo i to bez namjere njezine prodaje ili predaje (kupnja je u tom slučaju isključena) drugoj osobi već zbog toga što smatra da ako to ne poduzme postoji rizik od otkrivanja i sl. U tom slučaju se ne mora nužno raditi niti o prijevozu jer žrtva može biti premještena i na drugi način. Osim toga, za dovršenje djela dovoljna je i jednom poduzeta radnja iz bića kaznenog djela, a gramatičko tumačenje izričaja „...prevozi“ upućuje da se radi obrtičnom postupanju što također sužava zonu kažnjivosti kod članka 175. stavak 1.

¹¹ Supra bilj. 3.

¹² Supra bilj. 3. Usp. članak 4. Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima i članak 175. stavak 1. Kaznenog zakona.

¹³ Premda nije izričito navedeno u biću kaznenog djela, prisilno prosjačenje je prema stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske odnos sličan ropstvu i kao takvo kažnjivo po članku 175. KZ. I Kž 741/04-5 od 7. listopada 2004. V. i TURKOVIĆ K., Trgovanje ljudima i ropstvo, obj. u NOVOSELEC P. (ur.) i dr. Posebni dio kaznenog prava, Zagreb, 2007., str. 136.

¹⁴ O tome v. ALBRECHT H.J., Trafficking in Humans: The Phenomenon, Theory and Criminal Law Based Responses, 139 Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata 9 (2006), str. 12.

brakovi¹⁵ itd. Kazneno djelo trgovanja ljudima¹⁶ postojat će samo ako su kumulativno ispunjena sva tri konstitutivna elementa.¹⁷ Na primjeru to znači sljedeće - o trgovanju ljudima će se raditi u situaciji kad netko prevozi drugoga i zlorabi njegovu bespomoćnost s ciljem radnog iskorištavanja, no isto tako i ako skriva drugoga i prema njemu primjenjuje silu s ciljem njegova podvrgavanja prostituciji ili drugim oblicima seksualnog iskorištavanja. Za dovršenje djela u formalnom smislu ne traži se da je došlo do iskorištavanja¹⁸, već samo da je počinitelj bilo kojim od opisanih sredstava (*means*) ostvario bilo koju od aktivnosti (*activities*). Međutim, djelo je materijalno dovršeno tek kad je započelo iskorištavanje objekta radnje. Naime, za materijalno dovršenje kaznenog djela je potrebno utvrditi da li je njegovo nepravo ostvareno u punoj mjeri tj. je li počinitelj potpuno ostvario cilj za kojim je išao.¹⁹ Ovo je razlikovanje važno zbog toga što su supočiniteljstvo i pomaganje mogući u intervalu od formalnog do materijalnog dovršenja djela, počinitelju se uračunavaju kvalifikatorna obilježja (npr. smrt žrtve) ostvarena nakon formalnog, a prije materijalnog dovršenja djela²⁰, a žrtva ima pravo na nužnu obranu i prije no što je djelo materijalno dovršeno. Trgovanje ljudima valja razlikovati od krijumčarenja migranata. Premda između ovih kaznenih djela postoje i određene sličnosti²¹, daleko su izraženije njihove razlike. U prvom redu, krijumčarenje migranata²² je uvijek transnacionalni delikt dok trgovanje ljudima može biti počinjeno i unutar granica jedne države. Nadalje, kod krijumčarenja migranata, počinitelj ne postupa s ciljem iskorištavanja, niti koristi metode odnosno sredstva karakteristična za trgovanje ljudima (sila, prijetnja itd.). Međutim, to ne znači da krijumčarenje pod određenim

¹⁵ TIEFENBRUN-EDWARDS, *Gendercide and the Cultural Context of Sex Trafficking in China*, *Gendercide and the Cultural Context of Sex Trafficking in China*.

¹⁶ Prema podacima Državnog zavoda za statistiku u Hrvatskoj je od 2002.-2009. godine za kazneno djelo iz članka 175. KZ pravomoćno osuđeno 7 osoba. Statistička izvješća, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2009. Zagreb, Državni zavod za statistiku, Izv. <http://www.dzs.hr>, 2. listopada 2010.

¹⁷ Explanatory Report, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, CETS no. 197, §76, izv. <http://conventions.coe.int>, 2. listopada 2010. Iznimno, ako je žrtva trgovanja ljudima osoba mlada od osamnaest godina, odgovornost za trgovanje ljudima će postojati i u onim situacijama u kojima počinitelj nije koristio kriminalna sredstva (*means*). Usp. članak 175. stavak 2. Kaznenog zakona (Narodne novine, 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07 i 152/08).

¹⁸ Međutim, ako je došlo do iskorištavanja, radit će se o okolnosti o kojoj sud mora voditi računa pri odmjeravanju kazne (otegotna okolnost). Takvo stajalište zauzima i Vrhovni sud Republike Hrvatske u presudi navedenoj u bilj. 12.: „Budući da je za pojam dovršenog kaznenog djela iz čl. 175. st. 1. KZ dovoljno, da je počinitelj drugo lice stavio u ropstvu sličan odnos i da je djelo izvršeno momentom stavljanja time, da se ono vrši sve dok takovo stanje traje, to samo vrijeme trajanja tog protupravnog stanja nije od značaja za postojanje djela, ali može utjecati na odmjeravanje kazne. Stoga je u pravu sud prvog stupnja, kada je pri utvrđivanju kazne optuženiku za ovo kazneno djelo na štetu oštećenice K. S. upravo imao u vidu kraće vrijeme trajanja protupravnog stanja u odnosu na oštećenicu A. B. (od 27. ožujka 2002. do 29. ožujka 2002. godine), a ne optuženik koji smatra, da se ovo trajno kazneno djelo ne može počinuti, "jer su određene radnje koje bi predstavljale obilježje tog kaznenog djela trajale jedan jedini dan."

¹⁹ Op.cit. NOVOSELEC P., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2007., str. 309.

²⁰ Ibid. str. 310.

²¹ To je očito zbunilo prevoditelje pa je u Zakonu o potvrđivanju Konvencije Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta (Narodne novine, 14/2002) prvi tzv. anti-trafficking protokol preveden kao „...Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebice žena i djece“, a drugi tzv. anti-smuggling protokol kao „...Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom“. Ta je pogreška kasnije ispravljena: „U nazivu zakona iza riječi: „kažnjavanja“ umjesto riječi: „krijumčarenja“ treba stajati riječ: „trgovanja“. U nazivu i tekstu Protokola za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebice žena i djece, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, umjesto riječi: „krijumčarenja“ treba stajati riječ: „trgovanja“ u odgovarajućem broju i padežu.“ (Narodne novine, 11/2004 ispr.).

²² U hrvatskom kaznenom zakonodavstvu krijumčarenje migranata inkriminirano je kao protuzakonito prebacivanje osoba preko državne granice u članku 177. Kaznenog zakona (Narodne novine, 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07 i 152/08).

uvjetima ne može poprimiti obilježja trgovanja ljudima. To se u praksi vrlo često događa.²³ Određene sličnosti i preklapanja postoje i između trgovanja ljudima i drugih kaznenih djela.²⁴ Posebno je pitanje odnosa kaznenog djela trgovanja ljudima, međunarodne prostitucije i podvođenja no analiza tih inkriminacija i njihova međusobnog odnosa prelazi okvire ovoga rada pa ju ostavljam za neku drugu prigodu. Trgovanje ljudima je redukcija ljudskog bića na objekt tuđeg iskorištavanja. Takve se konstatacije mogu naći u literaturi,²⁵ političkim deklaracijama i tzv. mekom pravu (*soft-law*).²⁶ Međutim, postavlja se pitanje u kojoj mjeri

²³ V. o tome DERENČINOVIĆ-GETOŠ, Uvod u kriminologiju i socijalnu patologiju s osnovama kaznenog prava, Zagreb, 2008.; NAĐ I., Krijumčarenje osoba, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 5(1998), 2;str.577-604.

²⁴ Tako se u literaturi spominje pitanje odnosa kaznenog djela trgovanja ljudima sa seksualnim deliktima. Stajalište je kaznenopravne znanosti da je moguć stjecaj tih kaznenih djela odnosno da među njima nema prividnog stjecaja po osnovi konsumpcije. V. o tome RITOSSA D., Trafficking of Minors in Croatia: Present Situation, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 17(2009), str. 151. Drugačije je, i po mom mišljenju pogrešno, stajalište o ovom pitanju zauzeo Sud Bosne i Hercegovine u presudi iz 2009. godine: „...Krivično djelo obljube zloupotrebom položaja je u konkretnom slučaju konzumirano radnjama krivičnog djela trgovine ljudima (koje je istovremeno i teže krivično djelo), zbog čega u ovom slučaju ne postoji sticaj krivičnih djela nego klasičan odnos konsumpcije.“ K-76/08 od 11. rujna 2009. godine. U praksi se pojavilo i pitanje odnosa kaznenog djela iz članka 175. KZ i kaznenog djela protupravnog oduzimanja slobode iz članka 124. KZ: „Konačno, sud prvog stupnja je iznio valjane i argumentirane razloge iz kojih je našao, da je optuženik obje oštećenice stavio i držao u ropstvu sličnom odnosu i tako ostvario terećena kaznena djela iz čl. 175. st. 1. KZ u stjecaju, a ne kaznena djela protupravnog oduzimanja slobode iz čl. 124. KZ budući da ih je silom i prijetnjom držao u odnosu počinjenosti i prisiljavao da za njega prose, predstavljajući se kao gluhojone i hendikepirane osobe, a u tu su svrhu nosile natpise odgovarajućeg sadržaja na raznim jezicima te se oblačile u prikladnu odjeću, a nije ih samo onemogućavao da se prema svom slobodnom izboru neograničeno kreću, što je dovoljno za ostvarenje kaznenog djela iz čl. 124. KZ.“ I Kž 741/04-5 od 7. listopada 2004. Pitanje stjecaja kaznenog djela iz članka 175. KZ dolazi u obzir i u onim situacijama u kojima je osnovnim oblikom kaznenog djela ostvarena teža posljedica koja je izvan kruga kvalifikatornih okolnosti iz članka 175. stavak 3. KZ. S tim u vezi valja primijetiti da kvalificirani oblik djela iz članka 175. stavak 3. jednim dijelom nije uskladen s odredbom članka 24. Konvencije Vijeća Europe. Naime, tom su odredbom propisana četiri kvalificirana oblika i to kad je:

- a) kaznenim djelom namjerno ili zbog svjesnog nehaja ugrožen život žrtve,
- b) kazneno djelo počinjeno protiv djeteta,
- c) kazneno djelo počinio državni dužnosnik tijekom izvršavanja svojih dužnosti,
- d) kazneno djelo počinjeno u okviru zločinačke organizacije.

Sukladno članku 175. stavak 3. kaznom zatvora od najmanje pet godina ili kaznom dugotrajnog zatvora kaznit će se ako je temeljni oblik kaznenog djela počinjen u sastavu grupe ili zločinačke organizacije ili je počinitelj službena osoba, ako je počinjeno u odnosu na veći broj osoba ili je prouzročena smrt jedne ili više osoba. Iz ovoga proizlazi da je prema Konvenciji dovoljno da nastupi konkretno ugrožavanje u odnosi na život žrtve, dok članak 175. stavak 3. kvalificirani oblik kaznenog djela ograničava na situacije u kojima je prouzročena smrt jedne ili više osoba. Postavlja se pitanje da li su ovdje primjenjive odredbe o stjecaju između kaznenog djela iz članka 175. stavak 1. (kazna zatvora od jedne do deset godina) i članka 263. stavak 1. (kazna zatvora od jedne do osam godina). Primjenom odredbe članka 60. stavak 2. (c) kojom je propisano da se jedinstvena kazna za stjecaj odmjerava tako da, ako je za dva ili više kaznenih djela počinjenih u stjecaju sud utvrdio kazne zatvora, jedinstvena kazna zatvora mora biti veća od svake pojedinačne utvrđene kazne, ali ne smije dosegnuti njihov zbroj, niti biti veća od petnaest godina. Iz toga proizlazi da bi kazneni okvir za stjecaj kaznenih djela iz članka 175. stavak 1. i članka 263. stavak 1. bio od 1-15 godina s obzirom da jedinstvena kazna ni u kojem slučaju ne smije prijeći opći zakonski maksimum kazne zatvora. To znači da je za taj kvalificirani oblik u konačnici predviđena kazna koja je znatno blaža od one za ostale kvalificirane oblike po članku 24. konvencije (moguća kazna zatvora i do 40 godina) za što nema posebnog opravdanja posebno ako se uzme u obzir da je taj oblik po svojim obilježjima i teži od počinjenja kaznenog djela u sastavu grupe ili zločinačke organizacije ili od situacije kad je počinitelj kaznenog djela službena osoba.

²⁵ McGAHA-EVANS, Where Are the Victims - The Credibility Gap in Human Trafficking Research, 4 Intercultural Hum. Rts. L. Rev. 239 (2009); AMIEL A., Integrating a Human Rights Perspective into the European Approach to Combating the Trafficking of Women for Sexual Exploitation, 12 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 5 (2006); ANGEL C., Immigration Relief for Human Trafficking Victims: Focusing the Lens on the Human Rights of Victims, 7 U. Md. L.J. Race, Religion, Gender & Class 23 (2007).

²⁶ Council of Europe Parliamentary Assembly Resolution 1337 (2003) on Migration connected with trafficking in women and prostitution, Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation 1325 (1997) on traffic

relevantni međunarodni pravno obvezujući instrumenti slijede ovu premisu? Protokol za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice ženama i djecom, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta²⁷ sadrži opći pravni okvir za pomoć i zaštitu žrtava trgovanja ljudima. Međutim, te su odredbe dosta općenite i ostavljaju državama široki prostor diskrecije pri implementaciji navedenih jamstava. Zbog toga bismo mogli reći da je pristup koji se može nazrijeti u Protokolu dominantno orijentiran na kazneni progon počinitelja, a manje na zaštitu i pomoć žrtvi (*perpetrator oriented approach*). Sličan je pristup, premda s drugom argumentacijom, i Europske unije koja pravnom stečevinom više teži represiji trgovanja ljudima kao pojavnog oblika kriminaliteta koji proturječi financijskim interesima Europske unije no prevenciji pojave i pomoći i zaštiti žrtvama.²⁸ Primjer takvog pristupa je i Direktiva Vijeća Europske Unije iz 2004. godine koja osigurava zaštitu prava žrtava trgovanja ljudima no samo pod uvjetom njihove suradnje s tijelima kaznenog pravosuđa.²⁹ Do potpunog zaokreta u međunarodnom pravu i potpune afirmacije prava žrtava trgovanja ljudima dolazi tek 2005. godine kada je donesena Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima.³⁰ Tom je Konvencijom afirmirano shvaćanje da trgovanje ljudima nije samo povreda kaznenog prava koja je orijentirana na počinitelja, već se radi o povredi temeljnih ljudskih prava zbog kojeg države imaju pozitivnu obvezu sprječavanja ove pojave i pomoći žrtvama (*victim oriented approach*). Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima nudi državama sveobuhvatan pravni okvir (*comprehensive legal framework*) za ostvarivanje tri najvažnije komponente u borbi protiv trgovanja ljudima – to su prevencija, kazneni progon te zaštita i pomoć žrtvama trgovanja ljudima. Na to se nadovezuje međunarodna suradnja u svim navedenim područjima.³¹ Pet godina nakon što je Konvencija otvorena za potpisivanje, Europski je sud za ljudska prava presudom u predmetu Rantsev protiv Cipra i Rusije³² potvrdio da je trgovanje ljudima kao povreda temeljnih ljudskih prava sadržano u članku 4. Konvencije Vijeća Europe za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Odnos između Konvencije i presude u predmetu Rantsev je vrlo zanimljiv i, rekao bih, međusobno uvjetovan. Premda se događaj zbog kojeg se tužitelj u slučaju Rantsev obratio Europskom sudu za ljudska prava dogodio gotovo pet godina prije no što je Konvencija otvorena za potpisivanje, teško se oteti dojmu da je upravo okolnost ne samo da Konvencija postoji već da je ratificirana u vrlo kratkom vremenu od strane 30 država³³, bila odlučujuća za utvrđenje

in women and forced prostitution in Council of Europe member states, United Nations General Assembly Resolution on Trafficking in Women and Girls A/RES/61/144 (2007), United Nations General Assembly Resolution on Improving the Coordination of Efforts against Trafficking in Persons, A/RES/61/180 (2007) itd.

²⁷ Supra bilj. 3.

²⁸ Valja, međutim, priznati da je nakon Lisabonskog ugovora došlo do veće afirmacije koncepta ljudskih prava u pravnoj stečevini (*acquis communautaire*). Dokaz je priprema Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims repealing Framework Decision 2002/629/JHA. U prijedlogu ove Direktive koja u značajnoj mjeri preuzima mjere i mehanizme iz Konvencije Vijeća Europe..., izrijeком se navodi da je trgovanje ljudima „serious crime, often committed in the framework of organised crime, a gross violation of fundamental rights and explicitly prohibited by the Charter of Fundamental Rights of the European Union.“ (podv. a.)

²⁹ Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities. Official Journal L 261 , 06/08/2004 P. 0019 - 0023

³⁰ KYRIAZI T, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 59 RHDI 655 (2006).

³¹ MOSLAVAC B., Zaštita žrtava prema Konvenciji Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 15(2008),1;str.143-175

³² Rantsev v Cyprus and Russia [2010] ECHR 25965/04, 7. siječnja 2010.

³³ Uvjet za stupanje na snagu Konvencije je 10 ratifikacija, a nakon što su one prikupljene Konvencija je stupila na snagu 1. veljače 2008. godine. Tog je datuma Konvencija stupila na snagu i za Republiku Hrvatsku koja je bila među prvima koje su je i potpisale 16. svibnja 2005. godine.

suda da je trgovanje ljudima sadržano u članku 4. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. S druge strane, presuda u slučaju Rantsev, premda je još dalek put do njezina potpunog izvršenja, dala je potpunu legitimaciju ne samo Konvenciji koja je sada, ako je i bilo kakvih dvojbi, definitivno potvrđena kao instrument za zaštitu ljudskih prava, već i sustavu za praćenje njezine provedbe – Stručnoj skupini za suzbijanje trgovanja ljudima (GRETA).³⁴

2. PRESUDA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U SLUČAJU RANTSEV PROTIV CIPRA I RUSIJE

Presuda Europskog suda za ljudska prava u slučaju Rantsev protiv Cipra i Rusije od 7. siječnja 2010. godine³⁵ prva je odluka toga suda koja se bavi prekograničnim (transnacionalnom) trgovanjem ljudima i obvezama država u prevenciji te pojave. Sud je obje države, Cipar i Rusiju, proglasio odgovornima za kršenje čitavog niza odredaba Konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda Vijeća Europe, a što je najvažnije u kontekstu razmatrane problematike, Cipar je proglašen odgovornim i za kršenje članka 4. Premda to nije prvi put da je Europski sud za ljudska prava odlučivao u predmetu koji se tiče povreda iz članka 4. Konvencije,³⁶ presuda u slučaju Rantsev je iznimno značajna zbog toga što je njome potvrđeno da je trgovanje ljudima, premda se izričito ne spominje u toj odredbi, zabranjeno člankom 4. Konvencije³⁷ i to bez potrebe da se ono prethodno definira kao ropstvo, sluzenje i/ili prisilni rad. Osim toga, to je prvi put da se u praksi Europskog suda za ljudska prava trgovanje ljudima radi prostitucije odnosno seksualnog iskorištavanja smatra povredom članka 4. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.³⁸ Tužbu protiv Cipra i Rusije Europskom sudu za ljudska prava podnio je Nikolay Rantsev, otac dvadesetogodišnje ruske državljanke Oxane Rantseve koja je na Cipar došla 5. ožujka 2001. godine na osnovi izdane „umjetničke“ vize (*artist visa*). Radila je kao plesačica u jednom kabaretu u Limassolu, a 28. ožujka 2001. godine u ranim jutarnjim satima pronađena je mrtva ispred apartmana koji je pripadao vlasniku kabareta. Prema zapisniku policije Oxana Rantseva je umrla od posljedica pada s balkona iz apartmana na prvom katu. Što je prethodilo tragičnom događaju? Vlasnik kabareta M.A. je 19. ožujka oko 11 sati prijepodne obaviješten od strane ženske osobe koja je dijelila sobu s Oxanom Rantsevom, da je ona napustila apartman i uzela sve stvari sa sobom. Navodno joj je bilo dosta svega i odlučila se vratiti u Rusiju. Istoga je dana M.A. o tome obavijestio Ured za useljništvo. Prema riječima jednog svjedoka, on je htio da Rantseva bude uhićena i deportirana u Rusiju kako bi na osnovi umjetničke vize mogao dovesti drugu djevojku iz Rusije za rad u kabaretu. U ranojutarnjim satima 28. ožujka 2001. godine Oxana Rantseva je viđena u jednoj lokalnoj diskoteci i po primitku te informacije vlasnik kabareta M.A. je o tome obavijestio policiju i zatražio da

³⁴ V. <http://www.coe.int/trafficking>, 2. listopada 2010.

³⁵ Supra bilj. 32.

³⁶ CULLEN H., Siliadin v. France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights, 6 Hum. Rts. L. Rev. 585 (2006). Za praksu izvan Europe v. presudu ECOWAS Community Court of Justice u predmetu Hadijatou Mani Korau v. The Republic of Niger, ECW/CCJ/JUD/06/08 od 27. listopada 2008. godine, izv. http://www.unhcr.org/refworld/publisher/ECOWAS_CCI,,496b41fa2,0.html, 2. listopada 2010.

³⁷ Sud navodi kako trgovanje ljudima nije izričito navedeno u članku 4. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zbog toga što ta konvencijska odredba datira iz 1950. godine i temelji se na Općoj deklaraciji o pravima čovjeka u kojoj također trgovanje ljudima nije spomenuto iz razloga što tada još nije bilo konceptualizirano za razliku od, primjerice, ropstva, prisilnog rada ili sluzenja. Supra bilj. 32.

³⁸ FARRIOR S., Human Trafficking Violates Anti-Slavery Provision: Introductory Note to Rantsev v. Cyprus and Russia - European Court of Human Rights, International Legal Materials, Vol. 49, 2010 Vermont Law School Research Paper., 10-36.

Rantseva bude uhićena i deportirana. Nakon toga osobno je u pratnji jednog redara iz kabareta otišao u diskoteku gdje je Rantsevu odveo to automobila i potom u središnju policijsku postaju u Limassolu. Po njihovu dolasku u policijsku postaju dvojica dežurnih policijskih djelatnika kontaktirali su dežurnog službenika za putne isprave koji im je potvrdio da ona nije na listi traženih osoba i da, s obzirom na uredne putne dokumente, na području Cipra boravi zakonito. Na osnovi toga policijski ured za strance i useljništvo obavijestio je dežurne policijske djelatnike da nema osnove za njezino zadržavanje i predložio im da pozovu vlasnika kabareta da dođe po Rantsevu i sljedećeg je jutro dovede u njihov ured radi daljnje istrage (!?). Kad je o tome obaviješten, M.A. je isprva odbijao doći po Rantsevu u policijsku postaju, a to je učinio tek nakon što mu je rečeno da će, ukoliko ne dođe, ona biti puštena iz policijske postaje s obzirom da ne postoji pravna osnova za njezino zadržavanje. Po dolasku u policijsku postaju, M.A. je Rantsevoj oduzeo putovnicu i ostale isprave i odveo je u apartman na prvom katu u blizini kabareta. Oko 6,30 ujutro Oxana Rantseva je pronađena mrtva ispod balkona apartmana na prvom katu u kojem ju je M.A. ostavio. U postupku je utvrđeno da ona nije bila žrtvom kaznenog djela već je preminula od posljedica ozljeda koje je zadobila prilikom pada s balkona pri pokušaju bijega iz apartmana. Nikolay Rantsev je u tužbi naznačio da su vlade Cipra i Rusije odgovorne za čitav niz povreda i propusta po Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Sud je utvrdio da Rusija kao država porijekla nije na odgovarajući način provela istragu o tome kako je u konkretnom slučaju bilo organizirano trgovanje ljudima na relaciji Rusija-Cipar. S druge, strane, utvrđeno je da je ciparska vlada propustila na odgovarajući način istražiti okolnosti pod kojima je Oxana Rantseva umrla. Ono što je svakako najvažnije, prema stajalištu suda Cipar je propustio poduzeti potrebne mjere za zaštitu Oxane Rantseve od toga da postane žrtvom trgovanja ljudima. To je, u prvom redu, neodgovarajuće postupanje policije koja nije na vrijeme prepoznala/identificirala žrtvu trgovanja ljudima. Sud je naložio ciparskoj vladi da tužitelju isplati iznos od 40.000 EUR na ime naknade štete, a ruskoj vladi 2.000 EUR. Premda je donošenje presude od strane Europskog suda za ljudska prava gotovo deset godina nakon smrti Oxane Rantseve vrlo važan korak naprijed u stvaranju nužnih pretpostavki za bolju koordinaciju država u suzbijanju prekograničnog (transnacionalnog) trgovanja ljudima, važno je u izvršenju te presude realizirati niz općih i posebnih mjera koje bi morale imati utjecaj i izvan konteksta konkretnog predmeta. S obzirom da je presuda Europskog suda za ljudska prava donesena nakon što je Konvencija Vijeća Europe stupila na snagu, postavlja se pitanje u kojoj će mjeri i na koji način ona utjecati na provedbu odredaba te Konvencije od strane država stranaka i posebno na koji će način ona utjecati na države da svoje unutarnje pravne sustave prilagode učinkovitoj zaštiti žrtava trgovanja ljudima. Presuda Europskog suda za ljudska prava u slučaju Rantsev protiv Cipra i Rusije pokazuje da trgovanje ljudima nije samo povreda norme kaznenoga prava³⁹ kojim se štiti određena ustavna kategorija, već i temeljna povreda prava čovjeka, njegova dostojanstva i slobode. Implikacije takvog shvaćanja, odražavaju se ne samo na kazneno pravo i sustav kaznenog pravosuđa u cjelini, već na cjelokupni sustav koji se bavi sprječavanjem i suzbijanjem trgovanja ljudima.⁴⁰ Taj sustav obuhvaća prevenciju trgovanja ljudima, zaštitu i pomoć žrtvama trgovanja ljudima i kazneni progon počinitelja.⁴¹ Navedena presuda u središte pozornosti toga sustava pozicionira žrtvu

³⁹ Opinion N° 6/2010 of the Group of Experts on Trafficking in Human Beings of the European Commission On the Decision of the European Court of Human Rights in the Case of Rantsev v. Cyprus and Russia

⁴⁰ Presuda u predmetu Rantsev protiv Cipra i Rusije definitivno dokida restriktivno shvaćanje koje se nazire u ranijoj praksi Europskog suda za ljudska prava da su pozitivne obveze države prvenstveno usmjerene na ustanovljenje „robustne kaznenopravne zaštite“ dok je zaštita prava žrtava u drugom planu. V. o tome PITEA C., Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgment in M.C. v. Bulgaria, 3 J. Int'l Crim. Just. 447 (2005).

⁴¹ „States have a responsibility under international law to act with due diligence to prevent trafficking, to investigate and prosecute traffickers and to assist and protect trafficked persons“, infra. bilj. 51. str. 3.

čime tradicionalni bipolarni sustav počinitelj kaznenog djela – država, zapravo konvertira u tripolarni. Osnovni zahtjev koji proizlazi iz interpretacije ove odluke jest da žrtve trgovanja ljudima moraju na odgovarajući način biti zaštićene od etiketiranja i sekundarne viktimizacije kroz bilo koji oblik kriminalizacije njihova „sudjelovanja“ u iskorištavanju kao središnjem elementu inkriminacije trgovanja ljudima. Osim toga, sustav mora osigurati svu potrebnu pomoć i zaštitu uključujući i naknadu štete žrtvama trgovanja ljudima i u onim slučajevima u kojima one zbog bilo kojeg razloga ne surađuju s tijelima kaznenog pravosuđa. U kojoj mjeri hrvatski pravni sustav korespondira s tim zahtjevima bavim se u sljedeća dva poglavlja.

3. NEKAŽNJAVANJE ŽRTAVA TRGOVANJA LJUDIMA

Iskorištavanje žrtava trgovanja ljudima, u najmanju ruku, uključuje „iskorištavanje prostitucije drugih ili drugih oblika seksualnog iskorištavanja, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili odnose slične ropstvu, podčinjavanje ili odstranjivanje organa.“⁴² U većini država radnje kojima se podvrgava žrtva trgovanja ljudima same za sebe predstavljaju kaznena ili barem kažnjiva djela (prekršaji). Radi izbjegavanja kriminalizacije⁴³ i kaznenog/prekršajnog progona žrtava trgovanja ljudima koji dovodi do njihove sekundarne viktimizacije⁴⁴, Konvencija Vijeća Europe je u članku 26. obvezala države da, u skladu s temeljnim načelima svog pravnog sustava „osiguraju mogućnost da se kazne ne izriču žrtvama za njihovo sudjelovanje u nezakonitim aktivnostima, u onoj mjeri u kojoj su one bile prisiljene to činiti.“⁴⁵ Radi se o tzv. odredbi o nekažnjavanju (*non punishment provision*)⁴⁶ kojoj je svrha izbjegavanje kriminalizacije žrtava trgovanja ljudima odnosno njihov kazneni (ili prekršajni) progon.⁴⁷ Takav se pristup, koji polazi od premise da je trgovanje ljudima kršenje temeljnog ljudskog prava na slobodu i dostojanstvo, provlači kroz čitavu Konvenciju Vijeća Europe.⁴⁸ Konvencija ne precizira način na koji države moraju provesti načelo nekažnjavanja žrtava, ali

⁴² Supra bilj. 3. U Zakonu o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima (supra bilj. 10.) taj je dio odredbe preveden nešto drugačije: „iskorištavanje prostituiranja drugih osoba ili druge oblike seksualnog iskorištavanja, prisilni rad ili pružanje usluga, ropstvo ili ropstvu slične odnose, služenje ili odstranjivanje tjelesnih organa.“ O problemu različitih prijevoda sadržajno istovjetnih odredaba v. supra bilj. 10.

⁴³ O primjerima prekršajnog i kaznenog progona žrtava trgovanja ljudima u Kambodži, Bosni i Hercegovini, Kanadi v. GONZALEZ W., *Human Trafficking: Criminalization of Victims in the Sex Industry*, 11 *Buff. Women's L.J.* 19 (2002-2003)

⁴⁴ Za pojam sekundarne viktimizacije v. HORVATIĆ Ž., *Osnove kriminologije: temelji učenja o uzrocima i pojavnim oblicima kažnjivih ponašanja*, Zagreb, Ministarstvo unutarnjih poslova, 1998.

⁴⁵ Supra bilj. 10.

⁴⁶ Takva odredba nije sadržana u Konvenciji Ujedinjenih naroda i Protokolu za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice ženama i djecom, ali jest u članku 5. Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom: „Migranti neće biti podložni kaznenom progonu prema ovom Protokolu zbog činjenice da su objekt ponašanja navedenog u članku 6.“ Supra bilj. 3.

⁴⁷ Odredba o nekažnjavanju spominje se i u Rezoluciji Generalne Skupštine Ujedinjenih naroda iz siječnja 2001. godine kojom se države pozivaju „to criminalize trafficking in women and children, in particular girls, in all its forms, to condemn and penalize all those offenders involved, including intermediaries, whether their offence was committed in their own or in a foreign country, while ensuring that the victims of those practices are not penalized, and to penalize persons in authority found guilty of sexually assaulting victims of trafficking in their custody.“ *General Assembly Resolution on Traffic in Women and Girls, A/RES/55/67*, 31. siječnja 2001.

⁴⁸ Tako, primjerice, premda žrtve prekograničnog trgovanja ljudima uglavnom nezakonito borave na području određene države članice (npr. ušle su u zemlju organiziranim prijevozom od strane kriminalnih grupa i sa krivotvorenim putnim ispravama), Konvencija Vijeća Europe stavlja u obvezu državama strankama da i prije no što je osoba za koju se sumnja da je žrtva trgovanja ljudima identificirana kao takva, ta osoba ne bude uklonjena s njenog državnog područja sve dok nadležna tijela ne okončaju identifikacijski postupak (članak 10. stavak 2.). Svrha ove odredbe je da se spriječi deportacija žrtava trgovanja ljudima koje bi, da nema ove odredbe, bile smatrane ilegalnim imigrantima.

navodi kao primjer propisivanje supstantivne (materijalne) ili procesne odredbe ili bilo kakve druge mjere kojom bi bilo zajamčeno nekažnjavanje žrtava trgovanja ljudima.⁴⁹ Analizom odredaba i prakse država u vezi implementacije ove odredbe dolazimo do zaključka da postoje dva modela. Prvi polazi od nekažnjavanja žrtve trgovanja ljudima iz razloga što je ona bila prisiljena ostvariti obilježja određenog kaznenog/kaznjivog djela kojim je realizirano njezino iskorištavanje (tzv. model prisile - *duress* model). Suština nekažnjavanja žrtve prema drugom modelu je u okolnosti da je njezino u formalnom smislu protupravno djelo zapravo nužna sporedna posljedica teškog kršenja prava čovjeka kojem je sama bila izložena (tzv. model uzročnosti - *causation* model). Oba su modela izložena i razrađena u kratkom pregledu „*Non-punishment and non-prosecution of victims of trafficking in persons: administrative and judicial approaches to offences committed in the process of such trafficking*“ Radne skupine za trgovanje ljudima Konferencije država stranaka Konvencije Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta.⁵⁰ U tom je pregledu istaknuto da se, primjerice, za model uzročnosti zalaže se Visoki povjerenik Ujedinjenih naroda za ljudska prava u *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*:

“Žrtve trgovanja ljudima neće biti uhićene niti zadržane, optužene niti kazneno progone zbog nezakonitog ulaska ili boravka u državama tranzita ili odredišta, kao niti zbog njihove uključenosti u nezakonite aktivnosti ukoliko su one izravna posljedica okolnosti da su one žrtve trgovanja ljudima.”⁵¹

Model uzročnosti usvojen je, kako se navodi u pregledu Radne skupine, i u argentinskom Zakonu o sprječavanju i kažnjavanju trgovanja ljudima i pomoći žrtvama⁵², Uredbi o Zabrani trgovanja ljudima na Kosovu,⁵³ filipinskom Zakonu protiv trgovanja ljudima⁵⁴ i američkom

⁴⁹ U literaturi se navodi da „s obzirom da čl. 175. služi zaštiti žrtava trgovanja ljudima, žrtva nije kažnjiva. Ovo je i na tragu čl. 26. Konvencije VE o suzbijanju trgovanja ljudima.“ TURKOVIĆ K., Trgovanje ljudima i ropstvo, obj. u NOVOSELEC (ur.) i dr., Posebni dio kaznenog prava, Zagreb, 2007., str. 138. Ovdje se upućuje na institut nužnog sudioništva kod kojeg biće kaznenog djela pretpostavlja sudjelovanje više osoba. S tim u vezi valja primijetiti da biće kaznenog djela iz članka 175. ne pretpostavlja sudjelovanje više osoba. Naime, kao što je navedeno gore u tekstu, to je djelo formalno dovršeno nakon što je počinitelj kriminalnim sredstvima (sila, prijetnja itd.) ostvario radnju iz bića kaznenog djela (prijevoz, skrivanje, kupnja ili prodaja objekta radnje itd.) radi iskorištavanja. Dakle, ne traži se da je došlo do iskorištavanja druge osobe odnosno da je ona poduzela bilo koju radnju kojom se ostvaruje biće kaznenog djela iz članka 175. KZ. To se u bitnom razlikuje od slučajeva nužnog sudioništva kod kojih se osoba koja sudjeluje u ostvarenju bića djela ne kažnjava (niti kao poticatelj ili pomagatelj) jer se radi o kaznenom djelu koje služi njezinoj zaštiti (npr. kod kaznenog djela lihvarskog ugovora iz članka 233. KZ koje je dovršeno tek kad je ugovorena nerazmjerna imovinska korist, a to dovršenje djela pretpostavlja sudjelovanje i one osobe koja se tim kaznenim djelom zaštićuje). Zahtjev iz članka 26. Konvencije Vijeća Europe ne odnosi se na zaštitu žrtava trgovanja ljudima od kaznenog progona za kazneno djelo trgovanja ljudima već na poduzimanje mjera od strane države da se te osobe ne kažnjavaju odnosno da se protiv njih ne pokreće kazneni/prekršajni postupak zbog njihovog sudjelovanja u nezakonitim aktivnostima (prostitucija, prosjačenje, nezakoniti boravak na području države i sl.) na koje su, radi iskorištavanja, bile prisiljene od strane počinitelja.

⁵⁰ Non-punishment and non-prosecution of victims of trafficking in persons: administrative and judicial approaches to offences committed in the process of such trafficking, Working Group on Trafficking in Persons, CTOC/COP/WG.4/2010/4, 9. prosinca 2009.

⁵¹ Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council, E/2002/68/Add.1, 20. svibnja 2002., str. 3.

⁵² Prema odredbi članka 5. toga zakona iz 2008. godine “Žrtve trgovanja ljudima neće biti kažnjene za počinjenje bilo kojeg kaznenog djela koje je bilo izravna posljedica njihova podvrgavanja trgovanju ljudima.“, Supra bilj. 50. str. 5.

⁵³ Prema članku 8. Uredbe iz 2001. godine „Osoba nije kazneno odgovorna za prostituciju ili nezakoniti ulazak, boravak ili rad na području Kosova ukoliko dokaže da je bila žrtvom trgovanja ljudima“, Ibid.

Zakonu o žrtvama trgovanja ljudima i zaštiti od nasilja.⁵⁵ S druge strane, gramatička interpretacija teksta iz članka 26. Konvencije Vijeća Europe sugerira da je isti bliži modelu prisile što se uostalom i navodi u spomenutom pregledu Radne skupine. Osim toga, valja uzeti da ovaj model postoji i u onim sustavima u kojima nema izričite odredbe o isključenju kaznenog progona/kaznene odgovornosti/kažnjivosti žrtava trgovanja ljudima. U tim sustavima, a valja reći da oni prevladavaju, praktična provedba odredbe o nekažnjavanju ostvaruje se kroz primjenu općih odredaba o isključenju elemenata kaznenog djela (radnje, protupravnosti i/ili krivnje) zbog sile i/ili prijetnje. Svojevrsnu kombinaciju dvaju modela nalazimo u Prijedlogu Direktive Europske unije⁵⁶ koji je u svakom smislu eklektički. On, naime, ostavlja državama mogućnost da zaštite žrtvu trgovanja ljudima od kaznenog progona ili kažnjavanja (podv.a.) za kriminalne aktivnosti kao što su korištenje krivotvorenih isprava ili kažnjiva ponašanja u vezi prostitucije ili nezakonite imigracije ako su one bile prisiljene počinuti ih, a što je bila izravna posljedica njihova podvrgavanja trgovanju ljudima. U prijedlogu Direktive se navodi da je svrha ovakve zaštite osiguranje poštivanja ljudskih prava žrtve, izbjegavanje daljnje viktimizacije i ohrabivanje tih osoba na svjedočenje u kaznenim predmetima protiv izrabljivača. Međutim, to osiguranje, kako se navodi, ne isključuje kazneni progon ili kažnjavanje za kažnjiva djela koja je osoba svjesno(voljno) počinila ili je sudjelovala u njihovu počinjenju.⁵⁷ S obzirom da u našem kaznenom zakonodavstvu (kako materijalnom tako i procesnom) ne postoji izričita odredba o tome da se žrtva trgovanja ljudima ne može podvrgnuti kaznenom/prekršajnom progona/kažnjavanju, čini se da naš sustav usvaja model prisile. Što to zapravo znači? Može li pravna osnova za provedbu načela nekažnjavanja biti odredba članka 31. Kaznenog zakona⁵⁸ (odnosno članka 20. Prekršajnog zakona)⁵⁹ o sili ili prijetnji? Naime, ta odredba propisuje da nema kaznenog djela ako je počinitelj postupao pod djelovanjem neodoljive sile. Radi se o apsolutnoj sili (*vis absoluta*) kojoj se nije moglo odoljeti. Kao primjer se navodi navođenje ruke neke osobe kod krivotvorenja isprave.⁶⁰ Pri tome ona nema mogućnost izbora niti otpora prema počinitelju. To stoga što se radnja smatra voljnim ponašanjem čovjeka koje proizvodi učinke u vanjskom svijetu, a ako takvog voljnog ponašanja nema, ne postoji niti radnja u kaznenopravnom smislu. Kad se utvrdi da ne postoji radnja u kaznenopravnom smislu nema potrebe dalje utvrđivati ostale elemente pojma kaznenog djela u formalnom smislu (biće kaznenog djela, protupravnost i krivnju).⁶¹ Međutim, takve su situacije kod kojih se prema žrtvi trgovanja

⁵⁴ Prema članku 17. Zakona iz 2003. godine “Žrtve trgovanja ljudima imaju se smatrati žrtvama kaznenog djela trgovanja ljudima i one kao takve neće biti kažnjene za kaznena djela koja su izravno povezana s trgovanjem ljudima kao niti za postupanje u skladu sa zapovijedima osoba koje su ih podvrgnule trgovanju ljudima. U tom smislu, pristanak osobe podvrgnute trgovanju ljudima na iskorištavanje nije od značenja.” Ibid.

⁵⁵ Prema članku 112. Zakona iz 2000. godine “Penalties for the crime of unlawful conduct with respect to documents in furtherance of trafficking, peonage, slavery, involuntary servitude, or forced labour do “not apply to the conduct of a person who is or has been a victim of a severe form of trafficking in persons, [...] if that conduct is caused.”, Ibid.

⁵⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims repealing Framework Decision 2002/629/JHA.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ „(1) Nema kaznenog djela kad je počinitelj postupao pod djelovanjem neodoljive sile. (2) Ako je počinitelj počinio kazneno djelo pod djelovanjem sile kojoj se moglo odoljeti ili pod djelovanjem prijetnje, primijenit će se odredbe članka 30. ovoga Zakona, uzimajući tu silu ili prijetnju kao neskrivljenu opasnost.“ Kazneni zakon (Narodne novine, 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07 i 152/08).

⁵⁹ „(1) Nema prekršaja kad je počinitelj postupao pod djelovanjem neodoljive sile. (2) Ako je počinitelj počinio prekršaj pod djelovanjem sile kojoj se moglo odoljeti ili pod djelovanjem prijetnje, primijenit će se odredba članka 19. stavka 2. ovoga Zakona, uzimajući tu silu ili prijetnju kao neskrivljenu opasnost.“ Prekršajni zakon (Narodne novine 107/07).

⁶⁰ Supra bilj. 19. str. 141.

⁶¹ Ibid. str. 133.

primjenjuje apsolutna sila koja isključuje radnju kao prvi element kaznenog djela/prekršaja (negativna funkcija radnje) gotovo iznimne. Uglavnom se pritisak prema žrtvi, konkretiziran u jednom od sredstava trgovanja ljudima, manifestira kao sila kojoj se moglo odoljeti, prijetnja, prijevara, otmica, zloraba položaja bespomoćnosti i sl. Sve te okolnosti izlaze iz okvira članka 31. Kaznenog zakona (odnosno članka 20. Prekršajnog zakona) i, logično, ne smatraju se neodoljivom silom koja isključuje radnju kaznenog djela. Imajući tu važnu okolnost u vidu, postavlja se pitanje na kojoj pravnoj osnovi provesti obvezu iz članka 26. Konvencije o nekažnjavanju žrtve trgovanja ljudima? To ovisi o kojem se „sredstvu“ (*mean*) iz članka 175. Kaznenog zakona u konkretnom slučaju radi. Većina sredstava iz te odredbe kao što su sila (kojoj se moglo odoljeti), prijetnja uporabom sile, zloraba položaja bespomoćnosti zapravo predstavljaju opasnost kao neposrednu mogućnost povređivanja zaštićenog dobra. To znači da će u situacijama u kojima počinitelj prema žrtvi koristi spomenuta sredstva biti potrebno posegnuti za odredbama o krajnjoj nuždi uzimajući ta sredstva kao neskrivljenu opasnost. To znači da će biti isključeno postojanje kaznenog djela/prekršaja (protupravnosti) kad je počinitelj počinio takvo djelo radi toga da od sebe ili drugoga otkloni istodobnu ili izravno predstojeću neskrivljenu opasnost koja se na drugi način nije mogla otkloniti, a pri tom je učinjeno zlo manje od onoga koje je prijetilo.⁶² To je krajnja nužda kao razlog isključenja protupravnosti. Žrtva trgovanja ljudima koja je postupala pod djelovanjem odoljive (kompulzivne) sile, prijetnje uporabom sile ili zbog toga što je počinitelj zlorabio njezino stanje bespomoćnosti ostvarila je radnju i biće kaznenog djela, ali njezina radnja nije protupravna jer je postupala u zaštiti pretežnijeg interesa.⁶³ Pokušajmo to ilustrirati na jednom primjeru prekršajne odgovornosti žrtve trgovanja ljudima.⁶⁴ Jedan od najučestalijih oblika trgovanja ljudima je iskorištavanje drugih radi prostitucije. U Hrvatskoj je prostitucija (odavanje prostituciji) kažnjiva prema članku 12. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira.⁶⁵ To znači da je i sama žrtva trgovanja ljudima koja se, premda pod utjecajem jednog od sredstava iz članka 175. KZ, odaje prostituciji⁶⁶ zbog toga prekršajno odgovorna i može biti kažnjena i do trideset dana zatvora.⁶⁷ Međutim, ukoliko u postupku dokaže da je postupala pod utjecajem jednog od sredstava iz članka 175. i da su ta sredstva zapravo bila neskrivljena⁶⁸ opasnost, moguće su dvije situacije. Ako se radilo o neskrivljenoj opasnosti

⁶² V. članak 30. stavak 1. Kaznenog zakona (Narodne novine, 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07 i 152/08) i članak 19. stavak 1. Prekršajnog zakona (Narodne novine 107/07.).

⁶³ V. članak 30. stavak 2. Kaznenog zakona (Narodne novine, 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07 i 152/08) i članak 19. stavak 2. Prekršajnog zakona (Narodne novine 107/07.).

⁶⁴ Oblici iskorištavanja iz članka 175. KZ uglavnom impliciraju prekršajnu odgovornost žrtve zbog prostitucije, nezakonitog boravka na teritoriju Republike Hrvatske, rada na crno itd. Premda oni mogu implicirati i kaznenu odgovornost žrtve, primjerice, kad se radi o korištenju krivotvorenih putnih isprava i sl.

⁶⁵ Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira (Narodne novine 5/90., 30/90., 47/90. i 29/94.).

⁶⁶ Prema podacima Državnog zavoda za statistiku u 2009. godini za prekršaje u vezi s prostitucijom (to su, osim odavanja prostituciji i podvođenje odnosno ustupanje prostorija radi obavljanja prostitucije iz članka 7. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira) okrivljeno je odnosno kažnjeno 126 osoba od čega 120 žena. Premda se iz toga ne vidi koliko je osoba kažnjeno za odavanje prostituciji, a koliko za podvođenje odnosno ustupanje prostorija radi obavljanja prostitucije za pretpostaviti je da je većina kažnjena za odavanje prostituciji jer se postupci osoba odgovornih za podvođenje odnosno ustupanje prostorija radi obavljanja prostitucije uglavnom kvalificiraju po članku 195. Kaznenog zakona (podvođenje) i to uvijek kad se radi o djeci ili maloljetnim osobama, a kad se radi o punoljetnim osobama ako se radi o podvođenju radi zarade (što je redovito slučaj). Počinitelji prekršaja u 2009., Statistička izvješća, Državni zavod za statistiku, izv. <http://www.dzs.hr>, 2. listopada 2010.

⁶⁷ Supra bilj. 65.

⁶⁸ Ovdje valja naglasiti da će žrtvi u pravilu biti vrlo teško dokazati da je opasnost bila neskrivljena. Uglavnom se radi o tome da je žrtva prilikom vrbovanja bila svjesna da će u državi odredišta biti involvirana u nezakonite aktivnosti, ali je ipak smatrala da će njezin položaj biti povoljniji no što to u konačnici najčešće jest (npr. žrtva

koja se na drugi način nije mogla otkloniti, a pri tom je učinjeno zlo manje od zla koje je prijetilo, žrtva je postupala u krajnjoj nuždi koja isključuje protupravnost. Ako se pak radilo o situaciji da se neskrivljena opasnost nije mogla na drugi način otkloniti, a pritom je učinjeno zlo bilo jednako onom koje je prijetilo, njezino djelo ostaje protupravno, ali se ona neće kazniti (krajnja nužda kao razlog za obvezno oslobođenje od kazne). To znači da u drugom slučaju njezino djelo ostaje protupravno, ali je zbog njezine reducirane krivnje sud obavezan osloboditi je od kazne. Što to znači u praksi? Sukladno Protokolu za identifikaciju, pomoć i zaštitu žrtava trgovanja ljudima⁶⁹, identifikaciju žrtava obavlja Ministarstvo unutarnjih poslova u suradnji s organizacijama civilnog društva i, ako se radi o djetetu, s tijelom nadležnim za poslove socijalne skrbi.⁷⁰ O obavljenoj identifikaciji obavještava se nacionalni koordinator za suzbijanje trgovanja ljudima⁷¹ koji bez odgode o tome dalje obavještava voditelja tzv. mobilnog tima.⁷² Mobilni tim potom osobu (samo ako se radi o strancu) provodi u nadležni prihvatni smještaj (sklonište ili alternativni smještaj) gdje u roku od 60 dana (ukoliko je žrtva dijete, o prihvaćanju programa pomoći i zaštite, uz prethodno izraženo mišljenje djeteta, odlučit će skrbnik uz suglasnost centra za socijalnu skrb u roku od 90 dana od dana identifikacije)⁷³ žrtva mora odlučiti o prihvaćanju programa pomoći i zaštite.⁷⁴ S obzirom da ne postoji izričita pravna norma koja bi dopuštala policijskom službeniku da ne podnese kaznenu prijavu odnosno optužni prijedlog (kada se radi o prekršaju) protiv žrtve trgovanja ljudima⁷⁵, postavlja se pitanje može li i na kojoj pravnoj osnovi policijski djelatnik koji provodi identifikaciju žrtvi trgovanja ljudima dati „oprost“ od kaznenog/prekršajnog progona i kažnjavanja. Zamisliva je situacija da je on svjestan da takva izričita norma u unutarnjem pravu ne postoji⁷⁶, ali smatra da mu je takvo postupanje dopušteno s obzirom na okolnosti koje sugeriraju da je u konkretnom slučaju isključen jedan od elemenata pojma kaznenog/kažnjivog djela u formalnom smislu. Međutim, takva bi konstrukcija bila suprotna logici obavljanja policijskih poslova i pozitivnim propisima. Naime, policijski djelatnik u vrijeme početka identifikacije još uvijek ne raspolaže s dovoljno podataka i činjenica da bi mogao prosuditi je li u konkretnom slučaju isključen koji od elemenata pojma kaznenog/prekršajnog djela u formalnom smislu. Kako je to navedeno gore u tekstu, može se raditi o vrlo sofisticiranim pravnim i činjeničnim pitanjima o kojima je vrlo teško odlučiti i

trgovanja ljudima koja pristaje baviti se prostitucijom u trećoj državi u početku smatra, a zbog toga i na to pristaje, da će sama biti u mogućnosti birati klijente, zadržavati dio zarade, imati slobodu kretanja itd.).

⁶⁹ Prema podacima Ministarstva unutarnjih poslova, u Hrvatskoj su u razdoblju od 2002.-2009. godine identificirane 84 žrtve trgovanja ljudima. Od ukupnog broja, 32 žrtve su državljani Republike Hrvatske, a 52 strani državljani (najviše iz susjednih država Bosne i Hercegovine i Srbije, a potom i iz Ukrajine i Moldavije). Žrtve su uglavnom žene i djeca kojima se trguje u svrhu prostitucije i drugih oblika seksualnog iskorištavanja, no u posljednje je vrijeme sve više muškaraca koji su žrtve trgovanja u svrhu prisilnog rada. Izv. <http://www.mup.hr/31.aspx>, 2. listopada 2010. O trendu porasta muških žrtava trgovanja ljudima u Hrvatskoj v. brošuru „Trgovanje ljudima u Hrvatskoj: Procjena situacije s posebnim osvrtom na radno iskorištavanje“, Međunarodni centar za razvoj migracijske politike (ICMPD), 2010.

⁷⁰ Protokol za identifikaciju, pomoć i zaštitu žrtava trgovanja ljudima, izv. <http://www.ljudskaprava-vladarh.hr/Default.aspx?sec=201>, 2. listopada 2010., članak 1.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid. članak 2.

⁷³ Ibid. članak 3.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Za zaprimanje i podnošenje kaznenih prijava od strane policije v. članke 62.-65. Zakona o policijskim poslovima i ovlastima (Narodne novine, 76/09.). I dok su u kaznenom postupku u pogledu podnošenja kaznene prijave ovlasti policije relativno ograničene, u prekršajnom postupku kod iniciranja postupka one su određene daleko šire jer je policija kao ovlaštena tužitelj (v. članke 108. i 111. Prekršajnog zakona) jedna od stranaka u postupku i dužna je, kad su za to ispunjeni uvjeti, podnijeti optužni prijedlog protiv okrivljenika u kojem može predložiti i sankciju, a to je, kada je o odavanju prostituciji riječ, novčana kazna alternativno s kaznom zatvora do trideset dana.

⁷⁶ Izravna primjena članka 26. Konvencije Vijeća Europe ne dolazi u obzir zbog neodređenosti.

sudu na raspravi, a osobito policijskom službeniku koji u trenutku identifikacije raspolaže s vrlo malo činjenica relevantnih za odlučivanje o kaznenoj/prekršajnoj odgovornosti. Ako posegnemo za analogijom, nezamislivo je da policijski djelatnik ne prijavi događaj u kojem je neka osoba usmrćena iz vatrenog oružja jer smatra da se u konkretnom slučaju radilo o nužnoj obrani. Posve je normalno i zakonito da se tako nešto prijavi i prepusti nadležnim tijelima radi utvrđenja je li u tom slučaju ostvareno kazneno djelo i je li počinitelj kazneno odgovoran. Nema nikakvog razloga da se u ovdje opisanim situacijama u koje su uključene žrtve trgovanja ljudima postupi drugačije. Iz toga proizlazi da bi navedene okolnosti žrtva morala dokazivati u postupku i to najčešće tek na raspravi što je u suprotnosti s načelom da se ona ne izlaže sekundarnoj viktimizaciji kroz kazneni/prekršajni progon. Dakle, premda bi naziv odredbe iz članka 26. Konvencije (*non-punishment*) mogao sugerirati da je jedina intencija pri njezinu donošenju bila da žrtve trgovanja ljudima ne budu kažnjene za postupanja na koja su bile prisiljene, čini se da je *ratio legis* potpunija zaštita tih osoba koja podrazumijeva da se protiv njih niti ne pokreće odgovarajući kazneni (ili prekršajni postupak).⁷⁷ Naime i samo pokretanje postupka, bez obzira na njegov ishod, protiv žrtve trgovanja ljudima ima dva negativna učinka. Jedan je ponovljena viktimizacija i svojevrsna nepravda koja se nanosi ljudima koji nisu imali stvarnu mogućnost izbora svojeg ponašanja. Osim toga, ovakvo rješenje ostavlja mogućnost da se položaj žrtve uvjetuje sudjelovanjem te osobe u kaznenom postupku i svjedočenjem u postupku protiv počinitelja što je suprotno sadržaju i smislu Konvencije Vijeća Europe. Sasvim je sigurno da članak 26. Konvencije, kad govori o „prisiljenosti“ žrtve“ ne misli na silu u mehaničkom smislu, dakle onako kako se sila interpretira prema odredbama unutarnjeg zakonodavstva o sili, prijetnji i krajnoj nuždi već na sva sredstva iz članka 4. Konvencije kojima je žrtva bila *de facto* prisiljena pristati na iskorištavanje. I upravo je zbog toga takav njezin pristanak irelevantan⁷⁸ i ne ekskulpira njezina izrabljivača kao središnju kriminalnu figuru.⁷⁹ Zbog toga primjena općih instituta kaznenog prava koji, pod određenim uvjetima, isključuju pojedine elemente pojma kaznenog djela u formalnom smislu, ne osigurava dostatnu pravnu zaštitu žrtvama trgovanja ljudima niti je primjerena za ostvarivanje načela sadržanog u toj odredbi. Iz tog bi razloga slabosti modela prisile valjalo ispraviti donošenjem posebne odredbe u članku 175. KZ koja bi oslobađala od kaznene/prekršajne odgovornosti žrtvu trgovanja ljudima, a po uzoru na sustave koji usvajaju model uzročnosti i koji su navedeni gore u tekstu.⁸⁰

⁷⁷ V. supra bilj. 47., §13.

⁷⁸ „...Suštinski element zaštite žrtava trgovanja ljudima i njihovih prava jest u tome da države ne progone odnosno ne kažnjavaju te osobe za kažnjiva djela koja su počinjena u vezi s trgovanjem ljudima kao što su uporaba krivotvorenih putnih isprava ili rad bez potrebnih dozvola pa čak i onda kad su ta djela počinjena s njihovim pristankom.“ Supra bilj. 50. str. 3.

⁷⁹ „Pristanak žrtve „trgovanja ljudima“ na planirano iskorištavanje navedeno u točki a) ovoga članka nevažan je u slučajevima u kojima je primijenjeno bilo koje od sredstava navedenih u točki a).“ Članak 4. Konvencije Vijeća Europe. Usp. članak 175. stavak 5. Kaznenog zakona: „Bez utjecaja je na postojanje kaznenog djela iz stavka 1. i 2. ovoga članka okolnost je li osoba pristala na prisilni rad ili služenje, seksualno iskorištavanje, ropstvo ili ropstvu sličan odnos ili nedopušteno presađivanje dijelova svoga tijela.“ (Narodne novine, 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07 i 152/08).

⁸⁰ Za predložak takve odredbe v. Model Law against Trafficking in Persons, UNODC, 2009, Vienna, članak 10., izv. <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,UNODC,,,4a794e432,0.html>, 2. listopada 2010.

4. PRAVO ŽRTAVA TRGOVANJA LJUDIMA NA DRŽAVNU KOMPENZACIJU (NAKNADU ŠTETE OD DRŽAVE)

Žrtve trgovanja ljudima imaju pravo na naknadu štete.⁸¹ To pravo se sastoji u potraživanju naknade štete u prvom redu od počinitelja kaznenog djela i to bilo u kaznenom bilo u parničnom postupku. Međutim, zbog brojnih zapreka i praktičnih teškoća ovo se pravo žrtve trgovanja ljudima vrlo rijetko realizira.⁸² Naime, počinitelj može biti nepoznat, nestati tijekom suđenja ili postati nesposoban za plaćanje (insolventan) zbog čega žrtva nije u mogućnosti ostvariti svoje pravo na naknadu štete. Upravo stoga, Konvencija u članku 15. stavak 4. stavlja u obvezu država strankama usvajanje „zakonodavnih ili drugih mjera koje su potrebne kako bi se žrtvama zajamčila naknada štete u skladu s uvjetima koje propisuje njezino unutarnje pravo, primjerice, putem uspostave fonda za naknadu štete žrtvama ili mjera ili programa čiji je cilj socijalna pomoć i socijalna integracija žrtava, a koji bi se mogli financirati iz sredstava prikupljenih primjenom mjere oduzimanja imovinske koristi (članak 23. stavak 3.) odnosno drugih sankcija iz članka 23.“⁸³ Dakle u onim situacijama u kojima žrtva nije u mogućnosti ostvariti naknadu štete od počinitelja kaznenog djela (u cijelosti ili djelomično), obveza naknade prelazi na državu koja mora poduzeti sve potrebne mjere kako bi žrtve ostvarilo svoje pravo na naknadu štete. Te se mjere, između ostalog, odnose na uspostavu pravne osnove za naknadu štete, postupka za naknadu, kompenzacijskih modela itd.⁸⁴ Materija naknade štete žrtvama kaznenih djela u našem je pravu regulirana odredbama Zakona o kaznenom postupku (dalje u tekstu ZKP)⁸⁵ i Zakona o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela (dalje u tekstu ZNKD)⁸⁶. Jedna od značajnih novina koju inaugurira novi ZKP je razlikovanje pojmova žrtva i oštećenik.⁸⁷ Žrtva je osoba koja zbog počinjenja kaznenog djela trpi fizičke i duševne posljedice, imovinsku štetu ili bitnu povredu temeljnih prava i sloboda, dok je oštećenik osim žrtve i druga osoba čije je kakvo osobno ili imovinsko pravo povrijeđeno ili ugroženo kaznenim djelom, a sudjeluje u svojstvu oštećenika u kaznenom postupku.⁸⁸ Kada je riječ o naknadi štete, ZKP u članku 16. stavak 4. propisuje pravo žrtve teškog kaznenog djela nasilja na naknadu štete iz sredstava državnog proračuna. Ta se

⁸¹ V. članak 15. Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima, izv. <http://conventions.coe.int>, 2. listopada 2010.

⁸² Kazneni sud vrlo rijetko, gotovo iznimno, dosuđuje imovinskopravni zahtjev oštećeniku. Redovita je praksa da sud oštećenika s njegovim imovinskopravnim zahtjevom upućuje u parnicu. To osobito kad se radi o zahtjevu za naknadu nematerijalne štete (povreda osobnosti). Ponekad kazneni sud dosudi oštećeniku samo dio imovinskopravnog zahtjeva dok ga s ostatkom upućuje u parnicu. Tako je Sud Bosne i Hercegovine u već razmatranoj osuđujućoj presudi za trgovanje ljudima iz rujna 2009. godine dosudio oštećenoj žrtvi trgovanja ljudima na ime nematerijalne štete paušalni iznos od 5.000 konvertibilnih maraka, kao oblik djelomične zadovoljštine koji će joj, prema shvaćanju suda, pomoći da ublaži osjećaj žrtve i posljedice koje trpi kao žrtva počinjenja kaznenog djela. Obrazlažući ovu odluku, sud „smatra duboko pravičnim i opravdanim da se u konkretnom slučaju oštećena barem djelomično obešteti pa će joj i simboličan iznos obeštećenja pomoći da vidi pravdu i omogućiti joj da pokrene i vodi parnični postupak za potpuno obeštećenje.“ K-76/08 od 11. rujna 2009., str. 16. O ovoj problematici v. TOMAŠEVIĆ-PAJČIĆ, Subjekti u kaznenom postupku: pravni položaj žrtve i oštećenika u novom hrvatskom kaznenom postupku, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 15(2008), 2; str.817-857.

⁸³ Supra bilj. 81.

⁸⁴ „In deciding the compensation arrangements, Parties may use as a model the principles contained in the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes [ETS No.116], which is concerned with European-level harmonisation of the guiding principles on compensating victims of violent crime and with giving them binding force. European Union member states must also have regard to the Council Directive of 29 April 2004 on compensation of crime victims.“ Explanatory report to the Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings, §199, izv. <http://conventions.coe.int>, 2. listopada 2010.

⁸⁵ Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine, 152/08. i 76/09.).

⁸⁶ Zakon o naknadi štete žrtvama kaznenih djela (Narodne novine, 80/08.).

⁸⁷ Detaljno o tome v. supra bilj. 82.

⁸⁸ Supra bilj. 85., članak 202. stavak 10. i 11.

sredstva, sukladno toj odredbi, prikupljaju iz novčanih kazni i oduzete imovinske koristi stečene kaznenim djelom u posebnom fondu.⁸⁹ Dodatno uz ostala prava koja ostvaruju sve žrtve kaznenih djela, člankom 43. stavak 2. ZKP propisano je da, u skladu s posebnim propisima, žrtva kaznenog djela za koje je propisana kazna zatvora od pet ili više godina ima pravo i na naknadu materijalne i nematerijalne štete⁹⁰ iz državnog fonda pod uvjetima i na način uređen posebnim zakonom. Ako je žrtva prethodno ostvarila imovinskopravni zahtjev uzet će se u obzir njegova visina, a tako će postupiti i sud ako je žrtva prethodno ostvarila naknadu štete iz državnog fonda.⁹¹ Prema odredbama ZNKD ovlaštenici prava na naknadu su neposredne i posredne žrtve.⁹² Neposredna žrtva je osoba koja je pretrpjela teške tjelesne ozljede ili teško narušenje zdravlja kao posljedicu kaznenog djela nasilja.⁹³ Neposrednom žrtvom smatra se i osoba koja je pretrpjela teške tjelesne ozljede ili teško narušenje zdravlja za vrijeme počinjenja namjernoga kaznenog djela nasilja prema drugoj osobi, ako nije sudjelovala u počinjenju toga kaznenog djela, pokušavajući spriječiti počinjenje kaznenog djela, pomažući policiji pri uhićenju počinitelja ili pružajući pomoć drugoj žrtvi kaznenog djela.⁹⁴ Posredna žrtva je bračni drug, izvanbračni drug, dijete, roditelj, posvojenik, posvojitelj, maćeha, očuh, pastorak neposredne žrtve i osoba s kojom je neposredna žrtva živjela u istospolnoj zajednici.⁹⁵ Posredna žrtva je i djed, baka i unuk, ako je jedan od njih neposredna žrtva, u slučaju kad je između njih postojala trajnija zajednica života, a baka i djed su zamjenjivali roditelje.⁹⁶ Žrtva ima pravo na naknadu troškova zdravstvene zaštite, izgublenu zaradu, zbog gubitka uzdržavanja i za pogrebne troškove.⁹⁷ Zakonom su određeni limiti po svakoj od navedenih osnova (npr. najviše 35.000 kn za izgublenu zaradu⁹⁸ ili 5.000 kn za pogrebne troškove⁹⁹). Prvi i osnovni problem u vezi oba zakonska teksta jest da oni u ovom trenutku još uvijek nisu na snazi i to ZKP kada se, između ostalog, radi o odredbama koje se odnose na žrtvu kaznenih djela, a ZNKD u cijelosti. Naime, ZKP je samo djelomično stupio na snagu 1. srpnja 2009. godine i to samo u predmetima iz članka 21. Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta.¹⁰⁰ Sukladno članku 21. stavak 1. točka 3. Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta Ured obavlja poslove državnog odvjetništva (zastupanje optužbe) za kazneno djelo trgovanja ljudima i ropstva iz članka 175. stavka 3. KZ i to samo ako je počinjeno u sastavu grupe ili zločinačke organizacije.¹⁰¹ To znači da žrtve onih oblika trgovanja ljudima koji nisu povezani s djelovanjem organiziranog kriminaliteta nemaju pravo na državnu kompenzaciju sve dok zakon u cijelosti ne stupi na snagu, a to je, kako sada stoje stvari i ako ne bude kakvih izmjena, 1. studenog 2011. godine. Isto tako, ZNKD u cijelosti stupa na snagu s danom prijema Republike Hrvatske u Europsku uniju. Drugi, svakako ne manji, je i problem utvrđivanja kruga osoba koje se mogu smatrati žrtvama i kao takve ostvarivati pravo na naknadu. To je posljedica interne neusuglašenosti odredbe članka 16. stavak 4. ZKP koja

⁸⁹ Ibid. članak 16. stavak 4.

⁹⁰ Terminologija ZKP-a nije usuglašena sa Zakonom o obveznim odnosima koji ne spominje materijalnu i nematerijalnu štetu već običnu štetu, izmaklu korist i neimovinsku štetu. Člankom 1046. toga zakona propisano je da je šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta). Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine 35/05. i 41/08.).

⁹¹ Supra bilj. 85., članak 43. stavak 2. točka 2.

⁹² Supra bilj. 86., članak 5.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid. članak 10.-13.

⁹⁸ Ibid. članak 11.

⁹⁹ Ibid. članak 13.

¹⁰⁰ Supra bilj. 85. članak 573.-575.

¹⁰¹ Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (Narodne novine 76/09.).

govori o „žrtvi teškog kaznenog djela nasilja“ i članka 43. u kojem se spominje „žrtva kaznenog djela za koje je propisana kazna zatvora od pet godina ili više“. Iz toga proizlazi da će, u smislu članka 43. stavak 2. pravo na državnu kompenzaciju ostvarivati i žrtva bilo kojeg kaznenog djela (a ne samo kaznenog djela nasilja) ako je za to kazneno djelo propisana kazna zatvora od pet ili više godina. Međutim, uvjet je da postoji poseban zakon koji propisuje uvjete i način naknade materijalne i nematerijalne štete. Može li se ZNKD smatrati tim posebnim zakonom? Očito je da ne može s obzirom da je prema tom zakonu moguća naknada isključivo materijalne štete i to po točno određenim osnovama (naknada troškova zdravstvene zaštite, naknada za izgublenu zaradu, naknada zbog gubitka uzdržavanja i naknada za pogrebne troškove). Za eventualnu naknadu nematerijalne/neimovinske štete žrtva i nadalje mora postaviti imovinskopравни zahtjev bilo u kaznenom postupku bilo u parnici. To, dakako, nije u skladu s odredbama ZKP koje žrtvi daju pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete. Neki autori smatraju da je zbog ovakvog stanja potrebno donijeti drugi zakon ili pak navedenu odredbu izmijeniti da bude usklađena s opsegom ZNKD.¹⁰² Prije bilo kakvog prijedloga *de lege ferenda*, potrebno je odgovoriti na još jedno prethodno pitanje – može li se na žrtve trgovanja ljudima uopće primijeniti ZNKD? S obzirom da je taj zakon donesen u prvom redu zbog usklađivanja s Europskom konvencijom o naknadi štete žrtvama kaznenih djela nasilja,¹⁰³ on daje pravo na naknadu samo žrtvama kaznenih djela nasilja. Prema ZNKD kaznenim djelom nasilja smatra se „kazneno djelo počinjeno s namjerom uz primjenu sile ili povredom spolnog integriteta“ i (alternativno) „kazneno djelo dovodenja u opasnost života i imovine općeopasnom radnjom ili sredstvom kojim je prouzročena smrt, teška tjelesna ozljeda ili teško narušenje zdravlja jedne ili više osoba, a propisano je Kaznenim zakonom kao teži oblik temeljnoga kaznenog djela počinjenog s namjerom.“¹⁰⁴ Dakle, radi se o vrlo restriktivnom pojmu kaznenog djela nasilja. U kontekstu prava žrtve trgovanja ljudima na naknadu štete to bi značilo da ona ima pravo na naknadu samo u slučaju kad je prema njoj (neposrednoj žrtvi) počinitelj primjenio silu.¹⁰⁵ Kumulativno uz taj uvjet, kao posljedica te primjene sile žrtva mora pretrpjeti teške tjelesne ozljede ili teško narušenje zdravlja.¹⁰⁶ Naime, to su konstitutivni elementi definicije neposredne žrtve i ako oni nisu ispunjeni osoba se ne može smatrati neposrednom žrtvom kaznenog djela nasilja. Kumulativno ispunjenje oba uvjeta bit će iznimno rijetko kada se radi o žrtvama trgovanja ljudima. Naime upravo se kod tog kaznenog djela radi o tome da počinitelj osim sile može koristiti i niz drugih sredstava prikladnih za manipulaciju žrtavama (prijevara, zlouporaba stanja bespomoćnosti žrtve itd.). Osim toga, žrtve trgovanja ljudima često su izložene dugotrajnom psihičkom zlostavljanju, ali to ne znači da su nužno i podvrgnute tjelesnom ozlijeđivanju i teškom narušenju zdravlja. Počinitelji kaznenog djela trgovanja ljudima su, naprotiv, vrlo oprezni kad se radi o njihovoj „investiciji“. Oni nisu skloni pretjeranoj uporabi sile jer svaki vidljivi trag nasilja, svaka teška

¹⁰² Supra bilj. 82.

¹⁰³ Zakon o potvrđivanju Europske konvencije o naknadi štete žrtvama kaznenih djela nasilja, (Narodne novine, Međunarodni ugovori 04/08)

¹⁰⁴ Supra bilj. 86., članak 5.

¹⁰⁵ Za raspravu o pojmu „sile“ u kaznenom pravu v. supra pod 3.

¹⁰⁶ To znači da pravo na naknadu prema ZNKD ne ostvaruje osoba koja je pretrpjela običnu tjelesnu ozljedu (članak 98. KZ). Običnom tjelesnom ozljedom u sudskoj se praksi smatra, primjerice, krvni podljevi (hematom), potres mozga s blagim kliničkim manifestacijama, gubitak do dva zuba, napuknuće kostiju itd. Pravo na naknadu ostvaruje samo ona osoba koja pretrpi tzv. „običnu tešku tjelesnu ozljedu“ (članak 99. stavak 1. KZ) tj. takvu ozljedu koja je zbog svoje težine ili svojih posebnih karakteristika mogla biti konkretna opasnost za život, ali takva opasnost nije nastupila (npr. prijelom kosti, potres mozga s vegetativnim ispadom itd.) odnosno osobito tešku tjelesnu ozljedu iz članka 99. stavak 2. KZ (radi se o odgovornosti za težu posljedicu s obzirom na pet kvalifikatornih okolnosti – dovodenje u opasnost života ozlijeđenog, uništenje ili oslabljenje važnog dijela tijela ili važnog organa, trajna nesposobnost za rad, trajno i teško oštećenje zdravlja i trajna iznakaženost). O kaznenim djelima tjelesnih ozljeda v. NOVOSELEC P., Kaznena djela protiv tijela, obj. u NOVOSELEC P. (ur.) i dr., Posebni dio kaznenog prava, Zagreb, 2007. 34.-42.

tjelesna ozljeda ili narušenje zdravlja čini žrtve trgovanja ljudima, odnosno njihovu „robu“, nekonkurentnom na tržištu. Zbog toga se sila prema žrtvi najčešće primjenjuje samo instrumentalno radi iskazivanja dominacije, kontrole i držanja žrtve u pokornosti. Osim toga, ZNKD osigurava pravo na naknadu štete isključivo državljanima Republike Hrvatske odnosno osobama koje na području Republike Hrvatske imaju prebivalište.¹⁰⁷ Uz njih, pravo na naknadu štete imaju i državljani država članica Europske unije odnosno osobe koje imaju prebivalište u jednoj od država Europske unije.¹⁰⁸ To znači da državljani trećih država nemaju pravo na naknadu štete po ZNKD, a upravo su oni najosjetljivija kategorija kada je o trgovanju ljudima riječ.¹⁰⁹ Sljedeće ograničenje koje proizlazi iz ZNKD je okolnost da se pravo na naknadu može ostvariti samo ako je kazneno djelo evidentirano ili prijavljeno policiji ili državnom odvjetništvu kao kazneno djelo.¹¹⁰ To znači da samo ako žrtva prijavi kazneno djelo (jer se vrlo rijetko događa da netko drugi to prijavi nadležnim tijelima) ostvaruje pravo na naknadu. To se, uostalom, može zaključiti i iz članka 26. stavak 1. ZNKD kojim je propisano da, između ostalog, zahtjev za naknadu mora sadržavati i datum kad je žrtva prijavila kazneno djelo nadležnim tijelima (podv.a.).¹¹¹ To je u suprotnosti sa odredbama Konvencije koje ostvarivanje prava žrtve na novčanu naknadu ne uvjetuju njezinom inicijativom za kazneni progon počinitelja kaznenog djela trgovanja ljudima (članak 15. i članak 27.). Iz analiziranih odredaba ZNKD razvidno je da se taj zakon, kad stupi na snagu u neodređenoj budućnosti, može primijeniti prema žrtvama trgovanja ljudima u vrlo ograničenom opsegu no i tada pod uvjetima koji su daleko ispod razine pravne zaštite žrtava na koju su države članice obvezne po Konvenciji Vijeća Europe. Stoga je potrebno donijeti nove propise koji bi cjelovito regulirali ovu materiju.

5. ZAKLJUČAK

Dva prijelomna trenutka u afirmaciji prava žrtava trgovanja ljudima su donošenje Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima i odluka Europskog suda za ljudska prava u predmetu Rantsev protiv Cipra i Rusije. Konvencija je prvi pravno obvezujući međunarodni instrument koji sadrži definiciju žrtve trgovanja ljudima i čitav niz odredaba o pomoći tim osobama i njihovoj zaštiti. Premda je trgovanje ljudima kao teško kazneno djelo inkriminirano još Protokolom za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice ženama i djecom, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta, taj je globalni instrument ograničenog dosega jer se odnosi isključivo na prekogranično trgovanje ljudima u koje su uključene organizirane kriminalne skupine. Osim toga, taj instrument sadrži tek minimalna pravila o zaštiti i pomoći žrtvama trgovanja ljudima ostavljajući državama vrlo široku diskreciju u njihovu tumačenju. S druge strane, Konvencija Vijeća Europe adresira sve pojavnne oblike trgovanja ljudima – nacionalni, transnacionalni, povezan s organiziranim kriminalitetom ili počinjen od strane samo jedne osobe (ili u supočiniteljstvu), i sadrži niz odredaba o pomoći i zaštiti žrtvama trgovanja ljudima koje su države obvezne provesti u nacionalnim zakonodavstvima. Upravo je pristup orijentiran na žrtvu suvremenog ropstva (*victim oriented approach*) ono što Konvenciju Vijeća Europe čini jednim od najvažnijih međunarodnih ugovora našeg doba.

¹⁰⁷ Supra bilj. 86., članak 7.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ To pokazuju i statistike prema kojima su gotovo sve žrtve koji su strani državljani dolaze država koje nisu članice Europske unije i to bilo da se radi o osobama koje su zatečene u tranzitu ili onima kojima je Republika Hrvatska država odredišta. V. supra bilj. 69.

¹¹⁰ Supra bilj. 86. članak 8.

¹¹¹ Ibid., članak 26. stavak 1.

Pozitivna obveza države koja je određena Konvencijom, a potvrđena presudom u predmetu Rantsev protiv Cipra i Rusije, ne odnosi se samo na inkriminiranje trgovanja ljudima i učinkovit kazneni progon počinitelja već i na sprječavanje tog pojavnog oblika kriminaliteta i stvaranje sustava za zaštitu i pomoć žrtvama. U tom je smislu osiguravanje nekažnjavanja tih osoba za djela na koja su bile prisiljene kao objekti iskorištavanja *condicio sine qua non* ostvarivanja svih drugih prava koje im po Konvenciji pripadaju. Štoviše, nepriznavanje načela da te osobe ne mogu biti kazneno/prekršajno odgovorne, dovodi u pitanje primjenu svih ostalih jamstava i mehanizama zaštite koje ta Konvencija osigurava žrtvama kao što su zabrana deportacije tijekom tzv. vremena oporavka i razmišljanja (*recovery and reflection period*), psihološka, zdravstvena i pravna pomoć, dozvola boravka itd. Postojeća razina zaštite kroz primjenu općih instituta materijalnog kaznenog prava koji isključuju postojanje pojedinih elemenata pojma kaznenog djela u formalnom smislu je nedostatna. Zbog toga je potrebno u nacionalnom zakonodavstvu predvidjeti posebnu odredbu o tome da žrtve trgovanja ljudima nisu odgovorne za kažnjiva ponašanja koja su ostvarila kao objekti tuđeg iskorištavanja. Konvencija Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima žrtvama daje pravo na naknadu štete. Međutim, odredbe Zakona o kaznenom postupku i Zakona o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela nisu usklađene međusobno, a niti sa odredbama Konvencije. Zakon o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela, kad nakon prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju stupi na snagu (a što dotad?), moći će se primijeniti na žrtve trgovanja ljudima u vrlo ograničenom opsegu odnosno samo ukoliko one uspiju dokazati da su bile žrtvama teškog kaznenog djela nasilja uslijed čega su pretrpjele teške tjelesne ozljede odnosno teško narušenje zdravlja. Očito je da se kod donošenja ZNKD vodilo računa samo o Europskoj konvenciji o naknadi štete žrtvama kaznenih djela nasilja, a ne i o Konvenciji Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima. Takvo rješenje nije prihvatljivo niti je skladu s fenomenologijom nasilja prema žrtvama trgovanja ljudima. Svim žrtvama trgovanja ljudima država mora osigurati ostvarivanje prava na državnu kompenzaciju pod jednakim uvjetima i to bez obzira na moguće implikacije po državni proračun (koje se mogu izbjeći ograničenjem kruga žrtava koje prema odredbama ZKP ostvaruju pravo na naknadu – podizanje granice propisane kazne za kazneno djelo kojeg žrtva ostvaruje pravo na naknadu s pet na, primjerice, osam ili deset godina). Kritiku zaslužuju i one odredbe ZNKD koje pravo na novčanu naknadu priznaju isključivo osobama koje su državljani Republike Hrvatske odnosno država članica Europske unije, odnosno koje na području Republike Hrvatske ili država članica Europske unije imaju prijavljeno prebivalište. To je diskriminatorno u odnosu na sve ostale žrtve trgovanja ljudima koje, prema dostupnim podacima, u Republici Hrvatskoj čine većinu. Pristup Konvencije Vijeća Europe potvrđen u presudi Europskog suda za ljudska prava u predmetu Rantsev je sveobuhvatan (*comprehensive*). To je logično jer se samo instrumentima kaznenog prava ne mogu ostvariti sve pozitivne obveze država koje proizlaze iz zabrane ropstva. Zbog toga i pristup Republike Hrvatske mora biti holistički. Integralna zaštita žrtava trgovanja ljudima pretpostavlja jasna pravila i kriterije pod kojima se ona ostvaruje. U tom je smislu za razmisliti o donošenju posebnog Zakona o zaštiti i pomoći žrtvama trgovanja ljudima koje je, istina, bilo predviđeno Operativnim planom za suzbijanje trgovanja ljudima za 2005. godinu, ali koje nažalost nikad nije realizirano.

Summary

NOT FOR SALE – ON RIGHTS OF VICTIMS OF HUMAN TRAFFICKING AFTER THE ECHR JUDGEMENT IN RANTSEV V. CYPRUS AND RUSSIA

Two turning points in the affirmation of rights of victims of human trafficking as a modern form of slavery have been provided by the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings of 2005 and the ECHR judgment in Rantsev v. Cyprus and Russia, January 2010, stating that human trafficking falls within the scope of Article 4 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The author analyzes the effects of these two historic documents on the system for the prevention of human trafficking in the Republic of Croatia in the part relating to the implementation of the provision on non-punishment of victims of human trafficking and the right of these persons to state compensation.

Key words: *human trafficking, compensation, damages, European Court of Human Rights, Convention on Action against Trafficking in Human Beings.*

JEDAN NAPOR ZA POSTIGNUĆE HARMONIZACIJE OPOREZIVANJA DOBITI U EUROPSKOJ UNIJI: DIREKTIVA O MATIČNOM I ZAVISNOM DRUŠTVU

Na području harmoniziranja oporezivanja, u EU su, imajući u vidu isključivo opće norme europskog prava, postignuti vrlo različiti rezultati, i to zavisno od vrste poreza: u slučaju neizravnih poreza (PDV, posebni porezi na promet, tj. trošarine ili akcize), direktivama je postignuta visoka razina usklađenosti, koja gotovo i ne traži daljnje zahvate (PDV), ili je njezin stupanj razmjerno visok (trošarine). No kod izravnih poreza (porez na dohodak, porez na dobit), situacija je bitno drugačija; tako, oporezivanje dohotka fizičkih osoba uopće nije regulirano općim normama, dok je u slučaju oporezivanja dobiti situacija povoljnija, tj. na snazi su direktive kojima su regulirana određena specifična pitanja. Predmet ovog rada je analiza Direktive o matičnim i zavisnim društvima (skraćeni naziv). Od stupanja na snagu, njome je na jedinstveni način uređeno pitanje oporezivanja raspodijeljenog dijela dobiti (dividende), kojeg zavisna društva, rezidentna u jednoj državi članici EU, isplaćuju svojim matičnim društvima, rezidentnim u drugoj državi članici. Radi se o problemu dvostrukog opterećenja (poznatom još i kao ekonomsko dvostruko oporezivanje). Naime, ovakve isplate bile su podvrgnute oporezivanju i u zemlji izvora dividende i u zemlji njezinog primatelja, isključivo temeljem činjenice da su društvo-isplatiatelj i društvo-primatelj rezidentni u različitim državama članicama. Ovakva situacija nesumnjivo je stavljala u teži položaj određenog poduzetnika samo zbog njegove prekogranične aktivnosti, i to aktivnosti u drugoj državi članici. Direktivom je ovaj problem uklonjen, što je doprinos ostvarenju koncepcije jedinstvenog unutarnjeg tržišta EU. U ovom radu je objašnjen problem radi kojeg je Direktivu trebalo donijeti, izloženi su uvjeti za primjenu (osobni obuhvat) Direktive i normativna rješenja za problem dvostrukog opterećenja dividende (predmetni obuhvat), te je prikazana praksa Europskog suda u vezi s njezinom primjenom.

Ključne riječi: *porez na dobit, Europska unija, Direktiva o matičnim i zavisnim društvima, dvostruko opterećenje.*

1. UVOD

Harmonizacija poreznih sustava zemalja članica Europske unije (dalje u tekstu: EU) izvjesno je važan čimbenik uspostave i djelovanja jedinstvenog tržišta; u tom kontekstu jest i harmonizacija sustava oporezivanja dobiti. Međutim, bez obzira na važnost, trebalo je proći

* Prof.dr.sc. Hrvoje Arbutina, redoviti profesor na Katedri za financijsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

dugo vremena od pojave inicijativa i koncepcija harmonizacije do njihove realizacije (barem u određenom opsegu). Prijedlozi dviju direktiva čiji su sadržaj bila rješenja nekih problema u području oporezivanja raspodijeljene dobiti i transformacija trgovačkih društava bili su formulirani još 1969. godine; obje direktive usvojene su tek 1990. godine.^{1,2} Kao što je navedeno u Preambuli Direktive o matičnom i zavisnom društvu³, cilj je Direktive, kod uvođenja zajedničkog poreznog sustava, uklanjanje prepreka suradnji između trgovačkih društava različitih država članica, usporedno sa suradnjom između društava iste države članice, te stoga olakšavanje formiranja grupa trgovačkih društava na razini EZ. Ostvarenje ovako formuliranog, na razini proklamacije, strateškog cilja, normativno je regulirano odredbama Direktive, kojima su propisane određene porezno-tehničke mjere i uvjeti neophodni za ostvarenje postavljenog cilja. Direktiva je brojem članaka nevelika; sadrži ih devet (neki su, međutim, vrlo opsežni), uz Aneks s popisom subjekata na koje se odnosi. Ipak, njezin tekst te problemi u njezinu tumačenju privukli su, tokom vremena, značajnu pažnju teoretičara i stručnjaka u području poreznog prava, a određena pitanja u kontekstu sporova povodom njezine primjene u zakonodavstvima država članica rješavao je i Europski sud. Direktiva je dopunjena 2003. godine.⁴ Cilj je ovoga rada – analizirati odredbe Direktive o matičnom i zavisnom društvu, s naglaskom na prikazu određenih spornih pitanja, te rješenja do kojih je, presuđujući u predmetima vezanim za ovu Direktivu, došao Europski sud. Pri tome, potrebno je uzeti u obzir da razumljivo prostorno ograničenje teksta ne dopušta opširna, detaljna izlaganja svih aspekata kako u teoriji uočenih pitanja, tako i presuda Europskog suda. Rad je podijeljen u osam dijelova, pri čemu su prvi i osmi dio Uvod i Zaključak. U drugom dijelu ukratko su izloženi porezno-pravni problemi koje Direktiva ima za cilj riješiti. U trećem dijelu analiziran je osobni obuhvat Direktive, tj. subjekti na koje je ona primjenjiva. Četvrti dio sadrži predmetni obuhvat Direktive – izložena je problematika metoda namijenjenih uklanjanju dvostrukog opterećenja, koje moraju primijeniti države članice u kojima su rezidentna matična i zavisna društva kvalificirana za primjenu Direktive, a u petom je razložen porezno-pravni položaj stalne poslovne jedinice s obzirom na tretman njoj raspodijeljene dobiti. U šestom i sedmom dijelu ukratko su razmotrena pitanja zloupotrebe Direktive i rješenja hrvatskog porezno-pravnog sustava u kontekstu njome formuliranih zahtjeva.

2. CILJ DIREKTIVE

Pravno gledano, cilj je Direktive o matičnom i zavisnom društvu – propisati jedinstveni porezno-pravni okvir za jedan segment kretanja kapitala unutar Europske unije⁵. Radi se o isplata raspodijeljene dobiti (dividende)⁶ koju zavisna trgovačka društva država članica vrše svojim matičnim društvima koja se nalaze u drugim državama članicama EU. Porezna

¹ Radi se o (skraćeni nazivi) direktivama o matičnom i zavisnom društvu (Parent-Subsidiary Directive) i o spajanjima (Merger Directive); prvonavedena je predmet analize u ovom radu

² Opširnije o povijesnom aspektu Direktive o matičnom i zavisnom društvu vidjeti u: ARBUTINA, H., "Smjernica o matičnom i zavisnom društvu i važeća hrvatska rješenja", *Zbornik radova znanstvenog skupa: Hrvatska pred vratima EU – fiskalni aspekt*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2005, str. 357-368.

³ Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States, OJ L 225 of 20 August, 1990.

⁴ Council Directive 2003/123/EEC of 22 December 2003 amending Directive 90/435/EEC on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States, OJ L 7 of 13 January, 2004.

⁵ U vrijeme donošenja Direktive – Europske zajednice.

⁶ Direktiva koristi sintagmu "raspodijeljena dobit". Kako ta dobit u pravilu biva raspodijeljena kao dividenda, u literaturi se često koristi i taj termin.

prepreka, koja je ometala, ako ne i sprječavala, ovakve novčane tokove bilo je međunarodno dvostruko opterećenje (međunarodno ekonomsko dvostruko oporezivanje)⁷. Trgovačka društva angažirana u spomenutim isplatama, bila su, zbog međunarodnog dvostrukog opterećenja, izložena povećanom poreznom teretu isključivo zbog činjenice što su se, prilikom isplate dividendi, nalazila u različitim državama. Do međunarodnog dvostrukog opterećenja je dolazilo tako što bi, prvo, država rezidentnosti zavisnog društva, u slučaju raspodjele dobiti toga društva, oporezovala raspodijeljenu dobit porezom po odbitku po isplati te dobiti matičnom društvu rezidentnom u drugoj državi članici. Zatim bi ta država također oporezovala raspodijeljenu dobit na razini matičnog društva kojem je ona isplaćena. Ovakvo oporezivanje je, putem narušavanja slobode kretanja kapitala, ugrožavalo djelovanje jedinstvenog tržišta. Direktivom je propisano sprječavanje međunarodnog dvostrukog opterećenja:

1. ukidanjem poreza po odbitku, koji je država izvora dividendi naplaćivala zavisnom društvu koje je vršilo isplatu tih dividendi matičnom društvu, smještenom u drugoj državi članici, dok
2. država članica u kojoj je matično društvo rezident mora propisati ili a) izuzimanje od oporezivanje primljenih dividendi, ili b) mogućnost odbitka poreza na dobit koji je platilo zavisno društvo u državi izvora dobiti od obveze poreza na dobit, te od bilo kakvog (eventualno postojećeg) poreza po odbitku, u toj državi.⁸

3. OBUHVAT DIREKTIVE

3.1. Osobni obuhvat – subjekti na koje se Direktiva odnosi

3.1.1. Društvo države članice

Osobni obuhvat normiran je člankom 2. Direktive, propisivanjem uvjeta koji moraju biti zadovoljeni da bi trgovačko društvo steklo status “društva države članice“, te time postalo kvalificirano za primjenu Direktive:

1. Trgovačko društvo mora imati jedan od statusnih oblika propisanih Dodatkom (Aneksom) kao sastavnim dijelom Direktive;
2. Zatim, trgovačko društvo mora, prema poreznim propisima države članice, biti rezident te države za potrebe oporezivanja, te ne smije, prema odredbama ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja sklopljenog s trećom državom (dakle, državom koja nije članica EU), biti rezident te treće države;
3. Trgovačko društvo mora biti obveznik jednog od u podstavku c) članka 2. Direktive navedenih poreza ili poreza koji bi mogao zamijeniti navedene poreze, bez mogućnosti da od tako određenih poreza bude izuzeto⁹.

U skladu s ovako definiranim kriterijima, Europski sud je u predmetu *Gaz de France*¹⁰ presudio (par. 43) da subjekti koji nisu izričito navedeni u Aneksu Direktive nisu obuhvaćeni

⁷ Dvostruko opterećenje, u literaturi poznato i kao tzv. ekonomsko dvostruko oporezivanje, karakteristično je po tome što najmanje dvije porezne obveze nastaju temeljem različitih oporezivih činjenica, za razliku od tzv. pravnog dvostrukog oporezivanja, kod kojega najmanje dvije porezne obveze nastaju temeljem jedne oporezive činjenice.

⁸ Survey of the Implementation of the EC Corporate Tax Directives, IBFD Publications, 1995, Amsterdam, str. 360.

⁹ U toj su normi pojedinačno navedeni, jezično izvorno, porezi na dobit svih država članica.

¹⁰ Predmet C-247/08, *Gaz de France – Berliner Investissement SA v Bundeszentralamt für Steuern*, [2009] ECR I-00000.

njome; nije prihvatljivo proširenje obuhvata Direktive temeljem analogije na Aneksom nespomenute subjekte. Prema stavu iznesenom u literaturi, nije nužno da jedno trgovačko društvo zadovolji sva tri uvjeta u istoj državi članici da bi bilo kvalificirano za primjenu Direktive.¹¹ Ako se prihvati ovaj stav, otvara se pitanje – što u slučaju društava koja su rezidentna u dvije ili čak i više država? Do toga može doći, npr. ako je jedno društvo osnovano i ima sjedište u jednoj državi članici, a mjesto stvarne uprave se nalazi u drugoj državi članici. U tom slučaju, zavisno od unutrašnjih propisa država članica, obje bi one mogle takvo društvo smatrati svojim rezidentom, ali se, bez sumnje, radi o društvu koje je rezident države članice, te je stoga kvalificirano za primjenu Direktive.¹² Druga je situacija koja je bila predmet analize – situacija trgovačkog društva koje može biti smatrano rezidentom i u državi članici i u državi ne-članici.¹³ Npr., društvo A osnovano je po pravu države X (država članica EU), a mjesto stvarne uprave mu se nalazi u državi Y (država ne-članica EU). Ono je stoga, primjenom različitih kriterija (kriterij države osnivanja i kriterij države mjesta stvarne uprave), dvojno rezidentno – tj. rezident i države X i države Y. Ako između država X i Y nema ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja¹⁴, činjenica da država X smatra A svojim rezidentom ne ukida činjenicu da je A rezident i države Y (članice EU), te da je stoga A ovlašten na korištenje povlaštenja propisanih Direktivom.

3.1.2. Fiskalno transparentni subjekti

1) Direktiva nije primjenjiva na subjekte, čak i ako imaju Direktivom propisani statusni oblik, koji su, temeljem kogentne pravne norme, transparentni za potrebe oporezivanja, ili mogu birati hoće li plaćati porez na dobit ili će biti porezno transparentni. Porezno transparentni su subjekti koji nisu porezni obveznici, nego su porezni obveznici njihovi članovi, kojima biva raspodijeljena dobit koju takav subjekt ostvari.¹⁵ Njihovo isključenje iz obuhvata Direktive vjerojatno je posljedica “prevelikih implementacijskih problema i mogućnosti poreznog planiranja”¹⁶.

2) Dopunama Direktive iz 2003. godine, člankom 4. st. 1a., regulirano je oporezivanje dobiti subjekata koje država matičnog društva smatra fiskalno transparentnima. Prema toj normi, svojstvo fiskalne transparentnosti bitno je za primjenu oporezivanja u državi rezidentnosti matičnog društva; ta država ovlaštena je definirati određeni subjekt kao fiskalno

¹¹ SCHONEWILLE, P. H., „Some Questions on the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive“, *Intertax* br. 1/92, str. 13.

¹² Vidjeti, npr., TUMPEL, M., „Residence under Treaty Law – Significance for Parent-subidiary Directive and Merger Directive“, u: *Tax Treaties and EC Law*, GASSNER, W., LANG, M. and LECHNER E. (eds), Kluwer, London, The Hague, Boston, 1997, str. 167-185; također i: SCHONEWILLE, str. 14-15.

¹³ TERRA, B. J. M., i WATTEL, P. J., *European Tax Law, Fourth edition*, Kluwer, The Hague, The Netherlands, 2005, str. 495-496.

¹⁴ Postojanje ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja može imati za posljedicu ukidanje svojstva dvojne rezidentnosti, ako je u taj ugovor unesena odredba sadržajem odgovarajuća čl. 4. st. 2. OECD modela ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine (dalje u tekstu: OECD model). Tim je člankom situacija dvojne rezidentnosti riješena (što je, u pravu međunarodnog dvostrukog oporezivanja, potrebno učiniti kako bi bilo razjašnjeno koja je država – država rezidentnosti, a to je, pak, od velike važnosti za pridjeljivanje prava oporezivanja pojedinih oblika dohotka i imovine jednoj ili drugoj državi ugovornici) tako što je kao država rezidentnosti određena država u kojoj se nalazi mjesto stvarne uprave.

¹⁵ U Republici Hrvatskoj to su, npr., ortaštva (partnerstva), tj., terminologijom Zakona o porezu na dohodak, supoduzetnici.

¹⁶ Porezno planiranje je u literaturi široko prihvaćen sinonim za (u pravilu međunarodno organizirano) zakonito izbjegavanje porezne obveze (*tax avoidance*).

¹⁷ TERRA, WATTEL, str. 496.

transparentan. Pri tome, ona će to učiniti s obzirom na pravo države u kojoj se takav subjekt (zavisno društvo) nalazi. Time je prekršeno standardno načelo iz europskog i međunarodnog poreznog prava, prema kojem prirodu određenog subjekta određuje država na čijem se teritoriju taj subjekt nalazi (u ovom slučaju, država izvora). Posljedično, država rezidentnosti matičnog društva ovlaštena je drugačije nego što to čini država rezidentnosti zavisnog društva za potrebe oporezivanja okarakterizirati dohodak ostvaren u državi zavisnog društva, što je također u neskladu s načelima spomenutih prava.¹⁸ Cilj je odredbe – spriječiti dva oblika dvostrukog oporezivanja. Naime, ako država matičnog društva zavisno društvo u drugoj državi članici smatra fiskalno transparentnim, tada će ona oporezovati matično društvo i s obzirom na dobit koju zavisno društvo ostvari, a ta će porezna obveza zavisiti od udjela kojeg matično društvo ima u zavisnom društvu. Takvo oporezivanje Direktiva izričito dopušta. Međutim, u takvoj situaciji može doći i do ekonomskog i do pravnog dvostrukog oporezivanja:

a) što se tiče ekonomskog dvostrukog oporezivanja, moglo bi doći do takvog tzv. “privremenog” dvostrukog oporezivanja; država matičnog društva oporezuje dobit koju ostvari zavisno društvo (po njezinim kriterijima – fiskalno transparentno) tokom godine po ostvarenju te dobiti (uplatama predujma poreza na dobit), a raspodijeljenu dobit oporezuje po raspodjeli. Ako primjenjuje sustav imputacije (odbitka od porezne obveze onog dijela poreza na dobit koji tereti raspodijeljeni dio dobiti) kao metodu eliminiranja ekonomskog dvostrukog oporezivanja, “privremeno” ekonomsko dvostruko oporezivanje traje do povrata toga dijela poreza (poreza na dobit koji tereti raspodijeljeni dio dobiti), što može potrajati dulje ili kraće vrijeme. Ova je mogućnost uklonjena obvezom države matičnog društva da ne oporezuje raspodijeljenu dobit. Time su države za ove slučajeve obvezane ukinuti primjenu sustava imputacije, a oporezivanje je, propisanom metodom izuzimanja raspodijeljene dobiti, u cijelosti svedeno samo na oporezivanje ostvarene dobiti zavisnog društva.

b) pravno dvostruko oporezivanje nastaje primjenom dvaju poreza na istu dobit: država matičnog društva oporezuje dobit koju ostvari zavisno društvo (po njezinim kriterijima – fiskalno transparentno), dok istovremeno država zavisnog društva također oporezuje dobit toga društva, i to, polazeći od vlastitog shvaćanja njegovog pravnog statusa, kao dobit zasebne pravne osobe (dakle, smatra ga fiskalno netransparentnim). Ovaj je problem riješen u drugom odlomku st. 1a. – ta norma propisuje obvezu države matičnog društva da primijeni jednu od dvije standardne metode: 1. da izuzme od oporezivanja dobit zavisnog društva (metoda izuzimanja kao metoda izbjegavanja pravnog dvostrukog oporezivanja), ili, 2. da odobri odbitak poreza plaćenog u državi zavisnog društva od poreza koji bi matično društvo u državi svoje rezidentnosti trebalo platiti na njemu pripadajući dio dobiti zavisnog društva (metoda običnog odbitka kao metoda izbjegavanja pravnog dvostrukog oporezivanja).¹⁹

¹⁸ BROKELIND, str. 454.

¹⁹ Ovom odredbom primjena Direktive proširena je, dakle, i na slučajeve pravnog dvostrukog oporezivanja, koje inače standardno biva rješavano normama unutrašnjeg poreznog prava pojedine države, ili odredbama međunarodnog ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine. Ovakav pristup ima za cilj spriječiti pravno dvostruko oporezivanje do kojeg bi došlo ako država matičnog društva ne primjenjuje neku od metoda izbjegavanja dvostrukog oporezivanja u slučajevima oporezivanja fiskalno transparentnih subjekata (kritički prema rješenjima Direktive, za slučajeve ortaštava kod kojih će se u pravilu ovaj problem pojavljivati, vidjeti BROKELIND, str. 454).

3.1.3. Stalna poslovna jedinica

Dopunama Direktive iz 2003. godine, obuhvat Direktive proširen je i na stalnu poslovnu jedinicu (engl.: *permanent establishment*, dalje u tekstu: SPJ), i to tako što je članak 2. dopunjen stavkom 2., prema kojem "(Z)a potrebe Smjernice, izraz 'stalna poslovna jedinica' znači stalno mjesto poslovanja koje se nalazi u državi članici, preko kojega se poslovanje trgovačkog društva druge države ugovornice obavlja u cijelosti ili djelomično, u mjeri u kojoj je dobit ostvarena preko toga mjesta poslovanja podložna oporezivanju u državi članici u kojoj je SPJ smještena, temeljem primjenjivih poreznih ugovora, ili, ako takvi ne postoje, temeljem unutrašnjeg prava država članica". Ovakvo određenje SPJ (tzv. materijalna SPJ) je reducirano u odnosu na njezino određenje iz prava međunarodnog dvostrukog oporezivanja; naime, nisu predviđene druge vrste SPJ normirane OECD Modelom – zastupnik kao SPJ i konstrukcijski ili montažni projekt kao SPJ.²⁰ Proširenje osobnog obuhvata Direktive uvođenjem SPJ u vezi je s presudom Europskog suda u predmetu *Saint-Gobain*^{21, 22}. Prema toj presudi, SPJ trgovačkog društva države članice, koja prima dividende iz izvora u zemlji u kojoj se nalazi i iz inozemnih izvora, ima pravo na primjenu mjera za izbjegavanje dvostrukog oporezivanja, uključujući i mjere predviđene ugovorom o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, pod istim uvjetima pod kojima pravo na primjenu tih mjera imaju društva rezidentna u državi koja mjere primjenjuje.²³ Temeljem ove presude, dakle, SPJ je, u pravu EU, i napose što se tiče dvostrukog oporezivanja (pa time i ekonomskog dvostrukog oporezivanja), izjednačena s društvima rezidentnim u državama članicama – što je bio poticaj da takav pristup bude i normativno ozbiljen dopunom Direktive o matičnom i zavisnom društvu, kojoj je cilj upravo eliminiranje ekonomskog dvostrukog oporezivanja povodom isplata dividendi između trgovačkih društava država članica.

3.2. STATUS MATIČNOG I ZAVISNOG DRUŠTVA

Nakon što su člankom 2. određeni uvjeti koje moraju ispuniti društva država članica da bi Direktiva bila primjenjiva na njih, člankom 3. definirani su kriteriji za uvrštenje društva države ugovornice u kategoriju "matično", tj. "zavisno" društvo. Prema st. 1. članka 3., države članice moraju priznati status matičnog društva društvu koje je, uz zadovoljenje uvjeta iz čl. 2., i vlasnik najmanje 20% udjela u kapitalu u društvu druge države članice; zavisno društvo je, u skladu s time, društvo države članice čijih je najmanje 20% kapitala u vlasništvu društva druge države članice. Pri tome, pojam "kapital" nije definiran, "što otvara pitanje poreznog tretmana složenih dioničkih struktura"²⁴. U predmetu *Les Vergers*²⁵ postavljeno je pitanje – ulazi li u pojam udjela u kapitalu držanje udjela kao ostvarenje prava plodouživanja. Sud je najprije došao do zaključka da takva situacija nije obuhvaćena Direktivom (par. 39 presude). Međutim, država članica mora, u osiguranju sloboda kretanja, nerezidentu priznati ista prava koja priznaje rezidentnom društvu. Budući da je rezidentnim društvima, prema

²⁰ TENORE, M., „The Parent-Subsidiary Directive“, u: LANG, PISTONE, SCHUH, STARINGER (ur.), *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, Linde, Wien, 2008, str. 100.

²¹ Predmet *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v Finanzamt Aachen-Innenstadt*, C-307/97, [1999] ECR I-06161.

²² MAISTO, G., „The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next?“, *EC Tax Review*, br. 4/04, str. 165.

²³ ECJ Direct Tax Compass 2010, IBFD, Amsterdam, The Netherlands, 2010, str. 215.

²⁴ MURAY, R.H. A.: „European Direct Tax Harmonization – Progress in 1990“, *European Taxation* br. 3/91, str. 82.

²⁵ Predmet C-48/07, *État belge – Service public fédéral Finances v Les Vergers du Vieux Tauves SA* [2008] ECR I-10627.

belgijskom pravu, priznat udio u kapitalu temeljem držanja udjela po osnovi ostvarenja prava plodouživanja, to isto pravo mora biti priznato i nerezidentnim društvima, te i njihove raspodjele dobiti belgijskim maticama moraju biti obuhvaćene Direktivom (par. 47-49 presude). Navedeni uvjet vrijedio je do 31. prosinca 2006. godine i značio je sniženje prethodno propisanog uvjeta 25%-tnog vlasništva. Taj je, pak, postotak zapravo značio ozakonjenje iznosa tzv. značajnog udjela (*substantial shareholding*). Normiran u ovoj visini, on je praktički ograničavao primjenu Direktive na multinacionalne kompanije; "(M)ala je pažnja u to vrijeme posvećivana malim udjelima i malim ili srednjim trgovačkim društvima".²⁶ Smanjenje na 20% uvedeno je dopunom Direktive iz 2003. godine, nakon brojnih kritika prema kojima je 25%-tni udio postavljen previsoko. No propisano je i daljnje snižavanje ovog uvjeta – tako je minimalno vlasništvo od 1. siječnja 2007. godine utvrđeno u 15%-tnom, a od 1. siječnja 2009. godine u 10%-tnom iznosu. Direktivom je, posebnim propisima u dva podstavka stavka 2. čl. 3., dopušteno državama članicama derogiranje opisanih uvjeta i to na sljedeće načine:

1) na osnovi dvostranih sporazuma, države članice mogu kriterij vlasništva nad kapitalom zamijeniti jednakim postotkom glasova u skupštini društva. Ova odredba omogućuje primjenu Direktive na one države članice koje u svojim nacionalnim zakonodavstvima, regulirajući odnose među trgovačkim društvima, primjenjuju kriterij broja glasova u skupštini društva, a ne udio u kapitalu.

2) države članice mogu uvjetovati primjenu povlaštenja iz Direktive time da u tim državama rezidentna društva moraju biti vlasnici propisanog postotka kapitala koji ih kvalificira kao matično društvo tokom neprekinutog najmanje dvogodišnjeg razdoblja, ili da Direktiva može biti primijenjena samo na ona rezidentna društva u kojima društvo rezident druge države članice ima isti takav postotak vlasništva tokom istog razdoblja. Cilj je ove odredbe – sprječavanje zloupotrebe povlaštenja propisanih Direktivom od strane neovlaštenih osoba (tzv. *Directive shopping*²⁷). Naime, takva bi osoba mogla, prikupivši više udjela koji su sami po sebi nekvalificirajući za primjenu Direktive, ostvariti, kratkoročnim kupovinama dionica, kvalificirajući ulog (koji bi je, dakle, kvalificirao kao matično ili zavisno društvo), te time i ostvariti pravo na povlaštenje propisano Direktivom (tj, na neoporezivu isplatu raspodijeljene dobiti). Po realizaciji toga prava, sami po sebi nekvalificirajući uložili bi vraćeni izvornim (nekvalificiranim) vlasnicima.²⁸

Iz formulacije uvjeta u drugom podstavku, tumačene doslovno gramatički i bez povezivanja s uvjetom iz st. 1., proizlazi da države članice mogu propisati samo razdoblje držanja kapitala ili glasova koje nije kraće od dvije godine. No produbljenija interpretacija norme dovodi do drugačijeg zaključka. Naime, iako norma propisuje minimalno razdoblje držanja udjela ili glasačkih prava od najmanje dvije godine, budući da države članice uopće ne moraju propisati nikakvo razdoblje držanja (što proizlazi iz st. 1.), zaključak je da to razdoblje zapravo može biti najviše do dvije godine (dakle, od nepropisivanja bilo kakvog razdoblja držanja, do dvije godine).²⁹ U skladu s time, praksa država članica je različita i obuhvaća sve tri mogućnosti (nepropisivanje, propisivanje nekog razdoblja do dvije godine, propisivanje maksimalnog razdoblja od dvije godine). Ovakvo je rješenje predmet kritike, u smislu da je, kao mjera protiv zloupotrebe Direktive za izbjegavanje porezne obveze, dovoljna odredba stavka 2.

²⁶ BROKELIND, C., The Proposed Amendments to the Parent-Subsidiary Directive: Some Progress?, *European Taxation* br. 12/2003, str. 452.

²⁷ Više o Directive shoppingu vidjeti *infra*, ad 6.

²⁸ TERRA, WATTEL, str. 501.

²⁹ Isto.

članka 1. Direktive, prema kojoj Direktiva ne priječi primjenu unutrašnjih propisa države članice ili odredbi poreznog ugovora, namijenjenih sprječavanju izbjegavanja porezne obveze.³⁰ Kao značajniji problem pokazala se nejasnoća propisa u smislu odgovora na pitanje – treba li držanje udjela tj. pravo glasa u skupštini društva postojati u propisanom razdoblju (ako je ono propisano) prije isplate raspodijeljene dobiti, ili to držanje može u propisanom razdoblju biti ostvareno i nakon takve isplate.³¹ Većina se država opredijelila za prvo rješenje (razdoblje držanja mora biti ispunjeno prije isplate). Ova norma Direktive postala je objekt sudske presudbe u vezi s prethodnim pitanjima iznesenim pred Europski sud u spojenim predmetima *Denkavit*, *VITIC* i *Voormeer*³². U tom predmetu, njemačko zavisno društvo (*Denkavit Futtermittel GmbH*) planiralo je isplatu dividende svojem matičnom društvu (*Denkavit Internationaal BV*), rezidentnom u Nizozemskoj, te je, u vezi s time, a u skladu s Direktivom, zatražilo smanjenje njemačkog poreza po odbitku na takve prekogranične isplate na 5% (prema tadašnjoj njemačkoj regulativi za isplate međukorporacijskih dividendi). Njemačka porezna administracija odbila je smanjenje poreza po odbitku, s obrazloženjem da nije istekao jednogodišnji rok u kojem matično društvo mora imati 25%-tni udio u njemačkom zavisnom društvu. Ostala dva predmeta podudaraju se s predmetom *Denkavit* u činjenicama bitnim za rješenje slučaja. Sud je odlučio da korištenje povlaštenja propisanih Direktivom ne može zavisiti od isteka razdoblja držanja udjela ili glasova u skupštini prije isplate raspodijeljene dobiti. Sud je pošao od gramatičke interpretacije norme; u implementacijskom pravu svih država članica, na svim njihovim jezicima (osim na danskom), korišteno je sadašnje vrijeme (“ne drže (engl.: *maintain*) ... udio u kapitalu ...”). Dakle, matično društvo mora, da bi ostvarilo pravo na povlaštenje, držati udio tokom propisanog razdoblja; nije propisano da to razdoblje mora isteći prije isplate raspodijeljene dobiti. Nadalje, sud je stao na stanovište, (par. 37 do 40 presude), da “Direktiva ima neposredan učinak, tj. matična društva na koja se odnosi minimalno razdoblje držanja mogu se pozivati na prava iz Direktive pred sudovima država članica. Odredbe čl. 5. su jasne i nedvosmislene. Mogućnost države članice da utvrdi minimalno razdoblje držanja, te mogućnosti koje su propisane što se tiče određenja konkretnog razdoblja i administrativnih postupaka, ne čine nemogućim određenje minimalnih prava temeljem načela sadržanog u odredbama čl. 5.”³³ I u jednom drugom slučaju, *Cobelfret*³⁴, Sud je odlučivao o izravnom učinku Direktive, taj put o izravnom učinku čl. 4. st. 1., te zauzeo stav (par. 64 presude) da je obveza države zavisnog društva na izuzimanje od oporezivanja raspodijeljene dobiti, ustanovljena tom normom, formulirana nedvosmisleno i da nije zavisna od bilo kakvog uvjeta; “takoder, njena primjena ili učinak nisu podložni primjeni bilo kojeg drugog postupka od strane institucija Zajednice ili država članica“.

4. PREDMETNI OBUHVAT

Direktiva regulira oporezivanje raspodijeljene dobiti u dvjema državama – u državi rezidentnosti matičnog i u državi rezidentnosti zavisnog društva. Ta je regulativa za ove dvije situacije različita, stoga će biti izložena odvojeno, u dva zasebna potpoglavlja. Suština je

³⁰ KNOBBE-KEUK, B., „The EC corporate tax directives – anti-abuse provisions, direct effect, German implementation law,“ *Intertax* br. 8-9/92, str. 487, *Survey*, str. 368. Vidjeti također *infra*, ad 6.

³¹ TERRA, WATTEL, str. 501 i dalje.

³² Spojeni predmeti C-283/94, C-291/94 i C-292/94 (*Denkavit International BV*, *VITIC Amsterdam BV* i *Voormer BV v. Bundesamt für Finanzen*), [1996] ECR I-5063, uobičajeno u literaturi navodeni pod zajedničkim nazivom, kao predmet *Denkavit*.

³³ ECJ *Direct Tax Compass* 2010, str. 42.

³⁴ Predmet C-138/07, *Belgische Staat v Cobelfret NV*, [2009] ECR I-00731.

predmetnog obuhvata u definiranju metoda koje spomenute države moraju primijeniti da bi bilo uklonjeno međunarodno dvostruko opterećenje. Stoga analiza predmetnog obuhvata Direktive zapravo znači analizu metoda uklanjanja toga opterećenja normiranih Direktivom, te određenih pitanja koja su se pojavila u vezi primjene tih metoda, a koja su rješavana praksom Suda EZ.

4.1. Država rezidentnosti matičnog društva

4.1.1. Metode

Prema čl. 1. al. 1. Direktive, države članice primjenjuju Direktivu “na raspodjele dobiti koje primaju društva te države, a koja dolaze od njihovih zavisnih društava iz drugih država članica.“ Time je određen predmetni obuhvat Direktive – raspodjele dobiti od strane zavisnih matičnim društvima. Nomotehnički, Direktivom je, člancima 2. i 3., određen osobni obuhvat. Za određenje predmetnog obuhvata, što se tiče obveze države rezidentnosti matičnog društva, relevantan je čl. 4. Općenito, ta država mora spriječiti dvostruko opterećenje raspodijeljene dobiti koju od svog zavisnog društva u drugoj državi članici prima matično društvo rezidentno u njoj. Prema st. 1. toga članka, ta država može, radi sprječavanja dvostrukog opterećenja, primijeniti jednu od dvije metode:

1) metodu izuzimanja (*exemption method*), što znači neoporezivanje primljene raspodijeljene dobiti. Dakle, “(A)ko nema poreza po odbitku na dividende u državi rezidentnosti zavisnog društva, i ako je primijenjena povlastica povezanih trgovačkih društava od strane države matičnog društva, to znači da ta potonja država ne oporezuje isplaćene dividende porezom na dobit³⁵. U konačnici, samo je dobit zavisnog društva oporezovana porezom na dobit u državi rezidentnosti tog društva³⁶; ili

2) metodu običnog odbitka (*ordinary credit method*), u varijanti posrednog odbitka (*indirect credit method*), što znači da će ta država oporezovati primljenu raspodijeljenu dobit, uz odobrenje odbitka matičnom društvu onog dijela poreza na dobit iz koje je isplaćena raspodijeljena dobit a koji je platilo zavisno društvo i svako drugo zavisno društvo koje je niže u nizu povezanih društava, a koje ispunjava uvjete za primjenu Direktive (kriterije osobnog obuhvata). Dakle, “primjena ove metode znači da država matičnog društva, doduše, može oporezovati raspodijeljenu dobit koju primi matično društvo, ali mora propisati mogućnost odbitka onog dijela poreza na dobit koji je u državi svoje rezidentnosti platilo zavisno društvo, a koji se odnosi na dio dobiti koja je raspodijeljena. Porez plaćen na taj dio dobiti u državi rezidentnosti zavisnog društva bit će odbijen od poreza na dobit plaćenog državi rezidentnosti matičnog društva i to na onaj dio dobiti koji čini primljena raspodijeljena dobit. Iznos odbitka bit će ograničen iznosom poreza na dobit koji bi u državi rezidentnosti matičnog društva trebalo inače platiti na primljenu raspodjelu; dakle, ako je iznos odbitka po osnovi poreza plaćenog na dio dobiti iz koje je izvršena raspodjela u državi rezidentnosti zavisnog društva veći od poreza koji bi u državi rezidentnosti matičnog društva trebalo platiti

³⁵ Potrebno je razjasniti temeljno pitanje - zašto porezom na dobit? Stoga što bi, kad ne bi bilo Direktive, isplaćena dividenda ušla u dobit matičnog društva, tj., postala bi dio te dobiti, i tako bi postala podložna oporezivanju te dobiti. Zbog učinka Direktive to se ne događa, a to je upravo i jedna od (dviju) svrha njezinog donošenja. Ali opisano rješenje ne znači da je oporezivanje te dividende u državi matičnog društva u potpunosti neprovedivo – ta država može, npr. porezom na dohodak, oporezovati raspodjelu dividende koju matično društvo izvrši dioničarima-fizičkim osobama.

³⁶ van THIEL, S., RATTRÁ, C., i MEËR, M., „Corporate Income Taxation and the Internal Market Without Frontiers: Adoption of the Merger and Parent-Subsidiary Directives“, *European Taxation* br. 11/1990, str. 332.

na isplaćene dividende,³⁷ taj će porez biti konačan. “Ako je, pak, stopa primjenjivog poreza u danom slučaju u državi rezidentnosti matičnog društva viša, bit će izračunat porez na dividendu prema toj stopi, a zatim će od tako izračunatog iznosa biti odbijen iznos poreza plaćenog u državi rezidentnosti zavisnog društva; porezni obveznik će, uplatom tako utvrđene razlike, konačno podmiriti svoju poreznu obvezu što se tiče od strane zavisnog društva primljenih dividendi. Drugim riječima, posljedica je primjene ove metode – (uvijek) primjena više stope poreza na dobit u jednoj od spomenutih država.”³⁸

Država matičnog društva nije obvezna na primjenu ovih metoda u slučaju da je raspodjela dobiti posljedica likvidacije zavisnog društva.

4.1.2. Raspodjele od strane društava nižih razina korporativne organizacije

Direktiva je 2003. godine dopunjena (čl. 4. st. 1a.) uvrštenjem zavisnih društava koja su hijerarhijski niža u nizu povezanih društava (*lower-tier subsidiary*), jer je prije dopune postojala mogućnost ekonomskog dvostrukog oporezivanja u slučaju raspodjele dobiti od strane zavisnog društva druge razine zavisnom društvu prve razine, od kojega je raspodjela konačno vršena matičnom društvu. U slučaju da sve tri države u kojima se nalaze društva uključena u ove raspodjele primjenjuju metodu odbitka, prije dopune Direktive moglo je doći do dvostrukog opterećenja u mjeri u kojoj država matičnog društva ne priznaje porez po odbitku plaćen u državi zavisnog društva druge razine.³⁹

4.1.3. Metode i NIK/NUK

Mogućnost izbora između dviju opisanih metoda posljedica je uvažavanja, od strane europskog zakonodavca, koncepcije fiskalne politike koju provodi država članica. Naime, opredjeljujući se za jednu od metoda, države se time također opredjeljuju i za određeni način poreznog tretmana izvoza kapitala. Metoda izuzimanja usmjerena je na ostvarenje porezno neutralnog tretmana izvezenog kapitala ili skraćeno: neutralnosti izvoza kapitala (NIK; engl.: *capital export neutrality, CEN*). Prema toj koncepciji, poduzetnik treba na inozemnom tržištu biti u istom položaju kao i tamošnji poduzetnici, a to znači – plaćati samo one poreze koje i oni plaćaju, dok je u zemlji svoje rezidentnosti izuzet od inozemnih poreza. Prema koncepciji porezno neutralnog tretmana uvezenog kapitala, skraćeno – neutralnosti uvoza kapitala (NUK; engl.: *capital import neutrality, CIN*), poduzetnik koji je prekogranično aktivan treba u zemlji svoje rezidentnosti biti porezno tretiran kao i ostali u toj zemlji rezidentni poduzetnici; prema tome, u slučaju koncepcije NUK bit će primijenjena metoda običnog odbitka, što znači da će inozemni porez takvom poduzetniku biti odbijen od tuzemnog poreza na njegovu inozemnu dobit/dohodak, ali samo do iznosa tuzemnog poreza na inozemnu dobit/dohodak. Dakle, bude li tuzemni porez veći od inozemnog, poduzetnik će morati platiti razliku. Prilikom formuliranja teksta Direktive, države članice inzistirale su na reguliranju obje metode; bez takvog rješenja, Direktiva ne bi bila usvojena “jer države članice koriste obje metode i nisu bile spremne odreći se bilo koje od njih”.⁴⁰

³⁷ LONČARIĆ HORVAT, O., i ARBUTINA, H., *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Narodne novine, 2007, str. 302.

³⁸ Isto.

³⁹ MAISTO, str. 173-174.

⁴⁰ TERRA, WATTEL, str. 505, 506.

4.1.4. Posebnosti u vezi s izborom metode

Normom je državama članicama dopuštena i primjena obiju metoda, zavisno od okolnosti pojedinog slučaja. To može biti iskorišteno u slučaju, npr., postojanja ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine (dalje u tekstu: porezni ugovor). Iako se država matičnog društva opredijelila za metodu izuzimanja, to društvo može zahtijevati primjenu metode odbitka ako je ona predviđena poreznim ugovorom sa zemljom zavisnog društva. Isto vrijedi i ako je metoda odbitka predviđena unutrašnjim pravom države članice, a ta se država, primjenjujući Direktivu, opredijeli također za metodu izuzimanja. Država članica obvezna je prihvatiti zahtjev društva temeljem čl. 7. st. 2. Direktive, prema kojem "Direktiva neće utjecati na primjenu tuzemnih ili ugovornih odredbi kojima je cilj sprječavanje ili ublažavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja dividendi...".⁴¹ Opredijelivši se za neku od metoda, države članice moraju uzeti u obzir i metodu koju primjenjuju za sprječavanje (ili ublažavanje) dvostrukog opterećenja u situacijama bez elementa inozemnosti (unutrašnje situacije). To je suština presude Suda EZ u vezi s prethodnim pitanjem postavljenim i riješenim u predmetu *FII Group Litigation*⁴². Članovi skupine zahtijevali su povrat poreza i/ili naknadu s obzirom na poreze plaćene u UK u vezi s isplatom dividendi koje su izvršila matična i zavisna društva članovima skupine. Bit je spora u tome što su primatelji dividendi rezidentni u UK bili porezno privilegirani (imali su pravo na odbitak poreza plaćenog na te dividende⁴³); dioničari-trgovačka društva, rezidentni u UK, bili su također oslobođeni poreza na primljene dividende. Sud je presudio da države članice mogu izabrati metodu izuzimanja radi sprječavanja tuzemnog ekonomskog dvostrukog oporezivanja, uz istovremenu primjenu metode odbitka, usmjerene na sprječavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja dividendi isplaćenih iz inozemstva, pod uvjetom da te inozemne dividende nisu tretirane diskriminatorno. "Budući da su obje kategorije dividendi usporedive što se tiče rizika nastanka ekonomskog dvostrukog oporezivanja, država članica mora spriječiti takvo dvostruko oporezivanje inozemnih dividendi na istoj razini na kojoj to čini za tuzemne dividende."⁴⁴ Porezno-tehnički, to treba postići tako da "(P)ravo, stopa poreza na inozemne dividende ne smije biti viša od stope poreza na tuzemne dividende, i drugo, odbitak odobren u državi matičnog društva mora biti ograničen na iznos koji je niži u usporedbi poreza na dobit koji je platilo zavisno društvo u svojoj državi rezidentnosti i takvog poreza koji u državi matičnog društva mora platiti zavisno društvo u toj državi".⁴⁵ Ovakvo rješenje znači primjenu metode običnog odbitka.

4.2. Država rezidentnosti zavisnog društva

4.2.1. Metoda izuzimanja

Člankom 1. Direktive, al. 2., propisana je primjena Direktive na raspodjele dobiti koje vrše zavisna trgovačka društva države članice svojim matičnim društvima u drugoj državi članici. Time je određen drugi element predmetnog obuhvata Direktive, u kontekstu općeg cilja – sprječavanja međunarodnog ekonomskog dvostrukog oporezivanja. Porezno-tehnički, način ostvarenja toga cilja, s obzirom na prethodno određenje osobnog obuhvata, propisan je

⁴¹ TENORE, str. 102.

⁴² Predmet C-446/04, *Tax Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, [2006] ECR I-11753.

⁴³ U skladu s tada važećim sustavom predujma poreza na dobit (tzv. *ACT*, *advanced corporate tax*).

⁴⁴ ECJ Direct Tax Compass 2010, str. 141.

⁴⁵ TENORE, str. 103; vidjeti i ECJ Direct Tax Compass 2010, str. 142.

člankom 5. “Prema članku 5. Direktive, država članica obvezna je izuzeti od oporezivanja dividende koje zavisno društvo rezident te države članice isplaćuje svome matičnom društvu koje je rezident druge države članice. Porezno-tehnički, takve se isplate u pravilu oporezuju tzv. porezom po odbitku (*withholding tax*), pa se zato i govori o izuzimanju od poreza po odbitku. Ta će država, dakle, oporezovati dobit koju ostvari zavisno društvo (njezin rezident) porezom na dobit. Ako zavisno društvo dio ostvarene dobiti, nakon spomenutog oporezivanja porezom na dobit, isplati svome matičnom društvu (npr. kao dividendu), tako isplaćenu dividendu država rezidentnosti zavisnog društva neće oporezovati.”⁴⁶ Norma čl. 5. je, kao što je *supra* izloženo, temeljem presude Europskog suda⁴⁷, neposredno primjenjiva pred sudovima država članica. Usprkos činjenici da je “jasna i nedvosmislena“, odredba čl. 5. ne daje odgovore na sva pitanja. Tako je, npr., ostalo nejasno jedno postupovno pitanje: mora li država članica izuzeti isplatu raspodijeljene dobiti kvalificiranom matičnom društvu, ili može naplatiti takav porez, u skladu sa svojim tuzemnim pravom ili odredbama poreznih ugovora, pa iznos toga poreza kasnije vratiti temeljem zahtjeva matičnog društva.⁴⁸

4.2.2. Porez po odbitku (*withholding tax*)

Porez po odbitku je jedan oblik naplate nekih poreza, dakle to nije zasebna vrsta poreza, kao što je, npr., porez na dohodak ili porez na dobit, nego način, tehnika naplate. Na razini temeljne koncepcije, porez po odbitku⁴⁹ biva naplaćen tako da isplatelj oporezivog dohotka/dobiti ustegne, prije isplate, iznos dužnog poreza i uplati ga na račun proračuna, dok primatelj dobiva neto iznos dohotka/dobiti.⁵⁰ Iz opisanih karakteristika mogao bi biti izveden zaključak kako na pitanje – je li u konkretnom slučaju primijenjen porez po odbitku ili ne – ne bi trebalo biti teško odgovoriti, te da upravo stoga europski zakonodavac nije pogriješio kada pojam “porez po odbitku“ Direktivom nije definirao. Međutim, države, polazeći od temeljne koncepcije poreza po odbitku, ali i od različitih ciljeva koje pokušavaju postići reguliranjem svojih poreznih sustava, regulirajući pojedine porezne oblike ozakonjuju niz u suštini porezno-tehničkih rješenja koja pak, podvrgnuta osporavanju, ipak otvaraju mogućnost za različite interpretacije. Pri tome se, naravno, bitno razlikuju tumačenja rješenja koja uključuju naplatu određenog poreza tehnikom po odbitku od strane poreznih obveznika i, s druge strane, poreznih administracija. Neodređenost normativnog reguliranja u Direktivi otvorila je mogućnost Europskom sudu da, rješavajući nekoliko predmeta, formuliра kriterije određenja postojanja poreza po odbitku.⁵¹ Odlučujući u predmetu *Epson Europe*⁵², Sud je zauzeo stav da

⁴⁶ LONČARIĆ HORVAT, ARBUTINA, str. 301.

⁴⁷ Predmet *Denkavit*.

⁴⁸ TERRA, WATTEL, str. 517, jasno se opredjeljuju za obveznost izuzimanja za državu zavisnog društva, otklanjajući mogućnost primjene oporezivanja dividende porezom po odbitku te kasnijeg povrata toga poreza, dok Tenore prepušta, kao i u slučaju pitanja stjecanja prava na primjenu Direktive u vezi s osiguranjem poštivanja razdoblja držanja udjela tj. glasova, rješenje unutrašnjem pravu država članica, što znači da su moguće obje varijante; “No bez obzira na odabrano rješenje, države članice moraju poštovati temeljne slobode, te ne smiju propisivati teže ili strože zahtjeve koje mora ispuniti matično društvo da bi postiglo izuzimanje od porez po odbitku.” TENORE, str. 105.

⁴⁹ Sintagma “porez po odbitku“ je skraćeni naziv porezno-tehničkog postupka. Puni naziv, koji bi naglasio porezno-tehničku prirodu ali bi bio duži i stoga nespretna za češću primjenu, bio bi – naplata poreza odbitkom iznosa dužnog poreza prije isplate dohotka/dobiti primatelju.

⁵⁰ Tipičan (i masovno zastupljen) primjer naplate poreza tehnikom po odbitku jest naplata poreza na dohodak od nesamostalnog rada (oporezivanje plaća).

⁵¹ S obzirom na njihovu važnost za formuliranje kriterija za prosudbu postojanja poreza po odbitku, prva tri predmeta iz prakse Europskog suda s tom problematikom (*Epson Europe*, *Athinaiki Zythopii* i *Océ van der Grinten*) izložena su unekoliko opširnije

⁵² Predmet C-375/98, *Ministério Público and Fazenda Pública v Epson Europe BV* [2000] ECR I-4243.

“termin 'porez po odbitku' nije ograničen na određene vrste poreza država članica (a u kontekstu sistematizacije poreza i njihovog nazivlja prema nahodanju tih država, op.a.)”⁵³, i dalje:

„23 Jasno je da je ISD⁵⁴ porez po odbitku za koji je oporeziva činjenica isplata dividendi ili bilo kojeg drugog dohotka (tj. dobiti, nazivljem hrvatskog poreznog prava, op.a.) temeljem udjela (u trgovačkom društvu, op.a.), da je oporezivi iznos prinos temeljem udjela i da je oporeziva osoba imatelj udjela. ISD stoga ima isti učinak kao i porez na dohodak (tj. dobit, op.a.). Nije od važnosti u vezi s time što se on zove 'porez na nasljedstva i darove', te što se ubire paralelno s IRC⁵⁵.“

Dakle, Sud je definirao kriterije za prosudbu postojanja poreza po odbitku za potrebe primjene Direktive. To su: 1. oporeziva činjenica⁵⁶ je isplata raspodijeljene dobiti, 2. oporezivi iznos (tj., porezna osnovica) jest isplaćeni iznos raspodijeljene dobiti (prinos) temeljem udjela, 3. oporeziva osoba (porezni obveznik) jest imatelj udjela. Ovakvim stavom Sud se opredijelio, a činit će to i kasnije, za primjenu načela prednosti sadržaja nad formom (*substance over form*). Time je određen kriterij za postupanje Suda i u budućim slučajevima; naime, kad bi primjena Direktive zavisila isključivo od naziva poreza i nekih njegovih tehničkih karakteristika, “njezina svrha mogla bi biti zaobiđena jednostavnim postupcima država članica, kojima bi dividende bile oporezovane porezom po odbitku svrstanim u neku drugu kategoriju poreza”⁵⁷. U predmetu *Athinaiki Zythopii*⁵⁸, objekt prethodne rješidbe koja je zatražena od Europskog suda bio je grčki porez na raspodijeljenu dobit. Naime, prema tada važećem konceptu, Grčka je dodatno oporezovala dobit trgovačkih društava u slučaju njezine raspodjele; u tom slučaju, u osnovicu poreza na dobit su uključivani raspodjeljivani iznosi dobiti koji bi inače, da do raspodjele nije došlo, bili izuzeti ili oporezovani prema posebnom (privilegirajućem) sustavu. *Athinaiki Zythopii*, grčko zavisno društvo čije je matično društvo bilo *Amstel International BV*, rezidentno u Nizozemskoj, je 1996. godine zatražilo povrat poreza naplaćenog na opisani način, smatrajući da je takvo oporezivanje nezakonito.⁵⁹ Sud je, rješavajući u predmetu, naglasio neophodnost oslanjanja na izričaj norme, pri čemu je ponovio stanovište zauzeto u slučaju *Epson*, da pojam “porez po odbitku” iz Direktive nije ograničen na određene vrste poreza država članica, te da je sudskom praksom već utvrđeno da “priroda poreza ili drugog javnog davanja mora biti određena od strane Suda, prema pravu Zajednice, u skladu s objektivnim karakteristikama njegovog ubiranja, bez obzira na njegovu sistematizaciju u pravu države članice (...)”⁶⁰. U predmetu *Athinaiki Zythopii* Sud je analizirao porezno-tehničke karakteristike poreza koji je bio predmet spora, te zaključio da je oporeziva činjenica – isplata dividendi (par. 28 presude). K tome, iznos poreza je izravno povezan s iznosom tih dividendi, što taj porez čini porezom po odbitku u smislu Direktive. U vezi, pak, argumenta grčke Vlade o postojanju poreznog ugovora između Grčke i Nizozemske, kojim je regulirana mogućnost oporezivanja dividende za obje ugovorne strane,

⁵³ Par. 22. presude.

⁵⁴ Akronim za izvorni portugalski naziv, *Imposto sobre as Sucessões e Doações*, porez na nasljedstva i darove, porez koji je bio predmet spora u postupku.

⁵⁵ Akronim za izvorni portugalski naziv, *Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, porez na dobit.

⁵⁶ Oporeziva činjenica (ili oporezivi događaj) je pravna činjenica čije postojanje za posljedicu ima nastanak porezne obveze. JELČIĆ, B., LONČARIĆ HORVAT, O., ŠIMOVIĆ, J., ARBUTINA, H., MIJATOVIĆ, N., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008, str. 292.

⁵⁷ DE CÂMARA, F. de S., „Parent-Subsidiary Directive: The *Epson* Case“, *European Taxation* br. 9/2001, str. 309; vidjeti također i par. 24 presude u predmetu *Epson*.

⁵⁸ Predmet C-294/99, *Athinaiki Zythopii AE v Elleniko Dimosio* [2001] ECR I-6797.

⁵⁹ STAVROPOULOS, I., „ECJ: Greek Income Tax Provision is a Withholding within the Meaning of the Parent-Subsidiary Directive“, *European Taxation* br. 2/2002, str. 94-95.

⁶⁰ Par. 26 i 27 presude. Što se tiče utvrđene sudske prakse, Sud se poziva na par. 39 presude u spojenim predmetima C-197/94 and C-252/94 *Bautiaa and Société française maritime* [1996] ECR I-505.

što treba dovesti u vezu s čl. 7. st. 2. Direktive, prema kojem Direktiva nema utjecaja na odredbe poreznih ugovora kojime je cilj uklanjanje ili smanjenje ekonomskog dvostrukog oporezivanja, Sud je zaključio kako odredba grčko-nizozemskog ugovora na koje se poziva grčka Vlada upravo omogućuje dvostruko oporezivanje (dajući objema ugovornim stranama pravo oporezivanja dividende). Stoga se ona ne uklapa u izuzeće propisano Direktivom (dakle, ostaje izvan regulative Direktive), te kao takva ne može derogirati njezine odredbe, imajući u vidu višu pravnu snagu prava Zajednice. Presuda u predmetu *Athinaiki Zythopiia* ponovno je pokazala da Sud u rješavanju predmeta inzistira na suštinskim karakteristikama nekog poreza; vanjske okolnosti (kao što je, npr., svrstavanje nekog poreznog oblika u poreznom sustavu države članice ili njegov naziv) nisu relevantne. Sud je u ovom predmetu odstupio od kriterija za određenje postojanja poreza po odbitku, formuliranih u predmetu *Epson*. U tom slučaju, bila su formulirana tri kriterija.⁶¹ U predmetu *Athinaiki Zythopiia*, Sud se ograničio samo na jedan – postojanje oporezive činjenice (isplate raspodijeljene dobiti).⁶² To, međutim, kao što pokazuju kasniji slučajevi, nije ostalo trajno opredjeljenje suda. U predmetu *Océ van der Grinten*⁶³, Sud je odlučivao o primjeni članaka 5., st. 1., i čl. 7. st. 2. Direktive. Océ UK Ltd, zavisno društvo nizozemskog društva Océ van der Grinten NV, isplatilo je 1992. i 1993. godine dividendu svom matičnom društvu, na što je naplaćen (u vrijeme isplate dividende u UK važeći) ACT (*advance corporate tax*). Primateelj dividende (Océ NV) imao je pravo, temeljem poreznog ugovora između Nizozemske i UK, na odbitak polovine iznosa poreza kojega bi rezidentna fizička osoba-primatelj dividende u UK mogla odbiti u cijelosti, poreza naplaćenog na isplaćene dividende. Iznos tog odbitka, uvećan za iznos isplaćene dividende, trebao je, međutim, biti opterećen 5%-tnim porezom, također u skladu s navedenim poreznim ugovorom. Océ NV osporio je ovo oporezivanje kao kršenje čl. 5. st. 1. Direktive; Posebni povjerenici za porez na dohodak/dobit (*Special Commissioners of Income Tax*) Ujedinjenog Kraljevstva iznijeli su slučaj pred Europski sud. Sud je presudio da 5%-tni porez jest porez po odbitku, ali samo u mjeri u kojoj se odnosi na isplaćenu dividendu. Sud je do toga zaključka došao primijenivši tri kriterija temeljem kojih je prosuđivao karakteristike toga poreza, a koja je već ranije formulirao⁶⁴. U pogledu odbitka poreza, Sud je utvrdio da je on sredstvo izbjegavanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja, a ne isplata dividendi, a porez kojim je taj odbitak opterećen nije porez po odbitku, pa on stoga nije obuhvaćen Direktivom (par. 56 i 57 presude). Što se tiče odredbe čl. 7. st. 2. Direktive, ona glasi: “Ova Direktiva neće utjecati na primjenu odredbi unutrašnjeg prava ili odredbi koje se temelje na ugovoru, a koje su usmjerene na uklanjanje ili smanjenje ekonomskog dvostrukog oporezivanja dividendi, a naročito na odredbe koje se odnose na isplate odbitka poreza primateljima dividendi.” Ovime je razgraničen učinak Direktive; kao dio prava Zajednice, ona je po pravnoj snazi nadređena tuzemnim pravima država članica, pa tako i odredbama poreznih ugovora, tj., kao *lex superior*, derogira ih. No prema čl. 7. st. 2., takav učinak Direktive suspendiran je zadovoljenjem propisanih uvjeta. Dakle, temeljem te odredbe, Sud je dopustio da UK primjenjuje i drugi dio poreza (par. 89 presude). Time je njome derogiran čl. 5. st. 1. Direktive, koji sadrži opću odredbu zabrane poreza po odbitku; čl. 7. st. 2. je, prema tome, *lex specialis*, izuzetak od odredbe čl. 5. st. 1., koja je, pak, jedna od temeljnih normi Direktive, jer sadrži ključno načelo, jedno do dva zbog kojih je Direktiva i donesena. Zbog toga je Sud i ovom prilikom naglasio da izuzetke od općeg načela treba interpretirati strogo ograničeno. U kritičkim prosudbama, presuda je kritizirana napose zbog nepriznavanja statusa dividende isplati odbitka poreza. Da je učinjeno tako, Sud je mogao primijeniti čl. 7. st. 2.

⁶¹ Predmet *Epson*, vidjeti *supra*.

⁶² Tako STAVROPOULOS, str. 97-98. Međutim, Sud se pozvao i na činjenicu da je iznos poreza izravno povezan s iznosom dividendi, što može biti protumačeno kao (modificirani) drugi uvjet.

⁶³ Predmet C-58/01, *Océ van der Grinten NV v Commissionares of Inland Revenue* [2003] ECR I-9809.

⁶⁴ Predmet *Epson*, vidjeti *supra*.

samo na taj dio (i time ga izuzeti od primjene Direktive) i, konzekventno, ne dopustiti državi članici primjenu poreza po odbitku (onog dijela 5%-tnog poreza koji se odnosi samo na isplaćenu dividendu) na pravu isplatu dividende.⁶⁵ To bi, međutim, otvorilo pitanje kriterija koje je Sud formulirao s ciljem ocjene je li neki porez – porez po odbitku u smislu Direktive. Budući da se Sud i u obrazloženju ove presude pozvao na te kriterije⁶⁶, te da je upravo temeljem njih odrekao isplati odbitka poreza status isplate dividende (i time tu isplatu uklonio iz obuhvata Direktive), konačni njegov zaključak u vezi s ovim pitanjem nadaje se kao neizbježan. U predmetu *Burda*⁶⁷, Sud je potvrdio kriterije formulirane ranije (u predmetima *Epson* i *Océ van der Grinten*) (par. 52 presude). U ovoj presudi, također, izričito je naglašen treći kriterij – oporeziva osoba mora biti imatelj udjela (par. 61); dakle, Sud je time odstupio od pristupa u predmetu *Athinaiki Zythopiia*, u kojem je (čini se, tek nakratko) taj kriterij bio ispušten kao jedan od kriterija za prosudbu postojanja poreza po odbitku. Odlučujući po drugom pitanju u ovom predmetu, Sud je odlučio da sprječavanje dvostrukog opterećenja odobravanjem odbitka poreza naplaćenog društvu koje isplaćuje raspodijeljenu dobit (ili propisivanjem izuzimanja takve dobiti) nije u nadležnosti države zavisnog društva koje tu raspodjelu vrši, nego države matičnog društva koje prima raspodijeljenu dobit (par. 90 presude). U jednom drugom predmetu (*Crédit Mutuel*)⁶⁸, Sud je presudio da čl. 4. st. 2. ne priječi državama članicama uključiti u oporezivu dobit odbitak poreza koji je propisan s ciljem poništenja poreza po odbitku kojim država zavisnog društva oporezuje raspodijeljenu dobit, oporezujući time zapravo matično društvo⁶⁹ (par. 50).

5. STALNA POSLOVNA JEDINICA (PERMANENT ESTABLISHMENT)

Kao što je *supra* izloženo, osobni obuhvat Direktive proširen je, njezinim dopunama, tako da se Direktiva odnosi i na SPJ (čl. 2. st. 2.). U skladu s time, bilo je potrebno dopuniti i predmetni obuhvat Direktive, što je učinjeno dodavanjem dviju novih alineja u st. 1. članka 1. Njima su regulirane određene situacije prekogranične raspodjele dobiti u kojima je SPJ sudionik, tj., radi se o situacijama u kojima zavisno društvo raspodjeljuje dobit, koju prima SPJ njihovog matičnog društva. U literaturi su razmotreni modeli različitih varijanti ovog obrasca.⁷⁰ Norme su formulirane tako da, uvršćujući u regulativu SPJ, dopunjuju normiranje porezne pozicije država matičnog društva, njegove SPJ i zavisnog društva koje isplaćuje dividendu.

Čl. 1. st. 2. al. 3.: (Svaka država članica primjenjivat će ovu Direktivu:)

- na raspodjele dobiti koje prime SPJ-e koje se nalaze u toj državi a koje su SPJ-e trgovačkih društva rezidentnih u drugim državama članicama, koje raspodjele budu izvršene od strane zavisnih društava tih (prvospomenutih, matičnih, nap.a.) društava, zavisnih društava rezidentnih u državi članici različitoj od države članice u kojoj se nalazi SPJ.

⁶⁵ European Team of the IBFD, “The *Océ van der Grinten* Case: Implications for Other EU Member States (A Critical Assessment)”, *European Taxation* br. 11/2003, str. 396-398.

⁶⁶ Par. 56 presude.

⁶⁷ Predmet C-284/06, *Burda Verlagbeteiligungen GmbH v Finanzamt Hamburg-Am Tierpark* [2008] ECR I-04571.

⁶⁸ Predmet C-27/07, *Banque Fédérative du Crédit Mutuel v Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie* [2008] ECR I-02067.

⁶⁹ Iako je porezno-tehnički obveznik poreza po odbitku zavisno društvo, matično društvo faktično snosi opterećenje toga poreza (jer je za iznos poreza umanjena raspodijeljena dobit koju ono dobiva), pa stoga ono ima i pravo na odbitak tako naplaćenog poreza po odbitku.

⁷⁰ Vidjeti, npr., MAISTO, str. 163-169, BROKELIND, str. 452-453.

Prva alineja namijenjena je primjeni u tzv. trostranoj situaciji (*triangular situation*), tj. u situaciji u kojoj se, zbog rezidentnosti i smještaja subjekata na koje je Direktiva primjenjiva, mogu pojaviti tri države: SPJ se nalazi u državi članici različitoj od države rezidentnosti zavisnog društva isplatitelja dividende; matično i zavisno društvo rezidentni su u dvije različite države članice. Raspodjelu dobiti vrši zavisno društvo SPJ-i. 1. S obzirom da su zadovoljeni uvjeti koje propisuje Direktiva, u ovakvom slučaju nema prepreke za njezinu primjenu na oporezivanje raspodijeljene dobiti. Naime, dividenda koju prima SPJ prelazi granicu, tj. biva isplaćena iz jedne države članice u drugu, i to od strane zavisnog društva rezidentnog u jednoj državi članici – SPJ-i matičnog društva rezidentnog u drugoj državi članici (pri čemu se SPJ koja prima isplatu nalazi u trećoj državi članici). 2. U skladu s čl. 4. st. 1. Direktive, država rezidentnosti matičnog društva i država u kojoj je SPJ trebaju primijeniti jednu od metoda izbjegavanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja: metodu izuzimanja, ili metodu odbitka. U skladu, pak, s čl. 5. Direktive, država rezidentnosti zavisnog društva mora izuzeti od oporezivanja dividendu koju društvo isplaćuje SPJ-i.

Čl. 1. st. 2. al. 4.: (Svaka država članica primjenjivat će ovu Direktivu:)

- na raspodjele dobiti od strane trgovačkog društva rezidentnog u toj državi SPJ-i koja se nalazi u drugoj državi članici a koje su SPJ društva rezidentnog u istoj državi u kojoj je i zavisno društvo koje isplaćuje raspodijeljenu dobit.

To znači da se SPJ nalazi u državi članici različitoj od države rezidentnosti zavisnog društva isplatitelja dividende; matično i zavisno društvo rezidentni su u istoj državi članici. I u ovom slučaju, Direktiva je primjenjiva na isplatu dividende SPJ-i, jer ona, isplatom SPJ-i, također prelazi granicu između dviju država članica. Suprotna teza mogla bi biti temeljena na argumentu da su matično i zavisno društvo rezidenti iste države, SPJ je subjekt bez svojstva pravne osobnosti, pa ovakva isplata raspodijeljene dobiti zapravo nije prekogranična (nego dividenda zapravo biva isplaćena od zavisnog matičnom društvu unutar iste države). Taj je argument, međutim, formalne prirode. Naime, u ovakvoj situaciji, “raspodijeljenu dobit oporezuje država u kojoj je SPJ koja je primila tu dobit. Primjena Direktive u takvoj je situaciji u skladu s općim ciljem koji njome treba postići, tj. uklanjanjem ekonomskog dvostrukog oporezivanja.”⁷¹ Dakle, ako Direktiva ne bi bila primjenjiva, uklanjanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja zavisilo bi od primjene metode toga uklanjanja u umiješanim državama, a to bi onda moglo i izostati, pa bi došlo do ekonomskog dvostrukog oporezivanja, usprkos činjenici da je raspodijeljena dobit prešla granicu između država članica. Nadalje, odricanje primjene Direktive značilo bi da matično društvo, da bi postiglo tu primjenu, mora osnovati zavisno društvo u državi u kojoj ima SPJ (jer na SPJ u tom slučaju Direktiva ne bi bila primjenjiva); to bi, međutim, značilo povredu slobode poslovnog nastana za takvo matično društvo.⁷²

6. ZLOUPOTREBA DIREKTIVE

Direktivom su, kako iz gornjeg izlaganja proizlazi, propisane obveze određenih postupanja za države članice EU, kojima je postignuto eliminiranje dvostrukog opterećenja (ekonomskog dvostrukog oporezivanja) kod prekogranične isplate raspodijeljene dobiti između kvalificiranih subjekata iz tih država. Budući, dakle, da Direktiva omogućuje povoljniji porezni tretman za određeni krug subjekata, za očekivati je da će u taj krug pokušati ući i neovlašteni subjekti. Ta bi namjera mogla biti ostvarena *Directive shopping*-om (realizacija

⁷¹ TENORE, str. 108.

⁷² Isto, bilj. 287.

povlaštenja propisanih Direktivom po neovlaštenim subjektima). Subjekti (npr. trgovačka društva) iz država-nečlanica EU mogli bi osnovati (matično) trgovačko društvo u nekoj državi članici, koje bi primalo raspodijeljenu dobit od zavisnog društva takvog subjekta, također iz neke od država članica; ta bi raspodjela, temeljem primjene Direktive, bila neoporezovana. Radi omogućavanja državama članicama sprječavanja ovakvih zloupotreba, člankom 1. st. 2. Direktive propisano je da Direktiva ne isključuje primjenu unutrašnjih propisa država članica, ili odredbi međunarodnih ugovora koje su one sklopile, a kojima je cilj sprječavanje prijevара ili zloupotreba. Ovakvo koncipirana protu-zloupotrebna odredba daje široke mogućnosti državama članicama za normativno reguliranje zabranjenih postupaka; pri tome, odredba Direktive usmjerena je upravo na sprječavanje okorištenja Direktivom subjekata iz država-nečlanica EU.⁷³

7. HRVATSKI POREZNO-PRAVNI SUSTAV I DIREKTIVA O MATIČNOM I ZAVISNOM DRUŠTVU

Prema važećim hrvatskim porezno-pravnim odredbama, dividende u Republici Hrvatskoj uopće nisu oporezive, pa tako niti dividende koje bivaju isplaćene inozemnim matičnim društvima od strane njihovih zavisnih društava rezidentnih u Hrvatskoj (izlazne, *outbound*, dividende), čak i bez obzira u kojoj se državi ta društva nalazila, te bez obzira uživaju li i hrvatska matična društva takav tretman u porezno-pravnom sustavu druge države. Ulazne (*inbound*) dividende također nisu oporezive. Time je hrvatski porezno-pravni sustav u cijelosti (i na najjednostavniji način) već usklađen sa zahtjevima Direktive. No porezni sustavi podložni su promjenama. Ideja oporezivanja dividende prisutna je, tako, i u Hrvatskoj, a na snazi dobiva naročito u gospodarski kriznim vremenima, s jedne strane pod utjecajem argumenta postignuća socijalne pravednosti putem oporezivanja, a s druge temeljem sasvim fiskalnog razloga – naime, kao još jednog proračunskog prihoda. Bude li donesena odluka o takvom oporezivanju, i to porezom po odbitku na izlazne dividende, ili pak o oporezivanju dividende koju kao ulaznu ostvaruju iz inozemstva hrvatske matice, morat će, s obzirom na namjeru ulaska Hrvatske u EU, kad u pitanju budu društva iz zemalja članica EU, biti uzete u obzir i odredbe ove Direktive, tj. one će morati biti preuzete u porezno-pravni sustav Republike Hrvatske.

8. ZAKLJUČAK

Harmonizacija direktnih poreza u EU odvija se, kad su europski propisi u pitanju, samo na području oporezivanja trgovačkih društava, dakle poreza na dobit; što se tiče oporezivanja fizičkih osoba (tj. poreza na dohodak), harmonizacijski rezultati zavise isključivo od presuda Europskog suda. No i što se tiče oporezivanja trgovačkih društava, usklađivanje poreznih sustava odvija se fragmentarno, donošenjem direktiva koje reguliraju pojedine segmente toga područja, iako je formulirana koncepcija kojom bi ključna pitanja bila riješena na općoj razini – radi se, naime, o konceptu tzv. zajedničke konsolidirane korporativne porezne osnovice (engl. *CCCTB, common consolidated corporate tax base*). Ovaj koncept, u konkurenciji nekoliko postojećih, za sada je u teorijskim i u raspravama stručnjaka, najzastupljeniji u smislu prihvatljivosti. Definiranjem pravila određenja porezne osnovice za sva trgovačka društva država članica bila bi stvorena opća zajednička osnova jedinstvenog oporezivanja, u velikoj mjeri nezavisna od zakonodavstava država članica, kojima bi u nadležnosti ostalo

⁷³ KNOBBE-KEUK, str. 489.

samo određenje poreznih stopa, a to, uz jedinstvena pravila izračuna porezne osnovice, ne bi presudno utjecalo na razlike među poreznim sustavima. Uklanjanjem tih razlika uklonile bi se porezne prepreke prekograničnim poslovnim angažmanima trgovačkih društava iz različitih država članica, što bi za rezultat imalo poboljšanje učinaka jedinstvenog tržišta putem racionalnijeg poslovanja gospodarskih subjekata. Jedinstveno opće uređenje oporezivanja dobiti, međutim, trenutno se čini dalekim, jer su suprotstavljeni interesi država članica još uvijek presnažni (to su, naravno, zbog svog fiskalnog značaja), a države nespремne na kompromis opće naravi. S obzirom na nepostojanje općeg koncepta oporezivanja dobiti (koji, npr., postoji u području poreza na dodanu vrijednost, pa, u značajnoj mjeri, i u području pojedinačnih poreza na promet), harmonizacija biva provođena pravnim uređenjem pojedinih područja – jedno je od njih područje međunarodnog dvostrukog opterećenja u slučaju isplate raspodijeljene dobiti od strane zavisnih društava svojim matičnim društvima koja su rezidentna u državi članici različitoj od države rezidentnosti zavisnog društva. Ta je problematika regulirana Direktivom o matičnom i zavisnom društvu. Direktiva, koja je također plod određenih kompromisa između država članica, jest osnova za rješenje problema kojem je posvećena. Ona, propisivanjem određenih porezno-tehničkih rješenja, normativno uklanja problem ekonomskog međunarodnog dvostrukog oporezivanja. Njome su regulirane obveze koje države članice moraju ispuniti kod poreznog tretmana Direktivom reguliranih raspodjela dobiti. Direktiva zapravo propisuje porezna povlaštenja za trgovačka društva koja u tim raspodjelama sudjeluju, povlaštenja u smislu neoporezivanja raspodijeljene dobiti, te time postaje zanimljiva i subjektima izvan područja EU, koji bi, koristeći metode tzv. *Directive shopping*-a, mogli pokušati neovlašteno steći porezne prednosti koje su Direktivom osigurane samo ovlaštenim subjektima s područja EU. No i Direktiva i zakonodavstva država članica pružaju dovoljnu normativnu osnovu za sprječavanje ovakvih postupanja. Direktiva je, tokom svoga postojanja, dakle od 1990. godine (uz dopune iz 2003. godine), pružila mogućnost za diskusiju o nizu pitanja teorijske i provedbene naravi, ali i za konkretna djelovanja. Napose, neke opće formulacije iz Direktive, i neke nejasnoće u primjeni, otvorile su mogućnost za djelovanje Europskog suda. On je, rješavajući u više predmeta, zauzimao stav o različitim aspektima primjene Direktive, napose o određenju pojma “porez po odbitku“, ali, npr., i o pitanju osobnog obuhvata Direktive, o tretmanu različitih stavki u kontekstu njihovog uvrštenja u porezu osnovicu, ili o zabrani nejednakog postupanja kod izbora metode sprječavanja međunarodnog dvostrukog opterećenja. Temeljem dosadašnjih razvoja, za očekivati je da će praksa Europskog suda vezana za odredbe ove Direktive biti sve opsežnija. Direktiva o matičnom i zavisnom društvu možda može biti shvaćena, uz druge direktive koje se odnose na oporezivanje trgovačkih društava, i kao probni teren za ispitivanje ideje o jedinstvenom uređenju sustava oporezivanja dobiti na razini EU, te kao priprema država članica za uvođenje takvog sustava (jednog dana). Međutim, ona je svakako, uz praksu Europskog suda, sredstvo rješavanja konkretnih problema u vezi s oporezivanjem raspodijeljene dobiti. Hrvatska, zadrži li sadašnji sustav poreznog tretmana takve dobiti, s njezinom primjenom ne bi trebala imati nikakvih problema.

Summary

AN ATTEMPT TO ACHIEVE HARMONIZATION OF CORPORATE TAXATION IN THE EUROPEAN UNION: DIRECTIVE ON TAXATION OF PARENT-SUBSIDIARY DIVIDENDS

In view of the exclusively general norms of European law, varying results have been obtained in harmonization of taxation in the EU, depending on the type of taxation: regarding indirect taxes (VAT, special turnover taxes, i.e. excise taxes) directives have attained a high level of harmonization which almost renders further measures unnecessary (VAT), or a level that is relatively high (excises). On the other hand, the situation is different regarding direct taxes (income tax, corporate tax); thus, income tax of natural persons has not been regulated by general norms, while the situation with corporate taxes is better due to directives regulating specific issues. The paper analyzes the Directive on parent and subsidiary companies (abbreviated title). Since its entry into force, it has regulated in a uniform way the taxation of dividends which subsidiary companies, resident in one Member State of the EU, pay to their parent companies, resident in another Member State. The problem involved here is double tax burden (known also as economic double taxation). Such payments were subject to taxation both in the country where dividends originated and in the country of their recipients exclusively due to the fact that the paying company and recipient company were resident in different Member States. This situation undoubtedly aggravated the position of an entrepreneur only because of his cross-border activities in another Member State. The directive has eliminated this problem, which has contributed to the realization of the EU common market with uniform policies. The article explains the problem on account of which the Directive had to be passed, presents the conditions for the application (personal scope) of the Directive and normative solutions for the problem of double tax burden on dividends (material scope) and presents the case law of the European Court regarding its application.

Key words: taxes, indirect taxes, direct taxes, Directive on Taxation of Parent-Subsidiary Dividends, double tax burden, double taxation.

AKTUALNA PITANJA POJEDINIH KAZNENIH DJELA PROTIV ZDRAVLJA LJUDI U SVJETLU DONOŠENJA NACRTA IZMJENA HRVATSKOG KAZNENOG ZAKONA

Članak se bavi aktualnim pitanjima kaznenopravne regulacije kaznenih djela protiv zdravlja ljudi u Republici Hrvatskoj s naglaskom na kaznenu odgovornost liječnika kao temeljnog nositelja zdravstvene djelatnosti. Članak daje kritički osvrt na kazneno djelo nesavjesnog liječenja, kazneno djelo izdavanja i uporabe neistinitih liječničkih odnosno veterinarskih svjedodžbi, kazneno djelo samovoljnog liječenja te problematizira povredu prava na tjelesni integritet pacijenta (pravo na samoodređenje). Članak daje kritički osvrt i na kazneno djelo nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela u svjetlu donošenja Istambulske deklaracije o trgovini organima i transplantacijskom turizmu (2008). Članak ujedno povezuje kazneno djelo nepružanja medicinske pomoći s povredom obveze pružanja hitne medicinske pomoći te povredom obveze sklapanja ugovora o pružanju zdravstvene zaštite. Zaključno, autorica predlaže uvođenje alternativnih metoda rješavanja sporova u zdravstvu za lakša kršenja pravila zdravstvene struke te, u vidu presude Maresti, razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u području zaštite prava na zdravlje pojedinca.

Ključne riječi: *kaznena djela protiv zdravlja ljudi, kaznena odgovornost liječnika, samovoljno liječenje, informirani pristanak, nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela, alternativne metode rješavanja sporova u zdravstvu, slučaj Maresti.*

1. PRAVO NA ZDRAVLJE U EUROPSKOM I MEĐUNARODNOM KONTEKSTU I POTREBA POSTOJANJA POSEBNE GLAVE KAZNENIH DJELA PROTIV ZDRAVLJA LJUDI U HRVATSKOM KAZNENOM ZAKONU

Kaznena djela protiv zdravlja ljudi usmjerena su prvenstveno na očuvanje zdravlja ljudi¹. Propisivanjem pojedinih ponašanja u okviru pružanja zdravstvene zaštite kao kaznenih djela, zakonodavac je želio zaštititi tjelesni integritet pacijenta i bolesnika. Međutim, iako se, zbog vrste zaštićenog dobra (tjelesni integritet) ova kaznena djela mogu smatrati obuhvaćenim kaznenim djelima protiv života i tijela, ipak se mora naglasiti njihova specifičnost i razlika koja proizlazi iz posebnih svojstava počinitelja kaznenih djela protiv zdravlja ljudi². Dok

* Sunčana Roksandić Vidlička, dipl.iur, asistentica na Katedri za kazneno pravo, Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

¹ Vidjeti i TURKOVIĆ K., Kaznena djela protiv zdravlja ljudi, u *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007., str. 247.

² Vidjeti BABIĆ T., ROKSANDIĆ S, *Osnove zdravstvenog prava*, Tipex, zagreb, 2006, str. 192.

kaznena djela protiv života i tijela, u načelu, može počinuti svaka osoba, pojedina kaznena djela iz grupe kaznenih djela protiv zdravlja ljudi može počinuti samo počinitelj sa posebnim svojstvima (npr. liječnik odnosno drugi zdravstveni radnik), odnosno radi se o posebnim kaznenim djelima, *delicta propria*. Osim toga, ovim se kaznenim djelima štite i ljudska prava u području zdravlja i to „prvenstveno prava pacijenata“³. U svakom slučaju, izdvajanje kaznenih djela protiv zdravlja ljudi u posebnu glavu opravdano iz više razloga, obzirom da kaznena djela protiv zdravlja ljudi štite tjelesni integritet pacijenta, bolesnika, odnosno svake osobe kojoj je potrebna medicinska odnosno zdravstvena pomoć. Zakonodavac je vodio računa o činjenici da je obavljanje zdravstvene djelatnosti vrlo odgovoran, ali i riskantan posao, kao i o činjenici da zdravstveni radnici svoju djelatnost obavljaju odnosno moraju obavljati sa vrlo visokim stupnjem opreza i odgovornosti, uslijed čega najviše moraju biti svjesni visokog rizika koji se pojavljuje ili se može pojaviti prilikom pružanja zdravstvene zaštite. Upravo stoga, smatram opravdanim povrede i ugrožavanje života i tijela u području pružanja zdravstvene skrbi izdvojiti u posebnu glavu Kaznenog zakona obzirom da se time, između ostalog, naglašava uloga i odgovornost svih onih koji neposredno ili posredno sudjeluju u svim postupcima liječenja ljudi. No, nisu sva zakonodavstva zauzela isti stav. Pristankom oštećenika kod liječničkih zahvata kao razlogom isključenja protupravnosti, bavi se i Novoselec kad govori o razlozima isključenja protupravnosti u udžbeniku Opći dio kaznenog prava⁴. Radi različitog koncepta kažnjavanja za liječničke povrede, u Njemačkoj⁵ se smatra da se liječničkim zahvatom ostvaruje biće kaznenog djela *teške tjelesna* ali je, ispune li se određeni uvjeti, isključena protupravnost takvog kaznenog djela zbog postojanja *pristanka oštećenika*⁶. Prema tome, Njemačka ne predviđa kao posebno kazneno djelo nesavjesno liječenje⁷. Slično je određeno u zakonodavstvu Austrije i Švicarske. Hrvatsko kazneno zakonodavstvo nije išlo istim smjerom već ima propisano posebno kazneno djelo *nesavjesnog liječenja*⁸. Prema tome, u Republici Hrvatskoj za pogrešno liječenje liječnik neće odgovarati za nanošenje teške tjelesne ozljede već za kazneno djelo nesavjesnog liječenja⁹. No, iako se prema povredama koje može počinuti liječnik postupanjem suprotno pravilima struke koncepti hrvatskog i njemačkog, odnosno austrijskog i švicarskog kaznenog prava razilaze, s kaznenim djelom samovoljnog liječenja to nije slučaj. Tako Austrija predviđa *samovoljno liječenje*¹⁰, kao posebno kazneno djelo. Što se tiče Švicarske, pristanak je posebno

³ Turković, *ibid.*, str. 247.

⁴ NOVOSELEC P., *Opći dio kaznenog prava*, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, 3. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 2009. str. 227.

⁵ Vidjeti para 228. koji regulira značenje pristanka. *Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt* prinudne norme

⁶ Slično i u Austriji. Pristanak oštećenog (*Einwilligung des Verletzten*) reguliran je u članak 90. aust. KZ-a:

(1) Tjelesna ozljeda ili ugrožavanje tjelesne sigurnosti nije protupravno, ukoliko je ozlijeđeni/ugroženi na nju pristao i ukoliko ozljeda (ugroza) kao takva ne krši dobre običaje.

(2) Ona od strane liječnika provedena sterilizacija na osobi uz njezin pristanak nije protupravna, ukoliko je, ili osoba već napunila 25. godina života ili zahvat iz drugih razloga ne krši dobre običaje.

(3) Ne može se dati pristanak na sakaćenje ili drugu ozljedu genitalija, koja je takva da može proizvesti dugotrajan utjecaj na seksualni osjet.

⁷ Vidjeti detaljnije u ROXIN C. I SCHROTH U., *Medizinstrafrecht, Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*, 2. Aufl., Stuttgart, 2001.

⁸ Članak 241. KZ-a.

⁹ Što sve liječnička djelatnost obuhvaća regulirano je člankom 3. Zakona o liječništvu (Narodne novine br. 121/03 i 117/08).

¹⁰ Članak 115 aust. KZ-a Samovoljno liječenje (*Eigenmächtige Heilbehandlung*)

(1) Tko drugog bez njegova pristanka, čak i ukoliko prema pravilima medicinske znanosti, liječi, kaznit će se kaznom zatvora do 6. mjeseci ili novčanom kaznom do 360 dnevnih dohodaka.

regulirana sudjelovanje u medicinskim istraživanjima u kaznenom djelu *poslovna tajna u okviru medicinskih istraživanja*¹¹. Odgovornost pružatelja zdravstvenih usluga za kaznena djela protiv zdravlja ljudi u Republici Hrvatskoj regulirana je, kako sam već navela, najvećem dijelom u Kaznenom zakonu, u posebnoj glavi (Glava XVIII, kaznena djela protiv zdravlja ljudi). Kako Kazneni zakon kod pojedinih kaznenih djela, npr. nesavjesnog liječenja (čl. 240. st.1.), ne navodi sve zdravstvene radnike, odnosno pružatelje zdravstvenih usluga kao moguće počinitelje¹², Zakon o ljekarništvu¹³ i Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti¹⁴ taj su propust djelomično ispravili u svojim odredbama, propisujući kaznenu odgovornost svojih adresata. Također, nedavno je stupio na snagu i Zakon o djelatnostima u zdravstvu¹⁵, Zakon o primaljstvu¹⁶ i Zakon o fizioterapeutskoj djelatnosti¹⁷, čiji predstavnici također ne odgovaraju po stavku 1., već po stavku 2. čl. 240. Kaznenog zakona koji kao počinitelje predviđa sve zdravstvene djelatnike, posebno ih ne određujući. Osim Glave XVIII, Kazneni zakon sadrži i druga djela koja se tiču pružanja zdravstvene zaštite. Tu prvenstveno mislim na kazneno djelo *neovlašteno otkrivanje profesionalne tajne* (čl. 132. KZ-a¹⁸, koji se, između ostalih profesija, odnosi i na doktora medicine, stomatologije, primalje ili druge zdravstvene djelatnike) te na kazneno djelo *izdavanja i uporaba neistinite liječničke ili veterinarske svjedodžbe* (čl. 316. KZ-a¹⁹). Osim tih djela, kaznena djela koja su predmet proučavanja medicinskog kaznenog prava²⁰ su kaznena djela *zabrane kloniranja ljudskog bića* (čl. 97.a²¹), zatim *usmrćenje na zahtjev* (čl. 94. KZ-a) i *sudjelovanje u samoubojstvu* (čl. 96. KZ-a) koji se, podredno, odnose i na pitanje dozvoljenosti/zabrane eutanazije te naposljetku, medicinskom kaznenom pravu zanimljivo je i kazneno djelo *protupravni prekid trudnoće* (čl. 97.KZ-a)²². Od sporednog kaznenog zakonodavstva važnu ulogu će tek imati kaznena odredba Zakona o medicinskoj oplodnji²³, koja, doduše bez naslova tog kaznenog djela, određuje da će se kazniti za kazneno djelo kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina onaj tko oplodi žensku jajnu stanicu sa sjemenom stanicom bilo koje druge vrste osim sjemene stanice čovjeka ili životinjsku jajnu stanicu sa sjemenom stanicom čovjeka ili izmijeni zametak presađivanjem drugih ljudskih ili životinjskih zametaka ili ljudske spolne stanice ili ljudski zametak unese u životinju ili životinjske spolne stanice ili životinjski zametak unese u ženu. U kontekstu reguliranja kaznene odgovornosti zdravstvenih radnika, odnosno pružatelja zdravstvenih usluga i zaštite

(2) Ukoliko počinitelj nije pribavio pristanak pacijenta radi pretpostavke, da će zbog odgode liječenja život ili zdravlje pacijenta biti ozbiljno ugroženi, tada će se kazniti sukladno stavku 1. Samo ukoliko pretpostavljena opasnost nije postojala i ukoliko je on toga morao biti svjestan primjenom nužne pažnje (vidjeti članak 6.).

(3) Počinitelj će se goniti na temelju zahtjeva.

¹¹ Čl. 321bis švic. KZ-a.

¹² U stavku 1. kao počinitelji su navedeni doktori medicine ili doktori stomatologije.

¹³ Vidjeti članak 55, Narodne novine br. 121/03, NN 142/06 i 117/08.

¹⁴ Vidjeti članak 58., Narodne novine br. 121/03 117/08.

¹⁵ Narodne novine br. 87/09.

¹⁶ Narodne novine br. 120/08.

¹⁷ Narodne novine br. 120/08.

¹⁸ Glava XI. KZ-a – kaznena djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina.

¹⁹ Glava XXIII. KZ-a – kaznena djela protiv vjerodostojnosti isprava.

²⁰ Prema prof. NOVSELCU, medicinsko kazneno pravo „...bavi se kaznenim djelima u kojima se pojavljuju granična pitanja prava i medicine (utvrđivanje početka i prestanka ljudskog života, eutanazija, protupravni prekid trudnoće, presađivanje dijelova ljudskog tijela, odgovornost liječnika itd.)“; Novoselec. P., op.cit., str. 30-31. Vidjeti i KOROŠEČ D., *Medicinsko kazneno pravo*, Pravna fakulteta in Cakarjeva založba, 2004., str. 25.-32.

²¹ Naziv i sadržaj ovog kaznenog djela preuzeti su iz članka 1. Dodatnog protokola uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskih bića u pogledu primjene biologije i medicine u Zabrani kloniranja ljudskih bića.

²² Vidjeti i para 218. do 219.b. njem. KZ-a koji detaljno reguliraju ovo djelo.

²³ Narodne novine br. 88/09 i 137/09, članak 49.

zdravlja ljudi mora se spomenuti presuda Europskog suda za ljudska prava *Maresti protiv Republike Hrvatske* od 23. srpnja 2009. godine²⁴, jer u Republici Hrvatskoj postoji preklapanje više aspekata odgovornosti za isto činjenično stanje i postojanje kaznene i prekršajne odgovornosti za istu povredu. Tako je otkrivanje profesionalne (liječničke) tajne propisano kao povreda u disciplinskom, kaznenom i prekršajnom postupku i to Kodeksom medicinske etike i deontologije²⁵, Kaznenim zakonom²⁶, Zakonom o zdravstvenoj zaštiti²⁷, Zakonom o liječništvu²⁸ i Zakonom o zaštiti prava pacijenata²⁹. U vidu presude *Maresti*, potrebno je, prilikom izmjena odredaba KZ-a razmotriti koja će se kršenja i dalje sankcionirati u Kaznenom zakonu, a koja putem Zakona o liječništvu i drugih zdravstvenih zakona trebaju biti određeni kao prekršaji. Paralelno vođenje, odnosno postojanje disciplinske odgovornosti može biti predviđeno i za povrede koje se smatraju kaznenim djelima i za prekršajne povrede, tako da, kada ću se u nastavku posebno baviti pojedinim kaznenim djelima koje mogu počinuti zdravstveni radnici navest ću i mišljenje je li inkriminacija treba i dalje ostati u Kaznenom zakonu ili je, prema mojem mišljenju, dovoljno propisivanje prekršaje odgovornosti, dok u odredbe disciplinske odgovornosti neću posebno ulaziti. Izdvajanje kaznenih djela protiv zdravlja ljudi u posebnu glavu Kaznenog zakona u potpunosti je opravdano i radi činjenice što zdravlje i pravo na zdravlje predstavlja najviše dobro koje je zaštićeno kako brojnim međunarodnim i europskim konvencijama tako i Ustavom Republike Hrvatske. Vijeće Europe, prvenstveno putem Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda³⁰ ima važan utjecaj na regulaciju pružanja zdravstvene zaštite u Europi, a posebice na položaj pacijenta kao korisnika zdravstvenih usluga u zdravstvenom sustavu. Također, Europski sud za ljudska prava donio je brojne presude u području koje pripada zdravstvenom pravu, od prava na reprodukciju³¹, pobačaj³², zaštiti tajnosti podataka i pristupa medicinskom kartonu³³, primitka u psihijatrijsku ustanovu³⁴, nebrojivim pacijentima³⁵ i pravu na samoodređenje, odnosno eutanaziji³⁶. Iako ponekad

²⁴ Presudom *Maresti* Europski sud za ljudska prava ističe kako je protiv podnositelja zahtjeva bio vršen kazneni progon i da mu je u prekršajnom postupku suđeno po drugi puta za isto djelo za koje je već bio osuđen i za koje je izdržao vrijeme u pritvoru. Stoga je došlo do povrede članka 4. Protokola br. 7. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Za cjelokupnu Odluku vidjeti: <http://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/Praksa>.

²⁵ Članak 2. točka 13. Kodeksa.

²⁶ Članak 132. KZ-a.

²⁷ Članak 176. točka 1., vezano uz članak 26. točku 9. Zakona.

²⁸ Članak 59. točka 3. Zakona o liječništvu

²⁹ Članak 41. točka 8. Zakona, Narodne novine br. 169/04, 37/08.

³⁰ Tekst Konvencije kako je izmijenjena Protokolom 11 s Protokolima 1., 4., 6., 7. I 13 vidjeti na <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8E8F1266-6754-4880-80DD-BBA9D2677D9C/0/CroatianCroatie.pdf>.

³¹ Vidjeti više u LAMACKOVA, A., Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Analysis of Pichon and Sajous v. France, *European Journal of Health Law*, Vol. 15, Issue 1 (May 2008), pp. 7-44 Eur. J. Health L. 7 (2008).

³² Vidjeti odluku Europskog suda za ljudska prava, *Tysiac v. Poland*, no. 5410/03, http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Tysiac_decision.pdf.

³³ Vidjeti odluku Europskog suda za ljudska prava *K.H. and Others v. Slovakia*, European Court of Human Rights, (Application no. 32881/04), http://www.escri-net.org/usr_doc/ECHR_Decision.pdf.

³⁴ Vidjeti presudu *Rakevich v. Russia* (Application No 58973/00), te analizu sudske prakse Europskog suda za ljudska prava, NIVEAU G. I J. MATERI, *Psychiatric commitment: Over 50 years of case law from the European Court of Human Rights*, http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6VM1-4MM25WS-2.

³⁵ Vidjeti presudu Europskog suda za ljudska prava *Glass v. The United Kingdom*, Application No. 61827/00. 2004. <http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/nomologia/GLASS.pdf>. Detaljnije vidjeti u članku TURKOVIĆ K, Pravo na odbijanje medicinskog tretmana u Republici Hrvatskoj, *Medicina*, Vol. 44, br. 2, 2008., str. 167-168.

³⁶ Vidjeti presudu Europskog suda za ljudska prava, *Pretty v. Velika Britanija*, no. 2346/02, posebno para. 61 i 67.

takve presude mogu biti pomalo „razočaravajuće“³⁷ ako ih gledamo kao putokaz u ujednačavanju pojedinih prava pojedinaca, i to zbog ostavljanja državama široke slobode procjene koliko mogu ići duboko u zadiranje ili odobravanje pojedinih prava (*wide margin of appreciation*³⁸), presude Europskog suda za ljudska prava predstavljaju važan i nezaobilazan izvor zdravstvenog prava i služe kao vodilja pri utvrđivanju koliko daleko države mogu ići u pružanju, odnosno uskraćivanju pružanja zdravstvene zaštite svojim državljanima, ali i svim drugim korisnicima zdravstvene zaštite. Tako npr. zahvaljujući slučaju *Pichon i Sajous protiv Francuske* (2001), pružatelji zdravstvenih usluga kojima je jedna od djelatnosti i obavljanje prekida trudnoće, tu su djelatnost dužni i obavljati, odnosno liječnici zaposlenici takvih bolnica se smiju koristiti prigovorom savjesti ukoliko ne ugrožavaju pravo žena na pružanje zdravstvene zaštite. Prema tome, ako bolnica obavlja kao jednu od svojih djelatnosti i prekid trudnoće, nije dozvoljeno da se svi njezini liječnici pozivaju na prigovor savjesti te time onemogućuje korištenje prava iz zdravstvene zaštite. Posebno bih izdvojila presudu ESLJP *Šilih protiv Slovenije*³⁹. Ta je presuda relevantna za pitanje tko je dužan utvrđivati odgovornosti pružatelja zdravstvene djelatnosti, na koji način te kakvo je značenje registracije grešaka koja su se dogodile u okviru liječenja. Naime, prema presudi, ukoliko povreda prava na život ili tjelesni integritet nije prouzročena s namjerom, pozitivna obveza države za uspostavom učinkovitog sudskog sustava ne zahtjeva nužno osiguranje kaznenopravnog pravnog lijeka. Prema tome, kako možemo zaključiti iz navede presude, kaznenopravna regulacija zdravstvenih kaznenih djela mora biti *ultima ratio*, što ostavlja put da pojedina kaznena djela iz Glave kaznenih djela protiv zdravlja ljudi *de lege ferenda* eventualno postanu prekršaji. Osim Konvencije, jedan od najvažnijih međunarodnih izvora predstavlja i Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskih bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini s dodatnim protokolima⁴⁰. Konvencija predstavlja osnovi dokument zaštite prava pacijenata u državama članicama Vijeća Europe koje su je ratificirale te usprkos kritikama da nije sveobuhvatna⁴¹, navodi opća načela prava na zdravstvenu zaštitu. Napominjem da je Republika Hrvatska dužna pridržavati se odredaba navedene Konvencije te je dužna osigurati odgovarajuću sudsku zaštitu kako bi spriječila ili zaustavila nezakonito kršenje prava i načela izloženih u Konvenciji⁴². Tako je u članku 4. Konvencije navedeno kako se svaki zahvat na području zdravstva, uključujući istraživanje, mora provoditi u skladu s relevantnim profesionalnim obvezama i standardima. Taj se zahvat može izvršiti samo nakon što je osoba na koju se zahvat odnosi o njemu informirana i dala slobodan pristanak na njega⁴³. Ali, ako se zbog hitne situacije ne može dobiti odgovarajući pristanak, bilo koji medicinski nužan zahvat može se provesti odmah u

³⁷ Tako GEVERS S., Health law in Europe: From present to the future, *European Journal of Health law* 15 (2008), str. 265.

³⁸ Tako je i u slučaju *Pretty* Europski sud za ljudska prava istaknuo (para. 70 i 71) da se kod ograničavanja prava na samoodređenje državama ostavlja široka sloboda procjene (*wide margin of appreciation*), smatrajući da pravo na samoodređenje još nije doseglo univerzalni karakter. Vidjeti više u TURKOVIC, ibid, str. 164.

³⁹ ECHR 2007/8 predmet *Šilih protiv Slovenije*, 28. lipanj 2007., br. 71463/01

⁴⁰ Narodne Novine –međunarodni ugovori br. 13/2003.

⁴¹ Vidjeti The Convention on Human Rights and Biomedicine: An Appraisal of the Council of Europe Convention, *European Journal of Health law* Vol. 5 (1998), str. 377-387. te knjigu *Health law, Human rights and Biomedicine Convention, Essays in honour of H.R.Abbing*, International studies in Human rights, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

⁴² Čl. 23. Konvencije. Republika Hrvatska donijela je i Zakon o zaštiti prava pacijenata kako bi detaljnije razradila prava iz Konvencije. Razvitku zdravstvenog prava, posebice prava pacijenata i donošenju navedenog zakona doprinijela je i Deklaracija o promicanju prava pacijenata u Europi koju je donijela Svjetska zdravstvena organizacija – EURO (Amsterdamska deklaracija) na zasjedanju održanom od 29.-30. ožujka 1994. godine.

⁴³ Članak 5. stavak 1. Konvencije.

korist zdravlja dotičnog pojedinca⁴⁴. Sve su navedene odredbe od velike važnosti i za kazneno pravo. Također, Povelja o temeljnim pravima EU (*Charter of fundamental rights*) stupila je na snagu kao dio Aneksa Lisabonskog ugovora⁴⁵, a ista u članku 35. propisuje kako svako ima pravo na preventivnu zdravstvenu zaštitu i pravo na medicinski tretman pod uvjetima koji su regulirani nacionalnim zakonima i praksom. Lisabonski ugovor je izmijenio članak 3. Ugovora o EU tako da je dobrobit („*wellbeing*“) svih građana EU izričito navedena kao jedan od ciljeva Unije⁴⁶. U svim definicijama, kao i u primjeni politike i djelatnosti EU mora se predvidjeti visoki nivo zaštite ljudskog zdravlja. Iz pojma *wellbeing* teško je ne izdvojiti pravo na zdravlje pogotovo ako se uzme u obzir i definicija zdravlja Svjetske zdravstvene organizacije. Definicija zdravlja Svjetske zdravstvene organizacije⁴⁷ je sveobuhvatno postavljena: zdravlje ne znači samo nepostojanje bolesti ili tjelesne nemoći, nego je to potpuno dobro stanje čovjeka, tjelesno, duševno i socijalno: Temeljno je pravo svakog čovjeka da posjeduje najviši stupanj zdravlja koji može postići, a nejednakost zdravstvenih prilika u svijetu, pogotovo što se tiče suzbijanja zaraznih bolesti, pogibeljna je za sve⁴⁸. Za reguliranje prava na zdravlje i utvrđivanje pozitivnih obveza država u regulaciji i omogućavanju prava na zdravlje, nezaobilazan je izvor i Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima⁴⁹ i to posebice članak 12. Pakta. Države članice Pakta priznaju

⁴⁴ Članak 8. Konvencije.

⁴⁵ Potpisan u Lisabonu u listopadu 2007. godine, a stupio na snagu 01. prosinca 2009. godine (OJ C306, Volume 50 od 17. Prosinca 2007.). Što se tiče utjecaja Lisabonskog ugovora na razvoj europskog kaznenog prava vidjeti ĐURĐEVIĆ Z., Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi u *Reforma Europske unije – Lisabonski ugovor*, Rodin S., Čapeta T., Goldner Lang I. (ur.).

⁴⁶ Za sada donošenje posebne direktive koja bi regulirala pružanje prekogranično pružanje zdravstvenih usluga nije uspjelo zbog nespremnosti država članica da reguliraju to područje na nivou Unije, međutim u srpnju 2008. godine donesen je prijedlog Direktive o primjeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti (COM(2008) 414 final, 02. srpanj 2008. godine. (Vidjeti posebno *Summary report of the responses to the consultation regarding "Community action on health services, Health and Consumer Protection Directorate-General, European Commission* (SEC (2006) 1195/4 of 26 September 2006). Često se na međunarodnim konferencijama i u literaturi postavlja pitanje *Što je sa zdravstvenim pravom i Europskom Unijom?* (GEVERS S., *Health law in Europe: From present to the future, European Journal of Health law* 15 (2008), str. 266. Vidjeti i T.K. HARVEY., J.V. MCHALE, *Health law and the European Union*, Cambridge University press, str. 318). Budući da je navedena veza tako složena i višeslojna, pitanje je što može biti regulirano kao zajednička obveza svih država članica, no novije presude Europskog suda (*Predmet C-466/04 Yvonne Watts v Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health i Predmet C-173/09 Georgi Ivanov Elchinov v. Natsionalna zdravnoosigurnitelna kasa*) idu u smjeru jačanja zajedničkog tržišta i ujednačavanja razine pružanja usluga. Organizacija i pružanje zdravstvene zaštite u okviru Europske Unije je u nadležnosti zemalja članica i zbog toga izlazi iz zakonodavstva Europske Unije. Lisabonski Ugovor to nije promijenio; naprotiv, ono što pripada u nadležnosti zemalja članica izričito je navedeno u novoj odredbi o zdravstvu. Međutim, Europska Unija ima znatan utjecaj na zdravstvenu zaštitu i zdravstveno pravo. Prije svega, razvoj unutarnjeg tržišta i uskladjivanje prava u svrhu uklanjanja prepreka prekograničnom prometu osoba, robe, kapitala i pružanja usluga imalo je znatne posljedice za nekoliko dijelova zdravstvenog prava, nekad čak i stavljajući nadležnost zemalja članica u drugi plan. (Vidjeti više: I. GOLDNER LANG, *Patient Mobility in the European Union: Pushing for EU Internal Health market, Medicine and law*, Volume 28, Number 4, prosinac 2009, str. 661.-672.) Nadalje, djelatnosti Europske Unije, kao što su pošteno tržišno natjecanje, pravo osiguranja i zaštita potrošača imaju popratno djelovanje na područje zdravstva. I na kraju, tu je i dalekosežan utjecaj Europskog suda pravde, sa svojom ponekad revolucionarnom primjenom temeljnih načela Ugovora o Europskoj Uniji na sektor zdravstvene zaštite.

⁴⁷ Donošenjem Ustava Svjetske zdravstvene organizacije ista je zaživjela 07. travnja 1947. godine. Veliku ulogu u osnivanju organizacije imao je prof.dr. Andrija Štampar te je izabran prvim predsjednikom Skupštine SZO-a. Tom je prilikom održao poznati uvodni, inauguralni govor u kojem je iznio glavna načela SZO-a, a koja se danas ne samo citiraju nego i primjenjuju u praksi, JONJIC A. i suradnici, *Uvod u medicinu I. Socijalna medicina*, Zavod za javno zdravstvo Primorsko-goranske županije, Rijeka, 2000., str. 275.

⁴⁸ Vidjeti detaljnije u *International Encyclopedia of Laws, Medical law*, Volume 1., NYS, H. (ed.), Kluwer Law International, 2003.

⁴⁹ Službeni list SFRJ br. 7/1971. Vijesti i Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/1993.

svakome pravo na uživanje najvišeg mogućeg standarda tjelesnog i duševnog zdravlja. Mjere koje će države članice poduzeti u cilju potpunog ostvarenja prava na zdravlje trebaju uključivati, između ostalog i stvaranje uvjeta u kojima će svi imati osiguranu liječničku skrb i njegu u slučaju bolesti. Svaka država članica obvezala se⁵⁰ da će samostalno i putem međunarodne pomoći i suradnje, osobito gospodarske i tehničke, i do krajnjih mogućnosti svojih raspoloživih izvora, poduzeti mjere kako bi postupno postigla puno ostvarenje prava priznatih u Paktu, uz korištenje svih odgovarajućih sredstava, osobito donošenjem zakonskih mjera. Opći komentar broj 14.⁵¹ koji detaljno obrazlaže članak 12. Pakta, donesen je tek 2000. godine i mora ga se konzultirati prilikom donošenja zdravstvene politike i reforme koja je u tijeku i u Hrvatskoj. Sukladno navedenom, Zakon o zdravstvenoj zaštiti propisuje kako svatko ima pravo na zdravstvenu zaštitu i na mogućnost ostvarivanja najviše moguće razine zdravlja, a u skladu s odredbama tog Zakona i Zakona o zdravstvenom osiguranju⁵² te da se dostupnost zdravstvene zaštite ostvaruje takvim rasporedom zdravstvenih ustanova i zdravstvenih djelatnika na području Republike koji će omogućiti građanima podjednake uvjete zdravstvene zaštite, naročito u primarnoj zdravstvenoj zaštiti⁵³. Kako pravo na zdravlje ovisi i o ekonomskoj moći države, i uključuje pravo dostupnosti zdravstvenih usluga, upravo navedene odredbe koje se temelje na članku 12. Pakta, usmjerili su moje mišljenje da bi članak 115. Kaznenog zakona trebao predstavljati inkriminaciju koja se tiče uskrate prava na dobivanje zdravstvene usluge (povreda prava na zdravstvenu i invalidsku zaštitu). Osim toga, kako je Europski Sud prihvatio da se zdravstvene usluge smatraju uslugama u smislu Ugovora o funkcioniranju EU ukoliko se pružaju za naknadu i zakonite su u državi članici u kojoj se pružaju⁵⁴, pravo na zdravstvene usluge vezano je na princip slobodnog kretanja usluga i nije više ograničeno samo jurisdikcijom države iz koje potječu⁵⁵ te pravo na pristup, odnosno dostupnost zdravstvenih usluga, predstavlja jedno od osnovnih zdravstvenih prava svakog pojedinca. Sukladno navedenom, trebalo bi se postaviti i pitanje da li je pravo na zdravstvenu zaštitu zaštićeno i odredbama Kaznenog zakona, te ukoliko se smatra da članak 115. Kaznenog zakona ne štiti navedena prava, Radna skupina za donošenje novog Kaznenog zakona, trebala bi razmisliti o uvođenju kaznenog djela koja bi ta prava štitio. Također, Europski se sud bavio i pitanjima prava na poslovni nastan u području javnog zdravstva. Tako je sud u presudi *Hartlauer*⁵⁶ ustvrdio kako odredbe nacionalnog (austrijskog) zakonodavstva prema kojim se osnivanje privatnih stomatoloških ordinacija uvjetuje prethodnim odobrenjem, a koje se izdaje ovisno o ispitivanju potrebe stanovništva za zdravstvenom zaštitom predstavlja ograničenje prava na poslovni nastan i ne može se opravdati pozivanjem na zaštitu javnog zdravlja⁵⁷. Presuda ne zabranjuje sva ispitivanja, nego samo neka koja smatra kršenjem slobode pružanja usluga u javnom sektoru. Navedena presuda bi mogla imati veliko značenje i u našem zakonodavstvu obzirom da su i u Republici Hrvatskoj predviđeni

⁵⁰ Sukladno članku 2. stavku 1. Pakta.

⁵¹ Substantive Issues Arising in the Implemetation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, General comment No. 14, The right to the highest attainable standard of health, dostupno na <http://www.unhchr.ch/tbs7doc.nsf/E.C.12.2002.4.En>.

⁵² Članak 2. Stavak 3. ZZZ-a.

⁵³ Članak 9. ZZZ-a.

⁵⁴ Spojeni predmeti 286/82 i 26/83 *Luisi and Carbone*; predmet C-159/90 *SPUC v. Grogan*

⁵⁵ DEN EXTER A., Access to Health Care in Netherlands: The influence of (European) Treaty Law, *Journal of law, medicine and ethics*, 2005, str. 689. Vidjeti i *The ECJ Case Law on Cross-Border Aspects of Health Services (IP/ATMCO/FWC/2006-167/C3/SC1)*, Briefing Note: http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0701_healthserv_ecj_en.pdf.

⁵⁶ C-169/07 *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH vs. Wiener Landesregierung* i drugi od 10. ožujka 2009. godine.

⁵⁷ Vidjeti detaljnije POŠČIĆ A., Pravo na poslovni nastan području javnog zdravlja, *Praksa Europskog suda, Hrvatska pravna revija*, lipanj 2010. , str. 100-102.

prethodni postupci ispitivanja prije davanja odobrenja otvaranja ordinacija u javnoj mreži zdravstvenih djelatnosti. U presudi *Apothekerkammer*⁵⁸, Europski je sud prihvatio opravdanje nacionalnim (njemačkim) interesima za nacionalnu restriktivnu mjeru prema kojoj isključivo magistri farmacije imaju pravo organizirati i provoditi ljekarničku djelatnost. Iste propise ima i hrvatsko pravo. Upravo ove dvije presude odredbama strukovnih organizacija zdravstvenih djelatnika, te izvorima zdravstvenog prava koje donosi nacionalni osiguratelj te ministarstvo zdravstva daju punu važnost. Naime, upravo su ta tijela ovlaštena donositi podzakonske akte o kojima je odlučivao Europski Sud⁵⁹. Veliku važnost za medicinsko kazneno pravo ima i presuda *Geraets-Smiths/Peerboom*⁶⁰, i to u dijelu ocjene da li je liječnik pridržavao pravila struke, no o tome više u slijedećem podnaslovu. Ustav Republike Hrvatske svakome jamči pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa zakonom, pravo na zdrav život te propisuje dužnost države da osigura uvjete za zdrav okoliš.⁶¹ Zdravstvena zaštita obuhvaća sustav društvenih, skupnih i individualnih mjera, usluga i aktivnosti za očuvanje i unapređenje zdravlja, sprečavanje bolesti, rano otkrivanje bolesti, pravodobno liječenje te zdravstvenu njegu i rehabilitaciju⁶². Navedene odredbe ukazuju na važnost čovjekova prava na zdrav život i zdravu okolinu te time automatski osiguravaju i povećanu zaštitu tih vrijednosti⁶³ te je razumljivo i opravdano da je zakonodavac odlučio kršenje tih prava sankcionirati i putem odredaba kaznenog zakona i to u posebnoj glavi. Sukladno Zakonu o zdravstvenoj zaštiti⁶⁴, svaka osoba ima pravo na zdravstvenu zaštitu i na mogućnost ostvarenja najviše moguće razine zdravlja, u skladu s odredbama ZZZ-a i Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju⁶⁵. Svaka je osoba obvezna brinuti se o svome zdravlju. Nitko ne smije ugroziti zdravlje drugih. Svaka osoba je u hitnim slučajevima obvezna pružiti prvu pomoć ozlijeđenoj ili bolesnoj osobi i omogućiti joj pristup do hitne medicinske pomoći.⁶⁶ Sukladno navedenom, zdravstvena djelatnost je javna djelatnost, od interesa za Republiku Hrvatsku. Upravo zbog navedenog razloga kaznena djela koja nastanu kao posljedica obavljanja te djelatnosti mogu imati nesagledive posljedice, uključivo i ekonomske prirode, obzirom da zdravstveni radnici u svojem djelovanju pružaju zdravstvenu zaštitu neodređenom i neograničenom broju osoba. Činjenica da se zdravstveni radnici profesionalno bave pružanjem zdravstvene zaštite kao javnom djelatnošću stavlja ih u položaj povećane odgovornosti. Naime, za posebna kaznena djela protiv zdravlja ljudi zdravstveni radnik neće odgovarati samo jer je prouzročio određenu opasnost za zdravlje pojedinih osoba već i zbog toga što je time posredno povrijedio cjelokupnu zdravstvenu sigurnost koja čini jedan od temeljnih čimbenika društvene opravdanosti zdravstvene djelatnosti⁶⁷. Tim više što je i Ustavom Republike Hrvatske propisano da je svatko dužan, u sklopu svojih ovlasti i djelatnosti, osobitu skrb posvećivati zaštiti zdravlja ljudi, prirode i ljudskog okoliša. Prema tome, ako zdravstveno pravo definiramo kao skup pravnih pravila kojima se regulira provođenje i pružanje odgovarajuće zdravstvene zaštite kroz stručno obavljanje zdravstvene

⁵⁸ Vidjeti predmet C-171 *Apothekerkammer des Saarlandes i drugi vs. Saarland i Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*.

⁵⁹ Vidjeti npr. Pravilnik o postupku i načinu davanja mišljenja o opravdanosti osnivanja privatne prakse, zdravstvene ustanove i trgovačkog društva za obavljanje zdravstvene djelatnosti Hrvatske liječničke komre koji je stupio na snagu 3. ožujka 2009. godine.

⁶⁰ Broj 157/99 od 12. srpnja 2001. godine.

⁶¹ Narodne novine, broj 41/01, 55/01, 85/10, Gospodarska, socijalna i kulturna prava, članak 58. i članak 69.

⁶² Članak 2. ZZZ-a.

⁶³ Vidi HORVATIĆ, Ž., *Kazneno pravo – Posebni dio*, Zagreb, 1999., str. 285.

⁶⁴ Narodne novine br. 150/08, 71/10.

⁶⁵ Narodne novine br. 150/08., 94/09., 153/09. i 71/10.

⁶⁶ Članak 2. ZZZ-a.

⁶⁷ BABIĆ I ROKSANDIĆ, *ibid*, str. 197.

djelatnosti od strane ovlaštenih zdravstvenih radnika⁶⁸, moramo i predvidjeti koja su to najteža kršenja koja zavređuju kaznenopravnu reakciju. Većina kaznenih djela protiv zdravlja ljudi je blanketne je naravi što znači da Kazneni zakon u njihovom opisu ne određuje sadržaj kažnjivog ponašanja već samo navodi da se to ponašanje sastoji u kršenju nekih propisa koji reguliraju pojedino zdravstveno područje (npr. "...koji obavljajući svoju djelatnost ne primijeni mjere za zaštitu bolesnika prema pravilima medicinske struke⁶⁹..."). Prema tome, osnovni Zakoni koji se primjenjuju prilikom utvrđivanja kaznene odgovornosti liječnika su Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Zakon o liječništvu, Zakon o zaštiti prava pacijenata, Kodeks medicinske etike i deontologije⁷⁰ i brojni podzakonski akti što ih donose prvenstveno ministarstvo nadležno za zdravstvo i Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje. Što se tiče standarda poštivanja pravila struke, mjerodavni je međunarodni standard, odnosno pravila koje donose stručna društva Hrvatskog liječničkog zbora, no o tome više kasnije u posebnim podnaslovima. Upravo se i u presudama Europskog suda vidi važnosti poznavanja cjelokupne materije zdravstvenog prava kako bi se došlo do pravičnog rješenja spora, što vrijedi i za odlučivanja o kaznenoj odgovornosti zdravstvenih radnika pri hrvatskim sudovima. Također, napretkom zdravstvenih znanosti i razvitkom tehnologije ujedno su povećani i rizici u liječenju što automatski dovodi do povećanja odgovornosti zdravstvenih radnika koji provode liječenje i pružaju odgovarajuću zdravstvenu zaštitu⁷¹. Odgovornost zdravstvenih radnika znatno se širi, ali i komplicira na dva načina: horizontalno – u odnosu s drugim kolegama u istom timu prilikom donošenja odluka, i vertikalno – u odnosu sa drugim osobljem⁷². Nadalje, donošenjem Zakona o zaštiti prava pacijenata znatno je pooštren i formaliziran institut pristanka pacijenta na pojedini dijagnostički odnosno terapijski postupak, a što bi u praksi možda moglo olakšati rad zdravstvenih radnika i spriječiti nastanak eventualnih sporova oko tumačenja da li je pristanak bio valjan odnosno da li ga je dala ovlaštena osoba⁷³. Razvijanjem znanosti i društva u cjelini, pitanje zdravlja i izjednačavanje prava na zdravstvenu zaštitu svakog pojedinca, kao i bioetička pitanja, nezaobilazno se uređuju međunarodnim aktima. Sukladno tome, međunarodni izvori zdravstvenog prava postaju, i postojati će, sve brojniji,⁷⁴ te ih se mora uzimati u obzir prilikom utvrđivanja kaznene odgovornosti zdravstvenih radnika. Iako nije pravno obvezujuća, Opća deklaracija o bioetici i ljudskim pravima⁷⁵, također treba biti putokaz u tumačenju i traženju odgovora na složena pitanja koja se ponekad javljaju pri utvrđenju kazne odgovornosti liječnika i drugih zdravstvenih radnika, pored onih međunarodnih izvora koje sam već navela. Inkriminacije unutar grupe kaznenih djela protiv zdravlja ljudi mogu se podijeliti prema različitim kriterijima – prema subjektu zaštite, prema objektu zaštite, ali isto tako obzirom na način i sredstvo kojim se vrši napad na zdravlje ljudi. No, takve podjele nisu uvijek potpuno precizne

⁶⁸ BABIĆ T. I ROKSANDIĆ S., *Osnove zdravstvenog prava*, Tipex, 2006. str. 20. Skraćeno prikazano, zdravstveno pravo je skup pravnih pravila kojima se regulira obavljanje zdravstvene djelatnosti i pružanje zdravstvene zaštite, Gevers, op.cit.

⁶⁹ Članak 241. stavak 2 KZ-a.

⁷⁰ Narodne novine br. 55708.

⁷¹ Slično i TURKOVIĆ K., Kaznena djela protiv zdravlja ljudi u *Posebni dio Kazneno prava*, P. Novoselec (ur.), Zagreb, 2007., str. 247 te BAČIĆ/PAVLOVIĆ, *Komentar Kazenog zakona*, Organizator, Zagreb, 2004., str. 845.

⁷² BABIĆ I ROKSANDIĆ, *ibid*, str. 187.

⁷³ *Ibid*, str.188.

⁷⁴ EVIN C., *Petit dictionnaire des droit des maladies*, Edition du Seuil, 2. izdanje, Paris, 2003., vidjeti 101-104, 113-115.

⁷⁵ Prijevod Deklaracije dostupan je na web stranici ministarstva znanosti, obrazovanja i športa: public.mzos.hr/fgs.axd?id=14234. Također se nalazi u priručniku TURKOVIĆ K. I ROKSANDIĆ VIDLIČKA S. (ur.), *Informirani pristanak*, Sveučilište u Zagrebu, 2009.

jer često isto kazneno djelo može biti razvrstano po više kriterija. Slijedom toga, mogli bismo inkriminacije podijeliti u nekoliko grupa, od kojih sam se odlučila za slijedeću⁷⁶:

- a) inkriminacije kojima se štiti zdravlje od različitih oblika propusta zdravstvenih radnika koji prvenstveno obuhvaćaju nepropisno liječenje ili od nedozvoljenog i nepropisnog liječenja: nesavjesno liječenje (čl. 240. KZ-a), *djelomično* nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela (čl. 242. KZ-a), nepružanje medicinske pomoći (čl. 243. KZ-a), nadriliječništvo (čl. 244. KZ-a). Ova inkriminacija može uključivati i slijedeću inkriminaciju (b), kao i inkriminacije navedene u točkama (f.) i (g.):
- b) inkriminacije kojom se štiti pravo pacijenta na samoodlučivanje: samovoljno liječenje (čl. 241. KZ-a), *djelomično* nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela (čl. 242. KZ-a)
- c) inkriminacije kojima se štiti zdravlje ljudi od zaraznih i spolnih bolesti: prenošenje zarazne bolesti (čl. 238. KZ-a), prenošenje spolne bolesti (čl. 239. KZ-a),
- d) inkriminacije kojima se štiti zdravlje od izrade i omogućavanja dostupnosti štetnih sredstava za liječenje: pripravljanje i proizvodnja štetnih sredstava za liječenje (čl. 245. KZ-a), nesavjesno postupanje pri pripravljanju i izdavanju lijekova (čl. 246. KZ-a),
- e) inkriminacije koje se odnose na živežne namirnice: proizvodnja i stavljanje u promet škodljivih živežnih namirnica (čl. 247. KZ-a), nesavjesni pregled mesa za prehranu (čl. 249. KZ-a)⁷⁷, zatim⁷⁸
- f) inkriminacije koje se odnose na povredu čuvanja profesionalne tajne: neovlašteno otkrivanje profesionalne tajne (čl. 132. KZ-a),
- g) inkriminacije koje se odnose na izdavanje i uporabu neistinitih isprava izdanih u obavljanju zdravstvene djelatnosti: izdavanje i uporaba neistinite liječničke ili veterinarske svjedodžbe (čl. 316. KZ-a) te
- h) inkriminacija koja se tiče uskrate prava na dobivanje zdravstvene usluge: (povreda prava na zdravstvenu i invalidsku zaštitu (čl. 115. KZ-a).⁷⁹

Kao što vidimo, radi važnosti prava na zdravlje kao prava svakog pojedinca, nužno je u Kaznenom zakonu zadržati posebnu glavu koja će regulirati kaznena djela protiv zdravlja ljudi. *De lege ferenda*, potrebno je i iz sporednog kaznenog zakonodavstva uvrstiti u Kazneni zakon djela o kojima je u ovom poglavlju bila riječ, a tiču se zdravlja ljudi.

1.1. Položaj liječnika kao temeljnog nositelja liječničke djelatnosti

Liječnik je temeljni nositelj liječničke djelatnosti te bi kao takav trebao biti samostalan u svojem radu i izboru dijagnostičkog odnosno terapijskog postupka prema pacijentu. No,

⁷⁶ Prema, uz nadopune i određene izmjene, BABIĆ I ROKSANDIĆ, *ibid*, str. 187.-189. Vidjeti i HORVATIĆ Ž., *Kazneno pravo, Posebni dio*, Zagreb, 1999. str 285. nadalje, zatim BAČIĆ F. I ŠEPAROVIĆ Z., *Krivično pravo, Posebni dio*, Narodne Novine, Zagreb, 1992, str. 202., TURKOVIĆ K., *ibid*, str. 248.. vidjeti i ATANACKOVIĆ D., *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 1981., str. 310.-311.

⁷⁷ U ovom kontekstu diobe inkriminacija nezaobilazna je odredba čl. 249. KZ-a prema kojoj kaznena djela iz čl. 238. st. 1. i 2., čl. 240. st. 1. i 2., čl. 241. st. 1. i 2., čl. 242. st. 1. i 3., čl. 243., čl. 244. st. 1. i 2., čl. 245. st. 1., čl. 246. st. 1., čl. 247. st. 1. i čl. 248. st. 1. mogu postati teška kaznena djela protiv zdravlja ljudi ukoliko su kvalificirana težom posljedicom. To konkretno znači da su gore nabrojana kaznena djela osnovni oblici za koja počinitelj ipak može biti strože kažnjen ukoliko je njima prouzročena teška tjelesna ozljeda, teško narušenje zdravlja, pogoršanje bolesti ili smrt jedne ili više osoba (kvalificirana kaznena djela).

⁷⁸ Kaznena djela obuhvaćena daljnom podjelom ne ulaze u Glavu kaznenih djela protiv zdravlja ljudi.

⁷⁹ Vidjeti i BAČIĆ F. I PAVLOVIĆ Š., *op.cit.* 2004., str. 518: „...*Objekt zaštite je građanin kome se uskratiti ili ograničiti pravo iz navedenih područja...Počinitelj može biti osoba koja je dužna postupati prema odgovarajućim propisima iz odručja zdravstvene i invalidske zaštite*“.

liječnik je ujedno i dio šireg tima te su njegov položaj i opseg ovlasti u donošenju odluka podložni promjenama. Njegove su ovlasti drugačije kada je dio npr. mlade službe, a kada je dio nadslužbe. Upravo zbog tako širokog spektra mogućnosti, liječnička djelatnost prožeta je brojnim etičkim, ali i stručnim zahtjevima. Naime, svi pružatelji zdravstvenih usluga⁸⁰ moraju zadovoljavati odgovarajuće stručne i zakonske kriterije koji su propisani i obvezni za sve one koji se, kao profesionalnim zanimanjem, bave pružanjem zdravstvenih usluga. Jedan od najvažnijih uvjeta, koji se odnosi ne samo na liječnike već i na sve pružatelje zdravstvenih usluga, jest posjedovanje odobrenja za samostalan rad, odnosno *licence*⁸¹. Donošenjem strukovnih zdravstvenih zakona⁸² u srpnju 2003. godine propisano je⁸³ da svi zdravstveni radnici, dakle, liječnici, stomatolozi, medicinske sestre, medicinski biokemičari i ljekarnici, moraju imati odobrenje za samostalan rad koje im izdaje nadležna komora⁸⁴. Strukovni zakoni definiraju odobrenje kao javnu ispravu kojom se dokazuje stručna osposobljenost zdravstvenih radnika temeljem koje oni mogu nesmetano obavljati djelatnost za koju su se školovali i to se odobrenje može, uz određene iznimke,⁸⁵ izdati samo članovima komore. Naime, liječnik može obavljati svoje zvanje samo u okviru svoje izobrazbe određene odobrenjem za samostalan rad⁸⁶. Liječniku sa specijalizacijom, odnosno užom specijalizacijom daje se odobrenje za samostalan rad za područje specijalnosti ili uže specijalnosti za koju je stručno osposobljen. Prema tome, posjedovanje valjane licence od strane liječnika dokazuje da je isti osposobljen za obavljanje liječničkog zvanja u okviru opće izobrazbe (doktor medicine) ili u okviru posebne specijalizacije. Liječnici moraju neprestano stjecati nova znanja odnosno pratiti nova dostignuća u razvoju zdravstvene djelatnosti kako bi kroz takvu stručnu osposobljenost omogućili zadovoljavajuću kvalitetu zdravstvene usluge. Odobrenje za samostalan rad nije neograničeno⁸⁷. Svim pružateljima zdravstvenih usluga odobrenje se izdaje na vrijeme od šest godina. Nakon isteka šest godina, odobrenje se mora obnoviti. Osnovni uvjet za obnovu odobrenja jest prikupljeni dovoljan broj bodova u postupku trajne/stručne izobrazbe kroz kojeg zdravstveni djelatnici stječu nova znanja i upoznavaju se sa suvremenim metodama liječenja, dijagnostike, odnosno općenito pružanja zdravstvene zaštite i zdravstvene njege⁸⁸. Uvjetima koje mora posjedovati liječnik da bi dobio

⁸⁰ Na prava i dužnosti zdravstvenih radnika te druga pitanja u vezi s obavljanjem djelatnosti zdravstvenih radnika koja se ne određuju Zakonom o zdravstvenoj zaštiti primjenjuju se prvenstvo odredbe posebnih zakona o profesijama u zdravstvu, kao što su Zakon o liječništvu, zatim Zakon o ljekarništvu, Zakon o o sestrištvu, Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti te Zakon o stomatološkoj djelatnosti (dentalna medicina) te Zakon o zaštiti prava pacijenata. Ovdje možemo ubrojiti i nove zakone, Zakon o primaljstvu i Zakon o fizioterapeutskoj djelatnosti te Zakon o djelatnostima u zdravstvu koji regulira prava i obveze ostalih zdravstvenih radnika.

⁸¹ Za liječnike, vidjeti Pravilnik o izdavanju, obnavljanju i oduzimanju odobrenja za samostalan rad (licence), Hrvatske liječničke komore, od 13. travnja 2001. godine s izmjenama od 16. svibnja 2008. godine, www.hlk.hr.

⁸² Vidjeti bilješku br. 79.

⁸³ Što je ranije, temeljem Zakona o zdravstvenoj zaštiti, bilo propisano samo za liječnike koji obavljaju poslove neposredne zdravstvene zaštite.

⁸⁴ Nakon donošenja strukovnih zakona za druge zdravstvene radnike, propisana je ista obveza.

⁸⁵ Npr. privremeno odobrenje koje se izdaje stranom državljaninu koji namjerava privremeno obavljati zdravstvenu djelatnost u Republici Hrvatskoj.

⁸⁶ Članak 15. Zakona o liječništvu.

⁸⁷ Vidjeti više u BABIĆ T I ROKSANDIĆ S., *Osnove zdravstvenog prava*, str. 100.-104. i ROKSANDIĆ VIDLIČKA S., *Pružatelji zdravstvenih usluga i najčešće povrede prilikom obavljanja zdravstvene djelatnosti*, *Hrvatska pravna revija* 4/2007, str. 68.-69. Što se tiče podjele uređenja u Francuskoj vidjeti MEMÉTEAU G., *Droit médical*, Abrégé, Litec, Paris, 1986., str. 61-70. Ujedno za potpuniji prikaz uređenja u pojedinim državama vidjeti NYS, H. (ed.), *International Encyclopedia of Laws, Medical law*, Volume 1 - 4., Kluwer Law International, 2003.

⁸⁸ Donošenje pravilnika koji uređuje trajnu izobrazbu spada u ostale ovlasti Komore. Tako je hrvatska liječnička komora 19. veljače 2010. godine donijela Pravilnik o trajnoj medicinskoj izobrazbi koji je zamijenio Pravilnik o

odobrenje za samostalan rad (u okviru svoje specijalizacije), bavio se i Europski sud za ljudska prava⁸⁹. Značenje kontinuirane edukacije jest važno i u kontekstu presude Geraets-Smiths i Peerbooms od 12. srpnja 2001. godine. Naime, Europski Sud Pravde je u odluci Geraets-Smiths i Peerbooms bio mišljenja⁹⁰ da se liječnički zahvat treba utvrđivati prema profesionalnim pravilima struke i to prema „stanju međunarodne medicinske znanosti i medicinskim standardima prihvaćenim na internacionalnom nivou“⁹¹. Takvi standardi postoje, no je li moguće da ga pridržavaju u istom obliku svi liječnici, oni u razvijenim i oni u malo manje razvijenim državama, čak i unutar iste države ali u različitim zdravstvenim ustanovama? Ili, kakva edukacija liječnika mora biti da bi se uspostavio i održao takav? Što ako bi liječnik vrlo rado poštivao standard i ima potrebnu edukaciju i znanje, ali organizacijska struktura i dostupnost opreme i materijala nije dostatna? Tako npr. Općinski sud u Virovitici u kaznenom postupku protiv okrivljenika S.G.⁹² zbog kaznenog djela iz članka 240 stavak 1. i 3. Kaznenog zakona u obrazloženju navodi, prilikom odlučivanja o vrsti i visini kaznenopravne sankcije, kao olakotnu okolnost „...da je loše provedenom konzervativnom liječenju bitno pridonijela loša organizacija poslova u bolnici, s obzirom da je oštećenika tijekom liječenja pratilo nekoliko liječnika, a okrivljenik nije imao povratnih informacija od svojih kolega...“ Hrvatski Zakon o sestrinstvu, Zakon o primaljstvu, Zakon o fizioterapeutskoj djelatnosti i Zakon o djelatnostima u zdravstvu propisuju kako nema odgovornosti ako oprema nije bio dostupna, no o tome više u slijedećem naslovu. Osim što

sadržaju, rokovima i postupku stručnog usavršavanja i provjere stručnosti liječnika donesen dana 26. siječnja 2007. godine,. Vidjeti za ostale komore u zdravstvu npr. Pravilnik o stručnom usavršavanju doktora stomatologije itd.

Postupak trajne, odnosno stručne izobrazbe nije postupak u formalnom smislu. Radi se o stručnim skupovima na kojima, u svrhu edukacije, aktivno (kao predavač) ili pasivno (kao slušač) sudjeluje zdravstveni radnik te za to sudjelovanje dobiva određeni broj bodova od nadležne komore. Svaka strukovna komora u djelatnosti zdravstva svojim pravilnicima propisuje i određuje kojoj vrsti stručnih skupova zdravstveni radnik mora prisustvovati te broj bodova koji se dobiva sudjelovanjem na takvim skupovima. Unutar roka važenja odobrenja za samostalan rad, zdravstveni radnik mora sakupiti određeni broj bodova kako bi mu se moglo obnoviti odobrenje. Ukoliko ne sakupi dovoljan broj bodova, zdravstvenom radniku se neće obnoviti odobrenje prije nego što pristupi provjeri stručnosti, odnosno polaganju ispita iz okvira svoje struke (ako je specijalist onda iz okvira svoje specijalizacije). Ispit provodi stručna komisija u organizaciji strukovne komore. Tek nakon uspješno položenog ispita, zdravstvenom radniku će se obnoviti odobrenje na daljnji rok od šest godina.

⁸⁹ „15. *Where legislation lays down conditions for admission to an occupation or profession, a candidate who satisfies them has a right to be admitted to the occupation or profession* (De Moor v. Belgium, judgment of 23 June 1994, Series A No. 292-A, p. 15, § 43). *For example, if the applicant has an arguable case that he or she meets the legal requirements for registration as a doctor, Article 6 of the Convention applies* (Chevrol v. France, No. 49636/99, § 55, ECHR 2003 III ; see, conversely, Bouilloc v. France (dec.), No. 34489/03, 28 November 2006). *At all events, when the legality of proceedings concerning a civil right is challengeable by a judicial remedy of which the applicant has made use, it has to be concluded that there was a “dispute” concerning a “civil right” even if the eventual finding was that the applicant did not meet the legal requirements (right to continue practising the medical specialisation which the applicant had taken up abroad, see Kök v. Turkey, No. 1855/02, § 37, 19 October 2006).*“; Key case-law issues, Compatibility *ratione materiae*, Article 6 (Civil Matters), European Court of Human Rights, 31.12.2006.

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F6BE1230-43A8-4CCC-B922-2C73C06DA66F/0/COURT_n1976793_v3_Key_caselaw_issues__Art_6_para_1__Compatibility_ratione_materiae__civil_matter.pdf.

⁹⁰ Spojeni slučaj br. C-157/99 (*Geraets-Smiths v. Stichting Ziekenfonds VGZ i Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekering*). Odluka od 12. srpnja 2001. godine. Više u članku NICKLESS J, Smits/Peerbooms: Clarification of Kohl and Decker, *Eurohealth* Vol. 7, No. 4, 2001; http://www.euro.who.int/Document/Obs/Eurohealth7_4.pdf.

⁹¹ „Normal in the professional circles should not be interpreted as normal in national medical circles but as normal „according to the state of international medical science and medical standards generally accepted at international level“.

⁹² Presuda br. K-132/06-50 Općinskog suda u Virovitici.

licenca dokazuje stručnu osposobljenost liječnika za obavljanje zvanja, i podredno, njegovu kontinuiranu stručnu edukaciju, što je vrlo važno u medicinskoj struci gdje je potrebno da je liječnik u tijeku sa suvremenim dostignućima, omogućuje i da liječnik koji je grubo prekršio stručna i deontološka pravila svoje struke zauvijek izgubi licencu (nakon provedenog disciplinskog postupka u Hrvatskoj liječničkoj komori⁹³) čime gubi pravo obavljanja neposrednih poslova iz svoje djelatnosti. U procesu donošenja odluka i izbora dijagnostike i odgovarajućeg liječenja licencirani liječnik je samostalan u postupanju sukladno znanstvenim saznanjima i stručno dokazanim metodama koje odgovaraju suvremenom standardu struke. Liječnik je dužan u obavljanju liječničke djelatnosti osobito poštovati načela obavljanja liječničke djelatnosti⁹⁴ te suzdržavati se od svake aktivnosti koja nije spojiva s ugledom, dostojanstvom i neovisnošću liječničkog zvanja⁹⁵. Posebno je pitanje koliko je široka odgovornost liječnika specijalizanta. Prema mišljenju Hrvatske liječničke komore⁹⁶ na kojeg se u obrazloženju presude pozvao Općinski sud u Osijeku⁹⁷ u presudi protiv okrivljene liječnice radi kaznenog djela iz članka 249. stavak 3. KZ-a, „...za stručni rad doktora medicine specijalizanta u poslovima specijalizacije za koju se izražava na kliničkom odjelu, u operacijskoj sali, u dežurstvu ili specijalističkoj ambulanti, odgovoran je doktor medicine specijalist pod čijim nadzorom liječnik specijalizant obavlja medicinske djelatnosti u okviru svoje specijalističke izobrazbe. Doktor medicine specijalizant ne može samostalno dežurati, određivati potrebu invazivnih dijagnostičkih postupaka, diferentnih terapijskih zahvata, niti raditi kao konzultant, a u specijalističkoj ambulanti može raditi samo pod nadzorom specijalista područja za koje se specijalistički izražava. Doktor medicine specijalizant, za vrijeme trajanja izobrazbe, sve do polaganja specijalističkog ispita, nema licencu za obavljanje poslova iz područja određenih specijalnosti za koju se izražava...“. U obrazloženju presude kojom je liječnicu specijalizanticu proglasio krivom sud je naveo kako smatra da radnje koje je poduzela okrivljenica predstavljaju grube povrijeđene profesionalnih pravila postupanja odnosno da su „na prvi pogled uočljiva odstupanja od priznatih pravila struke i znanosti, odnosno da njeni postupci odudaraju od prihvaćenih i prokušanih profesionalnih standarda jer se upustila u provođenje radnje za koju nije dovoljno stručna budući je u kritično vrijeme bila liječnik specijalizant, nije zvala liječnika specijalistu pod čijim nadzorom je trebala raditi niti je primijetila očite znakove koji su upućivali na ozbiljnu ugroženost i patnju ploda...“⁹⁸. Županijski sud u Osijeku, odlučujući povodom žalbe okrivljene liječnice (specijalizantice)⁹⁹, navodi da kod okrivljene postoji krivnja zbog preuzimanja, odnosno smatra da kod iste postoji odgovornost na temelju postojanja prethodne krivnje, „...Okrivljenica je naime u vrijeme inkriminiranog događaja postupala u skladu sa svojim osobnim sposobnostima (glede znanja i vještina), pa joj se samo zbog toga ne bi mogao uputiti prijekor, ali je kriva što se prihvatila djelatnosti za koje nije imala dovoljno

⁹³ Pravilnik o disciplinskom postupku Hrvatske liječničke komore, od 29. listopada 2003., izmijenjenog 12. svibnja 2007. i 14. lipnja 2008. godine. O disciplinskom postupku vidjeti više istoimeni članak Babić T., u Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br. 2/2008.

⁹⁴ Liječnik je temeljni i mjerodavni nositelj zdravstvene djelatnosti koju obavlja poštujući osobito sljedeća načela: 1. stalno održavanje i podizanje kvalitete liječničkih usluga u interesu zdravlja i društvenog blagostanja pučanstva, 2. održavanje i promicanje povjerenja između liječnika i pacijenata te članova njihovih obitelji, 3. poštivanje prava pacijenata, 4. neovisno i profesionalno djelovanje te očuvanje i promicanje slobode i ugleda liječničkog zvanja, 5. promicanje dostojanstvenog i odgovornog profesionalnog ponašanja poštivanjem u radu propisa, pravila struke te kodeksa medicinske etike i deontologije (stavak 2. članka 4. Zakona o liječništvu).

⁹⁵ Članak 4. Zakon o liječništvu.

⁹⁶ Mišljenje Izvršnog odbora Hrvatske liječničke komore od 17.07.2003. godine, doneseno na 46. sjednici temeljem odredbe članka 22. stavka 1. točke 5. Statuta Hrvatske liječničke komore.

⁹⁷ Presuda pod brojem K-442/02-75 od 30. ožujka 2005. godine.

⁹⁸ Vidjeti str. 11. Obrazloženja presude., op.cit prethodna bilješka.

⁹⁹ Presuda broj Kž-438/05-4 od 25. kolovoza 2005. godine

znanja i vještina...“¹⁰⁰. Nastavno na utvrđenje postojanja prethodne krivnje u navedenom slučaju, upitno je da li je potrebno odgovornost okrivljenice, tada specijalizantice vezivati uz prethodnu krivnju, jer samo nepostupanje po pravilima struke, odnosno npr. ne pozivanje starije službe u slučaju opažanja pogoršane zdravstvene situacije pacijenta, predstavlja povredu pravila struke. Drugo je pitanje, u navedenom slučaju doduše hipotetsko, bi li postojala kaznena odgovornost specijalizantice ukoliko bi pokušavala pozvati stariju službu, a ista se ne bi odazivala ili bi bila zauzeta rješavanjem drugog hitnog slučaja. U ovim bi slučajevima također bila važna uloga sudskog vještaka medicinske struke, odnosno Odbora za sudbena mišljenja Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu radi točno utvrđivanja koju je razinu liječenja specijalizantica bila u mogućnosti pružiti. U ovakvim bi se slučajevima moglo postaviti i pitanje efikasnosti organizacije rada službe, što, je, kako je prikazano, predstavljalo olakotnu okolnost za odmjeravanje kazne liječniku iz prvo navedenog primjera. Ukoliko bi se utvrdilo da je efikasnost bila na vrlo niskoj razini, može se postaviti i pitanje kaznene odgovornosti pravne osobe (bolnice) za nesavjesno liječenje. Liječnici su obvezni na savjestan način pružiti zdravstvenu zaštitu, i to bez obzira na dob, spol, rasu, narodnost, vjersko ili političko uvjerenje te društveni položaj, poštujući pri tome ljudska prava i dostojanstvo svake osobe, i vodeći pritom računa o pravilima struke i deontološkim odrednicama¹⁰⁰. Načela obavljanja liječničke djelatnosti zakonodavac je propisao u članku 2. Zakona o liječništvu, a pored navedenih načela, liječniku se ujedno zabranjuje svaka aktivnost koja nije spojiva s ugledom, dostojanstvom i neovisnošću liječničkog zvanja. Važnost etičke komponente liječničke djelatnosti zakonodavac je istaknuo više puta ponavljajući obvezu poštivanja odredbi Kodeksa medicinske etike i deontologije koji sadrži etičke smjernice u obavljanju liječničke djelatnosti, ali i inkriminirajući povredu Kodeksa kao disciplinsku povredu za koju se može izreći disciplinska mjera i kazna. Uzevši u obzir funkcioniranje zdravstvenog sustava i način pružanja zdravstvene zaštite kao sustava društvenih, skupnih i individualnih mjera, usluga i aktivnosti za očuvanje i unaprjeđenje zdravlja, sprječavanje bolesti, rano otkrivanje bolesti, pravodobno liječenje te zdravstvenu njegu i rehabilitaciju¹⁰¹, te uzevši u obzir određenja obavljanja svake pojedine zdravstvene djelatnosti¹⁰², u nastavku razmatram kaznena djela nesavjesnog liječenja, samovoljnog liječenja, nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela, nepružanja medicinske pomoći te izdavanja i uporabe neistinite liječničke ili veterinarske svjedodžbe, polazeći od odgovornosti liječnika¹⁰³ kao temeljnog nositelja zdravstvene djelatnosti.

2. KAZNENO DJELO NESAVJESNOG LIJEČENJA I ODGOVORNOST PRAVNE OSOBE KAO PRUŽATELJA ZDRAVSTVENE DJELATNOSTI ZA POVREDU PRAVILA OBAVLJANJA LIJEČNIČKE DJELATNOSTI

Prilikom utvrđivanja postojanja pogreške, treba uvijek voditi računa kako svaka intervencija koja se poduzima prilikom obavljanja zdravstvene djelatnosti sadrži određeni stupanj rizika. Stoga se u slučajevima nastanka nepovoljne posljedice uslijed poduzimanja takvih

¹⁰⁰ SOLBAKK, J., Physicians' Roles and Patients' Expectations: a Medical Ethics View u Proceedings of the Conference on Human Rights, *Medical Ethics and Medical Conduct*, Ohrid, May 1997, The Norwegian Medical Association, Oslo, 1998., str. 44.-50.).

¹⁰¹ Članak 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

¹⁰² Vidjeti članak ROKSANDIĆ VIDLIČKA, S., Pružatelji zdravstvenih usluga i najčešće povrede prilikom obavljanja zdravstvene djelatnosti, *Hrvatska pravna revija*, broj 4/2007, str. 69. do 73.

¹⁰³ Vidjeti o kaznenoj odgovornosti liječnika i Kurtović, A., Pretpostavke kažnjavanja liječnika u Liječnička pogreška - medicinski i pravni aspekti / Janković, Stipan i Čizmić, Jozo (ur.), *Pravni i Medicinski fakultet Sveučilišta u Splitu*, 2007., str. 93-127.

intervencija, mora jasno razdvojiti da li je do posljedice došlo neželjenim ishodom pojedinog postupka ili je ista nastupila zbog greške pružatelja zdravstvenih usluga¹⁰⁴. No greške zdravstvenih radnika mogu se smatrati protupravnima samo kada su nastale kao rezultat postupanja koje nije bilo u skladu s pravilima struke ili ako je do njih došlo jer zdravstveni radnik nije postupao s dužnom pažnjom¹⁰⁵, odnosno kada je postupao iz nehaja. Do nepovoljnog ishoda liječničke, odnosno zdravstvene intervencije može doći i zbog komplikacije koja se dogodila u postupku liječenja. Naime, komplikacija predstavlja neželjeni ishod medicinskog postupka koji nastaje usprkos medicinski ispravnom i pravodobno izvedenom postupku, koji je izveden pravilnom uporabom ispravne opreme i sredstava (lijekova, kemijskih tvari i slično), uz optimalnu organizaciju rada¹⁰⁶. Takve greške zdravstvenih radnika mogu se razvrstati prema različitim kriterijima. Mogu se razvrstati na one koje se vrše činjenjem i one koje nastaju nečinjenjem, odnosno propuštanjem, zatim na one koje nastaju poduzimanjem neindiciranog ili nepoduzimanjem indiciranog zahvata, te greške koje mogu nastati prilikom provođenja dijagnostičkog ili terapijskog postupka. Također, greške se kvalitativno mogu podijeliti na teže ili na lakše, na greške koje nastaju u organizaciji rada, u informiranju, u nadziranju medicinskih aparata i slično¹⁰⁷. U povredu pravila zdravstvene struke ulazi i otkrivanje liječničke tajne¹⁰⁸. Klasifikacija greške bitna je zbog otkrivanja njezinog uzroka, otkrivanja najčešćih problema u pružanju zdravstvenih usluga, a ima i svoju «pozitivnu» ulogu odnosno služi donošenju smjernica za poboljšanjem kvalitete pružanja zdravstvenih usluga i cjelokupne organizacije zdravstvenog sustava¹⁰⁹. Vezano uz propisivanje odgovornost za greške koje nastanu prilikom pružanja zdravstvene zaštite, na ovom mjestu treba spomenuti i odredbu propisanu u članku 21. Zakona o sestrinstvu. Naime, tim je člankom određeno da medicinska sestra, unatoč primjeni svojeg najboljeg znanja i vještina, nije odgovorna za neprovedeni postupak uslijed kojeg za pacijenta nastane neka šteta, ako poslodavac nije osigurao ordinarne lijekove, sredstva, minimalno potrebni pribor ili tehničku opremu u skladu s minimalnim standardima za provođenje uspješne zdravstvene njege¹¹⁰. U slučaju nemogućnosti provedbe ordiniranog postupka medicinska sestra obvezna je odmah pisano izvijestiti nadređenu osobu i pitanje njezine odgovornosti ponovno se uspostavlja ukoliko nije obavijestila nadređene. Međutim, sudska će praksa odrediti koliko i kada takva odredba može isključiti eventualnu odgovornost medicinskih sestara u obavljanju svoje djelatnosti i prebaciti teret na poslodavca, odnosno vlasnika. Naime, ne predviđaju svi zakoni kojima se reguliraju zdravstvene djelatnosti takvu odredbu što ipak ne bi smjelo dovesti do dvostrukih, odnosno neujednačenih rješenja u sudskoj praksi. Osim Zakona o sestrinstvu, zakoni koji su relativno nedavno doneseni sadrže

¹⁰⁴ Vidjeti za podjelu najčešćih kršenja pravila zdravstvene struke (npr. liječnička i stomatološka grška) u KLARIĆ, P., Odštetna odgovornost medicinskih ustanova i liječnika, *Odgovornost za štetu*, Inženjerski biro d.d., str. 123, Zagreb, 2004., str. 123.; Usp. RADIŠIĆ, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Institut društvenih nauka, Beograd, 1986., str. 121. - 259.

¹⁰⁵ Naime, u Republici Hrvatskoj u građanskom postupku, štetnik (tuženi zdravstveni radnik) mora u postupku naknade štete dokazivati da nije kriv odnosno da je prilikom pružanja zdravstvene usluge postupao lege artis.

¹⁰⁶ predavanje MINIGO, H. I DOMLJAN, Z., Medicinska greška ili komplikacija, Zagreb, 19. svibanj 2006 (cit. Deutsch). Više o klasifikacijama neželjenih događaja vidjeti posljednji podnaslov.

¹⁰⁷ KLARIĆ P., Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih radnika za štetu, *Hrvatska pravna revija*, broj 9/2001, str.31.

¹⁰⁸ ČIZMIĆ J., Pravno uređenje instituta liječničke tajne u hrvatskom pravu, *Pravo i porezi*, broj 2/2007, str. 12 do 25.

¹⁰⁹ ČEPULIĆ, E., ROKSANDIĆ VIDLIČKA, S. I BABIĆ, T., Skandinavski modeli osiguranja od medicinske greške – mogu li zaživjeti u okviru naših propisa, *Okrugli stol Građanskopravna odgovornost u medicini*, HAZU, Zagreb, 2008., str. 125. do 133.

¹¹⁰ Minimalni kriteriji propisani su Pravilnikom o minimalnim uvjetima u pogledu prostora, radnika i medicinsko-tehničke opreme za obavljanje zdravstvene djelatnosti (narodne novine br. 90/04, 38/08).

takve odredbe, a to su Zakon o primaljstvu¹¹¹, Zakon o fizioterapeutskoj djelatnosti¹¹² te Zakon o djelatnostima u zdravstvu¹¹³. Ukoliko zdravstvena ustanova ne osigura potrebne uvjete za rad cjelokupnom osoblju, pitanje odgovornosti, uključivo kaznene, može se protegnuti i na samu zdravstvenu ustanovu. Iz analiziranih kaznenih presuda koje se navode u ovom radu vidljivo je da sudovi prilikom odlučivanja o kaznenoj odgovornosti okrivljenih liječnika, odnosno zdravstvenih radnika¹¹⁴, ne zaobilaze pitanja utvrđenja organizacije rada. Tako, kao što sam već navela, Općinski sud u Virovitici u kaznenom postupku protiv okrivljenika S.G.¹¹⁵ zbog kaznenog djela iz članka 240 stavak 1. i 3. Kaznenog zakona u obrazloženju navodi, prilikom odlučivanja o vrsti i visini kaznenopravne sankcije, kao olakotnu okolnost „...*da je loše provedenom konzervativnom liječenju bitno pridonijela loša organizacija poslova u bolnici, s obzirom da je oštećenika tijekom liječenja pratilo nekoliko liječnika, a okrivljenik nije imao povratnih informacija od svojih kolega...*“. Također u pravomoćnom predmetu Općinskog suda u Šibeniku¹¹⁶ protiv okrivljenika, dežurnog kirurga, što kao doktor medicine iz nehaja nije primijenio mjere za zaštitu bolesnika prema pravilima medicinske struke, uslijed čega je postojeća bolest znatno pogoršana čime je počinio teško kazneno djelo protiv zdravlja ljudi iz članka 249. stavak 3. u svezi članka 240. stavak 1. i 3. KZ-a, sud je u vrlo detaljnom obrazloženju krenuo od utvrđenja organizacije rada : „...*Nadalje, budući je, a što nije sporno, i kako je u postupku i utvrđeno, pacijent, ošt. R.C., od njegovog dovoženja u šibensku bolnicu i to prvotno u kiruršku ambulantu a potom i na Kirurški odjel Opće bolnice u Šibeniku, sve do transporta oštećenika u KB Split, pregledan od strane više liječnika, postavlja se stoga i pitanje koji je od tih liječnika bio dužan provesti hitnu i potpunu obradu pacijenta R.C. u smislu utvrđivanja uzroka komatoznog stanja istog pacijenta, odnosno diferencijacije eventualne etiliziranosti od kraniocerebralne traume, te odlučiti o njegovu prebacivanju u KB Split budući da bolnica u Šibeniku nema liječnika specijalistu neurokirurga.*“. Što se tiče organizacije rada, odnosno pri definiranju najboljeg optimalnog sustava za rješavanje slučajeva nesavjesnog liječenja, slažem se sa Studdertom i Brennanom¹¹⁷ da je potrebno organizirati sustav, između ostalog, koji bi trebao ohrabrivati liječnike i ostale pružatelje zdravstvenih usluga da prijavljuju pogreške, osobito one koje uzrokuju medicinsku povredu (podaci bi se trebali proučavati kako bi se razumjeli odlučujući strukturalni faktori učestalih pogrešaka, kao i rizični, trajni obrasci ponašanja koji ih uzrokuju) te da bi sustav trebao težiti poboljšanju kvalitete¹¹⁸. Kada je organizacija obavljanja zdravstvene djelatnosti na najefikasnijoj razini, mogućnost pojave grešaka je smanjena. Za počinjenje liječničku grešku, zdravstveni radnici odgovaraju i kazneno i to prvenstveno sukladno odredbama kaznenog djela nesavjesnog liječenja (članak 240. KZ-a).

¹¹¹ Članak 21.

¹¹² Članak 19.

¹¹³ Članci 15., 34., 52. i 70.

¹¹⁴ Vidjeti pravomoćnu presudu Općinskog suda u Osijeku br. I-K-844/07-23 od 04. prosinca 2008. godine kojom se od optužbe da su počinili kazneno djelo nepružanja medicine pomoći (čl. 243. KZ-a) oslobađaju dva medicinska tehničara unatoč činjeci da „*dežurni dispečeri kritičke zgrade nisu u dovoljnoj mjeri postupali u skladu s pravilima struke*“ jer je za postajnje kaznenog djela nepružanja medicinske pomoći „*neophodno da se u dokaznom postupku na nedvojbena način utvrdi da zdravstveni djelatnik, što su u konkretnom slučaju bili okrivljenici, ne pruži neodgovivnu medicinsku pomoć bolesniku ili osobi koja je takva pomoć potrebna zbog izravne opasnosti za njezin život.*“ Upravo radi strukture ovog kaznenog djela, pitanje je da li bi presuda bila drugačije da su okrivljenici optuženi za neko drugo djelo iz Glave kaznenih djela protiv zdravlja ljudi.

¹¹⁵ Presuda br. K-132/06-50 Općinskog suda u Virovitici.

¹¹⁶ Presuda K-530/99 od 07. travnja 2000. godine (presuda je potvrđena od strane Županijskog suda u Šibeniku, broj Kž-124/01 dana 02. svibnja 2002. godine).

¹¹⁷ STUDDERT D.M., BRENNAN T.A., No-fault compensation for medical injuries, The prospect for error prevention, *JAMA*, July 11, 2001-Vol 286, no.2, str. 219.

¹¹⁸ Detaljnije vidjeti u posljednjem podnaslovu.

Osim kaznene odgovornosti, liječnici mogu odgovarati i građanskopravno, prekršajno i disciplinski za istu povredu, što svakako treba imati na umu prilikom donošenja izmjena i dopuna Kaznenog zakona. Također, što je manje sporno, kaznena i prekršajna odgovornost liječnika ili disciplinska odgovornost u zdravstvenoj ustanovi, trgovačkom društvu ili drugoj pravnoj osobi koja obavlja zdravstvenu djelatnost ne isključuje disciplinsku odgovornost liječnika pred Komorom. No međutim, donošenjem presude Maresti protiv Republike Hrvatske od 23. srpnja 2009. godine¹¹⁹, preklapanje više aspekata odgovornosti za istu činjenično stanje dovodi u pitanje postojanje kaznene i prekršajne odgovornosti za istu povredu. Kao što sam već navela, zoran primjer je otkrivanje profesionalne (liječničke) tajne koje je određeno kao povreda u svim trima postupcima (disciplinskom, kaznenom i prekršajnom (na više mjesta)). Osnovno obilježje kaznenog djela nesavjesnog liječenja¹²⁰ jest obavljanje zdravstvene djelatnosti protivno odredbama struke, koje čini liječnik¹²¹ odnosno doktor stomatologije¹²². Drugi zdravstveni radnici u stavku 1. članka 240. *de lege lata* nisu spomenuti. Možda i zbog činjenice da je za pojedine pružatelje zdravstvenih usluga kaznena odgovornost određena u sporednom kaznenom zakonodavstvu¹²³. U svakom slučaju, *de lege ferenda* trebalo bi voditi računa o „zaboravljenim“ profesijama, te pitanje njihove odgovornosti riješiti u odredbi koja će regulirati nesavjesno liječenje u Kaznenom zakonu. Ovo se kazneno djelo *de lege lata* sastoji u propustu liječnika ili doktora stomatologije koji svoju djelatnost ne obavljaju u skladu sa mjerama za zaštitu bolesnika prema pravilima medicinske struke pa zbog toga prouzroči pogoršanje bolesti ili narušenje zdravlja neke osobe¹²⁴. No, u posljedici se mora realizirati upravo ona opasnost koja je nastala zbog povrede pravila struke, što neće biti slučaj ukoliko bi do iste posljedice za pacijenta došlo i da je liječnik postupao u skladu s pravilima struke (tzv. „propisno alternativno ponašanje“^{125c}). Znači, kako se radi o djelu koje je *delictum proprium*, može ga počiniti liječnik ili stomatolog u okviru svoje djelatnosti¹²⁶. Tri su vrste propusta koje navodi Kazneni zakon kod kaznenog

¹¹⁹ Za cjelokupnu Odluku vidjeti: <http://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/Praksa>.

¹²⁰ Članak 240. Kaznenog zakona. Ukoliko je kaznenim djelom nesavjesnog liječenja koje je počinjeno s namjerom, prouzročena teška tjelesna ozljeda neke osobe, ili joj je zdravlje teško narušeno ili joj je postojeća bolest znatno pogoršana, počinitelju se može izreći kazna zatvora od jedne do osam godina, a ako je uslijed navedenog djela, kao posljedica nastupila smrt jedne ili više osoba, počinitelju se može izreći kazna zatvora od tri do deset godina. Navedene kvalificirane posljedice Zakon navodi i za slučaj da je djelo počinjeno iz nehaja propisujući pritom kaznu zatvora od šest mjeseci do pet godina ako je kao posljedica prouzročena teška tjelesna ozljeda neke osobe, ili joj je zdravlje teško narušeno ili joj je postojeća bolest znatno pogoršana, dok je za nastupanje smrti jedne ili više osoba propisana kazna od jedne do osam godina.

¹²¹ KZ navodi doktor medicine.

¹²² Nakon novih izmjena Zakona o stomatološkoj djelatnosti primjereni izraz je doktor mentalne medicine.

¹²³ Sporedno kazneno zakonodavstvo u području zdravstvenog prava čine zakoni kojima se određena ponašanja, izvan inkriminacija predviđenih u Kaznenom zakonu, određuju i kvalificiraju kao kaznena djela. Takve „sporedne“ inkriminacije sadrže Zakon o ljekarništvu i Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti. Ostali zdravstveni zakoni ne propisuju kaznena djela već određena ponašanja kvalificiraju kao prekršaje. Zakon o ljekarništvu u članku 55. propisuje da će se novčanom kaznom do stopepedeset dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do šest mjeseci kazniti svaka osoba koja obavlja ljekarničku djelatnost protivno odredbama toga Zakona. Strožom kaznom, tj. novčanom kaznom do stopepedeset dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do jedne godine, kaznit će se počinitelj koji, protivno odredbama Zakona o ljekarništvu, obavlja ljekarničku djelatnost uz nagradu ili radi zarade. Sličnu odredbu sadržava i Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti koji u članku 58. propisuje da će se novčanom kaznom do stopepedeset dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do šest mjeseci, kazniti svaka osoba koja, protivno odredbama Zakona, pruža medicinsko-biokemijske usluge. Počinitelja koji, protivno odredbama Zakona o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti, pruža medicinsko-biokemijske usluge uz nagradu ili radi zarade, kaznit će se novčanom kaznom do stopepedeset dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do jedne godine (vidjeti više u BABIĆ/ROKSANDIĆ, str. 206 nadalje (poglavitno do str. 236.).

¹²⁴ Kazneno djelo jest materijalno, ako nema posljedice, nema niti djela.

¹²⁵ NOVOSELEC P., *ibid.*, str. 176.

¹²⁶ Liječnička djelatnost obuhvaća (članak 3. Zakona o liječništvu):

djela nesavjesnog liječenja i to:

1. neprimjenjivanje mjera za zaštitu bolesnika prema pravilima medicinske struke,
2. primjena očito nepodobnog sredstva ili načina liječenja,
3. nesavjesno postupanje uopće.

Neprijemjivanje mjera za zaštitu bolesnika prema pravilima medicinske struke obuhvaća svako djelovanje koje ne doseže, odnosno prelazi okvire pravila struke i nije u skladu sa provjerenim standardima suvremene medicinske znanosti. Za utvrđivanje o kojem se standardu radi, može nam pomoći slučaj *Geraets-Smiths/Peerbooms*, u kojemu je Europski sud pravde odlučio da se 'obično liječenje'/ 'običan pregled' – '*normal treatment*', osigurano ili financirano od strane nacionalnog prava, mora shvatiti kao liječenje/pregled prema međunarodnoj medicinskoj znanosti i medicinskim standardima prihvaćenim na međunarodnoj razini. Kao što je Nys istakao¹²⁷, ako se to pravilo dosljedno primjenjuje, ono stvara put za usklađivanje prava na zdravstvene usluge kao što se brine za pravo na usporedne zdravstvene usluge diljem Europske Unije. Naime, Europski Sud Pravde je u odluci *Geraets-Smiths i Peerbooms* bio mišljenja da se liječnički zahvat treba utvrđivati prema profesionalnim pravilima struke ali ne prema nacionalnim standardima nego prema „stanju međunarodne medicinske znanosti i medicinskim standardima prihvaćenim na internacionalnom nivou“. Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini navodi kako se svaki zahvat na području zdravstva, uključujući istraživanje, mora provoditi u skladu s relevantnim profesionalnim obvezama i standardima¹²⁸. Iako i liječnici u Republici Hrvatskoj pružaju usluge prema tzv. zlatnom standardu, ne možemo izbjeći pitanje da li se uistinu isti može u potpunosti primjenjivati ako uvjeti nisu posve odgovarajući (oprema, organizacija, kadrovi). Naime, zbog moralnog elementa sadržanog u utvrđivanju i pridržavanju standarda, odnosno ponašanja u skladu s dobrim stručnjakom (s povećanom pažnjom kakva se od stručnjaka u obavljaju svoje djelatnosti očekuje), možemo reći da se treba raditi o standardu koji je bio ostvariv ako je liječnik postupao savjesno i svjesno. Ako je standard uzdignut na previsoku razinu, postaje nedostižan i neostvariv te teško možemo ući u područje odgovornosti temeljene na krivnji¹²⁹. Ako je standard postavljen previsoko, možemo govoriti i težnji ka uspostavi objektivne odgovornosti, što nije u skladu s razvojem kaznenog prava i njegovim dostignućima. Upravo zato element razumnog mora ostati bitan sastojak utvrđivanja standarda. No, nije samo važno što se razumno moglo primijeniti nego i da li je ponašanje

-
1. pregled kojim se utvrđuje postojanje ili nepostojanje tjelesnih, odnosno psihičkih bolesti, tjelesnih oštećenja ili anomalija,
 2. procjenu stanja iz točke 1. stavka 2. ovoga članka pomoću medicinskih dijagnostičkih instrumenata, postupaka i sredstava,
 3. liječenje i rehabilitaciju,
 4. davanje pripravaka krvi i krvnih derivata,
 5. sprječavanje bolesti, zdravstveni odgoj i savjetovanje,
 6. brigu o reproduktivnom zdravlju te pomoć pri porođaju,
 7. propisivanje lijekova, medicinskih proizvoda i pomagala,
 8. uzimanje i presađivanje organa i tkiva,
 9. mrtvozorništvo i obdukciju umrlih osoba,
 10. izdavanje liječničkih uvjerenja, svjedodžbi, potvrda i mišljenja i
 11. druge radnje sukladno općim i posebnim propisima.

¹²⁷ NYS H., Comparative health law and the harmonization of patients' rights in Europe, *European Journal of Health Law* 8 (2001), str. 318.

¹²⁸ Članak 4. Konvencije

¹²⁹ Vidjeti više u MERRY A. I MCCALL SMITH, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge University Press, 2003., str. 155 i dalje.

liječnika kao stručnjaka bilo predvidljivo u smjeru poštivanja i ponašanja u skladu sa zlatnim standardom. U svakom slučaju, pravila objektivne dužne pažnje kod kaznenog djela nesavjesnog liječenja proizlaze iz pravila struke kojih se liječnik, odnosno drugi zdravstveni radnik, dužan pridržavati¹³⁰. Primjena očito nepodobnog sredstva ili načina liječenja praktički proizlazi iz nepridržavanja pravila medicinske struke. Utvrđivanje da li se radi o nepodobnom sredstvu ili načinu liječenja također je prepuštena pravilima struke i stručnim standardima, ali općenito se može smatrati da bi se nepodobnim sredstvom moglo smatrati svako ono sredstvo čija primjena nije u skladu sa osnovnom zadaćom zdravstvenih radnika, a to je poštivanje ljudskog života od njegova početka do smrti, promicanje zdravlja te sprečavanje i liječenje bolesti uz poštivanje tjelesnog integriteta pacijenta¹³¹. Tako bi očito nepodobna sredstva bila lijekovi, instrumenti, kemijske supstance i sl., a način liječenja odnosi se na primjenu načina kojeg nije trebalo primijeniti, npr. kirurški zahvat, kemoterapija, zračenje, postupci poduzeti radi dijagnoze, liječenja i rehabilitacije itd¹³². Upravo zbog specifičnosti utvrđivanja koje bi sredstvo bilo očito nepodobno odnosno dokazivanja da li je upotrijebljeno sredstvo doista i bilo očito nepodobno, sud se koristi vještacima medicinske struke. Odnosno, kod sve tri navedene vrste propusta sud bi morao temeljiti svoju odluku na nalazu i mišljenju vještaka. Nepriistranost liječnika koji sudjeluje kao sudski vještak je jedan od *condicio sine qua non* pravičnog vođenja postupka, kako kaznenog tako i građanskog. Previše puta je do sada bilo isticano kako "...nepriistranost liječnika-vještaka, zbog staleške solidarnosti, može u nekim slučajevima biti vrlo upitna^{133c} i to ne samo u postupcima protiv drugog liječnika ili zdravstvene ustanove već i u drugim postupcima u kojima liječnik kao sudski vještak može sudjelovati. Ponekad su te izjave bile neprimjerene, a ponekad su ipak pogadale bit problema. Upravo zbog toga, važno je da je za davanje mišljenja i nalaza u određenom sudskom postupku imenovan točno onaj vještak koji je specijalist u području u kojem bi trebao vještačiti ili se nalazi u timu vještaka¹³⁴. Naime, liječnik može obavljati svoje zvanje samo u okviru svoje izobrazbe određene odobrenjem za samostalan rad (licence). Liječniku sa specijalizacijom, odnosno užom specijalizacijom daje se licenca za rad u području specijalnosti ili uže specijalnosti za koju je stručno osposobljen. Imenovanjem takvih vještaka u sudskim postupcima uvelike bi olakšao postupak dokazivanja i spriječio da se u istom postupku imenuje više vještaka dok se potpuno ne razjasni predmet vještačenja, odnosno spriječilo bi mogućnost ukidanja presuda od strane drugostupanjskih sudova i vraćanja predmeta na ponovno suđenje zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja¹³⁵. Naravno, imenovanje liječnika „prave“ specijalizacije nije jedini preduvjet ispravnosti nalaza i

¹³⁰ Vidjeti o povrdi objektivne i subjektivne dužne pažnje u NOVOSELC P., op.cit., str. 269.-272.

¹³¹ BABIĆ I ROKSANDIĆ, ibid. str. 192.

¹³² TURKOVIĆ K, Kaznena djela protiv zdravlja ljudi u *Posebni dio Kaznenog prava*, Novoselec p. (ur.), Pravni fakultet u Zagrebu, 2007, str. 258.

¹³³ KLARIĆ P., Odštetna odgovornost medicinskih ustanova i liječnika u Zborniku radova *Odgovornost za štetu*, inženjerski biro d.d., Zagreb, 2004., str. 115., zatim CRNIĆ I., *Odgovornost za rezultat liječenja- između Hamurabija i Platona*, *Hrvatska pravna revija*, 7/2007, str. 13 i dalje, vidjeti i MATIJEVIĆ B., *Osiguranje od profesionalne odgovornosti u djelatnosti zdravstva*, *Hrvatska pravna revija*, 8/2008., str. 48., ROKSANDIĆ VIDLIČKA S., *Liječnici kao stalni sudski vještaci - uvjeti za imenovanje i uloga u parničnom postupku u Liber amicorum Zvonimir Špeaprović*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2009.

¹³⁴ Npr. Odbor za sudbena mišljenja Medicinskog fakulteta u Zagrebu. Vidjeti i GORETA M., *Profesionalana odgovornost psihijatra*, Organizator, 2010., ŠKAVIĆ J. I ZEČEVIĆ D., *Komplikacija i greška – sudskomedicinski pristup*, u *Građanskopravna odgovornost u medicini*, HAZU, Zagreb, 2008., str. 23.- 31.

¹³⁵ Zbog navedenih razloga, mišljenja sam da je uvođenje licence izmjenama Pravilnika o stalnim sudskim vještacima pozitivan pomak koji bi trebao olakšati posao sucima u smislu da bolje razlikuju i vrednuju različitu kvalitetu vještaka te njihovu medicinsku educiranost u području u kojem je potrebno vještačenje u pojedinom predmetu.

mišljenja vještaka¹³⁶, ali je sigurno jedna od stepenica koje je potrebno prijeći da bi se utvrdilo potpuno i pravilno činjenično stanje u sudskom postupku. Nesavjesno postupanje uopće obuhvaća sve radnje koje se ne bi mogle podvesti pod već opisana postupanja već se javljaju kao svojevrsna popratna djelovanja prilikom obavljanja liječničke i stomatološke profesije (dentalne medicine). Tu je moguće svrstati eventualni propust u nadzoru nad radom djelatnika koji su podređeni liječniku ili doktoru stomatologije te zajedno s njim obavljaju zdravstvenu djelatnost, ali isto tako i propuste koji bi obuhvaćali svaki nesavjesni postupak koji bi mogao imati za posljedicu pogoršanje bolesti ili narušenje zdravlja neke osobe (npr. propuštanje primjene odgovarajućih sredstava zaštite na radu ili nepravilno rukovanje medicinskim aparatima)¹³⁷. U pravomoćnoj presudi protiv S.G. zbog kaznenog djela iz članka 240. stavak 1. i 3. KZ-a, osuđen je doktor medicine za obavljanje svoje djelatnosti iz nehaja jer je „uopće nesavjesno postupao” pa je zbog toga prouzročio pogoršanje bolesti : „...ovakvo mišljenje i postupak okrivljenika ukazuje na nemarnost, nebrigu za pacijenta, a prema prihvatljivom mišljenju medicinskog vještaka prof. J.Š., ukoliko je liječnik a priori siguran da metoda koju izabere neće dati pozitivan rezultat, a ipak se odluči za tu metodu, učinio je grešku.” Prema tome, sud je utvrdio da je „okrivljenik, kao doktor medicine, bio svjestan svog djela koje je učinio na način opisan u izreci, lakomisleno smatrajući da nije potrebno izvršiti repoziciju slomljenih kosti i iščašenih zglobnih tijela, što je imalo za posljedicu krivo srastanje i deformaciju stopala te otežani hod”. Zakonom je također predviđeno kažnjavanje i ostalih zdravstvenih radnika koji obavljajući svoju djelatnost ne primjenjuju mjere za zaštitu bolesnika ili ne postupaju prema pravilima svoje struke, ili obavljaju zdravstvenu djelatnost u prostoru za koji nemaju propisano odobrenje za rad, odnosno koji uopće nesavjesno postupaju te time prouzroče pogoršanje bolesti ili narušenje zdravlja neke osobe. Upravo u ovoj odredbi dolazimo do pitanja utvrđivanja kaznene odgovornosti pravnih osoba pružatelja zdravstvenih usluga. Naime, kako nam sam Zakon o sestrinstvu ukazuje, individualnim počiniteljima, odnosno pružateljima zdravstvenih usluga bit će otežano slijediti standard pravila struke i ponašati se u skladu s dobrim profesionalcem ako osnovni uvjeti rada nisu zadovoljeni za što je direktno odgovoran poslodavac, odnosno vlasnik pružatelja. Primarni cilj sustava koji ima u cilju sigurnost pacijenata jest stvaranje okruženja u kojem je pojedincu, npr. liječniku, otežano počinjenje grešaka¹³⁸. No, također je važno priznati činjenicu da se greške događaju, te predvidjeti gdje je njihova mogućnost pojave najveća. Kazneno djelo nesavjesnog liječenja, *delicata propria*, moguće je počiniti s namjerom ili iz nehaja. Namjera se sastoji u tome da je počinitelj svjestan da postupa suprotno pravilima struke te da upravo takvo postupanje želi ili pristaje na njega¹³⁹. Djelo je *mixtum compositum* jer se posljedica pogoršanja bolesti ili narušenja zdravlja sastoji od povređivanja i u odnosu na nju počinitelj mora postupati s nehajem¹⁴⁰, a ne smatra se objektivnim uvjetom kažnjivosti. Ukoliko bi se iste smatrale objektivnim uvjetom kažnjivosti¹⁴¹ u odnosu na njih se ne bi tržila krivnja te bi na taj način odgovornost liječnika približile objektivnoj odgovornosti. Upravo zato, kazneno djelo je potrebno i *de lege ferenda* zadržati kao posebno kazneno djelo, no uz temeljiti pristup razradi njegova bića, na način da se točno utvrdi tko i za koje povrede odgovara, uz eventualnu mogućnost utvrđivanja nižeg kaznenog okvira sankcija ukoliko je do

¹³⁶ Ili sudjelovanje liječnika specijalista u timu vještaka.

¹³⁷ BABIĆ I ROKSANDIĆ, *ibid.*, str. 198.

¹³⁸ Vidjeti više FURROW B.R., GREANY T.L. ET AL., *Liability and quality issues in health care*, Thomson West, 2006, str. 48.

¹³⁹ Vidjeti i TURKOVIĆ, *ibid.*, str. 259.

¹⁴⁰ Tretira se kao teža posljedica u smislu čl. 43. St. 2 KZ-a.

¹⁴¹ Tako smatraju BAČIĆ I ŠEPAROVIĆ, posebni dio kaznenog prava, str. 241, Komentar KZ-a. PAVIŠIĆ I VEIĆ, str. 454. te KOKIĆ I., *Kaznenopravni sadržaj odnosa liječnika prema pacijentu*, magistarski rad, Pravni fakultet u Zagrebu, str. 64.

povrede došlo uslijed neadekvatne organizacije rada. Kazneno djelo samovoljnog liječenja¹⁴² zahtijevat će pak detaljnija načelna preispitivanja *de lege ferenda*. Za pretpostaviti je da se kao oblik krivnje u slučaju počinjenja kaznenog djela nesavjesnog liječenja češće pojavljuje nehaj, što je vidljivo iz naprijed citiranih presuda. Nehaj se može pojaviti ne samo zbog lakomislenosti pružatelja, već i zbog neiskustva, premorenosti ili nekih drugih čimbenika na strani počinitelja, što ne dovodi u pitanje i njegovu odgovornosti u većini slučajeva, ali bi trebalo uzeti u obzir kao olakotne okolnosti pri odmjeravanju kazne. Također, kao mogući «posredni» uzrok počinjenja ovog kaznenog djela, može se javiti i neadekvatna organizacija (npr. rasporedi dežurstava, pripravnosti, nedostatak potrebnog materijala itd.), što definitivno stavlja pravnu osobu pružatelja pod pitanje da li je i sama kazneno odgovorna. Kako su kaznena djela protiv zdravlja ljudi uglavnom blanketna djela, a medicinsko kazneno pravo zahtjeva i poznavanje propisa zdravstvenog prava, ovdje smatram potrebnim navesti i sljedeće presude, koje iako nisu sve kaznene, mogu pomoći u utvrđivanju odredba kaznenih djela protiv zdravlja ljudi *de lege ferenda*. Naime, što se tiče common law prava i direktne odgovornosti poslodavca u slučajevima naknade štete pacijentima, zanimljive su presude *Cassidy vs. Ministry of health*¹⁴³ te *Wilsher v. Essex Area Health Authority*¹⁴⁴ (Velika Britanija), čija obrazloženja su od značaja za pitanje utvrđivanja odgovornosti pružatelja zdravstvene zaštite. Naime, ona zdravstvena ustanova koja posluje na način da ne uspijeva pružiti liječnicima potrebnu razinu znanja i iskustva da mogu pružati usluge koje sama bolnica nudi, može biti direktno odgovorna za propust pacijentu. U predmetu *Ellis vs. Wallsend District hospital*¹⁴⁵, žalbeni sud Novog Južnog Wales-a (Australija) je zaključio da u slučaju kada bolnica nudi cijeli niz postupaka, za pretpostaviti je da preuzima odgovornost osigurati pacijentu kompletnu profesionalnu liječničku uslugu. Bolnice imaju dužnost zaposliti profesionalne i kvalificirane zdravstvene radnike, osigurati da je rad i osoblje primjereno vođeno i nadgledano, osigurati opremu, materijale i potporu za pružanje zdravstvene djelatnosti te uspostaviti siguran i stručan način rada svog osoblja¹⁴⁶. Te nadležnosti nisu uopće periferne. Prema brojnim istraživanjima zamor djelatnika i prekovremeni sati su jedan od glavnih uzroka propusta zdravstvenog osoblja¹⁴⁷ i vrlo važni prilikom utvrđivanje njihove odgovornosti. Naglašavam kako je temelj odgovornosti pravne osobe kazneno djelo odgovorne osobe¹⁴⁸ te da je odgovorna osoba povrijedila neku dužnost pravne osobe ili ostvarila ili trebala ostvariti protupravnu imovinsku korist za sebe ili za drugoga. Ovdje opet dolazimo do pitanje organizacije zdravstvenog sektora i ustanova na pojedinoj razini obavljanja zdravstvene djelatnosti, odgovornost ravnatelja, upravnog vijeća te vlasnika zdravstvenih ustanova. Ukoliko je kaznenim djelom nesavjesnog liječenja koje je počinjeno s namjerom, prouzročena teška tjelesna ozljeda neke osobe, ili joj je zdravlje teško narušeno ili joj je postojeća bolest znatno pogoršana, počinitelju se može izreći kazna zatvora od jedne do osam godina, a ako je uslijed navedenog djela, kao posljedica nastupila smrt jedne ili više osoba, počinitelju se može izreći kazna zatvora od tri do deset godina. Navedene

¹⁴² Vidjeti sljedeći podnaslov

¹⁴³ *Cassidy v. Ministry of health* (1951) 2 K.B. 343 at 360.

¹⁴⁴ *Wilsher v. Essex Area Health Authority* (1986) 3 All E.R. 801 at 833.

¹⁴⁵ *Ellis vs. Wallsend District Hospital* (1990) 2 Med. L.R. 103 at 128.

¹⁴⁶ HEALY J., *Medical Negligence: Common law Perspectives*, London, Sweet & Maxwell, 1999., str. 43.

¹⁴⁷ Vidjeti više posljednje poglavlje.

¹⁴⁸ Članak 3. stavak 1. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, Narodne novine br. 151/03, 110/07. Vidjeti i DERENČINOVIĆ D., *Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela s uvodnim napomenama, komentarskim bilješkama, pojmovnim kazalom i bilješkama*, Nocchi, Zagreb, 2003. DERENČINOVIĆ D., *Odgovornost pravnih osoba u hrvatskom kaznenom pravu*, *Hrvatska pravna revija*, 12/2002, 116.-130. Vidjeti i ĐURĐEVIĆ Z., *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih osoba kaznena djela*, Narodne novine d.d., 2005.

kvalificirane posljedice Zakon navodi i za slučaj da je djelo počinjeno iz nehaja propisujući pritom kaznu zatvora od šest mjeseci do pet godina ako je kao posljedica prouzročena teška tjelesna ozljeda neke osobe, ili joj je zdravlje teško narušeno ili joj je postojeća bolest znatno pogoršana, dok je za nastupanje smrti jedne ili više osoba propisana kazna od jedne do osam godina. Znači, ako nastupi teška ozljeda ili zdravlje bude teško narušeno ili bude prouzročena smrt jedne ili više osoba raditi će se o kvalificiranom kaznenom djelu, teškom djelu protiv zdravlja ljudi. Navedene posljedice moraju biti obuhvaćene nehajem počinitelja. Ako je teža posljedica namjerno izazvana, radit će se o stjecaju ovoga kaznenog djela i kaznenog djela ubojstva ili odgovarajuće tjelesne ozljede. Ukoliko se radi o nanošenju teške tjelesne ozljede koja je uzrokovana namjerno, kazna je manja ako se izračunava prema pravilima o stjecaju u usporedbi s kaznenim djelom prouzročenja teške tjelesne ozljede iz nehaja kao kvalificiranom djelu nesavjesnog liječenja¹⁴⁹.

3. KAZNENO DJELO IZDAVANJA I UPORABE NEISTINITIH LIJEČNIČKIH ODNOSNO VETERINARSKIH SVJEDODŽBI KAO POSEBNO KAZNENO DJELO U HRVATSKOM KAZNENOM ZAKONU

Izdavanje i uporaba neistinite liječničke ili veterinarske svjedodžbe (članak 316. KZ-a) jest inkriminacija koja se odnosi na izdavanje i uporabu neistinitih isprava izdanih u obavljanju zdravstvene djelatnosti. Djelo je usmjereno protiv pravnog dobra vjerodostojnosti isprava. Može ga počinuti liječnik, doktor stomatologije ili veterinar koji izda neistinitu liječničku ili veterinarsku svjedodžbu, ali i svaka druga osoba koja uporabi liječničku odnosno veterinarsku svjedodžbu, iako zna da je neistinita. Izdavanje neistinite svjedodžbe zapravo znači potvrđivanje neistinitih činjenica koje čine sadržaj svjedodžbe te se tada takva isprava upotrebljava kao prava odnosno istinita¹⁵⁰. Ukoliko liječnik, doktor stomatologije ili veterinar djeluju kao službene osobe, radit će se o djelu krivotvorenja službene isprave opisanom u članku 312. KZ-a. Djelo je dovršeno izdavanjem neistinite svjedodžbe trećoj osobi, a može biti počinjeno jedino s namjerom. Prema Novoselcu, domet ovog kaznenog djela je vrlo sužen jer se odnosi na liječnike i veterinare koji imaju privatne ordinacije, tj. nemaju svojstvo službene ni odgovorne osobe¹⁵¹. Propisano je i blaže kažnjavanje nego za krivotvorenje isprave (članak 311. KZ-a) i krivotvorenje službene isprave (članak 312. KZ-a). Liječnika, doktora stomatologije ili veterinara koji izda neistinitu svjedodžbu, može se kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine. Znači, ako privatna ordinacija ima ugovor s HZZO-om o pružanju zdravstvene zaštite i sukladno tome radi u Mreži javne zdravstvene službe¹⁵², radit će se o odgovornoj osobi, odnosno takvi liječnici, odnosno stomatolozi trebali bi odgovarati po članku 312. KZ-a. Ovim se kaznenim djelom kažnjava također i svaka osoba koja uporabi liječničku odnosno veterinarsku svjedodžbu, iako zna da je neistinita i to novčanom kaznom do stope deset dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do šest mjeseci. Propisana kazna je manja od kazne koju zakon određuje za uporabu krivotvorene isprave u članku 311. KZ-a. Zakon o liječništvu kada navodi što sve obuhvaća liječnička djelatnost, spominje i izdavanje liječničkih uvjerenja, svjedodžbi, potvrda i mišljenja. Prema tome, ako je došlo do pogoršanja bolesti ili narušenja zdravlja neke osobe zbog izdavanja neistinitih liječničkih svjedodžbi, počinitelj liječnik bi se mogao kazniti za kazneno djelo nesavjesnog

¹⁴⁹ Vidjeti TURKOVIĆ, ibid str. 260

¹⁵⁰ Vidjeti i u BABIĆ T. I ROKSANDIĆ S., op.cit. str. 205.

¹⁵¹ NOVOSELEC P., Kaznena djela protiv vjerodostojnosti isprava, u *Posebni dio kaznenog prava.*, op.cit., str. 376.

¹⁵² Narodne novine br. 98/09, 14/2010.

liječenja. Isto se odnosi i na stomatologe. Što se tiče veterinaru, isti se ne bi analogno mogao kazniti po članku 248. KZ-a (nesavjesni pregled mesa za prehranu) i za biće djela opisano u članku 316., bez nadopune biće toga članaka. No, ako se radi o veterinarskom inspektor, isti će odgovarati za krivotvorenje službene isprave po članku 312. KZ-a. Prema tome, trebalo bi se razmisliti da li potrebno *de lege ferenda* zadržati članak 316. u svojem sadašnjem obliku radi djelomičnog poklapanja s člancima 311. (uporaba krivotvorene isprave), 312. (krivotvorenje službene isprave) i člankom 241. (nesavjesno liječenje). U poredbenom kaznenom zakonodavstvu, npr. švicarskom (čl. 318, *Falsches ärztliches Zeugnis*)¹⁵³, njemačkom (para 278. *Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse*)¹⁵⁴, belgijskom KZ-u (čl. 204.)¹⁵⁵, propisano je izdavanje neistinitih liječničkih svjedodžbi kao posebno kazneno djelo, ali napominjem, u tim kaznenim zakonima ne postoji kazneno djelo nesavjesnog liječenja.

4. POVREDA PRAVA NA TJELESNI INTEGRITET PACIJENTA (PRUŽANJE ZDRAVSTVENE ZAŠTITE BEZ PRISTANKA PACIJENTA)

Osnovna je svrha pružanja zdravstvene zaštite zaštita zdravlja pojedinca koji ju je zatražio (ili kome se takva zaštita pruža), a koji je svojim pristankom izrazio suglasnost s poduzetom zdravstvenom uslugom¹⁵⁶. *Radišić* navodi kako se davanjem pristanka pravno opravdava poduzimanje određenog dijagnostičkog ili terapijskog postupka, odnosno zahvata, te pacijent u tom slučaju preuzima rizik poduzimanja, odnosno nepoduzimanja takvog postupka ili zahvata¹⁵⁷. No, ako pacijent nije informiran o svim vidovima liječenja, o mogućim prednostima i nuspojavama određenog postupka, o predviđenim i mogućim komplikacijama, pristanak se ne može smatrati valjanim. Prema tome, potpisanom obrascu informiranog pristanka mora prethoditi objašnjenje zdravstvenih radnika, inače isti ne bi smio imati pravnu valjanost. Ako izvodimo pravo na pristanak, odnosno pravo na informirani izbor iz prava na autonomiju i samoodređenje pacijenta, onda moramo osigurati da liječnik uistinu informira pacijenta prije nego isti potíše suglasnost. Isto tako, pristanak ne bi smio biti dan pod utjecajem pritiska, sile ili čak prekomjernog uvjeravanja u „jedino ispravo“ jer u konačnici ne predstavlja slobodnu volju pacijenta. Nakon istraživanje što pacijenti žele, *Schreider* je došao do zaključka da „iako pacijenti u većini slučajeva žele biti informirani o njihovom medicinskom stanju, popriličan broj njih (posebice stariji pacijenti i vrlo bolesni) ne želi donijeti samostalnu

¹⁵³ (1.) Liječnici, zubari, veterinaru i primalje, koje s namjerom izdaju neistinitu svjedodžbu koja ide za korištenje javnoj službi ili radi stjecaja neosnovane predosti (koristi) ili koja je takva da može povrijediti važne i opravdane interese trećih, kaznit će se kaznom zatvora do tri godine ili novčanom kaznom. Ukoliko je počinitelj za to tražio posebnu nagradu, isu primio, ili je dozvolio da mu se takva obeća, tada će se kazniti kaznom zatvora do tri godine ili novčanom kaznom.

(2.) Ukoliko je počinitelj postupao s nehajem, tada je kazna prekršaj (prekršaj u smislu članka 103 švic. KZ-a).

¹⁵⁴ Liječnici i ostali registrirani zdravstveni radnici koji namjerno i znajući izdaju neisinitu zdravstvenu svjedodžbu koja ide za korištenje javnoj službi ili za osiguranje kaznit će novčanom kaznom ili kaznom zatvora do 2 godine. Vidjeti i para 277. (*Fälschung von Gesundheitszeugnisse*) i 279. (*Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse*)

¹⁵⁵ (1.) Svi liječnici, kirurzi i zdravstveni radnici koji, radi pogodovanja drugoga, izdaju lažno potvrdu o bolesti ili o invalidnosti kako bi se izbjegla neka pravna služba ili bilo koja druga obveza nametnuta zakonom kažnjen kaznom zatvora kaznit će se kaznom zatvora od 8 dana do 2 godine

(2.) Ako za to primi dar ili obećanje da će biti nagrađen, kaznit će se kaznom zatvora od 1 do 5 godina. Može mu se izreći i zabrana iz članka 33. (zabrana se odnosi na zabranu obavljanja djelatnosti. Vidjeti i članke 31.-33. belg. KZ-a).

¹⁵⁶ Vidjeti članak 241. Kaznenog zakona – samovoljno liječenje; TURKOVIĆ K., Kaznena djela protiv zdravlja ljudi u Novoselec, P. (ur.), *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb, 2007., str. 254. do 257.

¹⁵⁷ RADIŠIĆ, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 176. do 178.

medicinsku odluku te čak ni sudjelovati u donošenju odluka na način koji je odlučujući^{158c}. No, *Beachamp i Childress*¹⁵⁹ braneci načelo samoodređenja pacijenata navode kako pacijent ima pravo na izbor, a ne obvezu izbora¹⁶⁰. Autori navode kako pacijentova spremnost odlučivanja o zahvatu ovisi o etničkoj grupi kojoj pripada, njegovom obrazovanju i dužini trajanja bolesti¹⁶¹. Navode zanimljiv primjer Navajo Amerikanaca koji smatraju da misli i riječi imaju moć oblikovanja stvarnosti te će rijetko koji pripadnik skupine pristati na zahvat ako su mu izrečeni svi mogući rizici koji zahvat nosi sa sobom. Ipak, u društvima gdje je uobičajeno da odlučuje obitelj pacijenta, a ne pacijent sam, odluka da li obitelj smije odlučivati ili ne mora uvijek biti pacijentova. No, bez obzira da li pacijent pristao nakon informiranja na zahvat, ukoliko prilikom obavljanja tog zahvata dođe do greške zdravstvenih radnika oni će odgovarati za nastalu štetu te, ukoliko su ispunjenje pretpostavke i za kazneno djelo nesavjesnog liječenja. Prema tome, informirani se pristanak ne odnosi samo na puko potpisivanje obrasca suglasnosti te obrasca izjave o odbijanju pojedinog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka¹⁶² već predstavlja autonomni izbor određenog postupka nakon dobivanja svih relevantnih informacija od strane liječnika. Elementi informiranog valjanog pristanka uključuju¹⁶³:

1. ubrojivost pacijenta, odnosno mogućnost donošenja odluke u svakom pojedinom slučaju (*competence*);
2. obaviještenost (*disclosure*);
3. razumijevanje tijeka bolesti kao i prednosti i nedostataka postupaka liječenja (*understanding*);
4. samostalnost u odlučivanju (*voluntariness*) te naposljetku,
5. pristanak na pojedinačni zahvat (*consent*)

Znači preduvjeti valjanog pacijentovog izbora su njegova sposobnost odlučivanja i samostalnost u odlučivanju. Potonje se odnosi na postupanje pacijenta koje nije pod kontrolom ili utjecaja drugog¹⁶⁴. Informiranje, odnosno obaviještenost, pacijenta obuhvaća priopćavanje važnih informacija o tijeku bolesti, zdravstvenom stanju itd., zatim preporuku zahvata te pacijentovo razumijevanje i preporučenog zahvata i medicinskog stanja u kojem se nalazi. Sam element pristanka obuhvaća pacijentovu odluku o zahvatu te potpisivanje, odnosno davanje suglasnosti liječniku da postupi po odlučenom¹⁶⁵. Koje su to granice koje liječnik ne smije prijeći? Često se u literaturi navodi davni američki slučaj *Mohr v. Williams* kada se govori o značenju pristanka. Liječnik je pribavio pristanak od Anne Mohr za operaciju njezinog desnog uha. Za vrijeme operacije liječnik je utvrdio da umjesto desnog uha, lijevo treba biti operirano. Sud je zaključio kako je liječnik trebao dobiti pristanak pacijenta na operaciju lijevog uha: „*Ako liječnik savjetuje pacijenta da se podvrgne određenoj operaciji, i pacijent nakon vaganja opasnosti i rizika zahvata konačno pristane na operaciju, pacijent time ulazi u ugovorni odnos dajući ovlaštenje liječniku da operira ali samo u*

¹⁵⁸ SCHNEIDER C.E., *The Practice of Autonomy: Patients, Doctors and Medical Decisions*, New York Oxford University Press, 1998.

¹⁵⁹ Vidjeti BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, 5. Izdanje, Oxford University Press, 2001., posebno poglavlje II „Respect for Autonomy“, str. 57.-112.

¹⁶⁰ Ibid, str. 61.

¹⁶¹ Ibid, str. 62.

¹⁶² Narodne novine br. 10/08.

¹⁶³ BEAUCHAMP I CHILDRESS također daju prednost ovoj podjeli, str. 79. Vidjeti npr. MEISEL A I ROTH L., What we do and what we do not know about informed consent, *JAMA*, 246/1981, str. 2473-2477.

¹⁶⁴ BEAUCHAMP, CHILDRESS, str. 93.

¹⁶⁵ Ibid., str. 80.

*granicama danog pristanka, ne iznad njega*¹⁶⁶. No, ukoliko se radi o hitnom stanju odnosno situaciji gdje je pacijentov život neposredno ugrožen, a ukoliko nema uvjeta i vremena za davanje pristanka, zahvat se može provesti i bez njega¹⁶⁷. Tako članak 115. austrijskog Kaznenog zakona, koji je služio kao podloga donošenju kaznenog djela samovoljnog liječenja u hrvatskom Kaznenom zakonu, propisuje da ukoliko počinitelj nije pribavio pristanak pacijenta radi pretpostavke da će zbog odgode liječenja život ili zdravlje pacijenta biti ozbiljno ugroženi, tada će se kazniti¹⁶⁸ samo ukoliko pretpostavljena opasnost nije postojala i ukoliko je on toga morao biti svjestan primjenom dužne pažnje. Posebno je važna za značenje informiranog pristanka presuda Europskog suda za ljudska prava *Bogumil v. Portugal*¹⁶⁹ iz 2008. godine, a vezano uz članke 3.¹⁷⁰ i 8.¹⁷¹ Europske konvencije o ljudskim pravima. Naime, podnositelj prijave, zatvorenik u trenutku kada je bio operiran, iako nije izričito odbio operaciju, nije niti na nju pristao. No, prema presudi ESLJP, dovoljno je da je operacija smatrana potrebnom za spašavanje života zatvorenika¹⁷², te je time povreda članak 3. isključena. Može se reći da ova presuda odražava interpretaciju informiranog pristanka kakva je danas prisutna u Europi, a razlikuje se od američkog pristupa. Težište nije više toliko na pravu na autonomiju (samoodređenje pacijenta) već na ljudskom dostojanstvu, te međusobnom odnosu između pacijenta i liječnika¹⁷³. U Republici Hrvatskoj je Zakonom o zaštiti prava pacijenata regulirano pravo na suodlučivanje pacijenta i iznimke od tog prava¹⁷⁴. Pravo na suodlučivanje pacijenta obuhvaća pravo pacijenta na obaviještenost i pravo na prihvaćanje ili odbijanje pojedinog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka. Iznimno, pravo na suodlučivanje može se ograničiti ako je to opravdano zdravstvenim stanjem pacijenta u slučajevima i na način posebno određenim Zakonom o zaštiti prava pacijenata. Prema tome, pacijent ima pravo prihvatiti ili odbiti pojedini dijagnostički, odnosno terapijski postupak, osim u slučaju neodgovorne medicinske intervencije čije bi nepoduzimanje ugrozilo život i zdravlje pacijenta ili izazvalo trajna oštećenja njegovoga zdravlja. Prihvaćanje pojedinoga dijagnostičkog ili terapijskog postupka pacijent izražava potpisivanjem suglasnosti. Liječnik pacijenta mora obavijestiti (ima pravo na potpunu obaviještenost¹⁷⁵) o:

1. svome zdravstvenom stanju, uključujući medicinsku procjenu rezultata i ishoda određenoga dijagnostičkog ili terapijskog postupka,
2. preporučenim pregledima i zahvatima te planiranim datumima za njihovo

¹⁶⁶ *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 265; 104 N.W. 12, 15 (1905)

¹⁶⁷ Slično propisuje i stavak 4. članka 241. hrvatskog Kaznenog zakona koji regulira kazneno djelo samovoljnog liječenja.

¹⁶⁸ Stavak 1. članka 115. austr. KZ-a (samovoljno liječenje). Vidjeti bilješku br. 11.

Relevantan je i članak 90. austr. KZ-a (*Pristanak ozlijeđenog*).

(1.) *Tijesna ozljeda ili ugrožavanje tjelesne sigurnosti nije protupravno, ukoliko je ozlijeđeni/ugroženi na nju pristao i ukoliko ozljeda (ugroza) kao takva ne krši dobre običaje.*

(2.) *Ona od strane liječnika provedena sterilizacija na osobi uz njezin pristanak nije protupravna, ukoliko je, ili osoba već napunila 25. godina života ili zahvat iz drugih razloga ne krši dobre običaje.*

(3.) *Ne može se dati pristanak na sakaćenje ili drugu ozljedu genitalija, koj je takva da može (provesti) prouzrokovati dugotrajan utjecaj na seksualni osjet.*

¹⁶⁹ Presuda ESLJP *Bogumil v. Portugal* od 07. listopada 2008. godine, Apl. 35228/03.

¹⁷⁰ Regulira zabranu mučenja.

¹⁷¹ Regulira pravo na štovanje privatnog i obiteljskog života.

¹⁷² Operacija je bila „*therapeutic necessary*“.

¹⁷³ Vidjeti više u GOFFIN T., *The End of „Informed consent“? When „Therapeutic necessity“ takes over?*, Goffin, T., *Book of proceedings, 18. World Congress on Medical Law*, Turković K., Roksandić Vidlička S., Maršavelski A. (ur.), Law faculty, Zagreb, 2010. Vidjeti i HENDRIKS A., *Personal Autonomy, Good Care, Informed Consent and Human Dignity, Medicine and Law*, Vol. 28/2009, str. 469.-475.

¹⁷⁴ Članci 6. do 19. Zakona o zaštiti prava pacijenata.

¹⁷⁵ Članak 8. Zakona o zaštiti prava pacijenata.

- obavljanje,
3. mogućim prednostima i rizicima obavljanja ili neobavljanja preporučenih pregleda i zahvata,
 4. svome pravu na odlučivanje o preporučenim pregledima ili zahvatima,
 5. mogućim zamjenama za preporučene postupke,
 6. tijeku postupaka prilikom pružanja zdravstvene zaštite,
 7. daljnjem tijeku pružanja zdravstvene zaštite,
 8. preporučenom načinu života,
 9. pravima iz zdravstvenoga osiguranja i postupcima za ostvarivanje tih prava.

Potonje je vrlo široko propisano: obavješćivanje o pravima iz zdravstvenog osiguranja i postupcima za ostvarenje tih prava. Može se tumačiti da odredba obuhvaća dužnost obavješćivanja o osnovnim pravima koja pacijentu pripadaju i gdje se može obratiti da dobije ta prava i punu informaciju o njima. No, Zakon o zaštiti pacijenata propisuje kako je zdravstveni radnik visoke stručne sprema koji pacijentu izravno pruža određeni oblik zdravstvene usluge obavezan dati na usmeni zahtjev pacijenta¹⁷⁶. Što ako nema usmenog zahtjeva? Moglo bi se ipak reći da je liječnik u svakom slučaju dužan obavijestiti pacijenta, obzirom na propisano kazneno djelo samovoljnog liječenja. Pacijent ima pravo dobiti obavijesti na način koji mu je razumljiv s obzirom na dob, obrazovanje i mentalne sposobnosti, a pacijenti s invaliditetom imaju pravo dobiti obavijesti u njima pristupačnom obliku. Kako navode *Beauchamp* i *Childress*, sudovi u SAD-u razmatrali su kako utvrditi kojim se načelima treba rukovoditi liječnik i na koji se način pacijent treba obavijestiti o svome zdravstvenom stanju što uključuje i medicinsku procjenu rezultata i ishoda određenoga dijagnostičkog ili terapijskog postupka (*disclosure*)¹⁷⁷. Dva su se načina izdvojila u sudskoj praksi, dok treći, *subjektivni standard*, još nije našao svoju punu primjenu. Subjektivni standard obuhvaća priopćavanje onih informacija koje su potrebne individualnom pacijentu za donošenje odluke, a ne hipotetskom razumnom pacijentu. Npr. pacijent koji ima u svojoj ali i u obiteljskoj povijesti bolesti reproduktivne poteškoće, vjerojatno će zahtijevati dodatne informacije prije nego pristane biti dio istraživanja ili pristane raditi na rizičnim poslovima. Standardi koji se primjenjuju u praksi su *profesionalni standard*, što znači da se sukladno pravilima (liječničke) struke određuje koje su i na koji se način daju relevantne informacije pacijentu te standard *razumnog pojedinca*. Prema istome, liječnik mora obavijestiti pacijenta i dati mu one informacije koje bi bile potrebne za donošenje odluke hipotetski zamišljenoj razumnoj osobi¹⁷⁸. U hrvatskom pravu relevantan je profesionalni standard, ali dan na način koji je primjeren individualnom pacijentu. Pravo na obaviještenost ima i pacijent s umanjenom sposobnošću rasuđivanja, u skladu s dobi, odnosno s fizičkim, mentalnim i psihičkim stanjem. Za pacijenta koji nije pri svijesti, za pacijenta s težom duševnom smetnjom te za poslovno nesposobnog ili maloljetnog pacijenta, osim u slučaju neodgodive medicinske intervencije, suglasnost potpisuje zakonski zastupnik, odnosno skrbnik pacijenta. U interesu pacijenta, navedena osoba može suglasnost u bilo koje vrijeme povući potpisivanjem izjave o odbijanju pojedinoga dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka. Ukoliko su interesi pacijenata i njihovih zakonskih zastupnika, odnosno skrbnika suprotstavljeni, zdravstveni radnik je dužan odmah o tome obavijestiti nadležni centar za socijalnu skrb jer u protivnom može prekršajno odgovarati¹⁷⁹. Ako se zbog hitnosti situacije ne može dobiti suglasnost zakonskog zastupnika, odnosno skrbnika, pacijenta će se podvrći

¹⁷⁶ Članak 9. Zakona.

¹⁷⁷ BEAUCHAMP, *ibid*, str. 81.-88.

¹⁷⁸ Više od pola država SAD-a je prihvatilo ovaj standard, BEAUCHAMP I CHILDRESS, str. 82.

¹⁷⁹ Članak 17. i 18. Zakon o zaštiti prava pacijenata.

dijagnostičkom, odnosno terapijskom postupku samo u slučaju kada bi zbog nepoduzimanja dijagnostičkih odnosno terapijskih metoda liječenja bio neposredno ugrožen njegov život ili bi prijetila ozbiljna i neposredna opasnost od težeg oštećenja njegovoga zdravlja. U tim slučajevima, liječenje se može provoditi bez pristanka zakonskog zastupnika, odnosno skrbnika pacijenta, samo dok traje navedena opasnost. Što se tiče pacijenta s duševnim smetnjama, Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama daje takvim pacijentima veća prava nego Zakon o zaštiti prava pacijenata iako je potonji kasnije stupio na snagu. Zakonu o zaštiti osoba s duševnim smetnjama¹⁸⁰, kao *lex specialis*-u, treba dati prednost. Naime, osobu s duševnim smetnjama koja može razumjeti prirodu, posljedice i opasnost predloženoga liječničkog postupka i koja na osnovi toga može donijeti odluku i izraziti svoju volju može se pregledati ili podvrgnuti liječničkom postupku samo uz njezin pisani pristanak¹⁸¹. Sposobnost osobe dati pristanak utvrđuje doktor medicine ili psihijatar u vrijeme kad ta osoba donosi odluku i u tu svrhu izdaje pisanu potvrdu. Osoba s duševnim smetnjama koja nije sposobna dati pristanak, bilo zbog toga što u određenom trenutku ne može razumjeti prirodu, posljedice ili opasnost predloženoga liječničkog postupka ili zbog toga što u tom trenutku ne može donijeti odluku ili izraziti svoju slobodnu volju može se podvrgnuti samo onom liječničkom postupku koji je u njenom najboljem interesu¹⁸². Prema standardu najboljeg interesa (*The best interest standard*), odluka zakonskog zastupnika mora se temeljiti na najvećoj koristi za pacijenta između svih preporučenih zahvata, uzevši u obzir rizike i koristi od svake ponudene opcije. Zakonski zastupnici trebaju uzeti u obzir prije izražene želje pacijenata, vrijednosti i perspektive u odnosu na kvalitetu življenja kada donose odluku¹⁸³. Ostala dva standarda koja se također mogu primijeniti pri odlučivanju zakonskog zastupnika su: standard čistog samoodređenja (*The pure autonomy standard*) i standard zamjenske odluke (*The substitute judgment standard*). Prvi se odnosi na poštivanje želja i odluka pacijenta kakve je izrazio odnosno imao u trenutku kada je bio sposoban sam donositi odluke. No, problem koji se može javiti je da ukoliko nedostaju točno određene želje i odluke koje se mogu potkrijepiti pisanim dokumentima ili drugim dokazima, zamjenska odluka zakonskog zastupnika ponekad može biti i sporna. Naime, zastupnik može vrlo selektivno izabrati one odluke i načela zastupanog koje su u skladu s načelima i vrijednostima zastupnika i uzimati u obzir samo takve odluke pri odlučivanju o sudbini liječenja zastupanog. Što se tiče standarda zamjenske odluke, odnosi se na prije svega na fikciju da je moguće donijeti onu odluku koju bi sam pacijent donio da se nisu pojavile duševne smetnje, odnosno drugi razlozi koji mu ne dozvoljavaju da sam odlučuje. Prema tome, ako zastupnik može točno odgovoriti na pitanje *Što bi pacijent želio u danim okolnostima*, i donijeti upravo takvu odluku, onda je standard poštovan u cijelost. Prema tome, ovaj standard nije pogodan za odlučivanje za one pacijenti koji nisu nikada stekli punu poslovnu sposobnost odnosno koji nisu nikada bili ubrojivi¹⁸⁴. Konvencija o ljudskim

¹⁸⁰ Vidjeti više o zakonu u TURKOVIĆ K., DIKA M., GORETA M., ĐURĐEVIĆ Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i priložima*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb 2001. Vidjeti i ĐURĐEVIĆ Z., *Pravni položaj počinitelja kaznenih djela s duševnim smetnjama*, *Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu i MUP RH*, 2002.

¹⁸¹ Članak 8. stavak 1. Zakona.

¹⁸² Stavak 3. članak 8. ZZODS-a.

Dijete ili maloljetna osoba s duševnim smetnjama, koja nije sposobna dati pristanak, može se podvrgnuti pregledu ili drugom liječničkom postupku samo uz pristanak njegovoga zakonskog zastupnika. Mišljenje djeteta se pri tome treba uzimati u obzir sukladno njegovoj dobi i stupnju zrelosti (članak 8. stavak 4. Zakona) te punoljetna osoba s duševnim smetnjama, koja nije sposobna dati pristanak, može se podvrgnuti pregledu ili drugom liječničkom postupku samo uz pristanak njenoga zakonskog zastupnika, a ako ga nema onda uz suglasnost etičkog povjerenstva u psihijatrijskoj ustanovi (članka 8. stavak 5. Zakona).

¹⁸³ BEAUCHAMP, CHILDRESS, str. 102.

¹⁸⁴ *Ibid*, 103.

pravima i biomedicini¹⁸⁵ u članku 5. propisuje kako se zahvat koji se odnosi na zdravlje može izvršiti samo nakon što je osoba na koju se zahvat odnosi o njemu informirana i dala slobodan pristanak na njega¹⁸⁶. Toj se osobi prethodno daju odgovarajuće informacije o svrsi i prirodi zahvata kao i njegovim posljedicama i rizicima. Ako se zbog hitne situacije ne može dobiti odgovarajući pristanak, bilo koji medicinski nužan zahvat može se provesti odmah u korist zdravlja dotičnog pojedinca¹⁸⁷. Znači, opet dolazimo do pojma hitnog stana koji je, kao i u našem zakonu, iznimka od pravila dobivanja pristanka. Konvencija daje i veća prava maloljetnim osobama od Zakona o zaštiti prava pacijenata kao i osobama s duševnim smetnjama. Za maloljetne osobe propisuje ako ista nije sposobna dati pristanak isti daje njegov zakonski zastupnik ili organ vlasti, dok se mišljenje maloljetne osobe uzima u obzir kao sve značajniji čimbenik u razmjeru s njenim ili njegovim godinama i stupnju zrelosti¹⁸⁸. Kako je Republika Hrvatska potpisnica Konvencije, njezine se odredbe trebaju primjenjivati ukoliko su u koliziji sa Zakonom o zaštiti pacijenata¹⁸⁹. Prema tome, za pružanje zdravstvene zaštite bez pristanka pacijenta, i to izvan okvira zakonom dozvoljenih iznimnih slučajeva u kojima pristanak nije potreban, pružatelji zdravstvenih usluga mogu odgovarati za štetu koja u takvim slučajevima nastane, te mogu biti pozvani i na kaznenu odgovornost. Pružatelji zdravstvenih usluga mogu odgovarati za nematerijalnu štetu i u slučaju uspješnosti zahvata izvedenog bez pristanka pacijenta. Pružatelji će u tom slučaju odgovarati za štetu koja je nastala kao posljedica povrede tjelesnog integriteta, osim ako se ne radi o zahvatu hitne prirode, odnosno iznimkama predviđenih zakonom¹⁹⁰.

5. POTREBA ZADRŽAVANJA KAZNENOG DJELA SAMOVOLJNOG LIJEČENJA U HRVATSKOM KAZNENOM ZAKONU

Kazneno djelo samovoljnog liječenja¹⁹¹ jest inkriminacija kojom se štiti pravo pacijenta na samoodlučivanje. Kazneno djelo samovoljnog liječenja relativno je novo kazneno djelo koje je s neznatnim izmjenama, kako sam već navela, preuzeto iz austrijskog kaznenog zakonodavstva¹⁹². U Austriji se kazneni postupak za ovo djelo pokreće povodom prijedloga, što nije slučaju u hrvatskom zakonodavstvu. Osnovna intencija zakonodavca jest kažnjavanje svakog liječenja koje bi se provodilo bez pristanka pacijenta pa stoga i iz zakonskog opisa

¹⁸⁵ Konvencija zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, Narodne Novine – Međunarodni ugovori broj 13/2003.

¹⁸⁶ Osoba može slobodno i u bilo koje vrijeme povući svoj pristanak (članak 5. stavak 3. Zakona).

¹⁸⁷ Članak 8. Konvencije

¹⁸⁸ Članak 6. stavak 2. Konvencije.

¹⁸⁹ Za daljnje kolizije Konvencije i Zakona vidjeti Informirani pristanak i pravo na odbijanje tretmana i Republici Hrvatskoj, TURKOVIĆ K., u Bioetika i medicinsko pravo, *Zbornik radova 9. Bioetičkog okruglog stola*, Iva Sorta – Bilajac (ur.), 2008., Medicinski fakultet Rijeka, str. 35. -54.

¹⁹⁰ KLARIĆ P., Odštetna odgovornost medicinskih ustanova i liječnika, *Odgovornost za štetu*, Inženjerski biro d.d., str. 135.

¹⁹¹ Članak 24. KZ-a.

¹⁹² HORVATIĆ Ž., op.cit., str. 296. Članak 110. austr. KZ-a *Eigenmächtige Heilbehandlung* u svom izvornom obliku glasi (za prijevod vidjeti bilješku br. 11.): (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können.

(3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

djela proizlazi da samovoljno liječenje čini onaj koji drugoga liječi bez njegova pristanka. U švicarskom je Kaznenom zakonu posebno reguliran informirani pristanak u okviru medicinskih istraživanja¹⁹³. Osnovni oblik kaznenog djela samovoljnog liječenja može počinuti svaka osoba dok kvalificirani oblik mogu počinuti jedino liječnik i doktor stomatologije kada poduzimaju kirurški ili medicinski zahvat na tijelu druge osobe bez njezinog izričitog i valjanog pristanka. Počinitelj osnovnog djela može biti svatko pa je djelo *delictum communitum*¹⁹⁴. Slažem se s komentarem Bačića i Pavlovića¹⁹⁵ da je kao mogućeg počinitelja trebalo navesti liječnika, i djelo pretvoriti u *delictum proprium*, s nadopunom da bi se inkriminacija trebala odnositi i na druge pružatelje zdravstvenih usluga, a ne samo na liječnike. Kako je posebni stavak u trenutnom važećem članku (stavak 2.) predviđen za doktore medicine i stomatologije, pitam se što je s ostalim zdravstvenim radnicima i da li je opravdano da recimo medicinska sestra odgovora po stavku 1., a liječnik po stavku 2 ovog članka. Navedena nadopuna bi se trebala unijeti u zakonski tekst jedino ukoliko se zakonodavac ne bi odlučio na brisanje navedenog kaznenog djela. Naime, Zakon o zaštiti prava pacijenata je stupio na snagu nakon što je *samovoljno liječenje* kao inkriminacija ušla u tekst Kaznenog zakona. Kako liječenje bez pristanka ujedno predstavlja i prekršaj te je zaštićeno i institutom naknade štete u građanskom pravu, mislim da *de lege ferenda* treba pažljivo razmotriti da li je potreba njegova inkriminacija u Kaznenom zakonu. Naime, ukoliko bi liječenje bilo takve naravi da je bilo nesavjesno tada zaslužuje kaznenu osudu, ali kroz inkriminaciju kaznenog djela nesavjesnog liječenja. Jednako tako smatram neprimjerenim da zakonski tekst koji štiti pravo na samoodređenje kao pravno dobro u svome biću sadrži i radnju „neopravdanog liječenja“ što po mome mišljenju treba biti obuhvaćeno kaznenim djelom nesavjesnog liječenja, odnosno medicinski neopravdano liječenje ako je doveo do prouzročenja pogoršanja bolesti ili narušenja zdravlja neke osobe sadržano je već u kaznenom djelu nesavjesnog liječenja. Izmjenu o brisanju teksta medicinski neopravdano liječenja predlažem pogotovo u svjetlu osnovne ideje inkriminacije samovoljnog liječenja a to jest nedopuštenost bilo kakvih zahvata odnosno liječenja u cjelini bez odgovarajućeg pristanka pacijenta odnosno oboljele osobe¹⁹⁶, dok medicinski neopravdano liječenje predstavlja, kako sam već navela, drugu povredu. Zakonodavac u stavku 3. samovoljnog liječenja propisuje da nema kaznenog djela samovoljnog liječenja kada je zakonom propisano prisilno liječenje ili je liječenje, kirurški ili drugi medicinski zahvat poduzet prema osobi koja nije pri svijesti ili je nesposobna za rasuđivanje, a nije dostupan član uže obitelji ili zakonski zastupnik, a odgodom liječenja ili zahvata bio bi ugrožen njezin život ili bi došlo do znatnog pogoršanja njenog zdravlja. Procjenu o nužnosti poduzimanja zahvata u svakom konkretnom slučaju mora donijeti osoba koja taj zahvat poduzima¹⁹⁷, a u skladu s pravilima struke. Stavka 3. se prema tome odnosi na isključenje protupravnosti u slučajevima kada je zakonom propisano obvezno liječenje¹⁹⁸ ili u slučajevima hitnog stanja. Iznimke trebaju biti terminološki i pojmovno usuglašene sa Zakonom o zaštiti prava pacijenata, odnosno treba biti

¹⁹³ Članak 321bis švic. KZ-a (*Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung*), dok belgijski KZ posebno regulira profesionalnu tajnu u medicinskim istraživanjima (vidjeti članak 321. i 322.).

¹⁹⁴ Vidjeti TUKOVIĆ K. u posebni dio Kaznenog prava, op.cit., str. 254.

¹⁹⁵ Bačić F. i pavlović Š., Komentar Kaznenog zakona, str. 857.

¹⁹⁶ Vidjeti BABIĆ T. I ROKSANDIĆ S., op.cit, str. 201. „*Navedeno upućuje na zaključak da je odluka o izvođenju medicinski opravdanog zahvata (zahvat koji je potreban kako bi se pacijentu spasio život ili spriječilo trajno ugrožavanje njegovog zdravlja) pacijentu koji to ne želi, prepuštena zdravstvenom radniku koji pruža zdravstvenu uslugu u konkretnom slučaju, odnosno njegovoj dijagnostici zdravstvenog stanja pacijenta, rizičnosti samog zahvata kao i procjeni rezultata koji se mogu postići izvođenjem zahvata*“.

¹⁹⁷ BABIĆ T. I ROKSANDIĆ S., op.cit, str. 201.

¹⁹⁸ Npr. zaštita od zaraznih bolesti, prisilna hospitalizacija osoba s duševnim smetnjama. Vidjeti TURKOVIĆ K., op.cit., str. 256.

usuglašeno na što se hitno stanje odnosi. Možemo reći da prilikom poduzimanja obveznog liječenja ili u hitnim slučajevima, liječnik, odnosno počinitelj počinitelj postupa u krajnjoj nuždi, odnosno poduzima odgovarajuću liječničku intervenciju, iako za nju nema pristanak pacijenta, obzirom da je takva intervencija nužna kako bi se onemogućilo ugrožavanje života pacijenta odnosno spriječilo daljnje pogoršanje njegova zdravlja ili očuvanje zdravlja drugih. Posljedica koja proizađe iz inkriminiranog ponašanja ne ulazi u biće djela, ali počinitelji, sukladno članku 249. Kaznenog zakona mogu biti strože kažnjeni ukoliko je uslijed liječenja bez pristanka pacijenta (izvan slučajeva kada takvo liječenje ne predstavlja kazneno djelo) prouzročena teška tjelesna ozljeda, teško narušenje zdravlja, pogoršanje postojeće bolesti ili je prouzročena smrt jedne ili više osoba (teška kaznena djela protiv zdravlja ljudi). Napominjem da se za kazneno djelo nesavjesnog liječenja trži nastupanje posljedice: „*pa zbog toga prouzroči pogoršanje bolesti ili narušenje zdravlja neke osobe*“, dok se za kazneno djelo samovoljnog liječenja posljedica ne traži, tj. djelo je formalno. Ukoliko se zakonodavac odluči za zadržavanje kaznenog djela samovoljnog liječenja, možda se može razmotriti uvođenje nastupanja posljedice u biće ovog kaznenog djela, što bi ga razlikovalo od predviđenih prekršaja. Također, ako zakonodavac odluči zadržati ovo kazneno djelo u Kaznenom zakonu, treba se razmotriti i činjenica da se i stavci 1., 2., 3., 5. i 7. članka 242. KZ-a (nedozvoljeno presađivanje ljudskog tijela) također vežu uz pravo na samoodređenje pacijenta kao i uz nesavjesno liječenje („*medicinski neopravdano*“). Ujedno, kako postoji posebno propisana kaznena odgovornost liječnika u slučaju uzimanja i presađivanja dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja¹⁹⁹, a koja je učinio bez pristanka pacijenata, napominjem da tako ustrojena posebna kaznena odgovornost ne postoji i za uzimanje spolnih stanica prema Zakonu o medicinskoj oplodnji²⁰⁰, već je za obavljanje postupka medicinske oplodnje bez pisanog pisanog pristanka predviđena prekršajna odgovornost No, kod nedozvoljeno presađivanje ljudskog tijela nije samo riječ o nedostatku pristanka, tako da se to treba imati na umu kada bi se odlučivalo o brisanju pojedinih njegovih stavaka. Prema tome, imamo propisane prekršajne odgovornosti za liječenje bez pristanka u Zakonu o zaštiti prava pacijenta²⁰¹, u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti²⁰², u Zakonu o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja²⁰³ te u Zakonu o medicinskoj oplodnji²⁰⁴, a samovoljno liječenje, odnosno liječenje bez pristanka za liječenje uopće, za postupke doktora medicine ili stomatologije, te postupanje bez pristanka u slučajevima nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela. Navedena poklapanja treba de *lege ferenda* izbjegavati.

6. KAZNENO DJELO NEDOZVOLJENOG PRESADIVANJA DIJELOVA LJUDSKOG TIJELA U SVJETLU DONOŠENJA ISTANBULSKE DEKLARACIJU O TRGOVINI ORGANIMA I TRANSPLANTACIJSKOM TURIZMU

Kazneno djelo *nedozvoljeno presađivanje dijelova ljudskog tijela*²⁰⁵ predstavlja odgovor zakonodavca kako kaznenopravno regulirati kršenja koja mogu nastati u specifičnoj vrsti liječenja putem transplantacije organa. Ovo se kazneno djelo nezaobilazno mora analizirati u

¹⁹⁹ Podrobnije o presađivanju i uzimanju dijelova ljudskog tijela vidjeti Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja, NN 177/2004.

²⁰⁰ Narodne novine br. 88/09 i 137/09.

²⁰¹ Članak 41. stavak 1. točka 3., članak 42. točka 1.

²⁰² Članak 200. stavak 1. točka 1.

²⁰³ Članak 36. stavak 1. posebno točke 8., 9. i 10.

²⁰⁴ Članak 50. stavak 1. točka 3., 4. i 5., a povezano s točkom 2.

²⁰⁵ Članak 242. KZ-a.

povezanosti s Zakonom o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja²⁰⁶, Pravilnikom o načinu, postupku i medicinskim kriterijima za utvrđivanje smrti osobe čiji se dijelovi tijela mogu uzimati radi presađivanja²⁰⁷, Pravilnikom o načinu vođenja medicinske dokumentacije obavljenih uzimanja i presađivanja dijelova ljudskog tijela²⁰⁸, Pravilnikom o načinu suradnje sa srodnim stranima i međunarodnim organizacijama u cilju razmjene organa, odnosno tkiva radi presađivanja²⁰⁹, Pravilnika o kriterijima za dodjelu dijelova ljudskog tijela i vođenja nacionalne liste čekanja²¹⁰, itd. Uzevši u obzir razvoj medicinskih dostignuća te činjenicu da se u Republici Hrvatskoj iz godine u godinu povećava broj kadaveričnih donora, a broj pacijenata koji čeku donaciju organa raste, zakonodavac je donio i novi Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja, i to na temelju stupanja na snagu Dodatnog protokola uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine, u vezi presađivanja organa i tkiva ljudskog podrijetla²¹¹. Transplantacija odnosno presađivanje organa prije svega je izuzetna medicinska metoda koja se sastoji u zahvatu kojim se uklanja neki organ ili dio tijela te se nadomješta drugim²¹². Poseban, svjetski, problem koji proizlazi iz liječenja putem transplantacije organa predstavlja trgovina organima, koja je inkriminirana u stavku 6. ovog kaznenog djela. Naime, posljedica nedovoljnog broja organa za transplantaciju u usporedbi s potrebama primatelja te porast komunikacije putem interneta doprinijeli su da trgovina organa i transplantacijski turizam postanu globalni problem. Pretpostavlja se da 10% presađivanja godišnje koja se obave u svijetu potječu upravo iz takve nedopuštene trgovine. Davatelji organa nerijetko su pripadnici tzv. „donjeg“ društvenog sloja – nepismeni i osiromašeni pojedinci, neprijavljeni imigranti, zatvorenici, izbjeglice iz političkih i ekonomskih razloga, dok su primatelji bogati pojedinci, često drugog državljanstva od darovatelja, koji su spremni putovati i platiti za dobivene organe²¹³. Tako je npr., unatoč zabrani novčane dobiti na darovanim organima, već jedino pravu na pravičnu naknadu koja je određena međunarodnim konvencijama²¹⁴, Korejski ministar zdravstva istaknuo kako je opravdano kompenzirati darivanje bubrega, što naravno osiromašene pojedince iz Mianmara, Vijetnama, Indonezije i Filipina čine podložnim za prijavu doniranja u Koreji²¹⁵. U tome nije usamljen²¹⁶. Sve veći broj država razmišlja kako najpravičnije obešteti darivatelje²¹⁷. Naime, o važnosti pažljivog odabira bića ovoga

²⁰⁶ Narodne novine br. 177/04 i 45/09.

²⁰⁷ Narodne novine br. 3/06.

²⁰⁸ Narodne Novine br. 152/05

²⁰⁹ Narodne Novine br. 141/05. Vidjeti i Direktivu EU 2004/23/EC (Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells).

²¹⁰ Narodne Novine br. 152/05, 84/2007.

²¹¹ Narodne Novine Međunarodni ugovori br. 13/2003

²¹² Babić T. i Roksandić S., op.cit., str. 195.

²¹³ DELMONICO F.D., The implications of Istanbul Declaration on organ trafficking and transplant tourism, *Current opinion in organ Transplantation*, Walters Kluwer, Volume 14, Number 2, 2009.

²¹⁴ Vidjeti Dodatni Protokol uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine u vezi presađivanja organa i tkiva ljudskog podrijetla, članak 21.

²¹⁵ *Ibid.*, str. 5

²¹⁶ Vidjeti npr. novin. članak Dutch may give financial reward to kidney donors, *The Sunday Times*, 2008, te detaljan izvještaj nizozemskih stručnjaka VAN DIJK G I HILHORST M.T, *Financial incentives for organ donation – The investigation of the ethical issues*, Centre for ethics and health, 2007, zatim članke WOSTYN L The Belgian Act on Organ Removal and Transplantation, MIYASHITA T, Revised Organ Transplantation in Japan., PATTINSKON S.D, Deceased Organ Donation: Conditional and Directed Donation, , sve u *Book of proceedings*, 18. World Congress on medical law, Law faculty in Zagreb, 2010.

²¹⁷ „Mišljenja nekih stručnjaka u svijetu upućuju na potrebu jakog državnog nadzora u slučaju eventualne komercijalizacije i pritom treba neizostavno isključiti neposrednu pogodbu ili posrednike. Nagrada bi, pod kontrolom države, mogla biti u nekim izravnim ili neizravnim bonusima, no ne bi bilo uputno uvesti praksu da

kaznenog djela *de lege ferenda* govori podatak Vijeća Europe²¹⁸ o 58 182 pacijenata koja su na kraju 2007 godina čekala na transplantaciju bubrega, jetre ili srca u Europskoj Uniji, a samo 25 932 pacijenta su primili transplantirane organe tijekom 2007 godine. Jednako tako, u SAD-u, 95 150 pacijenta su bili na listi čekanja krajem 2007. godine, dok je obavljeno 25 328 transplantacija²¹⁹. Osim toga, da je kod transplantacije organa riječ o novom području zdravstvenog turizma, govori i podatak da je od 2000 transplantacija obavljenih u Pakistanu, njih dvije trećine obavljeno u korist stranaca.²²⁰ Više o iskustvima i problemima u pojedinim državama, odnosno „turistima“ iz razvijenih država, bilo je govora i u radu Komisije koja je priprema Istambulsku deklaraciju o trgovini organima i transplantacijskom turizmu iz 2008. godine²²¹. Prema tome, a pogotovo nakon donošenja Istambulske deklaracije, okosnicu kaznenog djela nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela *de lege ferenda* trebao bi predstavljati sadašnji stavak 6. ovog djela, odnosno članka 242. KZ-a. Stavkom 6. propisano je kažnjavanje novčanom kaznom odnosno kaznom zatvora do dvije godine onoga tko za nagradu ili radi zarade daje dio svoga tijela ili dio tijela druge žive ili umrle osobe radi presađivanja ili u tome posreduje. Zanimljivo je da, kao i ostale oblike ovog kaznenog djela, biće djela može ostvariti svaka osoba. Dok kvalificirane oblike ostalih djela iz ovog članak može počiniti liječnik ili stomatolog (osim stavka 5.), zakonodavac nije smatrao potrebnim strože kazniti počinitelja trgovanja organima ako je isti liječnik. Navedeno smatram pogrešnim. Jednako tako, stavak 6. jest objedinio posredovanje i primanje nagrade ili zarade za davanje dijelova svoga tijela, kao i primanje naknade za davanje dijelova tuđeg tijela, što bi se odnosilo i na trgovanje organima. Mislim da trgovanje organima zaslužuje veću kaznu od novčane kazne, odnosno do 2. godine, pogotovo ako je u stavku 1. (*tko medicinski neopravdano uzme radi presađivanja dio ljudskog tijela s pristankom živog davatelja ili tko medicinski neopravdano presadi dio ljudskog tijela s pristankom primatelja*) predviđena kazna zatvora od 6. mjeseci do 3. godine. Prema tome, stavak 6. *de lege ferenda* treba biti

primatelj daje novčanu naknadu obitelji umrlog. U travnju 2004. Bush je potpisao zakon, koji američkoj vladi omogućuje naknadu dobrovoljnim živim davateljima za neke troškove, a odobren je i veliki novčani iznos kako bi se u javnosti pospješila kadaverična donacija (op.aut.: U međuvremenu vidjeti nova kretanja u članku HUBBEN J., Liver Donors no longer Foot the Bill; Compensatin for medical Costs and Loss of Income, *Book of proceedings*, 18. World Congress on medical law, Law faculty in Zagreb, 2010). Trgovina organima ovisi o potražnji, isto kao trgovina ljudima i drogom. Grupa stručnjaka raznih profila (Bellagio Task Force) iz 1997. i drugi, postavili su općenite upute kako bi se suzbila trgovina organima: uspješnije promicati posmrtno doniranje, kadaverični transplantacijski program mora se unaprijediti kako bi se smanjile potrebe za organima od nesrodnih živih davatelja, održati striktno zakonodavstvo s obzirom na nesrodne žive davatelje, osigurati zakonsku odgovornost zdravstvenih profesionalaca s obzirom na moguće neregularnosti, ne dozvoliti naknadu troškova iz zdravstvenog osiguranja za presađivanje s organima iz ilegalnih izvora, jamčiti javnost nacionalnih registara i lista čekanja, ne dozvoliti da se manipulira listama čekanja kako bi se inozemni bolesnici proglasili hitnima radi novčane naknade iz sustava njihovih zdravstvenih osiguranja, potrebno je ući u trag oglašavanju ilegalne ponude i potražnje (agencije, novine, oglasnici, internetske stranice), trgovinu organima i ilegalne aktivnosti ne treba prepustiti samo medijima i istraživačkom novinarstvu - sve zemlje moraju surađivati u domeni zdravstva, pravosuđa i unutarnjih poslova...

Potrebno je uspostaviti jedinstvene i jasne standarde u određivanju pod kojim su uvjetima prikupljanje i distribucija organa jednaki za sve i etički prihvatljivi. Sve se mora temeljiti na društvenoj odgovornosti i zaštiti prava živog i umrlog davatelja, kao i primatelja. Treba u javnosti graditi afirmativni odnos prema doniranju i presađivanju, jer to predstavlja doprinos očuvanju života i zdravlja. Liječnici u tome imaju primarnu i nezaobilaznu moralnu obvezu⁴. (Vidjeti više na www.hdm.hr (Hrvatska donorska mreža, Što je istina o crnom tržištu i trgovini ljudskim organima - Mitovi i stvarne prijetnje, prim.mr.sc. POVRZANOVIC I.).

²¹⁸ International figures on Organ Donation and Transplantation – 2007, *Newsletter Transplant* 2008, str. 13.

²¹⁹ *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations Study, Council of Europe, 2009., str. 20.

²²⁰ Vidjeti *The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplantation Tourism*, Special Article, *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, 3/2208, 1227-1231.

²²¹ <http://journals.lww.com/co-transplantation/Fulltext/2009/04000>.

izmijenjen. Naime, u Dodatnom Protokolu Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini jasno se navodi kako²²² ljudsko tijelo i njegovi dijelovi ne smiju, kao takvi, biti izvor novčane ili slične dobiti²²³. Zabranjeno je i oglašavanje potreba ili dostupnosti organa ili tkiva s ciljem nuđenja ili traženja novčane ili slične dobiti²²⁴, dok je zabrana trgovanja organima i tkivom navedena u posebnom članku²²⁵. Hrvatski je Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja slijedio podjelu iz Dodatnog Protokola Konvencije te je u posebnom članku 7. zabranio trgovanje dijelovima ljudskog tijela, a u 5. zabranio davanje, odnosno primanje bilo kakve novčane naknade ili ostvarivanja druge materijalne koristi²²⁶. Za trgovanje je, kao i za oglašavanje potrebe ili dostupnosti dijela ljudskog tijela radi ponude ili traženja novčane naknade ili druge materijalne koristi Zakon predvidio i prekršajne kazne, ali u odvojenim stavcima²²⁷. Prema tome, može se postaviti pitanje da li možemo reći da stavak 6. članka 242. KZ-a *de lege lata* uistinu pokriva sve oblike trgovanja dijelovima ljudskog tijela i da li bi trebali izmijeniti stavak 6. na način da ga razdvojimo u dva stavka i to na način da u jednom bude inkriminirano primanje novčane nagrade i posredovanje u tom primanju, a trgovanje dijelovima tijela pobliže opisati i/ili inkriminirati u posebnom stavku²²⁸. Nadalje, Preporuka i jest Zajedničke studije Vijeća Europe i Ujedinjenih naroda²²⁹ da se postigne obvezujuća zajednička definicija što sve obuhvaća trgovanje organima, tkivom i stanicama. Tako je u Istambulskoj deklaraciji o trgovini organima i transplantacijskom turizmu iz 2008. godine navedeno da trgovanje organima obuhvaća: „*the recruitment, transport, transfer, harbouring or receipt of living or deceased persons or their organs by means of threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of position of vulnerability, or of the giving to, or the receiving by, a third party of payments or benefits to achieve the transfer of control over the potential donor, for the purpose of exploitation by the removal of organs for transplantation.*“²³⁰. Kako je postupak transplantacije strogo kontroliran i odvija se prema listi čekanja²³¹, preporuka Zajedničke studije je da se bilo koji postupak transplantacije koji se odvija mimo nacionalnog sustava transplantacije²³² smatra trgovinom organima te da se pripremi međunarodni dokument koji bi

²²² Članak 21.

²²³ Navedena odredba ne sprječava plaćanja koja ne predstavljaju novčanu dobit ili usporedivu pogodnost koje su pobjerice navedene u staku 1. Članak 21. Dodatnog Protokola Konvencije.

²²⁴ Članak 21. Stavak 2. Dodatnog Protokola Konvencije.

²²⁵ Članak 22.

²²⁶ Iznimke su regulirane u stavku 2. članka 5. Zakona.

²²⁷ Članak 36. stavak 1. i stavak 2.

²²⁸ Objašnjenje (para. 119 of the Explanatory Report to the Additional protocol) vezano uz članak 21. i 22. Dodatnog Protokola glasi: „*As stated by Article 21 of the Convention, the human body and its part shall not, as such, give rise to financial gain. Any trade in organs and tissues for direct or indirect financial gain, as defined by Article 21 of this Protocol is prohibited. Organ trafficking and tissue trafficking are important examples of such illegal trading and of direct financial gain. Organ or tissue traffickers may also use coercion either in addition to or as an alternative to offering inducements. Such practices cause particular concern because they exploit vulnerable people and may undermine peoples faith in the transplant system. This is why the prohibition of trafficking in organs and tissues is specifically referred to in Article 22.*“

²²⁹ *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations Study, Council of Europe, 2009

²³⁰ Istambulska deklaraciju donijelo je 2008. godine Međunarodno transplantacijsko udruženje (The Transplantation Society, TTS) i Međunarodno udruženje nefrologa (The International Society of Nephrology, ISN). Tekst dostupan na: http://multivu.prnewswire.com/mnr/transplantationsociety/33914/docs/33914-Declaration_of_Istanbul-Lancet.pdf.

²³¹ Lista može biti nacionalna ili međunarodna. Republika Hrvatska dio je europskog sustava Eurotransplant. Vidjeti više u KNOTEK M., *Članstvo u Eurotransplantu - priznanje uspješnosti i izazov za transplantaciju u Hrvatskoj*, http://www.ulika.net/dijaliza/medicina_h.html.

²³² U Republici Hrvatskoj je ustrojen Referalni centar za transplantaciju i tipizaciju tkiva Republike Hrvatske.

donio odgovarajuću definiciju te predvidio kaznenu odgovornost za počinitelje²³³. Naime, uzimanje organa ili tkiva od živog darivatelja provodi se isključivo u svrhe liječenja primatelja i kada ne postoji odgovarajući organ ili tkivo preminule osobe, te ne postoji druga, približno jednaka, metoda liječenja²³⁴. Uzimanje organa od živog darivatelja može se provoditi u korist primatelja s kojim je darivatelj u bliskoj emocionalnoj vezi, kako je određeno zakonom, ili u nedostatku takve povezanosti, samo pod uvjetima određenim zakonom i uz odobrenje odgovarajućeg neovisnog tijela²³⁵. Ostala ponašanja bi predstavljala trgovinu organima. Što se tiče uzimanja dijelova tijela s umrle osobe, dijelovi tijela se smiju uzeti radi presađivanja samo ako se darivatelj za života nije tome u pisanom obliku protivio²³⁶. No, Kodeks medicinske etike i deontologije propisuje²³⁷ kako o namjeri da s mrtvog tijela presadi dijelove tijela, organe ili tkiva liječnik treba obavijestiti najbližu obitelj odnosno skrbnika. Kodeks nadalje propisuje kako se dijelovi tijela s umrle osobe smiju uzeti radi presađivanja samo ako se obitelj tome ne protivi i ako se darivatelj za života nije tome u pisanom obliku protivio²³⁸. Ako ovu odredbu Kodeksa dovedemo u vezu s člankom 2. stavkom 3. Zakona o presađivanju koja propisuje kako se uzimanje i presađivanje dijelova ljudskoga tijela u svrhu liječenja mora provoditi u skladu s odgovarajućim profesionalnim obvezama i standardima, tada možemo reći da je relativizirana odredba iz članka 22. stavka 1. Zakona koja regulira uzimanja dijelova tijela s umrle osobe na način da se dijelovi tijela smiju uzeti radi presađivanja samo ako se darivatelj za života nije tome u pisanom obliku protivio. Kako kazneno djelo *neovlaštenog presađivanja dijelova ljudskog tijela* u stavku 6. kažnjava, ili bar nastoji kazniti, trgovinu dijelova ljudskog tijela, treba ga usporediti i s člankom 175. KZ-a (*trgovina ljudima i ropstvo*), a koji regulira između ostalog i kršenje pravila međunarodnog prava vezanog uz trgovinu ljudima radi nedopuštenog presađivanja dijelova ljudskog tijela. Važno je naglasiti da, iako je cilj isti, objekti ova dva kaznenog djela nisu isti. Naime, u jednom se slučaju trguje dijelovima ljudskog tijela, odnosno organima, tkivom i stanicama (*trafficking in organs, tissues and cells*), a u drugom slučaju osobama sa specifičnim ciljem nedopuštenog presađivanja dijelova ljudskog tijela²³⁹ (*trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*)²⁴⁰. Napominjem da je kazna za trgovinu ljudima i ropstvo određena u puno težem rasponu, nego što je predviđeno za trgovinu organima. Tako je za osnovno kazneno djelo iz članak 175. KZ-a predviđena kazna zatvora od 1. do 10. godina. *De lege ferenda* trebalo bi uskladiti predviđene kazne. Kazneno djelo nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela, *de lege lata*, sastoji se od više stavaka, odnosno mogućih radnji počinitelja. Ovo kazneno djelo može počinuti svaka osoba, i to u slijedećim slučajevima:

1. ukoliko medicinski neopravdano uzme radi presađivanja dio ljudskog tijela s pristankom živog davatelja, ili ukoliko medicinski neopravdano presadi dio ljudskog tijela s pristankom primatelja,

²³³ *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations Study, Council of Europe, 2009. str. 97.

²³⁴ Članak 9. Dodatnog Protokola.

²³⁵ Članak 10. Dodatnog Protokola.

²³⁶ Članak 22. Stavak 1. Zakona o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja. Suprotno postupanje regulirano je kao prekršaj i to u članku 36. Zakona.

²³⁷ Vidjeti članak 5. Kodeksa.

²³⁸ Ujedno, liječnik koji sudjeluje ili bi mogao sudjelovati u postupku presađivanja ne smije sudjelovati u donošenju odluke o smrti mozga davatelja, zbog mogućeg sukoba interesa.

²³⁹ Članak 175. KZ-a (trgovanje ljudima i ropstvo).

²⁴⁰ *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, str. 7, str. 93.

2. ukoliko medicinski opravdano uzme radi presađivanja dio ljudskog tijela bez pristanka živog davatelja, ili ukoliko medicinski opravdano presadi dio ljudskog tijela bez pristanka primatelja,
3. ukoliko medicinski neopravdano uzme radi presađivanja dio ljudskog tijela bez pristanka živog davatelja ili medicinski neopravdano presadi dio ljudskog tijela bez pristanka primatelja,
4. ukoliko radi presađivanja uzme dio tijela umrle osobe prije nego što je smrt na propisani način utvrđena,
5. ukoliko uzme radi presađivanja dio tijela umrle osobe iako zna da se ta osoba za života tome izričito pisano protivila, ili uzme radi presađivanja dio tijela umrle maloljetne ili duševno bolesne osobe bez izričitog pisanog pristanka njenog zakonskog zastupnika,
6. ukoliko za nagradu ili radi zarade daje dio svojega tijela ili dio tijela druge žive ili umrle osobe radi presađivanja ili u tome posreduje,
7. ukoliko liječnik počini djela navedena u točkama 1. – 4. radit će se o kvalificiranom obliku kaznenog djela nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela te će se liječnika, u tom slučaju, teže kazniti.

Ključni pojmovi ovog kaznenog djela jesu prvenstveno medicinski (ne)opravdane indikacije za presađivanje te nedostatak pristanak primatelja odnosno davatelja bez čijeg pribavljanja presađivanje djelo i postaje kažnjivo unatoč postojanju medicinski opravdanih indikacija. Zakonodavac polazi od toga da je pristanak primatelja i davatelja poseban institut zdravstvenog prava koji proizlazi iz prava pacijenta na samoodređenje i stoga njegov izostanak uzrokuje kažnjivost ponašanja odnosno zahvata koji se obavljaju bez tog pristanka²⁴¹. Obzirom da se transplantaciju organa, zbog neposrednog zadiranja u tjelesni integritet čovjeka koji rezultira amputacijom ili imputacijom organa, smatra metodom liječenja izuzetnog rizika, pristanak pacijenta u tom slučaju mora biti valjan, što znači da mora ispunjavati određene pretpostavke temeljem kojih će zahvat biti opravdan i dopušten. Pretpostavke za valjani pristanak su slijedeće²⁴²:

1. pristanak se mora odnositi na predviđeni zahvat,
2. pristanak se mora dati u pisanom obliku,
3. pristanak mora biti izraz slobodne volje darivatelja, utemeljene na odgovarajućoj obavijesti o prirodi, svrsi i tijeku zahvata, vjerojatnosti njegove uspješnosti i rizicima.

Prema tome, ukoliko nedostaje bilo koji od navedenih elemenata valjanog pristanka, smatrat će se da pristanak nije niti postojao te će svaki zahvat na tijelu pacijenta biti nedopušten. Ovakav stav proizlazi prvenstveno iz pacijentovog prava na samoodređenje koje je kao načelo zajamčeno Zakonom o zaštiti prava pacijenata, te iz Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini te njenim Dodatnim protokolom u vezi presađivanja organa i tkiva ljudskog podrijetla. Više o informiranom pristanku u medicini, vidjeti u prethodnom podnaslovu. No, u Dodatnom su Protokolu posebno zaštićene osobe koje nisu sposobne dati pristanak²⁴³. Tako i Zakon o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja, propisuje kako se presađivanje smije obaviti jedino ako je primatelj dao pisanu suglasnost. Suglasnost mora biti izraz slobodne volje primatelja, utemeljene na odgovarajućoj obavijesti o prirodi, svrsi i tijeku zahvata, vjerojatnosti njegove uspješnosti i uobičajenih rizika. Za primatelja koji nije poslovno sposoban ili nije sposoban za rasuđivanje ili je maloljetan, suglasnost daje njegov

²⁴¹ BABIĆ T. I ROKSANDIĆ S., op.cit str.196.

²⁴² Članak 17. Zakona o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja.

²⁴³ Članak 14. Dodatnog Protokola.

zakonski zastupnik, odnosno skrbnik. Republika Hrvatska je stavila rezervu na uvjete propisane člankom 20. Stavkom 2. Podstavkom ii Konvencije, odnosno proširila je krug ovlaštenih primatelja dijelova tijela maloljetnih davatelja, na način da su roditelji postali potencijalni primatelji. Naime, nikakvo uzimanje tkiva ili organa ne može se izvršiti na osobi koja nije sposobna dati pristanak kako je predviđeno člankom 5. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini²⁴⁴. No, iznimno i pod uvjetima propisanim zakonom, uzimanje regenerativnog tkiva s osobe koja nije sposobna dati pristanak može se odobriti nakon što su ispunjeni slijedeći uvjeti:

1. Nema na raspolaganju kompatibilnog davatelja sposobnog dati pristanak,
2. Primatelj je *roditelj*, brat ili sestra darivatelja,
3. Darivanje mora imati svrhu spašavanja života primatelja,
4. Odobrenje predviđenom stavkom 2. i 3. člankom 6. Konvencije dano je jasno i u pisanom obliku sukladno zakonu te
5. Potencijalni darivatelj se ne protivi.

Obrazloženje Republike Hrvatske jest da njime Republika Hrvatska štiti vitalne interese maloljetnog darivatelja jer time spašava život njegovog roditelja koji mu je neophodan²⁴⁵. Ovo kazneno djelo mora se usporediti i s kaznenim djelom samovoljnog liječenja²⁴⁶ te s kaznenim djelom nesavjesnog liječenja²⁴⁷, o čemu je bilo govora u prethodnim poglavljima. U kontekstu ovog kaznenog djela, a u vezi s kaznenim djelom nesavjesnog liječenja i samovoljnog liječenja, problem transplantacije treba se promatrati sa njezinog negativnog aspekta koji se odnosi na slučajeve presađivanja ljudskog tijela bez medicinski opravdanih indikacija kao i bez odgovarajućih pristanaka primatelja i davatelja organa. Naime, nesavjesno liječenje zasigurno obuhvaća i postupanje doktora medicine i stomatologije kada nedozvoljeno presađuje dijelove ljudskog tijela. No, kako je kazneno djelo nedozvoljenog presađivanja dijelova ljudskog tijela formalno djelo (ne zahtjeva se nastup posljedice) ukoliko bi se navedeno postupanje liječnika kažnjavalo po članku 240., ne bi došlo do ostvarenja bića djela ako ne bi nastupilo pogoršanje bolesti ili narušenje zdravlja pacijenta. Kako sam navela i u prethodnom podnaslovu, kod nedozvoljenog presađivanja ljudskog tijela nije samo riječ o nedostatku pristanka, tako da se to treba imati na umu prilikom izmjene ovog kaznenog djela *de lege ferenda*. Prema tome, kazneno djelo presađivanja ljudskog tijela trebalo bi se, *de lege ferenda*, podjednako baviti zaštitom nedozvoljenog presađivanja kao takvog i posredovanja u istom, a u jednom posebnom stavku inkriminirati presađivanje bez pristanka, odnosno bez opravdanih medicinskih indikacija. Što se tiče određivanja bića ovog kaznenog djela u odnosu na pribavljanje valjanog pristanka, odnosno medicinske opravdanosti presađivanja i odnosa s kaznenim djelom nesavjesnog liječenja i samovoljnog liječenja, upućujem na prethodni ponaslov. Postoji još jedno vrlo važno pitanje kada je riječ o primjeni i tumačenju ovog kaznenog djela, kojeg je nemoguće izbjeći, a to je kako definiramo dio tijela? Zakon o presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja navodi da utvrđuje uvjete za uzimanje i presađivanje dijelova ljudskog tijela (organa ili tkiva) od žive ili s umrle osobe zbog presađivanja u svrhu liječenja. U Zakonu se navodi da se odredba koje se odnose na tkiva

²⁴⁴ Zahvat koji se odnosi na zdravlje može se izvršiti samo nakon što je osoba na koju se zahvat odnosi o njemu informirana i dala slobodan pristanak na njega. Toj se osobi prethodno daju odgovarajuće informacije o svrsi i prirodi zahvata kao i njegovim posljedicama i rizicima. Dotična osoba može slobodno i u bilo koje vrijeme povući pristanak.

²⁴⁵ Članak 3. stavak 2., odredbe uz Konvenciju, Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 13/2003.

²⁴⁶ Vidjeti prethodni podnaslov.

²⁴⁷ Članak 240. KZ-a.

primjenjuju i na stanice, uključujući krvotvorne matične stanice. No, Zakon isključuje primjenu na organe i tkiva za reprodukciju, organe i tkiva zametaka ili fetusa te na krv i krvne pripravke, tako da treba pažljivo razmotriti što se želi zaštititi ovim kaznenim djelom, odnosno da li možemo reći da se *de lege lata* ne odnosi na organe i tkiva za reprodukciju, organe i tkiva zametaka te na krv i na krvne pripravke? Što se tiče krvi i krvnih pripravaka, poseban zakon regulira navedenu materiju - Zakon o krvi i krvnim pripravcima²⁴⁸, dok je Zakon o medicinskoj oplodnji²⁴⁹ regulirao pretpostavke za ostvarivanje prava na medicinsku oplodnju te prava i obveze, kao i odgovornost svih sudionika postupaka medicinske oplodnje²⁵⁰. Kada govori o značenju pojedinih izraza, Zakon o medicinskoj oplodnji daje slijedeće značenje spolnim stanicama: spolne stanice su sva tkiva i stanice koje se namjeravaju upotrijebiti u svrhu medicinske oplodnje²⁵¹. Kako je Zakon o medicinskoj oplodnji tek nedavno stupio na snagu, a do njegova stupanja na snagu se primjenjivao Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece²⁵², *de lege ferenda* trebalo bi razmisliti o naslovu i objektu zaštite ovog kaznenog djela, odnosno koje sve medicinske postupke treba obuhvatiti i na što se sve odnosi. Mišljenja sam da bi ovo kazneno djelo trebalo, u širem kontekstu, razmatrati i uz kazneno djelo *zabrane kloniranja ljudskog bića*²⁵³ i neimenovanim kaznenim djelom iz Zakona o oplodnji²⁵⁴ jer se u svim slučajevima radi o kažnjavanju određenih medicinskih postupaka koji mogu dovesti (ili dovode) do još nedovoljno neistraženih kako medicinskih tako etičkih posljedica. Možda bi se *de lege ferenda* sva navedena tri kaznena djela trebala propisati u jednoj glavi, bilo da se radi o kaznenim djelima protiv zdravlja ljudi, bilo protiv života i tijela. Ukoliko zakonodavac smatra opravdanim posebno izdvojiti kazneno djelo zabrane kloniranja ljudskog bića i dalje ga ostavi u Kaznenim djelima protiv života i tijela, onda barem predlažem brisanje kaznenog djela iz Zakona o medicinskoj oplodnji i njegovo unošenje u Kazneni zakon, u glavu kaznenih djela protiv zdravlja ljudi.

7. POVREDA OBVEZE PRUŽANJA HITNE MEDICINSKE POMOĆI TE POVREDA OBVEZE SKLAPANJA UGOVORA O PRUŽANJU ZDRAVSTVENE ZAŠTITE I KAZNENO DJELO NEPRUŽANJA MEDICINSKE POMOĆI

Ustav Republike Hrvatske svakomu jamči pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa zakonom, pravo na zdrav život te propisuje dužnost države da osigura uvjete za zdrav okoliš²⁵⁵. Zakonom o zdravstvenoj zaštiti svakome je zajamčena jednakost u cjelokupnom postupku ostvarivanja zdravstvene zaštite²⁵⁶, zdravstvena usluga standardizirane kvalitete i jednakog sadržaja²⁵⁷ te prva pomoć i hitna medicinsku pomoć kada joj je ona potrebna²⁵⁸, što proizlazi i iz članaka 12. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima²⁵⁹. Kako

²⁴⁸ Narodne Novine br. 79/06.

²⁴⁹ Narodne Novine br. 88/09, 137/09.

²⁵⁰ Članak 1. stavak 1. Zakona.

²⁵¹ Članak 2. stavak 1. točka 2.

²⁵² Narodne Novine SFRJ 18/1978.

²⁵³ Navedeno kazneno djelo nalazi se u Glavi kaznenih tjela protiv života i tjela, članak 97a, a donesen je prema Dodatnom Protokolu uz Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini.

²⁵⁴ Članak 49.

²⁵⁵ Članak 58. i 69. Ustava.

²⁵⁶ Članak 22. stavak 1. točka 1.

²⁵⁷ Članak 22. stavak 1. točka 3.

²⁵⁸ Članak 22. stavak 1. točka 4.

²⁵⁹ Službeni list SFRJ br. 7/1971. Vijeti i Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/1993.

sam već navela, mjere koje će države poduzeti u cilju potpunog ostvarenja prava na zdravlje trebaju uključivati, između ostalog i stvaranje uvjeta u kojima će svi imati osiguranu liječničku skrb i njegu u slučaju bolesti. Svaka država članica obvezala se²⁶⁰ da će samostalno i putem međunarodne pomoći i suradnje, osobito gospodarske i tehničke, i do krajnjih mogućnosti svojih raspoloživih izvora, poduzeti mjere kako bi postupno postigla puno ostvarenje prava priznatih u Paktu, uz korištenje svih odgovarajućih sredstava, osobito donošenjem zakonskih mjera. No, što ako se te obveze ne poštuju? Kaznene odredbe Zakona o zdravstvenoj zaštiti predviđaju prekršajnu odgovornost za zdravstvene ustanove, trgovačka društva i privatne zdravstvene radnike koji krše navedene odredbe²⁶¹. Zasiurno ima mjesta i tužbi radi povrede prava osobnosti. Što se tiče kaznene odgovornosti, kazneno djelo nepružanja medicinske pomoći²⁶² odnosi se na nepružanje neodgodive medicinske pomoći, a prema mome mišljenju, povreda prava na pružanje zdravstvenih usluga koja nije hitna, regulirana je člankom 115. KZ-a (povreda prava na zdravstvenu i invalidsku zaštitu). Prema navedenom članku, tko uskrati ili ograniči građaninu pravo na zdravstvenu ili invalidsku zaštitu utvrđenu zakonom, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora od tri godine. Ovdje, prema mome mišljenju, ima mjesta i kaznenoj odgovornosti pravnih osoba, jer se u pravilu upravo i radi o odgovornosti zdravstvene ustanove, odnosno trgovačkog društva. Ponovno napominjem²⁶³, kako pravo na zdravlje ovisi i o ekonomskoj moći države, i uključuje pravo dostupnosti zdravstvenih usluga, upravo navedene odredbe koje se temelje na članku 12. Pakta, usmjerili su moje mišljenje da bi članak 115. Kaznenog zakona trebao predstavljati inkriminaciju koja se tiče uskrate prava na dobivanje zdravstvene usluge (povreda prava na zdravstvenu i invalidsku zaštitu). Osim toga, kako je Europski Sud Pravde (*European Court of Justice*) prihvatio da se zdravstvene usluge smatraju uslugama u smislu EC Ugovora, pravo na zdravstvene usluge vezano je na princip slobodnog kretanja usluga i nije više ograničeno samo jurisdikcijom države iz koje potječu²⁶⁴ te pravo na pristup, odnosno dostupnost zdravstvenih usluga, predstavlja jedno od osnovnih zdravstvenih prava svakog pojedinca. Sukladno navedenom, trebalo bi se postaviti i pitanje da li je pravo na zdravstvenu zaštitu zaštićeno i odredbama Kaznenog zakona, te ukoliko se smatra da članak 115. Kaznenog zakona ne štiti navedena prava, Radna skupina za donošenje novog Kaznenog zakona, trebala bi razmisliti o uvođenju kaznenog djela koja bi ta prava štiti. Nepružanje zdravstvene zaštite je postupanje suprotno pravilima medicinske struke, pa ima mjesta primjeni i kaznenog djela nesavjesnog liječenja ako je zbog nepružanja prouzročeno pogoršanje bolesti ili narušenje zdravlja neke osobe, pogotovo jer je isto djelo moguće počinuti s nehajem, dok se za počinjenje kaznenog djela nepružanja pomoći traži namjera. Osim toga, kada bi liječnik, umjesto da pruži neodgodivu pomoć, tu pomoć uskratio i time uzrokovao stanje teže od onog u kojemu je pomoć bila potrebna, povrijedio bi i osnovno načelo vlastite profesije – *primum nil nocere*²⁶⁵. Načelo slobode ugovaranja primjenjuje se i u području zdravstva, no s određenim ograničenjima na strani pružatelja zdravstvenih usluga. Ograničenja se uglavnom odnose na pružanje hitne i neodgodive medicinske intervencije. Također, polazeći od ustavnih određenja, zdravstvene ustanove, trgovačka društva i privatni zdravstveni radnici u javnoj mreži zdravstvene djelatnosti dužni su sklopiti ugovor s

²⁶⁰ Sukladno članku 2. stavku 1. Pakta.

²⁶¹ Članci 200. i 203. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

²⁶² Članak 243. KZ-a.

²⁶³ Vidjeti prvi podnaslov.

²⁶⁴ DEN EXTER A., Access to Health Care in Netherlands: The influence of (European) Treaty Law, *Journal of law, medicine and ethics*, 2005, str. 689. Vidjeti i *The ECJ Case Law on Cross-Border Aspects of Health Services (IP/A/IMCO/FWC/2006-167/C3/SC1)*, Briefing Note:

http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0701_healthserv_ecj_en.pdf.

²⁶⁵ BABIĆ I ROKSANDIĆ, op.cit, str. 200.

pacijentom, osiguranikom, osim ako drugačije nije propisano²⁶⁶. Sukladno navedenom, korisnik zdravstvene usluge mogao bi tužbom tražiti sklapanje ugovora bez odlaganja, te nadoknadu štete koja je iz nesklapanja ugovora proizašla²⁶⁷. Od navedenog pravila postoje i iznimke. Takve iznimke propisane su na primjer Pravilnikom o načinu ostvarivanja prava osiguranih osoba za zdravstveno osiguranje na slobodan izbor doktora medicine i doktora stomatologije primarne zdravstvene zaštite²⁶⁸, koji u članku 9. propisuje da izabrani liječnik ima pravo odbiti izbor osigurane osobe samo u slučaju da broj opredijeljenih osiguranih osoba koje ima u skrbi prelazi maksimalan mogući broj utvrđen općim aktom HZZO-a, ako između izabranog doktora i osigurane osobe postoji poremećaj međusobnih odnosa. Izabrani doktor ne smije odbiti izbor osigurane osobe samo zato što je osigurana osoba starije životne dobi, bolesna, nepokretna, ovisnik, psihički ili duševni bolesnik, odnosno iz drugih razloga koji nisu naprijed navedeni. O osnovanosti razloga za odbijanje izbora osigurane osobe kao i po prigovoru osigurane osobe u odlučuje posebno povjerenstvo koje imenuje rukovoditelj područnog ureda HZZO-a nadležnog prema sjedištu zdravstvene ustanove, odnosno ordinacije izabranog doktora²⁶⁹. Ugovor između pružatelja i korisnika zdravstvenih usluga nije imenovan u hrvatskom pravu i obično se sklapa usmeno i konkludentnim očitovanjem volje. Za njega vrijedi neformalnost forme. Uzevši u obzir važeću zakonsku regulativu primjereni naziv ugovora mogao bi biti ugovor o zdravstvenoj usluzi²⁷⁰. Napominjem da ugovor o zdravstvenoj usluzi i pristanak pacijenta nisu sinonimi. Ugovor o zdravstvenoj usluzi je obveznopravni ugovor koji nastaje preuzimanjem obveze, a pristanak pacijenta nema karakter preuzimanja obveze nego predstavlja dopuštenje pružatelju zdravstvene usluge da obavi zahvat koji inače ne bi bio ovlašten obaviti²⁷¹. Naime, odnos između pružatelja i korisnika zdravstvene usluge je samo iznimno izvanugovorne prirode, i to prvenstveno u slučajevima hitnih liječničkih intervencija, ili intervencija kada je pacijent bez svijesti, u šoku itd. Navedeni odnos tada bi se pravno trebao prosuđivati po pravilima posloводства bez naloga, nužnog posloводства. Liječnik je pritom dužan postupati s pažnjom dobrog stručnjaka, a svaki propust poduzimanja radnji može rezultirati zahtjevom za naknadom štete te povrede liječnikove obveze pružanja hitne medicinske pomoći²⁷². Nadalje ako se pacijent, koji je dobro upoznat sa svojim stanjem i sposoban samostalno odlučivati, ne ponaša sukladno preporukama liječnika glede prevencije i liječenja bolesti, liječniku je iznimno dopušteno takvoj osobi odbiti daljnju skrb, pod uvjetom da ga prethodno uputi na drugog liječnika ili zdravstvenu ustanovu²⁷³. Jednako tako može liječnik postupiti prema pacijentu koji se svjesno ponaša nedolično, uvredljivo ili prijeteci. Ako u ovakvim slučajevima prijeti pacijentu opasnost za život, liječnik mu je obavezan pomoći. Ako svi osiguranici imaju pravo na pružanje zdravstvene zaštite, a imaju, pitanje jest u kojem roku im usluga mora biti pružena. Naravno, uvijek postoji prioritet vezano za zdravstveno stanje pojedinog pacijenata, ali ipak postoji i razuman rok koji se očekuje da neka usluga bude pružena. Vezano za stupanj medicinskog prioriteta, odnosno listu čekanja, navodim dio obrazloženja presude Županijskog

²⁶⁶ Ukoliko do sklapanja ne dođe, dolazi do povrede obveze sklapanja ugovora o pružanju zdravstvene usluge.

²⁶⁷ BARBIĆ, J., Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima, Informator, Zagreb 1980., str. 9.

²⁶⁸ Narodne Novine br. 41/07.

²⁶⁹ ROKSANDIĆ VIDLIČKA S., Najčešće povrede prilikom obavljanja zdravstvene djelatnosti u *Liječnička pogreška – medicinski i pravni aspekti*, Sveučilište u Splitu, Medicinski i pravni fakultet, Split, 2007, str. 249-251.

²⁷⁰ BABIĆ T. I ROKSANDIĆ S., *Osnove zdravstvenog prava*, Tipex, 2006., str. 153.

²⁷¹ vidjeti NIKŠIĆ S., *Ugovor o zdravstvenoj usluzi*, doktorska dizertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, 2007., str. 387.

²⁷² Ibid.

²⁷³ Sukladno članku 2. točki 13. Kodeksa medicinske etike i deontologije (NN 55/08).

suda u Rijeci²⁷⁴: "Kada je oštećenik neprimjereno dugo morao čekati na operaciju i pritom trpjeti bolove, tada je osiguratelj u obvezi da mu (uz eventualnu participaciju) nadoknadi i troškove nastale operacijom u privatnoj klinici." Naime, "u postupku je utvrđeno da je zahvat na koljenima bio nužan, što znači da se tužiteljica neizostavno morala podvrgnuti predmetnoj operaciji. Tužiteljici se pri tome ne može osnovano prigovarati "nestrpljivost" s obzirom da je na operaciju trebala čekati 6 do 8 mjeseci, te pri tome trpjeti znatne fizičke bolove i tako ozbiljno smanjiti kvalitetu življenja i konačno svojih radnih sposobnosti, što je ne zanemarujući i subjektivan odnos tužiteljice prema tim tegobama (koje svi ne podnose jednako) utjecalo na njezinu odluku da operaciji pristupi što ranije, pa i tako da ide u privatnu kliniku. Prema mišljenju ovog drugostupanjskog suda, tužiteljčin je izbor u postojećoj situaciji, u kojoj obvezni zdravstveni sustav ne funkcionira na način koji bi omogućio operativni zahvat u kraćem i razumnom vremenu, primjerice ne duljem od tri mjeseca, odnosno onom vremenu koje bi bilo primjereno konkretnim zdravstvenim potrebama, sasvim životan i logičan. Taj je izbor zapravo posljedica dosegnute civilizacijske razine u zdravstvenoj zaštiti u kojoj postoje privatne klinike koje su u stanju pružiti uslugu iste kvalitete, ali daleko brže. Stoga se ovakav postupak tužiteljice, vodeći računa o njegovim posebnostima, treba smatrati opravdanim nastojanjem oštećenice da što prije smanji štetu koju je neprijeporno trpjela. Kada je tome tako, tada je tuženik u ovom slučaju dužan nadoknaditi i one izdatke koje je tužiteljica imala zbog nužne i uspješne operacije u privatnoj klinici i to bez obzira što tužiteljica uopće ne bi imala tih troškova da je koristila zdravstveno osiguranje."²⁷⁵ Nadalje, može se postaviti i pitanje postojanja odnosno nepostojanja odgovornosti u slučajevima kada je potrebno pružiti hitnu pomoć u istom trenutku većem broju osoba, a nije sasvim razvidno koji će se kriteriji primijeniti u tom slučaju. No, i tada liječnik mora "svim svojim sposobnostima čuvati plemenitu tradiciju liječničkog poziva održavajući visoke standarde stručnog rada i etičkog ponašanja²⁷⁶" te liječničku pomoć pružati svima jednako bez obzira na dob, spol, rasu, nacionalnost, vjersko ili političko uvjerenje, društveni položaj, poštujući pri tom ljudska prava i dostojanstvo osoba²⁷⁷, uvažavajući naravno prioritarno medicinsko stanje pojedinca. U ostvarivanju zdravstvene zaštite svaka osoba ima pravo na prvu pomoć i hitnu medicinsku pomoć kada joj je ta pomoć potrebna²⁷⁸. Zdravstvena djelatnost u Republici Hrvatskoj mora biti organizirana tako da je stanovništvu Republike Hrvatske uvijek osigurana i dostupna hitna medicinska pomoć, uključujući hitan prijevoz (čl. 39. Zakona o zdravstvenoj zaštiti) a ukoliko zdravstvena ustanova istu ne osigura, može odgovarati za prekršaj. Uvjeti, organizacija i način rada izvanbolničke hitne medicinske pomoći u Republici Hrvatskoj regulirani su Pravilnikom o uvjetima, organizaciji i načinu rada izvanbolničke hitne medicinske pomoći²⁷⁹. Osim toga, svaka je osoba u hitnim slučajevima obvezna pružiti prvu pomoć ozlijeđenoj ili bolesnoj osobi i omogućiti joj pristup do hitne medicinske pomoći²⁸⁰. Naravno da takvu pomoć najbolje mogu pružiti liječnici odnosno ostali zdravstveni radnici. Dužnost pružanja hitne medicinske

²⁷⁴ Od 29. siječnja 2004. godine.

²⁷⁵ Gž-3223/02, *Pregled sudske prakse 2004. godine*, Inženjerski biro, Zagreb 2004, str. 84/1.

²⁷⁶ Članak 1. stavak 4. Kodeksa medicinske etike i deontologije Hrvatske liječničke komore, Narodne Novine br. 55/08.

²⁷⁷ Članak 1. stavak 3. Kodeksa. Vidjeti više u ŠEPAROVIĆ Z., *Granice rizika, Etičkopravni pristupi medicini*, Informator, Zagreb, 1997, str. 18. do 19.

²⁷⁸ Čl. 21. t. 4. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

²⁷⁹ Narodne novine br. 146/03.

²⁸⁰ Članak 21. točka 4. Zakona o zdravstvenoj zaštiti. Vidjeti i kazneo djelo nepružanja pomoći, članak 104. KZ-a. koje može počiniti svaka osoba koja, bez veće opasnosti za sebe ili drugoga, ne pruži pomoć osobi koja se nalazi u izravnoj životnoj opasnosti i onaj tko ostavi drugoga bez pomoći u životnoj opasnosti koju je sam prouzročio.

pomoći je konkretna te zavisi od danih okolnosti, što znači da je liječnik obavezan pružiti onu vrstu pomoći koje stanje bolesnika iziskuje. No pri tome se mora voditi i računa koja medicinska oprema stoji na raspolaganju u takvim slučajevima. Ako je bolesniku, odnosno ozlijeđenoj osobi, potrebna pomoć koju liječnik ne može ili ne zna pružiti, dužan je pozvati specijalistu ili osigurati da se takva osoba preveze u zdravstvenu ustanovu²⁸¹. Kodeks medicinske etike i deontologije Hrvatske liječničke komore tako predviđa²⁸² da se liječnik mora pobrinuti predati bolesnika na skrb drugom liječniku ako potrebe liječenja bolesnika prelaze liječnikove mogućnosti, znanje ili vještine. Nepružanje medicinske pomoći²⁸³ predstavlja jest *delicta propria* kojeg mogu počiniti jedino liječnik, doktor stomatologije ili drugi zdravstveni radnik²⁸⁴. Djelo se sastoji u nepružanju, isključivo, medicinske pomoći bolesniku ili osobi kojoj je takva pomoć potrebna zbog izravne opasnosti za njezin život. Ovo je pravo kazneno djelo nečinjenja jer se radi o propuštanju radnje koju su liječnik, doktor stomatologije ili drugi zdravstveni radnik bili dužni obaviti, a propustili su to učiniti²⁸⁵. Djelo je formalno, nastupanje posljedice se ne traži, posljedica nije sastavni dio bića djela pa se kažnjava sama radnja propuštanja bez obzira da li je uslijed toga propuštanja nastupila kakva štetna posljedica ili nije. Ako je ipak uslijed nepružanja pomoći došlo do prouzročenja teške tjelesne ozljede neke osobe, ili joj je zdravlje teško narušeno ili je postojeća bolest znatno pogoršana, odnosno nastupila je smrt, nepružanje pomoći prerasta u teško kazneno djelo protiv zdravlja ljudi²⁸⁶. U tom slučaju teško kazneno djelo protiv zdravlja ljudi predstavlja njegov kvalificirani oblik i primjenjuje se jedino u slučaju ako se teža posljedica pripisuje počiniteljevu nehaju²⁸⁷. Ujedno, takva posljedica može postati i pretpostavka odgovornosti za štetu²⁸⁸. Djelo može biti počinjeno jedino s namjerom, što znači da počinitelj mora biti svjestan činjenice da se bolesnik ili osoba nalazi u izravnoj opasnosti za život zbog čega joj je potrebna medicinska pomoć, ali, usprkos tome, on tu pomoć ne pruža, odnosno ne pruža je na onaj način koji je potreban. Ako se utvrdi postojanje zablude o biću djela, ista se neće ispitivati je li otklonjiva ili nije, jer odgovornost za nehaj nije predviđena²⁸⁹. Sama pomoć mora biti neodložna te se mora raditi upravo o medicinskoj pomoći. Što znači pružanje „neodgodive medicinske pomoći“ pitanje je pravila struke²⁹⁰. Također, pomoć mora biti i realno potrebna što proizlazi da oštećenik mora biti u izravnoj opasnosti za život. Naime, kako je utvrdio Općinski sud u Osijeku²⁹¹ u pravomoćnoj oslobađajućoj presudi protiv dvojice okrivljenika, medicinskih tehničara radi počinjenja kaznenog djela iz članka 243. KZ-a „...

²⁸¹ RADIŠIĆ J., op.cit, str.226.-227.

²⁸² Članak 2. točka 12.

²⁸³ Članak 243. KZ-a

²⁸⁴ U prvom se ponaslovu navodi koje su sve profesije obuhvaćene pojmom zdravstvenih radnika.

²⁸⁵ Ova inkriminacija pojačava etičnost i sprječava kršenje normi liječničke deontologije, BAČIĆ F. i ŠEPAROVIĆ Z., *Krivično pravo, Posebni dio*, Narodne Novine, Zagreb, 1985., str. 258. Tako i KOKIĆ I. op.cit., str. 72.

²⁸⁶ Ukoliko je navedenim djelom teško narušeno zdravlje neke osobe ili joj je bolest znatno pogoršana, propisana je kazna zatvora od jedne do osam godina. Nadalje, ukoliko je navedenim djelom prouzročena smrt jedne ili više osoba, počinitelj se može kazniti kaznom zatvora od tri do osam godina (čl. 249 KZ-a)

²⁸⁷ Vidjeti više u NOVESELEC P. (ur.), *Kazeno pravo, Posebni dio*, str. 48 „...Ako u odnosu na smrt ili tešku tjelesnu ozljedu žrtve postoji namjera, počinitelj će odgovoriti za ubojstvo ili odgovarajuću tešku tjelesnu ozljedu.“

²⁸⁸ KLARIĆ, P., *Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih radnika za štetu*, *Hrvatska pravna revija*, rujan 2001., str. 31.

²⁸⁹ Vidjeti BAČIĆ/PAVLOVIĆ, op.cit., str. 862.

²⁹⁰ Vidjeti prva dva naslova. Ujedno, više u članku RODRÍGUEZ VÁZQUEZ V. I MOSQUERA M.G, *Medical protocols and criminal law. The legal value of clinical protocols in the determination of the doctor's criminal liability*, *Book of proceedings, 18. World Congress on medical law*, Faculty of law, Zagreb, 2010.

²⁹¹ Presuda broj I-K-844/07-23 od 04. prosinca 2008. godine.

Treba dodati da bez obzira na zaključak Psihijatrijske bolnice Vrapče, da okrivljenici kritičke zgode nisu u dovoljnoj mjeri postupali u skladu s pravilima struke gdje se u detaljnom obrazloženju ovog nalaza očituju razlozi koji podupiru njihovo postupanje i govore protivno njihovom postupanju odnosno da se kritičke zgode trebalo poslati hitnu pomoć u dom oštećenika, ova činjenica sama za sebe nije dovoljna za postojanje kaznenog djela. Naime, za postojanje kaznenog djela nepružanja medicinske pomoći, ..., neophodno je da se u dokaznom postupku na nedvojben način utvrdi da zdravstveni djelatnik, što su u konkretnom slučaju bili okrivljenici, ne pruži neodgodivu medicinsku pomoć bolesniku ili osobi kojoj je takva pomoć potrebna zbog izravne opasnosti za njezin život. Upravo iz razloga što provedenim dokaznim postupkom nije utvrđena činjenica da je oštećenom kritične zgode medicinska pomoć u to vrijeme bila prijeko potrebna, sud je temeljem odredbe članka 345. točka 3. ZKP okrivljenike oslobodio od optužbe....“ U navedenom se slučaju radilo o situaciju kada su okrivljeni, kao dežurni medicinski tehničari - dispečeri Hitne medicinske pomoći propustili po pozivu uputiti na intervenciju u dom imenovanog bolesnika raspoloživu dežurnu liječničku ekipu radi pružanja prijeko potrebne medicinske pomoći. Kako je vidljivo iz gornjeg primjera, da bi se ispunilo biće djela, svi njegovi elementi moraju biti utvrđeni što u navedenom primjeru nije bilo slučaj. No, može se postaviti hipotetsko pitanje kako bi sud presudio da je djelo kvalificirano kao kazneno djelo nesavjesnog liječenja i to stavak 2., odnosno kao članak 249 KZ-a²⁹². Za razliku od kaznenog djela nepružanja pomoći, nesavjesno liječenje je moguće počinuti s nehajem. Napominjem, po članku 240. stavku 1. *de lege lata*, medicinski tehničari ne bi mogli odgovarati jer su kao mogući počinitelji navedeni samo doktor medicine ili doktor stomatologije, što je rješenje koje *de lege ferenda* treba izmijeniti, odnosno uskladiti s mogućim počiniteljima kaznenog djela nepružanja medicinske pomoći. No, ako bi se postupanje medicinskih tehničara kvalificiralo kao nesavjesno postupanje, trebala bi se dokazati uzročna veza između kršenja pravila struke i prouzročenja bolesti, odnosno narušenja zdravlja oštećenika, što ovo kazneno djelo, između ostalih elemenata, čini različitim od kaznenog djela nepružanja pomoći gdje se traži postojanje izravne opasnosti za život oštećenika, ali kod nepružanja pomoći radi o pravom kaznenom djelu nečinjenja te se ne kažnjava eventualno nastupanje posljedice²⁹³.

8. UVOĐENJE ALTERNATIVNIH METODA RJEŠAVANJA SPOROVA U ZDRAVSTVU: KLJUČ RJEŠENJA ZA LAKŠA KRŠENJA PRAVILA ZDRAVSTVENE STRUKE?

“Svako izlaganje u kojem se govori o liječničkim i medicinskim greškama, što u pravilu uvijek uzbuđuje javnost, treba započeti sa sentencijom *errare humanum est*. Time bih htio reći da liječnici i drugi zdravstveni profesionalci nisu drugačiji od ostalih profesija. U svim profesijama se griješi. Koja je razlika između naše i druge profesije? Obično u drugim profesijama greške nisu tako tragične po pojedince. Mogu, katkad, biti tragične po veći broj ljudi, npr. kad se sruši neki most, zatrpa tunel ili sl. No te greške drugačije dolaze do izražaja, drugačije se shvaćaju i jasno se vide. Greške u medicini, posebice liječnika, zapravo se nisu godinama registrirale. Uvijek je liječnik bio čovjek tajnovit ili nekako iznad ostalih ljudi i stoga se o tim greškama nije govorilo, bar ne puno. U medicini naša greška može završiti tako da netko bude ili privremeno ili trajno onesposobljen, a u najgorem slučaju da dođe i do smrtnog ishoda. Greška se ne mora dogoditi samo u bolnici, može biti učinjena i u

²⁹² Teška kaznena djela protiv zdravlja ljudi.

²⁹³ Tako i GARACIĆ A., *Kazneni zakon u sudskoj praksi*, Organizator, Zagreb 2009., str. 517.

ambulantnoj praksi i na ulici ili u domu pacijenta, zapravo svugdje. Stoga svi liječnici žele da se što je prije moguće donesu takvi propisi koji će nas liječnike od tih pritisaka na neki način osloboditi... Greške u liječenju su osmi uzrok smrti u Americi te analize pokazuju da je 1999.godine u Americi umrlo između 44.000 i 96.000 bolesnika u bolnicama kao posljedica neke greške. O veličini tog broja govori podatak da je te iste godine u prometnim i drugim nezgodama u Americi poginulo 43.000 ljudi, da je od raka dojke umrlo 42.000 ljudi, od AIDS-a 17.000 ljudi.²⁹⁴ Naime, točan broj neželjenih događaja²⁹⁵ u zdravstvenom sektoru nije lako odrediti. Istraživanja su pokazala da je 2.9 do 16.6 % pacijenata u bolnicama za intenzivnu njegu doživjelo jedan ili više neželjenih događaja, od kojih je 5 do 13 % rezultiralo smrću. Za otprilike 50 % neželjenih događaja se smatra da ih je bilo moguće spriječiti.²⁹⁶ Pogreške u zdravstvenom sektoru se događaju širem svijeta i jednom kad ih identificira, potrebno ih je rješavati na najbolji i najekonomičniji dostupan način, imajući na umu da su sigurnost pacijenata i unapređenje kvaliteta pružanja zdravstvenih usluga prioriteti.²⁹⁷ Prema tome, gotovo da ne postoji sustav u kojem postoji takva potreba za razvojem i primjenom alternativnih metoda i tehnika rješavanja sporova i postupaka kao što je zdravstveni sustav.²⁹⁸ Uvođenje alternativnog rješavanja sporova može zasigurno osigurati potrebnu infrastrukturu za evoluciju kulture pružanja i korištenja zdravstvenih usluga, i to prvenstveno u područjima kao što su sigurnost pacijenta, klinički zdravi okoliš, manjak radne snage, rješavanje bioetičkih dvojbi, tehnički napredak u pružanju zdravstvenih usluga, hitna medicinska pomoć, pristup i ostvarenje zdravstvenih usluga, posebice prava na reprodukciju itd.²⁹⁹ Što se tiče zemalja Vijeća Europe, mirenje, odnosno alternativno rješavanje sporova postaje sve više primjenjivana tehnika u svim segmentima pružanja usluga. Direktiva o uslugama (tzv. Bolkensteinova Direktiva)³⁰⁰ EU u člancima 26. i 27. jasno propisuje kako izvansudsko rješavanje sporova mora biti dostupno i transparentno za korisnike³⁰¹. Kako cijela Europa³⁰²

²⁹⁴ ČEPULIĆ E. u ČEPULIĆ E., ROKSANDIĆ VIDLIČKA S., BABIĆ T., Skandinavski modeli osiguranja od medicinske greške – mogu li zaživjeti u okviru naših propisa? *Građanskopravna odgovornost u medicini*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2008, str. 125.- 126.

²⁹⁵ Neželjeni događaj se odnosi na povredu vezanu uz pružanje medicinskih usluga za razliku od komplikacija uzrokovanih bolešću. Uključuje sve aspekte usluga, uključujući dijagnozu i liječenje, puštanje dijagnoze ili liječenja, te sustave i opremu korištenu u pružanju usluga. Postoje neželjeni događaji koji se mogu spriječiti i oni koji ne mogu. Neželjeni događaj koji se može spriječiti se odnosi na neželjeni događaj uzrokovan pogreškom ili drugom vrstom zakazivanja sustava ili opreme (World Alliance for patient safety, Who Draft guidelines for adverse event reporting and learning systems, From information to action, Who, 2005). Neželjeni događaj se može definirati i kao nenamjerna povreda koja rezultira nedostatkom/onesposobljenošću u vrijeme otpuštanja, smrti ili produženog ostanaka u bolnici i koja je uzrokovana pružanjem usluga u zdravstvu, a ne pacijentovom temeljnom bolešću te kao povreda uzrokovana pružanjem usluga u zdravstvu – a ne pacijentovom temeljnom bolešću – koja produžava ostanak u bolnici, uzrokuje nedostatak/nesposobnost u vrijeme otpuštanja, ili etiološke posljedice lijekova, infekcije rana, tehničke komplikacije, nepažnju, dijagnostičke nezgode, terapijske nezgode, te događaje koji se zbivaju u hitnoj službi (<http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/adverse+event>).

²⁹⁶ NYS H., The factual situation of medical liability in the member states of the Council of Europe, u *Report, Conference: The ever-growing challenge of medical liability: National and European Responses*, 2-4. June, 2008, Council of Europe, *Proceedings/Actes*, str. 18.

²⁹⁷ Za više informacija o neželjenim događajima i statističkim podacima vidjeti ČEPULIĆ E., ROKSANDIĆ VIDLIČKA S., BABIĆ T., *ibid*, str. 125.-133. Vidjeti i Zakon o kvaliteti u zdravstvu, Narodne novine br. 107/07.

²⁹⁸ Vidjeti članak TURKOVIĆ K., ROKSANDIĆ VIDLIČKA S. I MARŠAVELSKI A., Recommendation on alternative dispute resolution in medical liability in Council of Europe member states, *Book of Proceedings*, 18. *World Congress on Medical Law*, Zagreb, 2010.

²⁹⁹ Vidjeti <http://www.decision1.net/id7.html>. Koja su sve reproduktivna prava i koji slučajevi mogu iz nepoštivanja prava nastati, vidjeti npr. DICKENS B., COOK R.J., KISMONI E., *Reproductive health, Case Studies with Ethical Commentary*, The Unesco Chair In Bioethics, Haifa, 2006.

³⁰⁰ Service Directive 2006/123/EC.

³⁰¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0036:0068:en:PDF>.

ima problema s povećanjem broja sporova u zdravstvenom sustavu³⁰³, može se postaviti pitanje da li Vijeće Europe može i treba donijeti posebnu preporuku koja regulira uspostavu i primjenu alternativnim metoda rješavanja sporova u zdravstvu. S druge strane, Nys u *Izvešću o medicinskoj odgovornosti država članica Vijeća Europe*³⁰⁴, a vezano uz postupak utvrđivanja kaznene i građanske odgovornosti pružatelja zdravstvenih usluga, naglašava kako "postoje proceduralni aspekti medicinske odgovornosti kao što je teret dokazivanja, kauzalnost i tako dalje. Postoje izražene razlike između država Bit će vrlo teško uskladiti te razlike jer one proizlaze iz općih pravila kojima se regulira građanska i kaznena odgovornost." No, prema mojem mišljenju, preporuka Vijeća Europe o alternativnom rješavanju sporova u zdravstvenom sektoru ne bi zahtijevala promjenu pravnih sustava već bi predlaganjem mirenja ili drugih alternativnih postupaka mogla dodatno potaknuti države članice u uvođenju i korištenju alternative metode u rješavanju „medicinskih slučajeva“³⁰⁵, a ako mirenje, ili druga alternativna metoda, ne bi uspjela, uvijek postoji mogućnost rješavanja sporova redovnim putem. No, uvođenje alternativnih metoda, ukoliko zaživi u pojedinim državama, čak i bez donošenja preporuke na razini Vijeća Europe, mora se temeljiti na standardima sigurnosti pacijenta i sustava izvješćivanja o nepoželjnim ishodima³⁰⁶ jer inače svrha uvođenja alternativnih postupaka ne bi bila u postupnosti ispunjena. Jedan nesporan argument za uvođenje alternativnog rješavanja sporova je njegova brzina i ekonomičnost, što je važno i za pacijente kao korisnike zdravstvene zaštite i za pružatelja zdravstvene skrbi. Napominjem da su pojedine države Vijeća Europe već razvile "no-fault" modele rješavanja sporova³⁰⁷ koji nastanu u medicini (Skandinavske zemlje, djelomice Francuska (ONIAM), Belgija³⁰⁸) i da izbor koju alternativnu metodu načina rješavanja svaka država treba koristi ne smije biti nametnut. Međutim, čak i ako se stranke koriste neke alternativne tehnike rješavanja sporova u zdravstvu, njihov pristup sudu kako je opisano u članku 6. Europske konvencije o ljudskim pravima ne bi smio biti doveden u pitanje³⁰⁹, a rješavanje težih kršenja bi trebalo prepustiti redovnim postupcima pred sudovima. Ujedno, uvođenje mirenja kao tehnike koja mi se čini najviše primjerenom za Republiku Hrvatsku, pogoduju i članci 27. i 28. tzv. Bolkensteinove Direktive.

Member States shall, in cooperation with the Commission, take accompanying measures to encourage professional bodies, as well as chambers of commerce and craft associations and consumer associations, in their territory to cooperate at Community level in order to promote the quality of service provision, especially by making it easier to assess the competence of a provider (članak 26. stavak 3. Direktive); te

Member States shall take the general measures necessary to ensure that providers who are subject to a code of conduct, or are members of a trade association or professional body, which provides for recourse to a non-judicial means of dispute settlement inform the recipient thereof and mention that fact in any document which presents their services in detail, specifying how to access detailed information on the characteristics of, and conditions for, the use of such a mechanism (članak 27. stavak 4. Direktive).

³⁰² Ako izuzmemo Skandinavske zemlje i djelomično Francusku nakon uvođenja no-fault sustava u dijelu pružanja zdravstvene zaštite u javnom sektoru.

³⁰³ Za Njemačku, vidjeti detaljno u ULSSENHEIMER K., *Artztstrafrecht in der Praxis*, 4. Izmjenjeno i dopunjeno izdavanje, C.F. Müller, 2007., posebice str. 3.-4.

³⁰⁴ NYS H., A Comparative Study of the Legal and Factual Situation in Member States of the Council of Europe u *Conference: The ever-growing challenge of medical liability: national and european responses*, 2-4. June, 2008, Council of Europe, *Proceedings/Actes*, str. 28.

³⁰⁵ KILBY E., General Rapporteur of the Conference *The Ever-growing Challenge of Medical Liability: National and European Responses*, 2.-3. June 2008, Council of Europe, *Proceedings*, str. 234.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ DUTE J, FAURE, M.G, KOZIOL, H. (eds.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2004.

³⁰⁸ Od 15. svibnja 2007. godine

³⁰⁹ Članak 6. Konvencije regulira pravo na pravično suđenje.

8.1. Prednosti metoda alternativnog rješavanja sporova u slučajevima medicinske odgovornosti

Nažalost, a kako je vidljivo iz prethodnih naslova, unatoč plemenitosti cilja pružanja zdravstvenih usluga, između pacijenata kao korisnika usluga i liječnika ili bolnica kao pružatelja, ponekad nastaju napetosti, koje nekada znaju rezultirati dugotrajnim i skupim sudskim postupcima. Stoga izazov suočavanja s pogreškama u medicini prate i rasprave o dostupnosti pravnog mehanizma za rješavanje povreda u zdravstvu. Neovisno pripada li zdravstveni sustav kontinentalnom, *civil law* sustavu ili anglosaksonskom *common-law* pravnom sustavu, problem ekspanzije sudskih slučajeva u zdravstvenom sustavu je svugdje sličan. Kao posljedica toga, korištenje alternativnih načina rješavanja sporova u zdravstvu sve je više u primjeni ili se njegovo uvođenje razmatra. Razlog tome nije samo dugotrajnost i skupoća sudskih postupaka, već i činjenica da je zdravstveni sustav vrlo emocionalno područje³¹⁰. *Marry i Mccall Smith*³¹¹ naglašavaju kako prilikom procjene efikasnosti svakog sudskog načina rješavanja sporova u zdravstvu treba uzeti u obzir ne samo uspješnost sustava za nadoknadom štete, već i utjecaj koje sudske presude imaju na zdravstveno osoblje i na način na koji se zdravstvene usluge pružaju. U rješavanju slučajeva nesavjesnog liječenja, prema istraživanju Vijeća Europe iz 2008.,³¹² pacijenti teže slijedećem:³¹³ Budućoj prevenciji takvih događaja, ponovnoj uspostavi povrijeđenog prava, financijskoj nadoknadi, objašnjenju i isprici. Istraživanje je pokazalo da financijska kompenzacija, koju parnični sudovi prvenstveno pružaju, nije pacijentima najvažnija. Utvrđenje kaznene odgovornosti liječnika, odnosno pružatelja zdravstvenih usluga također nije najvažnije. Buduća prevencija i ponovna uspostava povrijeđenih prava dolaze čak prije financijske kompenzacije. Objašnjenje o tome zašto se neželjeni događaji zbivaju i isprika zauzimaju visoko mjesto među očekivanjima pacijenata, međutim, oni su rijetko pruženi kroz sudske postupke, bilo kroz parnične ili kaznene.³¹⁴ Često je potrebno samo kratko medicinsko liječenje da bi se ponovno uspostavilo povrijeđeno pravo, stoga moguće zdravstvene komplikacije prouzročene pacijentima trebaju biti otkrivene što je prije moguće te bi lakša kršenja pravila struke mogla biti rješavana kroz mirenje. Prema izvorima u SAD-u³¹⁵, jedan od najčešćih razloga za tuženje liječnika je

³¹⁰ „Ljutnja i sudski sustav...sporo donošenje sudskih odluka, podložnost javnom razmatranju, slojevi žalbi, i nedostatak načina na koji oštećeni (žrtva) može iznijeti osobne stavove.... Iz razloga što stranke cijene brzinu, povjerljivost i konačnost u rješavanju njihovih sporova, kao i metode prikladne za rješavanje mnogih tehničkih i složenih detalja, velik broj njih pribjegava alternativnom rješavanju sporova kako bi riješile svoje pravne, financijske i emocionalne sporove”, Craig D.J., Cook J.A., Healing thyself, ADR in health care industry, Michigan Bar Journal, December 2002., str. 16.

³¹¹ MERRY A. AND MCCALL SMITH, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge University Press, 2003., str. 140.

³¹² ESSINGER K., Medical liability: alternative ways to court procedures, *Conference: The ever-growing challenge of medical liability: national and european responses, 2-4. June, 2008, Council of Europe, Proceedings/Actes*, str. 55. Istraživanje se odnosilo na činjeničnu situaciju vezanu za medicinsku odgovornost u državama članicama Vijeća Europe.

³¹³ Odgovori na pitanje: „From the list please classify following a decreasing priority order what patients in your country want through medical claims”, ibid, str.55.

³¹⁴ U Europi, osim financijske kompenzacije, drugi aspekti naknade traženi od strane tužitelja su bili posebno naglašeni u zaključcima konferencije KILBY E, op.cit. str. 233.

³¹⁵ BERMAN, S. (2002, April). Reporting outcomes and other issues in patient safety: An interview with Albert Wu. *Journal on Quality Improvement*, 28, str. 197-204.; GALLAGHER T. H., WATERMAN A. D., EBERS, A. G., FRASER, V. J., & LEVINSON, W. (2003, February 26). Patients' and physicians' attitudes regarding the disclosure of medical errors, *JAMA*, 289(8), 1001-1007.; GALLAGHER T. H., GARBUTT J. M., WATERMAN, A. D., FLUM, D. R., LARSON, E. B., WATERMAN, B. M., ET AL. (2006, August 14/28). Choosing your words carefully: How physicians would disclose harmful medical errors to patients., *Archives of Internal Medicine*, 166, str. 1585-1593.

bezuspješna komunikacija.³¹⁶ Alternativne metode omogućuju pacijentima da slučajeve nesavjesnog liječenja prijavljuju i rješavaju kroz “opuštenije” okruženje za otkrivanje kao i za rješavanje slučajeva lakšeg kršenja pravila zdravstvenih struka. Ujedno, dugotrajni i skupi sudski postupci često obeshrabruju pacijente da slučajeve prijavljuju, što bi se možda moglo izbjeći kroz uvođenje mirenja jer je prijavljivanje i rješavanje slučajeva nesavjesnog liječenja od neizmjerne važnosti radi izbjegavanja ponavljanja neželjenih događaja koji su se mogli spriječiti (*preventable adverse events*). Otkrivanje pogrešaka pomaže uspostavljanju boljeg kontrolnog mehanizma u zdravstvenom sustavu³¹⁷, a vrijedan izvor informacija o mogućim načinima da se izbjegnu pogreške nesavjesnog liječenja treba bi i biti baza podataka o neželjenim događajima³¹⁸. Nakon neočekivanog ishoda, neželjenog događaja, pacijenti žele otvorenu i iskrenu komunikaciju s njihovim liječnicima³¹⁹. Pacijenti žele “osnovne informacije o događaju; jamstva da zbog toga neće patiti financijski, ispriku i sprječavanje sličnih događaja ili pogrešaka u budućnosti.”³²⁰ Uvođenje mirenja bi im, prema mome mišljenju, to moglo omogućiti. Otkrivanje pogrešaka je korisno za pacijente, pružatelje zdravstvenih usluga i zdravstveni sustav uopće³²¹. Unaprjeđenjem međusobne komunikacije, poboljšan odnos između pacijenta i pružatelja zdravstvenih usluga potencijalno može izbjeći ili umanjiti učinak tužbi.³²² Ako se mirenje ili druga metoda alternativnog rješavanja sporova uvede, ili počne češće koristiti, u zdravstveni sustav, kvalitetnija komunikacija između pružatelja i korisnika zdravstvenih usluga postaje neizbježna³²³. Kao posljedica toga, jednom kada je nepoželjni događaj otkriven, otvorenija rasprava se može odvijati i među članovima zdravstvenog tima što pruža mogućnost za učenjem na medicinskim pogreškama i uvođenje promjena u sustav, a sve u svrhu smanjivanja ili eliminiranja pogreška.³²⁴ Istraživanje Vijeća Europe pokazuje da u “zemljama alternativnog rješavanja sporova” broj prihvaćenih/ispłaćenih pritužbi je oko 5 puta veći nego u “zemljama sudskog rješavanja sporova”. Unatoč tome, statistike pokazuju da troškovi po glavi stanovnika nisu veći³²⁵, iako je povećanje troškova jedan od glavnih bojazni pri uvođenju mirenja. Činjenica da je više neželjenih događaja riješeno primjenom alternativnog rješavanja sporova vodi i do boljeg upravljanja kvalitetom u zdravstvu i veće sigurnosti pacijenata, što s druge strane doprinosi opadanju broja neželjenih događaja u pružanju zdravstvenih usluga te rezultira smanjenjem ukupnih troškova.

³¹⁶ Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations (JCAHO). (2007). *Disclosing medical errors: A guide to an effective explanation and apology*. Oak Park, IL: Joint Commission Resources.

³¹⁷ Vidjeti i članak MJERTAN S., Osvrt na zakon o kvaliteti zdravstvene zaštite s praktičnom primjenom, *Zbornik 1. Kongresa pravnik u zdravstvu*, 2008, str. 113.-136.

³¹⁸ LIEBMAN, C. B. & HYMAN, C. (2004, July/August). A Mediation Skills Model to Manage Disclosure of Errors and Adverse Events to Patients, *Health Affairs*, 23, str. 22-32, BALCERZAK G.A. & LEONHARDT K.K., Alternative Dispute Resolution in Healthcare: A Prescription for Increasing Disclosure and Improving Patient Safety, *Patient Safety & Quality Healthcare*, July/August 2008., <http://www.psqh.com/julaug08/resolution.html>.

³¹⁹ LIEBMAN & HYMAN, 2004, *ibid.*, str. 22-32; BERMAN, 2002, *ibid.*, str. 197-204.

³²⁰ LIEBMAN & HYMAN, 2004, *ibid.*, str. 22-32; Gallagher, 2003, *ibid.*, str. 1001-1007.

³²¹ MAZOR K. M., SIMON S. R., & GURWITZ J. H. (2004, August 9/23). Communicating with patients about medical errors: A review of literature. *Archives of Internal Medicine*, 164, str. 1690-1697

³²² JCAHO, 2007.

³²³ Nedavno istraživanje u Europi je pokazalo da je u nekim europskim zemljama komunikacija između pacijenata i medinskog osoblja nedjelotvorna (npr. Armenija, Gruzija, Italija, Litva, Portugal i Ukrajina), NYS, 2009, str. 25.

³²⁴ JCAHO, 2007.

³²⁵ ESSINGER, 2008, str. 50.

8.2. Odabir odgovarajućeg oblika alternativnog rješavanja sporova u slučajevima medicinske odgovornosti

Alternativno rješavanje sporova jest opći naziv koji označava raznolikost postupaka koji se koriste za rješavanje sporova kao alternative parnici (pregovaranje, mirenje, tehnike dijaloga, arbitraža, “no-fault” sustavi). Pri definiranju najboljeg optimalnog sustava za rješavanje slučajeva nesavjesnog liječenja, prema Studdertu i Brennanu³²⁶ potrebno je odrediti slijedećih 5 ključnih ciljeva:

1. Sustav bi trebao ohrabrivati liječnike i ostale pružatelje zdravstvenih usluga da prijavljuju pogreške, osobito one koje uzrokuju medicinsku povredu (podaci bi se trebali proučavati kako bi se razumjeli odlučujući strukturalni faktori učestalih pogrešaka, kao i rizični, trajni obrasci ponašanja koji ih uzrokuju);
2. Sustav bi trebao težiti poboljšanju kvalitete;
3. U rijetkim slučajevima, pacijenti su oštećeni od strane nesposobnih i opasnih liječnika. Čak i sustav kompenzacije koji se ne temelji na krivnji mora imati odgovarajuće mehanizme koji se bave navedenim liječnicima (kaznena, prekršajna ili disciplinska odgovornost);
4. Sustav ili program kompenzacije bi trebao učvrstiti iskrenost i otvorenost u odnosu pacijent-liječnik (“u idealnim uvjetima, liječnici bi bili sposobni informirati svoje pacijente da je do povrede došlo zbog upravljanja u zdravstvu te da postoji mogućnost da se povreda mogla izbjeći.”);
5. Kad god je to prikladno, pacijenti bi trebali dobiti kompenzaciju na brz, pravedan, priuštiv i predvidiv način.

Spomenuti autori su zaključili da bi “no-fault” sustav kompenzacije, temeljen na odgovornosti pružatelja usluge, kao alternativna metoda bio u dobrom položaju za postizanje svaki od 5 navedenih ciljeva.³²⁷ Što se tiče uvođenja “no-fault” modela kompenzacije i obeštećenja pacijenata³²⁸ mislim da u početku zahtjeva prilične dodatne troškove, koji bi mogli odvratiiti zainteresirane države od njegovog uvođenja³²⁹. S druge strane, implementacija mirenja ne uključuje velike dodatne početne troškove. Ipak, “no-fault” sustav u bilo kojoj od svojih verzija,³³⁰ može biti vrlo dobro alternativno rješenje. Njegovim uvođenjem “...nedostaci deliktne prava kao mehanizma kompenzacije za žrtve nesavjesnog liječenja bi se trebali premostiti ako će se uvesti takav alternativni sustav kompenzacije.”³³¹ Slično možemo ustvrditi i za uvođenje mirenja.

Prema *Essingeru*, koji dolazi iz države koja pripada no-fault sustavu, sustav koji bi uveo pacijentovo pravo na kompenzaciju za medicinsku povredu mora uključivati slijedeće opće komponente:³³²

³²⁶ STUDDERT D.M., BRENNAN T.A., „No-fault compensation for medical injuries, The prospect for error prevention“, *JAMA*, July 11, 2001-Vol 286, no.2, str. 219.

³²⁷ *Ibid*, str. 219-223.

³²⁸ Skandinavski sustavi se također zovu „no-fault“, što nije u potpunosti ispravno, budući da je glavno pravilo kompenzacija samo onih medicinskih povreda koje su se mogle spriječiti od strane iskusnog specijaliste (Essinger, 2008, *ibid.*, str. 42).

³²⁹ Vidjeti za opise pojedinih sustava i magistarski rad PROSO M., *Osiguranje liječnika i pacijenata od odštetne odgovornosti*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2005.

³³⁰ Za „no-fault“ kompenzaciju u zdravstvenom sektoru vidjeti DUTE J., FAURE M.G., KOZIOL H. (eds), *op.cit.*

³³¹ *Ibid*, str. 1.

³³² ESSINGER, 2008, *ibid.*, str. 48.

1. Posebno zakonodavstvo temeljeno na pravima pacijenata;
2. Odgovornost pravne osobe (odgovornost bolnice) umjesto osobne odgovornosti za doktora;
3. Sustavi kompenzacije bi trebali biti *bez okrivljavanja* za doktore – ekonomska kompenzacija pacijenata bi trebala biti odvojena od uspostavljanja liječnikove odgovornosti (ako se liječnici trebaju braniti, pacijentima je teže dobiti kompenzaciju);
4. Povrede koje su se mogle spriječiti se trebaju kompenzirati bez obzira na nepažnju, pogrešku ili propuštanje od strane liječnika (to bi smanjilo potrebu za sudskim postupcima);
5. Korištenje alternativnog sustava za rješavanje pritužbi umjesto sudskog, kako bi se smanjili troškovi i skratilo vrijeme odlučivanja;
6. Postaviti minimalni financijski prag ispod kojega nema kompenzacije;
7. Koristiti informacije iz pritužbi, kako bi naučili izbjeći buduće neželjene događaje (pravila povjerljivosti moraju biti poštovana).

Što se tiče točke 3. koja govori da bi sustav kompenzacije trebao biti bez okrivljavanja za liječnike da bi bio efikasniji, često se moglo čuti da bi uvođenje objektivne odgovornosti za štete u medicine doprinijelo široj i efikasnijom kompenzaciji. Postavlja se pitanje može li se zdravstvena djelatnost smatrati opasnom djelatnošću u pojedinim slučajevima, pogotovo prilikom postupaka koji uključuju primjenu sofisticiranih medicinskih uređaja te mogu li se takvi uređaji smatrati opasnim stvarima, pogotovo u kontekstu novih izmjena Zakona o obveznim odnosima. Naime, brojni aparati bi se mogli smatrati opasnim stvarima, npr. robotička kirurgija, laser, zračenja, telemedicina³³³. Ali, ako se medicina shvati kao djelatnost koja otklanja opasno stanje i primjenjuje se da bi se to stanje uklonilo, odnosno minimaliziralo, tada shvaćanje medicine kao opasne djelatnosti ne može biti u svakom slučaju opravdano. Crnić citira jednu, doduše „ u ... sudskoj praksi usamljenu” odluku iz 2003. godine³³⁴ u kojoj je Županijski sud u Zagrebu zauzeo stajalište da je prosuđivanje liječničke odgovornosti dopušteno i primjenom propisa o odgovornosti za opasnu djelatnost u kojem je rečeno da u slučaju kada se radi o kompliciranom porodu koji za roditelja predstavlja povećanu opasnost i koji od liječnika zahtijeva povećanu pažnju od one pri uobičajenom porodu bolnica odgovora po načelu objektivne odgovornosti iz (prijašnjeg) članka 173. ZOO/91, jer je riječ o opasnoj djelatnosti od koje potječe povećana opasnost nastanka štete. Ukoliko bi se zauzelo navedeno stajalište, prilikom utvrđivanja pretpostavki za naknadu štete, ne bi se primjenjivala pravila o subjektivnoj odgovornosti štetnika, nego bi se pravo na naknadu štete utvrđivalo i dokazivalo primjenom pravila objektivne odgovornosti³³⁵. To znači da bi pružatelji zdravstvenih usluga odgovarali za štetu bez obzira na svoju krivnju i to po principu presumirane uzročnosti. Dakle, pružatelji bi *a priori* odgovarali za štetu koja bi nastala prilikom primjene «opasnih» postupaka ili korištenja opasnih stvari obzirom da je po principu presumirane uzročnosti imatelj ili držatelj opasne stvari odgovoran za svaku štetu koja proizađe uslijed rukovanja i korištenja tom stvari bez obzira na vlastitu krivnju. Vrhovni sud

³³³ NIKŠIĆ S., Odgovornost pružatelja zdravstvenih usluga svojim zaposelnicima za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti, radni materijal za savjetovanje Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti u vezi s radom, Narodne Novine d.d., rujan 2007., str. 65.-82. Vidjeti i KLARIĆ P., Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih uređaja, časopis *PUG*, Zagreb, 4/2002. IVANČIĆ-KAČER B., Odgovornost za štetu u estetskom pravu, *Hrvatska pravna revija*, 2/2008.

³³⁴ Odluka Žs u Zagrebu, Gžn-1699/02 od 14.10.2003. Izv, cit. prema CRNIĆ I. *Odgovornost liječnika za štetu*, Organizator, Zagreb, 2009., str. 95

³³⁵ Vidi BARETIĆ, M., Gradanskopravna odgovornost za neispravan proizvod u zdravstvu u Gradanskopravna odgovornost u zdravstvu i medicini, *Okrugli stol Gradanskopravna odgovornost u medicini*, HAZU, Zagreb 2008., str. 53. do 83.

Republike Hrvatske u svojoj odluci Rev 1865/83 od 23.02.1984.³³⁶ godine ističe kako bolnica, kao imatelj medicinsko-tehničkih uređaja, odgovora po principu uzročnosti samo za štetu koju, uslijed opasnih svojstava uređaja, pretrpi radnik bolnice ili netko treći, dok pacijentima za čije se liječenje opasna stvar koristi bolnica odgovora samo u slučaju kada postoji krivnja njezinih radnika, odnosno, ako su oni propustili provjeriti ispravnost uređaja prije upotrebe ili ako njime ispravno ne rukuju. Ustavni je sud Republike Hrvatske u svojoj odluci U-III-1062/2005 od 15.11.2007. ocijenio ustavnopravno valjanim pravno stajalište općinskog i županijskog suda da je aparat za provođenje fizikalne terapije galvanskom strujom po svojim osobinama, namjeni i položaju opasna stvar te su stoga ti sudovi valjano obvezali tuženu bolnicu da naknadi štetu koju je pacijent pretrpio tijekom terapije galvanskim strujama na odjelu za fizikalnu terapiju i zadobio opekline trećeg stupnja. Usporednim razvojem sve sofisticiranijih uređaja i opreme mijenjat će se i sudska praksa, koja će eventualno zahtijevati i izmjenu pravne regulative. Jedino je jasno da tehnologija, pa tako i medicinska, svakim danom postaje sve razvijenija i zahtjeva dodatnu edukaciju pružatelja zdravstvenih usluga koji njome rukuju. Crnić, pozivajući se na navedenu Ustavnu odluku, smatra da je pogrešna sudska praksa koja odgovornost u djelatnosti zdravstva prosuđuje isključivo primjenom propisa o odgovornosti po osnovi krivnje, „otklanajući mogućnost primjene propisa o uzročnosti”³³⁷. Smatra da bi „objektivna odgovornost oslobodila liječnike i druge zdravstvene radnike od nelagode da će njihovo postupanje, u situaciji u kojoj je nastala šteta, biti podvrgnuto dodatnom pritisku koji sa sobom nosi postupak utvrđivanja krivnje kao subjektivnog elementa odštetne odgovornosti”³³⁸. Mislim da se pritiska kojim su liječnici izloženi treba nastojati osloboditi kroz alternativno rješavanje sporova u medicini, a ne kroz široko tumačenje pojedinih postupaka u medicini opasnim. Doduše, teško će se u budućnosti izbjeći pojedine postupke u medicini takvim kvalificirati, ali to onda moraju biti upravo oni postupci koji takvu kvalifikaciju zaslužuju. Što se tiče kaznene odgovornosti, nema kaznenog djela bez krivnje, i ako se medicinska djelatnost u nekim segmentima i proglasi opasnom djelatnošću, ne znači da bi samim time zdravstveni radnici koji je obavljaju bili izuzeti od kaznene odgovornosti. Essinger nadalje upozorava, na temelju prijašnjih istraživanja u Kanadi, da nije moguće u potpunosti kopirati jedan sustav rješavanja sporova nesavjesnog liječenja između različitih zemalja: Svaka zemlja ima svoj vlastiti sustav socijalne skrbi i zdravstva, kao i pravnu kulturu (na primjer, Skandinavski sustavi se temelje na sustavima socijalne skrbi koji ne postoje u jednakoj mjeri u drugim državama). U upitniku o činjeničnoj situaciji glede medicinske odgovornosti u državama članicama Vijeća Europe³³⁹, bilo je postavljeno pitanje državama članicama i o postotku pritužbi koje su riješene uz pomoć tehnika mirenja. Budući da je samo 16 od ukupno 47 država članica Vijeća Europe odgovorilo, ne možemo tvrditi da imamo konačne i potpune podatke o situaciji u Europi, ali odgovori su bili dovoljni za slijedeća saznanja: “Iz perspektive rješavanja pritužbi pomoću tehnika mirenja, mogu se razlikovati tri kategorije država članica: U prvoj kategoriji država članica, tehnike mirenja se (još) ne koriste, iz razloga što nisu upoznati s takvom vrstom tehnika (na primjer Slovačka), ili iz nekog drugog specifičnog razloga (u Ujedinjenom Kraljevstvu glavna prepreka korištenju mirenja je nedostatak svijesti, kao i određeni otpor pravničke profesije). U drugoj kategoriji država članica, tehnike mirenja se ne koriste za rješavanje medicinskih pritužbi jer za to postoje drugi mehanizmi. Danski odgovor na upitnik

³³⁶ Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatska, Rev 1865/83 od 23.02.1984, Sudska praksa 11/1984, cit prema RADIŠIĆ J., *ibid*, str. 61.

³³⁷ CRNIĆ I., *Odgovornost liječnika za štetu*, str. 92.

³³⁸ Ipak, Crnić nastavlja, to ne znači da bi liječnici i drugi zdravstveni djelatnici bili bezuvjetno amnestirani od odgovornosti., CRNIĆ I., *ibid*, str. 97.

³³⁹ NYS, H., *ibid*, str. 21.

glasi: “tehnike mirenja se ne koriste za rješavanje pritužbi koje se podnose upravnim instancama (unutar no-fault sustava)”. Slične odgovore dale su i Finska te Švedska, također zemlje s modelom kompenzacije pacijenata. Što se treće kategorije tiče, u nekim drugim državama članicama uspostavljeno je pokusno rješavanje medicinskih pritužbi uz pomoć tehnika mirenja (Austrija, Njemačka, Nizozemska, Španjolska, Francuska (ONIAM), Ujedinjeno Kraljevstvo).³⁴⁰ Prema izvještaju, u Armeniji, Gruziji, Islandu, Italiji, Litvi, Moldaviji, Portugalu, Slovačkoj, Švicarskoj i Ukrajini uporaba tehnika mirenja u rješavanju pritužbi vezanih za medicinsku odgovornost ili nije poznata ili pak ne postoji.³⁴¹ Nakon što zažive izmjene pojedinih zakonodavstava zemalja članica EU radi stupanja na snagu tzv. Bolkensteinove Direktive, biti će potrebno ponoviti istraživanje te će se moći vidjeti koliko je uistinu zaživjelo alternativno rješavanje sporova u sustavu zdravstva³⁴². U SAD-u, dva najčešće korištena alternativna postupka za rješavanje sporova su arbitraža i mirenje.³⁴³ U SAD-u, glavne organizacije koje pružaju usluge alternativnog rješavanja sporova su Američko udruženje pravnika u zdravstvu³⁴⁴ i Američko udruženje za arbitražu.³⁴⁵ Ova prva organizacija uključuje nacionalne i regionalne komisije/vijeća koje se sastoje od obučениh rješavatelja sporova – pravnika specijaliziranih za medicinsko pravo i poslovnu praksu.³⁴⁶ Možda bi se i u Republici Hrvatskoj mogli povesti i za takvim rješanjem.

8.2.1. Mirenje i upravljanje sigurnošću pacijenata i prevenciji neželjenih događaja u zdravstvu prema Preporukama Vijeća Europe

Mirenje je jedna od najprikladnijih metoda³⁴⁷ alternativnog rješavanja sporova u zdravstvenom sustavu u ovom trenutku u Republici Hrvatskoj³⁴⁸. Osim mirenja ili umjesto njega, i arbitraža³⁴⁹ može biti alternativa sudskom postupku. Mirenje u građanskim stvarima je definirano u Preporuci (2002) 10 Vijeća Europe.³⁵⁰ Mirenje se opisuje kao postupak rješavanja sporova u kojemu stranke pregovaraju o predmetu spora u svrhu postizanja nagodbe uz pomoć jednog ili više izmiritelja. Kao što Preporuka navodi,³⁵¹ mirenje može biti posebno korisno gdje su sami sudski postupci manje prikladni za stranke, osobito glede troškova, formalne naravi sudskih postupaka, ili gdje postoji potreba za održanjem dijaloga ili ugovora među strankama. Upravo je to slučaj u zdravstvenom sustavu. Izmiritelji trebaju

³⁴⁰ NYS. H., ibid, str. 22. Postotak pritužbi riješenih pomoću tehnika mirenja je slijedeći: Švedska (99.9%), Finska (99.9%), Danska (99.3%), Francuska ONIAM (98%), Engleska NHSLA (96%), Island (93%), Njemačka (60%), Francuska osiguranje (40%), Italija (14%), Essinger, 2008, ibid., str. 50.

³⁴¹ NYS. H., ibid, str. 27.

³⁴² U svom konačnom zaključku, Nys navodi da je, kako bi se djelotvorno nosili s izazovom medicinske odgovornosti, potrebno uložiti napore u vraćanje povjerenja građana u sigurnost zdravstvenog sustava te povjerenja u medicinsku profesiju, zatim ukloniti barijere i prepreke u ostvarivanju kompenzacije tako da se ponude alternativni načini kompenzacije umjesto postupka pred sudom, te preuzeti inicijativu za poboljšanje međusobnog razumijevanja između medicinske i pravničke profesije. NYS. H., ibid, str. 28.

³⁴³ Odnosi se na podatke iz SAD-a, D.J. CRAIG, J.A. COOK., *Healing thyself, ADR in health care industry, Michigan Bar Journal*, December 2002., str. 14.

³⁴⁴ Za više informacija o alternativnom rješavanju sporova: <http://www.healthlawyers.org>. Vidjeti također *Health Care Dispute protocol: A due process protocol for mediation and arbitration of health care disputes*.

³⁴⁵ Za više informacija o alternativnom rješavanju sporova: <http://www.adr.org/>.

³⁴⁶ CRAIG D.J., COOK J.A., str. 18.

³⁴⁷ Mišljenje izraženo zajednički u članku TURKOVIĆ, ROKSANDIĆ VIDLIČKA I MARŠAVELSKI, op.cit.

³⁴⁸ Vidjeti i Zakon o mirenju, Narodne novine br. 163/2003, 79/2009.

³⁴⁹ Arbitraža rezultira donošenjem konačnog i obvezujućeg pravorijeka.

³⁵⁰ Preporuka (2002) 10, Mirenje u građanskim stvarima (Mediation in civil matters) usvojena od strane Odbora ministara 18. rujna 2002., na 808. Sastanku zamjenika ministara.

³⁵¹ Preporuka (Recommendation Rec) (2002) 10, II (i) Polje primjene (Scope of application).

“postupati neovisno i nepristrano te se pobrinuti da tijekom postupka mirenja bude poštovano načelo jednakosti. Izmiritelj nema moć nametanja rješenja strankama. Podaci o postupku mirenja su povjerljive naravi i ne smiju se naknadno koristiti, osim ako na to pristanu stranke ili dopusti nacionalno povjerenstvo.”³⁵² Dakako, cilj alternativnog rješavanja sporova je pronaći prikladno rješenje predmeta spora te da se predmet riješi u najboljem interesu obje stranaka: “Kako bi se definirao predmet, polje primjene i zaključak nagodbe, na kraju svakog postupka mirenja bi obično trebao biti sastavljen pismeni dokument, i strankama bi trebalo biti omogućeno određeno vrijeme za razmatranje, po njihovom dogovoru, nakon što je dokument sastavljen i prije njegovog potpisivanja. Izmiritelji trebaju informirati stranke o učincima postignute nagodbe te o koracima koji moraju biti poduzeti ako jedna ili obje stranke žele izvršenje te nagodbe. Nagodba ne smije biti u suprotnosti s javnim poretkom.”³⁵³ Izmiritelji u medicinskim sporovima trebaju imati znanje o pitanjima zdravstvenih usluga i biti vješti u medicinskom pravu kako bi maksimalno doprinijeli u rješavanju spora. Ako je izmiritelj pravnik, “ključ njegovog uspjeha u mirenju je u pomicanju njegove uloge od odvjetnika/advokata do savjetnika.”³⁵⁴ Isto bi vrijedilo i za izmiritelje drugih profesija³⁵⁵. Nadalje, ne smije se zaboraviti da je alternativno rješavanje sporova usko povezano s pitanjem sigurnosti pacijenata u bolnicama, kao i s upravljanjem kvalitetom u zdravstvu. Optimalan sustav mora raditi na prevenciji medicinskih pogrešaka i načinima djelotvorne kompenzacije medicinskih povreda kada do njih dođe.³⁵⁶ Govoreći o mirenju kao jednom od načina za postizanje cilja poboljšanja kvalitete i sigurnosti pacijenata, mora se navesti i Preporuka (2006) 7 Vijeća Europe o Upravljanju sigurnošću pacijenata i prevenciji neželjenih događaja u zdravstvu.³⁵⁷ Ova Preporuka ističe slijedeće: mora se prihvatiti da će ljudi činiti pogreške te da će postupci i oprema ponekad zakazati. Mora se prihvatiti da su pod određenim okolnostima i iz raznih razloga pojedinci skloni pogreškama³⁵⁸ (razlozi poput³⁵⁹ vremenskog pritiska na pružatelje zdravstvenih usluga, učestale “predaje” pacijenata od jednog zdravstvenog stručnjaka na drugog, manjak osoblja, pritiska na zdravstvene stručnjake da brzo otpuste pacijenta iz bolnice, te uvođenja komercijalnih/trgovačkih elemenata u zdravstveni sustav i nuspojava konkurencije između komercijalnih osiguravajućih društava)³⁶⁰. Također, Preporuka naglašava da se, na svim razinama, problemi i pogreške moraju tretirati otvoreno i pravično, u ne-kaznenoj atmosferi³⁶¹. Odgovor na problem ne smije isključiti individualnu odgovornost, ali bi trebao biti usredotočen na poboljšanje

³⁵² Preporuka (Recommendation Rec) (2002) 10 IV Postupak mirenja (Mediation process).

³⁵³ Preporuka (Recommendation Rec) (2002) 10, VI Nagodbe postignute mirenjem (Agreements reached in mediation). Čak i ako stranke iskoriste mirenje, pristup sudu treba biti dostupan, budući da je to krajnje jamstvo za zaštitu pacijentovih prava (III. Organization of mediation, para 3.).

³⁵⁴ CRAIG D.J., COOK J.A. str. 18.

³⁵⁵ Od iznimne je važnosti educirati javnost, udruge pacijenata, političke stranke, pružatelje zdravstvenih usluga i profesionalna udruženja (npr. komore i udruge) da je uporaba alternativnog rješavanja sporova, prvenstveno mirenja, u zdravstvenom sektoru potrebno i presudno za uspostavljanje dobrog odnosa pacijent-lijječnik.

³⁵⁶ Vidjeti također STUDDERT D.M., BRENNAN T.A., str. 219.

³⁵⁷ Usvojena od strane Odbora ministara 24. svibnja 2006. Na 965. sastanku zamjenika ministara, Vijeće Europe

³⁵⁸ U Dodatku Preporuci (Appendix to Recommendation), B. Culture of safety/environment, 2.b.

³⁵⁹ Istaknuto od strane autora, prema Dodatku Preporuci, A.5.

³⁶⁰ „Kad govorimo o liječničkim greškama treba navesti što sve utječe a pojavu greške na strani liječnika: ranije učinjena greška/procesuiranje na sudu, odnosi na odjelu i koncentracija djelatnika, odnosi u obitelji, umor, kvalitetan raspored radnih aktivnosti – dužnosti, rad u dežurstvu i poslije dežurstva, opremljenost uređajima, opremljenost neophodnim materijalima (npr. konac za šivanje, dobro educiran srednji i viši kadar.“, ČEPULIĆ E, ROKSANDIĆ S, BABIĆ T., str. 128.

³⁶¹ Što ne znači da u određenim situacijama pokretanje kaznenopravnog mehanizma protiv liječnika, odnosno pružatelja zdravstvenih usluga neće biti neophodno.

organizacijskog postupanja umjesto pojedinačnog okrivljanja.³⁶² Sve osoblje bi trebalo biti obučeno za timsko rješavanje problema i potaknuto da koristi analizu uzroka kako bi naučili kako i zašto do incidenata dolazi.³⁶³ Ovdje također vidimo ulogu mirenja u sporovima vezanim za pružanje zdravstvenih usluga. Preporuka (2006) 7 zahtjeva predviđa uspostavljanje pravnog okvira pacijentovih prava, koji bi trebao osigurati da: pritužbe pacijenata ili njihovih zastupnika budu shvaćene ozbiljno i obrađene na odgovarajući način, pacijenti čija je sigurnost pogođena incidentom imaju pravo na financijsku kompenzaciju, itd.³⁶⁴ Kako bi se incidenti smanjili i spriječili, zdravstveni stručnjaci moraju razumjeti vlastite obrasce ponašanja, postupke donošenja odluka i svoju sposobnost nošenja s izazovnim situacijama u svakodnevnim aktivnostima.³⁶⁵ I ovdje vidimo važnu ulogu mirenja, koje nastoji postići suradnju među strankama i najbolje moguće rješenje za obje strane. Ponovno napominjem, čak i ako stranke iskoriste mirenje, pristup sudu (članak 6. Europske konvencije za ljudska prava) treba biti omogućen, budući da je to osnovno jamstvo zaštite prava pacijenata.³⁶⁶ Međutim, ako bi stranke kroz mirenje postigle očekivano rješenje, vjerujem da ne bi razmatrale odlazak na sud³⁶⁷. Odnosno, sudu bi bilo na raspolaganju više vremena kako bi se posvetio rješavanju težih kršenja pravila postupka, odnosno počinjenim kaznenim djelima protiv zdravlja ljudi koji zaista i zaslužuju takvu osudu.

³⁶² Dodatak Preporuci (Appendix to Recommendation), B. Culture of safety/enviroment, 3.g.

³⁶³ Dodatak Preporuci (Appendix to Recommendation), B. Culture of safety/enviroment, 3.g., last para.

³⁶⁴ Dodatak Preporuci (Appendix to Recommendation), J. Legal framework.

³⁶⁵ Dodatak Preporuci (Appendix to Recommendation), F. human factor, 1.

³⁶⁶ Preporuka (Reccommendation) (2002) 10 II.

³⁶⁷ Isto i TUKOVIĆ K., ROKSANDIĆ VIDLIČKA S. I MARŠAVELSKI A., op.cit. Važnost rješanja pitanja iz povreda prava na zdravlje vidjeti u presudi ESLJP-a, Šilih v. Slovenije (v. bilješku br. 40).

Summary

ACTUAL ISSUES CONCERNING SOME CRIMINAL OFFENCES AGAINST THE HEALTH OF PEOPLE IN THE LIGHT OF ELABORATING DRAFT AMENDMENTS TO THE CROATIAN CRIMINAL CODE

The article deals with the current issues of regulation of criminal offences against the health of people in the Republic of Croatia, focusing on the criminal responsibility of physician as the leading health care provider. The article analyzes the following criminal offences: medical malpractice (article 240.), issuance and use of false medical or veterinary health certificates (article 316.), unauthorized medical treatment (article 243.) together with the right to autonomy (the right to informed consent). Moreover, the article deals with the illicit transplantation of human body parts (article 242.) in connection with the Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008). The article relates the failure to render medical aid (article 243.) to the breach of duty to provide first aid and to the breach of duty to make a contract on the health care provision. In addition, the author proposes to introduce the alternative dispute resolution techniques in the health care sector for resolving less serious breaches of duty. Moreover, taking into account Maresti case, the author suggests that the distinction between criminal offences and misdemeanors in the protection of the right to health should be made more transparent.

Key words: *criminal offences against health of people, criminal responsibility of physician, unauthorized medical treatment, informed consent, illicit transplantation of human body parts, alternative dispute resolution methods in health sector, Maresti case.*

POWER OF SURVEILLANCE – IMPLICATIONS OF TECHNOLOGICAL AND INFORMATION STEP FORWARD IN THE 21ST CENTURY ON CRIMINAL POLICY AND CRIMINAL LAW

The century that has begun denotes the birth of a new world regime at the same time. That „novus ordo seclorum“ or „novus ordo mundi“ is characterized with the amazing step forward in technological and information sense, having serious consequences on all spheres of human actions. Insofar the modern criminal law, gradually but constantly, experiences transformation from the classic repressive instrument of discipline towards the new (preventive) concept of unobtrusive but omnipresent global surveillance resulting in gradual replacement of classic state power with global corporative power in the future. In other words, discipline ends to be the matter of criminal law (exclusively), just as the punishment will loose the status of the main criminal sanction one day. Such transformation will promote different and new policy of repression of criminal acts, which will be based on the surveillance and information as its supstrates, with certain risks for the protection of affirmed fundamental freedoms and human rights.

Key words: *surveillance, criminal policy, criminal law.*

1. TECHNOLOGICAL AND INFORMATION POWER WITH ITS INFLUENCE ON TRANSFORMATION OF MODERN SOCIETY AND PERTAINING CRIMINAL LAW

„Magnus ab integro saeculorum nascitur ordo“ – this has been written prophetically by Virgil in his famous Eclogues.¹ Today we bear witness to the birth of the new world order with symbolism characterized, among the rest, with the opening of the metaphysical All-Seeing Eye as an ancient symbol of God's omnipresence.² In the framework of this-world sphere the symbolism of this kind could be identified with the technological and information „eye of global surveillance“ - *annuit coeptis* – as blessed venture of modern time. Beforementioned

* Prof.dr.sc. Leo Cvitanović, izvanredni profesor na Katedri za kazneno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

¹ *Ultima Cumaevi venit iam carminis aetas; magnus ab integro saeculorum nascitur ordo, iam redit et Virgo, redeunt Saturnia regna...*“ (IV).

² Symbolism attaches the eye with the attribute of the Sun apropos of the light disclosing the darkness (in ancient Egypt's tradition known as *udjat* or Eye of Horusos), the attribute of the truth and deep insight (in islamic tradition known as *'ayn al-jauhin*), but the sign of clairvoyance as well. Additionally in masonry tradition the eye symbolises the Word, Logos, Principle of Creation within transcendental or astral sphere, while within the spiritual or divine sphere it symbolises the Great Creator.

technological and information step forward from the turn of the century, has contributed repeatedly in special way to the optimism of criminal policy, what is so typical for any *fin de siècle*.³ However, optimism of criminal-law theoreticians has never been shared by humanists, let alone philosophers. Although until recently “the brave new world” of Aldous Huxley has appeared sufficiently epiphenomenal and unreal in order to be intimidating, the world insinuated through his essays is sufficiently real and manifested, so every even a little bit serious *Gedankenexperiment* (according to Einstein “thought experiment”) results in reasonable concern. In the future Rojcs⁴ “the law of state protection” will imply hierarchical (vertically but not horizontally differentiated), constant and strictly functional surveillance in the form of the essence of future criminal policy and correspondent criminal law. This transformation or trend in criminal policy has been grounded on general premise elaborated and verified through the scientific research (according literally to the words of one report) pointing out that people act more honest when someone observes their behaviour (as well as listen to what they say).⁵ But this is only the one of several simplest forms of modern conceptions of surveillance. Namely there are various, complex and less explicit forms of surveillance, which go beyond the function of „preventive influence“, and so called “normalizing sanctions”. It is a question of active techniques of „supervision“, which transcend regular (state repressive) „physics of power“, through the „acts upon the body” (according to the words of Foucault⁶) which do not take place according to the standard laws of optics and mechanics (physics). The power of such surveillance is less, or is not at all „physical“. Finally, the peak of this pyramid has been represented through the virtual technologies and techniques of so called sublimate surveillance⁷ and incalculations⁸. In this context, the best results can appear when the object is not aware of the surveillance activity, as well as that object’s autonomous behaviour has been conditioned or directed (by the video and audio techniques, or by corresponding psychological medical techniques). Prevention requires primarily managing, and afterwards punishable function. This makes possible new “Copernican revolution” – without placing the punishment and perpetrator in the foreground, but placing functional strength and manager on such position. Retributive element of the punishment (except on pure symbolic level) has been placed in the background, so the

³ See for example BAČIĆ, F.: „La fin de siècle: krivično pravo i njegovo društvo“ (author’s translation: “La fin de siècle: Criminal Law and its society”), *Zakonitost*, 45/1991.(1):32-47 (p. 32: „Svjedoci smo da se svijet mijenja, da se mijenja sve oko nas. Mijenja se i krivično pravo...“), (author’s translation: We witness the changes in the world, the changes all around us...“); or for example ROJC, M.: “Rapsodične misli o budućnosti kaznenoga prava” (author’s translation: rhapsodic thoughts on the future of Criminal Law, *Mjesečnik*, 19/1895:161,193,241 („Na mjesto sa vidika odstupajućega kaznenoga prava u dalekoj budućnosti podiči će se pravo državne zaštite...“!)), (author’s translation: „On the horizon of the derogated Criminal would appear the law of the state protection...!“).

⁴ Rojc, ib. (see the footnote no. 3) (Famous Croatian criminal-law theoretician from the beginning of the 20. century.).

⁵ For example, interesting experiment implemented by the team of scientist from the University in Newcastle, has shown that people put around three times higher amount of money in the boxes collecting charities while buying something to drink, when being observed by someone from the poster. There are some thoughts on the strategy being able to contribute to the fight against antisocial behaviour. The beliefs exist that the strategy could help in combating antisocial behaviour. Investigators think that people subconsciously put greater amounts of money in the “honesty box” because of natural reaction of the brain to the pictures of faces and eyes. Furthermore, they share the opinion that people act differently if they think that they are being observed, because they care about what other people think of them. (*Vjesnik*, 30. June 2006).

⁶ In his famous work: *Surveiller et punir: Naissance de la prison* (author’s translation: „Surveillance and punishment: the birth of prison“), Bibliothèque des histoires, Éditions Gallimard, Paris, 1975. (translation into Croatian language: Informator and Faculty of Political Sciences /Biblioteka politička misao/, Zagreb 1994., 322 pages).

⁷ Lat. *sub limine*, under the barrier (in this case of conscious perception).

⁸ Forced implantation of information (*incalculations*).

criminal law sanction can become more human and forbering, unobstrutive and almost invisible. Besides, without being irrelevant, it becomes more economic. It is clear that the surveillance organized in this way, is not and will not be exclusively criminal-law category, while it will be legal category only in the extent demanded by formal regulation of its application towards its adresates. Being less „legal“ (heteronomous) this tehnnique becomes more natural (autonomus), so the adresats do not experience offered model as imposed one, but more as their own free choice. This is how one „new world“ is created with new forms of power, where discipline power (power of disciplinning) becomes „integrated“ system with „governance functioning like a device, leaving no space in shadow, and mostly functioning in secrecy“.⁹ According to this new concept, in foreground is placed (again?) the jeopardy and its repression¹⁰, but now in essentially different way, than in traditional concept of positivism. New system of criminal policy has been conceived in a way of reflecting prominent trend of globalization surveillance based mostly on globalisation of the system of values. Technological and information substrate of pervasive surveillance, as the condition of information society, requires also so called neuro-linguistic programming which can be realized through the combination of state and corporate interventions. The spreading of technology as well as the idea of surveillance has been ensured through constant psychological preparations of adresats by awareness framed in media terms, especially by the implementation of relevant rules of values and the system of desirable (expected) behaviour¹¹. In other words, it is necessary to persuade people that the surveillance serves to the realization of their freedom, safety and finally existence. Having in mind the words of the „master of corporative propaganda“¹² that „constant repeating next to sufficient knowledge on the psychology of persons involved would not make impossible to proof that the square is actually the circle. These are just words, and the words can be shaped until they become the disguise for ideas“. The precondition requires discrete and uninvasive activity while doing this. It is necessary to point out that it is acceptable to give up the part of own freedom in order to enjoy the fullness of its content – the principle of state of law have been relativized by the infighting of the principle of social state through the concept of simple trade – freedom in exchange for safety. In order to do this it is necessary to refer whole the time to the “happy individuals”, considering the words of previously mentioned Nazi ideologist, that „ the happy people are actually the strongest opponents to the freedom“. According to the widely spreaded “conspiracy theories” it is considered that such postulate defined in utilitarian manner can be easily accomplished by consistent and persistent affirmation of primarily economic, materialistic consumer system of values (however with necessary negative consequences), which is traditionaly and conceptually most pragmatikal and most flexible system of heteronomous control. The globalism¹³, although at the first sight being presented as a form of

⁹ V. bilj. 6., str. 182.

¹⁰ V. PAWLIK, M.: „Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1/2006.(7): 274-292.

¹¹ V. MILARDOVIĆ, A.: „Nove su tehnologije utjecale i na promjenu vrijednosti i na rastakanje tradicionalnih oblika zajednica pridonijevši tako produbljanju modernizacijskih procesa. One su omogućile globalizaciju ili integraciju svijeta kao niti jedne prethodne.“ (author’s translation: „New technologies have influenced the change of values within the decanting of traditional community forms, while contributing to the deepening of modernization flows. They have made possible globalization or integration of the world, like no other did.“. (*Vjesnik*, 24 April 2008 „Globalizacija ili trijadizacija?“ (author’s translation: “Globalization or triadization”).

¹² Joseph Goebbels (DESERANO, D.B.: “Jesmo li uistinu slobodni?” (author’s translation: Are we free indeed?), (2004), *Svjetlost – magazin za duhovnost*, no. 34 (May/June).

¹³ „In favour of globalisation thesis as the sequence of modernization can be incorporated the attitudes of A. Giddens (1990), U. Beck (1992), Scholte (2000) and Daw H. Curria (2003). This is how the theory of globalization appears as sequence of theories of modernization. Some theoreticians see it as the type of “neomodernism”. Being placed within the context of modernization sequence, the globalization, according to Scholte, relies on rationalism, capital system or capitalism, technology innovations and regulation. As integral

reduction of state power, is not something else than the new form of collectivism, actually corporativism¹⁴, with unavoidable populist content and to certain extent changed power holders.¹⁵ These are not the state authority bodies, but public authority bodies in a larger sense.¹⁶ Such framework guidelines will imbue the whole policy of repression of punishable behaviour, including criminal law as its greatest repressive segment. Great contribution in this sense will come from technological and information globalisation as well as globalization of values, creating conditions for such changes.

2. INFORMATION AND TECHNOLOGICAL FACTORS OF MONITORING IN THE SYSTEMS OF CRIMINAL POLICY

*Traditional performance monitoring - TPM*¹⁷ in general, as well as in the segments of criminal policy and criminal law, was not able to ensure the quantity which would present new qualitative form. It could not be mass or continued and could not penetrate all spheres and areas of human life. In other words it was fragmented, discontinued and partial. That was monitoring over objects, respectively subjects. However new monitoring (known as *electronic performance monitoring - EPM*¹⁸) is monitoring over information, and not anymore over „bodies of convicts“, as it was scenically said by Foucault. Having in mind before said, technological and informational requirements have been accomplished to move forward from the repressive to especially preventive contents of criminal policy. Something what was impossible, too expensive and unacceptable in technical and economic sense until recently, today becomes available instruments of social engineering. This social engineering has been basically characterised as global instrument of prevention, but as opposed to all previous forms, it is characterised with significant progress within the meaning of criminal policy – from strictly criminal law segment to the segment of administrative law (with „interactive use of services of electronic administration through all available communication channels“¹⁹).

parts of rationalism have been mentioned scientific figure of the world, global secularity, belief into science. Capital system, or capitalism imply on information capitalism, as described by Manuel Castels. The term of technology innovations imply on innovations in the sphere of computer technology, telecommunications, transport, while regulation considers standardization of the rules in the international community, regulation and deregulation, as well as human rights. Globalization results with fundamental changes within traditional concept of the community, society, state, borders, territories, sovereignty and democracy as „supranational democracy“. Theses on globalisation as the sequence of modernization rely on the western concept of globalisation, meaning globalisation as westernization, meaning furthermore that it has been controlled by the West“ (MILARDOVIĆ, Ib, see the footnote no.11).

¹⁴ As being pointed out by Mussolini (political promoter of corporativism) the ideal or at least more appropriate name for corporativism is Fascism, considering „it presents the fusion of state and corporative powers“. V. HILLARY, E., „Običajni zakon protiv globalističkih planova“ (author’s translation: Custom law against global plans), *Nexus*, No. 2 (August – September, 2004), p. 17-22.

¹⁵ Insofar, actual system of powers „prepares modern slavery for humanity, through the food controls, energy controls, credits and finances, personal freedoms, all in order to accomplish finally ancient idea on new world order“. (Stella, 167, December/January 2007/08, 40).

¹⁶ As an example can be used the „List of public authority bodies in the Republic of Croatia“ for relevant year, established according to the Law on the Right to Access Information (Official Gazette No. 172/03), containing next to traditional subjects of state power, also the specialized agencies, bureaus, public institutions, economic operators etc. All of them have certain power within the spheres of supervision and sanctioning. Majority of these bodies directly or indirectly create or participate in accomplishment of state policies on combat punishable behaviour. For the year 2009 see the Official Gazette No. 15/09.

¹⁷ V. STANTON, J. M.: „Traditional and Electronic Monitoring from an Organizational Justice Perspective“, *Journal of Business and Psychology*, 15/2000.(1):129-147.

¹⁸ Ib.

¹⁹ LUČIĆ, I., State Secretary in Central State Administrative Office for e-Croatia, see the article: „E-Uprava će iz temelja promijeniti administraciju“ (author’s translation: „E-Administration will introduce fundamental

Main category of such concept of prevention is information, while all others categories present only derivations. Endogenously this means the creation of complex and interconnected databases in functional sense and so called electronic administration (e-administration²⁰), while egzogenously it appears as manifestation of the systems of global control – creation of different centralized, digitalized technical systems, which are symbolised and encompassed within a microchip, surveillance camera and other registration means. Having in mind exclusively the politics of suppress of punishable acts, information and technological factors (actually factors of information and communication technology) present modern systems of criminal policy through the three segments or three levels: first segment encompasses mentioned primarily preventive actions having the centre of gravity at the regulations of administrative law, or the level of general prevention in the largest sense; second segment encompasses criminal-law level in a narrower sense – the system of regulating and pronouncing sanctions for criminal offences or misdemeanours; and third segment present the level of their enforcement. The establishment of relevant databases within the aspects of criminal policy include implicitly the collection, elaboration and analyzing of information according to set areas, and modulated, functional unities with regularly limited (as well as authenticated) access. It is the matter of general registers of the bodies specialized to combat crime (police, state attorneys, courts, department for enforcement of criminal and legal sanctions etc.). During the last few years various special registers have appeared, as for example the register of perpetrators of specific criminal offences. Predominant function of information databases has been performed through linking with the registration function. Insofar monitoring becomes the most significant premise of the new concept of criminal policy, while being realized through the application of various technological forms (including the biomedicine). The biomedical databases on their exponents, separately perpetrators of criminal offences, being lately in the main focus of the interests of scientific and expert spheres, but also of the organizations for promotion and protection of human rights and fundamental freedoms, open various ethics and legal questions (questions dealing with determination of data and circumstances of their collection or use; as well as questions dealing with determination of persons of perpetrators of criminal offences whose data can be collected or used; who can access and use information from such database, or how long data can be preserved specially if the institution of rehabilitation is taken into consideration? These are just some of possible questions). Standard general questions of establishment and use of different databases have been placed between the postulate of protection of personality and successful suppression of serious forms of criminal offences, organised crime, terrorism etc. Insofar it is possible to expect operationalization of ideas on creation of the series of special and specialized databases which will, next to traditional ones (especially police databases, dactiloscopic, modus-operandi bases), create fundamental information *corpus*. Here have to be included DNA databases²¹, which are lately in the centre

changes into administration”), *Vjesnik*, 16. February 2009 „Dokumenti u elektroničkom zapisu, njihovo slanje internetom i uporaba elektroničkog poslovanja bit će sve češći i sve će više zamjenjivati klasične oblike uredskog poslovanja“ (author’s translation: Documents in electronic form, their sending through the Internet and the use of electronic business will be more often and will reduce more and more classic forms of making business from office), see the article: “Elektronička uprava smanjuje birokratske barijere” (author’s translation: “Electronic administration reduces red tape”), *Vjesnik*, 20. January 2009.

²⁰ See the article: “Elektronička uprava smanjuje birokratske barijere” (author’s translation: “Electronic administration reduces red tape”), *Vjesnik*, 20. January 2009.

²¹ See for example LAZER, D.: *DNA and the Criminal Justice System (The Technology of Justice)*, http://books.google.hr/books?id=8FXS_0tg2p8C&dq=dna+criminal&printsec or <http://www.koshland-science-museum.org/exhibitdna/crim01.jsp>.

of attention.²² One of technologies which have bloomed during the last ten years is the application of RFID (*Radio Frequency Identification*) chips. RFID technology has enabled application of simple method of automatic identification, by using pertaining „transmitters“, respectively „receivers“. It is necessary to save certain data on RFID chip, and afterwards implement this chip into some object, person or animal in order to make this technology applicable.²³ The main aim is identification (authorization, authentication) and control. It is the matter of technologies which use radio waves in order to identify object automatically. Radio frequency communication has been grounded on creation of electromagnetic waves within transmitters and their detection on distanced receiver. There exist few methods of object identification, but the most common one is the storage of identification serial number or some other information on microchip, which combined with antenna forms RFID transponder. In other words RFID is a combination of identification microchip and radio antenna.²⁴ RFID is an integral part of the concept of so called biometric identification documents (passports, identity cards etc.)²⁵. The fact that RFID can operate also as a physical implant²⁶, opens serious ethical and legal questions: it has to be noted that „microchip inside

²² The bases of this type contain DNA-profile of perpetrators, what has a great value in criminal investigation. The countries in Europe having this kind of base are: Great Britain, France, Austria, Germany, and Slovenia. Today cross border exchange of DNA samples becomes standard in the world, but the length of keeping data in the base differs from state to state. French base storages DNA of criminals for 40 years, after the sentence was served, while this time limit is 20 years in the Netherland if the person has been convicted to minor sentence (till the 6 years), and 30 years if the sentence exceeds 6 years. Germany has specific legislation, in a way that data from the base have been checked 10 years after for adults, and after 5 years for minors, while only in the case of murder or sexual delicts the unlimited keeping is allowed. In Croatia for the introduction of DNA bases will be crucial amendments of relevant legal framework. The fact is that Croatia already has the trained experts with all necessary technology (see *Vjesnik*, 20. October 2008, „Svi kriminalci uskoro u bazi DNK“(author’s translation: “All criminals will be in DNA base soon“).

²³ Although early versions of RFID chips have been presented and used since 1993 in British aviation for identification of flying machines, their wide application has begun in the last century, in the 90tees. Many American and European chain stores use this technology for a while, and one of the world intercessors of its application is American Ministry of Defence, which plans to mark members of their formations and battle materials in this way. Also on inland area the RFID chips have been applied at, for example, charging of tolls on motorways.

²⁴ Mentioned microchips can be in a form and size of the head of the match, incorporated at hidden place, or stick as plaster. It is possible to implant it under the skin (although first experiments on animals imply on high percentage of skin cancer what makes it not recommendable for application on humans). The microchip can contain all identification data on person and the antenna which is thin as a hair, makes the chip works. The energy can be supplied from the body heat. It is sufficient to have completely irrelevant electromagnetic incentive, in order for microchip to transmit requested data. The production cost has become closer to the economic price of five cents of US Dollars. It has been widespread in economic activity, industry for example in car industry, production, construction fields, shopping and entertainment centres, educational institutions etc. „RFID u svemu (i svakome)“! (author’s translation: “RFID in everything (and everybody)”) (see *Večernji list*, 24. January 2006); „RFID će uništiti barkod“(author’s translation: “RFID will destroy barcode”).

²⁵ Biometry – automatic method of identification of person using physiological or behavioural characteristics, what makes biometric authentication the safest method. For example biometric passports (and for the first time identity cards) which have been introduced in the Great Britain in 2006, contain biological data of their holders: they have electronic chip which marks face dimensions of the document holder, specially the measures between eyes, nose, mouth and ears, calculated according to the identification photo. Passport data will include fingerprints as well. The trend of introduction of biometric photos have been used in more than 50 states. More information available at the U.S. National Institute of Justice,

http://209.85.129.132/translate_c?hl=hr&sl=en&u=http://www.biometriccatalog.org/Introduction/default.aspx
or <http://biometrics.gov/>.

²⁶ American company *Digital Angel* has demonstrated a prototype of this chip on American market in 2000. It is the matter of chip implanted under the skin, which transmits data not only on the place where the holder is situated, but on heart beat, temperature and other bio-medical indicators as well. Two models have been offered (they are originally intended to be implanted under the collar bone (clavicle): *Constant Companion TM* for

the body presents microchip in relation to computer based system“ in technical sense; in ethical or legal senses „the concept has been directed on the control of body on physical, emotional or mental plan“.²⁷ Also, there exist no technical obstacles in order to apply chip in combined manner within the technology of satellite positioning.²⁸ This kind of microchips can be used without limit in locating the objects or monitored persons, whether in active or passive mode.²⁹ The system of monitoring of movements of people (*tagging*) by using satellite positioning gradually replaces older systems of monitoring from the Earth.³⁰ The system appears to be ideal for the surveillance function in order to realize various protective, safety or other measures, respectively special commitments related to the surveillance and probation, as well as other so called alternative sanctions. Definitely the most prevailing technique of monitoring encompasses so called CCTV cameras, usually combined with a computer. It can be said that there is no bigger European town³¹ without appropriate, more or less complex system of video surveillance. Gradually such surveillance is introduced, or is planned to be introduced in many Croatian towns³². Video surveillance can be combined with the technique of administrated audio-control.³³ As standard, programming, criminal policy goals of introduction of video surveillance have been specified, among the rest, the reduction of the number of punishable conducts – criminal offences and misdemeanours (separately acts of violence, or misdemeanours, or separately acts of violence or misdemeanour offences against public order and decency, as well as punishable conduct in traffic), with general enhancing of the feeling of personal security of citizens by knowing that they are situated on monitored area. From the police point of view such monitoring simplifies detection of unknown perpetrators, more efficient surveillance of public assembling, identification of initiator of disturbance of the peace, as well as enables direct monitoring of traffic etc. Among

monitoring on distance of old and powerless persons, and *BabySitter TM* for children, while *BodyGuard TM*, *MicroManager TM* are in the preparation phase.

²⁷ ICKE, D., “O mikročipiranju i kontroli uma”, (author’s translation: “About microshipping and mind control”) *Nexus*, 29. November 2008, p. 25-28.

²⁸ American company *Applied Digital Solutions* has presented the prototype of the chip for monitoring of human movements over the satellite Global Positioning System.

²⁹ It is well-known that such system (five or six years ago) has been used in the car industry, with a purpose of protection of valuable cars from larceny and resells. In the 2006, for example, has been arrested foreign citizen in stolen car in Croatia. After being located by a satellite, foreign citizen has been stopped on the road near Ivanić Grad through the remote cutting of the gas supply (the example of active surveillance mode). The year before the other perpetrator has been arrested on the border Vinjani, whose car has been stolen in Italy, and has been located by satellite and stopped before crossing the border (the example of passive surveillance mode). (www.t-portal.hr, 23 January 2006).

³⁰ According to Boston’s *Christian Science Monitor*, U.S State of Florida has brought debatable law which has introduced lifelong satellite monitoring of convicts sentenced for most serious sexual offences against children: from 30.000 registered perpetrators of these criminal offences, for 1.800 of them has been predicted this type of monitoring! Investment of approximately 11 million dollars (monitoring bracelets functioning over satellite with a purpose of detection and surveillance information and communication equipment) has enabled surveillance all day long, so the place of their presence is going to be available on Internet very soon (!) – every day, actually for the whole of their life’s (see *Vjesnik*, 6 May 2005).

³¹ Very complicated and developed systems can be found for example in London, Madrid, Stockholm, Vienna, Moscow etc.

³² For example in Osijek, Pula, Varaždin, Zadar, soon in Zagreb etc.

³³ So called Middlesbrough *Project* (2007.) is one of the first projects of this kind in the Great Britain. On certain place of the town, next to the cameras have been installed loudspeakers used by administrators in order to refer to the citizens, whose behaviours are unacceptable, alluding to stop such activities immediately or simply warning them about the fact that their behaviour has been recorded. Interesting is that after the project has been concluded, citizens which were polled have supported this program. Generally the Great Britain has been considered as “the most spied community” in Europe. Average citizen has been daily recorded at least 300 times, while in the state has been installed more than 4,2 million cameras in 2007 (one on every 12 citizens). It is considered that the quarter of all surveillance cameras in the world have been installed in the Great Britain. (see *Jutarnji list*, 6 April 2007, *Večernji list* 9 March 2009).

strategic goals have been specified: reduction of material damage resulted from punishable conduct, deterrent of potential perpetrators from punishable conduct, more efficient arrangement of police and security resources, general increase of safety level (especially as economic and touristic factor), faster and more efficient assistance of public and communal services to the citizens etc.³⁴ Basically these systems enable connection of several cameras to the one computer, constant or alarmed recording with application of digital compression. The volume of filed information is reduced through the use of so called „external movement’s detector“. Serviceability of filing, classification and searching of the material makes possible easier identification of perpetrators of different punishable conduct, as well as appropriate evidences on the court.³⁵ There has been a lot of talk about unavoidable “Orwellization” or “BigBrotherization” of the society in the 21st century, in order to ensure one fundamental and unquestionable human right – right to safety. It is to be pointed out that „without safety there is no prosperity“³⁶. However, it is necessary to point out that it is the matter of “risk society”, which repeatedly has to determine the level of acceptable risk.³⁷ According to the correct observation of one author, „globalization of risks present just a consequence or darker side of the world integration which is very hard to handle, especially today while coping the pendulum which oscillates between democratic and authoritarian solutions,³⁸ as on the beginning of the 20 century.³⁹ Therefore becomes completely clear which legal, criminal-law and political implications brings the introduction of information and communication technologies (ICT), respectively which information and technological factors can be attributed to the modern concept of monitoring in contemporary criminal policy systems. The opening of new options of general and special prevention of punishable conducts of different kinds and severity and increasing generally the level of safety in narrower and larger

³⁴ See for example MRŠIĆ, B.: “Prijedlog projekta video-nadzora otvorenih prostora Grada Zadra” (author’s translation: The proposition of the project of the video monitoring of opened areas in Zadar) Ministry of Interior (MUP) of the Republic of Croatia – Police Department Zadar (PU Zadarska), Zadar, April 2006 (the concept presented in the framework of postgraduation study „Kriminalistička istraživanja“ of the Faculty of Law, University of Rijeka, 2007.

³⁵ For example, in Moscow the company *ISS – Principal System Video* has installed over 90.000 video cameras in residential quarters till 2006. The project of centralized digital video surveillance known as “Safe City” encompasses the system of continuous whole-day collection, transmission of data, together with intelligent analyses and recording of video data from great number of monitoring points, with simultaneous display of the situation in present and in past. According to the available data, the number of larcenies, especially burglaries into the housing, has been reduced for 12%, while the number of robberies in monitored quarters has been reduced for 15%. In general, violent behaviour and “vandalism” (resulting in damage or destruction of property) have been reduced for even 30%. (http://www.sistemvideo.hr/info_moskva.shtm, 14 April 2006).

³⁶ Bandić, Milan (the Mayor of the Town of Zagreb on actual session of City Assembly has announced the building of five new police stations in Zagreb („even in the case of necessary giving up of building of several roads“) and introduction of monitoring cameras („which will contribute in solving certain problems: improper parking with a problem of urban guerrilla destroying the walls with graphite, while the safety aspect will bring the connecting of cameras with Community Policing (PUZ) and Ministry of Interior (MUP)“). (*Večernji list*, 30 October 2008). On the beginning of the year has been announced the setting up of 800 surveillance cameras (T-portal, www.t-portal.hr 23 February 2009), while 250 of them will be set up within the time of two months (*Vjesnik*, 24 February 2009).

³⁷ In the way described by the ŠEPAROVIĆ in his most famous books of 80tees: *Granice rizika – etičkopravni pristupi medicini* (“Borders of The risks – etical and iuristic approaches to medicine”, Faculty of Law, Čakovec 1985. and *Pojave i odgovornosti – članci i eseji* (author’s translation: „, Figures and responsibilities – Articles and Essays“) Faculty of Law in Zagreb, Samobor 1986 etc.

³⁸ The complex nature of this problem has been elaborated through the words of recent statement of Russian President Medvedev to the Spanish media, by claiming that in Russia „have not been respected some of fundamental rights“ using the examples of „protection of the citizens from the criminal“, but the „protection of privacy“ as well. This is classic conflict between two important principles – social and legal state (see *Vjesnik*, 2 March 2009).

³⁹ MILARDOVIĆ, A., Centar za politološka istraživanja, Zagreb (*Vjesnik*, 30 October 2008).

community, these technologies without relevant (in foreground legal) instruments of prevention of their misuse can become serious threat to democratic society. On other two levels: on the level of criminal law in a narrower terms and on the level of sanction enforcement, the situation appears to be initially favourable, having in mind existing legal framework and certain positive experiences two decades ago, since when has started more massive application of electronic monitoring in criminal law systems of many states⁴⁰.

3. ELECTRONIC MONITORING IN MODERN CRIMINAL LAW SYSTEMS

Electronic Monitoring (in further text: EM) means application of information and communication technologies in the system of material and procedural criminal law (legislation), as well as in the system of enforcement of criminal sanctions. The main reasons of its introduction in the system have been characterized by the nature of criminal policy, particularly meaning penal institutions being regularly overbooked (prisons and penitentiaries)⁴¹, inefficiency and high costs of traditional systems of enforcement of custody sanctions, mainly those with shorter length (to the six months), as well as doubtful efficiency.⁴² First experiments with technologies of electronic monitoring can be found in the late 60ties. They were based on radio telemetric devices offering the possibilities of monitoring of the object (actually person) within 400m, and they were invented on the University of Harvard.⁴³ Nevertheless just 80ties have brought the development of the first systems of controlled monitoring, finding their place very soon in criminal law system. This technological and legal complex, known since then as „tagging“, has become the foundation of „community-based sanction (or sentences)“, which means sanctions with the main purpose of their enforcement in freedom, as community sanctions. This does not mean that the all (criminal-law) possibilities of the use of sophisticated ethnological achievements have been exhausted. Through the time, they have encompassed three main areas of electronic monitoring use within the system of criminal law: a. detention, b. limitation and c. surveillance or tracking (*tagging /tracking/* or surveillance in narrower terms). Certain contents on European area have been firstly introduced in the Great Britain, in formal variants

⁴⁰ The application of electronic monitoring in the criminal law system can be found in the 80tees, firstly in Israel, than in Great Britain, USA, Canada and Australia.

⁴¹ According to available data (SWIVEL – JENKIN: *World Prison Occupancy Rates by Country*, 14 July 2008) for 182 world states, more than 100 of them have overbooked prisons, some of them in the percentage of 300% or even more (for example Bangladesh 315.6%, Zambia 330%, Grenada 374.5%). Overbooked capacities of penal institutions are 107% in USA, 106% in Sweden, 118% in France, 140% in Spain etc. The Croatia has the percentage of 130,6%, which places it on the first place among the states of ex Yugoslavia. See <http://www.swivel.com/> (16 March 2009). The USA has the 5% of world population, but 25% of world prison population! With 2,3 million of prisoners, it is 751 persons on 100.000 of residents. The Russia has 627, England 151, Germany 88 – Croatia something more than 100 (LIPTAK, A., “U.S: prison population dwarfs that of other nations”, *International Herald Tribune*, 23 April 2008 (v. <http://www.iht.com/articles/2008/04/23/america>). According to some sources (AIZENMAN, N.C., “New High In U.S. Prison Numbers – Growth Attributed To More Stringent Sentencing Laws”, *Washington Post*, 29 February 2008 – www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/02/29) the number of prisoners has reached incredible number of 1000 on 100.000 residents in the USA!

⁴² Within the meaning of all this it is necessary to mention illustrative report of the Directorate for Prison System of the Ministry of Justice from December, 2008 adopted on the session on 13 February 2009 (available on the official pages of Croatian Parliament: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?sec=2830>).

⁴³ Within the *Science Committee on Psychological Experimentation*, under the leadership of Dr. Ralph Schwitzgebel, 1968 (see BLACK, M., RUSSELL, G. S. (2003), *Electornic Monitoring in the Criminal Justice System*, Australian Institute of Criminology).

of *Curfew orders (CO)* (1995) and *Home Detention Curfew (HDC)* (1999)⁴⁴. Detention has been most common in the context of realization of wide spreaded alternative scheme of so called home-detention, one of the main characteristics of the model of Anglo-American system of probation. This does not necessarily mean that detention system could not be used with a purpose of realization of its more rigid forms, respectively various traditional models of penal servitude in prisons and penitentiaries. Limitation presents the form of surveillance in the system of enforcement of so called special obligations with suspended sentence (actually suspended sentence with surveillance) and sanctions which correspond to the security measures. Surveillance or tagging means the continuous and uninterrupted monitoring over the person, with complete or partial restrictions of his or her moving. It is not so well known that certain technologies of electronic monitoring enable transfer of special information on the state of monitored person (for example, whether or not a person is under the influence of alcohol or drugs as well as enable such monitoring simultaneously over more persons, who are connected in certain way with primary subject in greater area).⁴⁵ Technologies and techniques of electronic monitoring encompass various alternatives based on electromagnetic or optic systems of the information transmission, which means from radio technology to the technology of satellite global positioning. Anyway, in the focus of electronic monitoring is electronic monitoring device or so called correctional device. There exist active and passive systems, as well as systems of continuous positioning (the combination of various types is possible); there exist also unilateral, collateral, multilateral as well as situation analyses system, position analyses system; continued, discontinued, ad hoc systems; homogeneous and heterogeneous etc. depending on strategic or tactical criteria for such division. Complex technologies of monitoring enable reversible and active control of object, actually subject of monitoring. There exist also technologies of surveillance without using devices, as global surveillance which implicitly include different sublimed methods and methods of incalculatation, but which do not come in the criminal policy foreground – at least not in this moment. In criminal law system in a larger sense the electronic monitoring is applied, or can be applied in pre-trial stadium or trial stadium, which means the stadium of the criminal procedure before the judgement is given (separately, concerning the measures of providing the presence of suspect or defendant in investigation or in the trial), in primary sentencing stadium where electronic monitoring has been included or follow the criminal sanction, whether primary or secondary sanction, parapenal or alternative, non-custodial or security measures, and finally in prison⁴⁶ and post-prison or parole stadium which corresponds to the conditional release (parole) through its content. In criminal-law system in narrower terms the electronic monitoring is applied or can be applied as “transition form” from custody sanction to the “community sanction”, with a main purpose of elimination of social deprivation of convicts. The surveillance is to that extent “institutionalized sanction”. First projects of electronic monitoring in criminal law systems have begun in 80tees and 90tees of the last century, although first projects of its scientific evaluation have appeared later, with the beginning of this century. Despite the fact that „research did not keep pace with quick

⁴⁴ ARDLEY, J.: “The Theory, Development and Application of Electronic Monitoring in Britain”, www.internetjournalofcriminology.com (2005).

⁴⁵ V. LCA (*Leader in Community Alternatives, Inc.*) – *Private Criminal Justice/Social Service Agency*, San Francisco, Cal., USA – specialized Agency for electronic monitoring (*RF, Cellular, GPS, Group and Area Monitoring*) provides continuous 24 hour information on whether or not monitored person drinks alcohol (*Continuously Monitor Sobriety*) over SCRAM Transdermal Alcohol Monitoring Device (*Secure Continuous Remote Alcohol Monitor*), what is very similar also to the detection of the drugs. (<http://www.lcaservices.com/>, 18 March 2009).

⁴⁶ See SEYMOUR, S, BAKER, R., BESCO, M.: “Inmate Tracking With Biometric and Smart Card Technology”, *Corrections Today*, American Correctional Association, July 2001, (http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/biometrics_smartcard.pdf, 20 March 2009).

implementation of this new and very promising penal strategy⁴⁷, almost without exception first reports witnessed positive evaluation of the impacts of electronic monitoring. One German evaluation (2005)⁴⁸ based on the research implemented in the province of Hessen (2002-2004), has pointed out positive character of the application of electronic monitoring in the system of suspended sentence, or suspended sentence with surveillance, as well as in the system of conditional release. Then again, very good results in the reduction of prison population have been pointed out. In similar English report (2006)⁴⁹ have been stressed good results in application of the strategy of electronic monitoring in *Home Detention Curfew* system, next to extraordinary economic results (*cost-benefit impacts*), together with lists of recommendations for future application. The Swedish report (2007)⁵⁰, although criticizing the restricted possibilities for wider use of EM strategy (considering the variables perpetrator-criminal act-punishment-victim), has pointed out that the best results as far as substitution of prison has been concerned, have been achieved in the cases of perpetrators sentenced with a punishment with duration between three and six months. Very good results have been achieved with the use of 'EM Release' or 'Parole'-strategy, in the system of conditional release. Particular attention has been devoted to the polling and interviewing of the victims of criminal acts (injured persons) in terms of their valorisation or strategy. Generally the strategy has been evaluated positively, although (having in mind mentioned variables), in certain cases the victims have expressed the uncertainty connected with the fact that they were previously informed on "including of perpetrator into the EM regime". This concerns particularly the case of perpetrators of criminal acts with the elements of violence, as well as criminal acts against people's health and freedoms. Many other studies, especially from USA⁵¹, Canada⁵², Australia⁵³ and Israel⁵⁴ have confirmed more or less the same. It is clear that electronic monitoring has its future in material (as well as in procedural *Bail'- or Home Detention* system) criminal legislation⁵⁵.

4. INSTEAD OF CONCLUSION

This text offers general overview on the phenomena of monitoring in human society overall, its criminal policy and criminal law, specially having in mind respectable literature on this subject. The text aims on provoking some thoughts on possible negative consequences of modern technological and information (ICT) revolution and globalization. However the

⁴⁷ See BALES, W., *Centre for Criminology and Public Research*, Tallahassee, Florida (SAD), <http://www.criminologycenter.fsu.edu/p/electronic-monitoring.php>, 10 March 2009.

⁴⁸ MAYER, M.: *Evaluation of a Pilot Project on Electronic Monitoring*, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg 2004. (v. www.mpg.de/forsch/krim/mayer_en.htm - 23 November 2005).

⁴⁹ House of Commons – Committee of Public Accounts: *The electronic monitoring of adult offenders*, Sixty-second Report of Session 2005-06, London 2006.

⁵⁰ Extended use of electronic tagging in Sweden (The offenders' and victims' view), Report 2007:3 (An abridged version of the Swedish report 2007:1), The Swedish National Council for Crime Prevention, Stockholm 2007, www.bra.se.

⁵¹ See PADGETT, K.G., BALES, W.D., BLOMBERG, T.G.: "Under Surveillance: An Empirical Test of the Effectiveness and Consequences of Electronic Monitoring" *Criminology & Public Police*, 5/2006 (1):61-92.

⁵² See *Reporter* (John Howard Society of Alberta), vol. 18, 1, May 2001, Electronic Monitoring, www.johnhoward.ab.ca; Electronics Monitoring, John Howard Society of Alberta 2000, <http://www.johnhoward.ab.ca/PUB/A3.htm> (2008/04/05).

⁵³ See BLACK, M., RUSSELL, G.S.: "Electronic Monitoring in the Criminal Jusitec System", *Australian Institute of Criminology Trends & Issues*, No. 254(2003), 6.

⁵⁴ See <http://www.mops.gov.il/BPEng/OnTheAgenda/ElectronicMonitor/>.

⁵⁵ See BARRY, K., "Electronic Monitoring: The Future of Crime Control?" (March 2009), see <http://www.scribd.com/doc/13198103/Electronic-Monitoring>, 15 March, 2009.

question is till what extent is one generation enabled to „manage its own time“, without repeating the historical mistakes of former generations. In criminal law these mistakes were traumatic and expensive. Maybe today the danger of the appearance of “police state“ is greater than ever, although so much effort has been invested into the protection of fundamental human rights and freedoms.⁵⁶ Insofar, many experts (not only advocates of conspiracy theories) in globalism and corporative refeudalisation of the world see the danger of establishment of new model of controlled society, which could be incomparable in negative sense with past familiar forms already seen before.⁵⁷ It was very common that big and generally acceptable ideas are accompanied with serious misuse, specially having in mind numerous examples from the history of criminal policy history as well as history of criminal law⁵⁸. It has to be noted that „wrong perception of globalism“ can result with the worst model of colectivism in the future.⁵⁹ The whole thing becomes even more serious if the trend of strengthening of criminal-law repression (over last 10 and more years) has been taken into consideration. Insofar the criminal policy function of surveillance in a larger sense, especially in its segment of administrative law, will probably open the set of very complex questions, having in mind the fact that strict criminal-law aspects imply on at least declarative realization of satisfying legal protection of human rights and fundamental freedoms. The citizens do not mind cameras most of the time⁶⁰, but it is necessary to pay attention that safety and right to safety is not and cannot permit interpretations (in social and legal sense) in Machiavellian manner. If nothing else „no one wants the world of global surveillance, managers-punishers and society of numerated people“.⁶¹ However, it is evident that the monitoring element will prevail over the most significant functions of criminal policy, whether in preoffense or postoffense sense. It is not questionable that electronic monitoring (EM) has the perspective in prevention⁶² and sanctioning of punishable conduct (even the most serious ones with high-

⁵⁶ Indeed, never before the protection of constitutional rights, rule of law, legal state and generally the development of various forms of democracy have enjoyed such relevance. Nevertheless there exists significant discrepancy between application of information and technological arrangements with a purpose of promotion of democratic instruments in the society, and their application in the context elaborated in this paper. For example, as noticed by famous American writer Charles Bukowski that the democracy cannot be resumed only to the pure democracy of parliamentarism, or to elections arranged every four years for the choice between cold and warm...“, especially if having in mind existence of information and technological conditions which enable relevant step forward for the participation in decisions making.

⁵⁷ Therefore the question: „Fašizam pred vratima?“ (author’s translation: Fascism on front doors?“) – See, for example BAKOVIĆ, S.: „Bako, bako zašto imaš tako velike oči?“ (author’s translation: “Granny, granny why do you have so big eyes?“), *PC-chip*, December 2008.

⁵⁸ Unhidden, but justified optimism was imminent during the introduction of new sanctions like non-custodial measures and security measures into the system of criminal law sciences and legislation 100 years ago. Nevertheless, only few decades after, has been detected serious misuse damaging the protection of human rights and fundamental freedoms within the area of their application. All this has lasted until the late 50tees of the last century.

⁵⁹ This specially concerns the overcoming of all former historical systems and totalitarianistic experiences (Fascism, Communism etc.) in negative sense. One of the most significant symptoms of this process, which is very often in modern criminal policy, is populism.

⁶⁰ See *Jutarnji list*, 13 February 2009 – „Zagreb: Život u centru od sada na filmu“ (author’s translation: Zagreb: Living in the center on the film from now on“). One citizen claims that honest people would not mind cameras, considering they can only be helpful to them, while the problem lays in the fact that police is not capable to use all the possibilities of surveillance. According to this citizen more serious crime has been dealt in a slow manner, while the records contain the victims more often than perpetrators of criminal offences.

⁶¹ See SPECKBACHER, F.: *Menschen werden nummeriert – Kommt der Antichrist?*, Mediatrix Verlag, Andrä-Wörtern 1985., 66 pages (ISBN: 3854060629). The warning, which is old almost the quarter of the century, becomes very actual today.

⁶² In spite certain sceptical statements, like the one given by the director of video surveillance in the Scotland Yard, claiming that „surveillance cameras have not contributed to the reduction of the criminal activity in Britain“ (Mike Neville: „A billion of pounds have been invested into the system having more than four millions

risk criminals⁶³) in a larger sense,⁶⁴ not at any price of withdraw or limiting of fundamental components of political and generally civilization concept of human freedom. It is expectable that near future brings more or less certain substitution of punishment, so within this meaning monitoring finds its place as modality of repression substitute. According to before said, monitoring will not be only one of the components of punishment, but its substitute (first of all in the form of “alternative” sanction in the community), encompassing all traditional functions of punishment. Within the meaning of before said, the surveillance power will determine criminal policy of this century. This has to be taken into consideration while creating the new Croatian criminal law system.

of surveillance cameras installed all over the Great Britain, although the project has failed completely /results have appeared as a „total fiasco“/. For example, in London only 3% of robbery cases have been solved by using cameras“). Actually he points out some specific issues linked to the monitoring enforcement, stating particularly that „police does not dispose with sufficient number of qualified persons, who are capable to operate with so many data collected by cameras“(see *Jutarnji list*, 8 May 2005 – „Nadzorne kamere u Britaniji nisu smanjile kriminal“(author’s translation: „Surveillance cameras have not reduced the criminal activity in Britain“).

⁶³ See RENZEMA, M., MAYO-WILSON, E.: “Can electronic monitoring reduce crime for moderate to high-risk offenders?” *Journal of Experimental Criminology*, 1/2005, str. 215-237.

⁶⁴ See BARRY, K.: “Electronic Monitoring - The Future of Crime Control?” (March 2009), <http://www.scribd.com/doc/13198103/Electronic-Monitoring>.

Sažetak

MOĆ NADZORA – IMPLIKACIJE TEHNOLOŠKOG I INFORMATIČKOG ISKORAKA U 21. STOLJEĆU NA POLITIKU SUZBIJANJA KAŽNJIVIH PONAŠANJA I KAZNENO PRAVO

Stoljeće koje je započelo označava ujedno i rađanje novog svjetskog poretka. Taj „novus ordo seclorum“ ili „novus ordo mundi“ karakteriziran je fantastičnim tehnologijsko-informacijskim iskorakom s ozbiljnim konsekvencama na svim područjima ljudskog djelovanja. Utoliko i moderno kazneno pravo, postupno, ali kontinuirano, doživljava transformaciju od klasičnog represivnog instrumenta discipliniranja ka novom (preventivnom) konceptu nenametljivog no sveprisutnog, globalnog nadzora, pri čemu će u budućnosti klasičnu državnu moć postupno ali zasigurno zamijeniti globalna korporativna moć. Drugim riječima, discipliniranje prestaje biti (ekskluzivno) stvar kaznenoga prava, kao što će i sama kazna, jednoga dana, izgubiti primat glavne kaznenopravne sankcije. Takva transformacija promovirati će novu, drugačiju politiku suzbijanja kažnjivih ponašanja, temeljenu na nadzoru i informaciji kao njegovu supstratu, dakako ne bez izvjesnih rizika kad se radi o zaštiti afirmiranih temeljnih sloboda i prava čovjeka.

Ključne riječi: *nadzor, politika suzbijanja kažnjivih ponašanja, kazneno pravo.*

O PRORAČUNSKOM NAČELU PRETHODNOG ODOBRENJA U DJELU STJEPANA RADIĆA***

Nepobitna je činjenica postojanje izrazito širokih Radićevih spoznaja o političkoj i pravnoj doktrini. Pojedini instituti financijskoga prava, koji su bili predmetom njegova interesa, načelno se nisu izmijenili od njegova vremena unatoč čestim i vrlo dinamičnim mijenama državne financijske aktivnosti koje nerijetko moraju slijediti mnoge imperATIVE i zadaće svojih političkih elita. Usprkos pojavnosti suvremenih proračunskih načela, poput načela proračuna izvršne vlasti i uz njega usko vezanoga načela odgovornosti izvršne vlasti, i danas ostaje „nedodirljivo“ područje političkoga utjecaja zakonodavne vlasti unutar kojega je i odobravanje proračuna. Upravo to područje Radić uspješno brani svojim promišljanjima o proračunu uopće te o proračunskom načelu prethodnoga odobrenja.

Ključne riječi: *djela Stjepana Radića, proračunska načela, proračunsko načelo prethodnog odobrenja.*

1. PRAVNOPOVIJESNI I POLITIČKI KONTEKST

Vrijeme druge polovice XIX. i početka XX. stoljeća razdoblje je značajnijih modernizacijskih procesa u hrvatskoj povijesti, izgradnje građanskog društva, koja prate procesi oblikovanja njihovih doktrinarnih i ideoloških odrednica, ali i razvitka modernih hrvatskih institucija. Oblikovanje hrvatskih institucija, bitno uvjetovano ukupnim političkim odnosima i okruženjem, zadobivši u vremenu bana Ivana Mažuranića možda značajnije odlike i prepoznatljive oblike kompatibilne s nekim odrednicama razvitka institucija „europske jezgre“ (kako naglašava Čepulo¹), prati i razvitak hrvatske pravne doktrine, pod značajnim utjecajem austrijskih i njemačkih pravnih pisaca. Neki od predstavnika su primjerice dr. Bogoslav Šulek², dr. Franjo

* Doc.dr.sc. Nataša Žunić Kovačević, docent na Katedri za financijsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

** Doc.dr.sc. Budislav Vukas ml., docent na Katedri za povijest prava i države Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

*** S izrazima zahvalnosti i poštovanja, autori posvećuju ovaj rad svojim učiteljicama i mentoricama, prof. dr. sc. Oliveri Lončarić-Horvat i prof. dr. sc. Nedi Engelsfeld, umirovljenim profesoricama Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

¹ ČEPULO, D., *Prava građana i moderne institucije – europska i hrvatska pravna tradicija*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2003.

² Bogoslav Šulek u svojem djelu „*Hrvatski ustav ili konstitucija – godine 1882.*“, objavljenom u Zagrebu 1883. godine iscrpno obrazlaže hrvatsku ustavnopravnu poziciju u sustavu Hrvatsko-Ugarske državne zajednice

pl. Liszt, dr. Ladislav Polić³, Stjepan Posilović, izdanja i komentari građanskih kodifikacija (npr. OGZ) i sl. U profiliranju hrvatske nacije, tog temeljnog preduvjeta u izgradnji modernih hrvatskih demokratskih institucija, djelo Stjepana Radića ima neprocjenjivo, ključno mjesto. Pored njegovih poznatijih političkih akcija i programskih vizija Hrvatske pučke seljačke stranke, koja će na tom tragu ostvariti iznimni uspjeh, važna su i Radićeva nastojanja kao pisca, znanstvenika pa i pravnog povjesničara, kojeg naši udžbenici pravne povijesti kao takvog nikada ne navode u uvodnim poglavljima hrvatske pravno-povijesne historiografije. Među radovima različite znanstvene vrijednosti, neki imaju osobitu važnost. Ona nije dovoljno prepoznata kako zbog nezgodnog oporbenog položaja Radićeve politike u tim složenim vremenima, ali i zbog nepostojanja razvijene pravne znanosti u Hrvatskoj. No djela koja analiziraju mnoge pravne i ekonomske fenomene u povijesnom i poredbenopravnom kontekstu sa značajnim znanstvenim aparatom i određenom razinom znanstvene metodologije svakako zavrjeđuju pozornost. Pored naslova, poput „Razmišljaji o međunarodnoj politici“, „Savremena Evropa ili karakteristika modernih država i naroda“ ili „Savremena ustavnost“, značajnu ulogu zauzima i naslov „Današnja financijalna znanost“, koja sa svojim komparativnim i znanstvenim pristupom predstavlja i mnoga suvremeno prihvatljiva i postojeća načela financijske znanosti i financijskog prava.⁴ U naznačenim znanstvenim promišljanjima Radić izlaže svoja osnovna stajališta i vizije o tada diskutabilnim pojmovima poput „puka“, „naroda-nacije“ (Radić rabi i izraz „narodnost“) te države, njezina nastanka i funkcije. Ako i uzmemo u obzir neke nedosljedne Radićeve interpretacije ovih pojmova, neke nedosljednosti ili kontradikcije u svojim stajalištima, uzrokovanih dijelom tadašnjom nerazvijenošću politološke teorije, ali i praktično-političkim motivima, Radić ipak u svim navedenim analizama zaključuje važnost određivanja tih pojmova – napose države – kao pretpostavke oblikovanja demokratskih institucija.⁵ Država prema Lockovim utjecajima, u Radićevim promišljanjima ima osobitu ulogu zaštite privatnog vlasništva, te regulacije prava i dužnosti građana. Državi legitimaciju daje „puk“⁶, dok je „narod ili nacija“, prema Radiću, nešto šira kategorija, a ona nužno vodi prema izgradnji demokratskih institucija, kao temeljne pretpostavke (ili posljedice) konstituiranja hrvatske nacije te nužno zahtijeva i stvaranje jasnih državnopravnih i ustavnih načela. Radić je izniman poznavatelj i zagovornik vrijednosti zapadnoeuropske državnopravne tradicije, napose baštine liberalne demokracije i njenih državnopravnih mehanizama, od stečevina francuske revolucije 1789., no njegovu političku misao obogaćuju i postavke o korporativizmu u smislu državne organizacije, baština snažno naglašenih načela kršćansko-socijalnog nauka te liberalno poimanje razvitka gospodarstva, socijalne politike, prosvjete i kulture. Hrvatska država i pravo naroda na samoodređenje imaju izrazito značajno mjesto u koncepciji europskih odnosa prvih dekada XX. stoljeća, najprije u kontekstu ideja o transformaciji Austro-Ugarske monarhije u srednjoeuropski Podunavski

(1868.), u kontekstu povijesnog razvitka hrvatske ustavnosti, polazeći od temeljnih pojmova i relacija: „država“ i „zakon“, te odnosa „ustava i samovlasti“.

³ Dr. Ladislav Polić, „privatni docent u Kraljevskom sveučilištu Franje Josipa I. u Zagrebu“, u nakladi Kraljevske Hrvatsko-Slavonsko-Dalmatinske zemaljske vlade, priredio je godine 1904. znamenito djelo dr. Franje pl. Liszta „*Međunarodno pravo*“.

⁴ O tomu vidi: BOBAN, B., *Stjepan Radić – opus, utjecaji i dodiri*, Rad Filozofskog fakulteta (Zavod za hrvatsku povijest), Vol. 22., Zagreb, 1989., str. 147 – 210.

⁵ Temeljitu analizu Radićeva pogleda na navedene pojmove donosi Tihomir Čipek. Radićeve poglede Čipek temelji na izvornim tekstovima opusa, stavljajući Radićeve spoznaje u kontekst tadašnjih dosega politološke teorije, suvremenih standarda politološke misli, ali i konkretnih povijesnih okolnosti, koje uvjetuju Radićeve stavove: ČIPEK, T., *Ideja hrvatske države u političkoj misli Stjepana Radića*, Alineja, Zagreb, 2001., str. 32 – 67.

⁶ Pod pojmom „puk“ Radić razumijeva državljane, tj. nositelje prava i obveza prema državnoj vlasti. U puk ne spadaju samo seljaci i radnici već i svi ostali staleži, tako da ovdje možemo govoriti o klasičnom pojmu državljanstva, u smislu njegove temeljne definicije, s naglašenom prisutnošću načela zakonitosti. Citat prema ČIPEK, op. cit., str. 37. O pojmu „narod-nacija“ u kontekstu ovoga rada ne možemo dalje obrazlagati.

savez država i naroda, a kasnije na koncepcijama zajedništva naroda i država Južnih Slavena. Radić poznaje europsku baštinu, promišljajući europske odnose početka stoljeća sa nužnošću zaštite malih naroda, osobito Slavena i njihovih samostalnih država, od imperijalističkih opasnosti (osobito Njemačke, Mađarske, Italije) izgrađujući koncepciju pacifizma, neutralnosti, međudržavne i međunacionalne ovisnosti i određenih oblika integriranosti. Detalje i daljnje analize Radićeva nauka na ovome mjestu ne možemo izlagati. U ovom kontekstu promatramo i temeljna načela državne organizacije, pa i pitanja poreza, proračuna i ostalih financijskih institucija i mehanizama (poput seljačke banke, promišljanje o porezima).⁷ Zanimljivo je da je hrvatska država, i unatoč njezinu promatranju u kontekstu širih mogućih saveza ili državnih tvorbi, uvijek polazna osnova Radićevih promišljanja. Navedena djela Radić stvara u vrlo složenom razdoblju prijelaza stoljeća. Vrijeme je to kada hrvatska autonomija egzistira u okvirima Hrvatsko-Ugarske nagodbe gdje politička zbilja velikougarskih interesa ipak nadvladava nagodbenjačku pravnu strukturu. Hrvatske institucije, kojima je određene temelje postavila revolucija iz 1848., doradila i dogradila ih Mažuranićeva reforma, u Hedervaryjevoj su vladavini (1883. – 1903.) transformirane u smjeru dokidanja mnogih liberalnih i naprednijih postignuća. Razdoblje nakon 1903. obilježava prilična neizvjesnost srednjoeuropskih odnosa. Nju uzrokuju naglašene konfrontacije u europskim odnosima, velikonjemačka koncepcija, nedosljedna velikomađarska i austrijska politika, kriza dualizma u oba pola monarhije, nepoznata i nepredvidiva politika novoustoličene dinastije u Srbiji (nakon državnog udara u svibnju 1903), bosanskohercegovačka kriza... Međutim, Hrvatska ipak uspijeva oblikovati svoju političku scenu. U to vrijeme određuju je i specifične okolnosti: npr. upravna odvojenost Dalmacije i Istre, pitanje BiH, narušeni odnosi sa Srbima, odnosi s Austrijom i neugodna nagodbenjačka stvarnost. Stoga se profiliraju i nove političke koncepcije, ponajprije koncepcija „novog smjera-kursa“ u okviru Hrvatsko-srpske koalicije. Neke stranke bitno mijenjaju svoja politička stajališta, neke se fuzioniraju, a jača i politička uloga i aktivnost širih slojeva hrvatskog društva poput omladinskih organizacija, katoličkog pokreta, pučkih stranaka, radničkih i socijaldemokratskih stranaka i dr.⁸ Veliku će važnost u tom novom kontekstu hrvatske politike imati Stjepan Radić koji će svojom naznačenom specifičnom ideologijom jačanja sela i seljaka dodatno „mobilizirati“ hrvatsko „pučanstvo“ što će doprinijeti i novim dimenzijama u konstituiranju moderne hrvatske nacije, te njezinih institucija.

2. PRORAČUNSKO NAČELO PRETHODNOG ODOBRENJA U DJELU „DANAŠNJA FINANCIJALNA ZNANOST“ STJEPANA RADIĆA

Iako neupitno postoje raznovrsni izvori i tekstovi, primjeri esejističke ili putopisne literature, pa i hrvatske književnosti uopće, s temama ili pojedinačnim osvrtima na problematiku financijske znanosti,⁹ suvremena pravnopovijesna i financijskoppravna znanost ipak smatraju

⁷ Već u članku „K osnivanju Hrvatske seljačke stranke“ u časopisu Hrvatska misao god. III., sv. 10, Zagreb, srpanj 1904. navode se osnovi HSS-a, kao seljačke, ustavne i državnopravne stranke. Radić tako u točki 3. državnopravnih ciljeva stranke ističe nužnost raskida financijskih aranžmana Nagodbe, te traži da se „pri autonomnoj vladi u Zagrebu ima urediti poseban gospodarski i financijski odsjek“, koji bi, pretpostavljamo, bio odgovoran Hrvatskom saboru. Prema: CIPEK, T., MATKOVIĆ, H., *Programi hrvatskih političkih stranaka i skupina 1842. – 1914.*, Zagreb, 206., str. 484

⁸ O tim procesima vidi: PERIĆ, I., *Hrvatska državotvorna misao u XIX. i XX. stoljeću*, Dom i svijet, Zagreb, 2002., str. 325 i dalje. O tome vidi i: ENGELSFELD, N., *Povijest hrvatske države i prava – razdoblje od XVIII. do XX. stoljeća*, Prvo izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1999., str. 272 i dalje.

⁹ O tome: MIJATOVIĆ, N., „Crtime iz hrvatske financijskoppravne prošlosti“, *Pravo i porezi*, Godina XV., br. 10, listopad 2006., str. 29 – 35; MIJATOVIĆ, N., „Crtime iz hrvatske financijskoppravne prošlosti – drugi dio“, *Pravo*

djelom Stjepana Posilovića „Financijska znanost“ (iz, čini se, 1900. godine), prvim sustavnim djelom financijske znanosti i financijskog prava na hrvatskom jeziku.¹⁰ Osobito intrigira činjenica da, nakon Posilovićeve prve knjige na hrvatskom jeziku o financijskoj znanosti, slijedeću knjigu neće napisati netko od tada vrlo značajnih profesora i nastavnika s Katedre zagrebačkog Pravnog fakulteta, već Stjepan Radić. To je, već navedena opsežna studija „Današnja financijska znanost“¹¹ koja pred čitatelja iznosi mnoga pitanja razvitka i karakteristika tadašnje financijske znanosti, koja su razložena u pravno-povijesnom, teorijskopravnom, poredbenopravnom i pravnapraktičkom kontekstu. Opće određenje poreza, njegovih temeljnih načela, izravni i neizravni porezi, pojedine vrste poreza i drugi oblici i instrumenti financiranja države te složena problematika državnog proračuna samo su neke od tema koje Radić predstavlja. Autori su se u ovom radu odlučili osvijetliti tek jedno od temeljnih proračunskopravnih načela moderne države – načelo prethodnog odobrenja proračuna. Raspravljajući o državnom proračunu u drugom dijelu knjige, Radić je materiju proračuna kao instrumenta financiranja države iznio kroz četiri poglavlja: *O proračunu u obće, Osnova zakona o državnom proračunu, Državni proračun pred narodnim zastupstvom i O provedbi i kontroli državnoga proračuna*. Ipak, u razmatranjima pitanja koja se tiču državnog proračuna pred narodnim zastupstvom, Radić se dotaknuo i većeg broja drugih proračunskih načela, dakle ne samo načela prethodnoga odobrenja proračuna. Brojne i raznovrsne analize pokazuju da se proračunski sustavi mijenjaju kroz godine. Proračunski sustav je podložan reformama, a pravo izvršne vlasti da kreira sustav financiranja javnih rashoda proširuje se kako bi se osigurala veća mogućnost primjene proračuna kao uspješnog instrumenta državne ekonomske politike. U današnje vrijeme proračun dijelom uspijeva zadržati mjesto centra javnog sektora upravo zahvaljujući stalnom prilagođavanju promjenama u ekonomskom, socijalnom i političkom životu, a pritom veliku ulogu ima i pravilna primjena proračunskih načela. Kako je u cijelom proračunskom procesu naglašena i dominantna uloga izvršne vlasti, čini se još važnijim da predstavničko tijelo uspješno ostvaruje svoju zadaću u procesu donošenja proračuna oživljujući načelo prethodnoga odobrenja. U financijskoj se teoriji klasična ili tradicionalna proračunska načela razlikuju kao formalna proračunska načela i materijalna proračunska načela. Suvremena teorija u dinamično - materijalna načela ubraja načelo točnosti, prethodnog odobrenja, specijalizacije, javnosti, ravnoteže i periodičnosti. Formalno – statička proračunska načela državnog proračuna jesu načelo jedinstva, načelo potpunosti te načelo preglednosti (jasnoće). Neka od navedenih Radić je obradio u trećem poglavlju drugog dijela predmetne knjige. Doduše, ne slijedi ili ne navodi navedenu sistematizaciju načela, no bez sumnje radi se o pravilima koja i danas vrijede pa se neka Radićeva razmišljanja i kritike pokazuju i danas aktualnima. Radić je u svojim razmišljanjima o prethodnom odobrenju proračuna raspravio i druga načela te jednim dijelom u načelo prethodnog odobrenja svrstao neka od navedenih načela smatrajući ih njegovim, ispravno i ne navodeći klasifikacije, svojevrsnim subnačelima: načelo točnosti, ravnoteže, specijalizacije. Jasno, radi se, rječnikom suvremene teorije, o dinamično-materijalnim načelima kao pravilima koja se odnose na postupak sastavljanja (i izvršenja) proračuna. I već ovdje možemo primijetiti kako smatra da bi uloga predstavničkog tijela u

i porezi, God. XVII., br. 3., ožujak, 2008., str. 35 – 43. Zanimljivo je napomenuti da je predmet o financijskoj znanosti obvezatan i temeljni od samog osnutka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, a postojale su i nakane da se udžbenici o financijskoj znanosti prevedu s njemačkog jezika na latinski, ili da se napiše samostalni udžbenik na latinskom jeziku. Tradicija Katedre za javne financije Pravnog fakulteta u Zagrebu, dugačka je kao i sam fakultet, što svjedoči i njegov prvotni naziv „Političko-kameralni studij“. O tomu vidi više: JELČIĆ, B., „100 godina od izdanja knjige „Financijska znanost““, Zbornik radova: *Tendencije u razvoju financijske aktivnosti države – Znanstveni skup povodom 100 obljetnice tiskanja knjige Stjepana Posilovića „Financijska znanost“*, HAZU, Zagreb, 2000., str. 11 – 25; ENGELSFELD, N., op. cit., str. 43 – 46

¹⁰ Vidi više: JELČIĆ, B., op. cit., str. 12- 13.

¹¹ RADIĆ, S., *Današnja financijska znanost*, Matica Hrvatska, Zagreb, 1908.

postupku sastavljanja proračuna trebala biti veća te da se nikako ne bi smjela svesti na puko izglasavanje predloženoga proračuna, a to posebno dolazi do izražaja prilikom razmatranja tih pravila u djelu naslova *Državni proračun pred narodnim zastupstvom*.¹² Krenemo li od naslova pod kojima je obrađeno pitanje državnog proračuna pred predstavničkim tijelom, zaključujemo da pravila prethodnog odobrenja proračuna u sebi sadrže i druga pravila koja su djelom sadržana u tim naslovima: *O saborskom proračunskom odboru*, *O proračunskoj razpravi*, *O indemnitetu ili o privremenom proračunu*, *O naknadnom povišenju proračunskih izdataka*, *O uzkrati proračuna*. U dijelu trećeg poglavlja pod naslovom *O proračunskoj razpravi* Radić ukazuje na razlikovanje opće ili generalne proračunske rasprave te specijalne ili posebne rasprave o proračunu. On primjećuje i istodobno kritizira već tada uobičajenu praksu da se u općoj proračunskoj raspravi raspravlja o svemu, no ne i o proračunu. Radić upućuje na bitno drugačiju praksu drugih europskih zemalja. Kako je veći dio proračunskih izlaganja zapravo bio posvećen čistim političkim pitanjima, i opća rasprava je završavala izjavom povjerenja ili nepovjerenja prema Vladi koja se ionako opravdavala samo političkim razlozima. Kritizirajući postupak donošenja proračuna u predstavničkom tijelu, Radić sugerira da proračun treba biti prije svega financijski instrument, a nikako ne poglavito politički instrument. Stoga on i zaključuje u jednom dijelu „... i članovi naše saborske većine morali bi biti upravo jednostužni u tom, da se pred naš Sabor ne izlazi više s onakvim proračunima, kakvi bijahu do sada.“¹³ I danas je situacija slična, ili gotovo identična. Razmatranje Vladina prijedloga proračuna pred predstavničkim tijelom započinje izvješćima predstavnika Vlade pa je rasprava u tom dijelu o prijedlogu proračuna zapravo rasprava o političkom programu Vlade. U svojim izvješćajima predstavnici Vlade izvješćuju o svojem dosadašnjem radu te o programu za buduće razdoblje na koje se odnosi upravo predloženi proračun. Potom predstavničkom tijelu podnose izvješća Odbora za financije i proračun predstavničkog tijela. Tek tada slijedi rasprava o proračunu u cjelini te o pojedinim njegovim dijelovima. Nakon opće ili generalne rasprave započinje specijalna rasprava, koja se sastoji u čitanju naslova i poglavlja (gdje se o svakom naslovu vodi rasprava), a potom se isti prihvaća ili ne prihvaća. Pri tome se Radić zalaže za primjenu proračunskog načela specijalizacije kako bi zastupnici u predstavničkom tijelu, pri odlučivanju o proračunu, konkretno znali na što će se trošiti javni novac. Stoga smatra da nije dovoljno u proračunu prikazati rashode samo po ministarstvima već i da se treba, pri odlučivanju o proračunu, znati u koje će svrhe novac biti utrošen. Drugim riječima, zalaže se za primjenu administrativnog i realnog ili funkcionalnog načela unutar načela preglednosti ili jasnoće proračuna.¹⁴ Jasno, opravdano smatra da Vlada ne smije imati preširoke granice ili preveliku slobodu, no jednako ističe da Sabor ne treba stajati nad Vladom „kao straža nad uznikom“. Ovo potonje proizlazi iz nekoliko puta istaknutog poimanja „da vladati znači pametno i pošteno trošiti narodne novce na obće dobro.“¹⁵ U

¹² Cf. *ibid.*, str. 335.

¹³ Cf. *ibid.*, str. 341.

¹⁴ Proračunsko načelo preglednosti ili jasnoće postavlja zahtjev kreatoru proračuna da prihodi i rashodi budu prikazani na jasan ili pregledan način. U praksi se ovaj zahtjev oživotvoruje kroz (jedinственu) klasifikaciju prihoda i rashoda u proračunu. Drugim riječima, sustavnim razvrstavanjem i prikazivanjem prihoda i rashoda u proračunu omogućuje se preglednost proračuna, a time se i olakšava kontrola proračuna. Navedeno razvrstavanje vrši se primjenom jedinstvenih klasifikacijskih brojeva koji su jedinstveni za proračune svih razina vlasti. U pravilu se prihodi u proračunu prikazuju na način da je temeljni kriterij prikazivanja - financijski instrument kojim se ubire prihod (npr. porezi, doprinosi, pristojbe, carine idr.). Razvrstavanje rashoda u proračunu u svrhu ostvarenja načela preglednosti obavlja se najčešće primjenom resornog načela - odgovarajući na pitanje - gdje nastaje trošak tj. pokazuje tko je konkretan proračunski korisnik, a unutar tog se načela primjenjuju realno načelo - odgovarajući na pitanje koja je namjena rashoda te funkcionalno načelo - odgovarajući na pitanje o vrsti rashoda. Vidi, opširnije, ŠIMOVIĆ, J., „Državni proračun“, zbornik radova *Današnja financijalna znanost*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1999., str. 203. Zakon o proračunu, danas na snazi, koristi izraz načelo specifikacije, Vidi, Zakon o proračunu, Narodne novine 87/08.

¹⁵ RADIĆ, op. cit., str. 343.

navedenoj je posebnoj proračunskoj raspravi, kao segmentu realizacije proračunskog načela prethodnog odobrenja, dano posebno značenje upravo proračunskom načelu specijalizacije koje je posebno zagovarao.¹⁶ Radić citira „umnog branitelja razborite specijalizacije proračuna“ francuskog glasovitog pravnika Royer Collarda za kojega drži da je osvjetlio specijalizaciju proračuna, a time i cijelo proračunsko pravo kao nitko do tada: „*Specijalizaciju proračuna smatram s obćega gledišta manje načelnim pitanjem, nego stvarju poštenja.*“¹⁷ Radićevo je stajalište kako je načelo proračunske specijalizacije prvenstveno stvar političke razboritosti i ustavne svijesti.¹⁸ Značaj rasprave o proračunu Radić naglašava, ističući da je rasprava o proračunu najvažnije ustavno pravo za svaki parlament, ali jednako i glavni i najzobiljniji parlamentarni posao. Kritizirajući kratkoću vremena koja se daje raspravi o proračunu u predstavničkom tijelu daje komparativan prikaz vremena koje se „utroši“ na raspravu u većini tadašnjih europskih zemalja. Kao dobar poznavatelj proračunske prakse velikog broja zemalja, Radić i u drugim pitanjima, ne samo kod pitanja proračunske rasprave, često prikazuje rješenja većeg broja država te potom ista uspoređuje sa hrvatskim rješenjima. Značaj je proračuna potvrđen i kroz činjenicu da u dvodomnim predstavničkim tijelima u proračunskim pitanjima zastupnički ili donji dom ima veću snagu ili ulogu no gornji dom. Time se potvrđuje načelo po kojemu upravo narodni zastupnici, „*imadu podpuno izvršiti proračunsko pravo.*“¹⁹ I na ovome je mjestu dao poredbenopravni prikaz te potvrdio pravilo kojim se rješava eventualni sukob dvaju domova predstavničkog tijela – „*i u pravnoj teoriji i u političkoj praksi ostaje gospodarom onaj zakonodavni sabor, koega sam narod direktno bira.*“²⁰ Posebno su zanimljiva stajališta o odnosu Hrvatskoga sabora prema ugarskomu u pitanjima proračunske rasprave. U njima ističe neophodnim brani hrvatske financijske i gospodarske interese.²¹ Ovakva kritička Radićeva postavka temeljena je na iskustvima vrlo specifičnog državnopravnog ustroja Hrvatsko-Ugarske nagodbe. Govoreći o „*zakonodavnom saboru, koega sam narod direktno bira*“ Radić je svakako svjestan nedovoljne institucionalne doradenosti Hrvatskoga sabora, koji još ima znatan broj virilnih članova, a njihova je uloga znatno ojačana Hedervaryjevom zakonskom novelom od 29. rujna 1888. godine o drastičnom smanjenju broja biranih zastupnika u Hrvatski sabor. Smanjenjem broja izbornih kotareva u Banskoj Hrvatskoj, situacijom koja je nastala poslije priključenja Vojne Krajine Provincijalu 1881., kao i neriješenosti riječkog pitanja (Rijeka nije slala svoja dva zastupnika u Sabor), broj biranih zastupnika sa 112 smanjen je na 88, uz 44 tzv. virilna saborska zastupnika.²²

¹⁶ Načelom proračunske specijalizacije postavlja se zahtjev izvršnoj vlasti koja treba proračunska sredstva trošiti samo u proračunom utvrđenom iznosu (kvantitativna specijalizacija), trošiti ih u proračunom utvrđene svrhe (kvalitativna specijalizacija) i unutar proračunom utvrđenog vremena (vremenska specijalizacija).

¹⁷ RADIĆ, *Današnja financijalna znanost*, loc.cit.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Cf. ibid., str. 347.

²⁰ Cf. ibid., str. 349.

²¹ Prema Hrvatsko-Ugarskoj nagodbi i Zakonskom članku II. iz 1870. godine Hrvatski je sabor bio potpuno autonomno nadležan za donošenje zemaljskog proračuna za pitanja iz tzv. autonomnih poslova Trojedne Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije; unutrašnja uprava, pravosuđe, bogoštovlje, nastava, prosvjeta i kultura. No Sabor ima pravo odlučivati samo o odobravanju rashoda Zemaljske vlade i stavki njezinih Odsjeka, dok je razrezivanje poreza, kako neposrednih tako i posrednih, spadalo u nadležnost Zajedničkog sabora. Sabor je u svojoj autonomnoj nadležnosti imao i pravo kontrole završnih računa. Hrvatska je bila dužna uplaćivati i određeni postotak u zajednički ugarsko-hrvatski proračun, što je činilo tzv. financijsku stranu Nagodbe. Ova, vrlo nepovoljna nagodbena rješenja bila su i revidirana, no ne u korist hrvatskih interesa. Osjetljivost Radića na dvodomni model parlamenta zasigurno je vezan za strukturu Zajedničkog sabora (u nekim izvorima se naziva i Središnji sabor ili Ugarsko-hrvatski sabor), kojeg su činila dva doma, Kuća velikaša i Zastupnička kuća. Hrvatski zastupnici u donjem domu Sabora nisu međutim imali status delegacije s nekim oblikom veta, već su sudjelovali kao zastupnici pojedinci, čineći oko 10% ukupnog broja zastupnika Zajedničkog sabora.

²² Virilisti ili banski pozvanici bili su: 1. nadbiskup zagrebački, mitropolit i srpski patrijarh u Srijemskim Karlovcima, te katolički dijecezanski biskupi i pravoslavni vladike, te prior vranski; 2. Veliki župani i župan turopoljski; 3. muški članovi kneževskih i barunskih obitelji, s posebno određenim uvjetima i imovinskim

Naslovom „*O indemitetu ili o privremenom proračunu*.“ Radić je jednim dijelom obuhvatio pitanje instituta danas poznatoga kao privremeno financiranje. Privremeno je financiranje rješenje u situaciji gdje proračun nije donesen na vrijeme, odnosno prije početka fiskalne godine na koju se odnosi. Neovisno o razlozima zbog kojih nije donesen, primjenjuje se „privremeni proračun“, odnosno privremeno financiranje. No, naknadnim donošenjem proračuna za određenu fiskalnu godinu privremeni će proračun postati sastavni dio naknadno donesenog, pa tako i takav tzv. privremeni proračun mora biti odobren od predstavničkoga tijela. Privremeno financiranje smatra se opravdanim, a Radić kaže da je *indemitet* i „*blagoslovan*“ budući da navedeni institut omogućuje zastupnicima više vremena za proračunsku raspravu te točnije financijske podatke o kojima se raspravlja. Imajući na umu činjenicu da danas izvršna vlast upućuje prijedlog proračuna predstavničkome tijelu najkasnije do 15. studenoga, dok predstavničko tijelo ima obvezu, sukladno zakonskim odredbama, proračun donijeti do konca godine koja prethodi fiskalnoj godini na koju se proračun odnosi, ali svakako u roku koji omogućuje primjenu proračuna s 1. siječnja godine²³ za koju se donosi proračun, razvidna je aktualnost Radićevih promišljanja i kritičkog stava spram kratkoće vremena koje se ostavlja za raspravu o najvažnijem financijskom dokumentu jedne države. Stoga i ne čudi Radićeva blagonaklonost spram privremenog financiranja, napose kada je razlog koji je do toga doveo formalnopravne naravi. Štoviše, financijska teorija toga vremena u bitnome je razlikovala privremeno financiranje do kojega su doveli formalno-tehnički razlozi od onoga koje svoju osnovu ima u političkim razmiricama. Naime, kada Radić govori o indemitetu ili privremenom proračunu tada zapravo razlaže pitanje privremenog financiranja nastalog iz formalno-tehničkih razloga. Međutim, ako se radi o situaciji da proračun nije donesen iz političkih razloga tada Radić govori o *uskrati proračuna*. Uskrata proračuna u praksi je značila da se nisu smjeli niti ubirati porezi niti su se smjeli podmirivati državni izdaci.²⁴ Dajući prikaze i onih autora koji uskratu proračuna smatraju „narodnim samoubojstvom, sad prevratom i revolucijom“,²⁵ Radić kritizira stajališta prema kojima narodno zastupstvo nema pravo uskratiti proračun.²⁶ Ipak, mišljenja je da je uskraćivanje proračuna od strane predstavničkoga tijela ozbiljna pojava čiju opravdanost vidi u činjenici da proračun uskraćuje saborska većina koja i u samoj državi ima iza sebe većinu građana (pučanstva) te da se treba raditi o takvom sukobu izvršne i zakonodavne vlasti u kojemu se zapravo radi o obrani državnog interesa odnosno „životnoga narodnoga interesa“.²⁷ Radić, dakle, smatra da je samo u iznimnim situacijama opravdana uskrata proračuna jer se radi o negativnom i najoštrijem parlamentarnom sredstvu ili instrumentu, no ipak on naglašava da se pri tome radi ne samo o pravu narodnoga zastupstva već i dužnosti uskratiti proračun. Radić uskratu proračuna vidi kao sredstvo kojim se brani bilo sam ustav bilo samo proračunsko pravo.²⁸ Današnja financijska teorija ne poznaje navedeno razlikovanje unutar situacije gdje proračun nije donesen prije početka fiskalne godine već se neovisno o razlozima pravodobnog nedonošenja govori o institutu

censusima. Ukupan broj virilnih zastupnika nije smio prelaziti polovicu od ukupnog broja saborskih zastupnika. H. Sirotković tvrdi kako je broj virilnih zastupnika sa svojim političkim stajalištima imao značajnu ulogu u kreaciji saborske politike, na što ukazuje i nakana navedene Hedervaryjeve novele; više o navedenom: SIROTKOVIĆ, H., „Organizacija Sabora Hrvatske i Slavonije u nagodbenom razdoblju (1868. – 1918.)“, *Arhivski Vjesnik* XXXV.-XXXVI., 1991./92., str. 21-30

²³ Zakon o proračunu, Narodne novine, br. 87/08., Vidi, čl. 38. i 39.

²⁴ Radić, op. cit., str. 362.

²⁵ Cf. *ibid.*, str. 361.

²⁶ Cf. *ibid.*, str. 360.

²⁷ Cf. *ibid.*, str. 362.

²⁸ Cf. *ibid.*, str. 363.

privremenoga financiranja.²⁹ Istina je da Sabor prihvaćajući proračun daje Vladi najjače, politički gledano, oružje.³⁰ Pri tome Radić upozorava, treba imati na umu da se raspravom o proračunu u Saboru zapravo raspravlja i određuje smjer državne financijske i gospodarske politike te istodobno nastoji ukloniti svaka samovolja, zlouporaba i rasipnost. U toj raspravi ne treba preći granicu i raspravljati o svakoj pojedinoj stavci, ili čak o pojedinom proračunskom korisniku jer bi si time Sabor priskrbio i svojevrsnu upravnu nadležnost, što samo po sebi nosi opasnost.³¹ I „*indemnitet ili privremeno financiranje*“ potvrđuje široko Radićevo poznavanje mogućnosti nedonošenja proračuna, bilo iz formalno-pravnih ili političkih razloga, no Radić je na tragu naglašene formalno-pravne dimenzije proračuna kao temeljnog instituta državnog funkcioniranja, zalažući se za odsustvo bilo kakve politizacije ovog načela, koja je česta i u našem vremenu. Iako moderna financijskoppravna znanost poznaje mnoga nova rješenja, pa i poimanje ovoga načela s novim pravnim mehanizmima modernoga vremena, Radićeva shvaćanja predstavljaju jasan prilog suvremenoj pravnoj znanosti.³² To pokazuju i još neki njegovi politički radovi i prijedlozi koje ćemo ukratko predstaviti u nastavku rada.

3. NAČELO PRETHODNOG ODOBRENJA U PROGRAMSKIM DOKUMENTIMA HPSS-A I STJEPANA RADIĆA

Navedena razrađena i argumentirana stajališta o proračunskom načelu prethodnog odobrenja, ali i neka druga, koja Radić obrazlaže u svojoj doktrini, postaju i idejnim polazištima Radićevih programskih dokumenata i vizija o budućem uređenju Hrvatske države. Ta su načela u ovim dokumentima dobila tek svoj nomotehnički i normativni izraz, no utemeljena su na obrazloženim argumentima i njegovim spoznajama. Ograničit ćemo se tek na dva velika Radićeva državopravna projekta. Najprije na njegovu Srednjeeuropsku ideju „Podunavski savez država i naroda“, nadahnute djelima F. Palackog i F. Havličienka, kao i na dokument „Državno uređenje ili Ustav Neutralne Seljačke Republike Hrvatske“, razmotren na četvrtoj sjednici republikanske zastupničke većine banske Hrvatske 5. i 6. ožujka 1921., a prihvaćen na sljedećoj sjednici ovoga osobitoga izvanparlamentarnoga kluba 8. travnja u Zagrebu. Bila je to jedna od inicijativa u okviru ustavnih rasprava u novonastalom Kraljevstvu SHS. Ideja o srednjoeuropskom Podunavskom savezu država i naroda utemeljena je na već ranije obrazloženim Radićevim vizijama, a stremila je radikalnijoj reorganizaciji Austro-Ugarske monarhije u svojevrsnu državnu zajednicu s obilježjima federacije i konfederacije. Tu osobitu državnu zajednicu činile bi: Galicija, Češka, Ugarska, Hrvatska i Alpinske njemačke države. Pod utjecajem dualističke državne strukture, Radić predviđa određene organe središnje vlasti (Cara i Kralja, Carevinska delegacija) s određenim zajedničkim poslovima i državnim ministarstvima, dok bi države članice saveza imale vrlo širok stupanj autonomije, pa i obilježja državnosti.³³ Radićeva koncepcija hrvatske države bitno je ojačana u odnosu na nagodbenjačku stvarnost. Sabor je središnje državno zakonodavno tijelo, koncipirano prema načelima modernog demokratskog parlamenta, nositelj je narodne suverenosti i institucija

²⁹ Vidi, npr. JELČIĆ, B., *Javne financije*, RRiF, Zagreb, 2001., str. 515., JELČIĆ, B., LONČARIĆ-HORVAT, O., i dr., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 619.

³⁰ RADIĆ, op. cit., str. 342.

³¹ Cf. *ibid.*, str. 342.-343.

³² Vidi: ³² JELČIĆ, B., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator i Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1998., str. 484 i dalje.

³³ S politološkog gledišta temeljne koncepcije ove državne zajednice obradio je CIPEK, T., op. cit., str. 84 – 111; Vidi i: KRIZMAN, B., „Plan Stjepana Radića o preuređenju Habsburške monarhije“, *Istorija XX. veka*, Beograd, 1972. (objavljeno i u KRIZMAN, B., SIROTKOVIĆ, H., ENGELSFELD, N., ČEPULO, D., *Hrestomatija povijesti hrvatskog prava i države*, Svezak II., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1998., str. 41 – 92.

predstavničke demokracije. U tom smislu Sabor donosi državni proračun sukladno uobičajenoj proceduri, koju smo ranije objasnili. Kvaliteti državnoga proračuna svakako doprinosi i činjenica ojačane izvršne vlasti s posebnim Ministarstvom za financije. Izvršno-upravnoj vlasti predsjedava ban (njega sada imenuje kralj na prijedlog Sabora), a čine je ministarstva, kojih sada ima više u odnosu na realnost hrvatske autonomije.³⁴ Pod isključivim su nadzorom Sabora, kojemu su i odgovorni, pa zamišljena Radićeva državna struktura omogućuje transparentniji i kvalitetniji državni proračun s mogućnostima da on u većoj mjeri zadovolji potrebe hrvatskih građana te, osobito, gospodarske interese hrvatske države. Ovakva temeljitija i sadržajnija državna struktura, koja Hrvatsku pretvara u vrlo široku autonomiju, s mnogim elementima suverene države svakako bi omogućila jasniju opstojnost i funkcioniranje načela prethodnog odobrenja, u kojem bi, kako smatra suvremena interpretacija tog načela (prema izlaganjima Božidara Jelčića), bila naglašena uloga parlamentarnog, saborskog usvajanja proračuna, ali i mogućnost smišljenog vršenja financijske aktivnosti države te svođenja na najmanju moguću mjeru pojava improvizacije, voluntarizma i samovolje u raspolaganju proračunskim prihodima.³⁵ Iako Radić u svojim govorima, spisima i drugim tekstovima naznačuje tek obrise i temeljna načela državnoga uređenja, ipak je jasno da i oni ukazuju na modernu koncepciju i nakanu državnoga uređenja, a time i nedvojbenu pojavu i ulogu osnovnih proračunskih načela i mehanizama. „Državno uređenje ili Ustav neutralne seljačke republike Hrvatske“ razrađeni je program HRSS-a, nastao u okolnostima ustavnih rasprava o novom Ustavu Kraljevstva SHS. Za potrebe ovog rada možda je korisno tek naznačiti da Ustav predstavlja širok sije mnogih Radićevih ideja, pa Tihomir Cipek u svojoj opsežnoj politološkoj analizi naglašava kako Ustav izražava „najvažnije postavke ondašnje političke teorije, koja polazi od načela liberalne i kršćanske-demokracije te na njihovoj osnovi gradi politički sustav hrvatske države. Sintezom ideja navedenih velikih ideologija Radić je izgradio svoju ideologiju „agrarizma““³⁶. Pored ovih temeljnih oznaka, valja naglasiti da Ustav sadrži i neke odrednice, koje su s jedne strane izraz hrvatske državne tradicije i razvitka njezinih institucija (npr. prezidencijalizam, koji nije stvaran pod utjecajem američkih iskustava već tradicija institucije bana, koji se shvaća kao državni poglavar-predsjednik). S druge strane, na neke kreacije Radićevih ustavnopravnih instituta utječu pragmatični razlozi prvih godina novoga režima, koji već iskazuje elemente svoje brutalnosti prema Radiću osobno, ali i njegovim vizijama državnog uređenja (naglašeni mehanizmi neposredne demokracije, brojne odredbe o zastupničkom imunitetu, koncepcije naglašenijeg razvitka lokalne samouprave, tj. „samovlade“ (kako navodi Radić). Tu su spomenuti i poznati instituti liberalno-demokratske države (npr. načelo trodiobe vlasti i sl.). Pitanja državnih financija, kojima je Radić pridavao veliku pozornost također sjedinjuju načela liberalne demokracije, ali i Radićeve vlastite poglede i slijede postavke istaknute u djelu „Današnja financijalna znanost“. Osnovne su zadaće financijske politike države njezina služba u razvitku socijalne politike i socijalnih potreba te omogućavanje gospodarskog razvitka države. Pitanja financijske politike analizirana su u drugom, posebnom dijelu Ustava – podtočka 2, naslova „Izvršavanje narodne suverenosti po narodnoj vladi“ pod e

³⁴ Cipek navodi kako se je Radić zalagao za ista ona ministarstva koja nabraja i u programskim dokumentima HPSS-a iz 1905.: Ministarstvo za poljodjelstvo, Ministarstvo za upravu, Ministarstvo za sudstvo, Ministarstvo za školstvo i bogoštovlje, Ministarstvo za trgovinu i promet, Ministarstvo za financije, Ministarstvo domobranstva, Ministarstvo za izvanjske kulturne poslove, CIPEK, T., op.cit., str. 107,108 i tamo navedena bilješka 305.

³⁵ JELČIĆ, B., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator i Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1998., str. 497.

³⁶ CIPEK, T., op.cit., str. 143. Pored ove znanstvene politološke studije, vidi i djelo Kulundžić, Z., *Stjepan Radić i njegov republikanski ustav*, Zagreb, Prvo izdanje 1989., Drugo izdanje 1991. Kulundžić Ustav sagledava s pozicija povijesnih okolnosti, Radićeva života i djelovanja HPSS-a, donoseći i mnoge opaske tadašnjeg političkog života i faktografske pojedinosti. Vidjeti i druge Kulundžićeve radove o Stjepanu Radiću. Nabrojani su navedenom djelu, str. 187-193.

„Podmirenje troškova za sve domovinske poslove (državne financije)“³⁷. Načelo prethodnog odobrenja ima istaknuto mjesto u Ustavu, i to na sve tri razine državne vlasti (Radić poznaje i županijske i općinske proračune). „Narodni sabor razpravlja i prihvaća svake godine državni proračun, koji vriedi za jednu kalendarsku godinu.“ Radić posebnim stilizacijama osnažuje načelo prethodnog odobrenja: „O upotrebi eventualnih prištednji odlučuje samo Sabor, i ako „Državni, županijski i općinski proračun nije odobren, to za dotičnu godinu, dok ne bude toga odobrenja, nitko nije dužan plaćati dotičnoga, državnoga, županijskoga ili općinskoga nedozvoljenoga poreza, te se svaki službeni poziv ili čak utjerivanje ovakvih nedozvoljenih poreza kazni kao zloraba uredovne vlasi.“ Osnažena uloga prethodnog odobrenja proračuna, ali i načela specijalizacije proračuna uočena je i u sljedećoj stilizaciji: „Iz državne, županijske ili općinske blagajne ne smije se ništa izdati, što nije određeno državnim, županijskim ili općinskim proračunom.“ Proračun Saboru predlaže Narodna vlada, pri čemu Vladu čini i posebno ministarstvo koje je prema Ustavu nadležno „za podmirivanje troškova za sve te poslove (Državne financije)“.³⁸ Radić poznaje i institut godišnjeg obračuna proračuna (završni račun), kojeg u pluralu naziva „zaključni računi“, a postupak je istovjetan onom o prihvaćanju državnog proračuna. Značenje je donošenja završnog računa proračuna vrlo blisko značenju donošenja samoga proračuna. Naime, „život proračuna“ počinje njegovim donošenjem u Saboru a završava donošenjem završnog računa također u Saboru. Tek donošenjem završnog računa izvršna vlast dobiva od Sabora „razrješnicu“ odnosno ocjenu svoga rada.³⁹ U osnaženju načela prethodnog odobrenja Radićev Ustav poznaje mehanizme zakonskog definiranja izmjene ili rebalansa proračuna (u kontekstu njegova izvršenja) te određene mehanizme njegove kontrole. Izmjena ili rebalans državnog proračuna također je u nadležnosti tijela koje ga donosi. (Sabor, županija, općina). „Sabor ne može pojedinih predloženih proračunskih stavaka u izdancima državnoga proračuna povisiti, ali ih može sniziti i jednostavno brisati.“ Naznačujući mehanizme kontrole državnog proračuna, Radić se opredjeljuje za računsko-sudsku kontrolu, uz dakako postojanje i političke kontrole, koja proizlazi kako iz načela prethodnog odobrenja, tako i iz saborskog odobravanja *zaključnih računa proračuna*, odnosno donošenja *zaključnog (završnog) računa ili godišnjeg obračuna proračuna*. Institut „*državnog računovodstva*“ ima se urediti posebnim zakonom, koji se mora temeljiti na načelima, dakako, „*nezavisnosti*“ i „*strukovne spreme svih službenika državnoga računovodstva*“, a zakon treba urediti odnos tog tijela prema Stolu sedmorice (kao obliku vrhovnog suda Republike). Radić već u Ustavu naznačuje i osnovne nadležnosti Državnog računovodstva, koje će, dakako, razraditi posebni zakon. Tako državno računovodstvo (i) „*pregledava, ispravlja i likvidira prema posebnim zakonskim propisima državne, županijske i općinske račune*“; (ii) „*pazi da se ne prekorači nijedan izdatak ustanovljen državnim proračunom*“; (iii) „*zaključuje državne račune*“ te (iv.) „*podnaša godišnji državni obračun sa svojim izvješćem i sa svojim posve slobodnim primjedbama narodnom saboru po predsjedniku republike na ponovno izpitivanje i odobravanje, i to tako da obračun za prijašnju godinu narodna vlada uzmogne dostaviti saboru zajedno s predloženim proračunom za buduću godinu*“. Ovaj mehanizam proračunske kontrole spada dakle u naknadnu proračunsku kontrolu (proračunska kontrola *ex post*)⁴⁰ prema teoriji

³⁷ Tekst svih navoda iz Ustava, prema CIPEK, T., op. cit.

³⁸ To su poslovi pravosuđa (izvršavanja čovječanke pravice), narodna privreda, narodna prosvjeta, briga za narodno zdravlje, obrana doma i domovine, te stalne veze s ostalim narodima i državama, Za tekst vidi: CIPEK, op. cit., str. 242.

³⁹ Zakon govori o obvezi donošenja godišnjeg izvještaja o izvršenju proračuna u čl. 110., uređujući obvezu Ministarstva financija izraditi godišnji izvještaj o izvršenju proračuna i dostaviti ga Vladi do 1. svibnja tekuće godine za prethodnu godinu, dok Vlada podnosi Saboru na donošenje godišnji izvještaj o izvršenju proračuna do 1. lipnja tekuće godine za prethodnu godinu., Zakon o proračunu, 87/08.

⁴⁰ U *Današnjoj financijalnoj znanosti* jasno je da je Radić zagovornik prethodne ili preventivne proračunske kontrole.

financijske znanosti koju iznosi Božidar Jelčić⁴¹. U *Današnjoj financijalnoj znanosti*, međutim, jasno je da je Radić zagovornik prethodne ili preventivne proračunske kontrole te svaki prigovor upućen ovom obliku proračunske kontrole ocjenjuje neutemeljenim te navodi "...svi se prigovori pobijaju već samim zdravim razumom, jer i u privatnom, a pogotovu u javnom životu mnogo je bolje zlu predusresti, nego li se proti njemu boriti, kad se već ukorieni."⁴² Ipak, u današnje je vrijeme prisutnija naknadna proračunska kontrola.⁴³ Prema odnosu između nadležnih tijela Radić se zalaže ili prihvaća tzv. eksternu proračunsku kontrolu. Zanimljivo je kako je Radić predvidio i ustavnu odredbu o zabrani nezakonitog izvršenja proračuna, ne predviđajući oblik odgovornosti za državne službenike koji počinu takvo djelo. U analizi Radićevog Ustava Tihomir Cipek, čini se, ipak pogrešno navodi institut „financijske policije“ u analizi proračunske kontrole. Radićevi navodi o „*Državnom računovodstvu*“, njegovoj neovisnosti i vezivanju za nadležnosti Stola sedmorice ipak ukazuju na oblik eksterne, računsko-sudske kontrole proračuna, a ne upravne, kako se obično shvaća financijska policija.⁴⁴ Zalaganjem Radića⁴⁵ za proračunsku kontrolu koju treba obavljati organ koji je ravnopravan čimbenik financijske politike s narodnim zastupstvom, definirana su osnovna načela rada institucionalne kontrole proračuna koja su danas oživotvorena u radu Državnog ureda za reviziju.⁴⁶ Radi se o samostalnoj, nadzornoj instituciji koja odgovara za svoj rad jedino Hrvatskom saboru.

4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Istančan osjećaj za pravdu, „pravicu“, koji je česta oznaka i moto Radićeve političke koncepcije i ideje vidljiv je i u njegovim vizijama vezanim za razvitak financijsko-pravnih instituta. Iako ovaj rad nije ulazio u pitanja poreznog sustava, gdje bi ovakve ideje bile razvidnije (npr. progresivna stopa oporezivanja, ideje poreznih olakšica i oslobođenje od plaćanja poreza u Ustavu neutralne seljačke republike Hrvatske) i naznačeni proračunsko-pravni instituti i mehanizmi pokazuju istinsku Radićevu brigu za funkcioniranje države na dobrobit njezinih građana. Kako je Radić državne institucije usko vezao za prijenos suverenosti njezinih državljana, njihovo učinkovito funkcioniranje bilo je zapravo tek odraz interesa i prava državljana. Tako je u ovom vrlo važnom segmentu funkcije države dominira Radićev naglašen humanizam. Nepobitna je svakako i činjenica izrazito širokih Radićevih spoznaja o političkoj, pa i pravnoj doktrini. Predmetni instituti financijskoga prava, načelno se nisu izmijenili od njegova vremena, i unatoč čestim i vrlo dinamičnim mijenama državne financijske aktivnosti, koje nerijetko moraju slijediti mnoge imperative i zadaće svojih političkih elita. Prava se izvršne vlasti u kreiranju sustava financiranja javnih rashoda sve više proširuju da bi se osigurala veća mogućnost primjene proračuna kao uspješnog instrumenta ostvarivanja ciljeva brojnih politika države – poglavito ekonomske i socijalne politike države. Da bi u današnje vrijeme proračun ostao centar javnog sektora potrebno je njegovo stalno prilagođavanje promjenama u svim sferama društvenoga i političkoga života. Dok se u tom procesu prilagodbe neka proračunska načela polako „gase“ i uvode nova koja bolje odgovaraju političkim, socijalnim i ekonomskim zahtjevima koji se traže od proračunskog

⁴¹ JELČIĆ, B., op. cit., str. 534-536.

⁴² RADIĆ, op. cit., str. 382.

⁴³ Tako, ŠIMOVIĆ, J., „Državni proračun“, *Zbornik radova Današnja financijalna znanost*, sa znanstvenog skupa povodom 90. obljetnice tiskanja knjige Stjepana Radića, HAZU, Zagreb, 1998., str. 215. Slično, Jelčić Barbara navodi kako prethodna kontrola mnogome ometa izvršenje zadataka i mjera iz nadležnosti korisnika proračunskih sredstava tj. da usporava i otežava njihovu djelatnost., JELČIĆ, B., *Javne financije*, str. 530.

⁴⁴ CIPEK, T., op. cit., str. 168.

⁴⁵ Slično se RADIĆ zalaže i u *Današnjoj financijalnoj znanosti*, op. cit., str. 374.

⁴⁶ Zakon o državnoj reviziji, Narodne novine, 70/93, 48/95, 105/99, 36/01, 44/01, 177/04.

sustava u suvremenim državama kroz godine, mišljenja smo da to nije i ne treba biti slučaj s proračunskim načelom prethodnoga odobrenja odnosno dijelom proračunskog procesa koji se odnosi na fazu kada je proračun pred „narodnim zastupstvom“. Unatoč pojavnosti suvremenih proračunskih načela poput načela proračuna izvršne vlasti i uz njega usko vezanoga načela odgovornosti izvršne vlasti i danas ostaje „nedodirljivo“ područje političkoga utjecaja zakonodavne vlasti unutar kojega je i odobravanje proračuna. Upravo to područje Radić uspješno brani svojim promišljanjima o proračunu uopće te o proračunskom načelu prethodnoga odobrenja.

Summary

ON THE BUDGETARY PRINCIPLE OF ADVANCE APPROVAL IN THE WORK OF STJEPAN RADIC

Radić's breadth of vision regarding political and legal doctrine is beyond dispute. Some of the institutes of financial law that were the focus of his interest have not changed in principle since his time, in spite of the frequent and dynamic changes of state financial activities, which often have to follow numerous imperatives and tasks imposed by political elites. In spite of the development of modern budgetary principles, such as the principle of executive budgetary authority, and the closely related principle of executive accountability, the field of political influence of the executive, comprising the approval of the budget, remains "untouchable". This area was successfully defended by Radić in his views on the budget in general and the budgetary principle of advance approval.

Key words: *works of Stjepan Radić, budgetary principles, budgetary principle of advance approval.*

PRAVNI STATUS MARINA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Među najvažnije objekte nautičkog turizma ubrajaju se marine. Dapače, marine se u literaturi o turističkoj djelatnosti na moru spominju kao osnovni objekti nautičkog turizma koji sa svojim vezovima, uređajima i opremom u zaštićenom dijelu mora uz kopno služi za smještaj i boravak turističkih plovila i rasonodu nautičarima. Marine, kao luke posebne namjene, slično trgovačkim i drugim posebnim lukama na moru, ali i na unutrašnjim vodama, imaju svoj pravni režim utvrđen zakonskim i podzakonskim propisima te autonomnom regulativom koju normativno uređuje korisnik (koncesionar) luke. Prve marine na teritoriju današnje Republike Hrvatske nastale su šezdesetih godina prošlog stoljeća (Marina Puna), a tek koje desetljeće kasnije, sagrađen je niz marina (poznate ACY marine). U novije doba izgrađene su i neke nove marine a postoje planovi za gradnju niza novih marina. Obzirom da su marine ujedno i građevine na pomorskom dobru, valja imati na umu, osim odredaba Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama, i odredbe posebnih zakona koji reguliraju građenje. Mada su marine samo jedna od vrsta luka posebne namjene, mnijenja smo da su one i danas zanimljive za razmatranje njihova pravna statusa sagledanog kroz povijesni razvoj, s prikazom stanja od Pomorskog zakonika iz 1994. godine, ubrojivo s podzakonskim propisima, do njihova statusa prema važećem Zakonu o pomorskom dobru i morskim lukama. Uz morske marine daje se osvrt i na status luka nautičkog turizma na unutaršnjim vodama. Obzirom na sagledano stanje autori daju i neke de lege ferenda prijedloge.

Ključne riječi: *marine, luke posebne namjene, pomorsko dobro, odluka o osnivanju, koncesija, unutarnje vode.*

1. UVOD

Iz godine u godinu povećava se broj plovila u nautičkom turizmu i raste promet plovnih objekata namijenjenih športu, rasonodi i rekreaciji u obalnom moru Republike Hrvatske ali i na unutrašnjim vodama.¹ Zanimanje za krstarenjem i plovidbom našim Jadranom razvija se u neslućenim razmjerima ne samo među stranim turistima nego i u slučaju domaće turističke klijentele s višim životnim standardom. Naravno da takvu pojavu valja adekvatno pratiti djelotvornom organizacijom nautičkog turizma, a što je direktno vezano uz izgradnju nautičke

* Prof.dr.sc.Vinko Hlača, umirovljeni redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci i redoviti član Akademije pravnih znanosti Hrvatske.

**Mr.sc.Jakob Nakić, viši savjetnik u Županijskom državnom odvjetništvu u Rijeci.

¹ Poblizhe podatke vidi na http://www.adriaticssailor.com/nauticki_turizam_2009/_charter_portal/1343/HR.

infrastrukture.² Najveći kapaciteti za prihvat u marinama i nautičkim centrima razmješteni su duž jadranske obale na njezinom kopnenom dijelu, ali i veliki broj naših otoka otvorio je svoje marine. Prva izgrađena marina na prostoru tadašnje Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije bila je marina Punat.³ Prilikom gradnje pojedinih marina žmirilo se na njihovu bespravnu izgradnju pa se repovi takovog ponašanja još i danas vuku.⁴

2. POVIJESNI RAZVOJ

U doba gradnje naše prve marine (1964. godine) na snazi je bio Zakon o iskorištavanju luka i pristaništa iz 1961. godine⁵ koji je u članu 1. propisivao:

„Pomorsku luku odnosno pristanište unutrašnje plovidbe u smislu ovog zakona sačinjavaju kopneni i vodeni prostor s izgrađenim obalama, lukobranima, potrebnim slobodnim prostorom, uređajima, postrojenjima i drugim objektima namijenjenim pristajanju brodova, ukrcavanju i iskrcavanju putnika i robe, uskladištavanju i ostalim manipulacijama robom, kao i opskrbi, popravku i zaštiti brodova od nevremena. Odredbe ovog zakona odnose se na pomorske luke i na pristaništa unutrašnje plovidbe (luke), ako odredbama ovog zakona nije propisano drukčije.”

Član 65. je propisivao:

„Pravo korištenja na operativnim obalama, lukobranima, neizgrađenim morskim obalama i ostalom području na moru, operativnim obalama, zimovnicima i neizgrađenim obalama unutrašnjih plovni putova, koji su u društvenom vlasništvu, a na kojima su do dana stupanja na snagu ovog zakona vršili pravo korištenja savezni i republički organi uprave nadležni za poslove sigurnosti plovidbe, prenosi se onog dana kad stupi na snagu ovaj zakon na općine na čijem su području ti objekti.”

Član 55. propisivao je:

„Pri vršenju prava upotrebe neizgrađenih obala na moru i voda unutrašnjih plovni putova, kao i ostalog područja na moru, općinski narodni odbor može davati privrednim organizacijama, ustanovama, društvenim organizacijama i drugim društvenim pravim osobama pravo da grade operativne obale, lukobrane i zimovnike.

Rješenje prema stavu 1. ovog člana općinski narodni odbor donosi uz prethodnu suglasnost Komande ratne mornarice, a po pribavljenom mišljenju iz člana 53. stav 2. ovog zakona.”

Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (dalje u tekstu: ZPUP)⁶ u članu 15. određivao je:

„Luka odnosno pristanište jest vodeni i s vodom neposredno povezani kopneni prostor s izgrađenim obalama, lukobranima, uređajima, postrojenjima i drugim objektima namijenjenim za pristajanje, sidrenje i zaštitu brodova, ukrcavanje i iskrcavanje putnika i robe, uskladištavanje i ostala manipuliranja robom, proizvodnju, oplemenjivanje i doradu robe te ostale privredne djelatnosti koje su s tim djelatnostima u međusobnoj ekonomskoj, prometnoj ili tehnološkoj vezi.

² Primjerice projekt Argonaut, te su se u prvom valu projekta Argonaut lučice trebale izgraditi u Koločepu, Prigradici, Pušćici, Jelsi, Starigradu, Šepurinama, Ugljanu, Pagu, Šilu, Lovišću, Visu. Poblize vidi u CRO-turizam, broj 7-8/04. Naknadno se je od projekta odustalo.

³ Marina Punat izgrađena je 1964. godine i od tada posluje, naravno godinama šireći svoju osnovnu djelatnost prihvaća plovila.

⁴ Poblize vidi Odluka o izmjeni odluka o koncesiji pomorskog dobra u svrhu gospodarskog korištenja luka posebne namjene – luka nautičkog turizma Pula, Rab, Šimuni, Žut, Skradin, Trogir, Milna, Vrboška, Palmizana i Korčula (Narodne novine, br. 13/07). Trgovačko društvo o kojemu je riječ osnovano je 1983. godine te u svom sastavu imade 21 marinu na Jadranu (Umag, Rovinj, Pula, Pomer, Opatija, Supetarska Draga, Cres, Šimuni, Jezera, Vodice, Skradin, Trogir, Split, Milna, Vrboška, Korčula, Dubrovnik, Žut, Piškera, Palmizana) što čini otprilike jednu polovinu ukupnih kapaciteta hrvatskih luka nautičkog turizma.

⁵ Službeni list FNRJ, br. 24/61, Službeni list SFRJ, br. 10/65, 23/67, 2/68, Narodne novine, br. 52/71, 52/73

⁶ Službeni list SFRJ, br. 22/77

Vodeni prostor pristaništa ne smije suziti širinu plovnog puta ispod gabarita određenog za taj plovni put pri niskom vodostaju.

Luke i pristaništa moraju udovoljavati propisanim uvjetima i obavljati svoje djelatnosti na području čije su granice određene u skladu s propisanim mjerilima za određivanje granica luke odnosno pristaništa.“

ZPUP je određivao⁷ da luke služe javnom prometu ili imaju posebnu namjenu, ali i od jednih i drugih savezni propisi su tražili udovoljavanja uvjetima za sigurnost plovidbe u luci prije njenog korištenja i otvaranja za promet. ZPUP je dao definiciju luke javnog prometa ali nije dao definiciju luke za posebne namjene, ali jasne definicije te luke ne nalazimo niti u republičkim propisima, osim donekle u slovenskom,⁸ koja se nedvojbeno razlikovala od luke namijenjene trgovačkim brodovima. Zakon o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima (dalje u tekstu: ZPVDLP)⁹ luku posebne namjene nazvao je posebnom lukom te je u članu 42. ovako definirao:

„Posebna luka je pomorsko dobro koje služi za posebne potrebe i namjene organizacija udruženog rada, druge pravne osobe (marina, sportska, ribarska, industrijska i dr.) ili državnog organa (vojna i dr.).“

Korisnik posebne luke imao je pravo korištenja te luke, ali u odnosu na korisnika luke javnog prometa imao je različita prava i obveze određene ZPVDLP-om. Posebna prava i obveze korisnika posebne luke bila su: a) dužnost plaćanja naknade za korištenje pomorskog dobra, b) nije imao pravo prvokupnje¹⁰ objekata koji su se nalazili na području posebne luke. Sukladno tada važećem Zakonu o općem upravnom postupku općinska skupština donosila je rješenje o davanju na korištenje pomorskog dobra radi izgradnje posebne luke. Korisnik stječe posjed pomorskog dobra danom pravomoćnosti rješenje o dodjeli ili danom koji je određen iza tog datuma. Za stjecanje prava korištenja korisnik plaća naknadu, koja je različita ovisno o tome da li se radi o imovini nastaloj iz općenarodne imovine ili stečenoj eksproprijacijom odnosno nacionalizacijom. Zanimljivo je istaknuti da ni ZPVDLP, ali niti drugi zakoni republika, nisu dali definiciju marine, a isticanje da je posebna luka pomorsko dobro koje služi za posebne potrebe i namjene, nije se mogla uzeti kao potpuna definicija niti za posebne luke, a kamoli za marinu koja je među inim, samo primjerice navedena kao posebna luka.¹¹ Zakon o ugostiteljskoj i turističkoj djelatnosti SR Hrvatske¹² predvidio je djelatnosti koje su spadale u nautički turizam, između ostalog i pružanje usluga plovnim objektima za sport i razonodu, iznajmljivanje plovnih objekata i brodskih vezova, čuvanje i održavanje brodova, agencijsko-pomorski poslovi za prihvat i otpremu turističkih brodova te druge usluge za potrebe nautičkog turizma.

⁷ Član 16. određivao je: „Luke i pristaništa mogu biti otvoreni za javni promet ili za posebne namjene ako je prije toga utvrđeno da je udovoljeno propisanim uvjetima za sigurnost plovidbe u luci odnosno pristaništu.“

⁸ Član 19. Zakona o lukah (Uradni list Socijalistične Republike Slovenije, br. 7/77), propisivao je: „Namenske luke se uporabljavajo izključno ali v pretežni meri v športne, ribiške, turistične in druge namene, razen za javni promet in njih uporabljao organizacije združenega dela, druge samoupravne organizacije in supnosti ter državni organi.“

⁹ Vidi Narodne novine, br. 19/74, 39/75, 17/77, 18/81. Glede pravne regulacije u drugim socijalističkim republikama vidi kod HLAČA, V., „Pravni položaj marina u Jugoslaviji“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, Rijeka, 7, 1986, str. 50.-51., VRSALOVIĆ B., „Pravni položaj marina“, *Privreda i pravo*, br. 9/74, Beograd, 1974.

¹⁰ Članom 35. ZPVDLP bilo je propisano: „Osnovna sredstva organizacije udruženog rada korisnika luke jesu operativna obala, lukobran ili njegov dio koji je istovremeno i operativna obala, zatvoreni i otvoreni skladišni prostor i ostali prostor, lučki uredaji i postrojenja te druga sredstva i objekti koji služe korisniku luke za obavljanje privrednih djelatnosti u luci. Korisnik luke ima pravo prvokupnje objekata koji se nalazi na području luke koja mu je dana na korištenje.“

¹¹ Vidi BORKOVIĆ, I., „Pomorsko javno dobro u teoriji i zakonodavstvu“, *Naša zakonitost*, Zagreb, br. 9/1979.

¹² Vidi Narodne novine, br. 14/78

3. STANJE PREMA POMORSKOM ZAKONIKU IZ 1994. GODINE (DALJE U TEKSTU: PZ/94)

Umjesto da PZ/94¹³ uvede red u domeni pomorskog dobra on je unio samo još više zbrke. PZ/94 je pomorsko dobro definirao u članku 49.:

“Pomorsko dobro čine unutrašnje morske vode i teritorijalno more, njihovo dno i morsko podzemlje te dio kopna koji je po svojoj prirodi namijenjen javnoj pomorskoj upotrebi ili je proglašen takvim.

U smislu stavka 1. ovoga članka pomorskim dobrom smatraju se: morska obala, lukobrani, brodogradilišni navozi, nasipi, sprudovi, hridi, grebeni, ušća rijeka koja se izljevaju u more, kanali spojeni s morem te u moru i podmorskom podzemlju živa i neživa prirodna bogatstva, ribe, rude i sl.“

Ono što svakako odmah upada u oči jeste to da luke nisu obuhvaćene definicijom pomorskog dobra. Na taj propust odmah je gromoglasno ukazala struka. No, moramo se suočiti s posljedicama tog propusta jer luke nisu bile pomorsko dobro punih šest mjeseci.¹⁴ Poradi zakonskih (ne)spretnosti Branko Kundih¹⁵ mnijenja je da u razdoblju od 22. ožujka 1994. do 26. listopada 1994. godine u Republici Hrvatskoj nije bilo pozitivnopravnih odredaba o pomorskom dobru. Mnijenja smo da je izrečeno mnijenje netočno. Pravnih praznina u pravnom sustavu ne bi smjelo biti, ali ako ih i bude tada se imaju popuniti, u konkretnom slučaju mnijenja smo da se kao pravno pravilo trebao primjenjivati ZPVDLP,¹⁶ u slučaju ako je PZ/94 imao pravnu prazninu, konkretno glede luka. Naime, teško je sada zaključiti da li je zakonodavac htio da luke ne budu pomorsko dobro ili se radi o nenamjernom previdu zakonodavca. Stoga, pravna praznina postojala je u odnosu na pomorsko dobro, regulirano člancima 48. do 80., dok u odnosu na luke nije bilo pravne praznine jer je luka brisana, kao dio pomorskog dobra. Zakonom o izmjenama i dopunama PZ/94 (dalje u tekstu: ZID PZ/94) dopunjena je i definicija pomorskog dobra unošenjem luka.¹⁷ Ono što moramo uočiti jeste to da na dan stupanja na snagu PZ/94, nadnevka 22. ožujka 1994. godine, u definiciji pomorskog dobra nije bila sadržana luka te da je ona ponovno postala pomorsko dobro dana 26. listopada 1994. godine.¹⁸ Iz toga bismo mogli izvući sljedeći zaključak:

- dana 22. ožujka 1994. godine luke su prestale biti pomorsko dobro, dakle, i nekretnine u njima, a što su bile barem od 1914. godine, pa su postale nekretnine u vlasničkom sustavu jer je prestala vrijediti definicija pomorskog dobra iz pravnog pravila § 1. Uredbe/39, odnosno odredbe ZPVDLP-a, pa kako im je propisom bila dana oznaka (svojstvo) pomorskog dobra

¹³ Narodne novine, br. 17/94, 74/94, 43/96 (dalje u tekstu: PZ/94). PZ/94 derogiran je Pomorskim zakonikom (Narodne novine, br. 181/04, 76/07, 146/08) a taj novi PZ ne regulira problematiku pomorskog dobra.

¹⁴ Radi se o razdoblju od 22. ožujka 1994. godine kada je stupio na snagu PZ/94 do 26. listopada 1994. godine kada je stupio na snagu Zakon o izmjenama i dopunama PZ/94 (Narodne novine, br. 74/94).

¹⁵ KUNDIH, B., *Pomorsko dobro i granice pomorskog dobra*, Edicije Brozičević, Zagreb, 2000., str. 57. te kaže: „Na dan stupanja na snagu Pomorskog zakonika 22.03.1994. prestao je važiti Zakon o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima u dijelu u kojem se odnosi na pomorsko dobro, osim članaka 67., 68., 69., 71., 76., 77., 79. koji su trebali prestati važiti donošenjem odgovarajućih pravnih akata iz članka 1043. zakona. Iz nepoznatih razloga Pomorski je zakonik u članku 1054. primjenu odredbi članka 48. do 80., koje normiraju pomorsko dobro, odgodio do dana stupanja na snagu Zakona o morskim lukama.“

¹⁶ U tom razdoblju praktičari su se snalazili kako su znali pa navodimo primjer Odluke o određivanju korištenja pomorskog dobra i naknadi za korištenje pomorskog dobra (Službene novine primorsko-goranske županije, br. 19/94, koja je donijeta kao prijelazno rješenje do stupanja na snagu odredbi o pomorskom dobru. Odluka je sadržavala odredbe o vrstama i visini naknade, namjeni naknade i načinu prikupljanja, raspoređivanja naknade i zaključenja ugovora o korištenju pomorskog dobra. U preklapnim odredbama Odluka je propisala da sve odluke bivših općina glede granica pomorskog dobra prestaju vrijediti u dijelovima koji su u suprotnosti sa ZPVDLP.

¹⁷ Članak 1. ZID PZ/94 propisivao je: „*U svezi sa stavkom 1. ovoga članka pomorskim dobrom smatraju se: morska obala, luke, lukobrani, nasipi, sprudovi, hridi, grebeni, ušća rijeka koja se izljevaju u more, kanali spojeni s morem te u moru i podmorskom podzemlju živa i neživa prirodna bogatstva (ribe, rude i sl.)*.“

¹⁸ To je dan stupanja na snagu ZID PZ/94, vidi članak 4.

tako im je zakonskom odredbom, samim izostavljanjem iz definicije, oduzeto to svojstvo (oznaka),

- dakle, do dana stupanja na snagu ZID PZ/94 na lučkom području su se mogla stjecati stvarna prava,

- stupanjem na snagu ZID PZ/94 svi nosioci stvarnih prava, na nekretninama u luci su, *ex lege*, izvlašteni i potpuno je bio besmislen propis članka 1038. PZ/94.¹⁹

Nakon 26. listopada 1994. godine, kao dana stupanja na snagu ZID PZ/94, propis članka 1038. PZ/94 više se nije niti mogao provoditi, u pogledu nekretnina u lukama, dapače postupak izvlaštenja (eksprijacije) bio bi suvišan jer je ono nastupilo na temelju zakona. Naime, razlika između luka i ostalog pomorskog dobra je u tome da luke u PZ/94 nisu bile predviđene kao pomorsko dobro pa se u odnosu na njih i nije trebala popunjavati pravna praznina kao za ostalo pomorsko dobro. PZ/94 određivao je da luke moraju udovoljavati propisima sigurnosti plovidbe te da će ostala pitanja u svezi s lukama urediti poseban zakon.²⁰ Članak 91. stavak 1. PZ/94 bio je gotovo identičan odredbi člana 16. ZPUP-a.²¹ Luke za javni promet ili za posebne namjene razvrstavale su se posebnim propisom.²² Zakon o morskim lukama (dalje u tekstu: ZML) koji je stupio na snagu 05. siječnja 1996. godine, uveo je novi razvrstaj luka. Prema namjeni kojoj služe, luke su se dijelile na otvorene za javni promet, a ove na otvorene za međunarodni i domaći promet i luke za posebne namjene. Ovdje ćemo upozoriti i na Odluku o mjerilima za razvrstaj luka otvorenih za javni promet²³ koja je propisivala mjerila za razvrstaj luka otvorenih za javni promet. ZML je luke za posebne namjene dijelio prema djelatnostima koje se obavljaju u njima i prema značaju za Republiku Hrvatsku. Prema djelatnostima koje su se obavljale u njima luke posebne namjene dijelili su se na: vojne luke, luke tijela unutarnjih poslova, luke nautičkog turizma, industrijske luke, sportske luke, ribarske luke i dr. Prema značaju za Republiku Hrvatsku, te su se luke dijelile na: luke od značaja za Republiku Hrvatsku i luke od županijskog značaja. Ovdje ćemo ukazati i na Odluku o razvrstaju luka posebne namjene.²⁴ Ovom Odlukom, prema značaju za Republiku Hrvatsku, luke posebne namjene razvrstavaju se na luke od značaja za Republiku Hrvatsku i luke od županijskog značaja. Prema djelatnostima koje se obavljaju u lukama posebne namjene, one mogu biti vojne luke, luke tijela unutarnjih poslova, luke nautičkog

¹⁹ Odredba članka 1038. PZ/94 propisivala je: „Ako je nakon stupanja na snagu Zakona o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima (Narodne novine br.19/74, 39/74, 17/77 i 18/81) postojalo pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo na pomorskom dobru osoba koja je to pravo stekla na osnovi valjanog naslova i načina stjecanja i to pravo postoji na dan stupanja na snagu ovog zakonika, nadležni javni pravobranitelj će pokrenuti postupak za izvlaštenje (eksprijaciju) vlasništva na određenom objektu, time da bivši vlasnik stječe pravo koristiti objekt na osnovi koncesije bez plaćanja naknade za razdoblje dok iznos utvrđene naknade za koncesiju za korištenje pomorskog dobra ne dosegne iznos naknade za oduzeto vlasništvo na objektu.

Određba prethodnog stavka neće se primijeniti na objekte koji su od kulturnog, humanitarnog, vjerskog, povijesnog ili drugog javnog značaja. Dio pomorskog dobra na kojima se nalaze takvi objekti isključit će se odlukom Vlade Republike Hrvatske iz opće uporabe kao pomorsko dobro i to u mjeri koja najmanje ograničuje opću upotrebu susjednih dijelova pomorskog dobra.

Ako vlasnik određenog pomorskog dobra ili nositelj drugog stvarnog prava na pomorskom dobru ne može dokazati valjan naslov i način stjecanja, nadležni javni pravobranitelj će putem redovitog sudskog postupka zatražiti da se to dobro utvrdi kao pomorsko dobro. Ova osoba nema pravo na naknadu štete, a prinove i građevine koje je izgradila može ukloniti ako je to po prirodi stvari moguće bez štete za pomorsko dobro.”

²⁰ To je bio Zakon o morskim lukama (Narodne novine, br. 158/95) koji je stupio na snagu 05. siječnja 1996. godine, a prestao važiti 15. listopada 2003. godine.

²¹ „Luke mogu biti otvorene za javni promet ili za posebne namjene ako je prije toga utvrđeno da je udovoljeno propisanim uvjetima za sigurnost plovidbe u luci.”

²² Vidi Narodne novine, br. 31/96 Odluka o mjerilima za razvrstaj luka otvorenih za javni promet, vidi i Narodne novine, br. 38/96, Odluka o razvrstavanju luka posebne namjene.

²³ Narodne novine, br. 31/96, stupila na snagu 02. svibnja 1996. godine.

²⁴ Narodne novine, br. 38/96, stupila na snagu 22. svibnja 1996. godine.

turizma, industrijske luke, športske luke, ribarske luke i dr. Odbrom točke III. Odluke u luke od značaja za Republiku Hrvatsku, među inim, smatraju se i luke nautičkog turizma koje imaju kapacitet 200 vezova i veći. Svakako se valja osvrnuti i na Pravilnik o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma.²⁵ Luka nautičkog turizma, prema članku 2. stavak 1. Pravilnika, je turistički objekt koji u poslovnom, prostornom, građevinskom i funkcionalnom pogledu čini cjelinu ili koji u okviru šire prostorne cjeline ima izdvojeni dio i potrebite uvjete za potrebe nautičkog turizma i turista - nautičara. Sukladno članku 4. Pravilnika luke nautičkog turizma razvrstavaju se u sidrište, privezište, suhu marinu i marinu. Ovdje ćemo spomenuti definiciju privezišta, iz članka 6. Pravilnika, koja je i koja će proizvesti niz prijepora u praksi, a glasi: „*Privezište je dio vodenog prostora i dio obale, uređen za pristajanje plovniha objekata i opremljen priveznim sustavom. Ako mogućnosti vodenog prostora privezišta dozvoljavaju, u dijelu vodenog prostora privezišta može se označiti i mjesto gdje je dozvoljeno sidrenje plovniha objekata.*“ Uredba o razvrstaju luka otvorenih za javni promet i luka posebne namjene²⁶ u članku 2. točki 2. ovako definira privezište: „*Privezište je dio obale izgrađene za privremeni privez plovniha objekata, izvan lučkog područja, s najviše 10 vezova.*“ Navedena definicija je trajala do 2007. godine kada je izmjenom Uredba o razvrstaju luka otvorenih za javni promet i luka posebne namjene jednostavno ukinut pojam privezišta. Privezište spominje i Pravilnik o kriterijima za određivanje namjene pojedinog dijela luke otvorene za javni promet županijskog i lokalnog značaja, način plaćanja veza, uvjete korištenja, te određivanja maksimalne visine naknade i raspodjele prihoda,²⁷ koji u članku 2. alineji 7. određuje: „*privezište je izdvojeno lučko područje koje je opremljeno za sigurno vezanje plovila.*“ Dakle, nanovo se upotrebljava pojam privezišta koje se stavlja pod nadležnost lučkih uprava te se i pojmovno i sadržajno veže uz luke otvorene za javni promet. Međutim, ostaje potpuno nejasno što je sa privezištima u lukama posebne namjene ali i onima koje neprijeporno postoje u prostoru (na određenom dijelu akvatorija) ali ne potpadaju ni u jednu razvrstanu luku. U Nacrtu prijedloga Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama²⁸ uvodi se novi pojam „turističko privezište“, te ga se definira: „*Turistička privezišta su samostalni infrastrukturni objekti (pontoni, gat, mol, privez u funkciji ugostiteljsko-turističke zone i /ili pojedinačnog ugostiteljskog objekata, dio izgrađene obale) na pomorskom dobru.*“ Valja ukazati da nije dobro pojedine pojmove definirati različito u raznim propisima.

4. STANJE PREMA ZAKONU O LUKAMA UNUTARNJIH VODA IZ 1998. GODINE (DALJE U TEKSTU: ZLUV)²⁹

Zakon o plovidbi unutarnjim vodama³⁰ samo načelno sadržavao propise o lukama i pristaništima (članak 20. do 27.). Poblize odredbe sadržavao je ZLUV. U članku 3. točki 1. propisivao je definiciju luke unutarnjih voda.³¹ Luka posebne namjene je luka namijenjena obavljanju određenih djelatnosti fizičkih i pravnih osoba ili određenih tijela državne uprave.³² Luke posebne namjene prema djelatnostima koje se u njima obavljaju dijele se na vojne luke

²⁵ Narodne novine, br. 142/99, stupila na snagu 29. prosinca 1999. godine.

²⁶ Narodne novine, br. 110/04, 83/97.

²⁷ Narodne novine, br. 94/07, 79/08.

²⁸ Vidi na <http://www.mmpi.hr/UserDocsImages/ZPDML%20-15%20%20lipanj%202010%20zd.pdf>.

²⁹ Narodne novine, br. 142/98, 65/02. Za razdolje prije 1998. godine poblize vidi kod VOJKOVIĆ, G., *Pravni status luka unutarnjih voda*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Splitu, 2006., str. 37.-72.

³⁰ Narodne novine, br. 19/98, 151/03.

³¹ „*Luka unutarnjih voda (u daljnjem tekstu: luka) je vodeni prostor rijeke, kanala i jezera i s njima neposredno povezani kopneni prostor s izgrađenim lučkim građevinama.*“

³² Članak 4. stavak 4. ZLUV.

i luke tijela unutarnjih poslova (u daljnjem tekstu: luke određenih tijela državne uprave), industrijske luke i luke nautičkog turizma, športske i druge luke.³³ Nažalost, zakon ne daje definiciju luka nautičkog turizma. Odluku o otvaranju luka za posebne namjene donosi:

- za luke iz članka 6. stavka 1. točke 1. ZLUV, Vlada Republike Hrvatske, na prijedlog ministra obrane, odnosno ministra unutarnjih poslova, a po pribavljenom mišljenju ministra i ravnatelja Državne uprave za vode,

- za luke iz članka 6. stavka 1. točke 2. i 3. ZLUV, županijsko poglavarstvo po prethodno pribavljenom mišljenju Ministarstva i Državne uprave za vode.

5. STANJE PREMA PODZAKONSKIM PROPISIMA³⁴

Uredba o uvjetima kojima moraju udovoljavati luke unutrašnje plovidbe i o mjerilima za njihovo razvrstavanje³⁵ u svom uvodom dijelu navodi kako se Uredbom propisuju uvjeti i mjerila potrebna za: određivanje luka otvorenih za domaći i međunarodni promet, za razvrstaj luka otvorenih za javni promet prema gospodarskom značenju, te luka posebne namjene prema djelatnostima koje se u njima obavljaju. Jedna od većih zamjerki koja se može uputiti Uredbi je ta što ne daje definiciju pojma luke nautičkog turizma, a koji je potpuno novi pojam na području unutarnjih voda. Kao primjer kako bi pojam luke nautičkog turizma na području unutarnjih voda trebalo regulirati možemo ukazati na Pravilnik o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma iz 1999. godine,³⁶ predviđen za morske luke nautičkog turizma. U članku 2. Pravilnik daje definiciju luke nautičkog turizma,³⁷ vrste usluga koje se pružaju u takvim lukama kao i tko je ovlašten za poslovanje u takvim lukama. Prema navedenoj Uredbi luke nautičkog turizma moraju imati:

1. područje na kopnu i vodeni prostor gdje se mogu sigurno privezivati plovila;
2. objekte sigurnosti plovidbe;
3. uredno održavanje dubina na mjestima za prilaženje i pristajanje;
4. obalu koja omogućava siguran privez i zaštitu plovila u svim vremenskim prilikama;
5. uređene i osvijetljene prilazne putove i radne površine na kojima se vrši kretanje osoblja, putnika i prometnih sredstava;
6. pristan odnosno stube na obali za prometovanje brod-obala;
7. privezivačku službu;
8. službu kontrole pristajanja, sidrenja, boravka i plovidbe plovila na lučkom području 24 sata dnevno;
9. osiguran prihvata tekućih i krutih otpadaka s plovila sukladno veličini luke;
10. osigurana sredstva i opremu za sprječavanje širenja onečišćenja i uklanjanje krutih i tekućih otpadaka s vodenog područja luke;
11. protupožarnu opremu;
12. uslugu opskrbe plovila pitkom vodom i električnom energijom;
13. uslugu opskrbe plovila prehrambenim proizvodima;
14. mogućnost pružanja poštanskih i telefonskih usluga;
15. mogućnost organiziranja pružanja hitne zdravstvene pomoći.

³³ Članak 6. stavak 1. ZLUV.

³⁴ Narodne novine, br. 142/99.

³⁵ Narodne novine, br. 102/00.

³⁶ Narodne novine, br. 142/99.

³⁷ „Luka nautičkog turizma u smislu ovog Pravilnika je turistički objekt koji u poslovnom, prostornom, građevinskom i funkcionalnom pogledu čini cjelinu ili koji u okviru šire prostorne cjeline ima izdvojeni dio i potrebite uvjete za potrebe nautičkog turizma i turista – nautičara.”

Nismo uspjeli pronaći podatak o postojanju ijedne luke nautičkog turizma na unutrašnjim vodama u Republici Hrvatskoj, čemu je možebitno razlog u pravnoj regulativi ali i gospodarski, naime, u Republici Hrvatskoj nautički turizam na unutrašnjim vodama nije popularan i snažno razvijen kao primjerice u zemljama zapadne Europe.

6. STANJE PREMA ZAKONU O POMORSKOM DOBRU I MORSKIM LUKAMA IZ 2003. GODINE (DALJE U TEKSTU: ZPDML)

ZPDML³⁸ propisuje razvrstaj luka u člancima 41. do 46. No, na umu se mora imati i Uredba o razvrstaju luka otvorenih za javni promet i luka posebne namjene.³⁹ ZPDML u članku 2. t. 3. daje definiciju luke posebne namjene, kao: „*luka posebne namjene jest morska luka koja je u posebnoj upotrebi ili gospodarskom korištenju pravnih ili fizičkih osoba (luke nautičkog turizma, industrijska luka, brodogradilišna luka, ribarska luka i dr.) ili državnog tijela (vojna luka)*.“ Luke nautičkog turizma služe za prihvat i smještaj plovila i opremljene su za pružanje usluga korisnicima i plovilima. U poslovnom, građevinskom i funkcionalnom pogledu čini jedinstvenu cjelinu. Vrste luka nautičkog turizma prema vrsti objekata i usluga određene su posebnim propisima kojima se uređuje njihova kategorizacija. Sukladno važećem Pravilniku o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma⁴⁰ vrste luka nautičkog turizma su: marine, suhe marine, odlagališta plovnih objekata i sidrišta.

7. STANJE PREMA PODZAKONSKIM PROPISIMA

Pravilnik o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma,⁴¹ kao nasljednik prethodnog Pravilnika o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma,⁴² određuje vrste, minimalne uvjete, kategorije i način kategorizacije luka nautičkog turizma. Vrste luka nautičkog turizma su sidrišta, odlagališta plovnih objekata, suhe marine i marine. Marine se ukazuju kao najsloženiji oblik luka nautičkog turizma, te su dio vodenog prostora i obale koji je posebno izgrađen i uređen za pružanje usluga veza, smještaja turista u plovnim objektima, usluge pića, napitaka i prehrane te ostalih pravilnikom⁴³ propisanih usluga. Zakon o pružanju usluga u turizmu⁴⁴ je upravo temelj kategorizacije luka nautičkog turizma, jer on daje osnovne odrednice o minimalnim uvjetima i kategorizaciji luka nautičkog turizma u člancima 47. i 48.

³⁸ Narodne novine, br. 158/03, 100/04, 141/06, 38/09.

³⁹ Narodne novine, br. 110/04, 82/07.

⁴⁰ Narodne novine, br. 72/08, stupio na snagu 01. srpnja 2008. godine.

⁴¹ Narodne novine, br. 72/08.

⁴² Narodne novine, br. 142/99, 47/00, 121/00, 45/01, 108/01, 106/04.

⁴³ Misli se na Pravilnik o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma (Narodne novine, br. 72/08). Prethodni Pravilnik o razvrstavanju i kategorizaciji luka nautičkog turizma (Narodne novine, br. 142/99, 47/00, 121/00, 45/01, 106/04) poznavao je namjesto odlagališta plovnih objekata izričaj privezišta. S obzirom da nije bio definiran broj vezova kod privezišta u praksi dolazilo je do mnogobrojnih zlouporaba i to na način da su veliki nautički objekti koji nisu udovoljavali rigoroznim uvjetima za marine djelovali kao privezišta. Prvi pokušaj sprječavanja navedenih zlouporaba učinjen je Uredbom o razvrstaju luka otvorenih za javni promet i luka posebne namjene (Narodne novine, br. 110/04), kada se ograničio broj vezova u privezištu na najviše 10. No, Uredbom o izmjenama i dopunama Uredbe o razvrstaju luka otvorenih za javni promet i luka posebne namjene (Narodne novine, br. 82/07) ograničenje broja vezova u pristaništima je ukinuto, da bi na koncu pojam privezišta u potpunosti bio izbačen iz luka nautičkog turizma.

⁴⁴ Narodne novine, br. 68/07.

8. ZAKLJUČNO

Panžić⁴⁵ piše: „Luke nautičkog turizma u isto vrijeme spajaju djelatnosti plovidbe i pomorstva kao mjesto osiguranog priveza i opskrbe plovila, te turizma jer su upravo turisti najčešći korisnici njihovih usluga. Stoga se tijekom njihovog poslovanja za pravnu regulativu i funkcioniranje brinu najvećim dijelom dva ministarstva, i to ministarstvo nadležno za more (u dijelu regulacije pomorskog dobra, koncesija, luka, reda na pomorskom dobru..), kao i ministarstvo nadležno za turizam (za regulaciju njihove primarne djelatnosti pružanja turističkih usluga nautičarima). Nakon obrađenih propisa, koji luke nautičkog turizma promatraju kao luke u smislu njihove pomorske djelatnosti, zanimljivo je proučiti propise koji luke nautičkog turizma promatraju kao neku vrstu hotelskog kompleksa.“ Nemojmo dozvoliti da nas pravna nereguliranost materije marina dovede u situaciju da se pojave moćni investitori, a da mi kao država nemamo adekvatna zakonska rješenja te da time počnemo zaostajati za konkurentskim zemljama u nautičkom turizmu. Naime, nije rijedak slučaj da se ozbiljni investitori nakon što prođu našu “birokratsku Golgotu” jednostavno sa svojim projektima premjeste u države koje ne gaje “birokratski” pristup projektima i ljudima (primjerice, zainteresirani investitori za gradnju marina svoje projekte su preselili u Crnu Goru i Albaniju). *De lege ferenda* predlažemo:

- da se stručne radne skupine oba ministarstva (turizma i mora) udruže te ponajprije izvrše „čišćenje“ svih propisa koji reguliraju u svojim odredbama luke nautičkog turizma, te da ponajprije usklade izričaje i definicije;⁴⁶
- da bi za ubuduće bilo neophodno, korisno i efikasno, da oba ministarstva usklađeno rade zajedno na propisima iz domene luka nautičkog turizma;
- kako je Zakon o izmjenama i dopunama ZPDML-a iz 2006. godine reorganizirao luke otvorene za javni promet županijskog i lokalnog značaja, sukladno važećim propisima, i teoretski i životno, moguće je za istu dužinu broda od nautičara naplatiti višestruko više od naknade za brodicu lokalnog stanovništva ili za plovilo ribara ili neke druge gospodarske djelatnosti – takve je mogućnosti budućim ZPDML-om potrebno isključiti;
- složenim propisima za ishođenje potrebite dokumentacije za gradnju marina, dobivanja koncesije na pomorskom dobru, građenja na pomorskom dobru, pa i vodnom dobru, obeshrabrujemo ozbiljne investitore koji se pojavljuju s kvalitetnim projektima izgradnje marina, stoga, je neophodno maksimalno pojednostavljenje svih postupaka za dobivanje potrebitih dozvola;
- u Uredbu o uvjetima kojima moraju udovoljavati luke unutarnjih voda i o mjerilima za njihovo razvrstavanje⁴⁷ potrebno je dodati definiciju luke nautičkog turizma, koja bi mogla glasiti:

„(1) Luka nautičkog turizma je turistički objekt koji u poslovnom, prostornom, građevinskom i funkcionalnom pogledu čini cjelinu ili koji u okviru šire prostorne cjeline ima izdvojeni dio i potrebite uvjete za potrebe nautičkog turizma i turista - nautičara.

(2) U luci nautičkog turizma pružaju se turističke usluge u nautičkom turizmu i druge - nadopunjujuće usluge turistima-nautičarima (trgovačke, ugostiteljske i dr.).

(3) Lukom nautičkog turizma posluju pravne ili fizičke osobe (trgovačka društva, trgovci pojedinci i obrtnici) koje ispunjavaju uvjete propisane za obavljanje turističke djelatnosti.

⁴⁵ PANŽIĆ, T., *Pravni status luka nautičkog turizma u Republici Hrvatskoj*, magistarski rad, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2009., str. 86.

⁴⁶ Primjerice, u pojedinim propisima je privezište ukinuto kao vrsta luke nautičkog turizma, a još uvijek se navodi kod utvrđivanja visine koncesijske naknade.

⁴⁷ Narodne novine, br. 102/00.

(4) Temeljem sporazuma s pravnom ili fizičkom osobom iz stavka 3. ovog članka nadopunjujuće usluge turistima-nautičarima u luci nautičkog turizma mogu pružati druge pravne i fizičke osobe.

(5) Nadopunjujuće usluge iz stavka 2. ovog članka moraju se pružati po pravilima struke i u skladu s posebnim propisima koji se odnose na pružanje svake pojedine usluge.“

Summary

THE LEGAL STATUS OF MARINAS IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Marinas are among the most important objects of nautical tourism. Moreover, they are considered to be the basic objects of nautical tourism. With their berths, accessories and equipment they provide anchorage for tourist boats and recreation for boaters. As ports for a special purpose, similarly to merchant and other special sea and river ports, marinas have their legal regime which is determined by statutes, by-laws and autonomous regulations by port concessionaires. The first marinas on the territory of the present-day Republic of Croatia were established in 1960's (Marina in Puntar), and only a few decades later a chain of marinas (known as ACY marinas) was constructed. Some marinas have been built recently, and there are plans to build a series of new marinas. Since marinas are buildings on the maritime welfare, not only clauses of the Act on Maritime Welfare and Seaports but also those of special laws regulating building construction should be taken into account. Although marinas are only one type of ports for special purposes, we believe that it is interesting to study their legal status from the historical perspective, comparing the situation according to the Maritime Code of 1994 and relevant by-laws, with their status according to the present Act on Maritime Welfare and Seaports. In addition to an overview of sea marinas, the authors consider the status of inland ports of nautical tourism. Taking into account the overall situation, the authors give some suggestions de lege ferenda.

Key words: *marinas, ports for special purposes, maritime welfare, decision on establishing concessions, inland waters.*

STATUT AKADEMIJE PRAVNIH ZNANOSTI HRVATSKE

(pročišćeni tekst)

I. OPĆE ODREDBE

Članak 1.

Akademija pravnih znanosti Hrvatske nezavisna je i neprofitna udruga građana koji se bave pravnom znanostima i koji se udružuju radi institucionaliziranja nezavisnog autoriteta hrvatske pravne znanosti ostvarivanjem ciljeva predviđenih ovim Statutom.

Članak 2.

Ovim Statutom utvrđuje se naziv, sjedište i područje na kojem djeluje Akademija pravnih znanosti Hrvatske; zastupanje; njeni ciljevi; djelatnosti kojima se ostvaruju ti ciljevi; ostvarivanje javnosti rada udruge; članstvo i članarina; prava, obveze i stegovna odgovornost članova; unutarnji ustroj udruge; tijela udruge, njihov sastav, ovlasti, način odlučivanja, uvjeti i način izbora i opoziva, trajanje mandata i odgovornosti članova; imovina i raspolaganje s mogućom dobiti; način stjecanja imovine te prestanak i postupak s imovinom u slučaju prestanka postojanja udruge.

Članak 3.

Puni naziv Udruge je: Akademija pravnih znanosti Hrvatske (u daljem tekstu: Akademija).
Skraćeni naziv glasi: APZH.

Uz naziv na hrvatskom jeziku, Akademija može rabiti i naziv na stranim jezicima i to: na latinskom jeziku naziv Akademije je: *Academia iuridicialium scientiarum Croatiae*, a na engleskom jeziku naziv Akademije je: *Croatian Academy of Legal Sciences*.

Sjedište Akademije je u Zagrebu.

Akademija djeluje na području Republike Hrvatske.

Akademija ima svojstvo pravne osobe, a kao udruga registrirana je pri nadležnom tijelu državne uprave.

Akademiju zastupa i predstavlja njezin predsjednik.

Članak 4.

Akademija ima pečat okruglog oblika promjera 35 mm koji je na vanjskoj strani oboda ispisan punim nazivom Akademije na hrvatskom jeziku, s unutarnje strane oboda na latinskom jeziku, a u sredini pečata je znak. Znak se sastoji od povijesnog hrvatskog grba s

osnovicom naizmjeničnih crvenih i bijelih (srebrnih polja) na kojem je istaknut skraćeni naziv Akademije (APZH).

Članak 5.

Akademija može surađivati sa sličnim udrugama u zemlji i inozemstvu i učlanjivati se u slične asocijacije i udruge u zemlji i inozemstvu.

Članak 6.

Rad Akademije je javan.

Javnost rada osigurava se i ostvaruje pravodobnim i istinitim obavještavanjem članova i suradnika Akademije, a javnost putem sredstava javnog priopćavanja na način koji organizira i ostvaruje Predsjedništvo Akademije.

Članovi i suradnici se o radu Akademije u pravilu obavještavaju dostavom pisanih materijala i putem sjednica i sastanaka tijela Akademije.

Predstavnici sredstava javnoga priopćavanja mogu prisustvovati sjednicama tijela upravljanja Akademije i izvješćivati javnost o radu tih tijela i Akademije.

Radi što potpunijeg ostvarivanja javnosti rada Akademija može izdavati svoje glasilo u skladu s propisima o javnom informiranju. Odluku o izdavanju glasila donosi Skupština. Akademija po potrebi izdaje i druga sredstva priopćavanja (biltene, plakate, periodične publikacije i sl.) sukladno propisima o javnom priopćavanju i izdavačkoj djelatnosti.

II. CILJEVI AKADEMIJE I DJELATNOSTI KOJIMA SE OSTVARUJU NJENI CILJEVI

Članak 7.

Ciljevi Akademije su sustavno evidentiranje i prikupljanje svih rezultata djelovanja hrvatskih pravnih znanstvenika, poticanje i usmjeravanje interdisciplinarnog djelovanja hrvatskih pravnih znanosti, oblikovanje temeljnih zajedničkih sadržaja hrvatskih pravnih znanosti, sustavno promicanje i razvitak hrvatskih pravnih znanosti i njihovih zajedničkih sadržaja kao cjeline hrvatske pravne znanosti, poglavito radi njenog doprinosa i uvažavanja u znanstvenom nastojanju ostvarenja i zaštite vladavine prava u hrvatskom pravnom sustavu, poboljšanje uvjeta znanstvenog rada za sve pravne znanstvenike u Hrvatskoj, nastojanje da rezultati istraživanja i spoznaje u pravnim znanostima imaju odgovarajuće značenje u sustavu hrvatskih znanosti i da se njima koriste svi dijelovi državne vlasti, poticanje mladih pravnih stručnjaka da se bave pravnim znanostima, i omogućavanje mladim pravnim znanstvenicima bavljenje pravnim znanostima na odgovarajući način, te nastojanje na organiziranoj suradnji hrvatske pravne znanosti i stranih pravnih znanosti.

Ostvarivanje ciljeva iz stavka 1. ovoga članka Akademija postiže sljedećim djelatnostima:

- poticanjem i usmjeravanjem znanstvenih istraživanja unutar pojedinih pravnih znanosti, interdisciplinarnih istraživanja i istraživanja od značenja za zajedničke sadržaje svih hrvatskih pravnih znanosti;
- organiziranjem znanstvenih i stručnih skupova, simpozija, savjetovanja, kolokvija, okruglih stolova i drugih oblika okupljanja hrvatskih pravnih znanstvenika;
- organiziranjem znanstvenih i stručnih skupova o pitanjima od općeg društvenog interesa;
- poticanjem i usmjeravanjem znanstvene suradnje domaćih i inozemnih pravnih znanstvenika putem zajedničkih istraživanja, sudjelovanjem na međunarodnim znanstvenim skupovima, organiziranjem posjeta stranih pravnih znanstvenika i sustavnim obavještavanjem hrvatskih pravnih znanstvenika o novim pravcima znanstvenih istraživanja, novim metodama i rezultatima istraživanja u stranim pravnim znanostima;
- poticanjem i usmjeravanjem sustavne suradnje hrvatske pravne znanosti i prakse, poglavito poticanjem za oblikovanje znanstvenih spoznaja o primjeni svih dijelova hrvatskog pravnog sustava u njegovoj praktičnoj primjeni i korištenju tih spoznaja u praksi te primjene;
- organiziranjem edukacijskih tečajeva za stručno usavršavanje diplomiranih pravnika;
- organiziranjem natječaja za najbolja dostignuća u hrvatskoj pravnoj znanosti;
- poticanjem i organiziranjem financiranja istraživanja i znanstvenih projekata iz pravnih znanosti;
- poticanjem stipendiranja mladih pravnih znanstvenika radi njihovog usavršavanja u domovini i u inozemstvu;
- izdavanjem znanstvenih i stručnih publikacija;
- drugim djelatnostima u cilju promicanja i unaprjeđivanja hrvatskih pravnih znanosti i njihovih zajedničkih sadržaja u hrvatskoj pravnoj znanosti kao cjelini.

III. ČLANOVI AKADEMIJE, NJIHOVA PRAVA, OBVEZE I ODGOVORNOST

Članak 8.

Članovi Akademije su njeni redoviti i počasni članovi.

Osim članova, u ostvarivanju ciljeva Akademije, pod uvjetima predviđenim ovim Statutom, djeluju i suradnici Akademije.

Redoviti član Akademije može biti državljanin Republike Hrvatske koji ima doktorat znanosti iz područja društvenih znanosti, koji se bavi pravnom znanosti i koji svojim znanstvenim radom u polju prava (objavljeni znanstveni radovi u referentnim časopisima i publikacijama sudjelovanje u znanstvenim istraživanjima i sl.) značajno doprinosi razvitku hrvatske pravne znanosti.

Počasni član Akademije može biti pravni znanstvenik koji nije državljanin Republike Hrvatske, a koji je svojim radom dao značajni doprinos razvitku hrvatske pravne znanosti i/ili njenom ugledu u inozemstvu.

Suradnik Akademije može biti državljanin Republike Hrvatske koji ima doktorat ili magisterij iz područja društvenih znanosti i bavi se pravnom znanosti.

U Akademiji se vodi registar članova i suradnika. O obliku i sadržaju registra i načinu njegova vođenja odlučuje Predsjedništvo Akademije.

Članak 9.

Odluku o prijemu u redovito članstvo Akademije donosi Skupština Akademije na temelju molbe kandidata za prijem i pozitivnog mišljenja Znanstvenog vijeća Akademije ili na temelju prijedloga Znanstvenog vijeća Akademije, a uz pisani pristanak kandidata za prijem.

Akademija može imati najviše 140 redovitih članova vodeći računa o ravnomjernoj zastupljenosti svih znanstvenih pravnih grana.

Odluku o prijemu počasnog člana Akademije donosi Skupština Akademije na prijedlog Znanstvenog vijeća Akademije.

Akademija može imati najviše 15 počasnih članova.

Odluku o prijemu suradnika Akademije donosi Znanstveno vijeće Akademije na temelju molbe za prijem kandidata i pozitivnog mišljenja Predsjedništva Akademije ili na temelju prijedloga Predsjedništva Akademije, a uz pisani pristanak kandidata za prijem.

U sastavu Akademije ne može biti više od 70 suradnika vodeći računa o ravnomjernoj zastupljenosti svih znanstvenih pravnih grana.

Članak 10.

Prava i obveze redovitih članova Akademije su:

- da aktivno sudjeluju u izvršavanju ciljeva Akademije i doprinose ostvarivanju njenih djelatnosti;
- da surađuju sa ostalim članovima te da u toj suradnji uspostavljaju i razvijaju kolegijalne odnose u skladu sa pravilima ponašanja i poštovanjem dostojanstva svih članova i suradnika te drugih znanstvenika;
- da biraju i budu birani u tijela Akademije;
- da budu obaviješteni o radu Akademije i njenih tijela te o materijalno-financijskom poslovanju Akademije;
- da daju prijedloge, mišljenja i primjedbe na rad Akademije i njenih tijela;
- da čuvaju ugled Akademije u zemlji i inozemstvu;
- da se pridržavaju odredaba ovog Statuta i drugih općih akata Akademije.

Počasni članovi Akademije imaju pravo i dužnost sudjelovati u radu Skupštine i sudjelovati u radu Akademije na poziv Predsjedništva Akademije ili Znanstvenog vijeća Akademije. Suradnici Akademije aktivno sudjeluju u djelatnostima Akademije propisanim ovim Statutom.

Članak 11.

Članstvo u Akademiji prestaje:

- prestankom djelovanja Akademije;
- pismenom izjavom o istupanju iz članstva;
- isključenjem iz članstva.

Suradniku Akademije prestaje sudjelovanje u radu Akademije prestankom njenog rada ili na vlastiti zahtjev pismenom izjavom, a može mu se i obustaviti daljnje sudjelovanje u radu Akademije

Članak 12.

Član Akademije može biti isključen iz članstva ako teže prekrši odredbe Statuta ili ugrozi interese Akademije ili prouzroči znatnu materijalnu štetu Akademiji ili ozbiljnu štetu ugledu Akademije ili nekom njezinom članu.

Suradniku Akademije može se iz istih razloga koji su navedeni u stavku 1. ovoga članka obustaviti daljnje sudjelovanje u radu Akademije

Odluku o isključenju iz članstva donosi Skupština Akademije, a odluku o obustavi suradnje Znanstveno vijeće Akademije, u oba slučaja, nakon postupka i odluke pred Sudom časti.

IV. TIJELA AKADEMIJE

Članak 13.

Tijela Akademije su:

1. Skupština Akademije
2. Predsjednik Akademije
3. Predsjedništvo Akademije
4. Znanstveno vijeće Akademije
5. Nadzorni odbor
6. Sud časti

Članak 14.

Skupština je najviše tijelo Akademije, a čine ju svi redoviti i počasni članovi Akademije. Redovita Skupština Akademije održava se najmanje jednom godišnje.

Izvanrednu Skupštinu može sazvati na vlastitu inicijativu Predsjednik Akademije ili na zahtjev najmanje jedne trećine ukupnog broja redovitih članova Akademije ako je ujedno predloženo i o čemu se treba na toj Skupštini raspravljati i donijeti odluka.

Ako Predsjednik Akademije ne sazove izvanrednu Skupštinu, na zahtjev predlagatelja iz stavka 3. ovog članka, u roku od 30 dana od dana podnesenog zahtjeva, ovlašteno je može

sazvati predstavnik predlagatelja .

Na izvanrednoj Skupštini razmatraju se samo ona pitanja zbog kojih je sazvana.

Članak 15.

Skupštinu saziva Predsjednik Akademije dostavljanjem pismenih poziva članovima najmanje 15 dana prije održavanja sjednice.

Poziv sadržava podatke o mjestu i vremenu održavanja sjednice te prijedlog dnevnog reda. Uz poziv dostavljaju se i materijali o pitanjima koja su na dnevnom redu.

Članak 16.

Skupština Akademije može pravovaljano odlučivati ukoliko je prisutna najmanje polovina/trećina redovitih članova Akademije.

Ukoliko Skupštini Akademije ne pristupi trećina članova, sazivatelj usmeno saziva novu Skupštinu istog dana jedan sat kasnije. Tako ponovljeno sazvana Skupština može donositi pravovaljane odluke ukoliko je prisutna najmanje jedna četvrtina redovitih članova Akademije.

Ukoliko se redovna Skupština Akademije ne može zbog nedovoljnog odaziva članova ni pod tim uvjetima održati, Predsjedništvo Akademije je ovlašteno donijeti odluku o prestanku djelovanja Akademije.

Pravovaljane odluke na Skupštini Akademije donose se natpolovičnom većinom glasova prisutnih, osim ako ovim Statutom nije drugačije određeno.

Odluke o promjeni Statuta, donose se dvotrećinskom većinom glasova prisutnih na Skupštini Akademije.

Odluke o isključenju iz članstva i prestanku rada Akademije Skupština Akademije donosi natpolovičnom većinom svih redovitih članova Akademije.

Članak 17.

Skupština Akademije:

- donosi Statut Akademije i njegove izmjene i dopune;
- donosi i druge opće akte potrebne za djelovanje Akademije;
- bira i razrješava Predsjednika Akademije, članove Predsjedništva Akademije, članove Nadzornog odbora i članove Suda časti;
- odlučuje o prijemu redovitih i počasnih članova u Akademiju ;
- odlučuje o isključenju redovitih i počasnih članova Akademije;
- odlučuje u drugom stupnju povodom odluka Suda časti kada je to propisano ovim Statutom;

- razmatra izvještaj o radu Predsjednika Akademije, Predsjedništva Akademije i Znanstvenog vijeća Akademije;
- odlučuje o sudjelovanju Akademije u radu nacionalnih i inozemnih organizacija;
- odlučuje o udruživanju Akademije s drugim udrugama, učlanjivanju u druge organizacije ili istupanju iz njih;
- donosi financijski plan i usvaja završni račun Akademije
- odlučuje o prestanku rada Akademije;
- odlučuje o drugim pitanjima od značaja za rad Akademije utvrđenim ovim Statutom i drugim općim aktima koja nisu stavljena u nadležnost drugog tijela.

Kad Skupština Akademije bira i razrješava Predsjednika Akademije, članove Predsjedništva Akademije, članove Nadzornog odbora i članove Suda časti, kad odlučuje o odlučuje o prijemu redovitih i počasnih članova u Akademiju i o isključenju redovitih i počasnih članova Akademije, te kad odlučuje u drugom stupnju povodom odluka Suda časti kada je to propisano ovim Statutom, glasovanje je tajno ako Skupština Akademije ne odluči da će se glasovanje provesti javno.

Članak 18.

Predsjednik Akademije je njezin redoviti član koji zastupa Akademiju i odgovara za pravilnost i zakonitost rada Akademije.

Predsjednika Akademije bira Skupština na vrijeme od četiri godine, s time da može biti izabran najviše dva puta za redom.

Predsjednik Akademije predsjedava sjednicama Skupštine Akademije.

Predsjednik Akademije ujedno je i predsjednik Predsjedništva Akademije.

Predsjednik Akademije jednom godišnje ili kada Skupština Akademije to od njega zatraži podnosi izvješće o svom radu Skupštini Akademije.

Skupština Akademije može razriješiti Predsjednika Akademije i prije isteka vremena na koje je izabran ukoliko prekorači svoja ovlaštenja ili ne izvršava savjesno povjerene obveze.

Članak 19.

Predsjednik Akademije:

- saziva sjednice Skupštine Akademije i Predsjedništva Akademije i predlaže dnevni red;
- provodi odluke Skupštine Akademije i rukovodi radom Akademije između dvije sjednice Skupštine;
- provodi odluke Predsjedništva Akademije.

Članak 20.

Predsjedništvo Akademije sastavljeno je od jedanaest članova koji su redoviti članovi Akademije i Predsjednika Akademije.

Članove Predsjedništva bira Skupština na vrijeme od četiri godine, s time da mogu biti izabrani više puta za redom.

Članovi Predsjedništva na prvoj sjednici nakon što su izabrani, biraju između sebe dva dopredsjednika Akademije, predsjednika Znanstvenog vijeća Akademije i tajnika Akademije.

Član Predsjedništva može na ove funkcije biti biran dva puta uzastopce.

Dopredsjednici Akademije pomažu Predsjedniku Akademije u njegovu radu i obavljaju druge poslove propisane ovim Statutom i drugim općim aktima Akademije te poslove koje im povjeri Predsjednik Akademije

Tajnik Akademije obavlja administrativne, financijske i pravne poslove Akademije, brine se o urednom vođenju registra članova i suradnika; vodi zapisnike sa sjednica Skupštine Akademije, Predsjedništva Akademije i Znanstvenog vijeća Akademije, vodi i čuva arhivu Akademije, priprema nacрте prijedloga izmjena i dopuna Statuta i drugih općih akata koje donosi Skupština Akademije, priprema i Predsjedništvu Akademije podnosi nacrt prijedloga financijskog plana i završnog računa Akademije, te obavlja ostale stručne i druge poslove za potrebe Predsjednika Akademije, Predsjedništva Akademije i Znanstvenog vijeća Akademije u skladu s općim aktima Akademije.

Predsjedništvo Akademije i svaki njegov član odgovaraju za svoj rad Skupštini Akademije.

Svaki član Predsjedništva Akademije može zatražiti svoje razrješenje prije isteka mandata na koji je izabran, s time da je dužan obavljati svoju dužnost do donošenja odluke o razrješenju. Skupština Akademije je dužna donijeti odluku o zahtjevu za razrješenje na prvoj sjednici.

Skupština Akademije može razriješiti člana Predsjedništva Akademije i prije isteka vremena na koje je izabran ukoliko prekorači svoja ovlaštenja ili ne izvršava savjesno povjerene obveze.

Članak 21.

Predsjedništvo Akademije:

- utvrđuje prijedlog Statuta i njegovih izmjena i dopuna;
- utvrđuje prijedlog drugih općih akata Akademije;
- postupa u predlaganju suradnika Akademije sukladno odredbama ovoga Statuta
- utvrđuje prijedlog financijskog plana i završnog računa;
- podnosi Skupštini Akademije izvještaj o radu jednom godišnje ili kad god to od njega Skupština zatraži;
- odlučuje o visini članarine;
- odlučuje o promjeni adrese sjedišta Akademije;
- brine se o informiranju članstva i javnosti;
- odlučuje o korištenju imovine Akademije;

- osniva odbore, povjerenstva i druga tijela koja pomažu ostvarivanju ciljeva Akademije;
- obavlja sve druge aktivnosti koje mu Skupština Akademije stavi u nadležnost.

Sjednice Predsjedništva održavaju se prema potrebi. Sjednica se može održati ukoliko je prisutna većina članova Predsjedništva Akademije, a pravovaljane odluke donose se većinom glasova prisutnih članova Predsjedništva Akademije.

U slučaju jednakog broja glasova svih članova Predsjedništva Akademije i Predsjednika Akademije za ili protiv nekog prijedloga (5:5), odlučuje glas Predsjednika Akademije.

Članak 22.

Znanstveno vijeće Akademije organizira, potiče i usmjerava djelatnosti Akademije propisane ovim Statutom.

Znanstveno vijeće Akademije čine Predsjednik Akademije i svi članovi Predsjedništva Akademije (11), Dekan Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Dekan Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Dekan Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Dekan Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku te 10 predstavnika znanstvenih pravnih grana unutar polja prava. Prilikom izbora članova Znanstvenog vijeća vodit će se računa o ravnopravnoj zastupljenosti pravnih grana unutar polja prava.

U ostvarivanju ciljeva Akademije Znanstveno vijeće Akademije bavi se promicanjem hrvatskih pravnih znanosti organiziranjem seminara, kongresa, okruglih stolova i drugih stručnih i znanstvenih domaćih i međunarodnih skupova, edukacijskih tečajeva za stručno usavršavanje diplomiranih pravnika, organiziranjem izdavačke djelatnosti, pružanjem potpore mladim znanstvenicima, održavanjem međunarodne znanstvene suradnje, prijavom znanstvenih projekata radi financiranja, odlučuje o prijemu suradnika Akademije i prestanku njihovog sudjelovanja u radu Akademije pod uvjetima predviđenima ovim Statutom, te se bavi i svim drugim djelatnostima koje su u cilju promicanja i unaprjeđivanja hrvatskih pravnih znanosti utvrđene ovim Statutom i drugim općim aktima Akademije.

Članak 23.

Sjednice Znanstvenog vijeća Akademije održavaju se prema potrebi, a najmanje tri puta u tijeku jedne godine između dviju redovnih sjednica Skupštine Akademije.

Sjednice saziva i njima predsjedava predsjednik Znanstvenog vijeća Akademije.

Znanstveno vijeće Akademije podnosi izvješće o svom radu Skupštini Akademije jednom godišnje ili kad to Skupština Akademije od njega zatraži.

Članak 24.

Nadzorni odbor je nadzorno tijelo Akademije koje razmatra i nadzire:

- primjenu odredaba ovoga Statuta i drugih općih akata Akademije,

- materijalno-financijsko poslovanje i korištenje imovine Akademije,
- ostvarivanje odluka, zaključaka i drugih pravnih akata,
- obavlja i druge poslove koje mu povjeri Skupština Akademije.

Članak 25.

Nadzorni odbor ima tri člana koje bira Skupština Akademije na vrijeme od četiri godine i koji mogu biti birani ponovno.

Član Nadzornog odbora je redoviti član Akademije koji ne može istodobno biti Predsjednik Akademije niti član Predsjedništva Akademije.

Nadzorni odbor pravovaljano odlučuje ako je sjednici prisutna natpolovična većina njegovih članova, a pravovaljane odluke donosi većinom glasova prisutnih članova.

Predsjednik Nadzornog odbora, kojeg biraju članovi između sebe, saziva sjednice odbora, rukovodi njegovim radom i obavlja druge poslove koje mu povjeri Nadzorni odbor ili Skupština Akademije.

Članovi Nadzornog odbora za svoj rad odgovaraju Skupštini Akademije kojoj su obvezni jednom godišnje ili kad Skupština Akademije to od njih zatraži podnijeti izvješće o radu.

Članak 26.

Nadzorni odbor ima pravo zatražiti uvid u dokumentaciju i sve podatke o radu i poslovanju Akademije. Predsjednik Akademije, Predsjedništvo Akademije i svaki član Akademije dužni su bez odlaganja omogućiti uvid u zatraženu dokumentaciju i podatke i dati tražene obavijesti.

Članovi Nadzornog odbora mogu prisustvovati sjednicama Predsjedništva Akademije, ali bez prava odlučivanja.

Nadzorni odbor može zatražiti sazivanje sjednica Predsjedništva Akademije i Skupštine Akademije ako utvrdi nepravilnosti u materijalno-financijskom ili drugom poslovanju Akademije, nemarnosti u izvršavanju poslova ili povrede Statuta i drugih općih akata Akademije.

Članak 27.

Sud časti raspravlja i odlučuje o povredama dužnosti članova Akademije, a može odlučivati i u sporovima između članova Akademije koji su nastali u obavljanju njihovog znanstvenog rada.

Sud časti ima pet članova koje na vrijeme od četiri godine bira Skupština Akademije između redovitih članova Akademije, s time da mogu biti izabrani više puta.

Članovi Suda časti biraju iz svojih redova predsjednika i dopredsjednika.

Sud časti donosi odluke na sjednicama kojima prisustvuju najmanje tri člana i donosi odluke većinom glasova svojih članova.

Članak 28.

Sud časti sastaje se prema potrebi, a mora se sastati najkasnije u roku od mjesec dana po primitku prijave.

Obrazloženu prijavu može dati Predsjednik Akademije, Predsjedništvo Akademije ili najmanje pet redovitih članova Akademije.

Sud časti je dužan raspraviti slučaj i donijeti odluku povodom prijave najkasnije u roku od tri mjeseca od primitka prijave.

Članak 29.

Sud časti može izreći sankcije:

- opomenu i
- ukor.

Sud časti može, ako postoje razlozi iz čl. 12. ovoga Statuta predložiti isključenje člana iz Akademije.

Ako sud časti uzme u razmatranje spor između članova Akademije nastojat će da se spor riješi pomirenjem na temelju etike znanstvenih djelatnika.

Članak 30.

Protiv odluke Suda časti kojom je izrečena opomena ili ukor, član ima pravo žalbe. O žalbi odlučuje Skupština Akademije.

Članak 31.

Imovinu Akademije čine sredstva kojima ona raspolaže.

Akademija ostvaruje prihode od:

- članarine;
- donacija i dotacija;
- sredstava dobivenih od strane međunarodnih organizacija koje podupiru rad i djelovanje Akademije;
- sredstava ostvarenih organiziranjem seminara i predavanja te od izdavačke djelatnosti sukladno zakonu;
- ostalih prihoda sukladno zakonu.

Članak 32.

Akademija upravlja imovinom u skladu s propisima o materijalno- finansijskom poslovanju neprofitnih organizacija.

Svi prihodi i rashodi određuju se finansijskim planom koji se donosi za jednu kalendarsku godinu i vrijedi za godinu za koju je donesen.

Po završetku godine za koju je donesen finansijski plan sastavlja se završni račun.

Predsjednik Akademije ima naredbodavno pravo u raspolaganju s imovinom društva.

V. STATUT I DRUGI OPĆI AKTI

Članak 33.

Statut je temeljni opći akt Akademije i svi drugi opći akti moraju biti u skladu s odredbama Statuta.

Prijedlog izmjena i dopuna Statuta i drugih općih akata priprema i utvrđuje Predsjedništvo i upućuje ga na raspravu Skupštini Akademije.

Predsjedništvo Akademije razmatra primjedbe i prijedloge koji su dani u raspravi, zauzima stavove o njima i utvrđuje prijedlog Statuta ili drugog općeg akta.

Članak 34.

Tumačenje odredaba Statuta i drugih općih akata daje Skupština Akademije.

Članak 35.

Sva unutarnja pitanja Akademije, kao i druga pitanja koja nisu uređena Statutom, a zahtjevaju detaljnu razradu, bit će uređena općim aktima koje donosi Skupština Akademije.

VI. PRIJELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Članak 36.

Akademija prestaje djelovati osim odlukom Skupštine Akademije ili Predsjedništva Akademije (članak 16. stavak 3. Statuta) i u slučajevima propisanim Zakonom. U slučaju prestanka djelovanja imovina Akademije postaje vlasništvo Republike Hrvatske.

Članak 37.

Osnivačka skupština može pravovaljano odlučivati ako je prisutna najmanje polovina od četrdeset članova utemeljitelja Akademije - osnivača udruge.

Osnivačka skupština donosi odluke dvotrećinskom većinom glasova prisutnih osnivača udruge.

Utemeljitelji Akademije koji ispunjavaju uvjete za izbor u redovito članstvo postaju redovitim članovima Akademije odlukom Osnivačke skupštine Akademije bez prethodnog postupka propisanog u članku 9. ovoga Statuta.

Radi omogućavanja registracije Akademije kao udruge građana i početka njenog djelovanja Osnivačka Skupština Akademije ovlaštena je pravovaljano izabrati Predsjednika Akademije i članove Predsjedništva Akademije.

Predsjednik Akademije obvezan je u roku od tri mjeseca od registracije Akademije sazvati Skupštinu Akademije na kojoj će biti izabrano 14 članova Znanstvenog vijeća sukladno članku 22. ovoga Statuta.

Znanstveno vijeće Akademije i Predsjedništvo Akademije obvezni su u roku od dva mjeseca od održane Skupštine Akademije iz prethodnog stavka ovoga članka provesti postupak za prijem ostalih redovitih članova i suradnika Akademije.

Predsjednik Akademije obvezan je u roku od 30 dana od primitka prijedloga za prijem redovitih članova i suradnika Akademije od strane Predsjedništva Akademije i Znanstvenog vijeća Akademije sazvati Skupštinu Akademije radi prijema novih redovitih članova Akademije i izbora članova Nadzornog odbora i Suda časti.

Članak 38.

Ovaj Statut stupa na snagu danom donošenja, a primjenjuje se danom upisa Akademije u registar pri nadležnom tijelu državne uprave.

Predsjednik Akademije:
Prof.dr.sc. Željko Horvatić