

# Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 5 | Br. 2 | 2016

## ČLANCI

Ustavne granice delegacije normativnih ovlasti neovisnim upravnim tijelima  
**Josip Vučković**

Revolucija koje nema: Izravno sudjelovanje građana u odlučivanju  
o "europskim pitanjima"  
**Matija Miloš**

Notifikacija kao element cesije tradžbine  
**Romana Matanovac Vučković, Matej Trkanjec**

Analyses of the request to settle disputes amicably in the Civil Procedure Act  
**Jadranka Osrečak**

## PRIKAZ

Prikaz ljetne škole europskog privatnog prava  
**Jan Torjanac**

**Zagreb Law Review**  
e-Journal of Postgraduate Studies of  
Faculty of Law, University of Zagreb

ISSN: 1848-6118



# ZAGREBAČKA PRAVNA REVIJA

**Elektronički časopis poslijediplomskih studija  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu**



[revija.pravo.unizg.hr](http://revija.pravo.unizg.hr)

**Nakladnik / Publisher**

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu / Faculty of Law of the University in Zagreb

**Glavna urednica / Editor-in-chief**

prof. dr. sc. Zlata Đurđević

**Izvršni urednik / Executive editor**

doc. dr. sc. Zoran Burić

**Tehnički urednik / Technical editor**

doc. dr. sc. Marko Jurić

**Uredništvo / Editorial board**

prof. dr. sc. Ivana Grgurev, prof. dr. sc. Ivana Jaramaz Reskušić, prof. dr. sc. Davorin Lapaš, prof. dr. sc. Gordana Marčetić, prof. dr. sc. Jasenko Marin, prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas, prof. dr. sc. Tamara Perišin, prof. dr. sc. Nina Tepeš, doc. dr. sc. Đorđe Gardašević, doc. dr. sc. Romana Matanovac Vučković, doc. dr. sc. Ivana Milas Klarić, dr. sc. Nevja Čičin Šain

**Međunarodno uredništvo / International editorial board**

prof. dr. sc. Gordan Kalajdžijev (Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju), prof. dr. sc. Barbara Kresal (Sveučilište u Ljubljani), prof. dr. sc. Nele Matz-Lück (Pravni fakultet u Kielu), prof. dr. sc. Meliha Povlakić (Pravni fakultet u Sarajevu), prof. dr. sc. Charles Szymanski (Sveučilište Vytautas Magnus, Pravni fakultet), prof. dr. sc. Katja Šugman Stubbs (Sveučilište u Ljubljani), prof. dr. sc. Polonca Kovač (Fakultet za javnu upravu Sveučilišta u Ljubljani), doc. dr. sc. Vasilka Sancin (Sveučilište u Ljubljani), prof. dr. sc. Miloš Živković (Pravni fakultet u Beogradu), dr. sc. Paul Cardwell (Sveučilište u Sheffieldu), dr. sc. Mitja Grbec (Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož), dr. sc. Jurij Toplak (Sveučilište u Mariboru), dr. iur. Nataša Hadžimanović (Institut *Max Planck*, Hamburg).

**Tajnik / Secretary**

Kristian Relković

**Lektor / Copyeditor**

prof. dr. sc. Petar Vuković

**Lektor za engleski jezik / Copyeditor for English language**

Mark Davies

**Adresa uredništva / Editorial board contact address**

Zagrebačka pravna revija  
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu  
Trg maršala Tita 14, 10 000 Zagreb

Tel: +385 1 4564 351  
Fax: +385 1 4564 381  
E-mail: kristian.relkovic@pravo.hr

*Izdavanje časopisa dijelom je financirano sredstvima Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske*

# SADRŽAJ

## ČLANCI

### **Josip Vučković**

Ustavne granice delegacije normativnih ovlasti neovisnim upravnim tijelima ..... 107

### **Matija Miloš**

Revolucija koje nema: Izravno sudjelovanje građana u odlučivanju o "europskim pitanjima" 133

### **Romana Matanovac Vučković, Matej Trkanjec**

Notifikacija kao element cesije tradžbine ..... 165

### **Jadranka Osrečak**

Analyses of the request to settle disputes amicably in the Civil Procedure Act ..... 185

## PRIKAZ

### **Jan Torjanac**

Prikaz ljetne škole europskog privatnog prava..... 219

# CONTENTS

## ARTICLEC

### **Josip Vučković**

Constitutional limits on the delegation of legislative power to independent administrative authorities ..... 107

### **Matija Miloš**

A revolution that is not: direct participation of citizens in decision-making on “European issues” ..... 133

### **Romana Matanovac Vučković, Matej Trkanjec**

Notification as an element of the assignment of receivables ..... 165

### **Jadranka Osrečak**

Analyses of the request to settle disputes amicably in the Civil Procedure Act ..... 185

## REVIEW

### **Jan Torjanac**

Review of the summer school of European private law ..... 219

## UVODNA RIJEČ

### IN MEMORIAM: DAVOR KRAPAC (1947.-2016.)

Poštovano čitateljstvo,

dana 2. studenog 2016. u 70. godini života zauvijek nas je napustio akademik Davor Krapac, dugogodišnji profesor Pravnog fakulteta u Zagrebu i bard hrvatske kaznenopravne misli. Akademik Krapac postigao je sve što se nalazi na hrvatskom pravnom horizontu: bio je redoviti profesor prava, predstojnik Katedre za kazneno procesno pravo, dekan Pravnog fakulteta u Zagrebu, ustavni sudac, član Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, autor antologijskih djela iz kaznenopravne znanosti, vrstan pravni pedagog i međunarodno priznat znanstvenik. Otišao je u akademskoj godini u kojoj smo mu trebali odati počast prilikom umirovljenja, nakon 43 godine rada na Pravnom fakultetu u Zagrebu, uključujući i razdoblje ustavnog sudovanja, u kojem je ostao znanstveno i nastavno naš aktivni vanjski suradnik, godinama svakodnevno dolazeći u popodnevnim satima na svoju Katedru. Njegovim preranim odlaskom ugasnula je intelektualna zvijezda za generacije naših studenata, sudaca, državnih odvjetnika, odvjetnika, kriminalista, profesora, pravnika i političara. Bio je čovjek iznimnog intelekta, profesor s karizmatičnim autoritetom, najplodniji suvremeni hrvatski pravni pisac, simbol uspjeha postignutog samoprijegornim radom, gospodin sa besprijekornim stilom i istaknutim individualizmom. Svoj je život posvetio napretku hrvatskog prava, pravne znanosti, pravnog obrazovanja i društva u cjelini, i pri tome ostvario teorijska, institucionalna, zakonodavna i pravno-praktična postignuća kojima je trajno zadužio cijelu pravnu struku, pravosuđe i akademsku zajednicu.

Malo je poznata činjenica da je akademik Krapac bio idejni začetnik Zagrebačke pravne revije. Ta crtica, sićušnog značaja u odnosu na njegov veleban doprinos hrvatskom pravu, pravnoj znanosti i pravnom podučavanju, otkriva osobinu koja je svojstvena samo onima najvećima. Pomicanje postojećih granica i rušenje ograda u kojima se krećemo bio je put kojim je koračao. Njegovo djelovanje u kaznenopravnom području učinilo ga je nukleusom hrvatskog kaznenopravnog razvoja i magnetom koji je okupljao cjelokupnu hrvatsku kaznenopravnu struku te ju je tri desetljeća vodio, bodrio i jačao. Uvijek je vidio jasnije i dalje te imao nepresušnu energiju, čvrstu volju i golemo znanje da ostvari svoje zamisli i pokrene nove oblike pravnog djelovanja. U njegovu impozantnom naslijeđu nalaze se i hrvatske pravne institucije kao što su: autor je sveučilišnog udžbenika „Kazneno procesno pravo: institucije“, danas najvrednije knjige iz teorije kaznenog procesnog prava; pokretač je i predsjednik Hrvatskog udruženja za kaznene znanosti i praksu, najvažnije kaznenopravne asocijacije stručnjaka iz akademije i prakse; osnivač je

i glavni urednik Hrvatskog ljetopisa za kazneno pravo i praksu, jedinog pravnog časopisa specijaliziranog za kazneno pravo, čijih danas više od 400 radova predstavljaju bogatu pravnu biblioteku te nepresušan izvor proučavanju povijesti, teorije i prakse za hrvatske krivičare; pokretač je i urednik kaznenopravno-kriminološke biblioteke Vladimir Bayer, koja je omogućila izdavanje magistarskih i doktorskih radova 20-ak mladih hrvatskih znanstvenika. Svojim djelovanjem stvorio je infrastrukturu hrvatske kaznenopravne struke izvan državnih institucija te dugoročne platforme za razvoj kaznenopravnih stručnjaka svih profila, od znanstvenika do sudskih i pravosudnih djelatnika.

Davor Krapac rođen je 31. kolovoza 1947. u Zagrebu. Nakon završenog Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu 1971. godine iste se godine zaposlio u odvjetničkom uredu i upisao Poslijediplomski studij iz krivičnopravnih znanosti. Godina 1973. bila je vrlo uspješna za mladog poslijediplomca Krapca te je otkrila njegov ogromni intelektualni potencijal i radni entuzijazam. U toj je godini uspio magistrirati na temu "Cestovna prometna delinkvencija stranaca", položiti pravosudni ispit te objaviti dva znanstvena rada u časopisima Naša zakonitost i Odvjetnik. Na poziv profesora Vladimira Bayera odlučio se za akademsku karijeru te je iste 1973. godine izabran za asistenta na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu. Davor Krapac izrastao je u raskošnom kaznenoprocenom svijetu akademika Vladimira Bayera. Bayerov znanstveni opus bio je plodno i bogato tlo za razvoj mladog znanstvenika, ali i velika obveza i odgovornost za nasljednike. Od samog početka karijera Davora Krapca strelovito je napredovala; nakon obrane doktorske disertacije na temu "Neposredni i posredni dokazi u kaznenom postupku" 1980. godine izabran je za docenta 1981. godine, za redovitog profesora 1987. godine, a sljedeće godine, a u 52. godini života, dosegao je posljednju znanstveno-nastavnu stepenicu izborom od strane Senata Sveučilišta u Zagrebu za redovitog profesora u trajnom zvanju. Hrvatski ga je sabor 2007. godine izabrao za suca Ustavnog suda Republike Hrvatske. Za svoja znanstvena djela nagrađen je nizom nagrada, a krunsko priznanje ostvario je izborom za redovitog člana Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti 2012. godine. Nakon isteka mandata u Ustavnom sudu početkom 2016. godine vratio se u radni odnos u svoju matičnu kuću Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

Od početka je profesionalni put Davora Krapca bio ispunjen intenzivnim i kontinuiranim znanstvenim radom, koji će u sljedeća četiri desetljeća rezultirati opusom dovoljnim da ispuni višestruke osobne znanstvene bibliografije. Objavio je 17 knjiga, od kojih 11 kao samostalan autor, više od 130 znanstvenih radova i stotine drugih publikacija, poput komentara sudske prakse, prikaza znanstvenih skupova, povijesnih pregleda (npr. 50 godina Poslijediplomskih studija iz kaznenopravnih znanosti na PFZ-u), rasprava, nekrologa (Peter Kobe, Vladimir Bayer, Nikola Tintić), desetke vrsnih uvodnih riječi u časopisima i knjigama te brojne druge priloge, koji su ga prometnuli u prvorazrednog kroničara hrvatske kaznenopravne kulture. Njegovi prijevodi niza radova istaknutih suvremenih kaznenopravnih teoretičara (Weigenda, Schicka, Cudahyja, Damaške, Zupančića, Herrmanna, Ambosa i Ruegenberga) tijekom 1990-ih godina dokazuju posvećenost prosvjetiteljskoj misiji koju je obavljao za hrvatsku kaznenopravnu struku.



Primarna usmjerenost na razvoj i problematiku unutarnjeg prava nije ga odvojila od međunarodne scene. Profesor Krapac bio je poliglot koji je objavio više od trideset radova na engleskom, njemačkom, francuskom i slovenskom jeziku u časopisima raznih europskih država. Bio je ponosni humboldtovac te je surađivao s nizom najvažnijih inozemnih i međunarodnih kaznenopravnih institucija i organizacija, poput Instituta za strano i međunarodno kazneno pravo Max Planck u Freiburgu, za koji je zajedno s profesorom Petrom Novoselcem godinama izrađivao kaznenopravna nacionalna izvješća. Održao je niz glavnih i nacionalnih referata na mnogobrojnim međunarodnim konferencijama te je predavao i na inozemnim sveučilištima u Mariboru, Ljubljani, Sarajevu, Grazu i Budimpešti. Bio je aktivan na više kongresa i kolokvija Međunarodnog udruženja za kazneno pravo (AIDP) te je osobno zaslužan za osnutak hrvatske nacionalne grupe AIDP i za intenzivnu uključenost hrvatskih eksperata u tijela i rad tog najvažnijeg kaznenopravnog međunarodnog udruženja. Uključio je Hrvatsku i u rad europskih kaznenopravnih udruga utemeljivši Hrvatsku udrugu za europsko kazneno pravo. Posebno treba istaknuti njegovo dugogodišnje prijateljstvo i znanstvenu suradnju sa svojim prethodnikom na Katedri Mirjanom Damaškom, koji je otišao godinu dana prije dolaska asistenta Krapca te postao sterling profesorom na američkom Sveučilištu Yale. Zaslugom profesora Krapca taj znanstvenik svjetskog značaja i ugleda nakon više od dvadeset godina ponovno je kontinuirano objavljivao radove u Hrvatskoj te držao predavanja našim poslijediplomcima i stručnoj javnosti. Odlazak profesora Krapca s izrazima poštovanja i tuge popratila su velika međunarodna imena kaznenopravne znanosti, među kojima Thomas Weigend, John Vervaele, Andre Klip, Joachim Herrmann, Gert Vermeulen, Ljubo Bavcon, Alenka Šelih, Katja Šugman, Matjaž Jagera i drugi.

Nije moguće prikazati sve bogatstvo sadržaja literarnog stvaralaštva akademika Krapca. No o njegovu značaju puno otkriva činjenica da njegov znanstveni opus predstavlja znatan dio hrvatske teorije kaznenog procesnog prava, prava o međunarodnoj kaznenopravnoj pomoći, međunarodnog kaznenog prava i ustavnog prava. K tome, slijedeći tradiciju svojeg učitelja akademika Vladimira Bayera, nastavio je razvijati kaznenopravnu povijest, *inter alia*, objavivši knjigu "Engleski kazneni postupak", poučavajući je na nastavi poslijediplomskog studija iz kaznenopravnih znanosti te kontinuirano potičući izradu i objavu povijesnih radova niza mlađih kolega. U zadnjem desetljeću, nakon odlaska na Ustavni sud, zdušno se okrenuo izučavanju ustavnog prava i kroz nekoliko godina objavio je niz članaka i knjigu o postupku pred Ustavnim sudom.

Moto profesora Krapca sažet je u znamenitoj izreci Winstona Churchilla koju je posebno cijenio: „Raspoloženje i temperament javnosti u pogledu postupanja prema kriminalitetu i počiniteljima jedan su od nepogrešivih testova civilizacijskog dosega svake zemlje“ (*The mood and temper of the public in regard to the treatment of crime and criminals is one of the most unfailing tests of the civilisation of any country*). Vođen idejom pridruživanja Hrvatske demokratskoj i legalističkoj europskoj civilizaciji, profesor Krapac trajno se borio protiv neograničene i arbitrarne državne moći kroz kaznenopravni sustav, neumorno ponavljajući zahtjev za određivanjem preciznih i čvrstih granica represivnim

ovlastima državnih tijela koja ne smiju ograničiti ljudska prava i slobode više nego što je to "nužno u najmanjoj mjeri". Bio je u zenitu životnog i radnog napona kada je Hrvatska prelazila iz autokratskog u demokratski politički sustav te je odigrao ključnu ulogu u transformaciji kaznenog postupka jednopartijske države u kazneni postupak države ustavne demokracije i vladavine prava. Jugoslavenski kazneni postupak bio je formalno i nomotehnički postupak zapadnoeuropskog tipa s procesnim načelima i oblicima koji su po formi i kvaliteti bili istovjetni postupcima u zapadnoeuropskim pravnim državama. Razlozi se nalaze u njegovu izviranju iz mješovitog tipa kaznenog postupka austrijskog Kaznenoprocualnog reda iz 1873., u noveli jugoslavenskog ZKP-a iz 1967. godine te pripadnosti hrvatskih kaznenoprocenih teoretičara europskoj kontinentalnoj pravnoj tradiciji, koji su u jugoslavensko kaznenoproceno pravo i unijeli zapadnoeuropski kaznenoproceni instrumentarij, uključujući i institute koji u nedemokratskom sustavu s jedinstvom vlasti nisu imali svoj *ratio*. Međutim, kako je svako nacionalno kazneno procesno pravo dio represivnog sustava vlasti i stoga primarno odraz pravno-političkog režima države, novi Ustav Republike Hrvatske iz 1990. godine zahtijevao je fundamentalnu reformu vrijednosti i načela kaznenog postupka i kaznenog pravosuđa. Država Hrvatska za provođenje tog neizmjerljivo važnog zadatka za uspješnost pravne i društvene tranzicije pouzdala se u mudrost, znanje i rad profesora Davora Krapca. On ne samo što je u hrvatsko kazneno procesno pravo uveo i teorijski utemeljio ishodišne institute koji su demokratizirali i liberalizirali kazneni postupak, kao što su ljudska prava, neovisnost sudstva, načelo razmjernosti, načelo javnosti, pravo na obranu, trajanje kaznenog postupka, pravični postupak i sve druge njegove sastavnice, nego je bio doslovno i njihov zakonopisac, formulirajući najveći dio zakonskih i podzakonskih propisa ključnih za oblikovanje kaznenog postupka i organizaciju pravosuđa.

Iako je pojam konstitucionalizacije kaznenog procesnog prava u Republici Hrvatskoj ustavni sudac i akademik Krapac teorijski razradio u istoimenom znanstvenom radu iz 2011., retrospektivni pogled otkriva da je njezinu provođenju posvetio svoj cjelokupni radni vijek. Moguće je razlikovati tri faze njegova djelovanja na konstitucionalizaciji hrvatskog kaznenog postupka i pravosuđa. Prva je započela radovima o zaštiti ljudskih prava u kaznenom postupku još u socijalističkoj Jugoslaviji (primjerice 1973. i 1980.), a kulminirala je sveobuhvatnim radom objavljenim u praskozorje demokratskih promjena 1989. godine naslovljenim "Osnovna prava čovjeka i građanina i načela krivičnog postupka". U drugoj fazi, u 1990-im godinama, u velikom broju radova teorijski razvija pojedine elemente pravičnog postupka sukladno praksi Europskog suda za ljudska prava i integralno ih ugrađuje u suvremenu hrvatsku teoriju kaznenog procesnog prava kroz nekoliko izdanja svojeg udžbenika. To razdoblje počinje kao član Ustavne komisije Sabora, koja je pripremila tekst u Ustava Republike Hrvatske od 22. prosinca 1990., te nastavlja kao stalni savjetnik Ministarstva pravosuđa, koji kroz dva desetljeća predvodi brojne zakonodavne reforme ispisujući odredbe zakona o kaznenom postupku, državnom odvjetništvu, USKOK-u, policiji, zaštiti svjedoka, izvršenju kazne zatvora, o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima i dr. Treću fazu konstitucionalizacije ispisuje ustavni sudac i akademik Davor Krapac, koji razvija ustavno kazneno procesno pravo kroz

obrazloženja presuda Ustavnog suda, s kulminacijom u prijelomnoj presudi iz srpnja 2012. kojom je ukinut velik dio Zakona o kaznenom postupku. Kroz četiri godine intenzivno djeluje u tijelima i aktivnostima Akademije, pišući radove, razvijajući širu ustavnopravnu diskusiju i upozoravajući na akutne probleme hrvatskog pravosuđa.

Akademski građanin Davor Krapac, svjestan važnosti kritičke pravne misli i kritičkog pravnog diskursa za vladavinu prava te razvoj pravne teorije i pravne prakse, poticao je raspravu i argumentirano sučeljavanje na svim razinama, na seminaru iz kaznenog procesnog prava, na svojoj Katedri, na skupovima strukovnih udruženja, u stručnim časopisima. Nebrojeno je puta u svojim pisanim radovima te službenim i javnim istupima upozoravao na nezakovitosti i nestručnosti tijela vlasti. Tako se kao član Državnog sudbenog vijeća suprotstavljao njegovu tadašnjem predsjedniku tvrdeći da praksa toga tijela krši elementarna pravna načela, primjenjuje nejasne i netransparentne kriterije pri izboru sudaca, te se zalagao za ukidanje disciplinske osude u predmetu Olujić, koja je presudom Europskog suda za ljudska prava zabilježena kao jedna od najtežih povreda vladavine prava u Republici Hrvatskoj; kontinuirano je upozoravao, osobito u uvodnim riječima Ljetopisa, na višestruke pokušaje instrumentalizacije kaznenog prava od strane političke vlasti uvođenjem inkriminacija u "gotovo nagonskom refleksu na trenutačne političke probleme", na *ad hoc* odlučivanje o strateškim pitanjima reforme kaznenog zakonodavstva "na razini malih stručnih grupa i singularnih odluka pojedinih ministara koji se rukovode kratkoročnim, političkim interesima vladajućih", na višestruke pogreške mladog zakonopisca dok je "vozio u petoj brzini", govorio je da "sjaj zakonodavčeva čelika u borbi protiv kriminala potamnjuje sve veći broj slučajeva Europskog suda za ljudska prava"; kao ustavni sudac kritizirao je Ustavni sud zbog "grijeha" koje je u njegovu postupanju utvrdio Europski sud za ljudska prava u svojim presudama. U zadnjim godinama, ustvrdio je da je sve sigurniji da se svaka generacija ponovno mora izboriti za svoja prava.

Crtica o iniciranju Zagrebačke pravne revije s ciljem stvaranja elektroničkog časopisa za objavljivanje radova studenata poslijediplomskih studija dio je njegove kontinuirane brige za studente, doktorande i mlađe kolege. Bio je učitelj u iskonskom smislu, prosvjetiteljski je prenosio znanje, otvarao nove vidike, nesebično poticao na izazove te nadasve poštivao akademske slobode. Kao dugogodišnji predstojnik izgradio je jaku Katedru za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu vodeći se težnjom prema profesionalnom elitizmu i izvrsnosti te ljubavlju i brigom za njezine članove. S jedne strane vodio ih je sigurnom rukom, usmjeravao i poticao na putu intelektualnog istraživanja, a s druge im je pružao mogućnost za nesmetani i autonomni profesionalni razvoj odgurujući ih u svijet i prepuštajući ih vlastitom snalaženju, odlučivanju i životnim iskušenjima. Pokazivao je velik interes za ljude s kojima je radio, volio se sa njima družiti, izmjenjivati misli i riječi. Njegovao je životna prijateljstva, pisao pisma i redovito čestitao godišnjice i blagdane. Osobno sam ponosna i osjećam se privilegiranom što je bio moj učitelj, mentor, kolega i prijatelj. Između brojnih drugih znanja i vještina koje mi je prenio, naučio me i tajnama uredničkog posla, za koji je mudro, temeljem dugoročnog iskustva

govorio da je “kruh sa sedam kora”. Ostavio je iza sebe bogatstvo u znanstvenom, pravnom i društvenom smislu, koje će nam uvijek biti dostupno. No zauvijek će nam nedostajati njegova mudra riječ vodilja, intelektualno izazovne duge rasprave uz kavu, topli prijateljski razgovori, doticaj sa živom riječi istinskog znanstvenika i svestranog erudita, izloženost njegovu oštromnom humoru i pronicljivom pogledu te treptaj njegova brka koji otkriva zadovoljni smiješak. Uredništvo se ovim brojem Revije oprašta od našeg idejnog začetnika akademika Davora Krapca i poručuje: *Acta est fabula, plaudite!*

Glavna urednica

prof. dr. sc. Zlata Đurđević

# ČLANCI



# USTAVNE GRANICE DELEGACIJE NORMATIVNIH OVLASTI NEOVISNIM UPRAVNIM TIJELIMA

*Izvorni znanstveni rad*

UDK 35.072.6  
35.078.3:342.5  
342.5.01  
340.5

*Primljeno: 1. srpnja 2016.*

Josip Vučković\*

---

*U svjetlu sve češćeg preispitivanja ustavnopravnog statusa hrvatskih neovisnih regulatora nužno je pobliže razmotriti ustavne granice delegacije normativnih ovlasti takvim tijelima te utjecaj tih granica na njihov položaj u strukturi državne vlasti. Neovisni regulatori jedina su politički neodgovorna tijela unutar hrvatskog upravnog sustava kojima je delegirana ovlast za donošenje podzakonskih propisa. Radi se o tijelima koja nisu hijerarhijski podređena niti formalno odgovaraju ustavnom nositelju izvršne vlasti, dok im zakonodavac istovremeno ostavlja određenu razinu diskrecije u provedbi propisa koje sama donose. Određivanje granica delegacije normativnih ovlasti takvim tijelima, odnosno dopuštenog opsega diskrecije u vršenju delegiranih ovlasti, ustavnopravna teorija nedvosmisleno veže uz ostvarivanje načela diobe vlasti, narodnog suvereniteta, demokracije i vladavine prava. O tome ovisi i opseg normativnih ovlasti koje zakonodavac može delegirati neovisnim upravnim tijelima te ukupan položaj tih tijela u strukturi državne vlasti. U ovom radu nastoje se jasno izložiti ustavne granice delegacije normativnih ovlasti neovisnim upravnim tijelima u anglosaksonskom i kontinentalnom pravnom sustavu na način kako one proizlaze iz pozitivnih ustavnih norma, ustavnosudske prakse i prevladavajuće ustavne doktrine. Posebna pozornost posvećena je primjerima iz SAD-a i Njemačke jer te države predstavljaju suprotne pristupe uređivanju sustava regulatornih tijela i njihovih ovlasti. Zaključno se analizira specifičan hrvatski model regulatorne agencije i ustavnopravne dvojbe koje uzrokuje te se nastoje predložiti konkretna normativna rješenja tih dvojba.*

Ključne riječi: delegacija normativnih ovlasti, neovisni regulatori, zakonski rezervat, dioba vlasti, vladavina prava

---

## 1. UVOD

Sukladno konstitucionalističkoj interpretaciji načela vladavine prava, svaka vlast u svojoj ukupnosti, a tako i njezine pojedine grane ili funkcije, moraju djelovati u okvirima utvrđenima i ograničenima ustavnim pravom. Jednako tako sadržaj pozitivnog zakonodavstva i izvedena institucionalna rješenja trebaju biti u skladu s temeljnim ustavnim načelima, čija je svrha, među ostalim, osigurati i ograničenja i provjeru

---

\* Josip Vučković, polaznik poslijediplomskog studija javnog prava i javne uprave na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

djelovanja nositelja vlasti te u konačnici njihovu odgovornost prema građanima.<sup>1</sup> Imajući to na umu, a u svjetlu sve češćeg preispitivanja ustavnopravnog statusa hrvatskih neovisnih regulatora, nužno je pobliže razmotriti ustavne granice delegacije normativnih ovlasti takvim tijelima te utjecaj tih granica na njihov ukupan položaj u strukturi državne vlasti. Nužnost podvrgavanja neovisnih regulatora takvoj analizi proizlazi iz toga što su to jedina politički neodgovorna tijela unutar našeg upravnog sustava kojima su delegirane normativne ovlasti. Ta tijela nisu formalno hijerarhijski podređena niti izravno odgovaraju ijednom drugom tijelu unutar izvršne grane vlasti, a istovremeno im je ostavljena određena razina diskrecije pri donošenju kako konkretnih tako i općenormativnih akata, odnosno povjerene su im bitne nadzorne ovlasti u upravnim područjima koja dijelom samostalno normativno uređuju.

Normativna ovlast ovdje podrazumijeva ovlast upravnih tijela za donošenje podzakonskih propisa, odnosno eksternih općenormativnih i pravno obvezujućih akata radi izvršenja i/ili provedbe zakona, odnosno propisa više pravne snage, a koji uređuju odnose na općenit način i koji djeluju *erga omnes*.<sup>2</sup> Normativna je ovlast u ovom slučaju prenesena, odnosno delegirana upravnim tijelima od strane ovlaštenog državnog tijela više hijerarhijske razine.<sup>3</sup> U parlamentarnim demokracijama u pravilu je to zakonodavac kao (eksplicitno ili implicitno) jedini ustavno ovlašteni delegant normativnih ovlasti, koji zakonom „odlučuje o nastanku, sadržaju, usmjerenju i egzistenciji dane ovlasti.“<sup>4</sup>

Nadalje, s obzirom na to da dio autora nastoji razlikovati regulatore od „običnih“ upravnih tijela dajući im mješovit ustavnopravni karakter,<sup>5</sup> za potrebe ovoga rada uzima se zadanim da se u osnovi radi o upravnim tijelima koja jesu dio izvršne vlasti, a čiji položaj i ovlasti jesu ili nisu u skladu s pozitivnim ustavnim normama. Bitna obilježja koja ta tijela čine regulatorima jesu funkcionalna, a ne organizacijska. Naime upravna tijela nemaju inherentnih „regulatornih ovlasti“ pa postaju regulatori tek ako im zakonodavac delegira normativnu ovlast. Ako su ta tijela pritom i formalno politički neovisna o nositelju izvršne

<sup>1</sup> Šire u Smerdel, Branko, „Konstitucionalizam i promjena vlasti“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, 50(1-2), 2000, str. 6-7, *id.*, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013, str. 9. U širem smislu okosnica je toga sadržaja zaštita ustavnih jamstava ljudskih prava i temeljnih sloboda.

<sup>2</sup> Vidi tč. 3. obrazloženja Rješenja USRH br. U-II-5157/2005 od 5. ožujka 2012. (NN 42/12), šire u Omejec, Jasna i Banić, Slavica, „Diferencijacija propisa i općih akata u budućoj praksi Ustavnog suda i Upravnog suda u povodu Zakona o upravnim sporovima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 49(2), 2012, str. 318-319.

<sup>3</sup> „U najširem smislu svaka se delegacija ovlasti podrazumijeva kao radnja putem koje nositelj određene ovlasti (delegant) prenosi njeno vršenje ili njen dio na neki drugi organ (delegatar)“, prema Bačić, Arsen, *Leksikon Ustava Republike Hrvatske*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2000, str. 410.

<sup>4</sup> Vidi Barić, Sanja, „Zakonodavna delegacija i zakonski rezervat“, *Hrvatska javna uprava*, 6(1), 2006, str. 195-196.

<sup>5</sup> Vidi Christensen, Tom i Læg Reid, Per (ur.) *Autonomy and Regulation: Coping with Agencies in the Modern State*, Edward Elgar, 2006, str. 13; Petrović, Siniša, „Pojam i uloga nezavisnih regulatora“, *Pravo u gospodarstvu*, 47(3), 2008, str. 474; Koprić, Ivan, Musa, Anamarija i Đulabić, Vedran, „Europski standardi regulacije službi od općeg interesa: (kvazi)nezavisna regulacijska tijela u izgradnji modernog kapitalizma“, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, 8(3), 2008, str. 667; Koprić, „Razvoj i problemi agencijskog modela s posebnim osvrtom na nezavisne regulatore“, u: Đulabić (ur.), *Agencije u Hrvatskoj*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013, str. 9.



vlasti, postaju neovisni regulatori.<sup>6</sup> Ovlasti neovisnih regulatora za rješavanje u upravnim stvarima i prvostupanjsko sankcioniranje prekršaja ovdje se zasebno ne razmatraju jer se radi o funkcijama izvršne vlasti koje izvorno ne pripadaju zakonodavcu pa ih on zakonom ne delegira, nego utvrđuje u nadležnost određenog upravnog tijela.<sup>7</sup> Radi jasnoće u nastavku rada za neovisne se regulatore općenito koristi izraz „tijela“ u smislu tijela (organa) vlasti bez obzira na njihov pravni oblik, dok se izrazom „agencija“ referira na američke (i druge) regulatorne agencije koje se i formalno tako nazivaju.

Neovisna regulatorna tijela izvorno su nastala u anglosaksonskom pravnom sustavu, a pod utjecajem dominantnih neoliberalnih ekonomskih politika i neomenadžerskih upravnih doktrina najzad su bila implementirana i u upravne sustave država kontinentalnog pravnog kruga.<sup>8</sup> Pobornici tog procesa političku neovisnost delegatara vide kao jedan od temeljnih argumenta za delegaciju te pretpostavku nepristranosti i profesionalizma u vršenju delegiranih ovlasti.<sup>9</sup> Za bolje razumijevanje takva pristupa treba se osvrnuti na teoriju nevećinskih institucija, koju razvijaju pobornici koncepta regulatorne države.<sup>10</sup> U tom se krugu delegacija tijelima koja nisu izravno izabrana niti odgovorna biračima vidi kao „zaštita manjine od tiranije većine te zaštita sudskih, izvršnih i upravnih funkcija od predstavničkih skupština i nestalnog javnog mnijenja“.<sup>11</sup> Sukladno tome vjerodostojno obvezivanje deleganta i neovisnost delegatara u regulaciji tržišta

---

<sup>6</sup> Razlika je jasnija na primjeru upravnog tijela koje je zakonom ovlašteno donositi propise, a čijeg čelnika nositelj izvršne vlasti smjenjuje po volji, čime se na njega posredno odražava volja birača izražena kroz institute predstavničke demokracije. S druge su strane upravna tijela s normativnim ovlastima čije čelnike štiti zakonom utvrđen fiksni mandat (često dulji od izbornog ciklusa), iznimno restriktivno utvrđeni uvjeti za smjenu te izuzetost od instancijskog nadzora, odnosno formalno utvrđena neodgovornost spram nositelja izvršne vlasti. Za opću definiciju neovisnih regulatora v. Smerdel, „Regulatorne agencije“, *Informator*, br. 5432, 2006, str. 1; Petrović, *op. cit.* (bilj. 5), str. 465.

<sup>7</sup> Ovlast za sankcioniranje prekršaja od najranijih je dana moderne države pridržana (i) upravi radi učinkovitog održavanja javnog poretka i društvene discipline; v. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002, str. 529-530; Aviani, Damir, *Prekršajno pravo*, PFST, Split, 2013, str. 7. Na europskoj razini vidi se tendencija širenja kaznene funkcije uprave izvan tradicionalnih takvih područja (npr. poreza i carina) u područja zaštite okoliša, energetike i sl.; v. *ibid.*, str. 12. O ovlastima hrvatskih regulatora u području prekršajnog prava šire u Staničić, Frane, „Izazovi usklađivanja ovlasti regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj s pravnom stečevinom Europske unije“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, 7(1), 2016, str. 60-93.

<sup>8</sup> Šire u Vučković, Josip, „Demokratski legitimitet politički neodgovornih upravnih tijela u poredbenom ustavnom pravu“, *Zagrebačka pravna revija*, 4(2), 2015, str. 144-145.

<sup>9</sup> Vidi Stone Sweet, Alec i Thatcher, Mark, „Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions“, *West European Politics*, 25(1), 2002, str. 9-12; o „tehničkim, političkim i demokratskim razlozima“ za stvaranje agencija v. i Koprić, Musa i Đulabić, *op. cit.* (bilj. 5), str. 665-666; Musa, *Agencijski model javne uprave*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2014, str. 135-136.

<sup>10</sup> O „regulatornoj državi“ šire u Majone, Giandomenico, „From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance“, *Journal of public policy*, 17(2), 1997, str. 139-167; v. i Jordana, Jacint i Levi-Faur, David, „The Politics of Regulation in the Age of Governance“ u Jordana, Levi-Faur (ur.), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar, 2004, str. 3-15; Musa, *op. cit.* (bilj. 9), str. 88-112.

<sup>11</sup> Majone, „From the Positive to Regulatory State“, *op.cit.* (bilj. 10), str. 160. Time se koncept nastoji teorijski ojačati naslanjanjem na Madisonov model demokracije, koji teži podjeli, delegaciji i ograničenju vlasti; v. i Maggetti, Martino, „Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review“, *Living Reviews in Democracy*, 2, 2010, str. 2-3.

nužni su za stabilnost javnih politika, no načela ustavnosti i demokracije nisu suštinski povezana niti je većinsko odlučivanje nužno za ostvarivanje javnog interesa.<sup>12</sup>

S druge strane u ustavnopravnoj teoriji (kako u kontinentalnom tako i u anglosaksonskom pravnom krugu) određivanje jasnih granica delegacije neovisnim tijelima te dopuštenog opsega diskrecije u vršenju delegiranih ovlasti veže se uz ostvarivanje načela diobe vlasti, narodnog suvereniteta, demokracije i vladavine prava.<sup>13</sup> Naime, svaka delegacija normativnih ovlasti u određenom opsegu mijenja ravnotežu nositelja izvršne i zakonodavne vlasti u korist izvršne, a u ekstremnijim slučajevima može dovesti u pitanje diobu vlasti kao jedno od temeljnih načela parlamentarizma.<sup>14</sup> Ako je delegatar upravno tijelo koje nije subordinirano ustavnom nositelju izvršne vlasti, ili, u ekstremnijem slučaju, upravno tijelo koje je formalno politički neodgovorno u odnosu na izabrane nositelje vlasti u državi, dovode se u pitanje i načela narodnog suvereniteta i demokracije.<sup>15</sup> Ako pri delegaciji normativnih ovlasti nisu jasno utvrđene granice diskrecije koju ima delegatar, ostavlja se prostora arbitrarnosti i u donošenju i u provedbi tih propisa (osobito ako obje funkcije obavlja isto tijelo), što pak dovodi u pitanje načelo vladavine prava.<sup>16</sup> Tu treba istaknuti da i ustavnopravni koncept političke odgovornosti delegatara počiva na načelu vladavine prava u širem smislu,<sup>17</sup> kao i načelima narodnog suvereniteta i demokracije, na što se naslanja (i dalje razrađuje) teorija demokratskog lanca.<sup>18</sup> Politička odgovornost izabranih nositelja vlasti ostvaruje se i kroz ustavom utvrđene odnose među granama vlasti (*Checks and Balances*)<sup>19</sup> te kroz ustavna jamstva njihove smjenjivosti u skladu s demokratski izraženom voljom birača, što je još uvijek „najvažnije sredstvo kakva takva održavanja sustava odgovornosti nositelja izvršne vlasti“.<sup>20</sup>

O utvrđenosti ustavnih granica delegacije neposredno ovisi i opseg normativnih ovlasti koje je zakonodavcu dopušteno delegirati neovisnim upravnim tijelima i ukupan položaj tih tijela u strukturi državne vlasti. Kako je ustavnopravni karakter tog modela upravne

---

<sup>12</sup> Majone, „Europe’s ‘Democratic Deficit’: The Question of Standards“, *European Law Journal*, 4(1), 1998, str. 11, 18-19; *id.*, „Non-majoritarian institutions and the limits of democratic governance: a political transaction-cost approach“, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 157(1), 2001, str. 57-58; za širu kritiku tog teorijskog pristupa v. Follesdal, Andreas i Hix, Simon, „Why there is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik“, *Journal of Common Market Studies*, 44(3), 2006, str. 533-557.

<sup>13</sup> Vidi Lawson, Gary, „Delegation and Original Meaning“, *Virginia Law Review*, 88(2), 2002, str. 332; Currie, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, str. 125-133.

<sup>14</sup> Barić, Sanja, *op. cit.* (bilj. 4), str. 198, 216.

<sup>15</sup> Vidi *ibid.*, str. 199-202, 205.

<sup>16</sup> Shane, Peter M., „Chevron Deference, The Rule of Law, and Presidential Influence in the Administrative State“, *Fordham Law Review*, 83(2), 2014, str. 679, 682.

<sup>17</sup> Vidi *supra*, bilj. 2

<sup>18</sup> Šire *infra*, poglavlje 3, potpoglavlje 3.1. Demokratski lanac delegacije vlasti i povratni lanac odgovornosti smatra se jednim od elemenata ustavne vladavine, v. „Features of Constitutional Government“, u: *Encyclopædia Britannica* ([www.britannica.com/topic/constitution-politics-and-law/Rousseau-and-the-general-will](http://www.britannica.com/topic/constitution-politics-and-law/Rousseau-and-the-general-will)).

<sup>19</sup> Smerdel, *Ustavno uređenje, op.cit.* (bilj. 1), str. 10, 15-16, 175, 192.

<sup>20</sup> *Ibid.*, str. 174; *id.*, „Odgovornost u parlamentarnoj demokraciji: Zaključci nakon tri desetljeća istraživanja“, u: Bačić (ur.) *Ustavna demokracija i odgovornost, zbornik radova*, HAZU, Zagreb, 2013, str. 69.

organizacije već i načelno dvojben, može se reći i da je intenzitet njegove primjene proporcionalan ustavnopravnim dvojbama koje iz toga proizlaze.<sup>21</sup>

U ovom radu nastoje se jasno izložiti ustavne granice delegacije normativnih ovlasti neovisnim upravnim tijelima u anglosaksonskom i kontinentalnom pravnom sustavu na način kako one proizlaze iz pozitivnih ustavnih norma, ustavnosudske prakse i prevladavajuće ustavne doktrine. Svrha je toga pokazati u kojoj su mjeri takve granice primijenjene u Hrvatskoj, u kojoj se mjeri poštuju ili bi se trebale poštovati te dati neke primjenjive prijedloge za uređenje domaćeg sustava. Posebna je pozornost posvećena primjerima iz SAD-a i Njemačke jer te dvije države predstavljaju suprotne pristupe uređivanju sustava regulatornih tijela i njihovih ovlasti.<sup>22</sup> Oba su primjera za nas važna jer je pri uvozu regulatornog modela u Hrvatsku došlo do posuđivanja iz oba pristupa te posljedičnog neuklapanja takva „hibridnog“ modela u hrvatski ustavni sustav.<sup>23</sup>

## 2. UTVRĐIVANJE USTAVNIH GRANICA I OPSEGA DELEGACIJE NEOVISNIM UPRAVNIM TIJELIMA U SAD-U

Neovisna regulatorna tijela američki su „izvozni proizvod“, a svoj nastanak i razvoj najviše duguju specifičnim političko-gospodarskim okolnostima i posebnostima američkog ustavnog i upravnog sustava.<sup>24</sup> Izvorno, radi se o samostalnim upravnim tijelima s kolegijalnim čelništvom koje Kongres zakonom osniva i ovlašćuje za donošenje provedbenih propisa te izdavanje i oduzimanje dozvola za ulazak na određeno regulirano tržište, kao i inspekcijski nadzor (što uključuje i izricanje upravnih mjera i prekršajnopравnih sankcija) nad subjektima koji na tom tržištu djeluju.<sup>25</sup> Članove regulatornih vijeća (komisija) koja upravljaju agencijskom strukturom imenuje Predsjednik na unaprijed propisan rok, a sredstva za rad odobrava im Kongres. U nekim slučajevima tek formalno utvrđena neovisnost razlikuje taj tip agencije od drugih upravnih tijela, također „agencija“, kojima su povjerene suštinski iste ovlasti, no nisu

---

<sup>21</sup> Smerdel, „Nezavisni regulatori i vladavina prava - hrvatska praksa u svjetlu američkog iskustva“, u: Barbić, Jakša i Giunio, Miljenko (ur.), *Zbornik 50. jubilarnog susreta pravnika: Opatija '12*, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2012, str. 37, 39-42; Casazza, David, „Liberty Requires Accountability: Checking Delegations to Independent Agencies“, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 38(2), 2015, str. 730-732.

<sup>22</sup> Kako bi zaključci iz analize bili primjenjivi u Hrvatskoj, među kontinentalnoeuropskim primjerima u drugom dijelu rada obrađene su samo europske parlamentarne demokracije s pravnom i upravnom tradicijom sličnom hrvatskoj u kojima djeluju donekle samostalna regulatorna tijela, bez obzira na njihov pravni oblik i službeni naziv.

<sup>23</sup> Vidi Smerdel, „Platypus Reconsidered: How to Integrate Independent Regulators into the Croatian Constitutional Order“, u: Bodiřoga Vukobrat, Nada, Sander, Gerald i Barić, Sanja (ur.), *Regulierungsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2012, str. 12-13.

<sup>24</sup> O povijesnom razvoju američkih regulatora šire u Smerdel, *Evolucija predsjedničke vlade u SAD-u: Kongresni veto*, Zagreb, 1986, str. 121-128.

<sup>25</sup> Postupanje tih agencija i svih drugih upravnih tijela uređuje *Administrative Procedure Act* (60 Stat. 237, 1946; dalje u tekstu: *APA*). Važno je napomenuti da *APA* uređuje postupke za donošenje upravnih (*Order and Adjudication*) i podzakonskih općenormativnih akata (*Rule and Rule making*) te izricanje upravnih mjera i prekršajnopравnih sankcija (*Sanction*, v. 551. *Definitions, APA*).

formalno neovisne. Naime američki pravni sustav kao „agencije“ formalno označava sve savezne upravne strukture, od „kabinetskih“ departmana (koji su anglosaksonska inačica kontinentalnih ministarstava) do brojnih upravnih organizacija bez kabinetskog statusa, odnosno raznih regulatornih i izvršnih tijela koja mogu biti samostalna ili djelovati unutar organizacijske strukture hijerarhijski višeg tijela.<sup>26</sup>

Ta vrsta agencija smatra se ustavnopravno problematičnom jer se radi o formalno neovisnim upravnim tijelima kojima se delegiraju normativne ovlasti, što dovodi do situacije da je isto tijelo ovlašteno odlučivati u konkretnim slučajevima i izricati sankcije na temelju propisa koje je samo donijelo, a unutar širokog diskrecijskog prostora koje mu je zakonom ostavio Kongres.<sup>27</sup> Dopušten opseg delegacije normativnih ovlasti nameće se kao jedno od ključnih pitanja u teorijskoj (i političkoj) raspravi oko kontrole nad neovisnim regulatorima, što se može promatrati i u širem kontekstu borbe između Predsjednika i Kongresa za presudni utjecaj nad saveznom upravom.<sup>28</sup> Izostanak konsenzusa o tom pitanju uzrokovan je i činjenicom da Ustav SAD-a izričito ne utvrđuje konačan opseg ovlasti koje se mogu delegirati saveznom agencijama pa se granice delegiranih ovlasti u svakom pojedinom slučaju utvrđuju zakonom, kao i praksom Vrhovnog suda (dalje u tekstu: Sud), odnosno stupnjem primjene doktrine nedelegacije u sudskoj praksi.<sup>29</sup>

Smatra se da načelo nedelegacije (*delegata potestas non potest delegari*) teorijske korijene vuče iz Lockeove *Dvije rasprave o vladi* (1689. god.), gdje se ističe da „zakonodavna vlast ne može prenijeti ovlast za donošenje zakona u druge ruke. Ta im je ovlast samo povjerena od naroda te je oni koji su je primili ne mogu prenijeti drugima“.<sup>30</sup> U krugu američkih pravnih formalista (i novijih originalista)<sup>31</sup> normativna osnova za doktrinu nedelegacije izvodi se iz enumeracije ovlasti zakonodavne, izvršne i sudske vlasti u Ustavu SAD-a.<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> Prema par. 551. APA agencija je svako tijelo vlade SAD-a, osim Kongresa, sudova, uprava prekomorskih teritorija, ratnih sudova, vojnih komisija i vlasti u ratnom stanju ili okupiranom teritoriju. O obilježjima neovisnih i departmanskih agencija v. Smerdel, *Kongresni veto*, *op.cit.* (bilj. 24), str. 121-128.

<sup>27</sup> Miller, Geoffrey P., „Independent Agencies“, *The Supreme Court Review*, 1986, str. 41-43; Epstein, Richard A., „The Perilous Position of the Rule of Law and the Administrative State“, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 36(1), 2013, str. 16.

<sup>28</sup> Vidi Bruff, Harold H., „On the Constitutional Status of the Administrative Agencies“, *American University Law Review*, 36(2), 1986, str. 491-495.

<sup>29</sup> Vidi Lawson, *op. cit.* (bilj. 13), str. 335-336.

<sup>30</sup> Criddle, Evan J., „When Delegation begets Domination: Due Process of Administrative Lawmaking“, *Georgia Law Review*, 46, 2011, str. 125; v. i Alexander, Lawrence A. i Prakash, Saikrishna B., „Reports of the Nondelegation Doctrine's Death are greatly Exaggerated“, *The University of Chicago Law Review*, 70(4), 2003, str. 1297, 1321-1322.

<sup>31</sup> O različitostima formalističkog i realističkog pristupa interpretaciji ustava i zakona šire u Posner, Richard A., „Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution“, *Case Western Reserve Law Review*, 37(2), 1986, str. 180-217. O originalizmu kao metodi ustavne interpretacije šire u Balkin, Jack M., „Framework Originalism and the Living Constitution“ *Northwestern University Law Review*, 103(2), 2009, str. 549-559.

<sup>32</sup> *The Constitution of the United States of America, As Amended*, U.S. Government Printing Office, Washington, 2007. Kako je u čl. I. st. 1. sva zakonodavna vlast podijeljena Kongresu, tumači se da bi njezinom delegacijom izvršnim tijelima Kongres u osnovi prekršio Ustav; o nedopuštenosti delegacije enumeriranih ovlasti šire u Lawson, *op. cit.* (bilj. 13), str. 336-343.

Naime formalne kategorije vlasti imaju i suštinski sadržaj pa formalni akt delegacije zakonodavne funkcije izvršnim ili sudskim tijelima ne čini delegiranu ovlast suštinski izvršnom ili sudskom. Zakonodavac ne može delegirati ovlast nekom izvršnom tijelu da suštinski uređuje područje koje je ustavom ovlašten uređivati samo zakonodavac.<sup>33</sup> Upozorava se i na to da široka delegacija normativnih ovlasti ostavlja agencijama prostor za diskrecijsko donošenje (u naravi) političkih odluka, odnosno prostor da same određuju javni interes i način na koji će ga „štititi“.<sup>34</sup> Primjena doktrine stoga se usko veže i uz ostvarivanje načela diobe vlasti, narodnog suvereniteta i demokratičnosti, odnosno političke odgovornosti nositelja vlasti.<sup>35</sup>

Kruta primjena formalističkog pristupa u ranijoj sudskoj praksi naziva se klasičnom doktrinom nedelegacije.<sup>36</sup> Nedopuštenost delegacije normativnih ovlasti prvotno se odnosila na sva tijela izvršne vlasti, čime se posredno osporavala i ustavnost postojanja regulatornih agencija (čija temeljna svrha i jest normativno uređivanje nekog reguliranog tržišta). Do ublažavanja doktrine dolazi 1928. godine u predmetu *Hampton & Co. v. United States*, kada Sud utvrđuje da Kongres ima implicitno pravo delegirati normativne ovlasti izvršnom tijelu (u ovom slučaju Predsjedniku) dok god zakonom utvrđuje i jasne granice, odnosno „razumljivo načelo“ koje izvršna vlast ima slijediti pri vršenju delegirane ovlasti, odnosno donošenju propisa.<sup>37</sup> Posljednji slučajevi u kojima je doktrina striktno primijenjena, odnosno nisu nađena „razumljiva načela“ pri delegaciji normativnih ovlasti nekom tijelu unutar izvršne vlasti, bili su *Schechter Poultry Corp. v. United States* i *Panama Refining Co. v. Ryan* iz 1935. godine.<sup>38</sup> U isto vrijeme presedanom *Humphrey's Executor v. United States* potvrđen je poseban položaj neovisnih regulatornih komisija, odnosno potvrđena je ustavnost uređenja prema kojem su im članovi smjenjivi samo iz zakonom propisanih razloga.<sup>39</sup> Sud tada *inter alia* utvrđuje da se, za razliku od slučaja *Myers v. United States*,<sup>40</sup> radi o čelniku posebnog upravnog tijela (*Federal Trade Commission*) koje

<sup>33</sup> *Ibid.*, 343-353.

<sup>34</sup> Lowi, Theodore J. „Two Roads to Serfdom: Liberalism, Conservatism and Administrative Power“, *American University Law Review*, 36(2), 1986, str. 296-298; Schoenbrod, David, „The Delegation Doctrine: Could the Court give it Substance?“, *Michigan Law Review*, 83(5), 1985, str. 1238-1239. Autor elaborira test ustavnosti i opravdanosti delegacije kojim bi Sud mogao ograničiti delegaciju ovlasti za uređivanje javnih politika izvan ustavom utvrđenih granica, a time i preširoku normativnu diskreciju agencija, v. *ibid.*, str. 1253-1271.

<sup>35</sup> Vidi Lawson, *op. cit.* (bilj. 13), str. 332; v. i Casazza, *op. cit.* (bilj. 21), str. 729.

<sup>36</sup> Za razvoj i primjenu doktrine od *New Deal* do prijelaza stoljeća v. Sunstein, Cass R., „Nondelegation canons“, *The University of Chicago Law Review*, 67(2), 2000, str. 315-343; Criddle, *op. cit.* (bilj. 30), str. 125-141, 146-153; za pregled i komentar ranije prakse v. Duff, Patrick W. i Whiteside, Horace, „Delegata Potestas Non Potest Delegari: a Maxim of American Constitutional Law“, *Cornell Law Quarterly*, 14(2), 1929, str. 173-190.

<sup>37</sup> *Hampton & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928), šire u Lawson, *op. cit.* (bilj. 13), str. 367-369.

<sup>38</sup> *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935), šire u Lawson, *op. cit.*, 370-371, Criddle, *op. cit.*, str. 138-140. U predmetu *Carter v. Carter Coal Company*, 298 U.S. 238 (1936) delegacija normativnih ovlasti regulatornoj komisiji za ugljen također je oglašena neustavnom, no na osnovi narušavanja čl. I., st. 8., al. 3. Ustava (*Commerce clause*).

<sup>39</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

<sup>40</sup> *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926). Zakonom je bilo propisano da se visoki poštanski dužnosnik može smijeniti samo uz suglasnost Senata, no presudom je potvrđena ovlast Predsjednika da čelnike departmana i drugih agencija u sustavu savezne uprave smjenjuje po svojoj volji (bez suglasnosti Senata) jer mu je ta ovlast kao nositelju izvršne vlasti već delegirana Ustavom.

je zakonom osnovao Kongres, delegirao mu dio svojih zakonodavnih ovlasti te propisao trajanje mandata i posebne uvjete za smjenu čelnika.<sup>41</sup>

Smatra se da je Sud granice delegacije konačno jasnije utvrdio (zapravo proširio) presudom u predmetu *Chevron, U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, i to na sljedeći način: ako stav Kongresa o nekoj materiji nije jasno izražen u zakonu kojim je ovlast delegirana ili on o toj materiji u potpunosti šuti, sudovi moraju poštovati tumačenje te materije dano od tijela kojem je ovlast delegirana (upravnog tijela/regulatorne agencije), dok god se ono može smatrati razumnim ili dopuštenim.<sup>42</sup> Sudovi imaju poštivati to tumačenje i ne smiju ga zamjenjivati svojim (pa na taj način stvarati pravo) sve dok ono nije „arbitrarno, zlonamjerno ili izravno i očito suprotno zakonu“. Sudac Stevens to pojašnjava ovako: „ovlast određene agencije da provodi program utvrđen od Kongresa nužno sadržava oblikovanje politika i stvaranje pravila kako bi se popunile rupe koje je implicitno ili eksplicitno ostavio Kongres. (...) Sudovi ne pripadaju političkim granama vlasti, za razliku od agencija, kojima Kongres delegira ovlast za utvrđivanje javnih politika. Iako agencije nisu izravno politički odgovorne, nositelj izvršne vlasti (Predsjednik, op. a.) jest te je sasvim prikladno da ta politička grana vlasti donosi političke odluke, uređujući materiju koju je Kongres propustio urediti ili ju je svjesno prepustio upravi.“<sup>43</sup>

Sunstein ističe kako taj presedan s vremenom dobiva „temeljni, kvazi-ustavni značaj“, dok se zapravo temelji na pravnoj fikciji (svjesno prihvaćenoj od strane Suda) o jasnoj namjeri Kongresa da delegira ovlast za slobodno tumačenje zakona istom upravnom tijelu koje ga treba izvršavati.<sup>44</sup> Također, iako je Sud primjenu *Chevron* načela („*Chevron deference*“) izvorno vezao uz ostvarivanje načela diobe vlasti i političke odgovornosti, pa je „popunjavanje praznina“ u normativnom uređivanju javnih politika prepustio agencijama, umjesto politički neodgovornim sudovima, kasnije ga je široko primjenjivao i u slučajevima gdje su strane u sporu bile politički neovisne regulatorne agencije.<sup>45</sup> Također, presedan je primjenjivan i u slučajevima gdje je zakon nejasan ili u potpunosti propušta utvrditi postupovne odredbe te visinu i način izvršenja sankcija, kao i u

---

<sup>41</sup> Sud zaključuje da, sukladno načelu diobe vlasti, Predsjednik nema inherentnih ovlasti zadirati u tako izraženu volju Kongresa. Ta se iznimka i danas odnosi samo na čelnike (nejasno definiranih) regulatornih agencija, dok se na ostala tijela savezne uprave i dalje primjenjuje utvrđenje iz *Myers v. United States*.

<sup>42</sup> *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), v. Sunstein, „Nondelegation Canons“, *op.cit.* (bilj. 36), str. 329-330.

<sup>43</sup> *Ibid.*; o suštini, učincima i ograničenjima tog presedana šire u Sunstein, „Law and Administration after “Chevron”, *Columbia Law Review*, 90(8), 1990, str. 2083-2104; v. i Scalia, Antonin, „Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law“, *Duke Law Journal*, 38(3), 1989, str. 511-521; Criddle, *op. cit.* (bilj. 30), str. 193-196.

<sup>44</sup> Sunstein, „Chevron Step Zero“, *Virginia Law Review*, 92(2), 2006, str. 188-192, 195-202. Sud je u kasnijoj praksi donekle suzio primjenu presedana isključujući slučajeve koji imaju velik „gospodarski ili politički značaj“; v. *Ibid.*, str. 236-242.

<sup>45</sup> May, Randolph J, „Defining Deference Down: Independent Agencies and *Chevron* Deference“, *Administrative Law Review*, 58(2), 2006, str. 439. Tu do izražaja dolazi svrha terminološke distinkcije između „regulatora“ i „neovisnih regulatora“. U slučaju *Chevron* radilo se o regulatoru koji nije neovisan od izravnog predsjedničkog nadzora (*EPA*), a kod kasnije primjene presedana radilo se o regulatoru (*FCC*) koji jest. Za kritiku takve primjene načela *Chevron v. ibid.*, str. 442-453; v. i Kagan, Elena, „Presidential Administration“, *Harvard Law Review*, 114(8), 2001, str. 2376-2378.

slučajevima gdje je zakon nejasan ili šuti oko nadležnosti agencije nad nekim reguliranim područjem. Pojedini neovisnim agencijama time je dopušteno rečenu materiju samostalno uređivati podzakonskim propisima.<sup>46</sup>

Iako načelo *Chevron* i dalje prevladava u sudskoj praksi kod utvrđivanja dopuštenih granica delegacije,<sup>47</sup> ono nije u potpunosti zamijenilo doktrinu nedelegacije. Tako u slučaju *Whitman v. American Trucking Associations* Sud primjenjuje modificiranu doktrinu nedelegacije utvrđujući da Kongres, delegirajući Saveznoj agenciji za zaštitu okoliša (*EPA*) ovlast za propisivanje graničnih vrijednosti kvalitete zraka, nije utvrdio „razumljivo načelo“ koje *EPA* treba slijediti pri uređivanju dijela te materije, pa stoga u odnosu na tu materiju ovlast nije ni delegirana.<sup>48</sup> Sudac Scalia većinsku je odluku pojasnio na sljedeći način: „Kongres ne mijenja temeljene dijelove nekog zakonodavnog okvira šutnjom ili nejasnim odredbama, odnosno *ne skriva slona u mišjoj rupi*.“<sup>49</sup>

### 3. USTAVNE GRANICE DELEGACIJE NEOVISNIM UPRAVNIM TIJELIMA U PARLAMENTARNIM SUSTAVIMA KONTINENTALNE EUROPE

#### 3.1. Savezna Republika Njemačka

Za razliku od američkog slučaja, u Saveznoj Republici Njemačkoj općenormativna diskrecija nositelja izvršne vlasti (savezne vlade) bitno je sužena, a u upravnih tijela bez kabinetskog statusa gotovo je nepostojeća. Razlog tome jest to što Temeljni zakon (*Grundgesetz*; dalje u tekstu: *GG*)<sup>50</sup> i jurisprudencija Saveznog ustavnog suda mnogo preciznije definiraju parlamentarni, odnosno zakonski rezervat i opseg ovlasti koje zakonodavac može delegirati.

U njemačkoj ustavnopravnoj doktrini restriktivan pristup delegaciji veže se uz ostvarivanje ustavnih načela diobe vlasti, pravne države, narodnog suvereniteta i demokracije.<sup>51</sup> Odluke koje suštinski zadiru u ljudska prava i temeljne slobode čine parlamentarni rezervat (*Parlamentsvorbehalt*), odnosno zahtijevaju izravno odlučivanje zakonodavca i ne mogu se uopće delegirati drugim nositeljima vlasti.<sup>52</sup> To uključuje i

<sup>46</sup> Za kritiku takva pristupa v. Sales, Nathan A., Adler, Jonathan H., „The Rest Is Silence: Chevron Deference, Agency Jurisdiction and Statutory Silences“, *University of Illinois Law Review*, 2009(5), str. 1532-1540; Casazza, *op. cit.* (bilj. 21), str. 754-756; ali v. Sunstein, „Chevron Step Zero“, *op.cit.*, str. 234-236.

<sup>47</sup> Za opsežnu analizu slučajeva primjene načela (od ukupno 1014 analiziranih) v. Eskridge, William N. Jr. i Baer, Lauren E., „The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan“, *Georgetown Law Journal*, 96(4), 2008, str. 1085-1196.

<sup>48</sup> *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001).

<sup>49</sup> *Ibid.* Pri formuliranju većinske odluke Sud se pozvao na *Hampton & Co. v. United States* i *Panama Refining Co. v. Ryan*. Za širi komentar slučaja v. Lawson, *op. cit.* (bilj. 13), str. 327-333.

<sup>50</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG, 1949; BGBl., S 1.BGBl. I S. 2438).

<sup>51</sup> Vidi Currie, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, str. 125-133; Kommers, Donald P. i Miller, Russell A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Revised and Expanded*. Duke University Press, 2012, str. 188; Barić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 204.

<sup>52</sup> Barić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 205.

svaku materiju koja generira velike političke sukobe ili je iznimno važna za državnu zajednicu, pri čemu Savezni ustavni sud u svakom konkretnom slučaju utvrđuje ograničenje objekta koji može biti predmetom delegacije.<sup>53</sup> Zakonski rezervat (*Gesetzesvorbehalt*) širi je pojam i odnosi se na materiju koja se primarno uređuje zakonom, no pod određenim uvjetima i u suženom opsegu njezino uređivanje može se delegirati i tijelima izvršne vlasti.<sup>54</sup>

Izvan materije parlamentarnog rezervata, u ostalim područjima koje *GG* utvrđuje u nadležnost federacije, normativne ovlasti mogu se delegirati, no sve bitne elemente delegacije mora odrediti izvorno delegirajući subjekt – parlament. Konkretno, prema čl. 80. st. 1. *GG*-a, parlament može zakonom ovlastiti saveznu vladu, savezne ministre i zemaljske vlade za donošenje propisa (*Rechtsverordnungen*), no u tom slučaju zakonom se mora precizno utvrditi sadržaj, svrha i opseg delegirane ovlasti. Mogućnost subdelegacije, primjerice na savezna upravna tijela, također mora biti prethodno utvrđena zakonom kojim se ovlast delegira, a pobliže se utvrđuje provedbenim propisom primarnog delegatara (vlade ili ministra), koji se donosi samo u tu svrhu.<sup>55</sup> Time se općenito teži ograničavanju izvršne vlasti i olakšavanju ustavnosudske kontrole ustavnosti i zakonitosti, a u zakonodavstvu zahtijeva određena razina preciznosti i sukladnost s temeljnim ustavnim načelima.<sup>56</sup>

Odredba čl. 80 st. 1. *GG*-a dobiva jasniji sadržaj u bogatoj jurisprudenciji Saveznog ustavnog suda. Jedna od prvih njegovih odluka (predmet *Südweststaat*) odnosila se upravo na utvrđivanje nedopuštene delegacije, odnosno poništavanje odredbe kojom je normativna ovlast delegirana izvršnom tijelu bez precizno utvrđenog sadržaja, svrhe i opsega.<sup>57</sup> Tada je, *inter alia*, utvrđeno da „parlament ne može izbjeći svoje zakonodavne odgovornosti delegiranjem dijela ovlasti izvršnim tijelima, a bez preciznog utvrđivanja granica delegirane ovlasti, niti izvršna tijela mogu preuzeti ulogu parlamenta temeljem neodređenih odredaba koje ju ovlašćuju za donošenje propisa.“<sup>58</sup>

Područje nedopuštene delegacije u daljnjim slučajevima Savezni ustavni sud dosljedno izvodi iz načela diobe vlasti, narodnog suvereniteta, vladavine prava i demokratičnosti. Uređivanje suštine materije koja pripada zakonu ne može se delegirati, odnosno uređivati provedbenim propisom. Ovlaštenje za donošenje propisa mora biti dovoljno određeno da

---

<sup>53</sup> *BVerfGE* 49, 89 - *Kalkar I* (1978), v. Currie, *op. cit.* (bilj. 13), str. 133; Barić, *loc. cit.* Neki autori primjećuju da je njemačka ustavnopravna doktrina sklona primjeni šireg spektra temeljnih načela i (općeprihvaćenih) pravopolitičkih stajališta u argumentaciji i zaključivanju na konkretne slučajeve, v. Jakab, Andras, „Dvije suprotstavljene paradigme kontinentalnoeuropskog ustavnopravnog mišljenja: Austrija i Njemačka“, *Revus*, 12, 2010, str. 144, 146, 161.

<sup>54</sup> Barić, *op. cit.*, (bilj. 4), str. 202.

<sup>55</sup> Vidi Singh, Mahendra P., *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer Science & Business Media, 2001, str. 57.

<sup>56</sup> Barić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 200-202.

<sup>57</sup> *BVerfGE* 1, 14 - *Südweststaat* (1951).

<sup>58</sup> *Ibid.*, opširnije o predmetu u Currie, *op. cit.* (bilj. 13), str. 126-127.



se već iz zakona može jasno utvrditi što se zahtijeva od adresata te norme.<sup>59</sup> Ako ovlast izvršnih tijela nije dostatno ograničena, tada izvršna tijela više ne provode zakon, nego donose odluke umjesto zakonodavca. U sustavu vlasti gdje narod ostvaruje svoj suverenitet kroz parlament odgovornost za rješavanje otvorenih pitanja i odlučivanje između različitih interesa u utvrđivanju javne volje leži na parlamentu.<sup>60</sup> Osim toga, prema čl. 80. st. 2. GG-a, ako zakonom nije drugačije propisano, propisi kojima savezna vlada ili ministri u području mrežnih industrija (pošte, telekomunikacija i željeznice) utvrđuju pristojbe, naknade i opće uvjete korištenja mreže zahtijevaju prethodnu suglasnost Saveznog vijeća parlamenta.<sup>61</sup>

Unutar tako zadanih okvira poslovi nadzora reguliranih tržišta u pravilu se povjeravaju „samostalnim“ višim saveznim tijelima. Ustavna osnova za njihovo ustrojavanje sadržana je u čl. 87. st. 3. GG-a, koji među ostalim utvrđuje da se zakonom mogu ustrojiti samostalna viša savezna tijela (*selbständige Bundesoberbehörden*) s nadležnošću nad područjima koja su u djelokrugu saveznog zakonodavca.<sup>62</sup> Ta tijela ne predstavljaju klasične regulatore američkog tipa niti su funkcionalno izdvojena iz sustava savezne uprave. Dapače, radi se o klasičnim upravnim tijelima bez pravne osobnosti, hijerarhijski podređenima resornim ministarstvima, unutar čijeg se proračunskog razdjela i financiraju.<sup>63</sup> Među njima najbliži je američkom pojmu regulatorne agencije, barem po djelokrugu, *Bundesnetzagentur* (*BnetzA*), više savezno tijelo nadležno za nadzor mrežnih industrija električne energije, plina, telekomunikacija, pošte i željeznice.<sup>64</sup>

Subdelegacija normativnih ovlasti s ministarstva na samostalna viša savezna tijela, čime ona postaju regulatori odnosnog reguliranog tržišta, vrši se sukladno čl. 80. st. 1. GG-a, a u praksi je ograničena na područja gdje je to nužno zbog provedbe sekundarnog zakonodavstva EU-a. Konkretno radi se o delegaciji ovlasti za pobliže propisivanje tarifa za operatere (privatnopravne pružatelje javnih usluga) unutar granica već utvrđenih zakonom.<sup>65</sup> Za donošenje, izmjenu i prestanak važenja tih propisa potrebna je prethodna suglasnost savezne vlade ili resornog ministra.<sup>66</sup> Sadržaj termina „samostalnost“, koji se u čl. 87. st. 3. GG-a vezuje za ta tijela očituje se prvenstveno u organizacijskom smislu, kao

<sup>59</sup> *BVerfGE* 7, 282 - *lex Salamander* (1958), v. Currie, *op. cit.* (bilj. 13), str. 127; *BVerfGE* 47, 46 - *Sexualkundeunterricht* (1977), v. Barić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 204-206.

<sup>60</sup> *BVerfGE* 33, 125 - *Facharzt* (1972), v. Currie, *op. cit.* (bilj. 13), str. 132; Barić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 205.

<sup>61</sup> Takva suglasnost ne isključuje uvjet da sadržaj, svrha i opseg delegirane ovlasti moraju biti precizno utvrđeni zakonom (čl. 80. st. 1. GG-a), v. Currie, *op. cit.* (bilj. 13), str. 143.

<sup>62</sup> Sama ustavna osnova pozicionirana je u Glavi VIII. GG-a, koja uređuje materiju izvršavanja saveznih zakona i položaj savezne uprave.

<sup>63</sup> Na taj su način ustrojena i viša savezna tijela čija funkcija nije ekonomska regulacija, primjerice Savezni ured za poreze (*Bundeszentralamt für Steuern*), Savezni ured za upravu (*Bundesverwaltungsamt*), Savezni ured kriminalističke policije (*Bundeskriminalamt*) itd.

<sup>64</sup> *Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*.

<sup>65</sup> Vidi Izvješće njemačkog Saveznog upravnog suda, „Sectoral economic regulation in EU countries: Germany“, 24. *ACA colloquium*, Pariz, 2014, str. 7 (<http://www.aca-europe.eu/> 21. 3. 2016.).

<sup>66</sup> Fischer, Kristian, „Quangos - An Unknown Species in German Public Law? German Report on the Rule-making Power of Independent Administrative Agencies“, u Riedel, Eibe H i Wolfrum, Rüdiger (ur.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer, Berlin/New York, 2010, str. 156-160; v. i Izvješće njemačkog Saveznog upravnog suda, *op.cit.* (bilj. 65), str. 8.

organizacijska odvojenost od matičnog ministarstva, a ne kao funkcionalna izuzetost od ministarskog nadzora.<sup>67</sup> Ako je samostalnost regulatornog tijela dodatno propisana i aktima sekundarnog zakonodavstva EU-a, njemačka pravna doktrina interpretira je kao samostalnost od privatnopravne, a ne javnopravne sfere. Primjerice u predmetu C-518/07 pred Europskim sudom njemačka strana dosljedno argumentira da je neovisnost regulatornih tijela ograničena ustavnim načelom demokracije i demokratskim lancem odgovornosti te se stoga uopćene odredbe o neovisnosti nacionalnih regulatora u aktima sekundarnog zakonodavstva Unije mogu tumačiti samo kao neovisnost od vanjskih, privatnopravnih subjekata, a ne od ustavnih mehanizama pravnog i demokratskog nadzora u odnosnoj državi članici.<sup>68</sup> Ističe se i da s obzirom na načela supsidijarnosti i razmjernosti u aktima primarnog zakonodavstva Unije nije utemeljeno obvezivati državu članicu na usvajanje modela stranih njezinu pravnom poretku, koji bi doveli u pitanje te nadzorne mehanizme.<sup>69</sup>

Hijerarhijsko ustrojstvo savezne uprave, a time i hijerarhijska podređenost regulatornih tijela ministarstvima, izvodi se iz ustavnog načela ministarske neovisnosti u okviru političkih smjernica zadanih od strane kancelara (*Ressortprinzip*, čl. 65. GG-a) te načela ministarske odgovornosti za poslove svog resora. Prema čl. 53. GG-a članovi savezne vlade dužni su izvještavati parlament o poslovima u svojoj nadležnosti, a kako pritom odgovaraju za sve poslove svojeg resora, pridržane su im kontrolne ovlasti nad svim tijelima koja taj resor sačinjavaju. Rečeno se u njemačkoj ustavnoj doktrini smatra legitimnim izrazom demokratske kontrole nad upravom.<sup>70</sup> Isti učinci proizlaze i iz teorije demokratskog lanca razvijene u praksi Saveznog ustavnog suda, a koja ima služiti ostvarenju ustavnog načela demokracije.<sup>71</sup> Naime, izuzimanje neke skupine upravnih tijela od instancijskog nadzora prekinulo bi demokratski lanac delegacije vlasti i povratni lanac odgovornosti od građana do parlamenta, od parlamenta do ministra, od ministra kroz niže razine uprave do razine najbliže građanima, kojima uprava ima služiti i u konačnici biti odgovorna.<sup>72</sup> Sve navedeno, pojedinačno i u cjelini, predstavlja krutu zapreku za ustrojavanje politički neovisnih regulatornih tijela. Stoga se i u izvješću Saveznog upravnog suda o ekonomskoj regulaciji ističe da bi „neovisnost (regulatornih

<sup>67</sup> Currie, *op. cit.* (bilj. 13), str. 146.

<sup>68</sup> Vidi Predmet C-518/07, Europska komisija protiv Savezne Republike Njemačke, Presuda Suda (veliko vijeće) od 9. ožujka 2010. godine. Europska komisija pokrenula je postupak zbog povrede obveze države članice iz Direktive 95/46/EZ, koje se odnose na neovisnost nacionalnih tijela za zaštitu osobnih podataka. Za argumente njemačke strane v. par. 16. i 38.-40.

<sup>69</sup> *Ibid.*, par. 52.-54.

<sup>70</sup> Döhler, Marian i Jann, Werner, „Germany“, u OECD, *Distributed Public Governance: Agencies, Authorities and other Autonomous Bodies*, OECD, Pariz, 2002, str. 99; šire u Döhler, *Die politische Steuerung der Verwaltung. Eine empirische Studie über politisch-administrative Interaktionen auf der Bundesebene*, Nomos, Baden Baden, 2007, str. 77-119.

<sup>71</sup> Vidi Currie, *op. cit.* (bilj. 13), str. 147; v. i BVerfGE 134, 141 - *Beobachtung von Abgeordneten* (2013); BVerfGE 135, 317 - *ESM-Vertrag* (2014).

<sup>72</sup> Šire u Strom, Kaare, „Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies“, *European Journal of Political Research*, 37(3), 2000, str. 266-270; v. i Strom, Bergman, Torbjørn i Müller, Wolfgang C., *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2003, str. 20, 36, 64-65, 515.

tijela) od vlade i parlamentarnog nadzora morala imati osnovu u njemačkom ustavnom pravu, no takva osnova ne postoji".<sup>73</sup>

Mehanizmi političkog nadzora nad višim saveznim tijelima očituju se kroz ovlast davanja općih političkih smjernica i pojedinačnih naredaba (*fachaufsicht*) kojima ministri mogu izmijeniti ili poništiti njihove odluke. Pored političkog, ministarstva su ovlaštena provoditi i upravni nadzor koji uključuje nadzor zakonitosti rada i postupanja u užem smislu (*rechtsaufsicht*) te disciplinsku odgovornost (*dienstaufsicht*) službenika.<sup>74</sup> Čelnici viših saveznih tijela državni su službenici koje u pravilu imenuje vlada ili pojedini ministri, osim u manjem broju slučajeva, gdje je posebnim zakonom propisano da ih imenuje predsjednik na prijedlog vlade.<sup>75</sup> Najčešće se radi o iskusnim rukovodećim službenicima, koji su prethodno bili zaposleni u matičnom ministarstvu.<sup>76</sup>

Uzevši sve navedeno u obzir, viša savezna tijela s regulatornom funkcijom ipak zadržavaju visoku razinu operativne samostalnosti dok god povjerene funkcije obavljaju zakonito.<sup>77</sup> Naime neposredni mehanizmi političkog nadzora (u smislu konkretnih naredaba) u praksi se rijetko primjenjuju jer čelnici regulatornih tijela u pravilu poštuju opće političke smjernice savezne vlade i resornog ministra, pa i bez izričitih uputa u konkretnim slučajevima nastoje anticipirati njihovu političku volju.<sup>78</sup>

### 3.2. Republika Austrija

Prema Saveznom ustavnom zakonu Republike Austrije (*Bundes-Verfassungsgesetz*; dalje u tekstu: *B-VG*) izvršna vlast povjerena je saveznoj vladi, odnosno kancelaru i pojedinim ministrima odgovornima za svoje područje rada, a ministarstva i njima podređena tijela obavljaju poslove savezne uprave (čl. 69. i 77. *B-VG-a*).<sup>79</sup> Delegacija normativnih ovlasti izvršnim, odnosno upravnim tijelima suštinski je uređena na jednak način kao u Njemačkoj te u svakom pojedinom slučaju mora prethodno biti utvrđena zakonom. Ustavotvorac tako, osim što upravnim tijelima izričito daje ovlast za donošenje provedbenih propisa temeljem zakonske ovlasti, istu pozicionira uz opće načelo zakonitosti uprave. Konkretno prema čl. 18. *B-VG-a* cijela javna uprava mora biti

<sup>73</sup> Izvješće njemačkog Saveznog upravnog suda, *loc. cit.*

<sup>74</sup> Bach, Tobias, „Germany“, u Verhoest *et al* (ur.) *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Palgrave Macmillan, 2011, str. 174-176.

<sup>75</sup> Döhler i Jann, *op. cit.* (bilj. 70), str. 104. Među „regulatorima“ to se odnosi samo na Savezni kartelni ured (*Bundeskartellamt*) i Saveznu agenciju za mrežne djelatnosti (*BnetzA*)

<sup>76</sup> *Ibid.* Bivši predsjednici Saveznog kartelnog ureda, Eberhard Günther, Wolfgang Kartte, Dieter Wolf, Ulf Böge i Bernhard Heitzer, kao i trenutačni Andreas Mundt, prije imenovanja bili su službenici resornog ministarstva nadležnog za gospodarstvo. Jochen Homann, trenutačno predsjednik *BnetzA*, prethodno je bio službenik te državni tajnik u istom ministarstvu; v. podatke o bivšim i sadašnjim čelnicima tih tijela na službenim internetskim stranicama (<http://www.bundeskartellamt.de/>, <http://www.bundesnetzagentur.de/> 26. 3. 2016.).

<sup>77</sup> Döhler i Jann, *op. cit.* (bilj. 70), str. 106.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG; BGBl. 1920, 1945 i dalje).*

utemeljena na zakonu (st. 1.), a sva upravna tijela mogu na temelju zakonske ovlasti donositi provedbene propise (*Verordnungen*) unutar svojeg djelokruga (st. 2.).

Austrijska pravna tradicija snažno je ukorijenjena u Kelsenovu pravnom pozitivizmu te ustavnopravna doktrina to načelo tumači na način da se sve suštinski važne norme trebaju donositi u formi zakona, odnosno da se prava i obveze adresata pravnih norma mogu propisivati samo zakonom.<sup>80</sup> Dapače, striktna primjena načela pravne države, odnosno načela zakonitosti iz čl. 18. *B-VG*-a u ustavnosudskoj praksi predstavlja i obvezu zakonodavca da jasno i precizno utvrdi dopustivo djelovanje izvršne vlasti. Nepoštivanje te obveze od strane zakonodavca u smislu delegiranja *bianco* ovlasti nekom tijelu izvršne vlasti bilo koje razine naziva se "formalnom zakonskom delegacijom" (*Formalgesetzliche Delegation*) te za sobom povlači neustavnost zakona kojim je delegacija izvršena, kao i svih podzakonskih propisa donesenih na temelju njega.<sup>81</sup> To načelo predstavlja i stvarno ustavno ograničenje širokoj i nedovoljno preciznoj delegaciji normativnih ovlasti na regulatorna tijela kakvu nalazimo u američkom slučaju. Jenny i Müller ističu da striktna primjena toga načela ostavlja uzak prostor za delegaciju normativnih ovlasti izvršnim (upravnim) tijelima i ondje gdje je opravdana i potrebna, a zakone čini nepreglednima uzevši u obzir praksu detaljnog normiranja i čestih izmjena i dopuna kod transponiranja sekundarnog zakonodavstva Unije.<sup>82</sup>

Spomenuta ograničenja u delegiranju normativnih ovlasti odnose se i na kolegijalna tijela i pravne osobe kojima su zakonom povjereni poslovi nadzora reguliranih tržišta. Zahvaljujući ustavnosudskoj praksi koja ne dopušta delegaciju tijelima koja nisu izravno podređena vladi, zakonodavac regulatore ne može učiniti neovisnima bez ugradnje posebne ustavne odredbe (*Verfassungsbestimmung*) u zakon kojim ih ustrojava.<sup>83</sup> Regulatorna tijela većinom se ustrojavaju kao prvostupanjska regulatorna vijeća (komisije) za određeno područje, dok stručne i upravne poslove za njih obavljaju trgovačka društva u potpunom vlasništvu države.<sup>84</sup> Članove tih vijeća u pravilu imenuje resorni ministar ili vlada na prijedlog ministra. Ako je propisano da jedan član (u pravilu

---

<sup>80</sup> Jenny, Marcelo i Müller, Wolfgang, C., „From the Europeanization of Lawmaking to the Europeanization of National Legal Orders: The Case of Austria“, *Public Administration*, 88(1), 2010, str. 40.

<sup>81</sup> Vidi Jakab, *op. cit.* (bilj. 53), str. 147; opširnije u Stelzer, Manfred, *The Constitution of the Republic of Austria: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2011, str. 87-91, gdje autor iznosi pregled i kritiku prakse Ustavnog suda Austrije u primjeni tog načela.

<sup>82</sup> Jenny i Müller, *op. cit.* (bilj. 80), str. 41-42. Autori tu opisuju i političku pozadinu striktna primjene toga načela.

<sup>83</sup> Vidi *infra*, primjer *FMA*. Osim *B-VG*-om, ustavna materija uređena je i drugim zakonima ustavnog ranga (*Bundesverfassungsgesetze*) i brojnim odredbama, koje su, iako dio običnih zakona, označene kao odredbe ustavnog ranga (*Verfassungsbestimmung*). *B-VG* primjerice ne sadrži odredbe o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, već su one sadržane u više ustavnih zakona; šire u Jakab, *op. cit.* (bilj. 53), str. 152-154.

<sup>84</sup> Izvješće Saveznog upravnog suda Austrije, „Sectoral economic regulation in EU countries: Austria“, 24. *ACA colloquium*, Pariz, 2014, str. 1-3 (<http://www.aca-europe.eu/>, 21. 3. 2016.).

predsjednik) takva tijela mora biti sudac, imenuje ga ministar pravosuđa, odnosno vlada, među kandidatima koje predlaže predsjednik Vrhovnog suda.<sup>85</sup>

Kao i u njemačkom slučaju, ustavnosudska praksa utvrđuje granice delegacije i u pogledu stupnja samostalnosti delegatara. Primjer za to jest slučaj najvažnijeg takva tijela u Austriji, regulatora financijskog tržišta (*FMA - Finanzmarktaufsichtsbehörde*), koji je prema pravnom obliku javna ustanova.<sup>86</sup> S jedne strane ta ustanova prema ustavnoj odredbi sadržanoj u čl. 1. *FMABG*-a<sup>87</sup> jest formalno samostalna i nije vezana ničijim nalogima. Utvrđivanje takve ustavne odredbe izravna je posljedica odluke Ustavnog suda od 12. prosinca 2001. kojom je ukinuta sadržajno istovjetna zakonska odredba s obrazloženjem da krši ustavne granice delegacije ovlasti upravnim tijelima koja nisu izravno subordinirana vladi.<sup>88</sup> Konkretno čl. 77. st. 1. *B-VG*-a utvrđuje se da poslove savezne uprave obavljaju savezna ministarstva i njima subordinirana tijela. Kako je financijski regulator u svakom slučaju javnopravno tijelo kojem su zakonom povjereni poslovi savezne uprave, to tijelo ne može biti zakonom izuzeto od nadzora resornog ministarstva.<sup>89</sup> Usprkos ustavnoj odredbi o samostalnosti, *FMA* nije suštinski neovisna u regulaciji koju provodi. Primjerice provedbene propise donosi uz prethodnu suglasnost ministra financija (čl. 13.b st. 2 *FMABG*-a), odnosno o namjeri donošenja i sadržaju provedbenih propisa dužna je prethodno izvijestiti ministra financija (čl. 16. st. 2.). Osim toga ministar financija vrši nadzor zakonitosti rada *FMA*, ovlašten je zahtijevati izvješća o radu i svim aktivnostima iz njezina djelokruga te joj narediti provođenje pojedinačnih nadzornih postupaka sukladno posebnim zakonima (čl. 16., st. 1., 2. i 4.), što predstavlja opseg nadzornih ovlasti suštinski usporediv s njemačkim primjerom.

### 3.3. Mađarska

Među ovdje obrađenim državama Mađarska definitivno prednjači u primjeni zakonskih rezervata i svojevrsnom petrificiranju pravnog (i političkog) sustava ustanovljenog Temeljnim zakonom (*Magyarország Alaptörvénye*) iz 2011. godine.<sup>90</sup> Namjera ustavotvorca očituje se kroz pedesetak ustavnih odredaba koje obvezuju zakonodavca da brojna upravna i društvena područja uređuje isključivo organskim zakonima, za čije je donošenje prema čl. T st. 4. Temeljnog zakona potrebna dvotrećinska većina u

---

<sup>85</sup> Vidi čl. 82. *Bundesgesetz über Eisenbahnen, Schienenfahrzeuge auf Eisenbahnen und den Verkehr auf Eisenbahnen (Eisenbahngesetz-EisbG; BGBl. Nr. 60/1957 idF BGBl. Nr. 89/14)*, čl. 41. *Bundesgesetz über die Regulierung des Postmarktes (Postmarktgesetz-PMG; BGBl. Nr. 123/2009 idF BGBl. Nr. 96/13)*, čl. 6. *Bundesgesetz über die Regulierungsbehörde in der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (Energie-Control-Gesetz-E-ControlG; BGBl. Nr. 110/10 idF BGBl. Nr. 174/13)*, čl. 118. *Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird. (Telekommunikationsgesetz-TKG; BGBl. Nr. 70/2003 idF BGBl. Nr. 44/2014)*.

<sup>86</sup> U tom organizacijskom smislu *FMA* je bliži izvornim regulatornim agencijama te je stoga i lakše usporediv s njima nego upravni tribunal.

<sup>87</sup> *Das Bundesgesetz über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarkt aufsichtsbehördengesetz-FMABG; BGBl. Nr. 97/2001 idF BGBl. I Nr. 117/2015)*.

<sup>88</sup> Vidi *VfGH 12.12.2001., G 269/01 u. a. - Wertpapieraufsicht*.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Magyarország Alaptörvénye (Magyar Közlöny, száma 43/2011, 163/2013)*, čl. 15. st. 1. i 2.

Nacionalnoj skupštini.<sup>91</sup> Iako se u kontinentalnoj pravnoj teoriji načelno prihvaća da organski zakoni u većoj mjeri pridonose ostvarenju demokratičnosti od običnih zakona,<sup>92</sup> brojni autori upozoravaju da pretjerivanje s time zapravo narušava načelo diobe vlasti, ustavne *checks & balances*, kao i samo načelo demokracije.<sup>93</sup> U svakom slučaju konkretni učinci tog uređenja moći će se bolje valorizirati nakon osjetnijeg protoka vremena i eventualne promjene vlasti u Mađarskoj.

S druge strane, zahvaljujući takvu ustavotvornom pristupu, u Mađarskoj je i materija delegacije normativnih ovlasti upravnim tijelima te materija djelokruga i položaja regulatora u strukturi državne vlasti precizno uređena Temeljnim zakonom. U čl. T. st. 2. Temelnog zakona iscrpno se navode državna tijela koja mogu biti nositelji ovlasti za donošenje podzakonskih općenormativnih akata, a to su redom vlada, predsjednik vlade, ministri, guverner Narodne banke Mađarske te čelnici samostalnih regulatornih tijela i jedinica lokalne samouprave.<sup>94</sup> Takvo uređenje proizlazi iz nužnosti provedbe sekundarnog zakonodavstva Unije, ali i specifične doktrine nedelegacije razvijene u praksi Ustavnog suda Mađarske, prema kojoj se nijednom tijelu, osim taksativno navedenima u Ustavu, ne mogu delegirati normativne ovlasti. Primjerice Ustavni je sud 2010. oglasio neustavnom delegaciju normativnih ovlasti predsjedniku tijela za nadzor financijskog tržišta jer (tada važeći) Ustav Republike Mađarske nije izričito utvrđivao nijedno upravno tijelo bez kabinetskog statusa kao mogućeg nositelja normativnih ovlasti.<sup>95</sup>

Prema čl. 15. Temelnog zakona vlada je vrhovno tijelo izvršne vlasti i javne uprave, a u obavljanju izvršne vlasti može donositi uredbe (*rendeletek*) u pitanjima koja nisu uređena zakonom te uredbe temeljem zakonske ovlasti. Uredbodavna ovlast može se subdelegirati te ministri u okviru svojeg resora, samostalno ili u suradnji s drugim ministrima, mogu donositi uredbe temeljem ovlasti delegirane zakonom ili uredbom vlade.<sup>96</sup> Ministarske

---

<sup>91</sup> Vidi European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion nr. 21/2011 on the New Constitution of Hungary, 17.-18. 6. 2011., str. 6.

<sup>92</sup> Vidi Barić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 214; no nevezano za slučaj Mađarske.

<sup>93</sup> Vidi Dani, Marco, „The ‘Partisan Constitution’ and the Corrosion of European Constitutional Culture“, *LSE ‘Europe in Question’ Discussion Paper Series*, 68, 2013, str. 41-43; šire u Bánkuti, Miklós, Halmai, Gábor i Scheppele, Kim Lane, „From Separation of Powers to a Government Without Checks: Hungary’s Old and New Constitution“, u Tóth, Gábor Attila (ur.) *Constitution for a Disunited Nation: On Hungary’s 2011 Fundamental Law*, CEU Press, Budapest-New York, 2012, str. 237-268; Bugarič, Bojan, „Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge“, *LSE ‘Europe in Question’ Discussion Paper Series*, 79, 2014, str. 7-14; v. i Venice Commission, *op. cit.* (bilj. 91), str. 6-7.

<sup>94</sup> Prema čl. T st. 2. Temelnog zakona, općenormativni akti samo su zakoni, uredbe vlade, predsjednika vlade, ministara, guvernera Narodne banke Mađarske, čelnika neovisnih regulatornih tijela i tijela lokalne samouprave. U stanju nacionalne krize i nužde pravni su propisi i uredbe Nacionalnog vijeća obrane i predsjednika Republike. Time su ujedno enumerirana sva tijela koja mogu biti nositelji normativnih ovlasti.

<sup>95</sup> Vidi Odluku 33/2010 Ustavnog suda Mađarske (*Magyar Közlöny* 47/2010; sažetak Odluke na engleskom jeziku dostupan na <http://www.mkab.hu/case-law/translations>); „socijalistički“ Ustav Republike Mađarske iz 1949. godine (s brojnim amandmanima) bio je na snazi sve do donošenja Temelnog zakona.

<sup>96</sup> Načela ministarske neovisnosti u okviru političkih smjernica zadanih od strane predsjednika vlade, ministarske odgovornosti za poslove svojeg resora te pojedinačne i kolektivne odgovornosti pred Nacionalnom skupštinom uređena su suštinski jednako kao u Njemačkoj, v. čl. 18. s. 1., 2. i 4. Temelnog zakona.

uredbe ne smiju biti u suprotnosti sa zakonom, vladinom uredbom ili uredbom guvernera Narodne banke Mađarske (čl. 18. st. 3.). Čl. 23. sadrži osnovu za ustrojavanje samostalnih regulatornih tijela (*Önálló szabályozó szervek*) kao jedine skupine upravnih tijela u sustavu središnje državne uprave kojima na čelu nije član vlade, a kojima se mogu delegirati normativne ovlasti. Regulatorna tijela ustrojava samo Nacionalna skupština organskim zakonom, „za obavljanje određenih funkcija i vršenje određenih ovlasti koje pripadaju izvršnoj vlasti“ (st. 1.). Ustavotvorac ih time jasno smješta unutar izvršne grane vlasti, otklanjajući paralelizam utvrđenjem da im čelnike imenuje premijer ili predsjednik na prijedlog premijera, na rok određen organskim zakonom (st. 2.).<sup>97</sup>

Za razliku od vlade, čelnici regulatornih tijela nemaju inherentnih normativnih ovlasti pa im se zakonom može delegirati ovlast za donošenje uredbi isključivo unutar djelokruga prethodno utvrđenog organskim zakonom. Kako se te uredbe po nazivu ne razlikuju od uredbi koje donosi vlada i druga ovlaštena tijela (sve su *rendeletek*), ustavotvorac među njima utvrđuje hijerarhiju prema donositelju. Uredbe čelnika regulatornih tijela tako ne smiju biti u suprotnosti sa zakonom, uredbama vlade i predsjednika vlade, uredbama pojedinih ministara te guvernera Narodne banke Mađarske. Pri izradi propisa iz svoje nadležnosti neovisna regulatorna tijela nacrti tih akata u pravilu dostavljaju resornom ministru na prethodnu suglasnost i supotpis.<sup>98</sup> Uredbe regulatornih tijela koje bi prešle granice ovlasti utvrđene propisima više razine Ustavni je sud ovlašten poništiti. (čl. 24. st. 3.).

#### 4. USTAVNE GRANICE DELEGACIJE, OPSEG NORMATIVNE DISKRECIJE I „HIBRIDNOST“ HRVATSKOG REGULATORNOG MODELA

Neovisna regulatorna tijela nisu svojstvena našem upravnom sustavu pa je njihovo osnivanje uzelo maha tek tijekom pristupnih pregovora, dok je ustavno dvojben položaj tih tijela u strukturi državne vlasti uglavnom opravdavan obvezama koje proizlaze iz *acquis communautaire*.<sup>99</sup> Sustav regulatornih tijela kakav trenutno postoji u Hrvatskoj dijeli neke bitne osobine i s američkim i njemačkim modelom, a kako se tu radi o miješanju različitih, dapače suprotnih modela, za potrebe ovog rada naziva se „hibridnim“.

Ustav Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Ustav) izvršnu vlast povjerava Vladi, koja u obavljanju te funkcije, među ostalim, provodi zakone, donosi uredbe za izvršenje zakona,

<sup>97</sup> O stvarnoj razini neovisnosti regulatornih tijela u Mađarskoj šire u Vučković, „Demokratski legitimitet“, *op.cit.* (bilj. 8), str. 162.

<sup>98</sup> Izvješće Vrhovnog suda Mađarske, „Sectoral Economic Regulation in EU Countries: Hungary“, 24. *ACA colloquium*, Pariz, 2014, str. 2 (<http://www.aca-europe.eu/>, 21. 3. 2016.).

<sup>99</sup> Vidi Smerdel, „Platypus Reconsidered“, *op.cit.* (bilj. 23), str. 13-14, gdje autor ističe da takva rješenja mnogo duguju preporukama pregovarača, ali i raznih savjetnika i predstavnika privatnih organizacija s posebnim interesima, čiji je posao „upravo prodavanje ideja post-komunističkim vladama“; Šire o odstupanju od ustavnih načela tijekom pregovora u *id.*, „Hrvatska ustavnost u Europskoj uniji. Apel eurorealista“, *Studia lexicographica*, 8(1), 2011, str. 5-16. O stupnju uvjetovanosti funkcionalne neovisnosti domaćih regulatora kroz pregled stvarnih obveza utvrđenih zakonodavnim aktima EU-a šire u Vučković, „Kontrola ustavnosti i zakonitosti rada neovisnih upravnih tijela“, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, 16(2), 2016, str. 348-351.

usmjerava i nadzire rad državne uprave te usmjerava djelovanje i razvitak javnih služba, a njezini članovi kolektivno i pojedinačno odgovaraju Hrvatskom saboru.<sup>100</sup> Zakonodavna delegacija i njezine granice utvrđene su člankom 88. Ustava na način da Hrvatski sabor može, najviše na vrijeme od godinu dana, ovlastiti Vladu da uredbama uređuje pojedina pitanja iz njegova djelokruga, osim onih koja se odnose na razradu Ustavom utvrđenih ljudskih prava i temeljnih sloboda, nacionalna prava, izborni sustav, ustrojstvo, djelokrug i način rada državnih tijela i lokalne samouprave. Uredbe na temelju zakonske ovlasti ne mogu djelovati retroaktivno, a prestaju vrijediti istekom roka od godinu dana od dana dobivene ovlasti ako Hrvatski sabor ne odluči drukčije.

Za razliku od austrijskog i mađarskog slučaja naš Ustav ne uređuje eksplicitno materiju regulatornih tijela, no dopušta da se određeni poslovi državne uprave mogu zakonom povjeriti pravnim osobama koje imaju javne ovlasti.<sup>101</sup> Svi hrvatski regulatori osnovani su posebnim zakonima upravo kao pravne osobe s javnim ovlastima. Pored poslova državne uprave u smislu rješavanja u upravnim stvarima, provedbe inspekcijskog nadzora i izricanja upravnih mjera i prekršajnopравnih sankcija, delegirane su im i ovlasti za donošenje provedbenih propisa,<sup>102</sup> iako se prema organskom ZSDU-u takva ovlast može zakonom povjeriti samo ministrima i drugim čelnicima središnjih tijela državne uprave.<sup>103</sup> Istim zakonima naši su regulatori izuzeti od instancijskog nadzora i odgovornosti spram Vlade, što je prisnaženo odredbama koje zabranjuju svaki oblik utjecaja koji bi njihovu neovisnost mogao dovesti u pitanje.<sup>104</sup>

Hibridnost hrvatskog regulatornog modela proizlazi iz dva temeljna obilježja. S jedne strane naša regulatorna tijela nemaju prostor normativne diskrecije poput američkih i u tome su bliža njemačkom primjeru. Formulacija članka 88. Ustava isključuje zakonodavnu delegaciju nekom drugom državnom tijelu osim Vlade, a time i mogućnost osnivanja regulatornih tijela koja bi uživala usporedivu razinu normativne diskrecije. Našim regulatorima delegirane su ovlasti za donošenje provedbenih propisa u smislu čl. 18.

<sup>100</sup> Vidi čl. 108., 113. i 115. Ustava Republike Hrvatske (NN 85/10 – pročišćeni tekst, 5/14).

<sup>101</sup> Čl. 117. st. 2. Ustava. Ustav u čl. 90. st. 2. i 4. implicitno dopušta da „tijela koja imaju javne ovlasti“ mogu biti ovlaštena i za donošenje propisa, utvrđujući da ti propisi moraju biti objavljeni u skladu sa zakonom i ne smiju imati povratno djelovanje. Poslove državne uprave i njihovo povjeravanje pravnim osobama s javnim ovlastima pobliže propisuje organski Zakon o sustavu državne uprave (NN 150/11, 12/13; dalje u tekstu: ZSDU).

<sup>102</sup> Vidi čl. 12. Zakona o elektroničkim komunikacijama (NN 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14); čl. 8. Zakona o poštanskim uslugama (NN 144/12, 153/13); čl. 7. st. 3. i čl. 10. Zakona o regulaciji tržišta željezničkih usluga (NN 71/14); čl. 15. Zakona o Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga (NN 140/05, 154/11, 12/12; dalje u tekstu: Zakon o HANFI); čl. 30. i 32. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/09, 80/13); čl. 11. Zakona o regulaciji energetske djelatnosti (NN 120 /12); čl. 69. Zakona o elektroničkim medijima (NN 153/09, 84/11, 94/13, 136/13).

<sup>103</sup> Vidi čl. 18. Zakona o sustavu državne uprave (NN 150/11, 12/13). Prema čl. 229. Prekršajnog zakona (NN 107/07, 39/13, 157/13, 110/15) tijela državne uprave i državne agencije kao ovlašteni tužitelji mogu izdati prekršajni nalog ako su njihove službene osobe pri obavljanju inspekcijskog ili drugog nadzora utvrdile prekršaj.

<sup>104</sup> Vidi čl. 5. st. 5. Zakona o HANFI, čl. 7. st. 4. Zakona o elektroničkim komunikacijama, čl. 26. st. 4. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja. Navedeni zakoni, kao ni Zakon o elektroničkim komunikacijama, Zakon o poštanskim uslugama te Zakon o regulaciji tržišta željezničkih usluga ne sadrže nikakve odredbe o upravnom nadzoru nad radom regulatornih tijela.



ZSDU-a, odnosno pravilnika za provedbu zakona kojima se, u granicama dane ovlasti, detaljnije razrađuju pojedine odredbe zakona radi njihove primjene. Takva normativna ovlast i dalje može biti prilično široka, primjerice Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga nizom je posebnih zakona<sup>105</sup> ovlaštena sama propisivati izračun, visinu te način i izvršenje naplate naknada koje naplaćuje od pravnih i fizičkih osoba za pojedinu godinu, a koje predstavljaju njezin vlastiti prihod.<sup>106</sup>

S druge strane hrvatski regulatori formalno su izuzeti od odgovornosti i nadzornog dosega Vlade kao nositelja izvršne vlasti, što ih sasvim približava američkom, a bitno razlikuje od njemačkog pristupa, gdje se ovlast za donošenje propisa delegira isključivo tijelima unutar sustava državne uprave, izravno subordiniranima saveznoj vladi. Naši su regulatori formalno politički neovisne pravne osobe kojima zakonodavac povjerava poslove državne uprave te im delegira normativne ovlasti koje primarno vrše središnja tijela državne uprave pod izravnom kontrolom članova Vlade.<sup>107</sup> Iako te normativne ovlasti u pravilu sadrže i određenu razinu diskrecije, zakonodavac ih izmiče operativnom i nadzornom utjecaju Vlade te delegira jedinom politički neodgovornom dijelu središnjeg upravnog aparata.

Postojeći mehanizmi parlamentarnog nadzora nad neovisnim regulatorima u obliku godišnjih izvješća iznimno su manjkavi,<sup>108</sup> a dodatno su ograničeni fiksnim mandatom i iznimno restriktivnim uvjetima za smjenu članova regulatornih vijeća.<sup>109</sup> Stoga delegiranje ovlasti koje su ustavom podijeljene nositelju izvršne vlasti i njemu subordiniranim tijelima na tijela tehnokratskog karaktera te izvan nadzornog dosega nositelja izvršne vlasti (koji je bar neizravno politički odgovoran) izmješta te ovlasti izvan

---

<sup>105</sup> Na temelju čl. 20. st. 1. pst. 2. i st. 3. Zakona o HANFI, čl. 554.a. st. 2. Zakona o tržištu kapitala (NN 88/08, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15 i 110/15), čl. 198. st. 5. Zakona o obveznim mirovinskim fondovima (NN 19/14 i 93/15), čl. 275. st. 5. Zakona o dobrovoljnim mirovinskim fondovima (NN 19/14), čl. 326. Zakona o otvorenim investicijskim fondovima s javnom ponudom (NN 16/13 i 143/14), čl. 272. Zakona o alternativnim investicijskim fondovima (NN 16/13 i 143/14) i čl. 80. Zakona o leasingu (NN 141/13), čl. 157.b Zakona o osiguranju (NN 151/05, 87/08, 82/09, 54/13 i 94/14), čl. 138. Zakona o mirovinskim osiguravajućim društvima (NN 22/14), čl. 33. Zakona o doživotnoj otpremnini odnosno dokupu mirovine (NN 153/13), čl. 80. Zakona o leasingu te čl. 74. Zakona o faktoringu (NN 94/14 i 85/15). Iste ovlasti ima i Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti (HAKOM) prema čl. 16. Zakona o elektroničkim komunikacijama i čl. 13. Zakona o poštanskim uslugama.

<sup>106</sup> Vidi Pravilnik o izračunu, visini i naplati naknada koje se plaćaju Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga za 2016. godinu (NN 136/15) i Pravilnik o vrsti i visini naknada i administrativnih pristojba Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga (NN 3/16).

<sup>107</sup> Prema čl. 113. pst. 6. Ustava Vlada usmjerava i nadzire rad državne uprave

<sup>108</sup> Vidi Koprić et al, *Upravna znanost - Javna uprava u suvremenom europskom kontekstu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2014, str. 205, gdje autori ističu da godišnja izvješća „pate od strukturnog i sadržajnog deficita (pretjerano detaljni, nejasni, zaobilaze relevantne podatke i probleme, uljepšavaju sliku), a često nedostaje ozbiljna rasprava o sadržaju izvještaja i time radu agencije ili se on koristi za politička obračunavanja.“

<sup>109</sup> Primjerice prema čl. 4. Zakona o HANFI članovi njezina Upravnog vijeća imenuju se na mandat od šest godina. Prema čl. 7. Sabor može razriješiti dužnosti člana Upravnog vijeća samo ako to sam zatraži, trajno izgubi sposobnost obavljati dužnost, bude pravomoćno osuđen na bezuvjetnu kaznu zatvora ili počne obavljati neki posao ili dužnost nespojiv s položajem člana Upravnog vijeća, npr. bude imenovan na neku drugu dužnost u izvršnoj vlasti ili stekne dionice ili vlasničke udjele u nekom od subjekata nadzora.

dosega demokratske kontrole i, pored načela diobe vlasti, narušava i načela demokracije te narodnog suvereniteta.

Navedena neuklapanja izražena su i stoga što ustavne granice delegacije normativnih ovlasti u nas nisu bitno različite nego u njemačkom slučaju. To znači da, pored ustavom izričito utvrđenih zakonskih rezervata,<sup>110</sup> načela diobe vlasti, narodnog suvereniteta i demokracije priječe delegiranje normativnih ovlasti politički neodgovornim tijelima. Kad tome ne bi bilo tako, iste bi ovlasti bilo dopušteno delegirati i sudovima.<sup>111</sup> Dapače, ako je ustavnopravno prihvatljivo da Sabor nekom tijelu mimo Vlade povjeri ovlast da podzakonskim općenormativnim aktima usmjerava djelovanje i razvitak javnih služba (čl. 113. st. 8.), odnosno neovisno o Vladi u nekom upravnom području provodi zakone i druge odluke Sabora (čl. 113. st. 3.), tada bi bilo dopušteno nekom politički neodgovornom upravnom tijelu povjeriti i ovlast da samostalno predlaže državni proračun (čl. 113. st. 2) ili da vodi unutarnju politiku (čl. 113. st. 5.). Načela vladavine prava, demokratičnosti i diobe vlasti predstavljaju krutu zapreku takvu uređenju, inače bi se tom hipotetskom tijelu mogle povjeriti i ovlasti da odlučuje u pitanjima koja su u isključivoj nadležnosti sudova, primjerice kaznenim stvarima.

Smatra se da eksplicitna formulacija čl. 88. Ustava predstavlja krutu granicu delegacije, kako u smislu utvrđivanja parlamentarnih rezervata<sup>112</sup> tako i u smislu da za donošenje uredba temeljem zakonske ovlasti Sabor ne može ovlastiti neko drugo državno tijelo osim Vlade. Opseg područja ljudskih prava i temeljnih sloboda koje se uređuju organskim zakonom (parlamentarni rezervat) podložan je ustavnosudskoj interpretaciji,<sup>113</sup> no potonje utvrđenje zbog jasnoće ustavne odredbe („Hrvatski sabor može, najviše na vrijeme od godinu dana, ovlastiti Vladu da uredbama uređuje pojedina pitanja iz njegova djelokruga“) nije moguće dovesti u pitanje ili drugačije tumačiti.<sup>114</sup> Odredba čl. 108. Ustava nije ništa manje eksplicitna te priječi zakonodavca da kojem drugom državnom tijelu osim Vlade zakonom povjeri obavljanje izvršne vlasti u državi. Izuzimanjem nekog regulatornog tijela od odgovornosti i nadzornog dosega Vlade krši se čl. 108. Ustava, a u perspektivi može se suštinski prekršiti i čl. 88., čak i ako to tijelo nije ovlašteno donositi uredbu u formalnom smislu. Naime to ostavlja mogućnost delegacije kojom bi se neko neovisno upravno tijelo ovlastilo za donošenje podzakonskih općenormativnih akata koji

---

<sup>110</sup> Šire u Barić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 211-216.

<sup>111</sup> Naime sudovi su također „profesionalni, stručni i politički neovisni“. O tehnokratskim argumentima (profesionalnost, stručnost, specijalizacija, politička neovisnost) za uspostavu neovisnih regulatora koje iznose pobornici teorije javnog interesa i teorije vjerodostojnog obvezivanja kao njezina derivata šire u Vučković, „Demokratski legitimitet“, *cit.* (bilj. 8), str. 147-149. Međutim isti argumenti mogu biti primjenjivi na bilo koje upravno tijelo, pa ipak još nije predloženo da sva upravna tijela trebaju biti formalno politički neovisna, prema Miller, *op. cit.* (bilj. 27), str. 73-74, šire *ibid.*, str. 75-83.

<sup>112</sup> Vidi Barić, *op. cit.* (bilj. 4), str. 212-213.

<sup>113</sup> *Ibid.*, str. 214-215.

<sup>114</sup> Na način da primjerice Sabor može ovlastiti neko drugo tijelo (osim Vlade) da uredbama uređuje materiju iz njegova djelokruga te da pritom ne bi bio vezan parlamentarnim rezervatom u području ljudskih prava i temeljnih sloboda, izbornog sustava, ustrojstva, djelokruga i načina rada državnih tijela i lokalne samouprave.

su u formalnom smislu provedbeni propisi, no koji se u materijalnom smislu, opsegom materije koju uređuju, izjednačavaju s uredbama temeljem zakonske ovlasti.<sup>115</sup>

Konačno, ako bi se mimo čl. 5. i čl. 108. Ustava dopustilo stvaranje paralelne izvršne vlasti (ili četvrte grane vlasti),<sup>116</sup> ne postoje ustavnopravno opravdani razlozi da pritom budu zanemarena i načela narodnog suvereniteta i demokracije iz čl. 1. Ustava, odnosno da čelnici nekog neovisnog regulatornog tijela ne budu smjenjivi iz istih razloga iz kojih je smjenjiv i predsjednik vlade ili svaki pojedini ministar.

## 5. ZAKLJUČAK

Američki i njemački primjer predstavljaju oprečne pristupe uređivanju sustava regulatornih tijela i utvrđivanju granica njihovih normativnih ovlasti. Manje kontinentalnoeuropske države, poput Austrije i Mađarske, pokazuju neke bitne sličnosti s njemačkim pristupom u smislu postojanja krutih zakonskih rezervata, odnosno jasno utvrđenih područja i opsega nedopuštene delegacije. Za razliku od Njemačke, te su države temeljne dvojbe oko ustavnopravnog položaja i ovlasti nacionalnih regulatornih tijela rješavale i izravnim intervencijama u pozitivno ustavno pravo.<sup>117</sup> Međutim u oba slučaja zadržane su bitne odrednice vlastitih sustava te nije došlo do nekritičkog preuzimanja američkog modela. U Hrvatskoj je pak posebnim zakonima uspostavljen „hibridni“ sustav u kojem regulatori (još) nemaju znatan prostor normativne diskrecije poput američkih, no zato su formalno izuzeti od odgovornosti i nadzornog dosega nositelja izvršne vlasti. Takav sustav nije sukladan ni pozitivnim ustavnim normama ni hrvatskoj upravnoj tradiciji.<sup>118</sup>

Dio domaćih autora koji su se bavili materijom neovisnih regulatora zalaže se za utvrđivanje novog pravnog okvira kojim bi se konačno uredio sustav agencija u Hrvatskoj.<sup>119</sup> U tom pogledu treba istaknuti da postojeći sustav jest nužno urediti.

---

<sup>115</sup> Kao što je to slučaj u SAD-u, gdje su neki regulatori zakonom ovlašteni uređivati pitanja postupka te visine i načina izvršenja sankcija.

<sup>116</sup> Neovisne je regulatore u pravnoj i politološkoj literaturi već sasvim uvriježeno nazivati „četvrtom granom vlasti“, v. Miller, *op. cit.* (bilj. 27), str. 64-65, 79; Bruff, *op. cit.* (bilj. 28), str. 513; Majone, „From the Positive to the Regulatory State“, *op.cit.* (bilj. 11), str. 159-160.

<sup>117</sup> U Austriji kroz ugrađivanje pojedinačnih ustavnih odredaba u obične zakone koji uređuju regulirana tržišta, a u Mađarskoj u sklopu sveobuhvatnih ustavnih promjena, v. *supra*, poglavlje 3.

<sup>118</sup> Vidi Smerdel, „Nezavisni regulatori“, *op.cit.* (bilj. 21), str. 39, 53-54; *id.*, „Platypus Reconsidered“, *op.cit.* (bilj. 23), str. 12.

<sup>119</sup> Vidi Petrović, *op. cit.* (bilj. 5), str. 487; Smerdel, „Nezavisni regulatori“, *op.cit.* (bilj. 21), str. 55-56; *id.*, „Platypus Reconsidered“, *cit.*, str. 23; Koprić, Musa i Đulabić, *op. cit.* (bilj. 5), str. 679; Koprić, „Razvoj i problemi agencijskog modela“, *op.cit.* (bilj. 5), str. 19, 24; Barić, Sanja i Đerđa, Dario, „Zakonsko uređenje regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj“, *Informator, male stranice*, br. 5908, 2010, str. 8; Staničić, „Pravna narav regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj“, *Pravo u gospodarstvu*, 49(5), 2010, str. 1373; Mecnović, Ivan, Zima, Predrag i Novosel-Dolnjak, Zvonko, *Državne (regulatorne) i javne agencije*, Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, 2012, str. 223-258.

Međutim, ako bi to značilo donošenje općeg zakona o agencijama po uzoru na Sloveniju,<sup>120</sup> u naš pravni sustav time bi se uveo pravni oblik *agencija*,<sup>121</sup> što bi se odnosilo i na regulatore i na mnogo veći broj pravnih osoba koje nisu regulatori. Posljedično to bi zahtijevalo izmjene i dopune niza propisa (možda i više od stotinu) kojima bi se deseci javnih ustanova ukinuli i ponovo osnovali kao *agencije*. Treba imati na umu kako je među nekoliko desetaka postojećih javnih ustanova „agencijskog tipa“ samo nekoliko neovisnih regulatora,<sup>122</sup> odnosno takvih pravnih osoba čiji položaj i ovlasti odstupaju iz okvira utvrđenih Ustavom, ZSDU-om i Zakonom o ustanovama. Izuzevši neovisne regulatore, položaj i ovlasti većine tih novih *agencija* ne bi se bitno razlikovali od položaja i ovlasti postojećih javnih ustanova „agencijskog tipa“. Svrhovitost donošenja novog općeg zakona tu postaje upitna jer bi se u sustav pravnih osoba s javnim ovlastima moglo manje invazivno, a s istim učinkom, intervenirati i izmjenama i dopunama ZSDU-a i Zakona o ustanovama. Kako je ipak brojnost (i s tim povezani troškovi) glavni problem nekoliko desetaka javnih ustanova „agencijskog tipa“ koje nisu regulatori, za njihovo puko ukidanje ili spajanje nije potreban potpuno nov pravni okvir.<sup>123</sup>

Naposljetku, takav opći zakon o agencijama, ma kako nadahnuto bio napisan, ne bi riješio problem s našim neovisnim regulatorima s obzirom na to da *lex specialis derogat legi generali*. To je vidljivo i na primjeru susjedne Slovenije,<sup>124</sup> ali i u domaćoj praksi, gdje se položaj i ovlasti regulatora posebnim zakonima godinama uređuju suprotno ZSDU-u i Zakonu o ustanovama.<sup>125</sup> Uz pretpostavku da opći zakon o agencijama najzad bude izrađen i donesen, ne postoje osobite zapreke da se uhodana praksa ne nastavi pa da se posebnim zakonima položaj i ovlasti nekih regulatora i dalje uređuju drugačije, suprotno cilju i svrsi toga općeg zakona.

Zbog svega navedenoga, a u cilju rješavanja uzroka ustavnopravnih dvojba koje proizlaze iz neovisnog položaja i diskrecijskih ovlasti regulatora (umjesto saniranja posljedica),

---

<sup>120</sup> Zakon o javnih agencijah (Uradni list RS, 52/02, 51/04, 33/11; dalje: *ZJA*). O slovenskim regulatorima i mehanizmima kontrole nad njihovim radom v. Vučković, „Kontrola ustavnosti i zakonitosti“, *op.cit.* (bilj. 99), str. 366-369.

<sup>121</sup> U slovenskom slučaju radi se o pravnom obliku vrlo sličnom našim javnim ustanovama za koji je kroz *ZJA* utvrđen novi termin „javne agencije“; v. Staničić, „Pravna narav regulatornih agencija“, *op.cit.* (bilj. 119), str. 1348-1349.

<sup>122</sup> Vidi Smjernice za uređenje sustava agencija, zavoda, fondova i drugih pravnih osoba s javnim ovlastima agencijskog tipa, Ministarstvo uprave, travanj 2015.

<sup>123</sup> Vidi Odluku Vlade Republike Hrvatske o smanjenju broja agencija, zavoda, fondova i drugih pravnih osoba s javnim ovlastima i osnivanju Povjerenstva za provedbu racionalizacije sustava agencija, zavoda, fondova i drugih pravnih osoba s javnim ovlastima (Klasa: 022-03/15-04/152, Urbroj: 50301-05/16-15-1) od 23. travnja 2015.

<sup>124</sup> *ZJA* bio je temelj za osnivanje više agencija, no samo su dvije ekonomski regulatori, Agencija za komunikacijske mreže i službe u području mrežnih industrija te Agencija za energiju, čije ovlasti pobliže uređuju *Zakon o elektronskih komunikacijah* (Uradni list RS, 109/12) i *Energetski zakon* (Uradni list RS, 17/14) te derogiraju bitne odredbe *ZJA*. Npr. prema čl. 28. st. 2. *ZJA*, ministarstva drugostupanjski rješavaju o žalbama protiv upravnih akata agencija, a prema čl. 48. provode upravni nadzor nad agencijama unutar svojeg resora, no *Zakon o elektronskih komunikacijah* u čl. 192. i *Energetski zakon* u čl. 418. st. 2., isključuju pravo na žalbu protiv UP akata mrežnog i energetskeg regulatora, kao i mogućnost njihova ukidanja po pravu nadzora.

<sup>125</sup> Zakon o ustanovama (NN 76/93, 29/97, 47/99, 35/08).

svrhovitije bi bilo posebne zakone kojima su ti regulatori osnovani i kojima su im delegirane normativne ovlasti uskladiti s Ustavom i organskim ZSDU-om.<sup>126</sup> U tom pogledu moguća su dva pristupa koji se mogu svesti na pitanje - zadržati politički neovisna upravna tijela ili zadržati regulatorna tijela? Naime, ako želimo zadržati politički neovisna upravna tijela, ta tijela u postojećem ustavnom uređenju ne bi smjela biti ovlaštena samostalno donositi propise. Ako pak želimo zadržati regulatorna tijela kao upravna tijela koja su zakonom ovlaštena donositi propise, što i nije toliko strano našem upravnom sustavu, ta tijela ne bi smjela biti politički neovisna o Vladi.

Prvi pristup zahtijevao bi izmjene i dopune posebnih zakona kojima se politički neovisnim pravnim osobama delegira ovlast za donošenje provedbenih propisa. U ovom slučaju normativna ovlast mogla bi zakonom biti povjerena samo resornim ministrima sukladno važećem ZSDU-u, a pravne osobe nadležne za nadzor pojedinog reguliranog tržišta mogle bi (i trebale) sudjelovati u izradi tih propisa.<sup>127</sup> Taj je pristup u normativnom smislu najmanje invazivan jer ne zahtijeva donošenje novih općih zakona ni izmjene i dopune važećih organskih i općih zakona.

Drugi pristup sadrži pak dvije opcije. Prva je opcija u potpunosti primijeniti njemački model te ukinuti neovisne pravne osobe s regulatornim ovlastima i ustrojiti središnja tijela državne uprave bez kabinetskog statusa, odnosno državne upravne organizacije u smislu čl. 49. ZSDU-a s istim poslovima i ovlastima.<sup>128</sup> Takvo uređenje ne bi trebalo kompromitirati samostalnost regulatora jer su prema čl. 15. ZSDU-a sva tijela državne uprave, u obavljanju poslova iz svojeg djelokruga samostalna u granicama zakonskih ovlasti. Dapače, neke od naših državnih upravnih organizacija, poput Državnog zavoda za radiološku i nuklearnu sigurnost<sup>129</sup> ili Državnog zavoda za mjeriteljstvo<sup>130</sup> već obavljaju funkciju nacionalnih regulatornih tijela u područjima koja su im stavljena u nadležnost. Ta je opcija normativno najinvazivnija jer uključuje statusopravne promjene, odnosno zahtijeva i izmjene posebnih zakona kojima su regulatori osnovani kao pravne osobe, kao i Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstva i drugih središnjih tijela državne uprave, te donošenje uredaba o unutarnjem ustrojstvu novoustrojenih regulatora. Međutim, uz rješavanje temeljnih ustavnopravnih dvojba, ta opcija nudi neka rješenja i iz sfere ekonomičnosti i stvaranja poticajnije klime za poduzetnike i investitore. Naime zaposleni u regulatornim tijelima time bi postali državni službenici, što bi predstavljalo bitnu uštedu

---

<sup>126</sup> I u slučaju donošenja općeg zakona o agencijama bilo bi nužno usklađivanje niza posebnih zakona s istim tako da je količina normativnog posla u ovom slučaju manja.

<sup>127</sup> Primjer za takvo uređenje može se naći u Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja (čl. 7. st. 4., čl. 10. st. 2., čl. 11. st. 3, čl. 15. st. 4., čl. 15. st. 4., čl. 64. st. 9. i čl. 65. st. 4.), prema kojem sve podzakonske propise donosi Vlada, na prijedlog AZTN-a, koji sam nije ovlašten za donošenje propisa.

<sup>128</sup> Ta bi tijela preuzela i zaposlenike dotadašnjih regulatora, koji bi time postali državni službenici.

<sup>129</sup> Zakon o radiološkoj i nuklearnoj sigurnosti (NN 141/13, 39/15), čl. 7.; National report on Implementation of the obligations under the Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management, Zagreb, listopad 2014, str. 18-19.

<sup>130</sup> Zakon o mjeriteljstvu (NN 74/14), čl. 6.; Zakon o nadzoru predmeta od plemenitih kovina (NN 36/15), čl. 4.

na masi plaća i drugih materijalnih dodataka,<sup>131</sup> a financiranje regulatornih tijela iz proračuna (umjesto iz naknada operatera) omogućilo bi smanjivanje i/ili ukidanje mnogih parafiskalnih nameta koji služe (i) pokrivanju troškova postojećih pravnih osoba s regulatornim ovlastima.<sup>132</sup>

Druga opcija je manje invazivna i dijelom se naslanja na austrijski model.<sup>133</sup> Tu bi se izmjenama i dopunama posebnih zakona kojima su sektorski regulatori osnovani trebalo propisati njihovu odgovornost prema Vladi i resornom ministru te *explicite* utvrditi ovlast odnosnih ministarstva za upravni nadzor nad regulatorima unutar svojeg resora, u skladu s čl. 20., 21., 22., 65. i 69. ZSDU-a. To ne bi trebalo ugroziti operativnu samostalnost regulatora jer se pojedinačnom naredbom u sklopu upravnog nadzora ne može određivati način rješavanja određene, pojedinačne upravne stvari (čl. 23. st. 3. ZSDU-a). Učinkovit upravni nadzor, osobito nad tijelima koja u obavljanju poslova državne uprave nad pravnim i fizičkim osobama vrše kakvu diskrecijsku ovlast, nužan je za ostvarivanje načela zakonitosti, kao i vladavine prava u cjelini.<sup>134</sup>

Zaključno valja istaknuti da, sukladno važećem ustavnom uređenju Republike Hrvatske, tijela kojima se delegira ovlast za normativno uređivanje javnih politika ne mogu niti smiju biti politički neodgovorna. Ovdje izneseno ne predstavlja poziv za ukidanje ovlasti koje su pretpostavka da bi regulatorna tijela uopće obavljala svoju funkciju ni poziv na ukidanje operativne samostalnosti koja je (u ustavno dopustivoj mjeri) nužna kako bi se spriječio netransparentan utjecaj dnevne politike na njihov rad. Ovo je prije svega poziv na raspravu s ciljem očuvanja nekih temeljnih ustavnih načela, koja ujedno predstavljaju i jasne granice delegacije ovlasti neovisnim upravnim tijelima.

---

<sup>131</sup> Plaće i materijalna prava državnih službenika uređene su na jedinstven način propisima službeničkog zakonodavstva i kolektivnim ugovorom, dok su regulatorne agencije posebnim zakonima ovlaštene samostalno uređivati visinu plaća zaposlenih putem internih općih akata. To dovodi do situacije da su zaposlenici regulatornih agencija za obavljanje istovrsnih poslova državne uprave plaćeni bitno više od državnih službenika.

<sup>132</sup> Vidi i Smerdel, „Nezavisni regulatori“, *op.cit.* (bilj. 21), str. 35, gdje ističe da „svrha inoviranja sustava socijalnog upravljanja nije nezavisnost upravnih tijela, kao što se često pogrešno shvaća i dokazuje. Svrha je upravna djelotvornost, prema kriterijima *cost-benefit* analize, uz puno ostvarivanje ustavnog načela vladavine prava i djelotvornu zaštitu zajamčenih sloboda i prava.“

<sup>133</sup> V. *supra*, primjer *FMA*.

<sup>134</sup> Stoga neovisnost ne bi trebala značiti i izuzetost od nadzora zakonitosti rada i postupanja, nadzora djelotvornosti, ekonomičnosti i svrhovitosti rada u obavljanju poslova državne uprave, nadzora svrhovitosti unutarnjeg ustrojstva i osposobljenosti zaposlenika za obavljanje poslova državne uprave te njihova odnosa prema građanima i drugim strankama. (v. čl. 21. ZSDU-a).

## Summary

**CONSTITUTIONAL LIMITS ON THE DELEGATION OF LEGISLATIVE POWER TO INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AUTHORITIES**

In the light of the growing reconsideration of the constitutional status of our independent regulators, it is becoming necessary to closely examine the constitutional limits on the delegation of normative powers to such bodies, as well as the impact of these limits on their overall position in the structure of State power. The realisation of some fundamental constitutional principles such as separation of powers, national sovereignty, democracy and the rule of law is unequivocally linked to the determination of clear constitutional limits on legislative delegation to such authorities, i.e. the determination of a constitutionally permissible scope of discretion in the exercise of such regulatory power. The overall scope of regulatory power which legislature can delegate to independent administrative authorities, as well as the overall position of regulatory authorities in the structure of government, directly depends on such constitutional limits. This paper seeks to provide a clear overview of the constitutional limits of the delegation of legislative power to independent administrative authorities in the Anglo-Saxon and Continental legal systems, and of the way such limits arise from positive constitutional norms, constitutional jurisprudence and prevailing constitutional doctrine. Particular emphasis is placed on examples from the United States and Germany, which represent two opposite approaches to regulatory authorities and the scope of their delegated powers, both of which have been applied in Croatia to various degrees. In conclusion, this paper analyses the constitutional doubts caused by the specificities of the Croatian "hybrid" system of independent regulators and seeks to provide some specific normative solutions to these doubts.

*Keywords: delegation of legislative power, independent regulatory authorities, legislative reservation, separation of powers, rule of law*

**Josip Vučković**, Ministry of Public Administration, attending the postgraduate study of public law and public administration at the Faculty of Law of the University of Zagreb





# REVOLUCIJA KOJE NEMA: IZRAVNO SUDJELOVANJE GRAĐANA U ODLUČIVANJU O „EUROPSKIM PITANJIMA“

Izvorni znanstveni rad

UDK 342.573(4)EU  
339.923:061.1](4)EU

Primljeno: 16. rujna 2016.

Matija Miloš\*

---

*Nedavno održani referendum o izlasku Ujedinjenog Kraljevstva iz Europske unije te najave budućih referenduma u drugim državama članicama, uz pozivanje na prvenstvo „volje naroda“, nameću potrebu detaljnijeg istraživanja stvarne uloge neposrednog odlučivanja građana u Uniji. Ovaj rad pridonosi tome analizom temeljnih problema s kojima se, kao složeni politički sustav, Unija mora nositi. Oslanjanjem na usporedno federalističko iskustvo ističemo dvostruki problem višerazinskog političkog prostora te problem prevođenja ovlasti i osporavanja takva prijevoda izravnodemokratskim putem. Te dvije teškoće zajedno dovode do toga da je od izravnog sudjelovanja građana u odlučivanju o „europskim pitanjima“ teško očekivati ikakav siguran ishod.*

Ključne riječi: referendum, izravna demokracija, neposredno odlučivanje, Europska građanska inicijativa, Europska unija

---

## 1. UVOD

*„It was the best of times, it was the worst of times, it was the age of wisdom, it was the age of foolishness, it was the epoch of belief, it was the epoch of incredulity, it was the season of Light, it was the season of Darkness, it was the spring of hope, it was the winter of despair, we had everything before us, we had nothing before us, we were all going direct to Heaven, we were all going direct the other way - in short, the period was so far like the present period, that some of its noisiest authorities insisted on its being received, for good or for evil, in the superlative degree of comparison only.“*

~Charles Dickens, The Tale of Two Cities

U dobro poznatim rečenicama kojima započinje veliko Dickensovo djelo autor opisuje turbulentno vrijeme Francuske revolucije, u koje je radnja njegova romana i smještena. Brojne u njima sadržane suprotnosti naznačuju prijelomnost tog povijesnog razdoblja, odnosno, govoreći jezikom teorije, njegovu liminalnost. Liminalnost „obuhvaća prijelazne situacije i uvjete koje karakterizira izmještanje utemeljenih struktura, izvrtnje

---

\* Matija Miloš, polaznik poslijediplomskog doktorskog studija javnog prava i javne uprave na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, asistent na katedri za Ustavno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci.

hijerarhija i nesigurnost u kontinuitet tradicije i buduće ishode“.<sup>1</sup> To je vrijeme u kojemu je poremećen dotadašnji poredak te se otvaraju perspektive novim razvojem koji mogu obećavati drastično drukčije stanje od onoga koje je postojalo dotada. Iz citiranog je razvidno da sama liminalnost ipak jamči samo mogućnost drukčijega, ali ne i određeni ishod. Njezino je jamstvo jedino nesigurnost, a takva se potencijalno opasna karakteristika nije zadnji put pojavila za Francuske revolucije.

Jedno je razdoblje liminalnosti koje bi se moglo okarakterizirati Dickensovima riječima uslijedilo nakon Drugog svjetskog rata. U tom je periodu udahnut život nizu ideja i projekata koji su trebali spriječiti ponavljanje ratnih užasa u budućnosti. Među njih ubrajamo pokret prema razradi i priznavanju univerzalnih ljudskih prava, čiji je lučonoša Opća deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine, ali i proces izgradnje europskih integracija, koji se, od izvorno ponajprije ekonomske nadnacionalne suradnje, razvio u projekt političkog povezivanja država na europskom kontinentu.

Kao proces koji je započeo u liminalnosti poslije Drugog svjetskog rata, razvoj europskih integracija razlikuje se od ideje ljudskih prava po tome što ne nastoji biti univerzalan.<sup>2</sup> Dok su se ljudska prava temeljila na univerzalnoj ljudskosti, proces „sve bliže suradnje“ europskih država predstavlja relativno jasno geografski smješten projekt.<sup>3</sup> On je, štoviše, u svojim počecima bio usmjeren na prizemne ciljeve ekonomske suradnje i nadzora nad ratnim sirovinama, ugljenom i čelikom. Tek su naknadno ti transnacionalni oblici povezivanja europskih država dobili jasnije političke konotacije.

Drugo je bitno obilježje procesa europskih integracija njegova nedovršenost. Današnja Europska unija predstavlja strukturu koja još uvijek nije zaokružena uspostavljanjem neke nove federacije, unitarne države ili međunarodne organizacije u klasičnom smislu riječi. O tome najbolje svjedoči pokušaj donošenja Ustava za Europu, koji nije uspio preživjeti ratifikaciju referendumom u Francuskoj i Nizozemskoj te je morao biti preobličen u Lisabonski sporazum.

Treće je bitno obilježje europskih integracija izražena uloga elita u razvoju europskog projekta. Kontinuirani problem demokratskog deficita Unije, uslijed kojega između građana i njezinih institucija postoji bitan jaz, barem je dijelom posljedica toga. Smatra se da na Uniju građani tek ograničeno mogu utjecati te da je zbog toga ona problematična u demokratskom smislu.

---

<sup>1</sup> Horvath, A.; Thomassen, B.; Wydra, H., *Liminality and the Search for Boundaries*, objavljeno u *Breaking Boundaries – Varieties of Liminality* (Horvath, A.; Thomassen, B.; Wydra, H., ur.), Berghahn Books, New York, 2015, str. 2.

<sup>2</sup> Upravo je pretpostavljena „univerzalnost“ temeljnih prava izložena učestaloj kritici, u čemu je posebno dosljedan upliv antropologije. (Vidi primjerice Goodale, M., *Surrendering to Utopia: An Anthropology of Human Rights*, Stanford University Press, Stanford, 2009, str. 18.)

<sup>3</sup> Dakako, geografske granice Unije nisu nesporne. (Bauböck, R., „Why European Citizenship? Normative Approaches to Supranational Union“, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2/2007, str. 461.) O tome najbolje svjedoče dugogodišnji prijepori o turskom europskom putu.

Usredotočenost Unije na prvenstveno ekonomska pitanja, njezino postupno i nedovršeno razvijanje u prostoru tradicionalno obilježenom dominacijom suvereniteta njezinih članica te izražena uloga elita obilježja su koja su dovela do toga da je položaj europskog građanstva priznavan tek postupno. Njegov se razvoj snažno vezao za ekonomsku dimenziju europske suradnje, a svoje je političke dimenzije počeo dobivati relativno kasno.<sup>4</sup> Čak se i tada europski građanin izražavao ponajprije preko svojih predstavnika, bilo onih izabranih na nacionalnoj razini bilo zastupnika biranih na izborima za Europski parlament. Osim toga, Unija je razvila kompleksan sustav konzultacija s organizacijama civilnog društva, putem kojih su građani na još jedan način mogli doći do izražaja.

Usprkos tome što se na razini Unije izvorno nije razmišljalo o neposrednom angažiranju građana u donošenju odluka o pojedinim pitanjima, ta dimenzija demokracije nije izostala. Uniju je od sedamdesetih godina prošlog stoljeća do danas pratio niz nacionalnih referenduma o njezinu razvoju. Njihov je slijed kulminirao nedavnim dramatičnim izglasavanjem izlaska Ujedinjenog Kraljevstva iz članstva te nadnacionalne tvorevine. S druge strane od Lisabonskog ugovora u strukturu Unije ugrađena je i Europska građanska inicijativa kao sredstvo kojim je građanima omogućeno da utječu na proces donošenja odluka u Uniji.

Nesporno je da te dvije struje predstavljaju dva potpuno različita načina angažiranja građana u odlučivanju o „europskim pitanjima“. Usprkos tomu obje je moguće promatrati kao dva dijela jednog tijela, nastojanja da se osigura izravan utjecaj građana na proces donošenja odluke o „europskim pitanjima“. Svrha je ovog rada upravo analizirati oba spomenuta instrumenta u tom kontekstu te pokazati s kakvim se problemima ideja neposrednog sudjelovanja u odlučivanju u Uniji nužno mora nositi.

Sintagma „izravno sudjelovanje građana u odlučivanju“ nesumnjivo je nezgrapna i donekle umjetna. Ona je međutim izabrana kako bi se s jedne strane naznačilo da se iz predmeta proučavanja otklanjaju svi oblici sudjelovanja koji se oslanjaju ponajprije na neki oblik posredništva. Tu je moguće ubrojiti nacionalne izbore i izbore za Europski parlament, ali i sudjelovanje putem organizacija civilnog društva. Istodobno pojam „sudjelovanja građana u odlučivanju“ ne isključuje Europsku građansku inicijativu iz našeg predmeta interesa. Ona se jednako tako poziva na izravan angažman građana iako, vidjet ćemo, građanima ne daje ovlast izravne odluke. Njima pripada samo mogućnost podnošenja prijedloga.

Potencijale izravnog sudjelovanja građana u odlučivanju ocjenjujemo pomoću usporednopravne metode, i to, pomalo kontroverzno, njezinom primjenom na federalističko iskustvo. Kontroverznost slijedi iz toga što bi usporedna pravna metoda

---

<sup>4</sup> Shaw, J., „Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism“, *University of Edinburgh – School of Law Working Paper Series*, No. 2010/14, dostupno na: <<http://ssrn.com/abstract=1585938>>, resurs posljednji put konzultiran 16. rujna 2016., str. 31.

trebala uzeti u obzir kontekst primjene nekog pravnog rješenja.<sup>5</sup> On je u slučaju predmeta ovog rada izrazito složen iz dva temeljna razloga. Prvo, neposredno odlučivanje građana samo po sebi nije monolitan, lako usporediv koncept, a kamoli tvorenica neposrednog sudjelovanja u odlučivanju. Drugo, federalne je sustave izrazito teško uspoređivati zbog toga što su izrazito uvjetovani okolnostima u kojima se svaki od njih razvijao. Posebno je to slučaj s Europskom unijom, koja sama po sebi nije svodiva na jasno odredivu kategoriju, a uz to uključuje i Europsku građansku inicijativu, koja jednako tako predstavlja novinu, i to ne neposredne, nego participativne demokracije.

Usprkos tim zaprekama usporedna je metoda korisna stoga što nam omogućuje izvođenje pojedinih temeljnih obilježja složenih država i državnih zajednica koja su, zbog svojeg visokog stupnja apstrakcije, potpuno primjenjiva i na Europsku uniju. Time je moguće jasnije odrediti pojedina obilježja *konteksta* razvoja i djelovanja Unije, koja nam pomažu da bacimo svjetlo na prepreke s kojima se izravno sudjelovanje građana u donošenju odluka u njoj mora nositi. Točnije, možemo jasnije odrediti problem njezina višerazinskog političkog prostora, ali i ograničenja referenduma kao sredstva osporavanja prijenosa ovlasti s jedne razine složene države i državne zajednice na drugu. Ta dva problema predstavljaju moćnu prepreku svakoj neposrednosti sudjelovanja građana u odlučivanju o Uniji.

Naš je rad podijeljen u dvije velike cjeline. U prvoj prikazujemo predmet našeg proučavanja, mehanizme neposrednog angažiranja građanstva u donošenju odluka o „europskim pitanjima“ (1). Drugi je dio rada posvećen teorijskoj analizi njihova potencijala (2). U tom pogledu ističemo dva temeljna problema koja se nameću pri primjeni tih mehanizama: obilježja političkoga na nadnacionalnoj razini te problem prevođenja, koji je uključen u složene države i državne zajednice.

## **2. IZRAVNO SUDJELOVANJE GRAĐANA U ODLUČIVANJU O „EUROPSKIM PITANJIMA“**

U današnjoj je Europskoj uniji više načina na koji građani mogu utjecati na njezino ustrojstvo i djelovanje. U našem su fokusu instrumenti koji omogućavaju manje-više neposredan angažman građanstva. Karakteristika je tog puta utjecaja građana na Uniju u tome što njegovi pravni temelji nisu unificirani, prije svega stoga što se iz najšire perspektive mogu razlikovati referendumima<sup>6</sup> od Europske građanske inicijative. Nadalje, u slučaju različitih vrsta referenduma, svaka država članica ima vlastiti pravni okvir referendumskih postupaka i, što je još važnije, različitu tradiciju njihova korištenja.

---

<sup>5</sup> Vidi primjerice Kahn, P. W., „Comparative Constitutionalism in a New Key“, *Michigan Law Review*, vol. 101, kolovoz 2003, str. 2677.

<sup>6</sup> Ovdje termin „referendum“ koristimo u najopćenitijem smislu, kao pojam koji označava instrument neposredne demokracije po kojemu građani odlučuju o određenom pitanju s „da“ ili „ne“, „za“ ili „protiv“. Prema tome, njime obuhvaćamo sve moguće varijante takve neposredne demokracije koje postoje u državama članicama Unije i koje je moguće usmjeriti na odlučivanje o nekom pitanju vezanom za Europsku uniju.

Drugim riječima, svaka država gaji specifične odnose prema neposrednoj demokraciji, koji su počesto rezultat povijesnog razvoja.<sup>7</sup> Ono što ih veže sve je učestalije korištenje u kontekstu Europske unije, o čemu raspravljamo u prvom dijelu rada (2.1). Zatim prelazimo na još uvijek relativno nov instrument Europske građanske inicijative. Ona je izravno i jedinstveno regulirana europskim pravom, ali tek treba u potpunosti razviti svoju ulogu u Uniji (2.2).

## 2.1. Nacionalni referendum i „europskim pitanjima“

Izravna demokracija izvorno nije predstavljala bitan faktor u razvoju europskih integracija. Štoviše, Jean Monnet izričito se izjašnjavao protiv uključivanja građana u „nešto s čime nemaju praktičnog iskustva“.<sup>8</sup> Ipak, građani su se na nacionalnoj razini počeli neposredno izjašnjavati o europskim integracijama još u sedamdesetim godinama prošlog stoljeća, počevši s referendumima u Danskoj i Irskoj.<sup>9</sup> Referendum se od tada u državama članicama sve redovitije koristi kao sredstvo donošenja odluka o sve širem spektru pitanja vezanih za europske integracije.

Teme nacionalnih europskih referenduma moguće je svrstati u tri skupine: referendume o članstvu, što može uključivati i tzv. referendume o produbljenu suradnje,<sup>10</sup> o usvajanju promjena u arhitekturi temeljnih sporazuma te o pojedinim politikama Unije.<sup>11</sup> Do 2015. godine održano je više od četrdeset referenduma, uglavnom u vezi s članstvom u Uniji i zbog ratifikacije novih temeljnih ugovora, od kojih su se na njih deset građani izjasnili protiv iznesenog prijedloga.<sup>12</sup> Te brojeve treba korigirati dvama referendumima održanima tijekom 2016. godine, odnosno referendumom o izlasku Ujedinjenog Kraljevstva iz Unije (*Brexit*) te nizozemskim referendumom o odnosima Unije i Ukrajine.<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> Usporednopravne analize u svojem metodološkom dijelu i ističu da u obzir treba uzeti raznolikost povijesnog razvoja neposredne demokracije u Europi. Vidi Aguiar de Luque, L., *Democracia directa y derecho constitucional*, Edersa, Madrid, 1977, str. 13. Treba napomenuti da te različite tradicije ne utječu nužno na motiviranje europskih referenduma. (Wimmel, Andreas, „*The Impact of National Direct Democracy on the Choice of Convening EU Referendums*“, *Perspectives on European Politics and Society*, vol. 15, br. 1/2014, str. 47.)

<sup>8</sup> Qvortrup, M., *Direct democracy: A comparative study of the theory and practice of government by the people*, Manchester University Press, Manchester, 2013, str. 95.

<sup>9</sup> Méndez, F.; Méndez, M.; Vasiliki, T., „Direct Democracy in the European Union: How Comparative Federalism Can Help Us Understand the Interplay of Direct Democracy and European Integration“, *Revista de Ciencia Política*, vol. 29, 1/2009, str. 67.

<sup>10</sup> Radi se o referendumima na kojima građani moraju odlučiti o nekoj vrsti „bliže suradnje“ između država članica, kao što je to bio slučaj s monetarnom unijom (Schiller, T., „Modern Direct Democracy in Europe: Dynamic Development on All Levels“, objavljeno u *Global Citizens in Charge: How Modern Direct Democracy Can Make Our Representative Democracies Truly Representative* (Lee, J.; Kaufmann, B., ur.), Korea Democracy Foundation, Seoul, 2009, str. 140).

<sup>11</sup> Méndez, F.; Méndez, M.; Vasiliki, T., *Referendums and the European Union: A Comparative Inquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, str. 22-27.

<sup>12</sup> Qvortrup, M., „Referendums on Membership and European Integration 1972-2015“, *The Political Quarterly*, vol. 87, nr. 1, January-March 2016, str. 61.

<sup>13</sup> Passchier, R., Voermans, W., „Going Against the Consociational Grain: The Debate on the Dutch Advisory Referendum Act and the Ukraine-EU Association Agreement Referendum“, I-CONnect – Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org, <<http://bit.ly/2a1RJz2>>, izvor posljednji put konzultiran 16. rujna 2016. Zanimljivo je da je Nizozemska, u kojoj referendum zaista nije

Oba ta referenduma treba pribrojiti još uvijek manjoj skupini izraza neposredne demokracije koji su protivni politikama Unije.

Premjestimo li fokus s razine Unije na sferu pojedinih pravnih poredaka u njoj, zapažamo raznolikost u pogledu uređenja referenduma koju je nemoguće u cijelosti prikazati na ovim stranicama. Promotrimo li primjerice samo pitanje ratifikacije europskog sporazuma referendumom, zapazit ćemo da dvadeset i dvije države članice u postupak mogu uključiti neku vrstu mehanizma izravne demokracije. Bieber u toj skupini razrađuje daljnju podjelu prema obveznosti referenduma. Razlikuje države s obveznim „europskim referendumom“, fakultativnim referendumom, države koje, poput Španjolske, raspisuju referendum samo ukoliko europski sporazum traži i promjenu ustava te države kojima je referendum alternativa kvalificiranoj većini u parlamentarnom postupku.<sup>14</sup>

Kao što smo već uvodno naznačili, obilježje je uređenja referenduma na europskim prostorima njihova čvrsta ukorijenjenost u pravnim i političkim porecima država članica. Ipak, važno je istaknuti da učinci referendumskog odlučivanja zato nisu ograničeni samo na države u kojima se referendum održava. Kako je proces europskih integracija po definiciji razvoj koji nadilazi granice pojedine države, ne iznenađuje što je i pokretanje referenduma u jednoj državi često stimulirano razvojem u ostatku Unije.<sup>15</sup> Osim toga pokazalo se da je Unija katkada sklona uplitati se u referendumske kampanje podržavajući pozitivan ishod neposrednog izražavanja volje građana.<sup>16</sup> U konačnici, ukoliko je u jednom referendumu odbijen prijedlog koji traži jednoglasnost država članica, kao što je ratifikacija novog sporazuma, referendum će u jednoj državi imati tzv. „ekstrateritorijalni učinak“ jer će stopirati provedbu odbijenog prijedloga za ostatak zajednice država.<sup>17</sup>

Sve učestalije korištenje referenduma u pogledu Unije dovelo je i do promjena u pravnoj regulaciji postupka referenduma. Primjerice u Republici Hrvatskoj 2010. godine ukinut je tzv. kvorum izlaznosti, koji je zahtijevao da odluku na referendumu donosi većina birača koja je glasovala, ali samo ukoliko je referendumu pristupila „većina od ukupnog broja birača u Republici Hrvatskoj“.<sup>18</sup> Time se htjelo osigurati da zbog nedostatne izlaznosti birača ne propadne referendumska odluka o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji.

---

tradicionalan način donošenja odluka, svojim prvim iskustvima s neposrednom demokracijom postala *enfant terrible* europskih integracija.

<sup>14</sup> Bieber, R., „Zur Ko-Existenz von Referenden und parlamentarischer Demokratie – Das Beispiel der Ratifizierungsverfahren zur Europäischen Verfassung“, objavljeno u *Europäische Verfassung und direkte Demokratie* (Kadelbach, S., ur.), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2006, str. 62-68.

<sup>15</sup> Shu, M., „Referendums and the Political Constitutionalisation of the EU“, *European Law Journal*, vol. 14, 4/2008, str. 430.

<sup>16</sup> Tierney, S., *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. 161-163.

<sup>17</sup> Méndez, Méndez, Vasiliki, 2014, str. 113.

<sup>18</sup> Podolnjak, R., „Ustavnopravno uređenje i primjena referenduma i građanske inicijative u Republici Hrvatskoj“, objavljeno u: *Izgradnja demokratskih ustavnopravnih institucija Republike Hrvatske u razvojnoj perspektivi* (Smerdel, B., Gardašević, Đ., ur.), Hrvatska udruga za ustavno pravo, Zagreb, 2011, str. 213.

Unija utječe i na sadržajni zahvat referendumskog odlučivanja. Tako je problem ratifikacije Jedinog europskog akta u Irskoj poslužio tamošnjem Vrhovnom sudu da naglasi kako naglašena ovlast izvršne vlasti da slobodno djeluje u vanjskim poslovima ovu ne ovlašćuje da *proprio motu* neograničeno prenosi te iste ovlasti na nadnacionalnu zajednicu država. Prije takva prijenosa, koji bi po shvaćanju Suda prešao granice ustavnog ovlaštenja za sudjelovanje u europskim integracijama, nužno je održati ustavotvorni referendum.<sup>19</sup> Ta je odluka imala posebno kontroverzni učinak jer se do danas praktički o svakoj promjeni temeljnih ugovora u Irskoj održava ustavotvorni referendum.

Nacionalni referendumi o europskim pitanjima postali su prema tome bitan dio dinamike europskih integracija, ali i razvoja neposredne demokracije u okvirima nacionalnih ustavnih demokracija. Da bismo ih smatrali relevantnim predmetom analize, nije potrebno pristati na to da su oni nužno sredstvo povezivanja građana Unije s institucijama te nadnacionalne tvorevine.<sup>20</sup> Možemo ostati skeptični prema njihovim učincima i jednostavno primijetiti da je njihovo korištenje sve učestalije te da okretanje njima uvelike ovisi o taktičkoj odluci političkih elita.<sup>21</sup> Već je to dovoljno da ih se uzme u obzir kao predmet trajnog konstitucionalističkog projekta razumijevanja i usmjeravanja moći, posebno one političke.

## 2.2. Europska građanska inicijativa

Bitna je karakteristika referendumskog odlučivanja to što odgovor na pitanje koje se u njemu postavlja daju sami građani kao članovi *demos* određene države.<sup>22</sup> S druge strane

---

<sup>19</sup> Vidi *Crotty v. An Taoiseach*, [1987] IESC 4 (9. travnja 1987.).

<sup>20</sup> Kaufmann, B., „Direkte Demokratie in Europa – eine Übersicht“, objavljeno u *Direkte Demokratie und europäische Integration: Die Handlungsspielräume der Schweiz - Baslerschriften zur europäischen Integration Nr. 75*, Europainstitut der Universität Basel i Initiative & referendum institute Europe, Basel, 2005, str. 14.

<sup>21</sup> Qvotrup, M., *Referendums and Ethnic Conflict*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2014, str. 122.

<sup>22</sup> Kao takav, referendum se katkada karakterizira kao sredstvo donošenja „konačne odluke“, koja pripada samo narodu. (Vidi primjerice paragraf 769 odluke Vrhovnog suda Republike Irske u predmetu *Crotty*, citirane u bilj. 21.) Konačnost smatramo posebno kontroverznom jer je iz nje moguće olako kliznuti u trajnost. Tako je Ustavni sud Republike Hrvatske kao jedan od argumenata u svojoj praksi vezanoj za referendum građanske inicijative problematičnim istaknuo što bi zakonsko rješenje koje se predlagalo na referendumu bilo „trajno“ i stoga neprihvatljivo, iako vječnost referendumске odluke uopće ne proizlazi iz pozitivnog prava. (Vidi Gardašević, Đ., „Constitutional interpretations of direct democracy in Croatia“, *Iustinianus Primus Law Review*, vol. 7, 1/2015, str. 38; Horvat Vuković, A., „Ustavni sud Republike Hrvatske i referendum narodne inicijative 2013.-2015.: analiza i prijedlozi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 37, 2/2016, str. 819.) Ideje o „konačnosti“ i „trajnosti“ odluke donesene na referendumu oslanjaju se na određenu koncepciju ustavnopravnog poretka kojom se neposrednu demokraciju može neispravno uzvisiti, ali i diskreditirati. Ona je zasnovana na ideji da je narod konačni i apsolutni suveren, iako se može opravdano tvrditi da to danas više nije točno. Još manje možemo tvrditi da se radi o univerzalnom obilježju suvremenih ustavnih demokracija. (Vorländer, H., „Supremacy of Constitution“, *Politička misao: časopis za politologiju*, vol. 38, 1/2001., str. 28; Jakab, A., „Neutralizing the Sovereignty Question: Compromise Strategies in Constitutional Argumentation before European Integration and since“, *European Constitutional Law Review*, vol. 2, 2/2006, str. 375.) Ovdje ne možemo na zadovoljavajući način kritizirati još važniji prigovor ideji „naroda kao konačne instancije“, a to je da se samom zamisli naroda kao homogene cjeline koja donosi svoju odluku zanemaruje da je demokratska većina društveni konstrukt, u svakom

bitna je karakteristika Europske unije da takva vlastitog *demosa* nema.<sup>23</sup> Građanstvo Unije sastoji se od više *demosa*, koji se nastoje povezati zajedničkim pravnim okvirom Unije.<sup>24</sup> Time se ipak ne uspijeva otkloniti jedan bitan prigovor funkcioniranju Europske unije, a to je udaljenost građana od njezina djelovanja, s time povezana slaba mogućnost njihova utjecaja na nju i posljedični demokratski deficit.

Jedan od prijedloga za umanjivanje deficita bio je i paneuropski referendum. Izvorno je takav čin neposredne demokracije predložen još za Charlesa de Gaullea, koji je i sâm redovito vitlao dvosjeklim mačem referendumske legitimnosti.<sup>25</sup> Sličan je prijedlog u novije vrijeme iznio Jürgen Habermas te se danas ponavlja u nizu država članica i razmatra u nekim teorijskim raspravama.<sup>26</sup> Referendum je ovdje predložen kao sredstvo pritiska na elite, koje, prema Habermasovu mišljenju, djeluju pretjerano neovisno o građanima. Smatra se da bi one, ako bi se morale suočiti s referendumom koji bi se istodobno održao u cijeloj Uniji, mogle biti potaknute da zajedno s građanima Unije „sjednu za isti stol“.<sup>27</sup> Referendum bi, drugim riječima, trebao biti samo zametak razvoja koji bi eventualno mogao dovesti do novog *demosa*.

Čak i tom prijedlogu na putu stoje bitne prepreke. Posebno imajući u vidu povezanost neposredne demokracije i razvoja pojedinih država članica, teško je ostvariti koordinaciju potrebnu za referendum koji bi se istodobno odvijao na razini cijele Unije. S druge strane problematična je i europska javna sfera. Naime referendum se ne odvijaju u vakuumu. Poticaj njihovu održavanju i infrastruktura za informiranje i mobiliziranje građanstva ne dolaze samo od političkih elita i institucija predstavničke demokracije.<sup>28</sup> Bitna je i uloga medija te civilnoga društva, struktura koje na razini Europske unije još uvijek djeluju u nizu fragmentiranih sfera. U konačnici svaka je država članica zasebni politički prostor, što je u ranijim raspravama o temeljnim ugovorima dovodilo do isticanja prioriteta nacionalne politike i umanjivanja važnosti onih europskih.<sup>29</sup> Ukratko, može se reći da do paneuropskog referenduma ne dolazi toliko zbog toga što marš država članica nije

---

trenutku promjenjiv i sastavljen od mnogih manjina. Taj bi prigovor stajao i u onim slučajevima kada pozitivno pravo zaista propisuje pravo naroda da iskaže „zadnju riječ“.

<sup>23</sup> Fiala, P., „Integration, Legitimität und demokratischer Entscheidungsprozess“, objavljeno u *Pluralismus – Strategien – Entscheidungen* (Bandelow, Nils C., Hegelich, Simon, ur.), VS Verlag für Sozialwissenschaften – Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2011, str. 278; Liebert, U., „Just Cheap Talk? Rethinking the „no European demos“ thesis in light of discursive representation practices“, *CEUS Working Paper No. 2012/1*, dostupno na: <<http://bit.ly/2aJ7mCx>>, izvor posljednji put konzultiran 16. rujna 2016., str. 3.

<sup>24</sup> Cuesta Lopez, V., *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria: Facultad de Ciencias Jurídicas Departamento de Derecho Público, Area de Derecho Constitucional, (doktorska disertacija), Las Palmas de Gran Canaria, 2007, str. 112.

<sup>25</sup> Kostadinov, B., „Referendum građanske inicijative u Europi“, *Novi informator*, br. 5887-5888, kolovoz 2010., str. 2. De Gaulle je u tom pogledu izjavio: „Europa će se roditi onog dana kada joj se različiti narodi konačno odluče priključiti. Za to neće biti dovoljna parlamentarna ratifikacija. Bit će potrebni narodni referendumi.“ (Prema Closa, C., *The Politics of Ratification of EU Treaties*, Routledge, Oxon, 2013, str. 40.)

<sup>26</sup> Méndez, Méndez, Vasiliki, 2014, str. 194-195.

<sup>27</sup> Habermas, J., „Europa: Vision und Votum“, *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 5/2007, dostupno na: <http://bit.ly/2c7D0LR>, izvor posljednji put konzultiran 16. rujna 2016., str. 518.

<sup>28</sup> Tierney, 2012, str. 247.

<sup>29</sup> Dehousse, R., „The Unmaking of a Constitution: Lessons from the European Referenda“, *Constellations*, vol. 13, 2/2006, str. 158.



dostatno vremenski ujednačen, nego više zbog toga što neke od njih umjesto marša odabiru tango, balet ili jednostavno kroče drukčijim ritmom.

U krajnjoj liniji ideji o paneuropskom referendumu kao konstruktivnom pristupu europskim demokratskim boljkama može se prigovoriti precjenjivanje neposredne demokracije. Nije sigurno da referendum može sam po sebi stvoriti pritisak za nastanak jednog novog *demos*, već bi se prije moglo reći da bi mogao biti jedan znak njegove prisutnosti da ovisi o barem minimalnom postojanju sveeuropske aktivne javnosti.<sup>30</sup> Kao način odlučivanja referendum je veto koji može biti koristan ponajprije kao kontrapunkt već postojećeg *demos* politici koja se razvija u institucijama predstavničke demokracije.<sup>31</sup> Zato nam se čini neprimjerenim sakralizirati njegovu ulogu.

Ipak, u referendumu ostaje nešto privlačno i ako o njemu razmišljamo izvan idealiziranih scenarija. U njegovoj je srži nastojanje da građani izravno iznesu svoj stav o nekom za njih bitnom pitanju, što bi donekle moglo pojačati sudjelovanje građana u formiranju javnih politika.<sup>32</sup> Posebno privlačnim to izgleda kada govorimo o Europskoj uniji, koja je, kao što se često ističe, iznimno udaljena od građana i njihovih stavova o onome što je za njih bitno.

Upravo u tom svjetlu treba promatrati Europsku građansku inicijativu. Ona je izraz ideje da neposredno izražavanje stava građana ne mora istodobno obuhvaćati čine ucrtavanja *demos* i jačanja legitimnosti politika o kojima se izražavanje provodi.<sup>33</sup> Sudjelovanje je moguće odvojiti od stvaranja, projicirati ezoterični zadatak izgradnje *demos* u jednako neodređenu budućnost i posvetiti se otvaranju novih prostora za izražavanje pripadnika različitih *demos* u kontekstu nadnacionalne Unije.

Tako koncipirana Europska građanska inicijativa sadržana je u čl. 11(4) Ugovora o Europskoj uniji:

Najmanje jedan milijun građana, državljana znatnog broja država članica, može na svoju inicijativu pozvati Europsku komisiju da u okviru svojih ovlasti podnese odgovarajući prijedlog o pitanjima za koja građani smatraju da je potreban pravni akt Unije u svrhu provedbe Ugovora.<sup>34</sup>

Tako uređenu Europsku građansku inicijativu nije lako svesti na neki poznati oblik izravne demokracije. Na prvi nam se pogled može činiti da postoje bitne paralele s

---

<sup>30</sup> Ovdje vrijedi podsjetiti da je savršeno moguć *demos* koji se ne organizira oko pretpolitičkog kolektiva kao što je nacija. Attracta Ingram u tom je smislu pokazala kako ustavni patriotizam može dostajati za uspostavljanje jednog *demos*. (Ingram, A., „Constitutional Patriotism“, *Philosophy & Social Criticism*, vol. 22, 6/1996, str. 15.)

<sup>31</sup> U tom smislu vidi i Daly, E.; Hickey, T., *The Political Theory of the Irish Constitution: Republicanism and the Basic Law*, Manchester University Press, Manchester, 2015, str. 38.

<sup>32</sup> Leininger, A., „Direct Democracy in Europe: Potentials and Pitfalls“, *Global Policy*, vol. 6, 1/2015, str. 24.

<sup>33</sup> To potvrđuje i mjerodavno mišljenje Europskog odbora regija, u kojemu se kao temeljni cilj Inicijative ističe upravo participacija građana u „europskom projektu“. Vidi paragrafe 1-4 i 11 Mišljenja Odbora regija COR-2015-02606-00-01-AC-TRA (EN) (u daljnjem tekstu: Mišljenje Odbora regija).

<sup>34</sup> Članak 11(4) Ugovora o Europskoj uniji, 92/C 191/01.

takozvanom zakonodavnom inicijativom.<sup>35</sup> Naime u potonjoj se građanima daje mogućnost da parlamentu predlože donošenje zakona.<sup>36</sup> Sličnost s Europskom građanskom inicijativom u tome je što i kod zakonodavne inicijative građani mogu utjecati na dnevni red jednog tijela. Bitna je razlika međutim u tome što je kod zakonodavne inicijative to tijelo sâm zakonodavac ili pak narod. Europska građanska inicijativa ne dopušta svojim podnositeljima da vrše izravan utjecaj na zakonodavni postupak niti da ostalim građanima predlože nešto o čemu se naknadno glasuje. Ona im jedino omogućuje da nametnu Komisiji, kao ključnom pokretaču zakonodavnog postupka, određenu temu o kojoj bi trebala „podnijeti prijedlog“.<sup>37</sup> Komisija taj zahtjev mora razmotriti i na njega se očitovati, ali nije dužna pokretati nikakav postupak, posebno ne ukoliko se radi o pitanju izvan njezinih nadležnosti i pitanju o kojemu Unija i ne može odlučivati.

Možda nam se može učiniti da je Europska građanska inicijativa bliska savjetodavnom referendumu, ali ovdje treba uzeti u obzir da se radi o institutu koji nijedna institucija Unije nema ovlast „raspisati“ kako bi stekla uvid u mišljenje građanstva. Naprotiv, Inicijativu mogu pokrenuti samo državljani članica Europske unije. Sama odredba naznačuje da je svrha Inicijative omogućiti građanima da iznjedre neki prioritet neovisno o institucijama, a ne na njihov zahtjev. Taj prioritet ne bi trebao biti puki savjet, jer građani su ovdje ovlašteni pozvati Komisiju na predlaganje konkretnog pravnog akta u određenim pitanjima.<sup>38</sup>

Ipak, Europskom građanskom inicijativom nemoguće je pozvati Komisiju na izmjene temeljnih ugovora.<sup>39</sup> To pokazuje da su sami temelji Unije ostali ponajprije u rukama država članica te da građani na njih mogu izravno utjecati samo ukoliko se gotovi paketi stave pred njih u postupku nacionalnog referenduma. Zapravo je niz inicijativa odbijeno

---

<sup>35</sup> Takvu paralelu povlači i Victor Cuesta Lopez, iako ističe da Europska građanska inicijativa predstavlja institut participativne, a ne neposredne demokracije: Cuesta Lopez, V., „The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy“, *European Public Law*, vol. 16, 1/2010, str. 136.

<sup>36</sup> Institut zakonodavne inicijative nije tema ovog rada pa ovdje ne možemo ulaziti u detalje njegova uređenja i funkcioniranja. Za temeljne informacije o tom obliku neposredne demokracije vidi: Cuesta López, Victor *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria: Facultad de Ciencias Jurídicas Departamento de Derecho Público, Area de Derecho Constitucional, (doktorska disertacija), Las Palmas de Gran Canaria, 2007, str. 323. U pojedinim je državama građanska zakonodavna inicijativa izložena kritici zbog svoje neučinkovitosti, posebno zbog činjenice što se građani njome izrazito teško koriste. Primjerice u Španjolskoj pojedini autori smatraju da je visoki uvjeti potrebni za njezin uspjeh čine oslabljenim institutom, za koji bi „bilo bolje da smo ga zaboravili unijeti u Ustav“. (Villalon, P. C., „El Referendum Consultivo como Modelo de Racionalización Constitucional“, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, vol. 13, 1980, str. 167.)

<sup>37</sup> Auer, A., „European Citizens' Initiative“, *European Constitutional Law Review*, vol. 1, 2005, str. 79.

<sup>38</sup> „...suprotno navodima podnositelja zahtjeva, mehanizam Europske građanske inicijative kao svoj predmet ili cilj nema samo dijalog između građana i institucija već podnošenje zahtjeva Komisiji da ova, u okviru svojih nadležnosti, podnese prijedlog za određeni akt.“ (Presuda od 19. travnja 2016., *Constantini/Komisija*, T 44/14, EU:T:2016:223, t. 31.)

<sup>39</sup> Vidi presudu Općeg suda u predmetu *Constantini protiv Komisije*, u kojem je Sud istaknuo da cilj „participacije građana“ utjelovljen u Europskoj građanskoj inicijativi „ne može ovlastiti Europsku uniju da svoju zakonodavnu vlast koristi za reguliranje pitanja koja joj nisu dodijeljena“. (Presuda od 19. travnja 2016., *Constantini/Komisija*, T 44/14, EU:T:2016:223, t. 53.)

upravo zbog toga što se nije moglo smatrati da mogu predstavljati „predlaganje akta u svrhu provođenja Ugovora“ u nadležnosti Komisije, nego eventualno promjenu temeljnih ugovora. Posebno je zanimljiv slučaj inicijative „Kohezijska politika za jednakost regija i održivost regionalnih kultura“, koja je odbijena zbog toga što su podnositelji njome tražili bitne promjene u temeljima kohezijske politike Unije. Te bi promjene obvezale Uniju da posebno štiti regije „čije su etničke, kulturne, vjerske ili jezične značajke različite od značajki okolnih regija“, odnosno regije nacionalnih manjina. Taj navod preuzimamo iz odluke Suda Europske unije, koji je utvrdio da bi se na taj način nedopustivo prekoračilo ovlasti Unije dodijeljene joj Ugovorima te je potvrdio odluku Komisije o odbijanju inicijative.<sup>40</sup>

Za stjecanje potpunije slike o ustrojstvu Europske građanske inicijative važno je uzeti u obzir pravila određena Uredbom 211/2011, kojima se njezin temelj iz Ugovora o Europskoj uniji šire razrađuje. Upravo uzimajući u obzir te proceduralne detalje možemo zapaziti cijeli niz dodatnih problema s provedbom Europske građanske inicijative.

Prije svega kod Inicijative treba razlikovati pojmove „registracije“ i „uspješnosti“. Registracija je preduvjet da bi postupak inicijative uopće mogao biti pokrenut, odnosno da bi se potpisi mogli početi skupljati. Tek ukoliko se u roku od godine dana od uspješne registracije prikupi milijun potpisa možemo govoriti o uspješnoj inicijativi, na koju se Komisija u konačnici očituje.

Registracija inicijative moguća je ukoliko se Komisiji dostavi niz informacija propisanih drugim aneksom Uredbe 211/2011. One obuhvaćaju sljedeće: naslov predložene inicijative (najviše 100 znakova), njezin predmet (najviše 200 znakova), opis njezinih ciljeva (najviše 500 znakova), „odredbe Ugovora koje organizatori smatraju bitnima“ te podatke o članovima organizacijskog odbora od sedam članova koji treba uspostaviti da bi se inicijativa mogla valjano pokrenuti. Napokon, organizatori mogu priložiti „detaljne informacije o predmetu, ciljevima i pozadinske informacije o predloženoj građanskoj inicijativi“ te „nacrt pravnog akta“ čije predlaganje traže od Komisije.<sup>41</sup> Ukoliko se odluče podnijeti dodatne informacije, pokretači inicijative moraju imati na umu da Komisija iste uzima u obzir pri odlučivanju o registraciji jer mora biti „razvidno (...) da predložena građanska inicijativa ne izlazi iz okvira ovlasti Komisije da podnese prijedlog pravnog akta Unije za provedbu Ugovorâ“.<sup>42</sup> Drugim riječima, ona neće dopustiti registraciju inicijative već kad ova ispunjava samo minimum propisanih zahtjeva.

Zahtjeve za registraciju detaljno smo naveli jer upravo su oni prvi i posljednji doticaj 20 % inicijativa s Komisijom.<sup>43</sup> To je naime broj inicijativa koji ne uspijeva biti registriran. Za uspješnu je registraciju zapravo bitno da predloženi projekt ne bude „očito“ izvan okvira

<sup>40</sup> Presuda od 10. svibnja 2016., *Izsák i Dabis/Komisija*, T-529/13, ECLI:EU:T:2016:282, t. 56.

<sup>41</sup> Vidi Drugi aneks Uredbe 211/2011, Službeni list L 65/11, 11. 3. 2011. (u daljnjem tekstu Uredba 211/2011).

<sup>42</sup> Čl. 4 Uredbe 211/2011. To je tumačenje Općeg suda Europske unije iz Presude *Izsák i Dabis/Komisija*, ECLI:EU:T:2016:282, t. 50.

<sup>43</sup> Mišljenje Odbora regija, t. 20.

njezinih nadležnosti.<sup>44</sup> Tek će se takvim inicijativama dopustiti registracija i prikupljanje potpisa. Naravno, koncentracija formalnih preduvjeta na koraku registracije znači da je nemoguće odbiti razmatranje inicijative koja nakon registracije prikupi potrebnih milijun potpisa, čime se štite interesi njezinih organizatora i građana koji su joj pružili podršku. U vezi s tim treba napomenuti da nema formalnopravne prepreke da organizatori inicijative koja nije uspjela u registraciji ponovno podnesu inicijativu u kojoj će otkloniti prigovore Komisije i tako uspješno izvršiti registraciju.

Drugo je bitno ograničenje inicijative zahtjev reprezentativnosti, koji se manifestira u dva uvjeta. Prvo, inicijativu mora predložiti odbor od sedam članova, pri čemu svaki od njih mora biti građanin Unije i rezident jedne od država članica. Kako u odboru mora biti predstavljeno barem sedam članica, svaki član odbora mora biti rezident druge članice, neovisno o njihovoj nacionalnosti.<sup>45</sup> Drugo, nije dovoljno da inicijativu podrži milijun građana, nego tih milijun potpisa mora dolaziti iz „značajnog broja država članica“. Značenje te sintagme bistri Uredba 211/2011. Njome je određeno da potpisi milijun građana moraju dolaziti iz četvrtine članica Unije, što trenutno iznosi najmanje sedam različitih članica.<sup>46</sup> Da bi se potpisi iz jedne članice mogli računati u tih sedam članica, moraju dosegnuti pragove koji su za svaku pojedinu članicu određeni Prvim aneksom Uredbe, a sukladno njezinoj predstavljenosti u Europskom parlamentu. Za Republiku Hrvatsku on iznosi 9000 potpisa.

Taj je dvostruki zahtjev reprezentativnosti moguće objasniti na dva načina, koja se međusobno ne isključuju. Prvo, može se tvrditi da je bitno da inicijativom zbog kompozitnog legitimiteta Unije, koju neki vide kao zajednicu država i građana,<sup>47</sup> budu predstavljene i članice i građani.<sup>48</sup> Drugo, može se tvrditi da se time želi u inicijative privući pitanja koja zahvaćaju širi krug članica, a ne samo velik broj građana iz onih mnogoljudnijih, u kojima bi zato bilo lakše skupiti milijun potpisa u godinu dana.

Ukoliko je podnesena inicijativa uspješno ispunila sve navedene zahtjeve te je registrirana, počinje prikupljanje potpisa.<sup>49</sup> Posebno je problematično što od tog trenutka do isteka godine dana od uspješne registracije za svaku inicijativu postoje samo dva

---

<sup>44</sup> Vidi tumačenje Općeg suda u Presudi *Constantini/Komisija*, EU:T:2016:223, t. 18. Odbor regija posebno je kritizirao pad broja podnesenih inicijativa, uz istovremeni rast neuspjelih registracija (Mišljenje Odbora regija, t. 22.).

<sup>45</sup> Članak 3(1) i (2) Uredbe 211/2011.

<sup>46</sup> Čl. 3(1) Uredbe 211/2011.

<sup>47</sup> Julia Kristina Spindler preuzima termin „paradržavne nacije“. (Spindler, J. K., *Im Lichte der Ratifizierung des Vertrages von Lissabon: Das „Europa-Votum“ als Chance einer direkten Einbeziehung des unionsbürgers in europäische Entscheidungsprozesse*, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, 2015, str. 249.)

<sup>48</sup> Organ, J. B., *Direct Democracy In and Between the EU and UK: a legal Analysis of the European Citizens' Initiative and the European Union Act 2011*, doktorska disertacija obranjena 2015. godine pri University of Liverpool i dostupna na <<http://bit.ly/2aAbkSY>>, izvor posljednji put konzultiran 16. rujna 2016., str. 87.

<sup>49</sup> Iako je formalnopravno za taj korak postupka ostavljeno 12 mjeseci, činjenica je da se zbog uspostave sustava prikupljanja potpisa putem interneta nešto vremena izgubi na osiguravanje preduvjeta za skupljanje podrške. Zbog toga će podnositeljima inicijative faktički ostati manje od godine dana za uspješno provođenje registrirane inicijative. (Vidi Rezoluciju Europskog parlamenta o Europskoj građanskoj inicijativi, 2014/2257(INI) (u daljnjem tekstu: Rezolucija Europskog parlamenta), t. F.)

ishoda: propast ili uspjeh. Ukoliko inicijativa prikupi milijun potpisa, Komisija će je razmotriti. Ukoliko ne prikupi taj značajni minimum, inicijativa neće dobiti nikakvu pozornost od strane institucija Unije, usprkos tome što bi mogla uživati nezanemarivu podršku od primjerice pola milijuna građana. To je obilježje Europske građanske inicijative bilo predmetom nedavne kritike Odbora regija, koji je istaknuo potrebu za svojevrsnim međustadijem, nižim pragom koji bi morale prijeći inicijative da bi ih se smatralo obećavajućima.<sup>50</sup> Za njih bi se poduzele mjere, kao što je preliminarno saslušanje Komisije, koje bi im dale širi publicitet i omogućile da pokrenu širu raspravu i prikupe još podrške diljem Unije te da slijedom toga lakše prijeđu konačni prag od milijun potpisa.

James Brian Organ u svojem iscrpnom istraživanju Europske građanske inicijative ističe da je obveza odgovora Komisije od tri mjeseca nakon prikupljenih milijun potpisa, odluka Komisije koja ističe i pravne i političke razloge, primanje organizatora od strane Komisije te njihovo saslušanje pred Europskim parlamentom „rezultat prijedloga Europskog parlamenta“.<sup>51</sup> Stoga se može zaključiti da bi postupanje po uspješnoj inicijativi bilo bitno na štetu građana da nije bilo intervencije Europskog parlamenta u pripremanju konačne verzije Uredbe 211/2011.

Ipak, čak i uza sva ta jamstva Komisija nije obvezna podnijeti akt koji se određenom inicijativom traži. Drugim riječima, čak i nakon saslušanja organizatora pred Komisijom i u Parlamentu i u slučaju pozitivnog mišljenja Komisije nema roka u kojemu bi Komisija bila obvezna podnijeti traženi pravni akt. Očitujući se na kritike Europskog parlamenta u tom pogledu,<sup>52</sup> Komisija je istaknula da priroda normotvornog postupka u Uniji ne dopušta uvođenje fiksnog roka od 12 mjeseci u kojemu bi Komisija morala iznjedriti prijedlog konkretnog akta.<sup>53</sup> Zahtjevi dobre vladavine, kao što je načelo participacije, ovdje se koriste kao opravdanje za izbjegavanje detaljnijeg uvjetovanja postupanja Komisije po uspješnoj građanskoj inicijativi. Na dubljoj razini spor o uvođenju vremenskih granica predstavlja i spor o ograničenju moći.<sup>54</sup> Vremenski bi rok učinio ovlasti Komisije predvidljivijima, a u ovom se slučaju u osnovi tvrdi da je određena mjera nepredvidljivosti nužna za uspješno djelovanje te institucije u pogledu Inicijative.

Rasprava o potrebnim promjenama pravnog okvira Inicijative koja se odvijala između Parlamenta i Komisije bila je motivirana člankom 22. Uredbe 211/2011, kojim je

---

<sup>50</sup> Mišljenje Odbora regija, t. 48.

<sup>51</sup> Organ, 2015, str. 78.

<sup>52</sup> Vidi Rezoluciju Europskog parlament, t. 30.

<sup>53</sup> Očitovanje Europske komisije na Rezoluciju Europskog parlamenta od 2. veljače 2016., dostupno na <<http://bit.ly/2cfv7FC>>, izvor posljednji put konzultiran 16. rujna 2016., str. 9. Odbor regija u svojem mišljenju ističe da bi se time uspješna inicijativa stavila u rang parlamentarnog poticaja za reguliranje nekog pitanja. (Mišljenje Odbora regija, t. 35)

<sup>54</sup> U posebno zanimljivoj analizi Gisela Riescher prikazuje spor oko funkcije vremena kao sredstva ograničenja političke moći u borbama kralja i parlamenta u Engleskoj 17. stoljeća. (Riescher, G., *Zeit und Politik: Zur institutionellen Bedeutung von Zeitstrukturen in parlamentarischen und präsidentiellen Regierungssystemen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, str. 51.)

propisana periodična analiza primjene Inicijative.<sup>55</sup> Iako je tom prvom razmjenom stavova između Vijeća, Komisije i Parlamenta istaknut niz problema, dijelu kojih ćemo se vratiti u nastavku, Komisija nije smatrala potrebnim predložiti promjenu mjerodavne Uredbe. Inicijativa će i u nadolazećem razdoblju biti regulirana istim pravnim okvirom po kojemu su, za sada, bile uspješne samo tri inicijative.

Ipak, smatramo preuranjenim potpuno odbaciti potencijal Europske građanske inicijative. On se, prema nekim autorima, ne iskazuje samo u formalno uspješnim inicijativama koje rezultiraju prijedlogom pravnog akta. Čak i inicijative koje se i ne uspiju registrirati mogu imati učinak mobilizacije građanstva te su u stanju izvršiti pritisak te pokrenuti rasprave i promjene u pojedinim članicama, ako već ne na razini Unije kao cjeline.<sup>56</sup> Zato se čini da će trebati proći još vremena da bismo mogli dati kvalitetniju i sveobuhvatniju ocjenu Inicijative. Osim toga izgleda da takva ocjena ne može uzeti u obzir samo zbivanja na razini cijele Unije, nego bi morala razmotriti i utjecaj pojedinih inicijativa na države članice.

### **3. DVIJE PROBLEMATIČNE DIMENZIJE NEPOSREDNOG SUDJELOVANJA GRAĐANA U DONOŠENJU ODLUKA O „EUROPSKIM PITANJIMA“**

Iako su nacionalni referendumi o „europskim pitanjima“ i Europska građanska inicijativa u temeljima različiti instrumenti, moguće je oba promatrati kao dva aspekta neposrednog angažiranja građana u donošenju odluka o „europskim pitanjima“. Svrha je ovog dijela rada upozoriti na dvije teme koje prožimaju oba opisana instrumenta te pružaju šire lekcije o neposrednom angažiranju građana u Uniji. Obje te dimenzije postaju očite ako razmatramo nacionalne referendume i Europsku građansku inicijativu kao institute koji funkcioniraju na različitim razinama „političkog prostora“ Unije. Temeljni je problem drukčija kvaliteta političkog u nadnacionalnom prostoru Europske unije, što ima utjecaja i na nacionalnu razinu (3.1). Drugi je, i s time povezani, problem otežana prevodivost političkih odluka između dvije razine (3.2).

#### **3.1. Specifična kvaliteta političkog u nadnacionalnom prostoru Europske unije**

Politički se život može zamisliti u prostornim kategorijama. Najpoznatiji je primjer klasifikacija političkih stranaka na one koje su „lijevo“, „desno“ i u „centru“, iz djelovanja kojih se nastoje izvesti obilježja određenog političkog prostora u kojem djeluju.<sup>57</sup> Različite podjele u nacionalnom *demosu*, kao što su one između različitih religija i klasa, jednako se

---

<sup>55</sup> Članak 22. Uredbe 211/2011 propisuje da će Komisija Parlament i Vijeće izvijestiti o primjeni Inicijative „najkasnije do 1. travnja 2015. godine i nakon toga svake tri godine“.

<sup>56</sup> Thomson, J., „What didn't happen with the European Citizens' Initiative...and what did“, objavljeno u *An ECI That Works! Learning from the first two years of the European Citizens' Initiative, The ECI Campaign*, Alfter, 2014, str. 75.

<sup>57</sup> Benoit, K., Laver, M.; „The dimensionality of political space: Epistemological and methodological considerations“, *European Union Politics*, vol. 13, 2/2012, str. 194.

tako mogu zamisliti prostorno.<sup>58</sup> Iako je taj pristup iznimno zanimljiv, naša namjera u ovom radu nije vršiti empirijske analize prostornosti političkog života. Mi pojmu prostora pristupamo ponajprije teorijski, slijedeći pri tome misao Sheldona Wolina.

Wolin je najpoznatiji po svojem maestralnom djelu *Politics and Vision*. U njegovoj se raspravi o razvoju političke misli Zapada ističe i da se politički život odvija u određenom omeđenom prostoru te da se kategorije političke misli razvijaju upravo u njegovim okvirima. Politička misao koja se razvila u antičkim polisima stoga je imala karakteristike koje su doživjele krah kada je politika prešla granice tih usko određenih zajednica i morala se snaći u puno širim kategorijama jednog carstva.<sup>59</sup> Od tada se različita shvaćanja političkog prostora mogu naći kod različitih klasičnih teoretičara, ali se kao konstanta može istaknuti ideja političkog prostora kao „niza dogovora kojima se nastoje razriješiti problemi što dolaze iz suživota, na istom prostoru, velikog broja ljudskih bića koja dijele kulturni identitet“.<sup>60</sup> Preduvjet je političkog prostora prema tome postojanje određene zajednice koja sudjeluje u suživotu i u sukobima koji ga prate. U tom se sudjelovanju vodi obilježjima političkog prostora strukturiranog određenim pravilima, koja proizlaze i iz ustava.

Politički se prostor ne mora nužno ustrojiti samo na jednoj uskoj prostornoj razini. Tumačeći *The Federalist* i druge spise koji su pratili uspostavu Ustava Sjedinjenih Američkih Država, Wolin analizira sraz dvaju političkih prostora, onoga koji je postojao u pojedinim sastavnicama Konfederacije te onoga čiji je život potaknut usvajanjem saveznog ustava, a koji se proteže cijelim Sjedinjenim Američkim Državama. U jednom od svojih eseja na tu temu Wolin ističe razlike između te dvije prostorne političke razine navodeći kako je novija, savezna razina u određenoj mjeri potisnula heterogene političke kulture kolonija.<sup>61</sup> Ta se nova razina u mnogočemu razlikovala od one pojedinih članica, a ta se razlika nastavlja i danas te se odražava i u (ustavnom) pravu. Tako je građanima

---

<sup>58</sup> Kriesl, H. et. al, „Globalization and the transformation of the national political space: Six European countries compared“, *European Journal of Political Research*, vol. 45, str. 922.

<sup>59</sup> Wolin, S. S., *Politics and Vision: Continuity and Innovation in Western Political Thought (2. izdanje)*, Princeton University Press, Princeton, 2004, str. 63. Za Wolina ustav ima bitnu ulogu u određivanju političkog života, iako ona nije neutralna po tom pitanju. Wolin promatra ustav kao sredstvo određivanja granica, posebno granica koje „krote“ nacionalnu demokraciju, određujući kada se i u kojoj mjeri narod o pojedinom pitanju smije izjasniti, gotovo dozirajući demokratsko poput nužnog lijeka. Ustav, drugim riječima, daje određeni oblik demokraciji i predstavlja jedan od faktora koji joj određuje kretanje u okvirima političkog prostora. On demokraciju „ritualizira“. (Vidi: Wolin, S. S., „Fugitive Democracy“, objavljeno u *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political* (Benhabib, S., ur.), Princeton University Press, Princeton, 1996, str. 33.)

<sup>60</sup> Wolin, 1996, str. 16.

<sup>61</sup> „Prema tome, Philadelphijsku je konvenciju moguće promatrati kao proizvod radikalne, čak i revolucionarne strategije uspostave središnje vlasti, sustava institucija nacije države tamo gdje ranije nije postojalo gotovo ništa slično tome. Ona zaslužuje ponijeti pridjev „revolucionarna“ upravo zato što se odijelila od utabanog smjera političkog razvoja i dostupnog političkog iskustva. Zato je morala predložiti ustav bez političke kulture koja bi mu bila srodna. Istovremeno se pobunila iz i protiv postojećeg političkog ustava i njegove političke kulture.“ (Wolin, S. S., „Tending and Intending a Constitution: Bicentennial Misgivings“, objavljeno u *The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1989, str. 87.)

SAD-a još uvijek nemoguće tražiti raspisivanje referenduma na saveznoj razini, iako u nizu država članica neposredna demokracija predstavlja živuću političku stvarnost.<sup>62</sup>

Od Wolinovih spisa polazimo zato što kompliciraju ono što se iz pravne perspektive čini jednostavnijim. Dok je za pravnika proces uspostave jedne zajednice država ponajprije tehničko pitanje sastavljanja akata kojima će se, manje ili više jasno, razdijeliti ovlasti između pojedinih razina saveza, Wolin ističe dimenziju različitih logika koje u taj pothvat ulaze. Time pokazuje da ispod mirne površine pravnih tekstova i iza očitih i manje očitih političkih sukoba može postojati bitna razlika u samoj idejnoj konstrukciji razina državne zajednice koje u takvim interakcijama sudjeluju. Te se razlike očituju i u različitim kvalitetama političkog na različitim razinama državne zajednice, koje se dijelom mogu zapaziti i u pravnim problemima koji more tu zajednicu.

Primijenimo li kategorije u kojima Wolin ocjenjuje razvoj saveznog konstitucionalizma u Sjedinjenim Američkim Državama na Europsku uniju, odmah nam je jasno da i u slučaju potonje postoji neki oblik dvorazinskog političkog prostora, iako je on na svojoj višoj razini lišen jedinstvenog *demos*a i iako je njegov način nastanka bitno drukčiji od onog američkog. Prije svega proces europske integracije nije obilježio katarzični događaj usvajanja ustava nakon kojega bi uslijedio niz političkih borba koje bi dovele do postupnog razvoja nove razine političkog prostora. Međuvladina konferencija (IGC) iz 2004. godine došla je najbliže tomu. Međutim njezini su rezultati, tzv. Ustavni ugovor, podbacili na referendumima u Francuskoj i Nizozemskoj.<sup>63</sup> Stoga se Unija u razvijanju svoje unutarnje povezanosti još uvijek oslanja na mehanizam temeljnih ugovora i ostavlja proces svojeg razvoja otvorenim.<sup>64</sup>

Upravo je Unijina nemogućnost da stavi ustavnu točku na svoje „i“ naznaka nekih bitnih karakteristika njezina političkog prostora. Njima se već na različite načine približio niz autora, kojima je zajedničko zapažanje da političko u Uniji ima bitno različita obilježja od onoga koje nalazimo u državama članicama. Sajó se primjerice usredotočio na odsutnost „ustavnog trenutka“ u razvijanju Unije. Izostanak ustavne katarze spomenute u prethodnom odlomku i entuzijazma građana prema birokratiziranom nadnacionalnom aparatu dovodi do toga da pokušaji stvaranja nadnacionalnog konstitucionalizma ne stvaraju odanost puka usporedivu s nekim nacionalnim ustavima. Posebno je to

---

<sup>62</sup> O tome je kod nas podrobnije pisala profesorica Biljana Kostadinov. (Kostadinov, B., „E Pluribus Unum: Ustavnost država članica američke federacije“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 57, 2/2007, str. 295; Kostadinov, B.; Barić, S., „Neposredna demokracija u SAD-u: ustavna inicijativa“, *Hrvatska javna uprava*, vol. 7, 3/2007, str. 660.)

<sup>63</sup> O tome vidi Podolnjak, R., „The Assent of the People is Not Necessary to the Formation of a Confederation': Notes on the Failure of the European Constitutional Referendums“, *Politička misao*, vol. XLIII, 5/2006, str. 100.

<sup>64</sup> Upravo se u raspravama koje su u Francuskoj uslijedile nakon odbijanja Ustavnog ugovora isticalo da se ne odbija europski projekt, nego da se jednostavno želi ostaviti prostor alternativama, iako je ostalo nejasno kojima. (Kreis, G., „Grenzen der Demokratie? Überlegungen anlässlich Frankreichs jüngster EU-Abstimmung“, objavljeno u *Direkte Demokratie und europäische Integration: Die Handlungsspielräume der Schweiz - Baslerschriften zur europäischen Integration Nr. 75*, Europainstitut der Universität Basel i Initiative & referendum institute Europe, Basel, 2005, str. 39.)



problematično za istočnu Europu, u kojoj ni nacionalni konstitucionalizam nije potpuno zaživio.<sup>65</sup> Sajó prema tome podsjeća na zabrinjavajuću udaljenost između građanstva i nadnacionalnog prostora koja, kako pokazuje iskustvo, ostavlja prostora bujanju puno bolje ukorijenjenim, pretpolitičkim kategorijama, kao što je ona nacije.

Neki su posebnu pozornost posvetili mehanizmima funkcioniranja takve otuđene nadnacionalne razine. Peter Mair analizirao je sveprisutni prigovor nedostatka legitimnosti koji se podiže u cijelom nizu analiza Unije. Za njega Unija predstavlja posebno strukturirani prostor koji se na određeni način opire politizaciji bliskoj nacionalnoj razini. To nije previd, nego nužnost, jer Unija je za Maira struktura koja treba osiguravati provođenje političkih odluka neprovedenih na nacionalnoj razini stavljajući stručnost ispred politike. Zato je i promašeno kritizirati Uniju zbog toga što joj nedostaje autentična političnost nacionalne sfere, kada ona ionako nije zamišljena kao njezin nositelj.<sup>66</sup> Mairov argument blizak je Wolinovu zapažanju o nadnacionalnom prostoru koji u određenoj mjeri potiskuje sadržaj nižih razina preuzimajući dio njihovih nadležnosti i čisteći ih od suvišne političnosti koja u logici nadnacionalnog saveza predstavlja ponajprije smetnju.

Konačno, drugi su autori analizirali sadržaj nadnacionalnog prostora Unije posebno se osvrćući na kvalitetu prava koje Unija proizvodi. U tom su pogledu izrazito provokativna razmišljanja Ulricha Halterna, koji uspoređuje obilježja prava kakvo stvara nadnacionalna razina i onoga koje slijedi iz nacionalnog političkog procesa. Polazeći od činjenice da je Unija „otvoreni projekt“, Haltern ističe da tek treba odgovoriti na pitanje kakva će biti kvaliteta političkog u Europskoj uniji i hoće li Unija za to izabrati „tržište, čovječnost ili narativ o sebi koji poseže za simboličkim arsenalom kulturalne mitologije, toliko poznate iz političke retorike nacije države“.<sup>67</sup> U izboru između ekonomske, humanističke, etatiističke ili neke druge logike poseban problem predstavlja to što je pravo Unije u glavnini proizvod vrlo racionalnih i vrlo prizemnih interesa te što njezino pravo ne predstavlja pamćenje europskog naroda s kojim bi se ovaj mogao poistovjetiti.

Prema tome politički prostor Unije odijeljen je od onog nacionalnog, usvaja drukčiju sliku političkog od njega te proizvodi izrazito racionalizirano pravo, iza kojega ne stoje kulturalni rezervoari pojedinih europskih *demos*. Te se karakteristike nadnacionalnog političkog prostora odražavaju na neposredno angažiranje građana u njemu.

Opisane posebnosti političkog prostora Unije najvidljivije su kod funkcija Europske građanske inicijative. Samo ustrojstvo tog instrumenta ne pokazuje tek nastojanje da se

---

<sup>65</sup> Vidi Sajó, A., „Constitutional Enthusiasm Towards Network Constitutionalism? (Constitution- Without the Constitutional Moment: A Look from the New Member States)“, objavljeno u *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective* (Weiler i Eisgruber, ur.), Jean Monnet Working Paper 5/04, dostupno na: <http://bit.ly/1tDe2GR>, izvor posljednji put konzultiran 16. rujna 2016., str. 18.

<sup>66</sup> Mair, P., „Popular Democracy and the European Union Polity“, *European Governance Papers (EUROGOV)* No. C-05-03, dostupno na: [edoc.vifapol.de/opus/volltexte/2011/2455/pdf/egp\\_connex\\_C\\_05\\_03.pdf](http://edoc.vifapol.de/opus/volltexte/2011/2455/pdf/egp_connex_C_05_03.pdf), izvor posljednji put konzultiran 16. rujna 2016., str. 20.

<sup>67</sup> Haltern, U., „On Finality“, objavljeno u *Principles of European Constitutional Law* (drugo izdanje) (von Bogdandy, A.; Bast, J.), Hart Publishing Ltd i Verlag CH Beck oHG, Oxford, 2011, str. 209.

građane uključi u funkcioniranje zajednice država. Treba ga promatrati u svjetlu jedne činjenice dobro poznate u postojećoj literaturi: građani o Uniji još uvijek premalo znaju.<sup>68</sup> Europska građanska inicijativa u tom kontekstu ne izražava samo želju europske razine da bolje osluhne glas prioriteta koji ne prolaze druge kanale utjecaja na Uniju nego i težnju k obrazovanju građanstva i premošćivanju jaza između nacionalnog i nadnacionalnog.

To je vidljivo iz načina na koji se definira područje primjenjivosti Inicijative *rationae materiae*. Nedvojbeno je da se radi o mehanizmu kojim bi građani trebali formulirati prijedlog od neposredne važnosti za njih same. Istodobno njihova inicijativa mora biti uklopljena u gramatiku i jezik temeljnih ugovora. U tom pogledu Europska građanska inicijativa nameće posebnu vrstu jasnoće pitanja<sup>69</sup> koju treba ispuniti da bi se inicijativa registrirala. Ona mora ulaziti u nadležnost Komisije da predloži određeni pravni akt, što se u praksi vrlo strogo tumačilo. Primjerice Komisija je utvrdila da se Inicijativom ne može tražiti da ona od drugih tijela zahtijeva prestanak činjenja, makar to i bilo u njezinoj nadležnosti. Upravo je to jedan od razloga zbog kojega nije registrirana inicijativa kojom se tražio prestanak pregovora o sklapanju Transatlantskog trgovinskog sporazuma (TTIP).<sup>70</sup> Nadalje Organ ističe da, ukoliko se traži donošenje većeg broja akata, svi oni moraju biti u nadležnosti Komisije jer će u suprotnome Komisija odbiti Inicijativu u odnosu na sve akte. Štoviše, poželjno je da predloženi akti ulaze u već dobro uhodana područja njezinih politika.<sup>71</sup> Prema tome uspjeh inicijative ne zahtijeva samo da građani traže nešto dovoljno određeno nego i da dobro poznaju odnose između država članica i Unije i između pojedinih institucija Unije. To od njih traži upoznavanje s ugovorima i europskim pravom jer, kao što je istaknuo Haltern, nadnacionalni politički prostor u bitnome ovisi o istome.

Dok određivanje sadržajnog opsega Inicijative otkriva izraženu prisutnost njezina edukativnog karaktera, koji bi mogao motivirati građane da se informiraju o Uniji i pomoći u izgradnji, ustrojstvo postupka otkriva još nešto o rasjedu između nacionalnog i nadnacionalnog političkog prostora. Stara je konstitucionalistička maksima, dobro poznata suvremenim ustavnim demokracijama, da sve funkcije vlasti treba podvrgnuti mehanizmima tzv. „provjera i ravnoteža“. U Inicijativi su svi ti mehanizmi usmjereni na građane, koji moraju proći zahtjevan proces da bi se mogli izraziti pred Komisijom i Parlamentom, poduprti glasovima barem jednog milijuna svojih sugrađana. S druge je pak strane iznimna razina povjerenja prepuštenog Komisiji, koja je u slučaju Inicijative i akter kojem se prijedlog upućuje i koji bi građanima trebao pomoći, i akter na čije ponašanje treba utjecati, i akter koji o svakoj inicijativi donosi ključne odluke, podvrgnut, doduše, nadzoru Suda Europske unije.<sup>72</sup> U glavnini je međutim Komisija gospodarica Inicijative te

<sup>68</sup> Spindler, 2015, str. 134.

<sup>69</sup> O jasnoći pitanja u neposrednoj demokraciji vidi Kostadinov, B., „Načelo jasnoće referendumskog pitanja u Europi i SAD-u“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 65, 2/2015, str. 56.

<sup>70</sup> Vidi očitovanje Komisije o predmetnoj inicijativi, C(2014) 6501 final, str. 3. Organ ispravno kritizira tu odluku Komisije, posebno njezin zaključak da se Inicijativom od nje ne smije tražiti postupanje bez pravnog učinka, iako takvo ograničenje uopće nije propisano. (Organ, J. B., 2015, str. 103.)

<sup>71</sup> Organ, J. B., 2015, str. 101.

<sup>72</sup> Mišljenje Odbora regija, str. 26.

je sklona taj svoj monopol zadržati, što je vidljivo iz već opisane rasprave između nje i Parlamenta o potrebnim promjenama u okvirima Inicijative.

Te karakteristike upućuju da treba korigirati čisto pozitivističko i konstantno isticano razumijevanje Inicijative kao instrumenta participativne demokracije koji još nije u bitnome utjecao na zakonodavni postupak Unije.<sup>73</sup> Smatramo da se u kontekstu karakteristika političkog prostora Unije i može očekivati da tako zamišljena Inicijativa ne utječe u bitnome na normotvorne procese u zajednici država. Njezin je učinak, usprkos našem ranijem prikazu prava kojim je regulirana, ponajprije savjetodavan i ponajprije usmjeren na jednu instituciju Unije te ograničen logikom nadnacionalnog političkog. Svaki je utjecaj na procese vršenja vlasti zapravo uvelike neformalan i „mekan“.

Činjenicu da se Inicijativom može predložiti konkretan pravni akt treba procjenjivati u svjetlu nevezanosti Komisije tim prijedlogom, jer u krajnjoj joj je liniji jednostavno odlučiti da po njoj nije nužno postupati. Građani su ovdje stavljani u bitno nepovoljan položaj te moraju biti u stanju organizirati se dovoljno dobro i dati prijedlog koji je dovoljno određen logikom Unije da bi uspio.<sup>74</sup> U suprotnom njihov aktivizam neće uspjeti ostvariti dovoljnu povezanost za privlačenje pozornosti milijun građana barem četvrtine država članica ili pak neće iznjedrati prioritet koji bi bio „u svrhu donošenja pravnog akta za provedbu ugovora“.

Iznimno tehnokratska narav Komisije doprinosi i potrebi jačanja političkog elementa u slučaju uspješnih inicijativa. Komisija je sklona u svojim odlukama snažno naglasiti pravnu dimenziju problema, posebno stoga što se na taj način može zaštititi od mogućeg sudskog preispitivanja njezinih odluka.<sup>75</sup> To međutim znači da se rasprava o inicijativama, posebno u fazi registracije, počesto svodi na vježbu pravne logike<sup>76</sup> te da politički razlozi bivaju nedostatno izloženi. Posebno je to slučaj kod potpuno uspješnih inicijativa, koje nakon teškog puta do europskih institucija ne dožive razmjernu političku reakciju. Odbor regija u tom je smislu pozvao Komisiju da u svojim odlukama o inicijativama koje su prikupile milijun potpisa političke razloge puno jasnije prikaže.<sup>77</sup> Europski je parlament istaknuo da su rasprave o uspješnim inicijativama pred institucijama nedostatno kvalitetne te istaknuo da građani moraju imati priliku ući u dijalog sa zastupnicima u

---

<sup>73</sup> Vidi primjerice Vogiatzis, N., „Is the European Citizen's Initiative a Serious Threat for the Community Method?“, *European Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1/2013, str. 106.

<sup>74</sup> Jedan bi uvjerljiv argument u potporu strožem pristupu Inicijativi mogao biti strah da bi, ako su uvjeti preblagi, organizirani interesi mogli „zarobiti“ Inicijativu i koristiti je za promicanje politika bliskih njima. (Shaw, J., 2010, str. 30.) Pokazalo se međutim da su lobiji skloniji izbjegavati Inicijativu upravo zbog nerazmjerno zahtjevnih uvjeta s obzirom na to da iz nje ne može proizaći nikakav obvezujući prijedlog. (Thomson, J., 2014, str. 73.)

<sup>75</sup> Organ, J. B., 2015, str. 112. Johannes Pichler naveo je da je osnovni smisao inicijative pružiti sredstvo političkog pritiska koje bi trebalo prisiliti institucije Unije na dijalog s građanima. (Pichler, J., „The Commission's Regulation Proposal on the Citizens' Initiative“, objavljeno u *Direct Democracy and Minorities*, Springer Verlag, Weisbaden, 2012, str. 247.) Vidimo, prema tome, da se Pichler vodi idejom koja je neke motivirala i na prijedlog sveeuropskog referenduma. Dakako, Inicijativa se od toga razlikuje po tome što sama po sebi ne uključuje element odluke, nego bi trebala biti usredotočena upravo na dijalog.

<sup>76</sup> Ona nije uvijek dovoljno transparentna. (Vidi mišljenje Odbora regija, t. 53.)

<sup>77</sup> Mišljenje Odbora regija, t. 54.

Europskom parlamentu.<sup>78</sup> Prema tome, ukoliko se i složimo da su pritisci koji se stvaraju Inicijativom više „političke nego pravne prirode“,<sup>79</sup> čini se očitim da je pitanje kako bi ti politički pritisci trebali dostatno sazreti da bi ostvarili znatniji učinak.

Naravno, karakteristike političkog prostora Unije ne ostavljaju netaknutim ni drugi način izravnog angažiranja građana u odlučivanju o europskim pitanjima, nacionalni referendum. Zato se u sljedećem dijelu rada okrećemo upravo toj temi.

### 3.2. Problem prevođenja u ostvarenju neposrednog sudjelovanja građana

Referendumima o nekom „europskom pitanju“ može se uputiti niz zamjerki koje se inače pripisuju neposrednoj demokraciji uopće. Nesposobnost građana da odlučuju o pitanjima koja se pred njih stavljaju,<sup>80</sup> njihova neinformiranost, mogućnost manipulacije pitanjem, pojednostavnjenje problema koji se na referendum stavlja, tek su neki prigovori koji su primjenjivi i na europske referendume. Naša namjera nije ponavljati te rasprave, nego se usredotočiti na konkretne izazove koji su najbliže vezani za postojanje referenduma u složenom političkom prostoru Europske unije.

Kada govorimo o referendumima održavanima u sklopu članica Unije i u vezi s njome, možemo se ponovno osloniti na iskustvo federalnih političkih sustava. Iako Uniju ne možemo svesti na federaciju, nesporno je da ona dijeli neka obilježja upravo s takvim složenim državama. Slijedi to već i iz našeg ranijeg korištenja američkog iskustva za naglašavanje dvostrukosti političkog prostora Unije.

Višestrukost političkog prostora nije jedina karakteristika koja povezuje Uniju i neku složenu državu poput Sjedinjenih Američkih Država. Druga je bitna karakteristika takvih političkih sustava, koja i otežava svako usporedno proučavanje federalizma, činjenica da su politički kompromisi u njihovim korijenima iznimno osjetljivi i kontekstualni.<sup>81</sup> Oni uključuju balansiranje između interesa pojedinih sastavnica federacije te interesa cijele zajednice, što u sebi može sadržavati i balans između različitih političkih filozofija i kultura.<sup>82</sup> Referendumi sa saveznim učinkom u tom su kontekstu iznimno nepoželjni jer

<sup>78</sup> Rezolucija Europskog parlamenta, t. 31.

<sup>79</sup> Organ, J. B., 2015, str. 92-93.

<sup>80</sup> Katkada se navodi da je prigovor o nesposobnosti birača nelogičan jer da sve suvremene demokracije građanima daju u zadatak izbor nositelja državnih funkcija. Tvrdi se da građani koji su sposobni „izabrati najizvršnije među sobom“ moraju biti sposobni i za odlučivanje o konkretnim referendumskim pitanjima. (Presno Linera, M. Á., „La democracia directa y la falacia de sus riesgos“, objavljeno u *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política* (Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, ur.), Editorial Comares, Granada, 2014, str. 66.) Sartori je duhovito primijetio kako se istom logikom može zaključiti da pacijent koji je sposoban izabrati liječnika može i sam sebe liječiti te da građanin koji može odabrati odvjetnika istodobno može sam sebe predstavljati pred sudom. (Sartori, G., „En defensa de la representación política“, objavljeno u *Democracia y representación: un debate contemporáneo* (Carbonell, Miquel, ur.), D.R. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Mexico, 2005, str. 32.)

<sup>81</sup> Jackson, V. C., „Comparative constitutional federalism and transnational judicial discourse“, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, 1/2004, str. 105.

<sup>82</sup> Primjerice federalna je ideja posebno važnu ulogu odigrala u švicarskom konstitucionalizmu, koji je tražio pomirenje cijelog niza različitosti. (Pállinger, Z. T., „Direct Democracy in the Swiss Federation“, objavljeno u

predstavljaju pregrubo sredstvo donošenja odluka i imaju tendenciju pregaziti teško stečene kompromise.

Njemačko iskustvo s neposrednom demokracijom predstavlja posebno poučan primjer. Slično Europskoj uniji, Njemačka ne predviđa referendum na razini cijele federacije.<sup>83</sup> Ipak, na razini pojedinih država članica njemačke federacije postoji bogata praksa neposredne demokracije. Iako ona varira ovisno o članici o kojoj je riječ, nesporno je da referendum predstavlja sredstvo donošenja nekih odluka u Njemačkoj.

Njemačko je iskustvo korisno zbog kooperativne varijante federalizma koju ta država usvaja. Ona pred savezne vlasti i vlasti pojedinih članica federacije postavlja zahtjev suodlučivanja o pojedinim pitanjima. Za Sabine Kropp upravo je to odlučni argument protiv uvođenja saveznog referenduma u jednu federaciju koja počiva na takvim načelima. Sastavnica koja bi u takvim uvjetima stavila na referendum problem o kojemu ne može samostalno odlučivati efektivno bi izložila ostatak federacije vetu jednog njezina dijela i sabotirala projekt od potencijalne važnosti za cijelu federaciju.<sup>84</sup> Prema tome, iako autorica ne odbija uvođenje referenduma u potpunosti, opravdano smatra da bi on na saveznoj razini bio moguć samo u vezi s određenim pitanjima.

Taj je problem poznat i u državama koje barem formalno ne smatramo federacijama. U jednoj je svojoj novijoj odluci Ustavni sud Španjolske trebao ocijeniti ima li vlast Kanarskog otočja, pravno gledano autonomna zajednica, pravo na referendum staviti sljedeće pitanje: „Smatrate li da bi Kanari trebali promijeniti svoj model očuvanja okoliša i turizma zbog potrage za plinom ili naftom?“<sup>85</sup> Problem je bio u tome što su vlasti autonomne zajednice na taj način od svojih građana tražile da ocijene energetska politiku koja je zahvaćala cijelu Španjolsku te je stoga mogla biti stavljena jedino na referendum upućen cijelom španjolskom *demosu*. Zbog toga je, kao i zbog nejasnoće pitanja, španjolsko ustavno sudište referendum proglasilo nedopuštenim.

Španjolski smo predmet ukratko opisali zato što ističe da pitanje podjele ovlasti između savezne države i članica u sebi uključuje i sporno pitanje definiranja mjerodavnog *demosu*. Ono poteže i problem pravde navodeći nas da se pitamo kada je i po kojim kriterijima

---

*Citizen Participation in Multi-Level Democracies* (Palermo, Francesco, Marko, Joseph, et. al., ur.), Koninklijke Brill NV, Leiden, 2015, str. 265.)

<sup>83</sup> U Njemačkoj se već neko vrijeme raspravlja o uvođenju referenduma i na saveznu razinu, o čemu su već napisane doktorske disertacije i druge znanstvene rasprave. Već je i postojeće ustrojstvo izravne demokracije na razini pojedinih članica federacije pokriveno nizom rasprava, uključujući i posebno intrigantnu analizu kojoj je zaključak da građanska inicijativa u državama članicama federacije državama može biti funkcionalnim dijelom predstavničke demokracije. (Schott, S., *L'Initiative populaire dans les États fédérés allemands: Contribution à la connaissance d'une institution démocratique*, LGDJ, Pariz, 2012, str. 407.)

<sup>84</sup> Kropp, S., „Föderale Ordnung und Volksgesetzgebung“, objavljeno u *Perspektiven und Grenzen "Direkter Demokratie"* (Baus, Ralf Thomas; Montag, Tobias, ur.), Konrad Adenauer Stiftung, 2012, str. 88.

<sup>85</sup> Presuda Ustavnog suda Španjolske 147/2015 (25. lipnja 2015.), Boletín Oficial del Estado br. 182, str. 66703.

pravedno da o određenom pitanju može odlučiti savezna vlast ili neka članica federacije.<sup>86</sup> Podjela ovlasti u konačnici predstavlja i prvorazredno pitanje uređenja toka političke moći. Vraćajući se na američko iskustvo, referendumima u pojedinim članicama federacije bili su upravo pokušaji utjecaja na saveznu razinu i vraćanja dijela ovlasti koji je na nju prenesen, ali i sredstvo koncentracije vlasti u odnosu na lokalne jedinice.<sup>87</sup> Neovisno o pravnoj snazi takvih nastojanja, nesporno je da se u tom pitanju ponovno vidi koliko je u neposrednoj demokraciji snažno pretapanje politike i prava.

Čini nam se da u svoj opisanoj kompleksnosti federalnog iskustva s referendumima postoji jedno teorijsko pitanje koje, poput sidra, počiva u temeljima dinamike federalizma i neposredne demokracije. To je pitanje suvereniteta. U tom je pogledu nastanak prvih složenih država doveo do pravog tektonskog poremećaja u shvaćanju suverene vlasti kao „najviše i jedinstvene“ sile na određenom teritoriju, kakvom ju je zamišljao Jean Bodin. Od uspostave Sjedinjenih Američkih Država počelo se postavljati pitanje mogućnosti uspostave dviju vlasti koje djeluju na istom teritoriju, kao i problem njihova pomirenja.<sup>88</sup> Politički je prostor odjednom dobio na složenosti, a građanin se našao u ulozi stanovnika lokalne jedinice, sastavnice federacije i federacije uopće. Pri tome mu se istodobno nameću različite razine političnosti tih višestrukih statusa, koji nameću različita očekivanja.<sup>89</sup> Na najvišoj, federalnoj razini građanin postaje periodični sudionik na izborima, pri čemu su mu mogućnosti federalnog političkog djelovanja između izbora bitno ograničene.<sup>90</sup> Nije teško zamisliti kako se time stvara konflikt s klasičnom idejnom bazom neposredne demokracije,<sup>91</sup> koja u referendumu vidi izraz jedne nedjeljive, najviše i, što je najvažnije, neprenosive volje naroda.

Problem reguliranja suvereniteta u federalnim je političkim sustavima u osnovi problem prijevoda. U samim činima uspostave takva poretka javlja se potreba „prevođenja“ suverenih ovlasti sastavnica na ovlast savezne vlasti. Tu činjenicu donekle skriva pravo kao medij izražavanja vlasti. Činjenica da se ovlasti obiju razina izražavaju pravnim jezikom koji se može osloniti na usporedive termine može nas navesti na pomisao da je

---

<sup>86</sup> U slučajevima kao što je ovaj španjolski nije nužno jednostavno odrediti razinu na kojoj treba raspisati referendum. Primjerice Kanari bi mogli biti posebno pogođeni nacionalnom energetsom politikom pa bi se moglo tvrditi da bi upravo građani tog dijela države morali o njoj neposredno odlučivati.

<sup>87</sup> Magleby, D. B., „Ballot Initiatives and Intergovernmental Relations in the United States“, *Publius*, vol. 28, 1/1998, str. 147.

<sup>88</sup> Grimm, D., *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, Columbia University Press, New York, 2015, str. 54.

<sup>89</sup> Wolin, S. S., „Democracy Without the Citizen“, objavljeno u *The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1989, str. 191.

<sup>90</sup> Wolin, S. S., „Tending and Intending a Constitution: Bicentennial Misgivings“, objavljeno u *The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1989, str. 98.

<sup>91</sup> Misao J. Rousseaua redovito se identificira kao njezin glavni izvor. Aguiar De Luque lijepo opisuje kako do takva shvaćanja suverenosti naroda dolazi stoga što Rousseau, za razliku od Montesquieua, ne misli da je sloboda društveni konstrukt, proizvod dobro ustrojene države. Sloboda se definira pretpolitički, ona je atribut „čovjeka u njegovu prirodnom stanju“ te je dobra država ona koja je prilagođena tom idealu. Ona stoga traži i takvo ustrojstvo vlasti koje mu služi i u kojemu je sâm narod zakonodavac. (Aguiar de Luque, L., *op. cit.*, str. 23.)

pitanje razgraničenja ovlasti u složenim državama i državnim zajednicama samo pitanje prepisivanja ustava. Slikovito rečeno, možemo olako pomisliti da ovdje imamo posla samo s mehaničkim pretakanjem vina iz nacionalnog spremnika u onaj nadnacionalni.

Ipak, čin prijenosa ovlasti uključuje više od seobe pravne terminologije iz jednog dokumenta u drugi. Kao prvo, čak i kada se izražava sličnim rječnikom, pravni jezik oslanja se na kontekst zajednice u kojoj je nastao.<sup>92</sup> U prenošenju ovlasti mijenja se taj relevantni kontekst njezina vršenja. Vlast koja se nekad vršila u okvirima jedne političke zajednice i na jednom teritoriju sada širi svoj zahvat preko tih granica. Pritom prenesena ovlast jača svojeg novog nositelja, ali i samu sebe. Njezin vršitelj sada je u stanju obavljati nove funkcije, ranije poznate sastavnicama saveza, ali istodobno i preko njihovih dosadašnjih granica. Ono što su do tada bila izolirana pitanja pojedinih sastavnica saveza sada postaju problemi koji zahvaćaju cijelu zajednicu i koji, u rukama savezne vlasti, pozivaju na uniformnost. Ipak, nositelj prenesene ovlasti ne može pretpostaviti da na svoje nove zadaće može prionuti kao da se u njihovu prijenosu ništa nije promijenilo jer to bi značilo da može zanemariti postojanje jedinica koje su ovlast prenijele, ali i, posebno u slučaju Unije, neke od svojih temeljnih vrijednosti.<sup>93</sup> Novi kontekst traži istodobno uzimanje u obzir potreba cijelog saveza i pojedinih njegovih sastavnica.

Prema tome prevođenje suverenih ovlasti s jedne razine na drugu uvijek u sebi sadržava jednu mjeru nedovršenosti. Drugim riječima, prijevod ovlasti ne briše u potpunosti posebnosti njezina izvora.<sup>94</sup> Primjerice, iako prenesena na drugu razinu, prevedena ovlast u sebi može obuhvaćati mogućnost ponovnog prijevoda na, uvjetno rečeno, izvorni jezik, koja je katkada i formalizirana. Tako i Ustav Republike Hrvatske ostavlja mogućnost vraćanja prenesenih suverenih ovlasti u svoje okrilje.<sup>95</sup> Osim toga prenesena je ovlast možda u svojem izvornom kontekstu razvila dugu tradiciju primjene ili jednostavno činila dio složenog mozaika nacionalne demokracije, koji uz sebe vezuje određena očekivanja građana i institucija sastavnice saveza.

Nedovršenost prijevoda ovlasti i pokušaji promjene prijevoda ili njegova poništenja iskazuje se na različite načine. Iako su najdramatičniji postupci istupanja članice iz

---

<sup>92</sup> Vidi Berman, H., *Law and Language: Effective Symbols of Community*, Cambridge University Press, New York, 2013, str. 113.

<sup>93</sup> Vidi Ustav Republike Hrvatske, kojim je propisan cilj s kojim Republika na Uniju prenosi ovlasti, a koji uključuje „trajni mir, slobodu, sigurnost i blagostanje“ te ostvarivanje drugih zajedničkih ciljeva, „u skladu s temeljnim načelima i vrijednostima na kojima se Europska unija zasniva“. (Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine broj 56/90, 135/97, 8/98 [pročišćeni tekst], 113/00, 124/00 [pročišćeni tekst], 28/01, 41/01 [pročišćeni tekst], 55/01 [ispravak], 76/10, 85/10 [pročišćeni tekst]) i Promjena Ustava RH (narodna ustavotvorna inicijativa), NN br. 5/2014 Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 (u daljnjem tekstu: Ustav Republike Hrvatske), čl. 143(1).)

<sup>94</sup> Slična ideja iznosi se u raspravi o religiji i državi. Tvrdi se da vjerski argumenti nikada nisu potpuno prevodivi na svjetovni jezik i time prihvatljivi svjetovnoj državi, nego uvijek u sebi sadržavaju određene karakteristike izvornog, vjerskog izričaja. (Vidi Butler, J., „Concluding discussion“, objavljeno u *The Power of Religion in the Public Sphere* (Mendieta, Eduardo; Vanantwerpen, Jonathan, ur.), Columbia University Press, New York, 2011, str. 112.)

<sup>95</sup> Ustav Republike Hrvatske, čl. 2(5).

složene države ili državne zajednice, važno je uzeti u obzir i niz sporova o primjeni prenesenih ovlasti. Moguće su lokacije tih sporova sudovi, tijela predstavničke demokracije, ali i referendumi. Posebno je sporno što se snaga tih različitih mjesta otpora rađa iz mješavine pravnih i političkih faktora.<sup>96</sup> Ona određuje može li se čin otpora projicirati izvan granica nacionalnog *demosa* ili će zamrijeti, nesposoban da svoju silu prenese u politički prostor Unije. U tom su smislu sporovi o provedbi prenesenih ovlasti bliski cirkularnosti uglavljenoj u nacionalističkim promišljanjima. Kada zagovornici nacionalizma prigovaraju prijevodu svojeg jezika, oni istodobno tvrde da postoji neki posebno nacionalni jezik, posebno nacionalna kultura, a da zapravo samim time određuju što je to „autentično nacionalno“. Na taj se način otkriva nepotpunost nacionalnog.<sup>97</sup> Slična se nepotpuna određenost ukazuje i u sporovima o primjeni nacionalnih ovlasti. Uspješnost pozivanja na nju ovisi o elementima koji nadilaze pozitivno pravo.

Referendum održan u Grčkoj 2015. godine<sup>98</sup> te prije spomenuti nizozemski referendum o bližoj suradnji Unije i Ukrajine iz 2016. godine primjeri su neposrednog odlučivanja građana koji se mogu tumačiti ponajprije kao otpor u kontekstu nacionalnog političkog prostora promijenjenog erozijom suvereniteta. Iako nijedan od ta dva referenduma nije razvio znatniji pravni učinak, mogu se promatrati kao pozivanje na ono što smo nazvali nedovršenošću prijevoda suverenih ovlasti, na vezu prenesene vlasti i nacionalnog pravnog poretka. Oba slučaja u tom tumačenju upućuju na granice referenduma kao prosvjeda i ograničenja njegova utjecaja na nadnacionalni politički prostor.

Promatramo li nacionalne referendume o europskim pitanjima u okvirima prijevoda između razina političkog prostora, možemo pitati što se, u slučaju održavanja takvih praznika neposredne demokracije, „gubi u prijevodu“. Smatramo da je gubitke moguće identificirati iz dvije perspektive. Prvo, nacionalni referendum protivan nekoj europskoj politici, temeljnom sporazumu ili članstvu u Uniji, čak i ako je u pozitivnom ustavnom pravu ustavotvoran, prelaskom granice nacionalnog *demosa* dobiva učinak veta. Drugo, prijevod politika Unije, od temeljnih sporazuma do pojedinih reformskih planova, potpada pod sažimajući učinak referendumskog pitanja. Materija o kojoj građani odlučuju izlazi iz konteksta u kojem je nastala, što ima nezanemariv učinak na referendumsko odlučivanje.

Prvi gubitak nije iznenađujući jer već smo istaknuli da referendumi u složenim državama i državnim zajednicama mogu imati ulogu veta. Primjer tog učinka u kontekstu Unije posebno se dobro može zapaziti u slučaju prvog irskog referenduma o Lisabonskom ugovoru. Kada su irski birači odbili potvrditi Ugovor, referendum je u nacionalnom

---

<sup>96</sup> To u kontekstu referenduma ističe i Guillaume-Hofnung. (Guillaume-Hofnung, M., „Le role du referendum dans la construction de l'Europe“, objavljeno u *Le Référendum en Europe: Bilan et perspectives* (Hamon, Francis i Passelecq, ur.), Harmattan, Pariz, 2003, str. 192.)

<sup>97</sup> Vidi Venuti, L., „Local Contingencies: Translation and National Identities“, objavljeno u *Nation, Language, and the Ethics of Translation* (Bermann, S; Wood, M., ur.), Princeton University Press, Princeton, 2005, str. 178.

<sup>98</sup> Wearden, G., Kollwe, J., *Greek referendum: No campaign storms to victory with 61.31% of the vote - as it happened*, theguardian.com, <<http://bit.ly/2arLNsK>>, izvor posljednji put konzultiran 16. rujna 2016.



političkom prostoru imao karakter i učinak ustavotvornog referenduma. Na razini nadnacionalnog prostora međutim referendumska odluka postala je jednostavan nacionalni veto, odluka jedne države koja je bila posebno sporna. Maria Cahill u svojoj je analizi upozorila na to da su oštre kritike usmjerene prema irskoj praksi motivirane upravo kroničnim nerazumijevanjem potrebe Irske da poštuje svoju ustavnu praksu. „Postupak promjene ustava“, ističe Cahillova, „*pripada* u svoju ustavnu konfiguraciju“. <sup>99</sup> Upravo je ta pripadnost referenduma „ustavnoj konfiguraciji“ ono što dovodi do gubljenja dijela njegova značenja u onom trenutku kada se odrazi u nadnacionalnom političkom prostoru, koji je nemoguće svesti na ustrojstvo političkog prostora jedne sastavnice.

Treba istaknuti da isticanjem elementa gubitka ne oduzimamo na važnosti nacionalnim referendumima. U postojećim je raspravama dobro primijećeno da referendumima igraju važnu ulogu u toku Unije. Čak i kada su veto koji stopira predviđene reformske pakete, sigurno je da oblikuju razvoj Unije. On duguje svoj put napetosti između nacionalne i nadnacionalne razine, sklada i nesklada, spajanja i odudaranja. <sup>100</sup> Nesporno je da referendum pri tome u pojedinim državama služi kao izražavanje dijela nacionalne strane te napetosti.

Ipak, treba istaknuti da takva odluka u nadnacionalnom prostoru nipošto ne dobiva poseban značaj samo zbog toga što se radi o neposrednom odlučivanju *demos*a jedne države članice. Naprotiv, upravo je činjenica da je referendumska regulativa neujednačena između nacionalnih političkih prostora, da na referendum o pojedinim pitanjima izlaze samo birači u nekim državama, ono što neposrednoj demokraciji u nadnacionalnom prostoru oduzima snagu i daje karakter iznimnosti.

Neposredna je demokracija u tom smislu daleko od onoga što u svojem modelu kozmopolitske demokracije zagovara David Held. On smatra da bi u takvu modelu demokratskog života referendum trebalo redovito koristiti za pitanja primjene globalnog demokratskog prava, što bi uključivalo i odlučivanje o trošenju javnih sredstava. Pravila što uređuju takav referendum morala bi biti vrlo fluidna jer bi se biračko tijelo koje bi bilo pozvano na neposredno izjašnjavanje određivalo prema potrebi, za svaki izražaj neposredne demokracije. <sup>101</sup> Jasno je ipak da neposredna demokracija u trenutačnom stanju stoji čvrsto uglavljena u nacionalne ustave, koji, pod utjecajem zasada konstitucionalizma, referendum nastoje učiniti predvidljivim i ograničenim.

Dodatna je verzija “gubitka u prijevodu” povezana s već dobro poznatim prigovorom da referendum pojednostavnjuje. Na primjer u referendumu o ratifikaciji temeljnog

---

<sup>99</sup> Cahill, M., „Ireland's Constitutional Amendability and Europe's Constitutional Ambition: the Lisbon Referendum in Context“, *German Law Journal*, vol. 9, 10/2008, str. 1211. Vidi i noviji rad iste autorice, u kojem pomoću francuske ustavne teorije analizi podvrgava vezu pravila o promjeni ustava i *pouvoir constituant* općenito. (Cahill, M., „The ever closer remoteness of the peoples of Europe? Limits on the power of amendment and national constituent power“, *Cambridge Law Journal*, vol. 75, 2/2016, str. 270.)

<sup>100</sup> Vidi Shu, M., 2008, 426.

<sup>101</sup> Held, D., *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford University Press, Stanford, 1995, str. 273.

sporazuma birači se ne određuju prema dvije jednostavne, lako shvatljive alternative. Pred njih je stavljen cijeli grozd visoko kompleksnih i detaljnih pravnih norma na koji građani mogu reagirati samo s „da“ ili „ne“, „za“ ili „protiv“.<sup>102</sup> Građani pri tom nisu izloženi procesu rasprave i pregovora o rješenjima koja pred njima stoje, nego su stavljeni pred gotov čin, a da nisu adekvatno informirani o Uniji, a kamoli o konkretnom pitanju o kojemu bi trebali odlučivati.<sup>103</sup> Referendumsko pitanje samo po sebi može biti savršeno jasno, ali u sebi nosi neizbrisivu složenost koju bi bilo moguće donekle umanjiti samo potpuno neodrživim referenduskim izjašnjavanjem o svakom pojedinom rješenju sadržanom u ugovoru.

Kontekst u kojem građani odlučuju razlikuje se od onoga koji vlada na relevantnim mjestima nadnacionalnog političkog prostora. U nacionalnom političkom prostoru prvenstvenu ulogu informiranja puka dobiva nacionalna vlast i oni koji mogu platiti djelić medijskog prostora,<sup>104</sup> a odlučivanje o europskom pitanju može se nesavršeno prelići u nacionalne političke probleme. Osim toga nacionalni referendum o europskim temeljnim ugovorima pružaju kritičarima procesa europske integracije puno veći spektar argumenata protiv prihvaćanja sporazuma nego za njegovo usvajanje.<sup>105</sup> Uslijed toga i referendum može postati sredstvo pokazivanja frustracija o nacionalnim problemima, dok nadnacionalne perspektive postaju svojevrsne kolateralne žrtve procesa za koje nisu neposredno vezane.

Naravno, te tvrdnje treba uvjetovati time što postoje i različite vrste referenduma o europskim pitanjima. Shu pokazuje da se birači ne ponašaju jednako na referendumu o jednom temeljnom ugovoru, gdje im je puno lakše skrenuti pozornost na neko drugorazredno ili potpuno irelevantno pitanje, i na referendumu na kojem treba odlučiti o pridruživanju Uniji.<sup>106</sup> Usprkos tome ostaje činjenica da u prenošenju potrebe odlučivanja o nadnacionalnim pitanjima na nacionalnu sferu referendum nije sasvim adekvatno demokratsko oruđe. U tom je smislu jedan istaknuti njemački teoretičar prava,

---

<sup>102</sup> Taillon, P., *Le Référendum Expression Directe de la Souveraineté du Peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, doktorska disertacija obranjena 2011. godine i izrađena pri Faculté de Droit, Université Laval, Québec i Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Paris, dostupna u dva toma, na sljedećim poveznicama: <<http://bit.ly/2aktXZM>> i <<http://bit.ly/2aWTJ45>>, str. 229. Citirano mjesto nalazi se u prvoj knjizi, dostupnoj na sljedećoj stranici: <<http://bit.ly/2aktXZM>>. Izvor je posljednji put konzultiran 15. rujna 2016.

<sup>103</sup> Kreis, G., 2005, str. 37.

<sup>104</sup> Shu, M., 2008, str. 437. Zbog ograničenja prostora ne možemo detaljnije raspraviti sva pitanja reguliranja referendumske kampanje. Ovdje samo kratko upućujemo na irsku kontroverzu vezanu za predmete McKenna (Nr. 2) (*McKenna v An Taoiseach* [1995] 2 IR 10) i *Coughlan v. Broadcasting Complaints Commission* [2000] IESC 44. Ta se dva slučaja često analiziraju uz bok predmetu *Crotty* kao tri odluke Vrhovnog suda koje su presudno oblikovale neposrednu demokraciju u Uniji. U njima je Vrhovni sud prvo zabranio tijelima predstavničke demokracije da proračunski novac koriste za potporu ikojeg ishoda referenduma (McKenna), a zatim odredio da protivnici i zagovornici referenduma moraju dobiti jednak medijski prostor (Coughlan).

<sup>105</sup> Kreis, G., 2005, str. 40. Kreis ističe da je građane lakše motivirati da glasuju „ne“ i zato što će oni lakše pristati ustati protiv *statusa quo* jer će, u slučaju da odluče „ne“, ma koliko slab bio učinak te negacije, ipak imati osjećaj da su nešto „napravili“ (Kreis, G., 2005, str. 44). S druge strane glasovanje „za“ samo potvrđuje već unaprijed određen put te za sobom ostavlja okus rutine.

<sup>106</sup> Shu, 2008, str. 431.

u kontekstu britanskog referenduma o izlasku iz Unije, napomenuo da bi se on „teško mogao smatrati uzorom demokratskog postupka“.<sup>107</sup>

Kada uzmemo zahtjeve prevođenja u obzir, moramo se zaključno zapitati ima li referendum o europskim pitanjima kakve konstruktivne funkcije zbog kojih se može smatrati korisnim. U literaturi se obično ističu dvije moguće primjene referenduma. S jedne strane on može služiti kao veto nadnacionalnoj politici. S druge strane smatra se da može ojačati legitimnost već poslovično slabo legitimne Unije.

Kako svaki negativni referendum ima karakter veta u Uniji, poprilično je očito da neki smatraju upravo taj njegov učinak opravdanjem za njegov kontinuirani utjecaj u političkom prostoru Unije.<sup>108</sup> Naša je prethodna analiza međutim pokazala da se primjena tog veta suočava s višestrukim problemima. U uvjetima u kojima nema koncepcije referendumske veta koji bi bio ujednačen u cijeloj Uniji referendumsko odlučivanje ostavlja dojam hirovitosti, daje biračima pojedinih članica nejednak utjecaj na aspekte procesa integracija o kojem ne mogu svi odlučivati na referendumu<sup>109</sup> te u konačnici ovisi o tome hoće li se referendumski izričaj probiti u nadnacionalnu sferu ili će ostati nacionalni demokratski eksces. U takvu je kontekstu jedina stvarna prednost referenduma kao veta što može usporiti integraciju.<sup>110</sup> Međutim on sam po sebi ne jamči znatniju promjenu njezina smjera niti služi dugoročno većem angažmanu građana u nadnacionalnom političkom prostoru. Osim toga prednost je samo relativna jer nije isključeno da bi referendumi primjerice o istupanju iz Unije mogli potpuno promijeniti ili u cijelosti dokinuti Uniju.

Druga je predložena funkcija referenduma ona legitimacijska. Različiti su načini na koje se takva uloga nacionalnih referenduma opravdava. Schiller tvrdi da Europski parlament još uvijek preslabo predstavlja legitimitet stečen izravnim izborima te smatra da je u tom kontekstu „dobrodošao“ upliv izravne demokracije.<sup>111</sup> Ne navodi međutim zbog čega bi bilo tako.

Guillaume-Hofnung jedan je od autora koji takav zaključak pokušava opravdati konkretnim razlozima smatrajući da bi legitimnost Unije bila ojačana referendumom prije svega zato što bi došlo do “dodjeljivanja glasa građanima, a ne tehokratima”.<sup>112</sup> Naravno, problem je s legitimacijskom funkcijom referenduma u tome što zapravo Uniju ne legitimira izravno, nego predstavlja odobravanje građana pojedinim potezima nacionalne

---

<sup>107</sup> Möllers, C., „They Do What They Want, But Do They Also Know What They Want“, *German Law Journal*, vol. 17 – Brexit Supplement, 2016, str. 73

<sup>108</sup> Guillaume-Hofnung, M., 2003, str. 185.

<sup>109</sup> Bieber, R., *op. cit.*, str. 58. Osim toga uvijek je moguće ponoviti neuspjeli referendum, pri čemu se može dogoditi da ponavljanje referenduma nije jednako vjerojatno pred odbijanjem jedne velike Francuske u usporedbi primjerice s jednom Danskom (Kreis, G., 2005, str. 50). Treba uzeti u obzir i da problem težine glasa ne pogađa jednako svaki referendum. Jasno je da bi o pridruživanju države Uniji trebali odlučivati ponajprije njezini birači.

<sup>110</sup> Kreis, 2005, str. 190.

<sup>111</sup> Schiller, 2009, str. 143.

<sup>112</sup> Guillaume-Hofnung, M., 2003, str. 185.

vlasti u kontekstu Europske unije. U tom su smislu referendumima posebno važan alat u odobravanju prijenosa suvereniteta. Međutim, teško je razumjeti zašto bi gomilanje referenduskog izričaja o djelovanju nacionalnih vlasti po pojedinim aspektima Unije tijekom vremena dovelo do pojačanja legitimnosti te tvorevine kao cjeline. Bolje određivanje veze legitimnosti i referenduma u kontekstu Unije tražilo bi i detaljnije razmatranje posebnosti legitimiranja jednog takva složenog poretka.<sup>113</sup> Drugi je problem s argumentom Guillaume-Hofnunga što pretpostavlja podjelu na građane i elitu, pri čemu smatra da referendum daje glas samo prvima. Činjenica je ipak da referendum ovisi o elitama, iako ne nužno političkima, te da se građani jednako tako ne organiziraju sami od sebe. Stoga je implicirana dioba na građanstvo, koje se naglašava, i elitu, koja se referendumom potiskuje, zapravo lažna.

Guillaume-Hofnung u prilog legitimacijske funkcije referenduma navodi i drugu ideju, smatrajući, pomalo nejasno, da referendum utječe na osiguravanje dominacije „političko-ekonomskog“.<sup>114</sup> Čini nam se da u ovom kontekstu problem Unije nije nedostatak fokusa na „političko-ekonomsko“, nego određeni način promatranja te materije, način koji može biti uvelike udaljen od nacionalne perspektive. Referendum se u tome može jedino zagovarati kao sredstvo nametanja nacionalne percepcije ekonomsko-političkog, a zbog svoje ukorijenjenosti u konkretni *demos* koji na njemu odlučuje (i, ponovno, uz ogradu da *demos* ne odlučuje bez upliva elite, takvo što je nemoguće). Čini se međutim da se koncepcija referenduma kao sredstva legitimacije ovdje urušava u shvaćanje referenduma kao veta. U takvoj se perspektivi čini da se od referenduma očekuje povećanje legitimnosti Unije zbog prilike koju pruža za odbijanje pojedinih segmenata njezina ustrojstva i funkcioniranja u okvirima nacionalnog političkog prostora.

Prema tome možemo zaključiti da je ključna funkcija koju referendum može konstruktivno vršiti funkcija veta. Ne treba gubiti iz vida da se radi o vetu koje je moguće preglasati, najčešće ponavljanjem referenduma, te da zapravo „referendum kao veto“ ima jedino učinak usporavanja integracija, a u najgorem slučaju i dezintegracije. Iako to nesumnjivo osigurava jedan oblik kontrole nad razvojem Unije, ne treba od njega očekivati znatno uključivanje građana u vladavinske procese te nadnacionalne tvorevine.

#### 4. ZAKLJUČAK

Temeljno je i lako uočljivo obilježje izravnog sudjelovanja građana u odlučivanju o pitanjima o Uniji razdijeljenost pravnih izvora na nadnacionalnu i nacionalnu razinu, a zatim i fragmentiranost potonje na niz nacionalnih političkih sfera. Prethodna je rasprava pokazala da ta podjela ne podrazumijeva i jasno razgraničenje učinaka. Primjerice nacionalni referendum u jednoj članici može zahvatiti druge, a Europska građanska

---

<sup>113</sup> U tom smislu vidi i Bader, V., „Complex Citizenship and Legitimacy in Compound Polities (MLPs and MLG): The EU as example“, *EUROSPHERE Online Working Paper No. 05*, 2008, dostupno na <<http://bit.ly/2eaOSLC>>, str. 3. Izvor je posljednji puta konzultiran 1. studenoga 2016.

<sup>114</sup> *Loc. cit.*

inicijativa treba imati učinka i u različitim političkim zajednicama koje čine Uniju da bi stekla iole važnu ulogu. Čini nam se da je pravna podjela uz efektivno prelijevanje učinaka neposrednog odlučivanja građana motivirala bogatu raspravu o pomirenju nacionalne i nadnacionalne dimenzije izravnog sudjelovanja građana u odlučivanju.

Naš je doprinos toj raspravi bio skroman. Cilj nam je bio promotriti nacionalne referendume i Europsku građansku inicijativu kao dva dijela istog kompleksa „neposrednog angažiranja građana u donošenju odluka o Uniji“ i osvrnuti se na neke ključne probleme koji se pri njegovu oživotvorenju javljaju. Već nam nezgrapna sintagma „neposrednog angažiranja građana“ daje naznačiti da smo pod istu kapu stavili dva instituta koja nisu istovjetna, ali koja, tvrdimo, mogu uključiti građane u nadnacionalne političke tokove Europske unije. Njihov je stvarni učinak pod utjecajem dva problema: složenog političkog prostora Unije te problema prevođenja ovlasti s jedne razine na drugu u kontekstu kojega se referendum može pojaviti kao jedna vrsta otpora uspostavljenim aranžmanima.

Zaključak ovog rada ne zrači optimizmom, po čemu ponajviše odudara od nekih rasprava o Europskoj građanskoj inicijativi. Dok je pojedini švicarski autori glorificiraju kao institut bez presedana u povijesti nadnacionalnih tvorevina usporedivih s Unijom,<sup>115</sup> smatramo da je idealizam bolje čvrsto zauzdati. Zamišljena kao institut participativne demokracije, Inicijativa u praksi još uvijek ima oslabljen učinak, koji je, čini nam se, primarno savjetodavne naravi. Pokazali smo da do toga dolazi zbog zahtjevnih uvjeta podnošenja, koji od inicijatora traže i sjajnu organizaciju i solidno poznavanje temeljnih ugovora. Problem je i visoko legalističko postupanje prema inicijativama te njihova oslabljena politička narav.

Ako je potencijal Inicijative još uvijek nejasan, možemo li se osloniti na referendume? Oni barem intuitivno izazivaju asocijacije na demokraciju. U sebi nose sliku građana koji neposredno daju glas o smjeru u kojem se njihova politička zajednica treba kretati. Međutim, čak i ako stavimo na stranu sve uobičajene prigovore njihovu korištenju, pokazali smo da je u kontekstu nadnacionalnog političkog prostora njihov učinak kontroverzan i varijabilan. Iako su referendum bliži građanima, ne treba zanemariti činjenicu da se oni uvijek odvijaju u okvirima jednog, nacionalnog političkog prostora te da će se njegov učinak u nadnacionalnoj sferi, ukoliko je nepovoljan za nastavak europskih integracija, redovito pretvarati u veto.

Našem se radu može prigovoriti to što je uzeo u obzir isključivo referendum i Europsku građansku inicijativu kao predmet analize. Moglo bi se tvrditi da bi stvaranje potpunije slike o sudjelovanju građana trebalo uzeti u obzir i sofisticirane mehanizme participativne

---

<sup>115</sup> Kao primjer navodimo Bruna Kaufmanna, koji je već pri unošenju Europske građanske inicijative u neuspjeli Ustavni ugovor počeo najavljivati njezine važne učinke. (Kaufmann, B., „Utopia becomes a reality“, objavljeno u *Guidebook to Direct Democracy in Switzerland and Beyond* (Kaufmann, Bruno; Büchi, Rolf; Braun, Nadja, ur.), Initiative & Referendum Institute Europe, Marburg, 2007, str. 110.)

demokracije, možda čak i elemente predstavničke demokracije na razini Unije i država članica.

Međutim naša svrha ovdje nije bila sveobuhvatno ocijeniti kako sve građani mogu sudjelovati u oblikovanju i funkcioniranju Europske unije. Cilj nam je bio procijeniti one mehanizme koji se, makar deklarativno, pozivaju na „revolucionarnu snagu naroda“ te analizirati ima li, uz političku retoriku, ikakva razloga očekivati obrate od neposrednog angažiranja građanstva na nadnacionalnoj razini.

Rezultati našeg rada pokazuju da učinak ideje neposrednog angažiranja građanina u Uniji biva prigušen silom nadnacionalnog političkog prostora i njegovom logikom. To oduzima snagu nacionalnim referendumima i umanjuje učinak Europske građanske inicijative, čineći i nepredvidljive ekscese izravne demokracije manje važnima. Možda nas upravo ta činjenica treba navesti na ponovno razmišljanje o mjestu građanina u europskim ustavnim demokracijama, u kojima se sve više govori o „neliberalnom konstitucionalizmu“, euroskepticizmu i tehnokraciji.

## Summary

**A REVOLUTION THAT IS NOT: DIRECT PARTICIPATION OF CITIZENS IN DECISION-MAKING ON “EUROPEAN ISSUES”**

The purpose of this paper is to present two basic ways in which a path has been laid for EU citizens to directly participate in decision-making on issues related to the Union, and to analyse the main obstacles for them to functioning. The direct participation criterion removed from our attention those forms of citizen engagement that rely on intermediaries who are either elected national or European representatives, or are embodied in civil society organisations. The idea of participation should have covered two fundamental instruments that directly relate to citizens: national referenda on European issues and the European Citizens' Initiative. Our analysis shows that there are several obstacles in the construction of the Union which have a significant effect on any reference to the directly expressed will of the people. The basis of this great number of problems is certainly the specific multi-layered political arena of the Union, which, on one hand, weakens any national referendum in terms of its supranational significance, and, on the other hand, imposes on citizens, through the European Citizens' Initiative, high requirements to adapt to the logic of supranational mechanisms. When considering the complaints that are usually directed at the direct decision-making of citizens, the idea of establishing a direct link between the Union and the citizens of particular Members States still has a long path of development before it.

*Keywords:* referendum, direct democracy, direct decision-making, European Citizens' Initiative, European Union

**Matija Miloš, LLM**, doctoral candidate at the Faculty of Law of the University of Zagreb (Public Law and Public Administration) and assistant lecturer at the Department of Constitutional Law of the Faculty of Law of the University of Rijeka





# NOTIFIKACIJA KAO ELEMENT CESIJE TRAŽBINE

*Pregledni znanstveni rad*

*UDK 347.415*

*Primljeno: 9. listopada 2016.*

Romana Matanovac Vučković\*

Matej Trkanjec\*\*

---

*Radom se analizira notifikacija kao jedan od elemenata cesije i to u kontekstu hrvatskog i nekoliko drugih pravnih poredaka te u kontekstu primjene mjerodavnog prava s obzirom na odnose s međunarodnim elementom. Posebno su analizirane odredbe Konvencije UN o cesiji tražbina u međunarodnoj trgovini iz 2001. godine, Načela europskog ugovornog prava iz 2002. godine te UNIDROIT-ova načela za međunarodne trgovačke ugovore iz 2010. godine, s ciljem ukazivanja na sličnost uređenja notifikacije kako u europskim pravnim porecima, tako i na međunarodnom planu. Podredno, posebno se ukazuje na gospodarsku svrhu samog instituta cesije, ali i važnosti notifikacije u ostvarivanju te svrhe.*

Ključne riječi: cesija, notifikacija, pristanak dužnika, mjerodavno pravo

---

## 1. UVOD

U suvremenom gospodarskom poslovanju ustupanje, tj. cesija tražbine nezaobilazan je institut. Osim u redovitim gospodarskim okolnostima, on do izražaja dolazi posebno u situaciji gospodarske krize i krize likvidnosti. S obzirom na to da se cesijom mogu prenositi sadašnje i buduće tražbine, u cijelosti ili u dijelu, utužene ili neutužene tražbine,<sup>1</sup> sporne tražbine te tražbine koje potječu iz naturalnih obveza,<sup>2</sup> cesija se, među ostalim, etablirala i kao jedan od načina ispunjenja obveza. To je pravni posao kojim se ne stvara nova tražbina, nego se prenosi postojeća, pa cesija ima gospodarsku svrhu uvijek kad se takvim prijenosom vrijednosti može ostvariti neki gospodarski cilj.<sup>3</sup> Nerijetko se upravo cesijama „zatvaraju“ dugovi, tj. izvršavaju bezgotovinska plaćanja u gospodarskom prometu, pri čemu se u tim slučajevima primjenjuju pravila o cesiji radi naplate i cesiji

---

\* Dr. sc. Romana Matanovac Vučković docentica je na Katedri za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

\*\* Matej Trkanjec, mag. iur. odvjetnički je vježbenik u odvjetničkom uredu Hanžeković & partneri d.o.o. iz Zagreba.

<sup>1</sup> Šimunec, Nenad, „Cesija (ustupanje tražbine)“, *Računovodstvo i financije*, 4, 2001, str. 28.

<sup>2</sup> Eraković, Andrija, „Promjena subjekata u obveznopravnom odnosu (cesija i preuzimanje duga)“, *Računovodstvo i financije*, 2, 1996, str. 100.

<sup>3</sup> Markovinović, Hrvoje, *Ugovor o cesiji*, doktorska disertacija, Zagreb, 2005, str. 9.

umjesto isplate.<sup>4</sup> Mogući su i slučajevi stvarnopravnih osiguranja tražbina cesijom.<sup>5</sup> Ugovori o *faktoringu* i *fortfeitingu* također sadržavaju cesiju kao jedan od konstitutivnih elemenata, kao što je to slučaj katkad i kod ugovora o *leasingu*. Pravila o cesiji primjenjiva su i kod prijenosa udjela u trgovačkim društvima, posebno kod prijenosa poslovnih udjela u društvu s ograničenom odgovornošću.<sup>6</sup> No i drugi su gospodarski razlozi u podlozi postojanja instituta ustupanja tražbine.<sup>7</sup>

Prema čl. 80 ZOO-a cesija je ugovor između vjerovnika tražbine (cedenta), koji može ugovorom sklopljenim s trećim (koji u tome slučaju postaje cesionar, tj. novi vjerovnik) prenijeti na ovoga svoju tražbinu, osim one čiji je prienos zabranjen zakonom, ili koja je strogo osobne naravi, ili koja se po svojoj naravi protivi prenošenju na drugoga. U pravilu za cesiju se ne traži pristanak dužnika cedirane tražbine (cesusa), osim ako je prvobitno drukčije bilo ugovoreno. Naime ugovor o ustupanju nema učinak prema dužniku ako su on i vjerovnik ugovorili da ovaj neće moći prenijeti tražbinu na drugoga ili da je neće moći prenijeti bez dužnikova pristanka. S ustupljenom tražbinom na cesionara prelaze i sva sporedna prava.<sup>8</sup>

Kao što se vidi, pravilo kaže da za valjanost cesije nije potreban pristanak dužnika. Ipak, dužnika se mora obavijestiti o ustupanju, ako ni zbog čega drugog, onda zato da bi znao

---

<sup>4</sup> Vidi čl. 88/1 i 2 Zakona o obveznim odnosima NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 (dalje: ZOO): "(1) Kad dužnik umjesto ispunjenja svoje obveze ustupi vjerovniku svoju tražbinu ili jedan njezin dio, sklapanjem ugovora o ustupanju dužnikova obveza se gasi do iznosa ustupljene tražbine. (2) Ali kad dužnik ustupi svome vjerovniku svoju tražbinu samo radi ispunjenja, njegova se obveza gasi, odnosno smanjuje tek kad vjerovnik naplati ustupljenu tražbinu."

<sup>5</sup> Vidi čl. 89 ZOO-a: „Kad je ustupanje učinjeno radi osiguranja primateljeve tražbine prema ustupitelju, primatelj je dužan brinuti se s pažnjom dobrog gospodarstvenika, odnosno dobrog domaćina o naplati ustupljene tražbine te nakon naplate, pošto zadrži koliko je potrebno za namirenje vlastite tražbine prema ustupitelju, ovome predati višak.“ „Tražbina koja je ustupljena radi osiguranja ne može se dalje ustupati, a da se istom prilikom ne ustupi osigurana tražbina zajedno s njom. S druge strane, ustupom osigurane tražbine nije ni potrebno posebno ugovarati i ustup tražbine zaloga jer prema odredbi čl. 319. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14), prijeđe li tražbina osigurana založnim pravom na drugu osobu po bilo kojem pravnom temelju, na nju je time ujedno prešlo i založno pravo bez posebnog pravnog temelja za to i bez posebnog načina stjecanja.“ Detaljnije v. Milotić, Ivan; Ivančić, Vjekoslav, „Cesija i cesija radi osiguranja - praktična važnost u projektnom financiranju i prometu tražbinama“, *Pravo i porezi*, 10, 2013, str. 10.

<sup>6</sup> Barbić, Jakša, *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, sv. II. Društvo s ograničenom odgovornošću, Društvo za uzajamno osiguranje, Kreditna unija, Europsko društvo - Societas europea*, Zagreb, 2013, str. 104.

<sup>7</sup> Zanimljivo je da je cesija kao institut prikladna ne samo za građanskopravne, trgovačkopravne i sl. odnose nego i u sferi javnopravnih odnosa. Tako je Općim poreznim zakonom (NN 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13, 26/15, 44/16) propisano u čl. 23. da se prava iz porezno-dužničkog odnosa, kao što su pravo na povrat poreza i sl., mogu ustupiti. O pitanju cesije i povrata poreza v. Brčić, Gordana, „Cesija (ustupanje) tražbina“, *Pravo i porezi*, 10, 2004, str. 28; Matković, Berislav, „Cesija i kompenzacija u poreznom postupku“, *Pravo i porezi*, 6, 2008, str. 50-51.

<sup>8</sup> Vidi čl. 81. ZOO-a: „(1) S tražbinom prelaze na primatelja sporedna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, založno pravo, prava iz ugovora s jamcem, prava na kamate, ugovorna kazna i sl. (2) Ipak, ustupitelj može predati založenu stvar primatelju samo ako zalogodavac pristane na to, inače ona ostaje kod ustupitelja da je čuva za račun primatelja. (3) Smatra se da su dospjele, a neisplaćene kamate ustupljene s glavnom tražbinom.“

kome mora ispuniti tražbinu.<sup>9</sup> Takva obavijest naziva se notifikacijom. Ispunjenje cedentu bit će valjano i oslobodit će dužnika obveze samo ako je nastupilo prije notifikacije te ako istodobno dužnik nije znao za ustupanje. Drugim riječima, ako je dužnik bio obaviješten o cesiji ili je za cesiju na drugi način saznao, on je dužan ispuniti svoju obvezu novom vjerovniku – cesionaru. Ispunjenje starom vjerovniku – cedentu neće ga osloboditi obveze te će on i dalje biti dužan cesionaru. U takvoj je situaciji položaj dužnika složen i s obzirom na pravilo iz čl. 1112/1 ZOO-a, prema kojem nema pravo na povrat plaćenog na temelju pravila o stjecanju bez osnove onaj tko je znao da nije dužan platiti, osim u iznimnim slučajevima.

To su sve razlozi koji su poticaj za analizu uloge notifikacije u ugovoru o cesiji, koja će se obraditi u kontekstu hrvatskog i nekoliko drugih pravnih poredaka te u kontekstu primjene mjerodavnog prava s obzirom na odnose s međunarodnim elementom. Također, u posljednja dva desetljeća intenzivni su naponi i na međunarodnom planu s ciljem unifikacije pravila o cesiji pa će se ovdje upozoriti na pravila iz Konvencije UN-a o cesiji tražbina u međunarodnoj trgovini iz 2001. godine, Načela europskog ugovornog prava iz 2002. godine te UNIDROIT-ova načela za međunarodne trgovačke ugovore iz 2010. godine,

S obzirom na rimsku osnovu može se očekivati da je pitanje cesije i notifikacije u okviru cesije na sličan, ako ne i jednak način uređeno u europskim pravnim porecima, što će se u ovome radu potvrditi kroz komparativni prikaz zakonskog uređenja cesije u njemačkom, njemu bliskom austrijskom pravu kao predstavnicima germanskog pravnog kruga te u francuskom pravu kao vodećem predstavniku romanskog pravnog kruga. Stoga je danas moguće unutar kontinentalnoeuropskog pravnog sustava razlikovati dva temeljna pravna kruga: romanski, koji je pod jakim utjecajem francuskog prava, i germanski, koji je pretežno pod utjecajem njemačkog prava i pravne znanosti.<sup>10, 11</sup> Budući da se pitanje mjerodavnog prava u kontekstu europskog, ali i globalnog tržišta u posljednje vrijeme osobito aktualiziralo, i na to uređenje ovdje će se posebno upozoriti.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Prema čl. 82/1 ZOO-a za ustup tražbine nije potreban pristanak dužnika, ali je ustupitelj dužan obavijestiti dužnika o ustupanju.

<sup>10</sup> Goldštajn, Aleksandar, *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb, 1991, str. 17.

<sup>11</sup> Detaljnije o unifikaciji prava, kodifikaciji i recepciji prava v. Miličić, Vjekoslav, *Opća teorija prava i države*, Zagreb, 2008, str. 155-158.

<sup>12</sup> U godinama nakon osamostaljenja Republike Hrvatske postavljala su se pitanja je li cesija između hrvatske i strane osobe zakonom dopuštena te time i moguća s obzirom na tražbine koje su glasile u stranoj valuti. Vidi Giunio, Miljenko, „Cesija novčane tražbine u trgovačkim odnosima s inozemstvom“, *Hrvatska gospodarska revija*, 2, 1998, str. 175-178; Đidara, Magdalena Marija, „Prijeboj, cesija, asignacija i preuzimanje duga u poslovima s inozemstvom“, *Računovodstvo, revizija i financije*, 7, 2001, str. 124-126. Već su tada trgovački sudovi nedvojbeno upućivali na dopuštenost cesije s međunarodnim elementom, a u svjetlu današnjih propisa (osobito Zakona o deviznom poslovanju NN 96/03, 140/05, 132/06, 150/08, 92/09, 133/09, 153/09, 145/10, 76/13) i činjenice da je Hrvatska dio europskog jedinstvenog slobodnog tržišta takva se pitanja ne postavljaju.

## 2. RIMSKOPRAVNI TEMELJI

Može se očekivati da se europski pravni poreci u velikoj mjeri podudaraju kad je riječ o pravnom uređenju ugovora o cesiji. Ta očekivanja temelje se na činjenici da u osnovi današnjih europskih pravnih poredaka leži rimskopravni temelj, poglavito kada je riječ o građanskome pravu. Stoga i korijene današnjeg uređenja ugovora o cesiji valja potražiti ondje.

U razdoblju civilnog prava (od 753. pr. Kr. do kraja drugog punskog rata 201. pr. Kr.) rimsko pravo nije poznavalo nikakvu mogućnost prijenosa pojedinačnih obveznih odnosa s jedne strane u obveznopravnom odnosu na nekog drugog. Prema tome individualne ili singularne sukcesije u tom smislu nije bilo.<sup>13</sup> Napredak prema onome što danas poznajemo kao cesiju stvoren je u formularnom postupku, na temelju procesnog zastupanja. Osoba na koju je trebala prijeći tražbina tužila bi dužnika pred sudom nastupajući na osnovi mandata u svojstvu vjerovnikova zastupnika (*cognitor, procurator*), a promjena je bila moguća zbog postojanja tzv. tužba s promijenjenim subjektima, u kojima je jedna osoba bila navedena u intenciji,<sup>14</sup> a druga u kondemnaciji<sup>15</sup> formule. Ipak, to se ne bi moglo nazvati cesijom jer je sporno je li tu uopće došlo do prijenosa tražbine u materijalnopravnom smislu ili je riječ o procesnom instrumentu. U tim se okolnostima u postklasično doba rimskog prava (od 235. g. do 565. g) pojavljuje i ustanova obavješćivanja (*denuntiatio*), po kojoj dužnik, nakon što bi bio obaviješten o ustupanju tražbine, nije više mogao tražbinu ispuniti starom vjerovniku. Naime, "dužniku je bilo priznato pravo isticati *exceptio doli* protiv izravne tužbe (*actio directa*) starog vjerovnika. Iako je to rješenje znatno oslabilo položaj starog vjerovnika, položaj novog vjerovnika nije još uvijek bio zadovoljavajući jer je korištenje prigovorom ovisilo o volji dužnika. Ipak, mogućnost isticanja prigovora dovela je do toga da se uvriježila praksa obavješćavanja dužnika o ustupljenoj tražbini (*denuntiatio*). Uskoro se prihvatilo da denuncijacija ima taj učinak da dužnik više nije mogao s oslobađajućim učinkom ispuniti činidbu starom vjerovniku."<sup>16</sup> Inače za ustupanje tražbine nije bio potreban pristanak dužnika, dovoljno je bilo da je on o tome obaviješten.<sup>17</sup>

Razne varijacije instituta koji imaju učinke slične cesiji pojavile su se u pravu nakon Justinijanova *Corpus iuris civilis* (npr. *Ekloge* iz 740. g.; *Proheiron* oko 879. g.; *Bazilika* 892. g. i sl.), ali i u tumačenjima i kodifikacijama rimskog prava, napose putem glosatora i postglosatora. Poslije se institut cesije unificirao u nacionalnim pravnim porecima putem raznih kodifikacija, koje su se suštinski bazirale na rimskim institutima i shvaćanjima.

<sup>13</sup> Romac, Ante, *Rimsko pravo*, Zagreb, 2007, str. 289.

<sup>14</sup> *Intentio* je dio kojim je tužitelj isticao svoj zahtjev pa ga je svaka formula morala sadržavati. V. Romac, *op. cit.*, str. 474.

<sup>15</sup> *Condemnatio* je nalog sudu da tuženog osudi ako se dokaže istinitost navoda u intenciji formule, odnosno da ga u protivnom oslobodi. V. Romac, *ibid.*

<sup>16</sup> Markovinović, *Ugovor o cesiji*, *op. cit.* (bilj. 3), str. 16.

<sup>17</sup> Romac, *op. cit.* (bilj. 13), str. 289.

### 3. NOTIFIKACIJA U SUVREMENIM NACIONALNIM I MEĐUNARODNIM PROPISIMA

Notifikacija (denuncijacija) jezično se definira kao obznana, priopćenje, proglas.<sup>18</sup> U tom se smislu notifikacija može razumjeti i kod cesije. Riječ je o neformalnoj izjavi koja je upućena dužniku cesusu o tome da je tražbina cedirana. To je obično priopćenje upućeno cesusu kojim se on obavještava o novom vjerovniku cesionaru.<sup>19</sup> Prema čl. 82/1 ZOO-a za ustup, odnosno cesiju tražbine nije potreban pristanak dužnika, ali je ustupitelj (cedent) dužan obavijestiti dužnika (cesusa) o ustupanju. Sam način kako će do toga doći ostavljen je na dispoziciji cedentu. Gledano iz perspektive pravne sigurnosti i potencijalne potrebe dokazivanja notifikacije, preporučljivo je ipak učiniti je pisanim putem ili barem u nekom obliku koji se poslije može predočiti u eventualnom sudskom postupku (e-pošta, telefaks i sl.). Prema sudskoj praksi smatra se da je notifikacija učinjena kada je dužnik pozvan da potpiše ugovor o cesiji.<sup>20</sup> I vođenje parnice novog vjerovnika cesionara protiv dužnika cesusa može se smatrati, također prema sudskoj praksi, notifikacijom.<sup>21</sup>

Važno je pitanje u kojem je trenutku potrebno notifikaciju uputiti dužniku. Uobičajeno je stajalište da notifikaciju treba uputiti najkasnije idućeg dana od učinjenog ustupa,<sup>22</sup> tj. bez odgađanja. Tako kratko vremensko razdoblje razumljivo je i opravdano, posebno zbog brzine mogućnosti obavljanja transakcija i potencijalnog ispunjenja dužnikove obveze starom vjerovniku cedentu, u vremenskom razdoblju između sklapanja ugovora o cesiji i slanja notifikacije.

Da bi notifikacija mogla postići svoj učinak, relevantan je i njezin sadržaj. Ona bi po svojem sadržaju trebala biti dostatna da dužnika cesusa obavijesti o novom vjerovniku. Smatra se da je notifikacija dostatna ako je jasna i pouzdana.<sup>23</sup> Notifikacija se smatra jasnom ako sadrži podatke o tražbini koja se ustupa te kome je točno ustupljena.<sup>24</sup> Naravno, te informacije sadržavale bi nukleus notifikacije, ali moguće je da notifikacija sadrži i neke druge podatke. Koji će to točno podaci biti, ovisit će o okolnostima pojedinog slučaja. U načelu to će biti oni podaci koji su dostatni da se identificira pravni odnos iz kojeg tražbina proizlazi.<sup>25</sup> Nadalje, smatra se da je notifikacija pouzdana ako ne ostavlja mjesta opravdanoj sumnji u istinitost sadržaja.<sup>26</sup> Međutim, sama jasnoća notifikacije, tj. sadržaj

<sup>18</sup> Anić, Vladimir; Brozović Rončević, Dunja; Goldstein, Ivo; Goldstein, Slavko; Jojić, Ljiljana; Matasović, Ranko; Pranjković, Ivo, *Hrvatski enciklopedijski rječnik*, Zagreb, 2004, str. 48.

<sup>19</sup> Markovinović, Hrvoje, *Ugovor o cesiji*, op. cit. (bilj. 3), str. 193.

<sup>20</sup> Za prijenos tražbine nije potreban pristanak dužnika, ali je ustupitelj dužan obavijestiti dužnika o izvršenom ustupanju, što je učinjeno kada su tuženici bili pozvani da potpišu ugovor o cesiji. Vrhovni sud RH, Rev 107/03 od 3. svibnja 2005. [www.iusinfo.hr](http://www.iusinfo.hr) (posljednji posjet 5. 10. 2016.).

<sup>21</sup> Vs, Rev-1559/01 od 12. 9. 2001. [www.iusinfo.hr](http://www.iusinfo.hr), (posljednji posjet 5. 10. 2016. godine). Detaljnije vidi Markovinović, *Ugovor o cesiji*, op. cit. (bilj. 3), str. 190.

<sup>22</sup> Slakoper, Zvonimir; Gorenc, Vilim, *Obvezno pravo, opći dio: sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, Zagreb, 2009, str. 461.

<sup>23</sup> Markovinović, *Ugovor o cesiji*, op. cit. (bilj. 3), str. 188.

<sup>24</sup> Slično tomu govori i američka doktrina: "Ona notifikacija koja razumno (engl. *reasonably*) ne identificira cediranu tražbinu bez učinka (engl. *ineffective*) je." Murphy, Edward J.; Speidel, Richard E., *Studies in contract law*, New York, 1984, str. 1268.

<sup>25</sup> Markovinović, *Ugovor o cesiji*, op. cit. (bilj. 3), str. 188.

<sup>26</sup> *Ibid.*

notifikacije, u svojem nukleusu nije u pravilu ujedno i garancija njezine pouzdanosti. Upravo iz tog razloga u pravilu će biti potrebno da notifikacija sadrži barem još neke podatke koji će je učiniti pouzdanom. Kao što podaci koji su potrebni za jasnoću ovise o okolnostima slučaja, tako nije moguće dati nekakav poseban taksativni popis podataka koji su potrebni da bi notifikacija po svojem sadržaju zadovoljila kriterij pouzdanosti. Načelno, bilo bi poželjno dužnika obavijestiti o datumu sklapanja ugovora o cesiji, je li cesija bila naplatna ili besplatna, o razlozima zbog kojih je do cesije došlo te o sličnim podacima koji utječu na njezinu pouzdanost. Napose je potrebno istaknuti da je za pouzdanost notifikacije posebno relevantan oblik u kojem je dana. Iako je riječ o neformalnoj izjavi, razina pouzdanosti znatno se povećava ako je notifikacija dana u pisanom obliku.

Za pouzdanost notifikacije relevantna je i osoba koja je dužna izvršiti notifikaciju. Prema čl. 82/1 ZOO-a notifikaciju je dužan izvršiti ustupitelj (cedent). Takvo stajalište ustaljeno je kako u teoriji<sup>27</sup> tako i u sudskoj praksi.<sup>28</sup> Naime relevantan je legitimitet osobe koja daje notifikaciju. Taj legitimitet u pravilu ima cedent, tj. ustupitelj, zato što je vjerovnik obveze koju je dužan izvršiti cesus dužnik na temelju njihova postojećeg obveznog odnosa.<sup>29</sup> Posebno je osjetljivo pitanje može li notifikaciju uputiti novi vjerovnik ili neka treća osoba i bi li ona imala pravni učinak koji inače proizvodi notifikacija cesije. Naime moguće je da te osobe dužniku daju lažnu ili pogrešnu informaciju o tome da je cesija uopće izvršena ili o nekim okolnostima postojećeg ugovora o cesiji tražbine. Ipak, u toj situaciji posebno bi se trebalo osvrnuti na čl. 82/2 ZOO-a u kojem se navodi da je ispunjenje ustupljene (cedirane) tražbine ustupitelju cedentu prije obavijesti o ustupanju (prije notifikacije) pravovaljano i da oslobađa dužnika obveze, ali samo ako nije znao za ustupanje, tj. ako nije znao da je došlo do cesije. Ako je znao za cesiju, njegova obveza prema novom vjerovniku cesionaru ostaje i on ju je dužan ispuniti. Dakle prema ZOO-u i samo znanje o cesiji nameće cesusu dužnost da dugovano ispuni primatelju cedentu. Zato je sasvim moguća situacija u kojoj notifikaciju upućuje primatelj cesionar ili netko treći, a ne cedent. I takva notifikacija može biti jasna i pouzdana, tj. dostatna. U takvu slučaju može se smatrati da je cesus znao za ustupanje čak i prije nego što je obavijest o ustupanju dobio od ustupitelja cedenta. U svim takvim situacijama valja gledati okolnosti svakog pojedinog slučaja. Na primjer ako se cesus pouzda u puku izjavu treće osobe, bez ikakvih dodatnih dokaza koji će nedvojbeno potvrditi da je do cesije došlo, to čini na vlastitu odgovornost.<sup>30</sup> U takvoj situaciji, ako je izjava treće osobe bila lažna ili pogrešna, ispunjenjem obveze osobi koja je predstavljena kao primatelj cesionar iako to ona uistinu nije, dužnik se neće osloboditi obveze te će i dalje biti dužan ispuniti svoj dug stvarnom vjerovniku, koji u

---

<sup>27</sup> Klarić, Petar; Vedriš, Martin, *Građansko pravo*, Zagreb, 2012, str. 445; Gorenc, Vilim; Ćesić, Zlatko; Kačer, Hrvoje; Momčinović, Hrvoje; Pavić, Drago; Perkušić, Ante; Pešutić, Andrea; Slakoper, Zvonimir; Vidović, Ante; Vukmir, Branko, *Komentar zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005, str. 135.

<sup>28</sup> O ustupu tražbine dužnika je obvezan obavijestiti ustupitelj (cedent), a ne cesionar. Vs, Rev-222/04-2 od 20. 10. 2004. Vjerovnik je obvezan obavijestiti dužnika o učinjenom ustupu, ali to nije uvjet za valjanost ugovora o cesiji. Ps, Pž-3105/93 od 14. prosinca 1993. [www.iusinfo.hr](http://www.iusinfo.hr) (posljednji posjet 5. 10. 2016.).

<sup>29</sup> Markovinović, *Ugovor o cesiji*, op. cit. (bilj. 3), str. 190

<sup>30</sup> *Ibid.*

stvarnosti nije ni izvršio cesiju. Tek ako primatelj cesionar, koji to u stvarnosti uistinu i jest, ili neka treća osoba dostavi dužniku cesusu obavijest o cesiji uz pisanu ispravu o cesiji ili uz neki drugi vjerodostojan dokaz da je tražbina uistinu ustupljena, trebalo bi smatrati da je dana valjana notifikacija te da proizvodi učinke propisane u ZOO-u<sup>31</sup> te da je iz takve obavijesti dužnik cesus doznao za cesiju.

Pravila o notifikaciji sadržana su i u par. 409. njemačkog *Bürgerliches Gesetzbuch* (dalje: BGB)<sup>32</sup> pod naslovom *Abtretungsanzeige*. Prema odredbi iz tog paragrafa, kad vjerovnik obavijesti dužnika da je prenio tražbinu, on mu mora naspram sebe uvažiti takav prijenos, čak i ako on ne uslijedi ili je bez učinka.<sup>33</sup> Iz navedenog se može uočiti da notifikacija nije obveza, nego mogućnost starog vjerovnika cedenta. Također ako cedent dade cesionaru pisanu ispravu o cesiji i ovaj je potom predoči cesusu, i to će se smatrati valjanom notifikacijom.<sup>34</sup> I u par. 410 BGB-a dalje se uređuju situacije u kojima je dužnik cesus dužan ispuniti tražbinu na zahtjev novog vjerovnika cesionara ako mu ovaj predoči ispravu o cesiji koju mu je prethodno izdao stari vjerovnik cedent.<sup>35</sup>

Drugačiji pristup primijenjen je u austrijskom Općem građanskom zakoniku (dalje: ABGB).<sup>36</sup> Ondje nije izričito propisana cedentova obveza da obavijesti dužnika cesusa o cesiji. No prema par. 1395. dužnik se oslobađa svoje obveze ako plati starom vjerovniku cedentu ili s njim na drugi način razriješi svoju obvezu, odnosno pogodi se s njim na drugi način, sve dok mu ne bude poznat cesionar.<sup>37</sup> Koristeći se izrazom "dok mu ne bude poznat primatelj", ABGB je, jednako kao i ZOO, otvorio put i drugim načinima saznanja o obavljenoj cesiji. Međutim sintagma "ili se s njim pogodi na drugi način" mogla bi povlačiti za sobom nepoštenje cedenta jer pogađanje nužno znači dvostrano očitovanje volje, što cedent ne bi smio činiti. Naime cedent s ustupljenom tražbinom ne može više disponirati budući da je prešla na cesionara pa se o njoj više ne može ni pogađati s cesusom (sličan problem pojavljuje se kod višestrukog ustupanja u čl. 83. ZOO-a).<sup>38</sup>

Sličnu koncepciju notifikacije prihvatio je i francuski *Code Civil* (dalje: CC).<sup>39</sup> U čl. 1691. CC-a propisano je da cesus, ako je prije priopćenja o cesiji od strane cedenta ili cesionara podmirio tražbinu cedentu, biva oslobođen svoje obveze. CC za notifikaciju koristi jednu

---

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB: zadnja izmjena 2016. godine). Cesija je u njemačkom BGB-u uređena u par. 398.–413. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb> (posljednji pristup 5. 10. 2016.).

<sup>33</sup> *Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, dass er die Forderung abgetreten habe, so muss er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist.* § 409. BGB-a.

<sup>34</sup> Detaljnije v. Prütting, Hanns; Wegen, Gerhard; Weinreich, Gerd, *BGB: Kommentar*, Köln, 2016, str. 757.

<sup>35</sup> Detaljnije v. Markovinović, *Ugovor o cesiji, op. cit.* (bilj. 3), str. 191.

<sup>36</sup> *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB; zadnja izmjena 2016. godine). <https://www.ris.bka.gv.at> (posljednji posjet 5. 10. 2016.). Cesija je u austrijskom ABGB-u uređena u par. 1392.–1399.

<sup>37</sup> Detaljnije v. Koziol, Helmut; Bydlinski, Peter; Bollenberger, Raimund (eds.), *Kurzkommentar zum ABGB - Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Beč, 2010, str. 1651-1661.

<sup>38</sup> Torjanac, Jan; Trkanjec, Matej; Omazić, Ante, „Promjena subjekata u obveznopравnim odnosima“, *Hrvatska pravna revija*, br. 3, Zagreb, 2014, str. 8.

<sup>39</sup> *Code civil* (CC zadnja izmjena 2016. godine) <https://www.legifrance.gouv.fr> (posljednji posjet 5. 10. 2106.). Cesija je u francuskom CC-u uređena u čl. 1689.-1701.

zanimljivu jezičnu složenicu - *signifié le transport au débiteur*. Naime francuski glagol *signifier* prevodi se hrvatskim glagolom priopćiti.<sup>40</sup> Ako pogledamo sve sinonime pojma notificirati (v. *supra*), vidjet ćemo da pojam priopćiti pripada jednima od njih. Vezano uz pitanje osobe koja dužniku upućuje notifikaciju o cesiji, francuski CC ne pravi nikakvu razliku između cedenta i cesionara te obojica mogu obavijestiti dužnika o cesiji.<sup>41</sup>

Usporedbom navedenih nacionalnih građanskih propisa o pitanju notifikacije uočavaju se male razlike u uređivanju obveze obavješćivanja dužnika. Sadržajno gledano, jedna je bitna razlika između ZOO-a i svih ostalih obrađenih nacionalnih propisa – ZOO je naime jedini od navedenih propisa koji izrijekom navodi da je cedent dužan cesusa obavijestiti o obavljenom ustupu. Ni u jednom od preostalih ovdje obrađenih nacionalnih propisa ne postoji izrijekom propisana obveza notifikacije dužnika.

S obzirom na to da su u uvodu spomenuti međunarodni instrumenti usmjereni na unifikaciju određenih pravila obveznog prava, među ostalim i pravila o cesiji, treba obratiti pozornost i na to kako je notifikacija ondje propisana. Tako Konvencija UN-a o cesiji tražbina u međunarodnoj trgovini iz 2001. godine u čl. 13. govori o pravu obavješćivanja dužnika. Tim je člankom propisano da, osim ako nije drukčije dogovoreno između cedenta i cesionara, i cedent i cesionar mogu cesusa obavijestiti o cesiji i dati mu upute o načinu plaćanja, ali nakon davanja obavijesti samo cesionar može zahtijevati isplatu.<sup>42</sup> Nadalje Načela europskog ugovornog prava<sup>43</sup> iz 2002. godine<sup>44</sup> u čl. 11:303 propisuju da je dužnik dužan izvršiti svoju obvezu cesionaru samo ako je primio pisanu obavijest cedenta ili cesionara koja razumno identificira cediranu tražbinu i zahtijeva da dužnik ispuní obvezu cesionaru. Jednako tako, prema UNIDROIT-ovim načelima za međunarodne trgovačke ugovore iz 2010. godine<sup>45</sup> u čl. 9.1.10 propisano je da se dužnik, dok ne dobije obavijest bilo od cedenta bilo od cesionara, može osloboditi obveze ispunjenjem obveze cedentu. Međutim nakon obavijesti može se osloboditi obveze samo ispunjenjem cesionaru.

<sup>40</sup> Maixner, Rudolf, *Francusko-hrvatski i hrvatsko-francuski rječnik*, Zagreb, 2007, str. 609.

<sup>41</sup> Detaljnije vidi Jeuland Emmanuel, *Droit des obligations*, Pariz, 2009, str. 155-156.

<sup>42</sup> *United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade* (New York, 2001). <https://www.uncitral.org> (posljednji posjet 5. 10. 2016.).

<sup>43</sup> Načela europskoga ugovornog prava rezultat su rada Komisije za europsko ugovorno pravo, koja je osnovana na inicijativu profesora Ole Landa iz Kopenhagena (Landova komisija); stoga su poznata i pod nazivom Landova načela. Načela europskoga ugovornog prava imaju tri dijela, koja su nastajala u više stadija. Prvi je dio nastajao u razdoblju od 1982. do 1995. godine i obuhvaća 59 članaka. Drugi je dio nastajao u razdoblju od 1992. do 1999. godine i obuhvaća 73 članka. Treći je dio nastajao u razdoblju od 1997. do 2002. godine i obuhvaća 69 članaka. Više u Petrić, Silvija, „Uvod u načela europskog ugovornog prava (Landova načela)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 29, br. 1, Rijeka, 2008.

<sup>44</sup> *The Principles Of European Contract Law* (2002) <http://www.jus.uio.no/lm/eu> (posljednji posjet 5. 10. 2016.).

<sup>45</sup> UNIDROIT *principles on international commercial contracts* (2010), <http://www.unidroit.org/publications> (posljednji posjet 5. 10. 2016.).



#### 4. UČINCI NOTIFIKACIJE

Čini se da nema onih koji se neće složiti s tim da je ugovor o cesiji konsenzualan te da postaje perfektan u trenutku sporazuma između cedenta i cesionara (prihvatom ponude, bez ikakve tradicije). Premda kod cesije susrećemo tri osobe, cesija je dvostran, a ne trostran pravni posao. To znači da za perfekciju ugovora o cesiji nije potreban pristanak dužnika cesusa, ali je cedent dužan obavijestiti dužnika o izvršenom ustupanju.<sup>46</sup> Prema navedenom jasno je da notifikacija nema konstitutivni učinak na nastanak samog ugovora o cesiji.<sup>47</sup> Notifikacija postoji zato da bi dužnik cesus doznao da se vjerovnik njegova duga promijenio te da mora tražbinu ispuniti primatelju cesionaru.<sup>48</sup> Dakle notifikacija je usmjerena na zaštitu novog vjerovnika, primatelja tražbine. S druge strane notifikacijom se štiti i dužnik na način da se ispunjenjem oslobađa svoje obveze čak i onda kad je došlo do cesije, ali on o njoj nije bio obaviješten niti je o njoj na drugi način doznao. Dužnik putem nje doznaje kome je zapravo dužan jer “nakon cesije cjelokupne tražbine dotadašnji vjerovnik i dužnik više nisu u pravnom odnosu te cedent više nema aktivnu legitimaciju tražiti izvršenje dužne činidbe od dužnika.”<sup>49</sup> Prema ZOO-u svi učinci zaštite dužnika neposredno su vezani uz njegovo znanje o cesiji. Naime nije posljedica notifikacije da ugovor o cesiji započinje proizvoditi učinak prema dužniku cesusu, nego da on gubi pravo pozivati se na zaštitna pravila koja mu omogućuju da se oslobodi ispunjenjem pogrešnoj osobi.<sup>50</sup>

“Neznanje dužnika o izvršenoj cesiji temeljem zakonskih odredbi se pretpostavlja, a dužnost dokazivanja suprotnog, tj. da je dužnik bio obaviješten o izvršenoj cesiji, leži na primatelju (cesionaru).<sup>51</sup>” Podmiri li cesus, nakon što je bio obaviješten o cesiji, tražbinu cedentu umjesto cesionaru, da bi se oslobodio svoje obveze, morat će dokazati da je cesija ništetna ili da postoje drugi razlozi zbog kojih nije došlo do prijenosa tražbine na cesionara.<sup>52</sup> U protivnome morat će još jednom istu tražbinu ispuniti primatelju cesionaru. Tu postoji realan problem kako ostvariti povrat plaćenog od ustupitelja cedenta. Naime, kao što je uvodno napomenuto, prema čl. 1112/1 ZOO-a, propisanom u okviru pravila o stjecanju bez osnove, onaj tko izvrši isplatu znajući da nije dužan platiti

<sup>46</sup> Klarić, Vedriš, *op. cit.* (bilj. 27), str. 445.

<sup>47</sup> Obavijest o izvršenom ustupanju nije bitna za valjanost ugovora o cesiji. Visoki Trgovački sud RH, Pž-3809/94 od 9. srpnja 1996.; Vrhovni sud RH, Rev 1559/01 od 12. rujna 2001. <http://www.iusinfo.hr> (posljednji posjet 5. 10. 2016.).

<sup>48</sup> Kao institut notifikacija se pojavljuje kod različitih varijanata i pojavnih oblika cesije. Primjer za to bio bi i kod tzv. fiducijarne ili inkaso-cesije. Kod te varijante cesije „cedent ne ustupa svoju tražbinu radi darovanja, kredita, podmirjenja neke obveze ili sl. Radi se zapravo o cesiji u funkciji naplatnog naloga, pri čemu cesionar postaje ovlaštenikom tražbine i ostvaruje ju, tj. naplaćuje, u svoje ime, a za cedentov račun. Međutim, motiv ustupanja je za cesusa pravno nevažan. Važno je jedino, kod ove i kod ostalih cesija, obavijestiti cesusa o izvršenom ustupanju, kako bi znao prema kome je obavezan ispuniti činidbu, odnosno kome treba platiti.” V. Giunio, Miljenko, „Inkaso cesija - u povodu tumačenja državnih punomoći bankama“, *Informator*, 6148, 6. 2. 2013., str. 13.

<sup>49</sup> Čuveljak, Jelena, „Ugovor o cesiji“, *Hrvatska pravna revija*, 2003, str. 37.

<sup>50</sup> Markovinović, *op. cit.*, str. 194

<sup>51</sup> Raffaelli, Bogoljub, „Ustupanje potraživanja ugovorom – cesija“, *Hrvatska gospodarska revija*, 2000, str. 77.

<sup>52</sup> Markovinović, *Ugovor o cesiji, op. cit.* (bilj. 3), str. 197.

nema pravo zahtijevati vraćanje, osim ako je zadržao pravo na povrat, ako je platio da bi izbjegao prisilu ili ako isplata duga zavisi od ispunjenja uvjeta. U pogledu kombinacije instituta stjecanja bez osnove i cesije dakle zaseban je problem prema kojoj bi osobi cesus trebao usmjeriti kondikcijski zahtjev. Tako ga može usmjeriti prema cesionaru, kao osobi koja je neposredno od njega primila ispunjenje, ili prema cedentu.<sup>53</sup> Poredbenopravno gledano, susreću se oba rješenja. „Tako je vladajuće stajalište u njemačkoj pravnoj književnosti i sudskoj praksi da se kondikcijski zahtjev treba postaviti prema cedentu. Međutim, u njemačkoj pravnoj doktrini takvo je stajalište izvrgnuto i kritici. U engleskom pravu nema izravnog odgovora na pitanje od koga cesus kondicira. Jedino se za austrijsko pravo može jasno ustvrditi da je u navedenim slučajevima pasivno legitimiran cesionar, iako se i u austrijskoj doktrini nailazi na suprotne stavove.“<sup>54</sup>

I u drugim nacionalnim propisima notifikacija proizvodi slične učinke. Tako prema čl. 1691. francuskog CC-a cesus biva oslobođen obveze ako je svoj dug podmirio prema cedentu prije nego što je bio obaviješten o ustupu.<sup>55</sup> *Ad argumentum a contrario*, ako je cesus ispunio svoju tražbinu starom vjerovniku cedentu, a bio je obaviješten o cesiji, njegova obveza i dalje postoji te će biti obvezan ispuniti je još jednom cesionaru. Nadalje u par. 407. njemačkog BGB-a uređuje se da cesionar mora priznati dužnikovo ispunjenje tražbine cedentu i nakon cesije osim ako je dužnik u trenutku ispunjenja znao da je tražbina bila prenesena na novog vjerovnika cesionara. Dakle i prema njemačkom BGB-u notifikacija onemogućuje dužniku da tražbinu ispuni cedentu te se time oslobodi svoje obveze.<sup>56</sup> Ovdje je zanimljiva nomotehnika u čl. 407. njemačkog BGB-a, u kojem se uređuje da je dužnost cesionara trpjeti ispunjenje tražbine cedentu ako cesus nije znao za ustup. Dakle učinak notifikacije uređen je s aspekta cesionara, koji je u situacijama u kojima je došlo do cesije, a nije došlo do notifikacije, zapravo jedina oštećena strana. Slično tome ZOO propisuje da je ispunjenje cedentu prije notifikacije pravovaljano i oslobađa dužnika obveze, ali samo ako nije znao za ustupanje cesije. Inače obveza ostaje i on ju je dužan ispuniti. I u austrijskom ABGB-u, u već citiranom par. 1395., propisano je da ugovorom o cesiji nastaje novi obveznopravni odnos samo između cedenta i cesionara, a ne između cesionara i dužnika cesusa.<sup>57</sup> Slijedom toga prema istom paragrafu dužnik je ovlašten platiti starom vjerovniku ili se o ispunjenju svoje obveze s njime na drugi način sporazumjeti sve dok ne dozna za cesiju.

---

<sup>53</sup> Markovinović, Hrvoje, „Stjecanje bez osnove i cesija“, *Pravo u gospodarstvu*, 4, 2006, str. 293.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Detaljnije vidi Jeuland, *op. cit.* (bilj. 41), str. 106.

<sup>56</sup> Detaljnije v. Krüger, Wolfgang; Bachmann, Gregor; Basedow, Jürgen; Bydlinski, Peter; Emmerich, Volker; Ernst, Wolfgang; Fetzner, Rhona; Finkenauer, Thomas; Fritsche, Jörn; Gaier, Reinhard; Gottwald, Peter; Grundmann, Stefan; Habersack, Mathias; Kanzleiter, Rainer; Kieninger, Eva-Maria; Oetker, Hartmut; Schlüter, Martin; Schubert, Claudia; Wendehorst, Christiane; Würdinger, Markus; Wurmnest, Wolfgang; Klie, Christian, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, München, 2015, str. 2713.

<sup>57</sup> Detaljnije v. Dullinger, Silvia, *Bürgerliches Recht\_ Band II Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Beč, 2010, str. 113-120.

Iz analize se može zaključiti da je u pogledu učinaka notifikacije i mogućnosti ispunjenja cedentu, odnosno cesionaru, prije, odnosno poslije notifikacije, postoji ujednačeno stajalište u svim ovdje analiziranim nacionalnim propisima.

Međutim slijedom klasične latinske izreke *nulla regula sine exceptione*<sup>58</sup> i ovdje postoji iznimka prema kojoj notifikacija ima konstitutivan učinak za cesiju. Riječ je o slučaju višestrukog ustupanja tražbine, odnosno višestruke cesije, institutu uređenom čl. 83. ZOO-a. Prema tim odredbama, ako je vjerovnik sukcesivno ustupio istu tražbinu raznim osobama, tražbina pripada onome primatelju cesionaru o kojem je ustupitelj cedent prvo obavijestio dužnika cesusa ili onome koji se prvi javio dužniku cesusu. Notifikacija je prema toj odredbi dakle posredno postala sastavnim dijelom ugovora o cesiji.<sup>59, 60</sup> Ujedno je izniman primjer u hrvatskom obveznom pravu, gdje neki drugi institut ima prednost pred načelom prvenstva u stjecanju – prioritet obavljene notifikacije ispred ugovorene cesije.<sup>61</sup> No višestruko ustupanje može proizvesti i sasvim drugu vrstu problema. Što na primjer ako je došlo, sukladno višestrukom ustupanju, i do višestrukih notifikacija? Izgleda da bi u tom slučaju prednost trebala imati ranija notifikacija. Naravno, u svakom kontekstu višestruke cesije trebalo bi se primijeniti opće pravilo o zaštiti savjesnosti i poštenja, koje je propisano u čl. 4. ZOO-a i prema kojem su u zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja. To se načelo npr. izrijeком spominje i u čl. 125. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,<sup>62</sup> u kojem se uređuje višestruko otuđenje iste nekretnine. Poredbenopravno gledano, "austrijska pravna nauka zastupa mišljenje da je samo prvo ustupanje valjano te da je samo prvi cesionar stekao pravo prema dužniku, a ne i ostali na koje bi kasnije cedent prenio potraživanje."<sup>63</sup> Slično stajalište ima i BGB, koji međutim, za razliku od austrijskog prava, poznaje i koncept savjesnog dužnika. Tako je u par. 408. BGB-a propisano da se dužnik može osloboditi svoje obveze ukoliko je obvezu ispunio drugom cesionaru, a ne onom kojem je tražbina prvotno cedirana, samo ako nije znao niti je mogao znati za prethodno izvršena ustupanja.<sup>64</sup> Zanimljivo je da CC u svojim odredbama o cesiji (čl. 1689.-1701.) ne sadrži odredbu o višestrukom ustupanju. Međutim UNIDROIT-ova načela u čl. 9.1.11. navode da se cesus, ako je isto pravo cedent ustupio dvojici ili većem

<sup>58</sup> Nema pravila bez iznimaka; u: Doroghy, Zvonimir, *Blago latinskog jezika*, Zagreb, 1986, str. 241.

<sup>59</sup> U takvim višestrukim ustupanjima (sukcesivna cesija) zakonodavac je obavješćivanju dao dodatnu (konstitutivnu) ulogu, ne samo u odnosu između cedenta i cesionara nego i u odnosu na sam ugovor između njih. V. Gorenc, Vilim, „Ustupanje potraživanja (cesija) kao sredstvo podmirenja duga“, *Pravo i porezi*, 11, 2000, str. 21.

<sup>60</sup> "Ovo pravilo vrijedi bez iznimke kod ustupanja vrijednosnih papira na donositelja jer se tamo pravo prenosi predajom papira." V. Vučić, Petar, „Neki načini namirenja obveza“, *Računovodstvo i financije*, 4, 1990, str. 49.

<sup>61</sup> Gorenc *et. alii.*, *op. cit.* (bilj. 27), str. 136.

<sup>62</sup> NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.

<sup>63</sup> Bikić, Abdein, „Prigovori dužnika kod ugovornog ustupanja potraživanja prema bosanskom, njemačkom i austrijskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Suppl., br. 3, 2003, str. 565.

<sup>64</sup> § 408/1 BGB-a: "Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zugunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung."

broju cesionara, oslobađa obveze ukoliko je obvezu ispunio onome tko ga je najprije obavijestio o ustupanju. Slično uređenje sadrže i Načela europskog ugovornog prava u čl. 11:401. Tim je člankom uređeno da u slučajevima višestrukog ustupanja onaj cesionar o kojem je cesus prvo obaviješten ima prednost pred svim prethodnim cesionarima samo ukoliko u trenutku ustupa cesionar nije znao niti je mogao znati za prethodna ustupanja.

Posebno je pitanje od kojeg trenutka notifikacija proizvodi opisani učinak, od trenutka prispjeća dužniku cesusu ili je za to potrebno da se cesus i upozna sa sadržajem upućene obavijesti.<sup>65</sup> Vezano uz to pitanje neki primjenjuju načelo saznanja, koje je prihvaćeno u njemačkom pravu i koje govori o tome da dužnik mora biti upoznat sa sadržajem notifikacije. Nije dovoljno da je samo primi, odnosno da mu bude dostavljena. Takvo je stajalište u skladu s ciljem notifikacije kao instituta kojim se obavještava dužnik i podredno štiti njegova pozicija. Relevantan je upravo sadržaj notifikacije, a ne sama činjenica njezinog slanja ili zaprimanja. Prema načelu primitka, koje je prihvaćeno u hrvatskom pravu,<sup>66</sup> učinak notifikacije vezuje se uz sam primitak, bez utvrđenja o tome kada je cesus doznao za njezin sadržaj ili kada mu je notifikacija upućena.<sup>67</sup> Primjena tog načela može međutim biti problematična s obzirom na potreban sadržaj notifikacije koji bi je činio dostatnom.

“U njemačkom pravu izričita odredba ne postoji, ali je u pravnoj književnosti jedinstveno stajalište o tome da se takav zaključak nameće iz odredbe par. 407. BGB prema kojoj dužniku šteti samo pozitivno znanje za cesiju. Primitak obavijesti nije dovoljan da naruši cesusov položaj. U austrijskom pravu vladajuće je mišljenje u pravnoj književnosti da notifikacija proizvodi učinak u trenutku primitka.”<sup>68</sup> <sup>69</sup> Francusko pravo, iako jasno uređuje pitanja učinaka notifikacije u čl. 1690. CC-a, nigdje izriječno ne navodi od kojeg točno trenutka ti učinci nastupaju.<sup>70</sup>

Za razliku od nacionalnih zakonodavstava, trenutak od kojeg notifikacija proizvodi učinak jasno je određen u međunarodnim instrumentima. Tako UNIDROIT-ova načela u čl. 9.1.10 navode da se dužnik od trenutka kad dobije obavijest obveze oslobađa samo ako ju je ispunio cesionaru. Sličnu odredbu sadrži i Konvencija UN-a o cesiji tražbina u međunarodnoj trgovini u čl. 16. Ondje je propisano da obavijest o cesiji proizvodi učinak od trenutka kad ju je cesus zaprimio. Sličnu odredbu u čl. 11:303 sadrže i Načela europskog ugovornog prava.

---

<sup>65</sup> Markovinović, *Ugovor o cesiji*, op. cit. (bilj. 3), str. 198.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Isto Kačer, Hrvoje; Radolović, Aldo; Slakoper, Zvonimir, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 2006, str. 110.

<sup>68</sup> Markovinović, *Ugovor o cesiji*, op. cit. (bilj. 3), str. 198.

<sup>69</sup> Detaljnije vidi Krüger; Bachmann; Basedow; Bydlinski; Emmerich; Ernst; Fetzer; Finkenauer; Fritsche; Gaier; Gottwald; Grundmann; Habersack; Kanzleiter; Kieninger; Oetker; Schlüter; Schubert; Wendehorst; Würdinger; Wurmnest; Klie, op. cit. (bilj. 56), str. 2713.

<sup>70</sup> Jeuland, op. cit. (bilj. 41), str. 288.

## 5. PRISTANAK DUŽNIKA CESUSA

U okviru analize notifikacije može se postaviti i pitanje potrebe pristanka dužnika na cesiju. Prema dosadašnjoj analizi jasno je da pristanak dužnika u načelu nije potreban. Razloga za takvo uređenje svakako ima više. Jedan među njima sastoji se u tome što se sam položaj dužnika uslijed cesije uopće ne mijenja. To je promjena vjerovnika u obveznopravnom odnosu, a ne promjena dužnika. Nadalje osnovno pravilo kod cesije u odnosu na dužnika jest to da ga cedent ne smije cesijom staviti u gori položaj.<sup>71</sup> Dužnik i dalje ostaje dužnik iste tražbine. Njegova se obveza uslijed cesije ne smanjuje niti se povećava. Jedino što se cesijom mijenja jest osoba vjerovnika kojemu dužnu tražbinu mora ispuniti. Dodatno, sukladno čl. 84/2 ZOO-a, dužniku je omogućeno da novom vjerovniku cesionaru, osim prigovora koji ima prema njemu samome, ističe i one prigovore koje je mogao istaknuti starome vjerovniku cedentu do trenutka kada je doznao za cesiju.<sup>72</sup> Takvo uređenje rezultat je činjenice da ustupanje ne smije imati za posljedicu dovođenje dužnika (cesusa) u gori položaj. Slijedom navedenoga on može isticati: "a) Prigovore koje je mogao istaknuti cedentu do časa kad je saznao za ustupanje, i to: one koji se tiču ustupljenog potraživanja i one koje ima prema cedentu, a nisu u vezi s ustupljenim potraživanjem; b) Prigovore koji se tiču valjanosti ugovora o cesiji, ako oni nisu pridržani strankama; c) Prigovore koje ima prema cesionaru bilo u vezi s ustupljenim potraživanjem bilo bez veze s njim."<sup>73</sup> Tu treba izuzeti sve one prigovore prema cedentu koji su vezani uz samu osobu cedenta i ne mogu se kao takvi istaknuti nikome drugome, pa ni cesionaru. Kao još jedan razlog zbog kojeg pristanak dužnika na cesiju nije potreban može se istaknuti i postojanje notifikacije. Valja smatrati da je uređenjem notifikacije postignuta dovoljna razina pravne sigurnosti u pogledu zaštite dužnika. Ako je notifikacija jasna i pouzdana, ne bi smjelo biti nedoumica oko saznanja za cesiju i osobu novog vjerovnika kojemu treba ispuniti tražbinu.

Međutim u poslovnoj praksi uvriježeno je postalo da cesus supotpisuje ugovor o cesiji, a to se može učiniti na dva načina. "Prema jednom, cesus ugovor potpisuje uz navođenje opaske da se to čini u svrhu obavještavanja. Prema drugom, cesus potpisuje ugovor o cesiji dajući pritom svoj pristanak na cesiju. Ne navede li ništa, valja predmnijevati da je time dao svoj pristanak na cesiju, jer bi potpis na ugovoru, u izostanku drukčije naznake, trebao imati učinak suglasnosti s onime što se potpisuje."<sup>74</sup> Cesusov potpis također je važan zbog pravne sigurnosti. Naime "praksa pokazuje korisnost cesusovog potpisa na ugovoru o cesiji radi izbjegavanja nepotrebnih problema kod izvršavanja ugovora te radi neupitnog dokaza da je cesus upoznat s promjenom vjerovnika."<sup>75</sup> Takav način davanja suglasnosti

---

<sup>71</sup> Klarić, Vedriš, *op. cit.* (bilj. 27), str. 447

<sup>72</sup> „Cesus ima pravo prigovora prema cesionaru ako: a) ima tražbinu prema cesionaru; b) ima dospjelu tražbinu prema cedentu do primitka obavijesti o izvršenom ustupanju; c) ima nedospjelu tražbinu prema cedentu, ali koja dospijeva do datuma ispunjenja ustupljene tražbine.” V. Zalkoper, Domagoj, „Obračunski načini plaćanja - prijeboj i cesija”, *Financije i računovodstvo*, 4, 2007, str. 47.

<sup>73</sup> Grbin, Ivo, „Ustupanje potraživanja ugovorom (cesija)”, *Zakornost* (45), 9-10, 1991, str. 1047.

<sup>74</sup> Markovinović, Hrvoje, „Podmirenje tražbine cesijom”, *Zbornik Susreta pravnika Opatija '09*, 2009, str. 351.

<sup>75</sup> Zalkoper, Domagoj, „Obračunski načini plaćanja - cesija, asignacija i preuzimanje duga”, *Financije i računovodstvo*, 9, 2011, str. 30.

cesusa za sobom povlači i ograničenje cesusa u mogućnosti isticanja prigovora, a što je potvrđeno i u sudskoj praksi.<sup>76</sup>

Nadalje ugovorne strane uvijek imaju mogućnost, po načelu dispozitivnosti, već pri sklapanju samog ugovora ili kasnije ugovoriti klauzulu o zabrani cesije, tzv. *pactum de non cedendo*. Riječ je o klauzuli koja se može ugovoriti na dva načina pa sukladno tome obvezuje vjerovnika da svoje tražbine prema dužniku ili uopće ne smije ustupati, što se naziva apsolutnom zabranom cesije, ili smije ustupati samo uz pristanak dužnika, što se naziva relativnom zabranom cesije.<sup>77</sup> Ta je mogućnost uređena u čl. 80/2 ZOO-a, gdje stoji da ugovor o ustupanju nema učinak prema dužniku ako su on i vjerovnik ugovorili da ovaj neće moći prenijeti tražbinu na drugoga ili da je neće moći prenijeti bez dužnikova pristanka. U njemačkom pravnom sustavu izrijekom je propisana zabrana cediranja u par. 399. BGB-a, kojim je propisano da se tražbina ne može prenijeti ako se činidba ne može ispuniti drugome osim prvotnom vjerovniku, a da se time ne promijeni njezin sadržaj, te ako je cesija isključena ugovorom s dužnikom.<sup>78</sup> U austrijskom pravu nema zakonske odredbe koja uređuje učinak sporazuma o zabrani cesije. Stajalište je sudske prakse da je takav sporazum dopušten te da ima apsolutni učinak, tj. da je ništetna cesija protivna takvu sporazumu. Stajalište se temelji na načelu autonomije ugovornih strana. Sloboda ugovaranja dopušta da se tražbina kreira kao neprenosiva. Budući da je tražbina lišena jednog svoga svojstva, zabrana cediranja djeluje prema svima.<sup>79</sup> Slično kao i u austrijskom pravu, francuski CC izrijekom ne uređuje zabranu ustupanja tražbine, nego je ona produkt sudske prakse i pravne književnosti.<sup>80</sup> Posebno je zanimljivo uređenje u ABGB-u. Naime u par. 1396.a u pogledu zabrane cesije propisano je kako je sporazum o zabrani cesije između trgovaca podložan restriktivnoj kontroli. Takve zabrane cesije obvezuju samo ako su rezultat individualnih dogovora i nisu učinjene na očitu štetu vjerovnika, uvažavajući sve okolnosti konkretnog slučaja. Nadalje zabrana cesije između trgovaca u pravilu ima samo relativan učinak. Naime zabrana cesije koja je na valjan način ugovorena između trgovaca nije protivna valjanosti ustupa u odnosu na cesionara. Dužnik po pravilu može nakon obavijesti o cesiji svoju obvezu ispuniti samo cesionaru. Međutim smatrat će se da je dužnik svoju obvezu ispunio s oslobađajućim učinkom ako je pritom postupio s običnom nepažnjom. S druge strane ako cedent postupi protivno valjanoj zabrani cesije, dužniku u svakom slučaju pripada pravo na naknadu štete prema cedentu. Međutim dužnik nije ovlašten istaknuti taj prigovor prema cesionaru jer ne odgovara dužniku zbog toga što je znao za zabranu cesije. Time se isključuje odgovornost cesionara zbog zadiranja u ugovornu poziciju treće osobe, odnosno namjernog sudjelovanja kod povrede ugovora. Ukoliko su stranke imale ugovornu kaznu predviđenu za slučaj povrede ugovornih odredaba o zabrane cesije, tu kaznu sud može smanjiti prema slobodnoj ocjeni.

<sup>76</sup> Presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske od 27. 12. 2007. godine, Pž-6685/04; <http://www.iusinfo.hr> (posljednji posjet 5. 10. 2016.)

<sup>77</sup> Slakoper, Gorenc, *op. cit.* (bilj. 22), str. 457.

<sup>78</sup> Detaljnije v. Prütting; Wegen; Weinreich; *op. cit.* (bilj. 34), str. 765.

<sup>79</sup> Markovinović, *Ugovor o cesiji*, *op. cit.* (bilj. 3), str. 92.

<sup>80</sup> Jeuland, *op. cit.* (bilj. 21), str. 155.

Međutim važno je napomenuti kako se odredba čl. 1396a ne primjenjuje na one zabrane cesije koje ugovaraju javnopravne ustanove.<sup>81, 82</sup>

U pogledu zabrane cesije međunarodnim pravilima ona se javlja u čl. 9. Konvencije UN-a o ustupu tražbina u međunarodnoj trgovini, kojim je propisano da je cesija valjana usprkos bilo kakvu dogovoru između cedenta i cesusa, ali i bilo kojeg cesionara, kojim se ograničava mogućnost cedenta da ustupi tražbinu.<sup>83</sup> Razmjerno sličnu odredbu sadrže i UNCITRAL-ova načela u čl. 9.1.9., u kojem je propisano da je valjana cesija novčane tražbine unatoč činjenici da je protivna dogovoru između cedenta i cesusa kojim bi se takva radnja ograničavala. Nadalje cesija nenovčane tražbine protivna dogovoru o necediranju između cedenta i cesusa valjana je samo ako cesionar u trenutku sklapanja ugovora o cesiji nije znao niti je morao znati za sporazum. Ukoliko je cesija valjana, cedent može cesusu odgovarati za povredu ugovora. Jednako tako Načela europskog ugovornog prava u čl. 11:301 propisuju da cesija protivna ugovornoj zabrani ustupanja ne proizvodi učinke prema cesusu osim: a) ako je cesus dao pristanak, b) ako cesionar nije znao niti je morao znati za zabranu ili c) ako je riječ o cesiji budućih novčanih tražbina.<sup>84, 85</sup>

Posebno se još treba osvrnuti na slučaj kada vjerovnik, unatoč prethodno ugovorenoj klauzuli o zabrani ustupanja tražbine, odnosno ustupanja tražbine bez pristanka dužnika, tražbinu ugovorom o cesiji prenese na drugu osobu. U tome slučaju cesus ima mogućnost ispuniti tražbinu cedentu prije notifikacije i poslije nje te biti oslobođen obveze. Razlog tomu je jasan: s obzirom na to da je pristanak dužnika konstitutivan element ugovora o cesiji, svaki ugovor o cesiji bez tog pristanka bez pravnog je učinak, tj. ništetan. No ako dođe do toga da cesus želi podmiriti tražbinu, a cedent odbija primiti ispunjenje, postoji jednostavan izlaz - "dužnik se može svoje obveze osloboditi polaganjem kod suda."<sup>86</sup> Zanimljivo je u ovom slučaju vidjeti kako *pactum de non cedendo* oduzima notifikaciji svu

---

<sup>81</sup> Čl. 1396a: "(1) Eine Vereinbarung, dass eine Geldforderung zwischen Unternehmern aus unternehmerischen Geschäften nicht abgetreten werden darf (Zessionsverbot), ist nur verbindlich, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt worden ist und den Gläubiger unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht gröblich benachteiligt. Auch ein solches Zessionsverbot steht der Wirksamkeit einer Abtretung aber nicht entgegen; sobald die Abtretung und der Übernehmer dem Schuldner bekannt gemacht worden sind, kann dieser nicht mehr mit schuldbefreiender Wirkung an den Überträger leisten, es sei denn, dass ihm dabei nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt. (2) Rechte des Schuldners gegen den Überträger wegen der Verletzung eines verbindlichen Zessionsverbots bleiben unberührt, sie können aber gegen die Forderung nicht eingewendet werden. Der Übernehmer haftet dem Schuldner nicht allein deshalb, weil er das Zessionsverbot gekannt hat. (3) Die Abs. 1 und 2 gelten nicht für Zessionsverbote, die zwischen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einer von dieser gegründeten Einrichtung und einem Förderungswerber vereinbart werden."

<sup>82</sup> Detaljnije vidi Grünzweig, Clemens, „Nova pravila za ugovaranje zabrane cesije u Austriji“, *Pravo i porezi*, 1, 2006. str. 44.

<sup>83</sup> Čl. 9/1 Konvencije UN-a o ustupu tražbine u međunarodnoj trgovini: "An assignment of a receivable is effective notwithstanding any agreement between the initial or any subsequent assignor and the debtor or any subsequent assignee limiting in any way the assignor's right to assign its receivables."

<sup>84</sup> Čl. 11:301 Načela europskog ugovornog prava: "An assignment which is prohibited by or is otherwise not in conformity with the contract under which the assigned claim arises is not effective against the debtor unless: (a) the debtor has consented to it; or (b) the assignee neither knew nor ought to have known of the non-conformity; or (c) the assignment is made under a contract for the assignment of future rights to payment of money."

<sup>85</sup> Detaljnije v. Markovinović, *Ugovor o cesiji*, op. cit. (bilj. 3), str. 94.

<sup>86</sup> Gorenc et. alii., op. cit. (bilj. 27), str. 131.

pravnu moć. Naime notifikacija kao neformalna izjava upućena dužniku u slučaju relativne zabrane cediranja, a bez pristanka dužnika, nema nikakav učinak. Razlog je jasan. Ukoliko je ugovor o cesiji ništetan, onda je svaka radnja koja proizlazi iz tog pravnog posla i u pogledu njega također ništetna.

Međutim, za razliku od ugovorne zabrane cesije, poseban je slučaj zakonske zabrane cediranja koji je (*largo sensu*) propisan u čl. 14 st. 2. Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima.<sup>87</sup> Naime "ako je cedent u blokadi računa, on ne može sklapati ugovor o cesiji jer je on taj koji zatvara svoje potraživanje na način da cesijom vrši obračunsko plaćanje bez uporabe novčanih sredstava. Ipak, bez obzira na to zakonsko ograničenje u praksi su sve češći slučajevi kada ugovore o ustupanju sklapaju ustupitelji koji se nalaze u blokadi računa. No važno je napomenuti da takvi ugovori nisu pravno nevaljani, tj. oni proizvode učinak i tražbina prelazi na novog vjerovnika (cesionara), međutim za cedenta zbog povrede čl. 14. st. 2. Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima istovremeno nastaje prekršajna odgovornost."<sup>88</sup> U tom slučaju u čl. 30. Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima propisana je novčana kazna i iznosu od 50.000,00 kn do 500.000,00 kn ako ovršenik obavi obračunsko plaćanje u uvjetima blokade računa. Visokim novčanim kaznama nastoji se spriječiti izigravanje dužnikovih vjerovnika u redosljedu plaćanja jer se obveze trebaju podmirivati plaćanjem na žiro-račun. Međutim ako je poduzetnik koji je znao za postojeću blokadu računa svojeg dužnika unatoč izričitoj zabrani ipak sklopio ugovor o obračunskom plaćanju s ciljem da naplati svoja potraživanja prije drugih vjerovnika, koji bi prema redosljedu naplate s blokiranog računa trebali imati prednost pri namirenju, taj se poduzetnik može smatrati odgovornim za kazneno djelo prijevare u gospodarskom poslovanju te pomaganju u pogodovanju vjerovnika, kao i za nastalu štetu koja može proizaći iz takva ugovora.<sup>89, 90</sup>

Na temelju izloženog može se zaključiti da je ujednačeno pravilo da se, osim u slučaju kada je drukčije izričito ugovoreno između vjerovnika i dužnika, pristanak dužnika ne zahtijeva za perfektnost ugovora o cesiji.

## 6. MJERODAVNO PRAVO ZA UGOVORE O CESIJI

Kao što je već upozoreno, u kontekstu europskog jedinstvenog tržišta, ali i šire od njega, ugovor o ustupanju tražbine, odnosno ugovor o cesiji, zauzima važno mjesto. Stoga se uređuje i u pravnim izvorima o mjerodavnom pravu u odnosima s međunarodnim elementom. Na razini Europske unije neposredni učinak u državama članicama proizvodi

---

<sup>87</sup> NN 91/10, 112/12.

<sup>88</sup> Zlabnik, Tajana, „Ustupanje tražbine kao način plaćanja dugova“, *Računovodstvo i financije*, 4, 2007, str. 140.

<sup>89</sup> Mahović Komljenović, Mirjana, „Ustupanje prava na povrat poreza sklapanjem ugovora o ustupu ili cesiji“, *Financije, pravo i porezi*, 11, 2015, str. 121.

<sup>90</sup> O cesiji u stečajnom postupku i ugovaranju cesije od strane stečajnog dužnika te pokušaju izigravanja stečajnih vjerovnika detaljnije v. Ljubenko, Mićo, „Poboynost cesije stečajnog dužnika“, *Pravo u gospodarstvu*, 4, 2015, str. 623-630.



Uredba 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. godine o pravu koje se primjenjuje za ugovorne odnose (dalje: Rim I).<sup>91</sup> Ta je Uredba važna ne samo iz razloga što se izravno primjenjuje na području Republike Hrvatske kao članice EU-a nego i iz razloga njezine univerzalne primjene. To znači da primjena Uredbe i njezinih odredaba može dovesti do toga da kao mjerodavno pravo bude određeno pravo Bosne i Hercegovine, koja nije država članica EU-a. Međutim univerzalna primjena nije važna samo u slučajevima gdje je mjerodavno pravo određeno temeljem autonomije stranaka nego i slučaju kad sud mora odrediti mjerodavno pravo temeljem kriterija tzv. najbliže veze.<sup>92</sup>

U pogledu cesije najvažnija je odredba čl. 14/1 Uredbe Rim I. U njemu stoji da odnos između ustupitelja i primatelja na temelju dobrovoljnog ustupa tražbine ili ugovorne subrogacije s druge osobe (dužnika) podliježe pravu koje se primjenjuje na ugovor između ustupitelja i primatelja na temelju te Uredbe. Iako predmetna odredba djeluje zbunjujuće, suštinski je riječ o vrlo logičnom rješenju. Nažalost, cjelokupna nomotehnika europskog prava, a napose europskog međunarodnog privatnog prava, ozbiljno odstupa od ustaljenih nomotehničkih načela, što se može pripisati i učestalim jezičnim manjkavostima prijevoda. No ono što je propisano Uredbom Rim I može se jednostavno objasniti na primjeru: "Na osnovi ugovora zaključenog između osobe A i osobe B za isporučenu robu A ima ugovorno potraživanje. Ako A, ustupilac (cedent), ustupi to svoje potraživanje ugovorom primaocu, osobi C (cesionaru), za koji je ugovor mjerodavno francusko pravo, njihova međusobna prava i obveze – tj. između ustupioaca i primaoca – ocjenjuju se po tom istom pravu, tj. po francuskom pravu."<sup>93</sup> Uredba nadalje u čl. 14/2 navodi kako je pravo mjerodavno za ustupljenu, odnosno subrogiranu, tražbinu ujedno i pravo koje uređuje njezinu prenosivost, odnos između ustupitelja i primatelja, pretpostavke pod kojima se na prijenose može pozvati protiv dužnika te oslobađajući učinak dužnikove činidbe. Takvim se uređenjem postiže zaštita pravnog položaja dužnika te se načelo da dužnik ne smije biti doveden u gori položaj osnažuje i na razini međunarodnog privatnog prava. Međutim ono što tu Uredbu čini znatno kvalitetnijom u odnosu na njezinu prethodnicu, Rimsku konvenciju o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze iz 1980. godine,<sup>94</sup> jest definiranje pojma ustupa. Uredba u čl. 14/3 definira pojam "ustupa" na način da uključuje potpuni ustup tražbine, ustup tražbine radi osiguranja te založna prava ili druga prava osiguranja tražbine. Time je otklonjena svaka sumnja na koje se vrste, tj. pojavne oblike ustupa, čl. 14. Uredbe Rim I odnosi.

---

<sup>91</sup> Službeni list EU-a, L 177, 4. 7. 2008.

<sup>92</sup> Detaljnije v. Van Calster, Geert, *European private international law*, Oxford, 2016, str. 211.

<sup>93</sup> Sajko, Krešimir, „Europsko međunarodno privatno pravo ugovornih obveza *de lege lata* i *ferenda*“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56, Posebni broj, 2006, str. 733.

<sup>94</sup> Službeni list Europske zajednice, C 282, od 31. 10. 1980.

## 7. ZAKLJUČAK

Iz provedene analize može se izvući nekoliko zaključaka te potvrditi teza o zajedničkom rimskopravnom temelju koji je determinirao veliku sličnost u pravnom uređenju cesije te posljedično i notifikacije o učinjenoj cesiji. Prema izloženom slijedi da je u hrvatskome pravu notifikacija neformalna izjava kojom ustupitelj cedent dužnika cesusa obavještava o provedenom ustupu tražbine te je od trenutka zaprimanja notifikacije dužnik u obvezi tražbinu ispuniti cesionaru, a ne cedentu. S druge strane za samo sklapanje ugovora o cesiji njegov pristanak nije potreban. Razlog zašto taj pristanak nije potreban vidi se iz analize pravnog uređenja notifikacije. Naime svaka notifikacija mora biti dostatna, tj. jasna i pouzdana. Ne smije biti sumnje u pogledu same cesije, cedirane tražbine i cesionara. Tim je informacijama dužnik cesus zaštićen na način da je upoznat sa svim promjenama koje su se dogodile u pogledu tog obveznopravnog odnosa. Nadalje cesusov se položaj cesijom ne mijenja te je on zaštićen i time što ne smije biti doveden cesijom u lošiji položaj u odnosu na onaj u kojem je bio prije cesije. S obzirom na to da notifikacija nije sastavni dio ugovora o cesiji, davanje notifikacije nije uvjet valjanosti ugovora o cesiji. Ona nema konstitutivni učinak, uz jednu iznimku. Konstitutivni učinak notifikacije postoji samo kod višestrukog ustupanja, gdje onaj kome je prvom od više cesionara dana notifikacija može od cesusa zatražiti ispunjenje tražbine.

Prema svemu je moguće zaključiti da je notifikacija više nego dovoljan instrument zaštite dužnika kod ugovora o cesiji te da davanje pristanka dužnika na ugovor o cesiji ne bi bilo svrhovito kako pravno tako ni gospodarski. Jedini slučaj u kojem je pristanak dužnika nužan jest kad je između cedenta i cesusa ugovoren *pactum de non cedendo*, i to u obliku relativne zabrane. Tada svaka cesija koja je obavljena bez pristanka dužnika biva bez učinka, a samim time biva bez učinka i svaka dana notifikacija.

U pogledu komparativnog uređenja cesija se gotovo jednako primjenjuje i uređuje kako u germanskom tako i u romanskom dijelu kontinentalnoeuropskog pravnog kruga. Jedan od razloga za to jest i to što su ti pravni poreci bili pod jakim utjecajem rimskog prava. Međutim razlozi su kompleksinji i slojevitiji od same rimskopravne tradicije. Naime cesija je višestruko prikladna za gospodarski promet i česta je kako u građanskopravnim tako i u trgovačkopravnim transakcijama. Stoga ne bi trebala čuditi široka rasprostranjenost i ujednačenost tog instituta na globalnoj razini, što potvrđuju i međunarodni instrumenti usmjereni na unifikaciju pravila o cesiji.

Summary

**NOTIFICATION AS AN ELEMENT OF THE ASSIGNMENT OF RECEIVABLES**

This paper analyses notification as one of the elements of assignment in the context of the Croatian and several other legal orders, as well as in the context of the implementation of applicable law with regard to relations with an international element. Particular attention is devoted to the provisions of the 2001 UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, the Principles of European Contract Law of 2002, and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts of 2010, with the aim of pointing out the similarities of regulating notification both in European legal orders and on the international plane. Special attention is also given to the economic purpose of the very mechanism of assignment, and also to the importance of notification in achieving this purpose.

*Keywords:* assignment, notification, debtor's consent, applicable law

**Romana Matanovac Vučković, DSc**

Assistant Professor, Chair for Civil Law, Faculty of Law, University of Zagreb

**Matej Trkanjec, LL.M**

Attorney trainee, Hanžeković & Partners Law Firm, Zagreb



# ANALYSES OF THE REQUEST TO SETTLE THE DISPUTE AMICABLY IN THE CIVIL PROCEDURE ACT

*Pregledni znanstveni rad*

*UDK 347.918(497.5)  
347.925(497.5)*

*Primljeno: 9. studenog 2015.*

Jadranka Osrečak\*

---

*Although the Request to settle the dispute amicably (Request) might appear uninteresting to a wider audience, as it is a mechanism which can be found in this form only in Croatian law, it is interesting and significant for more than one reason. The obligation to file a Request represents a form of alternative dispute resolution mechanism because the parties have a chance to settle their dispute outside the court. It is also interesting because of the dual role of the competent state attorney office which, as an independent judiciary body, acts both as a legal representative of the State and as an arbitrator between the disputing parties. Finally, it is interesting because it not only influences the rights of parties but also the costs parties endure in a civil procedure. The obligation of filing a Request is a positive process condition stipulated in the Croatian Civil Procedure Act. It is a general obligation that does not depend on a type of dispute but rather on a category of parties. Any natural or legal person who intends to file a civil claim against the Republic of Croatia must file a Request with the competent state attorney office. This obligation, mutatis mutandis, applies to the State. The obligation to file a Request disrupts the procedural balance. It puts in a less favourable position potential plaintiffs by delaying their right to file a lawsuit for three months. However, the analysis of the Civil Procedure Act, the Croatian case law and statistical analysis proves that positive effects of the Request significantly exceed the negative. Finally, the article also addresses the impact of the introduction of the Request to the role of deputies of state attorney. Deputies, as independent judicial officials, act similarly to an arbitrator or mediator between disputing parties during the phase of the Request.*

Keywords: Request to settle the dispute amicably, alternative dispute resolution, mediation, arbitration, positive process condition

---

## 1. INTRODUCTION

Although the Request to settle the dispute amicably (Request) might appear uninteresting to a wider audience as it is a mechanism which can be found in this form only in Croatian law, it is interesting and significant for more than one reason. First, the obligation to file a Request represents indeed a form of alternative dispute resolution because the parties have a chance to settle their dispute outside the court. It is also interesting because of the dual role of the state attorney office which, as an independent judiciary body, acts both as

---

\* Jadranka Osrečak is Deputy of Municipal State Attorney at Municipal State Attorney Office in Zagreb. She has obtained a Master of Laws (LLM) Degree with Distinction from Queen Mary University of London. She is PhD candidate at the Faculty of Law, University of Zagreb.

a legal representative of the State and as an arbitrator between the disputing parties – a state body on one side and a natural/legal person on the other. Finally, it is interesting because of its influence on the rights of parties in civil procedure and on the expenses of the parties which are, following the introduction of the adversarial principle into the civil procedure, significantly higher.

The obligation of filing a Request is a positive process condition stipulated in the Civil Procedure Act.<sup>1</sup> Any natural or legal person who intends to file a civil claim against the Republic of Croatia must place a Request with the competent state attorney office. This obligation, *mutatis mutandis*, applies to the State. At first glance, this general requirement may seem like a limitation of the equality principle and the right to a fair trial, and to some point it is. However, the introduction of the adversarial principle in place of the inquisitorial principle in civil procedure has given this mechanism a special meaning in regards to the right to a fair trial and the equality principle. The amendments to the Civil Procedure Act in 2013, which dramatically shortened deadlines for some actions in civil procedure, have emphasised even more the positive effects of the Request.

It is a unique mechanism because it creates a general obligation regardless of the type of dispute. Both in Croatian and comparative law, an obligation can be found to attempt to resolve a dispute amicably before filing a lawsuit in certain types of disputes.<sup>2</sup> However, in this case, we are talking about a general obligation that does not depend on the type of dispute but rather on a category of parties – the obligation arises from the identity of the dispute *ratione personae* rather than *ratione materiae*. Failure to meet this positive procedural precondition results in the dismissal of the claim.

Both jurisprudence, the courts, but also state attorney offices were and still are developing the Request. In exploring the Request, theory dealt with the apparent theoretical dilemmas such as the possible breach of the right to a fair trial, the constitutionality of the Request, as well as the question of the equality of all before the law. Legal scholars emphasised that the Request (especially as introduced in 2003) might be considered a breach of the right to a fair trial prescribed in Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.<sup>3</sup> Courts were, on the other hand, primarily concerned with practical questions, such as whether there is the obligation of filing a Request in cases where there is a mandatory time limit

---

<sup>1</sup> Official Gazette 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

<sup>2</sup> Article 133 of the Croatian Employment and Labour Act prescribes: 'An employee who wants to file a claim against his employer, because of the violation of his rights, has to submit to his employer a request for the realization of these rights before doing so. This does not apply to cases of claims for compensation for damages or other monetary claims arising from employment.'

<sup>3</sup> For example, Alan Uzelac, in „Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Europskoga suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* Vol. 60, No. 1, 2010, emphasises that the Request in its initial form did not completely follow the principle equality before the law because the State was not obligated to file it. He continues by saying that the Request was, partially because of the awareness that in its initial form it might be against the standards of fair procedure, modified in 2008 but was not completely abandoned.

for filing a lawsuit. Case law also resolved questions like: Does the plaintiff have the right to reimbursement of the costs of a Request, as a necessary cost of the civil procedure? Is a legal successor obliged to submit a Request in cases where his predecessor had already filed a Request? Does filing a Request cause the suspension or interruption of the statute of limitation? Does the plaintiff have to submit a Request in cases where the particular law provides a special procedure for the attempt to resolve the dispute amicably before filing a lawsuit?

This article will provide insight into the development of the Request from its introduction in the Civil Procedure Act in 2003 through its amendments in 2008,<sup>4</sup> 2011<sup>5</sup> and 2013.<sup>6</sup> Finally, the analysis of the Request will also include a statistical analysis of 995 Requests from the Municipal State Attorney Office in Zagreb in 2012 and relevant case law, thus giving not only an insight into this mechanism but also into its impact on civil procedure and on the rights of the parties that are subject to it.

## **2. THE DEVELOPMENT OF THE REQUEST**

### **2.1. Introductory remarks**

To understand the Request, we need to address some of the historical decisions and events that have shaped the Croatian legal system as it is today. On 25 June 1991 the Croatian Parliament adopted the Constitutional Decision on the Sovereignty and Independence of the Republic of Croatia. In relation to this Constitutional Decision, the Republic of Croatia on 8 October 1991 terminated all liaisons with the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and became an independent state. With these historic decisions, the Croatian economic and social system changed from a socialist and market socialist system to democracy, adopting pluralism and market capitalism. Even though the socioeconomic system has significantly changed, from the legal point of view not many other things have. Croatia kept the laws that were in force in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, provided that the provisions of those laws were in conformity with the Constitution and with the laws of the Republic Croatia. The Civil Procedure Act was no exception.

The Civil Procedure Act is the law that regulates the procedure in civil, family, commercial and employment disputes.<sup>7</sup> Provided the enforcement procedure is not regulated by a

---

<sup>4</sup> Official Gazette 84/2008.

<sup>5</sup> Official Gazette 57/2011.

<sup>6</sup> Official Gazette 25/2013.

<sup>7</sup> Article 1 of the Civil Procedure Act (Official Gazette 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14) provides: 'The Civil Procedure Act shall regulate procedural rules under which the courts shall hear and decide disputes over the fundamental rights and obligations of people and citizens, over personal and family relations and in labour, commercial, property and other civil law disputes, if the law does not provide for some of these disputes that the court shall resolve them subject to the rules of some other procedure.'

special law, it also regulates the enforcement of court and administrative body decisions (the subsidiary application of procedural rules). The first Civil Procedure Act was passed in 1977, during the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, and until 1991 it was changed seven times. Control was embedded in the socialist regimes. The socialist regime and the need for control over civil procedure was reflected in the fact that, among other things, the inquisitorial principle was favoured over the adversarial one.<sup>8</sup> The Act promoted the inquisitorial principle by empowering and ordering the court to determine and produce evidence (along with the evidence presented by the parties to a dispute) in order to fully and accurately determine the facts.<sup>9</sup>

From 1991, after the declaration of independence and the decision to keep the Civil Procedure Act,<sup>10</sup> the Croatian Parliament has amended it thirteen times. Changes in 2003<sup>11</sup> introduced into the civil procedure the adversary principle instead of the inquisitorial one. Since then, the court can produce evidence in determining the facts only in cases in which it has reason to suspect that dispositions of the parties are against the mandatory rules or public policy.

These amendments also introduced a new mechanism - the Request to settle the dispute amicably.<sup>12</sup> The Request was initially a preliminary procedure for cases where the Republic of Croatia was the respondent. The Request was heavily criticised for creating a misbalance between the claimant's and the respondent's rights in cases where the State was a party. Therefore, the amendments in 2008 tried to rectify this by introducing the

---

<sup>8</sup> Alan Uzelac, in his article „Survival of the Third Legal Tradition?“, *Supreme Court Law Review* (2010), 49 S.C.L.R. (2d), p. 377-396, gives very interesting analyses of the impact of the socialist regime on the judiciary and consequently on the rights of parties, but also how this tradition has developed and is still reflected in today's legal system. He points out: '... legal institutions and lawyers in the previously socialist countries have developed a specific blend of features that has a "uniquely shared something" which creates the notion of "legal tradition". Yet this "uniquely shared something" was not socialist in essence, and, as a result, it could also survive the fall of socialism...Legal professionals, especially judges and law professors, had to be skilful technicians who would always find an adequate legal form and justification for the desired (and already known) outcome... the third tradition has shown, thus far, that it is astonishingly vital, as it has hardly changed in spite of various reform projects... One Western standard that the judiciaries of the socialist legal tradition have most readily embraced is that of judicial independence... the current judicial elites, who are mostly inherited from the socialist period, have taken full control of the process of appointments to the judicial and prosecutorial posts... there are new professional associations of judges that have started to operate as specific trade unions... the political leverage of legal professionals (and, in particular, judges) has also increased, because judicial decisions now play a part in political games (and also because judges are occasionally engaged as the controllers of the general and local elections)... Further on, the professional legal elites began to be increasingly engaged in the drafting of the new legislation... This results in a situation where the projects prepared by the executive are no longer written from the perspective of the public good, but are instead the products of, to put it mildly, a double loyalty.'

<sup>9</sup> Article 7 of the Civil Procedure Act (Official Gazette 4/77).

<sup>10</sup> Official Gazette 53/91.

<sup>11</sup> Official Gazette 117/03.

<sup>12</sup> The motive for introducing the Request in the Croatian legal system is not apparent from the explanation of the amendments to the Civil Procedure Act. However, the explanation of the overall changes imply that the objective of the amendments was to simplify the procedure, to make it more efficient, and to increase the overall level of legal protection. The explanation is available at <http://gpp.pravo.unizg.hr/propisi/zpp/zpp-konprijedlog.pdf>, accessed 21 June 2015.



general obligation for all parties to the dispute (including the State) in which the State was either plaintiff or respondent.

## **2.2. The establishment of the Request – Amendments to the Civil Procedure Act in 2003**

The legislator introduced Article 186a in the amendments to the Civil Procedure Act in 2003. It initially provided that a person who intends to file a lawsuit against the State, before filing a claim, has to submit a Request to the competent state attorney office.<sup>13</sup> On the other hand, the State initially did not have such an obligation. Article 186a also introduced the enforceability of the settlement reached between the applicant and the competent state attorney office. If the competent state attorney office rejected the Request, or decided not to answer it in three months, the applicant obtained the right to file a lawsuit before the competent court. If the applicant filed the Request with a non-competent state attorney office, it would be considered as having been submitted to the competent state attorney office after the expiry of eight days. That further extended the plaintiff's right to file a lawsuit to three months and eight days. The court would dismiss the lawsuit against the State filed before these deadlines. These provisions did not apply in cases where a special law prescribed a particular procedure for the protection of rights, such as in the cases of damages due to unjustified arrests or protection of employment rights.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> The Croatian Constitution (Article 125) and the Act on the State Attorney's Office (Article 2) stipulate: 'The state attorney office is an autonomous and independent justice body authorized and bound to act against perpetrators of criminal offences and other punishable offences, to undertake legal actions in order to protect the assets of the Republic of Croatia and to file legal remedies for the protection of the Constitution and law.' Subsequently, each state attorney office has two departments (a Criminal Department and a Civil and Administrative Department). The competent state attorney office in criminal matters prosecutes perpetrators of crime, while in civil, commercial and administrative matters and disputes it acts as a legal representative of the State.

<sup>14</sup> The Act on Amendments to the Civil Procedure Act (Official Gazette 117/03) added Article 186 a: 'A person who intends to file a lawsuit against the Republic of Croatia is obliged before filing the lawsuit to approach the competent state attorney office with a request to settle the dispute amicably. If the request in paragraph 1 of this Article is lodged with a non-competent state attorney office, it shall be deemed that it was submitted to the competent state attorney office after the expiration of eight days. The filing of a request as in paragraph 1 interrupts the running of the statute of limitations. A settlement reached between the applicant and the state attorney office, following the request in paragraph 1 of this Article, is enforceable. If the request in paragraph 1 of this Article is not accepted, or no decision is made on it within three months of its filing, the applicant may file a lawsuit with the competent court. The court shall dismiss a lawsuit against the Republic of Croatia filed before a decision to settle the dispute amicably has been rendered, or before the expiration of the time limit in paragraph 2 of this Article. The provisions of the previous paragraphs of this Article shall not apply in cases when a particular law prescribes the procedure for a request to settle the dispute amicably to be filed with the state attorney office or another body.'

The Act on the State Attorney Office prescribes that the competence of the state attorney office should be determined by the jurisdiction of the court.<sup>15</sup>

The provision that a Request filed with a non-competent state attorney office is considered submitted to the competent state attorney office after the expiry of eight days further deferred the court's protection. This provision resulted in an unfavourable position of clients who are unaware of the rules of conduct and even further postponed their right of access to the court for an additional eight days.

By prescribing the obligation for potential plaintiffs of the State to submit a Request (without introducing the same requirement for the State), the legislator violated the principle of equality, the right to a fair trial and delayed the right to court protection for plaintiffs who wanted to file a lawsuit against the State. The Request represented, and still represents, a positive procedural precondition. Failure to file it will result in rejection of the suit. The competent state attorney office is not only the legal representative of the State in this procedure, but also a state body that makes the settlement enforceable by authorising and signing it.

Concerning the above-mentioned points, Triva and Dika also argued that the Request gives the State a more favourable procedural position and breaches the equality principle and the right of parties to bring their case before a court.<sup>16</sup> Furthermore, Dika emphasised that the deferral of court protection by an additional eight days even furthers the breach of the plaintiff's right to court protection, and the equality principle.<sup>17</sup>

One of the questions that emerged after the Request was introduced was whether a plaintiff which must file a claim within a specified time also has to submit a Request (for

<sup>15</sup> The Act on the State Attorney Office (Official Gazette No. 76/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11, 130/11, 72/13, 148/13, 33/15) in Arts. 31 and 32 regulate jurisdiction of state attorney offices:  
„Article 31.

(1) The subject matter and territorial jurisdiction of the State Attorney Office shall be determined according to the provisions of laws that are applicable to the jurisdiction of the courts before which they exercise their powers, unless otherwise stipulated by the Act hereof.

Article 32.

(1) Municipal state attorney offices shall represent the Republic of Croatia in proceedings before municipal courts and administrative bodies, unless provided otherwise under the law or a statutory decision of a competent state body.

(2) County state attorney offices shall represent the Republic of Croatia in proceedings before county courts, commercial courts and the administrative courts, unless provided otherwise under the law or a statutory decision of a competent state body.

(3) The State Attorney Office of the Republic of Croatia shall undertake legal actions falling within its competence in order to protect the Constitution and legality before the Constitutional Court of the Republic of Croatia, it shall undertake actions falling within its competence before the Supreme Court of the Republic of Croatia, the High Commercial Court of the Republic of Croatia, and the High Administrative Court of the Republic of Croatia.

(4) The State Attorney Office of the Republic of Croatia shall undertake legal actions falling within its competence before international or foreign courts and other bodies.

(5) The State Attorney Office of the Republic of Croatia provides, at the request of state bodies, opinions on draft proposals of laws and other regulations.“

<sup>16</sup> Triva, Siniša; Dika, Mihajlo; *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, 2004, p. 237.

<sup>17</sup> Dika, Mihajlo; *Građansko parnično pravo: Tužba*, Narodne novine, 2009, p. 56-67.

example, in cases of trespassing<sup>18</sup> or in employment disputes<sup>19</sup>). Failure to file a claim within the deadline has severe repercussions – the party loses the right to file a lawsuit. There were two possible interpretations of the mentioned problem. According to the first, the obligations to file a Request does not apply to disputes in which there is a mandatory time limit for bringing a lawsuit because court protection is urgent in most of those cases. According to the second interpretation, the filing of a Request would lead to an interruption of the mandatory deadlines to lodge a lawsuit. The legislator opted for the first interpretation. The obligation to submit a Request would indeed be contrary to the need for urgent judicial protection that also emanates from the duty of a court to take certain actions and make a decision within a specified time limit.<sup>20</sup>

### 2.3. The duty to file the Request according to the amendments to the Civil Procedure Act in 2008

Amendments to the Civil Procedure Act in 2008 significantly altered the Request. The changes addressed questions such as warnings about its unconstitutionality, the disruption of the balance of the process, the ambiguity of Article 186a, and issues regarding the conditions which pause the running of the statute of limitations.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> The Act on Ownership and Other Proprietary Rights (Official Gazette 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14) in Article 21 prescribes the deadline for the right to the protection of property. 'The right to protect one's possession terminates on expiration of the term of thirty days from the day on which the party whose possession was obstructed finds out about the act of obstruction and the perpetrator, and at the latest one year after the date on which obstruction began.'

<sup>19</sup> The Employment and Labour Act (Official Gazette 93/14) in Article 133 provides the deadline for judicial protection of labor rights. 'An employee who believes that his employer has violated a right arising from employment may, within fifteen days of receipt of a decision violating this right or of learning of the violation of the right, demand from the employer to exercise this right. If the employer within fifteen days from receipt of the request of a worker does not comply with the request, the worker may, within another fifteen days, seek the protection of the violated rights in court.'

<sup>20</sup> Mihajlo Dika in *Građansko parnično pravo: Tužba*, Narodne novine, 2009, p. 56-67, opted for the same solution giving the same reasons.

<sup>21</sup> The Act on Amendments to the Civil Procedure Act (Official Gazette in e 84/08) provides in Article 19: 'In Article 186 a, paragraphs 1, 2 and 3 are amended to read:

"Any person intending to sue the Republic of Croatia shall first, before lodging a lawsuit, address the state attorney office that has subject matter and territorial jurisdiction for representation at the court where an action against the Republic of Croatia is to be taken, with a request to settle the dispute amicably, with the exception of cases in which special regulations determine a time limit for lodging a lawsuit. Such request to resolve the dispute amicably shall include everything that must be listed in a lawsuit.

A request referred to in paragraph 1 of this Article shall be submitted to the competent state attorney office pursuant to the provisions of the Act on State Attorney Office. Where a request from paragraph 1 of this Article is presented to a state attorney office that has no jurisdiction in that case, this state attorney office shall forward the request to the state attorney office that has jurisdiction and inform the party thereof. Where a request is submitted as referred to in paragraph 1, the statute of limitation is suspended."

After paragraph 7, paragraphs 8 and 9 shall be added which read:

"The provisions of the preceding paragraphs of this Article shall apply mutatis mutandis in cases where the Republic of Croatia intends to sue a person with a legal residence or habitual residence in the Republic of Croatia.

Where a person referred to in paragraph 8 of this Article assumes an obligation towards the Republic of Croatia on the basis of a settlement, such agreement constitutes an enforcement deed once the debtor

Article 186a from 2008 requests that, provided the law does not prescribe a deadline for submitting a lawsuit, a person who intends to file a lawsuit against the State, and vice versa, has to submit a Request. The applicant has to file the Request with a state attorney office that has territorial and subject matter jurisdiction, and it has to contain all the elements of the future lawsuit. If the applicant submits the Request to a non-competent state attorney office, it will be sent to the competent state attorney office and the applicant will be notified. Sending the Request causes the temporary suspension of the statute of limitation.<sup>22</sup>

A new paragraph 8 stipulates the obligation of the Republic of Croatia to act in compliance with Article 186a when it plans to file a lawsuit against a person residing or established in the Republic of Croatia.

A newly added paragraph 9 prescribes the form of the settlement. In cases where the State files a Request, settlement will be enforceable when a notary public has notarised the debtor's signature. When the State is the debtor and undertakes the obligation to fulfil its obligation, the settlement will become enforceable when signed by an authorised person and certified by the seal of the competent state attorney office.

The amendments also eliminated the concerns about the content of the Request, which, after the amendments, has to be similar to the future lawsuit. This provision is essential for the identity of the dispute; the applicant cannot any more claim in the lawsuit something he did not claim in the Request.

The legislator took into account legal scholars' warnings and changed the provision according to which the consequence of filing a Request with a non-competent state attorney office prolonged the deadline before which the applicant was not allowed to file a claim for another eight days.

Amendments to the Civil Procedure Act made significant changes concerning the consequences of applying the Request. The submission of a Request suspends (not interrupts) the statute of limitations which means that the time that has elapsed before the suspension is calculated in the legally determined deadline for the statute of limitations. Despite the clarity of provisions concerning the consequences of applying the Request, the amendments manage to raise a new dilemma. The transitional and final provisions of the amendments to the Civil Procedure Act prescribe that the changes relating to the suspension of the statute of limitation will not apply to proceedings

---

certifies his signature. Where the Republic of Croatia assumes an obligation towards another party on the basis of a settlement, such agreement constitutes an enforcement deed once it is signed by an authorized person in the competent state attorney office and once this signature is authenticated with a seal of that state attorney office.'

<sup>22</sup> Article 238 paragraph 2 of the Civil Obligation Act (Official Gazette 35/05, 41/08, 125/11) prescribes the impact of a suspension of the statute of limitations. If the statute of limitation has been suspended for a period, it continues when the suspension is over and the time that has elapsed before the suspension is calculated in the legally determined deadline for the statute of limitations. In contrast to a suspension, in the case of its interruption, the statute of limitations begins to run again after the interruption.

instituted before its entry into force. Some courts found that the civil procedure starts through the filing of the Request and not by filing the lawsuit. This interpretation eliminates the statute of limitations objection by explaining that, no matter when the claim was filed, if the Request was submitted before the commencement of the said amendments, it interrupted (not suspended) the statute of limitations.<sup>23</sup> Such an interpretation is contrary to the definition of the *lis pendens* (the pendency of a suit)<sup>24</sup> as well as Article 194 paragraph 1 of the Civil Procedure Act, which stipulates that the litigation begins with the service of the claim on the respondent. Further, if the submission of the Request causes the pendency of a suit, the applicant would be entitled to claim the cost for the Request even if the Request is rejected and the plaintiff does not file a lawsuit. Such an interpretation is unacceptable because it is well established, both in legal theory and case law, that civil proceedings start by the filing of a claim, and the court has no knowledge of the pending Request before the beginning of the civil procedure. Furthermore, accepting such an interpretation would mean that each Request should be filed with the competent court and not a state attorney office, and the court would be obliged to decide on the Request. It is clear that such an approach is unacceptable because the Request would, in that case, have all the characteristics of a lawsuit. The Request is a positive procedural precondition<sup>25</sup> which means that it represents one of the circumstances that should exist at the time of the filing of the lawsuit and on whose existence the admissibility of a claim depends. Thus, submitting the Request to a potential respondent does not represent the beginning of civil proceedings, but merely satisfying one of the positive procedural preconditions.

The amendments have not resolved the question whether the respondent, if he decides to file a counterclaim, should have previously filed a Request. The Supreme Court has not yet decided on this issue, so it is better to submit the Request, especially knowing that the possible sanction is dismissal of the counterclaim. Further, since the plaintiff has to submit a Request before filing a claim, it is only normal that the same obligation applies in the case of a counterclaim. Any other approach to this question would put a respondent in a more favourable position than the plaintiff. After all, if the respondent has three months to prepare his defence after receiving the Request, which may include filing a counterclaim, the plaintiff should be allowed the same rights.

---

<sup>23</sup> In two first-instance decisions (Cases no. Pr-5132/08 and Pr-1262 / 09) the Municipal Labour Court in Zagreb decided, regarding the State objection that the complaint was ill-founded because of the statute of limitation, that the objection was baseless, citing arguments pointed out in the text. Appeals have been lodged, and the County Court has yet to rule on the motions. It is not possible to say whether this has been an issue addressed in other cases, because county courts are not obliged to publish their decisions on the internet.

<sup>24</sup> Legal scholars agree on the start of the pendency of a suit. Gavella explains that *lis pendens*, which starts by delivering the claim to the respondent, has not only procedural repercussions but also affects the substantive rights of the parties, and sometimes even the rights of third parties. For more on this topic, see Nikola Gavella, "O odnosu materijalnog i procesnog građanskog prava u parnicama - pogled sa stajališta privatnog (građanskog) prava", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 63, nos. 3-4, 2013, p. 559.

<sup>25</sup> For more on procedural preconditions, see, for example, Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo: Tužba*, Narodne novine, 2009; poglavlje 4.

When the State is a co-respondent and a plaintiff omits to file a Request, there is the question of how the court should proceed. In the event of a co-respondent, when a dispute can be resolved only in the same way for all respondents, a claim should be dismissed for all respondents because the proceedings against them cannot be conducted separately. The same would hold true for cases in which the Republic of Croatia is a plaintiff and has overlooked to file a Request. The court should, in that case, dismiss the claim.<sup>26</sup> In cases where the State is an ordinary co-respondent (when a court can solve a case differently for each respondent) and the plaintiff omits to file a Request, the case should be dismissed regarding the State and continued regarding the other respondents. When one of the co-litigants is the State, and it omits to file a Request, the Court should dismiss the State's lawsuit and continue the procedure regarding the claims of the other co-litigants.

Both the Civil Procedure Act of 2003 and the later amendments to the Civil Procedure Act do not stipulate the procedure concerning filing and deciding on a Request. This lacuna was partially taken care of when the State Attorney General made an obligatory Instruction that it was not mandatory for a court, but is to be followed by every state attorney office, thus promoting a uniform procedural approach and providing an equal procedure for everybody submitting a Request.

Should the parties sign a settlement, this has the meaning of a civil settlement regulated by Arts. 150 to 159 of the Civil Obligations Act,<sup>27</sup> but, while in the case of 'ordinary' settlement, parties usually submit something in order to resolve the dispute, in the case where a settlement is the outcome of the Request, the parties do not always submit but settle by fully accepting the claim from the Request.

#### **2.4. The obligation to file the Request according to the amendments to the Civil Procedure Act in 2011**

The amendments to the Civil Procedure Act in 2011 did not change the text itself of Article 186a. Nonetheless, changes affected the Request because the amendments introduced the obligation to treat the failure to file a Request as a substantial violation of civil procedure which courts should observe *ex officio*.<sup>28</sup> From the amendments, even if a court of first instance fails to dismiss a lawsuit when the procedure provided for in Article 186a is not

---

<sup>26</sup> Article 201 of the Civil Procedure Act provides: 'If according to the law or due to the nature of the legal relation the dispute may be resolved only in an equal manner towards all co-litigants (united co-litigants) they shall be deemed to be one party to the litigation, so that if an individual co-litigant omits one procedural action, the effect of the procedural action that the other co-litigants have taken covers those who have not taken that action.'

<sup>27</sup> Official Gazette 35/05, 41/08, 125/11.

<sup>28</sup> The Act on Amendments to the Civil Procedure Act (Official Gazette 57/11) in Article 22 (which in paragraph 2 stipulates substantial violations of the procedure) states: 'In Article 354, paragraph 2, item 12, after the word "request" the following shall be added: "If there is a prescribed legal procedure for the amicable resolution of the dispute before filing the complaint and it and such procedure was not conducted, the lawsuit should be dismissed.'

followed, the appellate court will *sua sponte* dismiss the lawsuit regardless of whether the respondent challenged the court decision on that ground.

Since omission to file a Request became a substantial violation of civil procedure, there is no doubt about whether this procedure can be considered to be waived in cases where the court of first instance failed to dismiss the claim regarding the failure to submit a Request and the respondent gave a statement of defence. In fact, this question was raised by some plaintiffs who failed to file a Request and therefore argued that the respondent waived their right to object by giving a statement of defence. They argued that giving a statement of defence is not only a waiver, but also represents the answer – to be precise, a rejection of the Request. The question is what happens in cases where the court of first instance fails to dismiss the claim because the plaintiff did not file a Request and the court of appeal dismisses the lawsuit, ordering the plaintiff to reimburse the costs of the procedure to the respondent; or when the respondent, because of this omission, cannot file a suit because of the statute of limitation. In such cases, the plaintiff could invoke Article 243, paragraph 1 of the Civil Obligations Act.<sup>29</sup> The mentioned article provides that if a lawsuit against a debtor has been dismissed for a reason with no bearing on the essence of a thing, and the creditor files a suit again within a period of three months since the decision on the dismissal of the suit acquired the authority of a final judgment, the statute of limitation shall be deemed to have been interrupted by the first suit (the dismissed one). The plaintiff could also claim damages for the unlawful conduct of the court, in which case the State would, should the plaintiff succeed, request compensation from a judge who failed to dismiss the claim promptly (provided it was because of gross negligence). If a lawyer represented the plaintiff, the plaintiff could also claim damages from his lawyer. The compensation would in such cases involve the plaintiff's primary claim and the procedural costs.

## **2.5. The obligation to file the Request according to the amendments to the Civil Procedure Act in 2013**

Amendments to the Civil Procedure Act in 2013 are not particularly relevant to the Request, but they significantly influenced the perception of the Request itself. In order to resolve a large number of pending cases, the legislator significantly shortened the procedural deadlines. Changes were introduced without thinking of the consequences and without taking into account the fact that, since 2003, the Civil Procedure Act had been based on the adversarial principle and the principle of formal truth. In that way, the legislator has further limited the procedural rights of the parties.

Unless parties can prove that it is not their fault, they cannot present new facts and propose new evidence after the conclusion of the preliminary procedure. In small claims disputes, the deadline is even shorter and refers to the moment of filing the claim or the

---

<sup>29</sup> Official Gazette 35/05, 41/08, 125/11

statement of defence. The possible devastating effect of these approach on parties' rights is increased in employment disputes and small claims disputes in which the deadline for the statement of defence is eight days. The Civil Procedure Act prescribes that (almost) any dispute can be a small claims dispute. Such encroachment of the parties', primarily the respondents', right made the Request, and the time it provides, particularly significant. It puts potential respondents in a better position. They have three months to prepare their defence while respondents have to give a statement of defence in 'ordinary' disputes within 30 to 45 days, and in employment disputes and small claims disputes in 8 days.

Even though the Request as such has not changed, the amendments added a new paragraph which provides the possibility that the applicant may, upon filing a Request, ask permission from the competent court to present evidence necessary to establish the facts which show that the Request is well-founded. The Municipal State Attorney Office in Zagreb, as the largest in the Republic of Croatia, has not once applied the mentioned amendment. Apparently, when parties want to settle, they not only negotiate the determination of some evidence out of court (for example, they agree on the expert's findings in determining the compensation for damages), but they also agree on who will bear the costs of conducting such evidence. This comes as no surprise. In cases where the legal basis of the Request is indisputable and only the monetary value of the Request is contestable, parties generally look for a way to settle and are willing to agree on who will bear the costs. Finally, this amendment is unnecessary because the Civil Procedure Act since 1977, in Article 168 and Article 272, has provided that if there is a justified fear that some evidence will not be presented, or that its presentation later will be difficult, the parties may propose a determination of that evidence during or even before the initiation of the litigation. The costs of proceedings for securing evidence, in that case, will be paid by the party who submitted the motion to obtain the evidence. However, that party may also subsequently receive payment of the costs as part of the litigation costs.

## **2.6. The significance of the Request in relation to the position of the parties and to the principle of truth in procedure**

The positive effects of the Request were especially highlighted by amendments to the Civil Procedure Act in 2013 which affected the establishment of the facts. In small claims disputes, the establishment of the facts corresponds to the facts set out in the claim and the statement of defence. In other cases, it corresponds to the conclusion of the preliminary procedure. The preliminary procedure precedes the main hearing, and usually ends with a preparatory hearing at which parties present facts on which they found their case and propose evidence. The Request puts the respondent in a more favourable position compared to 'ordinary' respondents in cases where there is no obligation to submit a Request. The respondent has three months to prepare a statement of defence and collect evidence, which in employment and small claims disputes can be extremely significant. In fact, it is easy to imagine that in practice there will be a case where the plaintiff will file a declaratory claim regarding the legal ground of the claim,



indicate the small value of the dispute and afterwards use the judgement in court procedure as a basis for monetary compensation.<sup>30</sup> The respondent will have to state all relevant facts and evidence in the statement of defence. If the claimant succeeds in such a dispute he could, on the basis of a final judgment, require the payment of the monetary sum in a new court procedure that might be significantly higher than the monetary amount that applies to small claims.

Amendments to the Civil Procedure Act in 2013, whose primary goal was to achieve the concentration of the process and shorten the duration of the litigation, further affected the perception of the truth in the process. The amendments to the Civil Procedure Act in 2003 introduced the adversarial principle, which replaced the inquisitorial principle and accepted the principle of formal truth instead of the principle of material truth. It should be taken into consideration that the original Civil Procedure Act of 1977, as well as all of its mechanisms, was based on the inquisitorial principle and the right and duty of the court to determine facts and present evidence, whether or not the parties had proposed them. It is indisputable that we should aim to achieve the fast and efficient protection of rights in a civil procedure. However, that is not necessarily achieved by concentrating the procedure and shortening the deadlines for taking certain actions beyond any reasonable measure. By introducing the adversarial principle, the legislator shifted the costs of the proceedings from the court to the parties and decided to accept a concept of formal truth, meaning that the truth that is established arises from the evidence and the facts submitted only by the parties. In respect of the short deadlines for the statement of defence and the production of any relevant evidence introduced by the amendments to the Civil Procedure Act in 2013, it has to be emphasised that they not only seriously undermine procedural balance, but also call into question the respondent's right to equality of arms, the right of access to a court and can be seen as a form of denial of justice. If the amendments to the Civil Procedure Act in 2003 had not deleted part of Article 7, according to which the court had to fully and accurately determine facts (which meant that it was allowed to establish facts that the parties have not presented and hear evidence that the parties have not proposed if they were important for making a decision), the Request would not be as vital for the procedural balance as it is. However, at the same time that would impose a new dilemma. If the courts were authorised to determine fully and accurately the facts, the question is whether or not courts would be permitted, after the amendments in 2013, to establish the facts after the conclusion of the preliminary procedure. If courts were allowed to determine new facts once the preliminary procedure ended, the provisions regarding the preliminary procedure and the obligation of the parties to present all the

---

<sup>30</sup> The Civil Procedure Act in Art. 187 provides that 'the plaintiff in the lawsuit can request that the court establishes the existence or non-existence of some right or legal relationship or the authenticity or non-authenticity of a document (Declaratory Complaint).' Furthermore, Article 40, para. 2 provides that 'in cases when the claim does not relate to a monetary sum, the amount in dispute indicated by the plaintiff in the complaint shall be relevant.' From this provision it is obvious that in the case of declaratory claims, the value of the subject of the dispute will depend on the plaintiff's will and if the plaintiff indicates the value of the dispute under HRK 10,000.00 or in commercial disputes under HRK 50,000.00, the dispute will be governed by the rules for small claim disputes.

facts and evidence in the claim and the statement of defence, or at least until the conclusion of the preliminary proceeding, would entirely lose sense. Undoubtedly, discussion about the concentration of procedure takes us back to the question of establishing the truth in the process and the issue of whether the determination of formal truth in the process, together with short deadlines, represents a violation of the right to a fair trial. At this moment, it can easily happen that a formal truth becomes, in fact, the plaintiff's truth. The Request enables the respondent to prepare a statement of defence and obtain all relevant evidence. Consequently, the Request indirectly helps parties, or at least the respondent, to at least strive to establish the material truth in the court procedure. It helps not only in the protection of the right to a fair trial but also in the concentration of the court process, and thereby reduces costs.

### **3. STATISTICAL OVERVIEW AND ANALYSIS OF REQUESTS TO SETTLE THE DISPUTE AMICABLY FILED AND RECEIVED AT THE MUNICIPAL STATE ATTORNEY OFFICE IN ZAGREB IN 2012<sup>31</sup>**

Uzelac et al. extensively deal in their article with trends in mediation for dispute settlement. Regarding the Request, they conclude: 'The attempts to reinvigorate the Request have neither changed the real situation, nor did it increase the number of settlements, which would eventually unburden courts. The number of settlements is low, and the Request became only a formality which has a small chance of success (...) One of the reasons for such an insignificant number of settlements is due to the fact that state attorney offices are responsible for settlement, but also because of the dependence of the deputies of the competent state attorney, their incompetence and their fear of making a mistake.'<sup>32</sup> This conclusion is wrong for several reasons. To be able to interpret statistics of any state attorney office, it is necessary to look into more than just the number of Requests, claims and settlements. Sometimes, as the statistical analyses will show, the state attorney office is faced with a large number of claims arising from the same alleged breach of right of different claimants (such as, for example, the claims for damages of prisoners because of the conditions in prison), but only factual analyses can reveal whether the claimant's request is founded or not, and the outcome of such cases can vary significantly. Resolving such cases uniformly, whether a settlement or procedure before

---

<sup>31</sup> For the purpose of writing this paper, I obtained approval from the Municipal State Attorney in Zagreb for the analysis and use of data in the N-registry of the Municipal State Attorney Office in Zagreb for the year 2012. The N-registry contains various information about the Request, such as information on the applicant and his representative, the subject and the value of the dispute, the content of the response to the request, whether the parties reached a settlement and whether proceedings were initiated in the case of a refusal of the Request, as well as the case number (for the procedure before the court) in the state attorney office. The State Attorney General of the Republic of Croatia each year submits an annual report to the Croatian Parliament and the Croatian Government. The annual reports are available on the website of the State Attorney Office of the Republic of Croatia, but this reports, due to their size and the fact that they relate to the work of all state attorney offices in criminal, civil and administrative matters cannot contain all data from the N-registry.

<sup>32</sup> Uzelac, Alan; Aras, Slađana; Maršić, Martina; Mitrović, Maja; Kauzlarić, Željana; Stojčević, Paula: „Aktualni trendovi mirnog rješavanja sporova u Hrvatskoj: dozezi i ograničenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2010, p. 1280.

the competent court, could cause significant damage to the State budget and therefore each case has to be analysed and decided separately. It is obvious that the authors do not fully understand the complexity of work of the state attorney offices from the fact that they hold relevant data that in the first seven months of 2008 the State Attorney Office in Osijek (they probably meant the Municipal State Attorney Office in Osijek) received 119 Requests and settled in only 10 cases. This ratio cannot be used for drawing any conclusion because the negotiation procedure sometimes takes months, not because of the incompetence (or laziness) of the deputies, but because the parties rarely support their Request with documents. Therefore, the deputies either ask the parties to submit relevant documentation or acquire documentation on their own in order to fully assess whether the Request is founded or not. Finally, it is not clear how the authors came to the conclusion that the Request failed because the deputies are incompetent, dependent and afraid to make a mistake, since such views are not supported by any data. While it might be argued that a deputy of a competent state attorney to whom a particular case has been assigned will sometimes have to explain to a state body why he thinks the case should be settled (which does not mean that the state attorney office is not independent, or that a state body can force a deputy to change his decision), in cases where the deputy considers whether to file a claim or not, his decision will be final no matter what the state body that initiated the procedure says. To say that deputies of the competent state attorney are not independent implies that either someone has forced them to make a decision, which is a criminal offence, or that there are reasons to believe that deputies have violated the law, which would result in a disciplinary procedure and even the possibility of their dismissal. Obviously, such cases would be recorded which means that the claims that deputies are dependent or incompetent could be and should be supported with relevant figures and data.

For all the above-mentioned reasons, but also to gain a clear picture, it is necessary to carefully analyse statistical data by taking into account the value of the settled disputes as well. Simply looking into a few figures does not give a clear picture; therefore, the statistical analyses which follow, as well as the analyses in the conclusion, will attempt to answer the question about whether the Request is successful or not. Before analysing the number and structure of the Requests submitted in 2012 to the Municipal State Attorney Office in Zagreb as the largest state attorney office, reference should be made to the general statistics of state attorney offices and their work.

It is safe to assume that the Request was introduced into the Croatian legal system to help reduce the number of pending cases and lawsuits against the State, and it seems that this goal has been achieved. However, only an in-depth analysis of individual cases can determine the reasons for the decrease in the number of lawsuits against the State. According to data, the number of lawsuits filed against Croatia from 2004 to 2010 significantly declined. The decrease in the number of claims against the State does not mean that the obligation to submit a Request intimidates potential plaintiffs. The decrease happened, as the analysis of the filed Requests in the Municipal State Attorney Office in

Zagreb shows, for several reasons. The applicants had the chance to settle their dispute through an extrajudicial but at the same time enforceable settlement. Furthermore, in cases where the competent state attorney office decided to reject the Request, the applicants received a written and reasoned decision. A decrease in the submitted lawsuits is evident from the annual reports of the State Attorney General, which also contain the exact figure of received lawsuits. Nonetheless, plaintiffs are not always required to file a Request (e.g. in the case of unauthorised deprivation of liberty). Consequently, it was necessary to analyse the submitted Request to obtain a clear picture of its impact on the number of new lawsuits against the State.

According to the annual report of the State Attorney General of 2005, the number of received lawsuits decreased by 46.2% compared to 2004 (25,558 new lawsuits were filed against the State in 2004 while this figure fell to 13,745 new suits in 2005). The number of received lawsuits was 38.5% lower in 2006 than in 2005 (8,446 claims). This trend continued in 2007 and the number of new claims against the State was 8.52% lower than in 2006 (7,725 suits). In 2008 the number of received lawsuits was 20% lower than in 2007 (6,178 claims); but in 2009 the number of lawsuits compared to the previous year increased by 20% (7,442 lawsuits). In 2010, that number was again 7% lower than in 2009 (6,909 lawsuits). In 2011, the number of lawsuits increased again by 4.56% (7,365 lawsuits). In 2012, the number of received lawsuits decreased by 9.21% (6,444 lawsuits), and in 2013 the trend of decline in the number of lawsuits continued by 9.55% (5,489 lawsuits).<sup>33</sup>

In 2012, the Municipal State Attorney Office in Zagreb filed and received a total of 995 Requests. The State submitted 178 Requests (17.89%), natural persons 812 Requests (81.61%), and legal persons five Requests (0.5 %). Municipal state attorney offices are not competent to represent the State before commercial courts which are in most cases competent to decide cases between legal persons, which explains the small number of Requests filed by legal persons.

Number of the Requests by applicant		
The Republic of Croatia	Natural Person	Legal Person
178	812	5

*Table 1 – Breakdown of Requests by applicant*

The received Requests fall into a few major groups regarding the subject matter. The most common were Requests in which applicants seek compensation for damages. Next were

<sup>33</sup> The annual reports of the State Attorney General of the Republic of Croatia are available at <http://www.dorh.hr/Default.aspx?sec=645>, accessed 21 June 2016.

Requests for various payments (for compensation claimed by civil servants for violation of collective agreements), and finally Requests regarding the ownership of real estate.

Some of the lawsuits initiated by the state attorney office are not visible from the figures regarding the Request. The competent state attorney office, among other things, initiates proceedings to contest the debtor's legal transactions in cases where tax debtors donate or sell assets to avoid paying taxes (*Actio Pauliana*). According to the Civil Obligation Act, the plaintiff has to submit a claim to challenge the debtor's legal transactions within a legally specified time. Hence, the State does not have to file a Request (Art. 186a, para. 1 of the Civil Procedure Act stipulates that the applicant does not have to submit a Request when a special law determines the deadline for filing a claim).

Subject of dispute						
Payment	Payment related to employment	Employment disputes-discrimination and mobbing	Claim for damages	Ownership action	Eviction	Contestation of debtor's legal transactions
254	201	7	334	174	20	5

Table 2 - Analyses of Requests according to the subject matter of dispute

Out of 334 claims for damages, 154 claims (15.47%) were submitted by individuals serving prison sentence because of the conditions in prison. Those applicants set the value of the Requests arbitrarily, usually asking HRK 150,000.00 for non-pecuniary damages because of the violation of their personal rights. According to the reports of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment,<sup>34</sup> Croatian prisons are overcrowded. Therefore, the applicants, referring to Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (which prohibits torture, inhuman or degrading treatment or punishment) submit claims for damages for the infringement of the cited Article of the Convention. The number of Requests went up after the decision in *Testa v. Croatia* (Application no. 20877/04) in 2007. In *Testa*, the European Court of Human Rights ordered the State to pay compensation of EUR 15,000.00 for non-pecuniary damages. The compensation was for the conditions in the prison in Pozega, mainly because the claimant was, according to the Court's decision, denied health care and treatment for chronic hepatitis caused by the hepatitis C virus. The latest judgment in *Lonic v. Croatia* (Application no. 8067/12) in 2014, where the applicant was convicted to a prison sentence because of continuous acts of sexual intercourse with a child, could trigger an even greater number of lawsuits against Croatia. The European Court of Human Rights in *Lonic*, among other things, ordered the State to pay EUR10,000.00 of non-pecuniary damages for a breach of Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

<sup>34</sup> Reports regarding the conditions in Croatian prisons are available at <http://www.cpt.coe.int/en/states/hrv.htm>, accessed 17 June 2015.

because of the over crowdedness of Pula Prison. The Municipal State Attorney Office in Zagreb rejects such Requests, explaining that the overcrowdedness of prisons does not automatically imply that there has been a violation of the applicant's rights under Art. 3 of the Convention. This approach is supported by the fact that the European Court of Human Rights in Strasbourg has so far accepted only two requests against the State.

Number of Requests of natural persons	804
Claims for damages	334
Claims for damages due to prison conditions	154

*Table 3 - Number of Requests for damages due to prison conditions; Requests for damages in general; and number of received Requests*

In 2012, 174 individuals filed a Request concerning the applicant's right of ownership, out of whom 87 claimants sought the issuance of Permission to Register the Property Clause (*Clausula Intabulandi*). Requests regarding Permission to register are most often filed by persons who bought their real estate from companies in the former Yugoslavia which ceased to exist. If the applicant can prove succession, contracting, payment of the purchase price and possession of the property, but cannot obtain land registration due to formal deficiencies in the buying agreement, the state attorney office is authorised to issue Permission to Register the Property Clause.<sup>35</sup> The Municipal State Attorney Office in Zagreb concluded 31 settlements during the analysed period and issued 31 Permissions to Register the Property Clause.

Number of Requests concerning the applicants' rights of ownership	Requests for the issuance of Permission to Register the Property Clause ( <i>Clausula Intabulandi</i> )	Reached settlements concerning Requests for Permission to Register the Property Clause
174	87	31

*Table 4 - Requests concerning the applicants' requests: regarding rights of ownership; issuance of Permission to Register the Property Clause; and reached settlements*

<sup>35</sup> According to Art. 215, paragraph 1 of the Land Registration Act and Art. 364, paras. 3 and 5 of the Act on Ownership and other Real Rights, a state attorney office may, under certain conditions, co-sign a contract or issue Permission to Register the Property Clause, and thus compensate for the disadvantages certain private documents have because of which they are not eligible for registration of ownership. In this way, the law allows holders of real estate to register it at a Land Registry, which is a precondition for the acquisition of property rights. In fact, during the former Yugoslavia, when social ownership was the prevailing sort of ownership, property registration in the Land Registry was entirely neglected and therefore many properties were acquired and passed to another person without a valid signature verification that is a precondition for the registration of ownership in the Land Registry. In cases where registered owners – natural or legal persons – have no legal successor, a competent state attorney office is authorised to co-sign a contract or issue Permission to Register the Property Clause.

From the registered 995 Requests, the State submitted 178 Requests (17.89%), natural persons 812 Requests (81.61%) and in 106 cases (10%) settlement was reached. Out of the settled cases, in 30 cases (16.85%) the applicant was the State, and in 76 cases (9.45%), the applicant was a natural person. From these data, it is evident that the Republic of Croatia as the claimant resolved disputes in more than 16% of cases by reaching a settlement. This saves not only budget funds, but also the means of the potential respondent who, in the event of the loss of the dispute, would be obliged to pay the cost of the procedure before a court to the State.<sup>36</sup> As already described, the significant number of settlements in cases where the State is the respondent relates to the recognition of property rights (40.79% of concluded settlements). Signing settlements in such cases helps avoid creating additional costs such as litigation expenses which the State would have to reimburse to the opposing party in the event of losing the case.

Number of reached settlements	Number of settlements – when the applicant is the Republic of Croatia	Number of settlements – when the applicant is a natural person
106	30	76

Table 5 – Number of reached settlements by applicant

The State filed 178 Requests, out of which it settled in 30 cases (16.85%) and filed a claim in 117 cases (65.73%). Natural persons submitted 804 Requests, out of which they settled in 76 cases (9.45%), and filed a claim in 374 cases (46.52%). In most of these cases, the courts have not yet reach a judgment, so it is not possible to report on the outcome of the filed claims.<sup>37</sup> When talking about the settlement it is imperative to mention one of the not so obvious negative sides of the Request which is that parties can at any moment, without consequences, terminate negotiations. Should the opposing side accept the Request and even if the parties have agreed on all the essential elements of the future settlement, but the applicant changes its mind and cancels the negotiations, the opposing side could not force the applicant to settle or sue him for damages for terminating negotiations against the principle of good faith. There was a case in which a person claimed high compensation for damages and the State Attorney Office wanted to settle. Even though the parties agreed to the compensation and other essential elements of the settlement, the applicant, seeing that he would probably succeed in a future dispute, decided to terminate the negotiations. The reasons the potential plaintiff ended the

<sup>36</sup> When a state attorney office represents the State, it is entitled to reimbursement of litigation expenses pursuant to the Tariff of Fees and Reimbursement of Costs for Lawyers. This follows from Article 163 of the Civil Procedure Act, which provides: 'The provisions on costs are also applied to parties who are represented by the state attorney office. In this case, the costs of the proceedings include the amount that would be allowed to the party as the attorney's fee.'

<sup>37</sup> According to the Annual Report for the year 2012, the State settled in 1,528 cases (the value of the reached settlements is HRK 247,423,000.00). In 2012, the courts decided in 7,214 cases in which the State was a party. In 2,674 cases (45%), the State fully succeeded, in 2,753 (46.3%) the State lost, and in 509 cases (4.8%) the State has partially lost. (Source: <http://www.dorh.hr/Default.aspx?sec=645>, accessed 22 June 2015).

negotiations were simple; he wanted to gain extra money from interest.<sup>38</sup> He filed a lawsuit just before the statute of limitations, and gained additional profit from the interest and, consequently, higher compensation than he would have received had he settled (the applicant filed the Request a few years before he filed the lawsuit). As mentioned before, the opposing party in such cases has no means to force the applicant to sign the settlement even though the parties previously agreed on the merits and the amount of the settlement.

Republic of Croatia			Natural persons		
Number of filed Requests	Number of settlements	Number of lawsuits	Number of filed Requests	Number of settlements	Number of lawsuits
178	30	117	804	76	374

*Table 6 - Number of filed Requests; number of concluded settlements; and initiated civil proceedings*

In 776 cases out of 995 Requests, the recipient answered the Request. The number of responses given by the state attorney offices is of particular interest because it shows that a reasoned rejection does influence the final decision of the possible claimant. Statistical analysis shows that Croatia has received 804 Requests and responded to 669 Requests (83.20%).

Number of answers to the Request according to:			
The number of Requests	The total number of answers	Answers by the Republic of Croatia	Answers by a natural person
995	776	669	57

*Table 7 - Number of answers to the Request*

#### **4. THE ROLE OF THE COMPETENT STATE ATTORNEY IN RESPECT TO THE REQUEST**

The introduction of the Request created an interesting legal situation and gave deputies in competent state attorney offices a dual role. Deputies, as independent judicial officials, act similarly to an arbitrator/mediator between disputing parties during the phase of the Request and as a legal representative of the State in a court procedure. The procedure

<sup>38</sup> The Civil Obligation Act (Official Gazette no. 35/05, 41/08, 125/11) provides in Art. 1103 that the liability of just pecuniary compensation shall mature as of the date of submitting a written request or claim, unless the damage has been caused subsequently, which means that the liability of compensation in the case of the obligation to file a Request will mature when it is filed. Furthermore, the Civil Obligation Act in Article 230 provides that statute of limitation for a claim for compensation for damage is three years from the time the injured party became aware of the damage or the person causing the damage during which period the applicant is entitled to interest.



initiated by the Request in some aspects resembles hybrid processes like 'Arb-Med'.<sup>39</sup> The role of the deputies might be compared with the role of mediator and arbitrator because when they consider the Request of a natural/legal person they determine the facts to establish whether the Request is founded, and when they find it is founded they work on a settlement. On the other hand, when deputies of the competent state attorney office receive a Request from a state body to initiate a civil procedure they determine the facts and, depending on the facts of the case, decide either to reject the state body's request and therefore act similarly to an arbitrator, or if they find the request founded they send the Request to the other party and try to reach a settlement before commencing the procedure before the competent court, and thus act similarly to a mediator. Furthermore, the fact that the State Attorney is an independent judicial body (and deputies working in state attorney offices are judiciary officials) eliminates the possibility of excessive litigation by state authorities. This conclusion arises from the statistical analysis of the Requests filed with the Municipal State Attorney Office in Zagreb during 2012. In cases where the applicant was the Republic of Croatia, it finalised a deal in 16.85% of cases, and in 65.73% of cases the State filed a lawsuit. In 17.42% of cases, the State did not file a lawsuit or reach a settlement. The reason for this was partly that the Municipal State Attorney Office in Zagreb determined that the proceedings would be in the jurisdiction of another court, in which case it forwarded the case to the competent state attorney office, or the party had died, and there was no successor. It thus follows that the deputies of the competent state attorney office, when considering whether or not to file a Request, thoroughly determine the facts. At this stage of the proceedings competent deputy acts as an arbitrator between opposing sides. The competent deputy decides whether or not to file a Request, in which case he will decide whether to file a lawsuit or not on the basis of the established facts. The decision not to file a Request, that is to say, the decision to reject the Request of a state body to file a lawsuit against a particular person, is final. The state agency that initiated the procedure (for example, a ministry) will not be able to file a Request or, consequently a lawsuit independently. The Request also reduces the costs of the proceedings. In representing the Republic of Croatia, a state attorney office is entitled to the reimbursement of expenses (in the same way as lawyers are). According to case law, the state attorney office has the right to the costs of the response to the Request. In cases where the parties conclude a settlement, the State will not claim those costs from the opposing party. The Request also helps reduce the costs of the litigation. The respondent has sufficient time to prepare a statement of defence, collect documents, determine which witnesses he will propose and thus minimise the number of hearings and submissions before the court. Regarding the previously mentioned critics according

---

<sup>39</sup> Laurence Boulle and Miryana Nestic, in *A Review of Mediator Skills and Techniques: Triangle of Influence*, Bloomsbury Professional 2010, regarding 'arb-med' explain that 'in such a hybrid process the arbitration is followed by mediation. The arbitration typically involves a simplified process. The arbitrator makes an award in private in writing and places it in a sealed envelope, which the parties agree not to open, unless the mediation does not result in a settlement. The arbitrator then assumes the role of neutral mediator, to assist the parties to reach an agreed solution. The prospect of arbitration award represents a risk to the parties and accordingly provides an incentive for the parties to achieve settlement in mediation... The arb-med process can produce a fast result if the arbitration is simplified and the mediation is time limited.'

to whom 'one of the reasons for such an insignificant number of settlements is due to the fact that state attorney offices are responsible for settlement, but also because of the dependence of deputies of the competent state attorney, their incompetence and their fear of making a mistake.'<sup>40</sup> as shown in the statistical analyses, this conclusion is wrong. While founded criticism of everybody's work, including that of judiciary officials, is welcome and helps not only in improving the quality of work, but work on the protection of the parties' rights, scientifically and statistically unfounded conclusions further undermine the already disrupted belief in the judiciary and the outcome of negotiations before reaching a settlement. Finally, while it might be argued that a deputy of a competent state attorney to whom a particular case has been assigned will sometimes have to explain to a state body why he thinks the case should be settled (which does not mean that the state attorney office is not independent, or that a state body can force the deputy to change his decision), in cases where the deputy is considering whether to file a claim or not, his decision will be final no matter what the state body that initiated the procedure says. Therefore, to say that deputies of the competent state attorney are incompetent or dependent (probably on state bodies) implies that either someone has forced them to make a decision, which is a criminal offence, or that there are reasons to believe that deputies have violated the law, which would result in a disciplinary procedure and even possibly lead to their dismissal. Obviously, such cases would be recorded which means that claims of deputies' dependence or incompetence could be and should be supported with relevant figures and data.

## 5. CASE LAW

### 5.1. Introductory remarks

The highest number of judgments of the Supreme Court of the Republic of Croatia regarding the Request deals with the right to reimbursement of costs of the Request in cases where the Republic of Croatia voluntarily fulfilled an obligation upon the Request. The Supreme Court also interpreted other issues related to Article 186a of the Civil Procedure Act. Below are examples of relevant decisions of the Supreme Court which interpreted the obligation to act under Article 186a of the Civil Procedure Act.

### 5.2. The obligation to file a Request when the court's order sets out a deadline for bringing a claim

One of the issues that has arisen in practice is the question whether the plaintiff has to file a Request when the court, on the basis of a special law (in this case, the Enforcement Act) instructed the potential plaintiff to initiate litigation in a specified time. This question was

---

<sup>40</sup> Uzelac, Alan; Aras, Slađana; Maršić, Martina; Mitrović, Maja; Kauzlarić, Željana; Stojčević, Paula: „Aktualni trendovi mirnog rješavanja sporova u Hrvatskoj: dosezi i ograničenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2010, p. 1280.

particularly interesting until the amendments to the Civil Procedure Act in 2008 when Art. 186a, paragraph 1 was modified and when the legislator explicitly stipulated that the plaintiff does not have to submit a Request in cases where special regulations set the deadline for filing a lawsuit. The Supreme Court issued an Order No. Rev 416/10 on 14 July 2010, in which it adopted a plaintiff's revision against a court decision. The mentioned decision states: 'The revision was accepted because of a procedural question about whether the plaintiff is obligated to file a Request before filing a lawsuit against Croatia to a competent state attorney office in cases where he was ordered, according to the provisions of the Enforcement Act, to file a lawsuit to declare enforcement inadmissible in a specified time. (...) According to the provisions of Article 186a, para. 1 of the Civil Procedure Act, which applies in this case, concerning the provision of Art. 52, para. 2 of the Act on Amendments to the Civil Procedure Act (Official Gazette No. 84/08), the person who intends to file a lawsuit against Croatia is first obliged to submit a Request to the competent state attorney office. According to the provisions of para. 3 of the Article mentioned above, if the Request is not accepted or decided on within three months of its submission, the applicant may file a claim with the competent court. These provisions cannot be applied when a plaintiff has to file a claim to initiate litigation according to the court's order that also sets out a deadline for bringing a claim, because the petitioner could not act within the set deadline. To conclude, in such cases the provision of Art. 186a, para. 1 of the Code of Civil Act is inapplicable. Therefore, it was amended by the aforesaid Act on Amendments to the Civil Procedure Act in 2008 in such a way that the plaintiff does not have such obligation in cases in which special regulations determine a time limit for filing a lawsuit.'

### **5.3. The meaning of the three months' deadline for the answer to the Request in respect to claimant's rights**

The Supreme Court in its decisions gave an answer to the question whether (in the event the plaintiff submits a Request, but the competent state attorney office does not respond to it) a claim can be filed before the expiry of the three months' deadline for the answer to the Request.<sup>41</sup> It also addressed an issue regarding which moment is relevant to determine the start of the course and the expiry of the three months' deadline. The Supreme Court in its Decision No. Rev 493/08 of 13 January 2010 rejected the revision of the plaintiff as unfounded. The Court stated: '... although the claimant filed the Request before filing a lawsuit and did not receive an answer from the state attorney office, he filed the claim before the expiry of the deadline of three months for the reply under Art. 186a

---

<sup>41</sup> The deadline for responding to the Request can be regulated by a particular law, in which case the provision of a special law has to be applied. According to Art. 9, para. 3 of the Act on Liability for Damage Resulting from Terrorist Acts and Public Demonstrations (Official Gazette No. 117/03) the injured party is entitled to compensation for terrorist acts and other acts of violence undertaken to severely disrupt public order by intimidation and provoking a feeling of insecurity among citizens and due to demonstrations and other forms of mass expression of opinion in public places. The injured party has to file the Request and can submit a lawsuit before the competent court if the state attorney office does not answer the Request within 60 days.

of the Civil Procedure Act, after which the plaintiff may bring an action before the court to seek legal protection before the court. (...) According to the provisions of Art. 186a, para. 1 of the Civil Procedure Act, a person who intends to file a lawsuit against Croatia has previously to submit a Request to the competent state attorney office. The cited provision shows that addressing the state attorney office has the meaning of a procedural precondition in proceedings against the State. If the plaintiff has not fulfilled this condition at the time of filing the claim, the claim is not allowed, and the court should not discuss the lawsuit and decide on the merits of a claim. Therefore, the admissibility of the claim, in this case, is not decided by the time of the delivery of the claim to the respondent or the time of its rejection, as wrongly considered by the plaintiff. It is considered at the time the claim was filed. (...) It follows that at the time of filing the lawsuit, legal requirements for filing a lawsuit were not met, and the court properly dismissed the claim. Furthermore, contrary to the opinion of the plaintiff, the moment of the delivery of the claim to the respondent is not important for the admissibility of the claim. Admissibility of the lawsuit or the capacity *ad processum*, in this case, is determined according to the facts at the time of the filing of a lawsuit.'

#### **5.4. The impact of predecessors Request to settle the dispute amicably on successor's obligation to file the Request**

The Supreme Court decided on the question whether the plaintiff is entitled to file a lawsuit against the State in cases where the plaintiff's predecessor addressed the competent state attorney office with a Request. The Supreme Court in its decision argued that the Request is a procedural precondition for bringing a claim that is linked to a person, and not to the dispute. The fact that the legal predecessor of a potential plaintiff filed the Request to the state attorney office does not release its successor from the obligation to re-submit the Request. Consequently, the Supreme Court in its decision No. Rev 1124/06 of 14 March 2007, stated: 'The plaintiff did not file the Request to the state attorney office before filing a claim because he held that he was not required to do so given that his predecessor (assignor NG) filed the Request to the competent state attorney office. This Court accepts the legal opinion of the disputed decision that the plaintiff was not released of that obligation. A person who intends to file a lawsuit against Croatia has to first submit to the state attorney office the Request (Art. 186, para. 1 of the Civil Procedure Act). This provision applies to any "person who intends to file a lawsuit". It is a procedural precondition for bringing a lawsuit that is related to a person who intends to file it and not to the claim that the lawsuit intends to pursue. By signing the Assignment of the claim on 21 January 2006, the plaintiff acquired, other than a claim, secondary rights stipulated in Art. 81 of the Civil Obligation Act<sup>42</sup> and secondary rights related to

---

<sup>42</sup> Art. 81 of the Civil Obligation Act (Official Gazette No. 35/05, 41/08, 125/11) provides:

'(1) Accessory rights, such as the right to preferential payment, mortgage, the right of pledge, rights arising from a contract with a guarantor, rights to interest, contractual penalties and the like, shall pass to the assignee together with the claim.'

such a claim (right of preferential payment, mortgage, right of pledge, rights arising from the contract with a guarantor, rights to interests, contractual penalties, liquidated damages, etc.), but not a right to file a lawsuit. When an assignee signs the Assignment of a claim, he becomes a creditor and can decide whether and how to exercise the claim to the debtor. If he decides to file a claim, first of all he has to submit the Request in accordance to Art. 186a, para. 1 of the Civil Procedure Act.’

### **5.5. The obligation to file the Request in respect to Article 495 of the Criminal Procedure Act**

Case law gave the answer to the question whether the plaintiff has to file a Request if he has acted in accordance with Article 495, paragraph 2 of the Criminal Procedure Act.<sup>43</sup> According to this article the injured party is required, before bringing a civil action for the compensation of damages, to submit a request to the Ministry of Justice in order to try to reach a settlement on the existence of damage and the type and amount of compensation. The Supreme Court not only ruled that the plaintiff is not required to file a Request, which is expressly provided for in paragraph 7 of Article 186a of the Civil Procedure Act, but went a step further and interpreted the obligations of plaintiffs when they emerge from Article 495, para. 2 of the Criminal Procedure Act. The Court stated that the request referred to in Article. 495 para. 2 of the Criminal Procedure Act is not a procedural precondition, as is the case in Art. 186a of the Civil Procedure Act. Therefore, the failure of the plaintiff to file a request for a settlement with the Ministry of Justice cannot result in rejection of the claim. The Supreme Court, in its decision No, Revr 530/07 of 5 December 2007 stated: ‘The subject matter of the dispute is a claim for damages and other rights of a plaintiff after the suspension of criminal proceedings conducted against the claimant. The first-instance court dismissed the lawsuit because the petitioner did not file a Request with the competent state attorney office before filing a lawsuit against the State, meaning that he has not met the positive procedural precondition for initiating litigation. It is clear that the plaintiff did not, before filing this claim, file the Request before a competent state attorney office. However, in accordance with the provisions of the Criminal Procedure Act (Official Gazette No. 62/03), the plaintiff filed on 10 October 2003, a request for compensation and a settlement to the Ministry of Justice. Therefore, the court of appeal overturned the first-instance decision only in the part of the claim for which the plaintiff addressed the Ministry of Justice. The plaintiff in his revision justifiably argued that he was not under an obligation to act under the provisions of Art. 186a of the Civil Procedure Act before filing a lawsuit for damages against the Republic of Croatia. In this case, the special law (Criminal Procedure Act) establishes the procedure for a request to settle the dispute amicably by stating that it has to be filed to another state body - the Ministry of Justice. Articles 494 to 503 of the Criminal Procedure Act stipulate who has

---

(2) However, an assignor may deliver the thing pledged to the assignee only should the pledger agree; otherwise it shall remain with the assignor to be kept by him for the account of the assignee.

(3) It shall be presumed that due and outstanding interest is assigned together with the principal claim.’

<sup>43</sup> Official Gazette No. 62/03.

the right to compensation, in what amount, as well as the type of damages and other rights the respondent has after the suspension of criminal proceedings against him. It also stipulates how an applicant can exercise these rights. The provision of Art. 495, para. 2 of the Criminal Procedure Act states: 'Before bringing a civil action for the compensation of damages, the injured person is bound to submit his request to the Ministry of Justice in order to reach a settlement on the existence of damage and the type and amount of compensation. Art. 495, para. 2 of the Criminal Procedure Act, according to the understanding of the Supreme Court, should not be interpreted as a procedural precondition for initiating litigation for damages before a civil court, as is the case with the provision of Art. 186a of the Civil Procedure Act, which expressly provides that, in the case of not filing the Request, the claim should be dismissed. Art. 495 of the Criminal Procedure Act should be understood as a legally prescribed way of settling the dispute without the intervention of the court. The omission of the plaintiff to file a request to the Ministry of Justice may, however, have some other repercussions on the process, for example, the right of the applicant to compensation for litigation costs if the respondent admits the claim and others.'

#### **5.6. The costs of filing the Request – are they recoverable?**

Many decisions of the Supreme Court relate to the question of whether a potential litigant has the right to compensation for expenses in the event that the Republic of Croatia, after the submission of a Request, voluntarily fulfils its obligation. The Supreme Court has held that a potential litigant has the right to reimbursement of costs because the Request is a procedural precondition. Thus, the Supreme Court stated in one of its decisions (judgment No. Rev 771/09 of 26 August 2009): 'In this case the revision sets two legal issues:

- First, whether a party who has filed the Request has the right to compensation for costs of legal representation by a lawyer when the Republic of Croatia, after the submission of the Request, fulfils an obligation voluntarily and does not file the claim?
- Second, is the party that filed the Request entitled to the reimbursement of these costs in the case when the Request is not a procedural precondition, and the party was not obliged to submit it?

About the first legal issue, it should be said that the party is entitled to reimbursement of the costs of the Request in a case when a party can acquire its rights only by filing a claim. It is not important whether the Republic of Croatia voluntarily fulfilled the obligation after the Request or after filing the claim. In the first case, the party will achieve its right to reimbursement of those expenses through an independent suit before a court (before which a claimant must file the Request for payment of the cost). In the other case, the party will obtain the expenses of the Request as part of the litigation costs in accordance with Art. 155 and Art. 151 of the Civil Procedure Act. According to the provision of Art. 186a of the Civil Procedure Act, a person who intends to file a lawsuit against Croatia first of all has to submit the Request, otherwise the court shall dismiss the lawsuit against

Croatia. Therefore, the Request is a procedural precondition that has to be fulfilled before filing a lawsuit before a court of law. Otherwise, the party is not entitled to judicial protection, and cannot even try to exercise its right to which it is entitled by its belief.

The answer to the second legal question should draw on what has previously been stated, and keep in mind that Art. 186a of the Civil Procedure Act applies only to cases where the parties can obtain their rights in a civil lawsuit which means that the Request is a procedural precondition for seeking judicial protection. In all other cases, it is necessary to assess whether the Request is a condition for the realisation of the right before the civil court. In this case, the applicant filed the Request asking that the State as an employer pays taxes, local taxes and mandatory contributions to the appropriate accounts of the competent authorities (Ministry of Finance - Tax Authority). The amount was determined by a court settlement concluded before the Municipal Court in Varazdin. Thus, the plaintiff in fact in his Request asked for the difference between net and gross wages after the court settlement. The plaintiff was able to accomplish that in administrative proceedings before the tax authorities. The Request is not a procedural precondition for administrative proceedings before the tax authorities. Consequently, Art. 186a of the Civil Procedure Act does not apply to the plaintiff's legal situation and the plaintiff is, for that reason, not entitled to reimbursement of the costs of the Request.'

### **5.7. The impact of the filing of the Request to the running of the statute of limitation**

The issue of the statute of limitations in terms of Article 186a of the Civil Procedure Act is particularly interesting because the Civil Procedure Act 2003 provided that filing a Request interrupts the statute of limitations, and the amendments to the Civil Procedure Act in 2008, which came into force on 1 October 2008, stipulated that filing a Request suspends the statute of limitations. Also, to the open question of interpretation of this provision in light of the limitation periods for bringing an action in individual cases, this has not influenced the statute of limitations in substantive law.<sup>44</sup> The Supreme Court, in its decision no. Revr 341/09 of 11 November 2009, stated: 'In this case it is not disputed that plaintiffs, as officials of the Ministry of Interior - the Police Administration of Vukovar,

---

<sup>44</sup> The Civil Obligations Act in Art. 1061 stipulates that the employer shall be liable for damage caused to a third party by an employee at work or in relation to work unless it has been proven that there are grounds for exclusion of liability of employees. The employer who has redressed the damages caused to the injured party shall be entitled to ask for compensation for the costs of repair of damages from the employee if the employee has caused the damages intentionally or due to gross negligence, but this right of the employer has to be exercised within 6 months from the day of redress. The cited article raised a question. Does the State as an employer have the deadline (of 6 months) for bringing a lawsuit and could the State be exempt from the obligation to file a Request because of the deadline for bringing a claim before the competent court of law? Although there is no case law on this issue, I think that the State should in these cases file a Request because the stated article does not prescribe the preclusive deadline for filing lawsuits. This opinion also comes from the fact that the court will determine that the State has filed the complaint after the deadline only if the respondent objects that the State's lawsuit has been submitted after the above-mentioned time limit. Furthermore, the Court will not dismiss a lawsuit filed after that deadline without deciding on its merits (as is the case when the parties omit to submit the Request), but it will reject it as unfounded.

during June 2004 worked overtime, and that the respondent did not pay for the overtime. (...) The salary for June 2004 was paid on 2 July 2004. The plaintiffs filed a Request on 10 July 2007 to the Municipal State Attorney Office in Vinkovci, and the Municipal State Attorney Office in Vinkovci rejected their Request on 10 October 2007. The plaintiffs filed their claim on 25 July 2008, before the amendments to the Civil Procedure Act in 2008. By submitting the Request to the Municipal State Attorney Office in Vinkovci on 10 July 2007, the statute of limitation had been interrupted. It started to run again after the answer to the Request. Since the plaintiffs filed the lawsuit before the expiration of three years after the statute of limitation had been interrupted, their claim is not out of date.'

## 6. CONCLUSION

The Request to settle the dispute amicably, from its introduction in 2003 until today, is the subject of debate. It is not usual to impose such a general obligation which depends on the party in the dispute (in this case the Republic of Croatia) but rather on all parties in certain types of disputes (e.g., employment disputes, divorce disputes). Some disadvantages of this mechanism are apparent at first glance. It is obvious that the Request, despite the changes in 2008, disrupts the procedural balance. It puts in a less favourable position the potential plaintiff by delaying his right to file a lawsuit for three months, which represents a form of denial of justice for this period. Furthermore, it is evident that the parties have additional costs because they have to take one extra procedural action. For all these reasons, plaintiffs who intend to file a lawsuit against Croatia might be considered discriminated against compared to other plaintiffs who do not have such an obligation. Hence, one might argue that the Request should be challenged before the Constitutional Court of the Republic of Croatia and deemed unconstitutional.

One of the not so obvious negative sides of the Request is that parties can at any moment, without consequences, terminate negotiations. As mentioned before, the opposing party in such cases has no means to force the claimant to sign the settlement even when the parties previously agreed on the everything including the amount of the settlement.

Despite all the above-mentioned negative sides of the Request, an analysis of the case law, the dual role of the competent state attorney office, statistical analysis and an analysis of this mechanism in relation to all the provisions and principles of the Civil Procedure Act prove that its positive effects are far reaching, particularly in view of the recent changes to the Civil Procedure Act in 2013. The positive impact of the Request significantly exceeds the negative impacts and even leads to the positive discrimination of the respondent who received the Request to the 'ordinary' respondents who are involved in the procedure where there is no obligation to file the Request.

It is evident that, even if the purpose of introducing the Request in the Croatian legal system was 'daunting' potential plaintiffs, such a goal was not and could not be achieved. Croatia is a democratic country where human rights, including the right to legal protection



before the court, are respected. Consequently, the Request cannot be an obstacle to access the court, but it represents a great help in relieving the courts of litigations. It reduces the costs incurred by the parties and it allows the parties, before filing a lawsuit, to reconsider their claim from the angle of their opponents or to resolve their dispute with the State in an amicable way by signing an enforceable settlement out of court. In this respect the role of the deputies in the competent state attorney office, as argued before, is prevalent.

As mentioned above, the positive effects of the Request were highlighted by recent amendments to the Civil Procedure Act in 2013 which affected the establishment of the facts. In small claims disputes, the establishment of the facts corresponds to the facts set out in the claim and the statement of defence. In other cases, it corresponds to the conclusion of the preliminary procedure. The preliminary procedure precedes the main hearing, and usually ends with a preparatory hearing at which parties present facts on which they found their case and propose evidence. The Request puts the respondent in a more favourable position compared to 'ordinary' respondents in cases where there is no obligation to submit a Request because he has three months to prepare a statement of defence and collect evidence.

Since the Request gives the respondent enough time to prepare a statement of defence and obtain all relevant evidence, it indirectly helps parties, or at least the respondent, to at least strive to establish the material truth in the court procedure. Furthermore, it helps not only in the protection of the right to a fair trial but also in the concentration of the court process, and thereby reduces costs.

The fact that in the analysed year, 2012, state attorney offices reached a settlement in 1,538 cases valued at a total of HRK 247,423,000.00 (approximately \$36,960,397.96), out of which the State settled in the amount of HRK 196,278,000.00 (approximately \$29,320,601.52), and other persons as applicants settled for HRK 51,145,000.00 (approximately \$7,640,194.85), proves the importance of the Request.

To conclude, the amendments to the Civil Procedure Act in 2008, which introduced the obligation of the State to submit a Request before filing a lawsuit, restored procedural balance. Until the end of 2014, state attorney offices concluded a settlement in 9,161 cases with a total value of HRK 809,877,205.61 (approximately \$120,981,907.42)<sup>45</sup> which thus, with the above-mentioned arguments, fully justifies the introduction and further application of the Request.

---

<sup>45</sup> The Report of the State Attorney General of the Republic of Croatia for 2014, source: <http://www.dorh.hr/Default.aspx?sec=645>, accessed 22 June 2015.

## Sažetak

**ANALIZA ZAHTJEVA ZA MIRNO RJEŠENJE SPORA PREMA ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU**

Iako zahtjev za mirno rješenje spora (Zahtjev) može izgledati neinteresantno širem auditoriju jer je riječ o instrumentu koji se u ovom obliku javlja samo u hrvatskomu pravu, taj je institut značajan zbog više razloga. Obveza podnošenja Zahtjeva predstavlja oblik alternativnog načina rješenja spora jer stranke imaju mogućnost riješiti spor izvan suda. Zahtjev kao institut je interesantan i zbog dvojne uloge nadležnog državnog odvjetništva koje, kao nezavisno pravosudno tijelo, djeluje i kao zastupnik po zakonu države i kao arbitar između stranaka.

Obveza podnošenja zahtjeva za mirno rješenje spora pozitivna je procesna pretpostavka propisana Zakonom o parničnom postupku. Riječ je o općoj obvezi koja ne ovisi o vrsti spora već o vrsti stranaka u sporu. Svaka fizička ili pravna osoba koja namjerava podnijeti tužbu protiv Republike Hrvatske mora podnijeti zahtjev za mirno rješenje spora, a to se primjenjuje *mutatis mutandis* i na državu.

Obveza podnošenja zahtjeva za mirno rješenje spora narušava procesnu ravnotežu te stavlja u nepovoljniji položaj tužitelja koji mora čekati do tri mjeseca dulje od „običnog“ tužitelja koji nema obvezu podnijeti Zahtjev kako bi podnio tužbu. Pa ipak, analiza Zakona o parničnom postupku, statistička analiza kao i analiza sudske prakse pokazuje da su pozitivni učinci Zahtjeva daleko značajniji od negativnih.

Konačno, članak se bavi i učinkom Zahtjeva na ulogu državnog odvjetništva. Zamjenici u nadležnom državnom odvjetništvu kao nezavisni pravosudni dužnosnici djeluju slično arbitrima i miriteljima tijekom ove faze postupka.

*Ključne riječi: Zahtjev za mirno rješenje spora, alternativni način rješavanja sporova, mirenje, arbitraža, pozitivna procesna pretpostavka*

**Jadranka Osrečak**, polaznica poslijediplomskog studija iz trgovačkog prava i prava društava na Pravnom fakultetu u Zagrebu





PRIKAZI



# PRIKAZ LJETNE ŠKOLE EUROPSKOG PRIVATNOG PRAVA

**SALZBURG, 4.-16. SRPNJA 2016.**

Jan Torjanac\*

## 1. UVOD

U Salzburgu je od 4. do 16. srpnja u organizaciji Akademije za europsko privatno pravo i Sveučilišta u Salzburgu, a pod stručnim vodstvom profesora i dekana Pravnog fakulteta u Salzburgu Michaela Rainera, održana već tradicionalna, sedamnaesta po redu, ljetna škola europskog privatnog prava.<sup>1</sup> Škola se bavi analizom i proučavanjem osnova pravnih sustava u 30 zemalja svijeta s naglaskom na privatno pravo i na harmonizaciju, odnosno unifikaciju privatnog prava na razini Europske unije. Osim niza eminentnih predavača, teoretičara i praktičara s područja privatnog prava u ljetnoj školi aktivno je sudjelovalo više od 100 studenata, poslijediplomanata, profesora te članova državnih tijela i nevladinih udruga iz cijelog svijeta.

Pozdravnu riječ sudionicima je uputio inicijator ljetne škole prof. Michael Rainer, koji se u svojem uvodnom izlaganju, nakon ceremonije otvorenja, upoznavanja s akademskim programom ljetne škole te predstavljanja organizacijskog tima i predavača, kratko osvrnuo na početke i razvoj te ljetne škole. Ona je naime počela kao projekt u kojem je sudjelovalo samo nekoliko europskih zemalja i postupno je proširila svoju bazu izučavanja na većinu današnjih članica EU-a te pravne poretke izvan EU-a.<sup>2</sup> Prema profesorovim riječima škola ponajprije ima svrhu proširiti pravne i kulturne vidike.

Rad u ljetnoj školi odvijao se u predavanjima, panelima i radionicama.

Predavanja (*lectures*) održalo je više od 40 predavača, koji dolaze iz gotovo svih zemalja članica Europske unije te iz pravnih poredaka izvan Europe. Polaznicima su predstavili svoje pravne sustave. Većina je predavanja bila na engleskom jeziku, ali je za neka polaznik mogao birati na kojem će ih jeziku slušati (engleski, njemački, francuski i španjolski).

S polaznicima se jednako tako diskutiralo o problemima u komparativnom i međunarodnom pravu s kojima se suočavaju pravnici, a u čiju se dubinu dodatno zalazilo prilikom održavanja panela ili okruglih stolova (*panels/roundtables*) na kojima je po

---

\* Jan Torjanac, mag.iur., asistent na Katedri za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

<sup>1</sup> <http://www.uni-salzburg.at/index.php?id=29085>

<sup>2</sup> To se može objasniti ekspanzijom europskog kulturnog i pravnog utjecaja kroz povijest budući da se svi moderni privatnopravni poreci u najvećem dijelu temelje na pravu njemačkog, austrijskog i francuskog građanskog zakonika te nekodificiranog anglosaksonskog prava, uza svu prateću literaturu.

nekoliko predavača prezentiralo svoje viđenje problema i zatim ga raspravilo sa sudionicima.

Bilo je i prilike za dobivanje praktičnijeg uvida u razlike među pravnim sistemima tijekom tri radionice (*workshops*), na kojima se raspravljalo o hipotetskom slučaju na koji su polaznici trebali primijeniti pravna pravila svoje zemlje. Radionice su bile organizirane paralelno na engleskom, njemačkom i francuskom jeziku (v. poblize *infra*).

Autor je prikaz strukturirao sukladno općoj doktrinarnoj podjeli privatnopravnih sustava na: 1. kontinentalni, 2. anglosaksonski i 3. mješoviti pravni krug (koji će, iako bismo ga mogli svrstati u kontinentalni pravni krug, zbog svojih specifičnosti biti posebno analiziran), 4. privatnopravni poredak država bivšeg socijalističkog pravnog kruga, 5. privatnopravni poredak Europske unije u nastajanju. Rečena se struktura i analiza temelji na izlaganjima predavača, odnosno na razlikovnim karakteristikama koje su predavači isticali.

S obzirom na iznimno bogat sadržaj ljetne škole, po kojem je ovaj sveučilišni studijski program jedinstven u svijetu, u ovom članku daje se nešto opširniji prikaz rada ljetne škole nego što je to uobičajeno, s većim brojem fusnota, koje dodatno informiraju, odnosno objašnjavaju određene termine, a s ciljem što iscrpnijeg informiranja zainteresirane javnosti o ovom vrijednom i korisnom obliku obrazovanja i usavršavanja.

## 2. KONTINENTALNI PRAVNI KRUG

### 2.1. Germanska podskupina

Predavanje o njemačkom Građanskom zakoniku, BGB-u<sup>3</sup>, održao je prof. Wolfram Buchwitz sa Sveučilišta u Bonnu. Profesor je najprije iznio kratak pregled povijesnog razvoja njemačkog privatnog prava<sup>4</sup> i utjecaja BGB-a na ostale pravne poretke, kao što je primjerice Japan, a zatim je prikazao strukturu BGB-a, koji se sastoji od pet knjiga (pandektna podjela).<sup>5</sup> Nakon prikaza izvora prava, sudskog sustava i pravnog obrazovanja u Njemačkoj, ostatak je predavanja bio posvećen dvama materijalnim aspektima građanskog prava – povredi ugovorne obveze i prijenosu prava vlasništva. Što

---

<sup>3</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch* (RGBl. 1896 S. 195 Inkrafttreten am 1. Jänner 1900.).

<sup>4</sup> Posebno je zanimljivo bilo izlaganje o 19. st., kojega je prva polovica obilježena pravnim romantizmom, u kojem se budi interes za povijest općenito, pa tako i povijest prava, a koji se razvio kao protuteža industrijskoj revoluciji. U tom su se razdoblju iskristalizirala dva mišljenja koja čine podlogu sukoba oko donošenja kodifikacije (*Kodifikationsstreit*) – Thibautovo, koje je bilo opredijeljeno za građansku kodifikaciju, i Savignyjevo, koje je pobijedilo i prema kojem je izradu kodifikacije trebalo odgoditi jer bi ona zaustavila razvoj prava koje se postupno treba razvijati kroz duh naroda (*Volksgeist*). Drugu polovinu 19. st tako karakterizira pandektizam, koji sistematizira učenja prethodnog razdoblja konstruirajući apstraktnu kategorije na temelju konkretnih slučajeva izučavanih u prvom razdoblju – njemački formalizam i konstruktivizam. Vrhunac te sistematizacije bilo je donošenje BGB-a.

<sup>5</sup> 1. Opći dio, 2. Obvezno pravo, koje se dijeli na Opći dio, koji se pak može podijeliti na Obveze i Ugovore, i Posebne odredbe o kupoprodaji, najmu itd., 3. Stvarno pravo, 4. Obiteljsko pravo i 5. Nasljedno pravo.



se tiče potonjeg režima, prihvaćena je apstraktna tradicija, a prema njoj čak i ako je ugovor kao *titulus* nevaljan, prijenos će biti valjan ako je predan posjed (*modus*) te ako su stranke suglasne oko prijenosa prava vlasništva. Ta suglasnost konstituira drugi, valjani ugovor, koji se zove ugovor *in rem*.

Prof. Johanna Filip Fröschl sa Sveučilišta u Salzburgu održala je predavanje na temu austrijskog Građanskog zakonika, ABGB-a.<sup>6</sup> Profesorica je najprije iznijela kratak pregled povijesnog razvoja austrijskog privatnog prava<sup>7</sup> pa preko pregleda organizacije sudstva i pojašnjenja suvremenih tendencija za rekodifikacijom došla do strukture ABGB-a, koja slijedi institucijski model, pa se tako, za razliku od BGB-a, sastoji od tri dijela.<sup>8</sup> Posebno su obrađene odredbe o odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke te sustav prijenosa prava vlasništva, za koji je u skladu s klasičnim rimskom pravom potreban valjani ugovor kao *titulus* i predaja u posjed kao *modus* – kauzalna tradicija.<sup>9</sup> Profesorica je pri tom napomenula kako u austrijskom pravu postoje pravni načini da se zaobiđe doslovna primjena pravila o *modus* uz pomoć instituta kao što su *constitutum possessorium* i *brevi manu*. Time se praktično izjednačivši s romanskim konsenzualnim sustavom (v. *infra*).

Prof. Pascal Pichonnaz sa Sveučilišta u Fribourgu predstavio je švicarski pravni sustav. Na švicarski su Građanski zakonik<sup>10</sup> pretežito utjecali režimi prethodno opisana dva poretka. Ta je kodifikacija podijeljena u četiri knjige, dok je obvezno pravo regulirano na monistički način zajedno s trgovačkim pravom u Zakonu o obligacijama,<sup>11</sup> koji se u doktrini naziva petom knjigom. Od pravnih instituta obrađene su odredbe o zakašnjenju, neispunjenju i neurednom ispunjenju ugovornih obveza te o izvedenom stjecanju prava vlasništva, gdje je prihvaćena apstraktna tradicija po uzoru na BGB.

Uvod u tursko privatno pravo iznijela je prof. Ceyda Süral sa Sveučilišta Kadir Has u Istanbulu. U povijesnom je uvodu profesorica pojasnila kako su turski Građanski zakonik iz 1926.<sup>12</sup> i Obligacijski zakonik iz 2012. u osnovi prijevod odgovarajućih švicarskih Zakonika. S druge strane turski Trgovački zakonik iz 2012. temelji se na odredbama njemačkoga Trgovačkog zakonika. Posebno je prikazan tijek parničnog postupka te

---

<sup>6</sup> *Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie* (JGS Nr. 946/1811, Inkrafttreten am 1 Jänner 1812.).

<sup>7</sup> Od kodifikacija prosvijećenih apsolutista u 18. st. preko donošenja ABGB-a 1811. godine i utjecaja pandektne škole u 19. st. pa do noveliranja ABGB-a početkom 20. st.

<sup>8</sup> 1. Pravo osoba, 2. Imovinsko pravo i 3. Zajedničke odredbe. 1. Pod kategoriju prava osoba spadaju odredbe o pravnoj i poslovnoj sposobnosti te o obiteljskom pravu. 2. U kategoriju Imovinsko pravo ubrajamo odredbe o stvarnom, obveznom i nasljednom pravu. 3. U Zajedničke odredbe uvrštavaju se odredbe o stjecanju, promjeni i prestanku prava i obveza te o dosjelnosti i zastari.

<sup>9</sup> Razlika između kauzalnog i apstraktnog stjecanja pokazana je na primjeru ugovora kojem nedostaje propisani oblik. Budući da je kauza nevaljana, prodavatelj se prema ABGB-u može poslužiti vlasničkom tužbom za povrat stvari, dok prema BGB-u može koristiti samo kondikcijski zahtjev budući da je ugovorom *in rem* prenio vlasništvo. No pretpostavka postojanja *modusa* zajednički je nazivnik germanskoj podskupini.

<sup>10</sup> *Le code civil suisse* od 10. prosinca 1907. (njemački: *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*; talijanski: *Codice civile svizzero*).

<sup>11</sup> *Droit des obligations* (SR 22) od 30. ožujka 1911. (njemački: *Obligationenrecht*; talijanski: *Diritto delle obbligazioni*).

<sup>12</sup> *Türk Kanunu Medenisi* (Yayımlandığı R. Gazete 339) od 17. veljače 1926.

postupak priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka, a znatna pozornost posvećena je institutima turskoga obiteljskog prava.<sup>13</sup>

Povijesni razvoj i glavne značajke slovenskoga privatnog prava izložio je prof. Miha Juhart sa Sveučilišta u Ljubljani. Među prikazanim pravnim institutima stvarnog prava bili su načelo *superficies solo cedit* i načelo povjerenja u zemljišne knjige, a iz područja obveznog prava prikazani su institut cesije te ugovorna i izvanugovorna odgovornost za štetu. Profesor je istaknuo iznimnu važnost austrijskog ABGB-a u suvremenom slovenskom pravu te je kao kuriozitet istaknuo da se slovenski Vrhovni sud u 2010. godini u 27 slučajeva poslužio odredbama ABGB-a kao pravnim temeljem za svoje odluke.

Predavanje o grčkom privatnom pravu održala je prof. Kalliroi Pantelidou sa Sveučilišta Demokritos u Traciji. Predavanje je obuhvatilo povijesni razvoj grčkoga privatnog prava i strukturu grčkoga Građanskog zakonika<sup>14</sup> iz 1946. godine, koji je u potpunosti preuzeo sadržaj i strukturu BGB-a. Tijekom predavanja prikazana su načela privatnog prava te odredbe o zakašnjenju s ispunjenjem, neispunjenju i nemogućnosti ispunjenja ugovornih obveza, a velik dio bio je posvećen obiteljskom pravu i pravu žena.

## 2.2. Romanska podskupina

Prof. Pascal Ancel s Fakulteta prava, ekonomije i financija Sveučilišta u Luksemburgu održao je predavanje na temu francuskog Građanskog zakonika, CC-a.<sup>15</sup> Profesor je najprije dao kratak pregled povijesnog razvoja francuskog privatnog prava<sup>16</sup> i utjecaja CC-a na druge pravne poretke, pa su obrađene teme državnog uređenja, javnog prava, zakonodavnog postupka i strukture sudstva, a zatim je prikazana struktura CC-a, koji se sastoji od tri knjige (institucijska podjela).<sup>17</sup> Predavanje je obuhvatilo opis obiteljskopravnog uređenja, a profesor se osvrnuo na reformu obveznog prava iz te godine provedenu uslijed rastućeg broja zaduženih građana, a koje je suština da sud ima diskreciju postaviti dodatni rok tuženiku za ispunjenje obveze ako takvo što odgovara okolnostima. Spomenut je i kauzalni konsenzualni sustav, u kojem je za prijenos prava vlasništva potreban samo *titulus*, tj. ugovor, bez potrebe predaje u posjed, jer je već sklapanjem ugovora preneseno vlasništvo.<sup>18</sup> Profesor je uočio da se slijedom toga

<sup>13</sup> Kao kuriozitet istaknut je pravni institut zaruka, koji se definira kao uzajamno obećanje braka od strane zaručnika - u slučaju neopravdanog raskida zaruka oštećena strana ima pravo na naknadu štete.

<sup>14</sup> ΠΗΓΗ: "ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ" ΤΡΑΠΕΖΑ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΩΝ ΔΣΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΝΟΜΟΘΕΤΗΜΑΤΟΣ Είδος: ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ ΦΕΚ: Α 164 19841024 od 23. veljače 1946.

<sup>15</sup> *Le code civil desfrançais* od 21. ožujka 1804.

<sup>16</sup> 1. Razdoblje starog prava (*ancien droit*), 2. Francuska revolucija 1789., donošenje CC-a 1804. 3. Razdoblje nakon CC-a.

<sup>17</sup> 1. O osobama (statusopravni i obiteljskopravni položaj fizičkih osoba), 2. O vlasništvu i različitim oblicima vlasništva (stvarno pravo), 3. O različitim načinima stjecanja vlasništva (nasljedno pravo, obvezno pravo, uređenje imovinskih odnosa između bračnih drugova).

<sup>18</sup> Prof. Fröschl ilustrirala je tu razliku kod dvostruke prodaje. Prema francuskom pravu, ako dvije osobe steknu pokretninu, vlasnikom postaje osoba koja je prva potpisala ugovor, dok po njemačkom i austrijskom pravu vlasnikom postaje ona osoba koja je prva došla u posjed stvari. Ista se logika primjenjuje kod

obveznopravno načelo više sile – *Periculum est emptoris* – poklapa sa stvarnopravnim načelom *Casum sentit dominus* jer je kupac sklapanjem ugovora postao vlasnikom stvari.<sup>19</sup>

Uvod u belgijsko pravo izložio je prof. Erik van den Haute s Université libre de Bruxelles. Posebna pozornost posvećena je hijerarhiji pravnih izvora, pri čemu je za Belgiju karakteristično da zakonodavni akti usvojeni na razini triju regija (Flandrija, Valonija i Bruxelles) imaju jednaku pravnu snagu kao i oni usvojeni na razini cijele Kraljevine.<sup>20</sup> Privatno pravo uređeno je jednako na razini Kraljevine, koja nema vlastiti građanski zakonik, nego primjenjuje francuski CC, čiji su se pojedini pravni instituti razvijali u belgijskoj pravnoj praksi u znatnoj mjeri različito nego u Francuskoj, čemu je ovo predavanje posvetilo posebnu pozornost.

Sljedeće predavanja održao je prof. Laurens Winkel sa Sveučilišta u Rotterdamu. Rane verzije nizozemskog građanskog zakonika, pa tako ona i prva iz 1804., u velikoj su mjeri utemeljene na francuskom CC-u. Ipak, nizozemski Zakonik iz 1838. naglasio je razliku između osobnih prava i prava na stvarima, što nije slučaj s *Code Civile*. Godine 1992. usvojen je novi Građanski zakonik,<sup>21</sup> u vezi s kojim je zanimljivo da se sastoji od čak 10 knjiga.<sup>22</sup> Profesor je istaknuo da su se o određenim pitanjima u vezi s izradom tog Zakonika vodile žustre rasprave.<sup>23</sup>

Prof. Troiano sa Sveučilišta Veroni održao je predavanje o talijanskom privatnom pravu. U uvodnom je izlaganju, dotaknuvši se povijesnog pregleda talijanskog privatnog prava, istaknuo da je talijanski *Codice civile* iz 1865., donesen nakon ujedinjenja Italije, bio gotovo identičan francuskom CC-u. Godine 1942. na snagu je stupio novi Zakonik,<sup>24</sup> koji uslijed geopolitičkih saveza tog vremena usvaja određene germanističke koncepte. Tako se na kraju ipak pretežiti francuski utjecaji očituju u prvom redu u prihvaćanju konsenzualnog sustava i koncepta kauze obveze, dok su germanistički utjecaji u obliku BGB-a i ABGB-a zastupljeni ponajprije u strukturiranju Zakonika i u određenim odredbama obveznog,<sup>25</sup> odnosno stvarnog prava.<sup>26</sup> Slijedom navedenog profesor je talijanski Građanski zakonik

---

nekretnina – vlasnikom postaje osoba koja se prva upiše u zemljišne knjige, dok je u romanskim sustavima pravilo da upis ima tek učinak publiciranja.

<sup>19</sup> Taj sustav sadržava i jednu iznimnu pogodnost za kupca u obliku mogućnosti da kupljenu stvar potražuje od prodavatelja reivindikacijom, što mu, uostalom, jamči nezastarijevanje zahtjeva za predaju stvari, za razliku od tradicijskog sustava BGB-a i ABGB-a.

<sup>20</sup> Iako u Belgiji postoje tri ravnopravne jezične zajednice (francuska, nizozemska i njemačka), zakonodavstvo je većinom dvojezično (francusko i nizozemsko), dok se propisi tek poslije prevode na njemački jezik.

<sup>21</sup> *Burgerlijk Wetboek* (Staatsblad no. 670) od 1. siječnja 1992.

<sup>22</sup> 1. Fizičke osobe i obiteljsko pravo, 2. Pravne osobe, 3. Opća načela stvarnog prava, 4. Nasljedno pravo, 5. Stvarna prava, 6. Obveze i ugovori općenito, 7. Ugovori posebno, 8. Pravo prijevoza, 9. Pravo intelektualnog vlasništva i 10. Pravila o sukobu zakona.

<sup>23</sup> Tako se u jednom trenutku zagovaralo da djeca mlađa od 14 godina, a po osnovi pravičnosti, odgovaraju za štetu koju nanesu osobno, ali je u parlamentarnoj raspravi ta ideja ipak odbačena u korist objektivne odgovornosti roditelja.

<sup>24</sup> *Regio decreto n. 262 Approvazione del testo del Codice civile* (GU n. 79) od 4. travnja 1942.

<sup>25</sup> Koncept predugovorne odgovornosti preuzet je u talijanski zakonik posredstvom njemačke doktrine.

<sup>26</sup> Prema ABGB-u, čije je rješenje prihvatio talijanski Zakonik, objekti stvarnih prava mogu biti i nematerijalni oblici poput energije.

okarakterizirao kao “treći put” s obzirom na to da je riječ o “francuskom sadržaju obrađenom pomoću njemačke pravne metodologije”.

Predavanje prof. Alejandra Valiña sa Sveučilišta u Valenciji započelo je prikazom povijesti španjolskog pravnog sustava.<sup>27</sup> Godine 1889. donesen je Zakonik<sup>28</sup> koji je podijeljen po uzoru na francuski CC na tri knjige. Specifikum je španjolskog stvarnog prava da ne vrijedi načelo zatvorenog broja stvarnih prava (*numerus clausus*). Kod prijenosa prava vlasništva na nekretninama vrijedi konsenzualni režim. Tako je bilo riječi i o registru imovine sličnom zemljišnoj knjizi, s tim da upis ima tek deklaratorni značaj, osim kada je riječ upisu hipoteke, prava zakupa i darovanja nekretnine, koji je konstitutivnog učinka. Međutim kod pokretnina profesor ističe kako je zanimljivo da je prevladalo učenje o kauzalnoj tradiciji, što se može pripisati povijesnim okolnostima – Španjolska je do 18. st. bila dio Habsburške Monarhije.

Prof. Alexandre Dias Pereira sa Sveučilišta u Coimbri obuhvatio je povijesni razvoj i glavne značajke pravnog sustava Portugala te portugalskoga Građanskog zakonika,<sup>29</sup> a u osnovnim crtama prikazan je i utjecaj portugalskog prava na pravne sustave prijašnjih portugalskih kolonija, prije svega na pravni sustav indijske savezne države Goe. Od pojedinih portugalskih pravnih instituta posebno su obrađeni konsenzualni model prijenosa prava vlasništva, usvojen po uzoru na francuski, te teorije kombinacije i apsorpcije u vezi s mješovitim ugovorima. Profesor ističe zanimljivost jednog učenja u doktrinarnim krugovima, a prema kojem kauza obveze nije pretpostavka valjanosti ugovora, pa je time po ovoj teoriji otvorena mogućnost apstraktnog stjecanja, što bi kao krajnju posljedicu značilo mogućnost valjanog stjecanja prava vlasništva samo ugovorom *in rem* bez predaje posjeda.

Prof. Paula Wojcikiewicz Almeida sa Škole prava FGV u Rio de Janeiru govorila je o brazilskom pravnom sustavu, koji prije svega karakterizira legalizam i formalizam.<sup>30</sup> Profesorica je najprije prikazala pojedine grane javnog prava u Brazilu te se najzad dotaknula i građanskog prava. Građanski je zakonik po uzoru na švicarski usvojen 1916., a smatra se „zadnjim klasičnim zakonikom dugog 19. stoljeća“.<sup>31</sup> Novi brazilski Građanski zakonik<sup>32</sup> podijeljen je u tri dijela te se, unatoč sličnosti sa strukturom BGB-a, uočava

---

<sup>27</sup> U Španjolskoj je tako dominirao suživot različitih pravnih sustava, što je rezultat spajanja različitih kraljevstava u novom vijeku. *Código Civil* iz 1851. imao je važnu političku funkciju u pravnoj centralizaciji zemlje, što je u njemu bilo naglašeno riječima kako se njegovim stupanjem na snagu ukidaju svi dotadašnji zakoni i običaji koji bi regulirali privatno pravo na cijelom poluotoku.

<sup>28</sup> *Código Civil* (BOE núm. 206) od 25. srpnja 1889.

<sup>29</sup> *Código Civil* (DL n.º 47344/66) od 25. studenog 1966.

<sup>30</sup> Pod tim se misli na reguliranje društvenih odnosa zakonom, odnosno na inzistiranje na pravnoj formalnosti, kao što su autentičnost i provjera, pa i za mnoge rutinske transakcije i aktivnosti.

<sup>31</sup> Razlog je što je taj kodeks bio posljednji od bitnih zakonika iz doba kodifikacija koje su stvarani pod izraženim liberalnim utjecajem s ciljem razbijanja feudalnog poretka i ujedinjavanja zemlje na temelju nove građanske klase, dok su kodeksi doneseni nakon toga bili pod utjecajem društvenih ideala koji su se pojavili nakon Drugog svjetskog rata, kao primjerice socijalna prava ili pak komunizam.

<sup>32</sup> *Código Civil Lei n.º 10.406* (Diário Oficial da União Seção 1.) od 10. siječnja 2002.

supstancijalna podudarnost s francuskim CC-om u prihvaćanju konsenzualnog kauzalnog sustava što se tiče prijenosa prava vlasništva.

Prof. Ursula Basset sa Sveučilišta u Buenos Airesu na početku je svojeg izlaganja istaknula da Argentina, za razliku od Europe, nema dugotrajnu, a ni stabilnu pravnu tradiciju budući da je utemeljena na kompleksu domorodačkih kultura i europskih osvajačkih težnja.<sup>33</sup> U drugoj polovici 19. st., nakon osamostaljenja i sukoba unutar pravničke struke o donošenju Zakonika,<sup>34</sup> donesen je Građanski zakonik, a 2014. na snagu stupa nova kodifikacija,<sup>35</sup> koja ima gotovo dvostruko više članaka nego prijašnja. Na nju su utjecali talijanski, francuski, quebečki i španjolski Zakonik.

### 3. ANGLOSAKSONSKI PRAVNI KRUG (*COMMON LAW*)

Prof. David Pugsley sa Sveučilišta u Exeteru govorio je o engleskom pravnom sustavu. Prema profesorovim riječima, on u svojoj suštini ima dvije karakteristike: *neizvozivost i neusvoživost*. Tako ističe činjenicu da je pretpostavka sustava *common law* postupni razvoj na nekom teritoriju, čime se ilustrira razlika u odnosu na rimsko pravo, koje se ipak može recipirati, odnosno izvoziti i usvojiti, kako su to pokazali moderni kontinentalni pravni poreci.

Prof. Eloise Ellis sa Sveučilišta u East Angliji dalje je nabrojila tri perspektive iz kojih se može promatrati *common law*: 1. kao pravo slučaja (*case law*) ili opreka pravu koje donosi zakonodavno tijelo (*statute law*), 2. kao kruto tradicionalno pravo ili u kao opreka fleksibilnim općim načelima prava (*equity law*) i 3. kao opreka kontinentalnom pravnom sustavu (*civil law*).

Kao primjer prava slučaja prof. Ellis opisala je kako je presedanom reformiran institut *trusta*<sup>36</sup> u presudi *Tinsley v Miligan*.<sup>37</sup> Ipak, navodi, kada zakon – ***statute law*** – uredi određeno pravno pitanje, takvo uređenje ima primat i suci su ga dužni slijediti.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Na početku 17. st. pravo je u Argentini bilo pretežito evangeličko, nesistematsko, kazuističko i pretežito javno, drugim riječima u građanskopravnom području prevladavali su uvjeti pravne nesigurnosti.

<sup>34</sup> Na jednoj je strani stajao Juan Batista Alberdi, tvorac Ustava, i Dalmacio Vélez Sársfield. Prvi se zalagao za liberalna pravna rješenja po uzoru na SAD te za apstraktna i fleksibilna pravna pravila te je bio protivnik donošenja kodifikacije, dok je drugi bio protivnik pravnih apstrakcija i zagovarao je kodifikaciju, i to po uzoru na europsku pravnu tradiciju. Na kraju je argumentacija potonjeg prevagnula i zakonici su doneseni (usp. sa *supra* njemačkim *Kodifikationstreit*).

<sup>35</sup> *Código civil y comercial de la nación* (Decreto 1795/2014, Ley 26.994) od 7. siječnja 2014.

<sup>36</sup> Više o *trustu* i njegovim pandanima u kontinentalnim sustavima u: Sulçe Nertila, *Trust as e Relationship Treated by Common Law Legal Systems and as a Relationship Treated by Civil Law Legal Systems. Things in Common and Comparison between the Two Systems.* // *European Journal of Sustainable Development* 4, 2 (2015), str. 221-226.

<sup>37</sup> *Tinsley v Miligan* [1993] UKHL 3 [1994] 1 AC 340.

<sup>38</sup> Kao primjer čistog statutarnog prava koje nema temelja u *common law* naveden je *Contracts (Right of Third Parties) Act (C 31)* iz 1999., koji je dopustio ugovaranje u korist trećih naspram tomu nesklone klasične anglosaksonske doktrine *privaty of contract*.

Profesor Pugsley opisao je *equity law*, koji je bliži statutarnom pravu jer je zapisan u obliku principa koje su tijekom stoljeća razvili istaknuti odvjetnici (*barristers*) i suci. To je pravo postojalo paralelno uz *common law*, gdje bi neki suviše kruti instituti bili fleksibilizirani preko tzv. *chancery*-sudova izravno pod Krunom.<sup>39</sup> Jedan aspekt prava *equity* u kontinentalnom pravnom poretku mogli bismo poistovjetiti primjerice s načelom pravičnosti.<sup>40</sup>

Kao primjer razlika u odnosu na sustav *civil law* Pugsley je naveo ugovorno pravo, gdje teorija objektivizma iz *common law* nalaže da se ugovorna obećanja tumače u skladu s razumnim očekivanjem druge strane (objektivni standard).<sup>41</sup> S druge strane kontinentalno pravo, koje se temelji na autonomiji volje, zahtijeva stvarni pristanak/suglasnost volja (subjektivni standard).

Posebno je zanimljiv bio osvrt profesorice Ellis na kratki esej Lorda Irvina od Lairga, *Lorda High Chancellor*a Velike Britanije, u kojem se uspoređuje francuska sudska praksa s engleskom, drugim riječima, kontinentalna s anglosaksonskom. Tako se sud koji djeluje na temelju *common law* u svojem rasuđivanju koristi povijesnim pregledom odluka presedana koje se bave predmetnim pitanjem te je u tom svjetlu vrlo pragmatičan, konkretan i izravan. Za razliku od toga proces odlučivanja pri francuskim sudovima i analitičkiji je i apstraktniji. Osim toga zadatak je suca koji djeluje na temelju *common law* pronaći i identificirati odgovarajuće pravilo u presedanu, dok se francuski sudac usredotočuje na dedukciju, tumačenje i primjenu pisanih pravila.

#### 4. MJEŠOVITI PRAVNI SUSTAVI: SPOJ KONTINENTALNOG I ANGLOSAKSONSKOG PRAVA

##### 4.1. Europski mješoviti pravni sustavi

Profesorski bračni par prof. Pia Letto-Vanamo s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Helsinkiju i prof. Ditlev Tamm sa Sveučilišta u Kopenhagenu predavali su o nordijskim pravnim sustavima, koji su opisani kao specifični kontinentalni sustavi s određenim sličnostima s

<sup>39</sup> Tako je zapravo jedna od funkcija *equityja*, tumači profesor, osim u pravičnosti, bila i u centralizaciji i pravnom ujedinjavanju, što je usporedivo s donošenjem klasičnih kodifikacija primjerice Njemačke, Austrije, Francuske, Italije i Španjolske, o čemu v. *infra* kod poglavlja o bivšem socijalističkom krugu.

<sup>40</sup> To se načelo izvodi iz Justinijanovih *Institucija* kao „*suum cuique tribuere*“ (*Inst.* 1,1,3-4). Profesor objašnjava da kao ekvivalent u pravu *equity* postoji primjerice tzv. *proprietary estoppel*, za što je profesor naveo primjer u *Dillwyn v Llewelyn (1862) 4 De G.F. & J. 517 C.A.*, gdje je otac obećao da će darovati kuću sinu, koji je zatim stupio u posjed i uložio u popravke i poboljšanje. Nakon očeve smrti sin je tvrdio da je *equitable owner*. Sud je, prihvativši to, utvrdio da upravitelji ostavine moraju biti spriječeni (*estopped*) u uskraćivanju sinovih legitimnih vlasničkih interesa i naredio im da nekretninu prenesu na njega.

<sup>41</sup> *Blackburn J. u Smith v Hughes (1871) L.R. 6 Q.B. 597 na 607: Ako se, bez obzira na stvarnu namjeru, jedna strana ponaša tako da bi razuman čovjek vjerovao da pristaje na uvjete koje je predložila druga strana te ta druga strana na temelju tog uvjerenja sklapa ugovor s prvom stranom, prva strana koja se tako ponaša bila bi u obvezi kao da je namjeravala složiti se s uvjetima predloženima od druge strane.*

anglosaksonskim pravom. U doktrini se nekada taj sustav naziva i skandinavska podskupina kontinentalnog prava.

Tako je, iako je zbog geografskog položaja izostao prvotni utjecaj rimskog prava, ono postalo prisutno u Skandinaviji preko njemačkog pandektnog utjecaja.<sup>42</sup> Ipak, u 19. stoljeću pojavljuje se doktrina skandinavskog realizma kao kritika njemačkog formalizma i konstruktivizma i donosi ideju socijalnog inženjerstva, koja se očitovala u poimanju aktivne uloge države. Tako se u skandinavskoj literaturi može pronaći doktrina socijalnog građanskog prava, prema kojoj argumente u korist socijalne države treba primijeniti i na privatno pravo. Profesori navode zanimljiv primjer.

Naime, kako se vlade nordijskih država u pravilu pridržavaju svojih predizbornih obećanja (npr. izdašna i redovita socijalna davanja), tako se na sporazum između dviju privatnih strana gleda ponajprije kao na obećanje, bilo jednostrano bilo dvostrano. Davanjem obećanja izražava se, sukladno toj doktrini, volja za izvršenjem određene činidbe, a prava koja su nastala obećanjem određena su razumnim očekivanjima da će se obveza ispuniti, što odgovara objektivnom standardu svojstvenom anglosaksonskom pravu.<sup>43</sup>

Dalje, prof. Eleonor Kristoffersson sa Sveučilišta u Örebro istaknula je da nordijski pravni sustavi, iako im je zakon primarni izvor prava, nemaju u njemu izriekom regulirane određene pravne institute te je njih oblikovala sudska praksa. Tako velik broj općih principa ugovornog prava ne potječe iz pisanih izvora. Za primjer je uzet institut bezrazložnog bogaćenja, koji se u 19. st. počeo smatrati nepostojećim jer nije bio zapisan u zakonu. No ipak je u praksi Vrhovnog suda zabilježeno da se u balansiranju interesa prodavača i kupca mora stremiti pravednom rezultatu, što podrazumijeva i konkretizaciju načela bezrazložnog bogaćenja. Takvo reguliranje određenog pravnog pitanja od strane sudske prakse čini švedski sustav sličnim anglosaksonskom.

Prof. Steven sa Sveučilišta u Edinburghu predstavio je škotski građanskopravni poredak kao mješoviti nekodificirani pravni sustav – hibrid anglosaksonskog i kontinentalnog prava.<sup>44</sup> U Škotskoj je javno pravo u najvećoj mjeri ozakonjeno u parlamentu, a privatnopravni odnosi zakonom su regulirani u manjem broju slučajeva. Međutim u posljednjih je deset godina zakonodavna regulativa privatnog prava postala intenzivnija<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Tako primjerice kauza nije relevantna za valjanost obveze.

<sup>43</sup> U tom je kontekstu zanimljiva presuda *Danish Television* (Højesteret 877) iz 1985., gdje se uspostavlja ograničenje načela oslanjanja. Radilo se o tome da je televizor izložen u izlogu trgovine imao na sebi pogrešno napisanu cijenu (1600 Dkr) umjesto prave (5200 Dkr). Kupac je htio kupiti uređaj za nižu cijenu jer se oslanjao na ponudu, tj. obavijest o izloženoj nižoj cijeni, no trgovina je to odbila. Sud je presudio da označavanje cijenom čini obvezujuću ponudu, no ipak je odlučio u korist tuženika (trgovina) budući da je tužitelj (kupac) *bio ili morao biti svjestan greške* jer je, kako je Sud zaključio, činom prethodnog fotografiranja izloga bio svjestan da bi kasnije moglo doći do spora glede valjanosti ponude.

<sup>44</sup> U Škotskoj je s druge strane zanimljiv razvoj mješovitog sustava jer, dok je više-manje jasno otkuda potječu anglosaksonski pravni utjecaji, rimskopravni utjecaj u Škotsku je došao ponajprije zahvaljujući povratku škotskih pravnikâ s kontinentalnih europskih sveučilišta na kojima se poučavalo rimsko pravo.

<sup>45</sup> Tako se, među ostalim, razmišlja o kodifikaciji svekolikog obveznog prava.

pa su tako izglasani zakoni koji obuhvaćaju npr. kupoprodajno, zemljišnoknjižno, obiteljsko i nasljedno pravo. Ugovorno je pravo u pretežnom dijelu ostalo dio sustava *common law*, jednako kao i odštetno pravo i pravo koje se tiče pokretnina. Posebno je objašnjen škotski konsenzualni model stjecanja prava vlasništva, sličan francuskom.

Slična je situacija s Maltom, čiji je pravni sustav predstavio prof. Patrick Galea sa Sveučilišta na Malti. Malteški sustav hibrid je francuskog i engleskog prava. Tako je donesen Građanski zakonik<sup>46</sup> modeliran pretežito po uzoru na francuski, dok je tradicija *common law* najizraženija u javnom pravu, ali i u pomorskom i pravu društava. Profesor je pritom istaknuo kako velik broj sporova nastaje zbog činjenica kao što je primjerice usporedna primjena engleskog prava društava i tradicionalno kontinentalno poimanje imovinskih prava ili istodobno postojanje prava trusta i francuskog instituta patrimonija.<sup>47</sup>

#### 4.2. Mješoviti pravni sustavi izvan Europe

U Quebecu – hibridu francuskog i engleskog prava – čiji je pravni sustav predstavio prof. Mathieu Devinat sa Sveučilišta u Sherbrookeu, donesena je građanska kodifikacija<sup>48</sup> nalik na francusku, samo što je imala i četvrtu knjigu o trgovačkom pravu i, osim na francuskom, sastavljena je i na engleskom jeziku.<sup>49</sup> Kodeks Quebeca sadrži *case law*, odnosno dotadašnje sudske presude, koje su inkorporirane kao članci u Zakonik. Zato se u Zakoniku nalaze odredbe o institutu *trust*. Anglosaksonski koncept prevladao je u oblikovanju sudske prakse pa se tako, za razliku od francuskog, koji slijedi klasičan koncept kolektivnih, jednoglasnih i anonimnih odluka, prepoznaje u učestalosti izdvojenih mišljenja. Uz to, profesor ističe, dok su francuske presude kratke i temeljene na deduktivnom zaključivanju i zakonu, quebečke su dugačke i temeljene na diskurzivnom zaključivanju kao i na velikom broju izvora autoriteta (v. *supra* o kratkom eseju Lorda Irvinga).

Kodifikacija Louisiane – hibrida francuskog, španjolskog i engleskog prava – iz 1825. (novelirana 1870.), koju je prikazao prof. Markus Puder sa Sveučilišta u New Orleansu, preuzela je, nakon inicijalno španjolske vlasti i zakona, institucijski sustav, tj. tri knjige po uzoru na francuski CC. Stoga je profesor Zakonik slikovito opisao kao “španjolsko vino u francuskoj boci”. Najznačajnija je razlika u usporedbi s CC-om, naglašava profesor, drugačiji pristup izvorima prava, jer dok CC daje zakonu prvo mjesto u toj hijerarhiji, Zakonik Louisiane daje jednaku pravnu snagu zakonu, običajima, ali i sustavu *equity law*,

<sup>46</sup> *Civil Code* (Cap. 16) od 22. siječnja 1874.

<sup>47</sup> U francuskoj doktrini patrimonij obuhvaća neto imovinu pravnog subjekta. Koegzistencija s institutom *trust* problematična je zbog pitanja ubraja li se imovina koja je predmetom *trusta* u neto imovinu *trusteeja* ili beneficijara.

<sup>48</sup> *Civil Code of Quebec* (SQ, c. 64) od 1. siječnja 1994.

<sup>49</sup> Na papiru su tako verzije na oba jezika stajale jedna do druge: *side by side / enregards*, kako bi se istaknula formalna jednakost tih dvaju jezika, poredaka i kultura.



u čemu se ocrtavaju obrisi i anglosaksonske tradicije. Najzad taj je Zakonik imao izravni utjecaj na američko pravo i politiku.<sup>50</sup>

Posebno je zanimljivo bilo predavanje o južnoafričkom pravnom sustavu – hibridu nizozemskog, anglosaksonskog, ali i afričkog običajnog prava – koji je predstavio prof. Philip Thomas sa Sveučilišta u Pretoriji. Najprije kao nizozemska kolonija u kojoj je implementirano nizozemsko pravo, Južna je Afrika krajem 18. st. potpala pod englesku vlast i sustav *common law*, da bi se danas pojavile tendencije afrikanizacije prava u području nasljednog i obiteljskog prava. Profesor je u kontekstu postaparthejskog razvoja stvarnog prava istaknuo presudu *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*,<sup>51</sup> u kojoj je Ustavni sud položio važne temelje pravičnog postupanja.<sup>52</sup>

O mješovitom pravnom sustavu Puerto Rica, koji je hibrid španjolskog prava i angloameričkog prava, predavanje je održao prof. J. D. Vilaró Colón sa Sveučilišta Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. Uz povijesni razvoj prava i države Puerto Rico, ustavnopravne aspekte i ustrojstvo pravosuđa, u predavanju je posebno stavljen naglasak na specifičnosti instituta *trust* u pravu Puerto Rica

Na temu mješovitih pravnih sustava održan je i okrugli stol, čiji su sudionici bili navedeni profesori. Pravni sustavi gore opisanih država uslijed specifičnog povijesnog razvoja, odnosno kolonijalne baštine, nastali su kao hibrid anglosaksonskog i kontinentalnog prava. Poredbom su profesori došli do zaključaka da materijalno privatno pravo u mješovitim sustavima izvan Europe u glavnini odgovara onome u pravnim sustavima kontinentalnoga kruga, dok u postupovnom pravu i organizaciji sudstva prevladavaju utjecaji sustava *common law*. U onim sustavima gdje službeno ne vrijedi doktrina *stare decisis*, kao što je to na Malti i u Louisiani, sudske odluke ipak izrazito djeluju snagom svoje uvjerljivosti i faktički imaju učinak gotovo kao presedani.

---

<sup>50</sup> Tako je poznat slučaj *Bender v. Pfaff* iz 1930. u kojem je Vrhovni sud SAD-a na temelju imovinskog prava Louisiane utvrdio da se bračna stečevina ne može oporezivati samo na ime muža, nego oba bračna druga, a ta je presuda dovela do odluke Savezne vlade o zajedničkom povratu poreza na temelju zajedničkog dohotka.

<sup>51</sup> *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers* 2004 (12) BCLR 1268 (CC) od 1. listopada 2004.

<sup>52</sup> Utvrdio je da se ljudi koji bez pravnog temelja okupiraju neko upražnjeno i nekorišteno zemljište u vlasništvu države ne smiju prisilno iseliti, nego da sudovi u predmetnim slučajevima moraju *ubaciti elemente milosti i suosjećanja u formalne strukture prava* te da su *pozvani uravnotežiti suprotstavljene interese na dosljedan način promičući ustavnu viziju empatičnog društva*.

## 5. NEKADAŠNJI SOCIJALISTIČKI PRAVNI KRUG: RAZDOBLJE ZAKASNJELIH KODIFIKACIJA<sup>53</sup>

Donošenje zakasnijih kodifikacija u tranzicijskim zemljama sadržavalo je brojne manjkavosti. Naime uslijed pomanjkanja financijskih sredstava, nedostatne pravne literature, odnosno nepostojanja tradicije pravne terminologije modernog građanskog prava, izrada i donošenje zakonika obilježeni su, prema riječima prof. Jaunisa Gumbisa s Pravnog fakulteta u Vilniusu, *karakteristikama brzopletosti i nespremnosti*.

Konkretno, norme jesu slijedile logiku i strukturu germanskog, odnosno romanskog pravnog kruga, no ipak je temeljni problem u tom slijeđenju nekoherentnost u prihvaćanju pravnih koncepata i instituta koji su zapravo „uvezeni“ iz različitih pravnih krugova. Naime u poljskom je pravu još 1964. donesen Građanski zakonik,<sup>54</sup> koji je uz brojne izmjene na snazi i danas,<sup>55</sup> a predstavio ga je prof. Jerzy Pisculinski sa Sveučilišta u Krakovu. Nekoherentnost i sindrom suprotnih „uvezenih“ koncepata zapažaju se ovdje kod prijenosa prava vlasništva. Naime kada se radi o određenim stvarima, sustav je konsenzualan po uzoru na francuski. Međutim kod prijenosa prava vlasništva na generičkim stvarima prihvaćen je sustav kauzalne tradicije, a po tom se sustavu ravna i stjecanje određenih stvari od nevlasnika. Kod litavskog Građanskog zakonika,<sup>56</sup> čiji je pregled iznio prof. Gumbis, taj je problem još očitiji budući da su tu u pitanju cijele grane prava - obiteljsko pravo i građanski postupak preuzeti su iz Francuske, a pravo društava iz Njemačke, dok je građa slična talijanskom Zakoniku. Tu je kao referentni primjer i češki Građanski zakonik,<sup>57</sup> koji je predstavio prof. Michal Turošik sa Sveučilišta u Banskjoj Bystrici, a koji je sastavljen pod utjecajima austrijskog, njemačkog, švicarskog, talijanskog i nizozemskog građanskog zakonika.

Daljnji se problem očituje u zadržavanju određenih socijalističkih pravnih koncepata. Iz razloga prevelikog broja imperativnih norma, prema riječima prof. Vekasa, u Mađarskoj je 2013. donesen novi Građanski zakonik,<sup>58</sup> koji je za glavni cilj imao upravo jačanje

<sup>53</sup> Taj je naziv upotrijebio prof. Lajos Vekas sa Sveučilišta u Budimpešti, koji je izložio vrlo zanimljiv kronološki prikaz građanskih kodifikacija i propisa već prema političko-pravnoj funkciji koju im je zakonodavac u pojedinom razdoblju namijenio. 1. Tako je prvo razdoblje klasičnih kodifikacija privatnog prava (npr. Njemačka, Austrija, Francuska, Italija, Španjolska), koje ima važnu ulogu u izgradnji nacionalne države i centralizacije te u oblikovanju prava za novo, građansko, društvo, koje raskida veze s feudalnim poretom. U tom se smislu uvode nama danas samorazumljivi instituti, poput pravne sposobnosti, putem koje se isticala formalna jednakost svih. 2. Drugo je razdoblje sistematskih kodifikacija privatnog prava (npr. Švicarska, Južna Amerika) kao izraz sažetka već postojećeg građanskog prava. Te kodifikacije tako karakterizira utjecaj velikog broj pravnih poredaka različitih zemalja (v. npr. *supra* Argentina). 3. Kao posljednje slijedi razdoblje zakasnijih kodifikacija privatnog prava u postsocijalističkim državama, koje imaju dvije funkcije: već spomenuta sistematizacija i oblikovanje društva prema novoj, kapitalističkoj paradigmi.

<sup>54</sup> *Kodeks cywilny* (MP 3343/IV) od 23. travnja 1964.

<sup>55</sup> Što se tiče recentnih događaja u vezi sa Zakonikom, godine 2006. dovršena je Zelena knjiga, koja predviđa donošenje novog reformiranog Zakonika, koji će biti sveobuhvatan u svojoj regulaciji – obuhvatio bi i trgovačko, obiteljsko i potrošačko pravo.

<sup>56</sup> *Civiliniu kodeksu Lietuvos Respublikos* (JstatymasNr VIII-1864) od 18. srpnja 2000.

<sup>57</sup> *Občanský zákoník* (Zákon č. 89/2012 Sb.) od 3. siječnja 2014.

<sup>58</sup> *Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről* (HL CLXXVII) od 23. veljače 2013.

privatne autonomije putem većeg broja dispozitivnih pravila.<sup>59</sup> Kao daljnji primjer možemo spomenuti ruski Zakonik,<sup>60</sup> koji je u nekoliko navrata bio predmetom izmjena i dopuna, a koji je prikazao doc. Anton Rudokvas sa Sveučilišta u St. Peterburgu. Tako u ruskom stvarnom pravu postoje dvije vrste, koje su specifikumi sovjetske socijalističke doktrine – pravo ekonomske domene i pravo operativnog upravljanja – što su, pojednostavljeno rečeno, prava korištenja i upravljanja određenom imovinom uspostavljena u korist društava u javnom vlasništvu, ali i u privatnom pod strogim državnim nadzorom. Reformiranje takvih koncepata, ali i prava društava generalno, bio je jedan od razloga za rekodifikaciju 2013.<sup>61</sup> Prof. Turošik dodao je i primjer slovačkog Zakonika iz davne 1964.,<sup>62</sup> prema kojem je kao opće načelo ostalo načelo *superficies non solo cedit*, odnosno ono što je izgrađeno na zemljištu ne smatra se dijelom zemljišta. Taj je Zakonik, doduše, ostao kao supsidijarni izvor prava i *lex generalis*, dok je većina područja uređena posebnim zakonima.

Sličan se problem može uočiti i u estonskom pravnom sustavu, koji je predstavila prof. Irene Kull sa Sveučilišta u Tartuu, a karakterizira ga djelomična kodifikacija, gdje je privatno pravo u potpunosti regulirano posebnim zakonima, dok je od Građanskog zakonika<sup>63</sup> zadržan samo opći dio kao pozitivno pravo. No profesorica je navela jedan drugi problem s kojim se mogu poistovjetiti i ostali tranzicijski poreci, a taj je hiperregulacija. Problem je opisan na primjeru odredbe o povredi ugovora, gdje se dakle može vidjeti namjera estonskog zakonodavca da se uslijed nedostatka moderne pravne tradicije iscrpnom pisanom regulacijom pokrije što više aspekata.<sup>64</sup> Visoka razina kodificiranosti jednako je tako karakteristika litavskoga privatnog prava, pa se tako u dotičnom Zakoniku mogu pronaći odredbe o više od 80 tipova različitih ugovora.

Problematičnost se očituje i na nestabilnosti pravnog sustava, koji obiluje čestim, i to selektivnim, zakonskim promjenama. Tako su prof. Tatjana Josipović sa Sveučilišta u Zagrebu i prof. Tomislav Borić sa Sveučilišta u Grazu izložili pregled hrvatskih građanskopravnih reforma kao posljedicu procesa harmonizacije hrvatskog prava s *aquis communitrare* EU-a, tj. prilagodbe tržišnoj ekonomiji,<sup>65</sup> no one su se odvijale poentilistički, odnosno zakoni su često mijenjani i donosili su se na nekoordiniran način, a da se pritom nije razmišljalo o sveobuhvatnom pristupu regulaciji, a kamoli o donošenju kodifikacije.

---

<sup>59</sup> Zakonik je podijeljen u osam knjiga te su na njega utjecali BGB i posebno ABGB, koji se prometnuo u uzor za prijenos vlasništva kauzalnom tradicijom.

<sup>60</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (№ 51-ФЗ) od 1. siječnja 1995.

<sup>61</sup> Tako su neke od promjena bile uvođenje načela predugovorne odgovornosti i zabrane zloupotrebe prava te načela dobre vjere i slobode ugovaranja naspram dotadašnjem imperativnom programiranju, tj. obveznom sklapanju ugovora s državom od strane poduzetnika čija je dobit prelazila određeni prag.

<sup>62</sup> Občiansky zákonník (No. 40/1964 Sb.) iz 1964.

<sup>63</sup> Tsiviilseadustik (RT 2002, 35, 216) od 1. srpnja 2002

<sup>64</sup> Međutim kroz godine taj se stav promijenio te je zapravo sadašnja estonska politička odluka da se *pro futuro* pravni poredak u reguliranju privatnih odnosa što manje oslanja na pisani zakon, a sve više na sudsku praksu i pravnu doktrinu.

<sup>65</sup> Neki od učinaka europeizacije ugovornog prava jesu povećana zaštita slabije strane (potrošači/radnici), konkretizacija načela savjesnosti i poštenja (zabrana nepoštenih klauzula u potrošačkim ugovorima) i konkretizacija zaštite temeljnih prava (izričita zabrana diskriminacije).

Profesori su svoja predavanja posvetili predstavljanju procesa preobrazbe društvenog vlasništva i prikazu stvarnopravnog uređenja, kojemu je jedna od karakteristika, unatoč normativnim uspjesima kao što su povratak načelu *superficies solo cedit* i jačanje zaštite *bona fide* stjecatelja, neuređenost zemljišnih knjiga.

## 6. PRIVATNO PRAVO U EUROPSKOJ UNIJI

### 6.1. Europski građanski zakonik – perspektive?

Što se tiče stvaranja i donošenja europskog građanskog zakonika, prof. Gumbis naveo je tri razloga zašto to u ovom trenutku nije moguće. Kao prvi razlog istaknut je povijesnopolitički aspekt. Naime u Europi se od pada berlinskog zida, koji je obilježen, kako je to bio istaknuo profesor Lajos, donošenjem civilnih kodifikacija trećeg razdoblja, nije dogodio neki povijesno-političko značajni događaj (*breakthrough event*). Kao drugi razlog navedena je neujednačena praksa i manjak suglasnosti u primjeni prava među sudovima unutar država članica EU-a. Profesor je usporedio proces donošenja opće kodifikacije s međunarodnim običajem koji se stvara postojanjem objektivnog (ustaljena praksa u državama) i subjektivnog element (opći pristanak), a upravo je nedostatak ta dva elementa suština te problematike. Povezano s time, ni europski sudovi, Sud Europske unije i Europski sud za ljudska prava nisu uvijek dosljedni u donošenju presuda u političko osjetljivim pravnim stvarima, gdje je državi ostavljena široka margina diskrecije. Treći je razlog nespornost država članica da prihvate pravo EU-a kao superiorno nacionalnom.<sup>66</sup>

Imajući u vidu rečeno, europski je zakonodavac odlučio unificirati privatno pravo postupno:

- 1) putem inicijativa i projekata usmjerenih ka harmonizaciji i
- 2) putem prakse Suda Europske unije, koji djeluje kao neka vrsta Vrhovnog suda Europe zaduženog za ujednačenu interpretaciju prava EU-a.

### 6.2. Projekti harmonizacije

Opći prikaz projekata dala je doc. Viola Heutger sa Sveučilišta u Luzernu. U okviru toga pojavili su se problemi praktične prirode, kao što su različiti stilovi, načini interpretacije i posebno jezici. Tu je i pitanje kako bi se jedno takvo pravo trebalo stvarati – kroz Europsku komisiju i europski zakonodavni postupak, kroz nacionalne zakonodavce, putem *case law* Europskog suda, preko znanstvenih skupova, ili pak putem nevladinih udruga, zajedničkog tržišta<sup>67</sup> i sličnih samoregulatornih mehanizama. U svakom slučaju, jedna je od najprihvatljivijih strategija tzv. *best law approach*, odnosno proučavanjem

<sup>66</sup> Samo jedna, Nizozemska, daje supremaciju pravu Europske unije nad samim ustavom

<sup>67</sup> Takav se pristup zagovarao u *Komunikaciji* iz 2001. Europske komisije (*Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats* /\* COM/2001/0398 final).

instituta raznih pravnih poredaka od strane za to formiranih istraživačkih skupina (*study groups*) odabrati najbolje rješenje te nakon izbora ponuditi državama, odnosno subjektima, opciju da ga prihvate na dobrovoljnoj bazi (*opt in*) umjesto da im se nameće. Navedeni pristup već je iskušan na projektima *Principles of European Contract Law (PECL)*<sup>68</sup>; *Principles of European Tort Law (PETL)*<sup>69</sup>; *Draft Common Frame of Reference (DCRF)*<sup>70</sup> i *Common European Sales Law II (CESL II)*<sup>72</sup>. Neke skupine surađivale su u sklopu tzv. *Joint Network on European Private Law (COPECL)*.<sup>73</sup> U školi su se pobliže analizirali *PETL* i *CESL II*.

### 6.2.1. *Principles of European Tort Law (PETL)*

Rad *Europske skupine za odštetno pravo (Tilburg Group)*<sup>74</sup> rezultirao je 2005. *Načelima europskog odštetnog prava*. Član skupine prof. Bernhard Koch sa Sveučilišta u Innsbrucku na predavanju je izložio taj skup načela, koja se zapravo sastoje od principa već postojećeg odštetnog prava unutar europskih pravnih poredaka i formulirana su vrlo neodređeno kako bi mogla poslužiti kao model europskom, odnosno nacionalnim zakonodavcima za raspravljavanje o mogućnostima harmonizacije. Tako je prihvaćen tzv. *fleksibilni sistem*, gdje je stroga lista pretpostavaka zamijenjena balansiranjem interesa uz ravnanje prema listi apstraktnih faktora.<sup>75</sup> Konkretniji je stav s druge strane zauzet u slučaju određivanja

---

<sup>68</sup> Hrv. *Načela europskog ugovornog prava*: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> od 8. listopada 2016. Tzv. Landova komisija (*Commission on European Contract Law*) izradila je 1998. *Principles Of European Contract Law (Parts I, II)*, a 2002. i *Part III*, zamišljen kao *Common Core of the European Systems* i kao dio *lex mercatoria*.

<sup>69</sup> Hrv. *Načela europskog odštetnog prava*: <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf> od 8. listopada 2016.

<sup>70</sup> Hrv. *Nacrt zajedničkog referentnog okvira*: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf) od 8. listopada 2016.

<sup>71</sup> Tzv. *Acquis grupa (Study Group on a European Civil Code and the European Research Group on Existing EC Private Law)* izradila je 2009. na temelju PECL-a *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*. DCRF, iako neobvezujući, budući da sadrži načela zajednička modernim društvima, postaje sve utjecajniji. Tako se npr. Lord Malcolm u predmetu *Phil Wills v Strategic Procurement (UK) Ltd* [2013] CSOH 26 čak i pozvao na predmetni dokument ističući primjenjivost principa sadržanih u njemu.

<sup>72</sup> Hrv. *Prijedlog za Uredbu o zajedničkom europskom pravu kupoprodaje*: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN> od 8. listopada 2016.

<sup>73</sup> Hrv. *Zajednička mreža europskog privatnog prava (Zajednička načela europskog ugovornog prava)*: <http://www.copecl.org/> od 8. listopada 2016.

<sup>74</sup> <http://www.egtl.org/> od 8. listopada 2016.

<sup>75</sup> Tako primjerice opis potrebnog standarda ponašanja obiluje izrazima kao što su u *okolnostima razumna osoba* ili *ovisnost o prirodi i vrijednosti zaštićenog interesa, opasnosti radnje, stručnosti koja se očekuje od osobe koja tu radnju poduzima, predvidljivosti štete, odnosu bliskosti ili posebne povezanosti uključenih osoba* ili „*pristupačnost u troškovima, metoda opreza ili alternativnih postupaka*“ (article 4:102 *PETL: Required standard of conduct*).

uzroka štetne radnje uslijed više mogućih uzroka.<sup>76 77</sup> Prof. Koch zaključio je svoje predavanje s predstavljanjem *spin-off* projekta u realizaciji *Digest of European Tort Law*.<sup>78</sup>

### 6.2.2. *Common European Sales Law II (CESL II)*

Prijedlog za Uredbu o zajedničkom europskom pravu kupoprodaje<sup>79</sup> predstavili su prof. Irene Kull i prof. Van den Haute. Profesori su najprije iznijeli ključne razloge pokušaja stvaranja jedinstvenog režima ugovornog prava.<sup>80</sup> Europska je komisija prihvatila spomenuti *best solution method*, tj. primjenu Uredbe na dobrovoljnoj bazi (*voluntary basis*) kada ugovorne strane dolaze iz različitih država članica (*cross-bordercontract*). Materijalno, *CESL II* obuhvaćao je kupoprodajne ugovore i ugovore o uslugama povezenima s kupoprodajama, a kao njihove objekte, uz materijalna dobra, i digitalne sadržaje poput *softwarea*. Među opća načela koja vuku korijene iz zajedničkog *ius commune* svrstavamo slobodu ugovaranja, načelo *lex specialis*, načelo suradnje, načelo savjesnosti i poštenja. Kod potonjeg je načela doduše veliki problem predstavljala neujednačena interpretacija diljem europskog kontinenta. Uz to je Uredba sadržavala i neke odredbe za koje su predstavnici makropoduzetnika (*businesses*) tvrdili da su nejasne.<sup>81</sup> Ti su razlozi stvorili, unatoč izglasavanju Uredbe Europskog parlamenta iz 2014., otpor u redovima velikih država u Vijeću ministara, tako da je prijedlog *CESL II* povučen iz zakonodavne procedure.

<sup>76</sup> U tom slučaju ne dolazi do solidarne odgovornosti, gdje je jedan od potencijalno odgovornih dužan nadoknaditi cijelu štetu, a zatim se regresirati od ostalih, nego se odgovornost dijeli tako da se svaka radnja koja je mogla biti uzrokom štete smatra uzrokom u mjeri koja je razmjerna vjerojatnosti da je konkretna radnja uzrokom štete (article 3:103 *PETL: Alternative causes*).

<sup>77</sup> Time je prihvaćeno mišljenje Lorda Hoffmana u Domu lordova u predmetu *Barker v Corus (UK) plc* [2006] 2 WLR 1027, [2006] UKHL 20, [2006] 2 AC 572 od 3. svibnja 2006. da, bez obzira na činjenicu da štetnik mora odgovarati za štetu, isti ne smije biti odgovoran za štetu veću od one koju je prouzrokovao. To je ujedno i primjer približavanja anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog koncepta.

<sup>78</sup> B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann (ur.), *Essential Cases on Natural Causation Digest of European Tort Law Vol I*, Springer, Vienna/New York, 2007; B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann (ur.), *Essential Cases on Damage Digest of European Tort Law Vol II*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2011.

<sup>79</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law / \* COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD) \*/*

<sup>80</sup> U relevantnim istraživanjima na europskoj razini sudionici u kupoprodajnom prometu navode nepoznavanje ugovornog prava u stranoj zemlji u kojoj namjeravaju poslovati kao primarnu prepreku u *business-to-consumer* transakcijama (fusnota), a kao treću u *business-to-business* transakcijama. Dodatno, negativne posljedice primjene različitog prava, a unutar jedinstvenog tržišta, odražavaju se i u obliku ograničavanja tržišnog natjecanja i ograničavanju izbora proizvoda, što u konačnici dovodi do većih cijena.

<sup>81</sup> Poput primjerice one sadržane u čl. 109(4), a prema kojoj kupac može odbiti prihvatiti da prodavatelj koji je bio ponudio ispunjenje obveze protivno ugovoru obvezu ponovno ispuni u skladu s ugovorom ako (a) se ponovno ispunjenje ne može ostvariti dovoljno brzo i bez značajnih neugodnosti (*promptly and without significant inconvenience*) po kupca, (b) kupac ima razloga vjerovati (*has reason to believe*) da se ne može osloniti na prodavateljevo izvršenje u budućnosti (...)

### 6.3. Praksa Suda Europske unije

Osim spomenutih inicijativa važnu ulogu u procesu harmonizacije i unifikacije europskog privatnog prava svakako ima i Sud Europske unije (dalje: Sud).

Predavanje o implementiranju direktiva Europske unije u nacionalne pravne sustave i odgovornosti države za štetu nastalu u vezi s tim održao je prof. Günter Herzig sa Sveučilišta u Salzburgu. Kamen temeljac tom je pravnom razvoju postavila presuda *Frankovich*.<sup>82</sup> Obveza naknade štete (*governmental liability for tort*), koja mora biti proporcionalna nastaloj šteti ili gubitku, ne mora se čak ni temeljiti na krivnji organa odgovornog za povredu, već je dovoljno da je povreda dovoljno ozbiljna, što je kriterij položen presudom *Brasserie du pêcheur*.<sup>83</sup> Jednako je važna presuda u slučaju *Leitner*<sup>84</sup> u vezi s Direktivom o putovanjima iz 1990. godine,<sup>85</sup> kojom je Sud zaključio da Direktiva daje potrošačima i pravo na naknadu nematerijalne štete. Naime, budući da nacionalni zakoni u pitanju nisu poznavali naknadu štete uzrokovane gubitkom užitka godišnjeg (*loss of enjoyment of the holidays*), kao „štetu različitu od osobne povrede“ koja proizlazi iz neispunjenja ili nepravilnog ispunjenja usluga u okviru paketnog aranžmana, presudom je zapravo potvrđeno kako građani EU-a mogu računati na subjektivna građanska prava – u ovom slučaju pravo na naknadu štete – koja uspostavlja pravo Unije.

Daljnje je važne odluke Suda u području privatnog prava prezentirala prof. Verica Trstenjak sa Sveučilišta u Beču započevši s presudom u slučaju *Messner*<sup>86</sup> o odgovornosti potrošača u slučaju raskida ugovora, koja je utjecala na Prijedlog Uredbe *CELS II*. Vrlo je važna presuda u slučaju *Hotel Alpenhof*<sup>87</sup> jer je u njoj Sud *verbatim* naveo kriterije *exempli gratia* koji će nacionalnom sudu pomoći u primjeni prava EU-a. Profesorica je svoje predavanje zaključila prikazom Povelje EU-a o temeljnim pravima iz 2009., koja u sebi uključuje pravo na poštivanje privatnog života i zaštitu osobnih podataka. U to se ubraja i tzv. pravo biti zaboravljen (*right to be forgotten*), na koje se odnosi presuda *Google Spain*,<sup>88</sup> u kojoj je etablirana odgovornost operatera tražilica da obriše i blokira određene podatke.

---

<sup>82</sup> Presuda u spojenim predmetima C-6/90 i C-9/90 *Frankovich and Others* [1991] ECR I-5357 od 19. studenog 1991.

<sup>83</sup> Presuda u spojenim predmetima C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029 od 5. ožujka 1996.

<sup>84</sup> Presuda u predmetu C-168/00 *Simone Leitner* [2002] ECR I-2631 od 12 ožujka 2002.

<sup>85</sup> Direktiva Vijeća od 13. lipnja 1990. o putovanjima, odmorima i kružnim putovanjima u paket-aranžmanima (90/314/EEZ) (SL L 158, 23. 6. 1990.)

<sup>86</sup> Presuda u predmetu C-489/07 *Messner v Firma Stefan Kruger* [2009] ECR I-7315 od 3. rujna 2009.

<sup>87</sup> Presuda u predmetu C-144/09 *Pammer and Hotel Alpenhof* [2010] ECR I-12527 od 7. prosinca 2010.

<sup>88</sup> Presuda u predmetu C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. v. AEPD, Mario Costeja Gonzalez*, [2014] E.C.R. 317 od 13. svibnja 2014.

## 7. RADIONICE

Tema prve od tri radionice, na kojima su polaznici dobili hipotetski slučaj koji su trebali riješiti primjenjujući nacionalno pravo svoje države te zatim ta rješenja prezentirati i usporediti, bila je stjecanje od nevlasnika.<sup>89</sup> Na drugoj su radionici polaznici trebali riješiti slučaj s problemom neurednog ispunjenja ugovora.<sup>90</sup> Na kraju škole polaznici su sudjelovali u trećoj radionici, ovaj put na temu obiteljskog prava, točnije razvoda braka.<sup>91</sup>

## 8. ZAKLJUČAK

Polaznici škole, osim sudjelovanja u iscrpnom akademskom sadržaju, imali su priliku, zahvaljujući bogatim društvenim sadržajima organiziranima u sklopu škole, sklapati i produbljivati brojna poznanstva.

U okviru programa tzv. *Europskog iskustva* u smislu društvenih aktivnosti organizirane su tri zajedničke večere profesora i studenata te edukativni jednodnevni izlet u selo Hallstatt. Posebno je svečano bilo na *Ceremoniji otvorenja ljetne škole*, na kojoj su se osim uvaženih profesora polaznicima obratili Lord Thomas, predsjednik Vrhovnog suda Engleske i Walesa, i Guillaume Meunier, zamjenik predsjedatelja za građansko pravo pri Ministarstvu pravosuđa Francuske. Priređena je i *Europska večer*, zajedničko druženje studenata i profesora, tijekom kojega su studenti na šaljiv način predstavljali države iz kojih dolaze.

---

<sup>89</sup> Nakon što je nevladnik prodao posuđenu knjigu trećoj osobi, a ova četvrtoj, postavilo se pitanje može li i pod kojim pretpostavkama vlasnik zahtijevati povrat knjige. Relevantna odredba u hrvatskom je pravu članak 118. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14), koji regulira stjecanje od nevladnika. Zanimljivo je kako su polaznici iz JAR-a ustanovili da se po pravu njihove države, nasuprot kontinentalnim pravnim rješenjima, dobra vjera ne uzima u obzir ni u kojem slučaju, odnosno tko god stekne posjed stvari na bilo kojoj pravnoj osnovi, a koja je iz vlasnikova posjeda izašla protivno njegovoj volji, ne može nipošto postati vlasnikom.

<sup>90</sup> Radilo o ugovoru o instalaciji dijelova računalnog sistema. Prvi dio sistema instaliran je uspješno u roku, dok se s instalacijom drugog dijela kasnilo i pri tom još ispostavilo da je potpuno neupotrebljiv. Postavilo se pitanje koje pravne korake može poduzeti naručitelj sustava. Relevantne odredbe u hrvatskom su pravu članci 420.–422. Zakona o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15), koji regulira pitanje materijalnih nedostataka kod kupoprodajnog ugovora, a predstavljaju *lex specialis* s obzirom na, među ostalim, posljedice zakašnjenja i mogućnost raskida ugovora. Takav je slučaj zorno ilustrirao razliku između poredaka *civil law* i *common law*, jer dok su polaznici iz prvih isticali činjenicu kako se u pravilu najprije mora zahtijevati ispunjenje primarne obveze, polaznici iz drugog sustava (konkretno, iz Engleske i Australije) predstavili su rješenje prema kojem se uvijek po isteku ugovorenog roka za ispunjenje, bez potrebe ostavljanja dodatnog roka, može tražiti naknada štete.

<sup>91</sup> Problemi koji su se bili postavili pred polaznike jesu odbijanje razvoda od strane jednog bračnog druga, uzdržavanje nezaposlenog bračnog druga s kojim djeca nastavljaju život te plaćanje troškova studijskog školovanja djece. Relevantne su odredbe u hrvatskom pravu članci 50.–57. Obiteljskog zakona (NN 103/15), koji reguliraju pitanje razvoda braka, zatim članci 295.–302., koji se odnose na uzdržavanje bračnog druga, odnosno članak 290. o pitanju uzdržavanja punoljetnog djeteta. Kako se na obiteljskom pravu načelno dobro može vidjeti tradicija određene zemlje, tako upada u oči da zemlje na sjeveru, naspram zemalja poput Hrvatske, Srbije i Italije, u pravilu ne obvezuju roditelje na uzdržavanje punoljetnog djeteta koje se dalje školuje (u sustavima *common law*), odnosno ta obveza traje kraće (u Nizozemskoj do 20. godine), dok u Danskoj studenti koji ne rade imaju pravo na dohodak (900 euro) od države do 24. godine.



Zadnje predavanje održao je prof. Rainer, koji je istaknuo važnost učenja što većeg broja stranih jezika i potrebu većeg usmjeravanja obrazovanja pravnika u području komparativnog prava. Naime stvarna harmonizacija pravnih poredaka u EU-u i u svijetu ne leži u pukom zapisivanju istovjetnih pravnih rješenja, tj. u harmonizaciji na papiru, nego u harmonizaciji pravnog mišljenja (*harmonization of legal thinking*) u smislu stvaranja jedinstvene pravne znanosti, te u učenju jezika kao alata u tom procesu.

Slijedom navedenog te s obzirom na to da su predmet analize u školi bili pravni poreci iz cijelog svijeta, profesor je poručio da će se ljetna škola europskog privatnog prava od sljedeće godine i službeno nazivati ljetnom školom komparativnog privatnog prava.

Nakon zaključne evaluacije programa i rezultata rada, ljetna škola europskog privatnog prava zatvorena je dodjelom diploma polaznicima.

Autorov je dojam da je škola uspjela ostvariti svrhu proširenja pravnih i kulturnih vidika. Intenzitet škole u smislu mnogobrojnih akademskih, odnosno društvenih sadržaja tako ostavlja neupitan pečat na profesionalni i osobni razvoj mladog pravika. Ovu bismo školu osobito preporučili, s obzirom na zahtjevnost programa i razinu potrebnog prethodnog znanja, studentima poslijediplomskih studija pravnih znanosti te studentima viših godina diplomskog studija prava koji su uspješno svladali kolegij Građansko pravo.