

Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 10 | Br. 2 | 2021

ČLANCI

Odluka o PSPP-u njemačkog Saveznog ustavnog suda – eskalacija sukoba ili poziv na unapređenje metoda tumačenja Suda Europske unije?

Ivan Borna Ninčević
Biljana Kostadinov
Ana Horvat Vuković

Konvencija o europskim krajobrazima i prava čovjeka
Leon Žganec Brajša

The Application of Public Policy and Public Security
Reasons for Justifying Restrictions on Free Movement
of Capital in the EU

Matija Kontak

Novosti u prekograničnom izvođenju dokaza u
Europskoj uniji

Maja Josipović

KOMENTARI SUDSKE I ZAKONODAVNE PRAKSE

Državno odvjetništvo kao izdavatelj europskog
istražnog naloga nakon presude Suda Europske unije
u predmetu C-584/19

Elizabeta Ivičević Karas
Marin Bonačić

Postojanje pravnog sredstva protiv europskog
istražnog naloga kao pretpostavka za njegovo
izdavanje

Zoran Burić

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

Nakladnik / Publisher

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

Glavni urednik / Editor-in-chief

izv. prof. dr. sc. Zoran Burić

Izvršni urednik / Executive editor

dr. sc. Juraj Brozović

Tehnički urednik / Technical editor

Krunoslav Fučkor

Uredništvo / Editorial board

izv. prof. dr. sc. Henrik-Riko Held, izv. prof. dr. sc. Barbara Preložnjak, izv. prof. dr. sc. Sunčana Roksandić, izv. prof. dr. sc. Ružica Šimić Banović, izv. prof. dr. sc. Marko Turudić, doc. dr. sc. Antun Bilić, doc. dr. sc. Marko Bratković, doc. dr. sc. Teo Giljević, doc. dr. sc. Marko Jurić, doc. dr. sc. Miran Marelja, doc. dr. sc. Iva Savić, doc. dr. sc. Trpimir Mihael Šošić, doc. dr. sc. Dora Zgrabljic Rotar

Međunarodno uredništvo / International editorial board

prof. dr. sc. Paul Cardwell, Sveučilište Strathclyde, Glasgow, Škotska; prof. dr. sc. Gordan Kalajdziev, Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju, Makedonija; prof. dr. sc. Polonca Kovač, Fakultet za javnu upravu, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof. dr. sc. Barbara Kresal, Fakultet za socijalni rad, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof. dr. sc. Nele Matz Luck, direktorica na Walther Schücking Institutu za međunarodno pravo, Sveučilište u Kielu, Njemačka; prof. dr. sc. Meliha Povlakić, Pravni fakultet, Sveučilište u Sarajevu, Bosna i Hercegovina; prof. dr. sc. Charles Szymanski, Pravni fakultet, Vytautas Magnus Sveučilište, Kaunas, Litva; prof. dr. sc. Vasilka Sancin, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof. dr. sc. Katja Šugman Stubbs, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof. dr. sc. Jurij Toplak, Sveučilište u Mariboru, Slovenija; doc. dr. sc. Miloš Živković, Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu, Srbija; dr. sc. Mitja Grbec, Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož, Slovenija; dr. sc. Nataša Hadžimanović, Max Planck Institut, Hamburg, Njemačka.

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 Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb
E-mail: zoran.buric@pravo.hr

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

SADRŽAJ

ČLANCI

Ivan Borna Ninčević, Biljana Kostadinov, Ana Horvat Vuković

Odluka o PSPP-u njemačkog Saveznog ustavnog suda –
eskalacija sukoba ili poziv na unapređenje metoda tumačenja Suda Europske unije? 117

Leon Žganec Brajša

Konvencija o europskim krajobrazima i prava čovjeka 132

Matija Kontak

The Application of Public Policy and Public Security Reasons for
Justifying Restrictions on Free Movement of Capital in the EU 150

Maja Josipović

Novosti u prekograničnom izvođenju dokaza u Europskoj uniji 167

KOMENTARI SUDSKE I ZAKONODAVNE PRAKSE

Elizabeta Ivičević Karas, Marin Bonačić

Državno odvjetništvo kao izdavatelj europskog istražnog naloga
nakon presude Suda Europske unije u predmetu C-584/19 179

Zoran Burić

Postojanje pravnog sredstva protiv europskog istražnog naloga
kao pretpostavka za njegovo izdavanje 186

CONTENTS

ARTICLES

Ivan Borna Ninčević, Biljana Kostadinov, Ana Horvat Vuković

The PSPP Judgment of the Federal Constitutional Court: An Escalation of Conflict or a Call to Improve the Interpretation Method of the Court of Justice of the European Union? 117

Leon Žganec Brajša

European Landscape Convention between Generalisation and the Rights of Man 132

Matija Kontak

The Application of Public Policy and Public Security Reasons for Justifying Restrictions on Free Movement of Capital in the EU 150

Maja Josipović

Novelties in the Cross-border Taking of Evidence within the European Union 167

COMMENTARIES OF JUDICIAL AND LEGISLATIVE PRACTICE

Elizabeta Ivičević Karas, Marin Bonačić

The State Attorney's Office as the Issuer of the European Investigation Order following the Judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-584/19 179

Zoran Burić

The Existence of a Legal Remedy against the European Investigation Order in the Issuing State as a Precondition for its Issuance 186

ČLANCI

ODLUKA O PSPP-U NJEMAČKOG SAVEZNOG USTAVNOG SUDA – ESKALACIJA SUKOBA ILI POZIV NA UNAPREĐENJE METODA TUMAČENJA SUDA EUROPSKE UNIJE?

Izvorni znanstveni rad

UDK 341.645(4)EU

347.991(430)

342.24(4)EU

061.1(4)EU:342.24

341.176(4)EU

Primljeno: 28. lipnja 2021.

Ivan Borna Ninčević*

Dr. sc. Biljana Kostadinov**

Dr. sc. Ana Horvat Vuković***

Autori u ovome radu analiziraju pitanje odnosa prava država članica i Europske unije u smislu uređenja pitanja Kompetenz-Kompetenz, tj. kroz prizmu odluka Suda Europske unije i njemačkog Saveznog ustavnog suda u predmetima Weiss i PSPP istražuju situaciju kada pojedina država članica tvrdi da je neko tijelo EU-a postupalo ultra vires (preko granica ovlasti dodijeljenih mu Osnivačkim ugovorima). Prikazuju proces uvođenja europske pravne stečevine u nacionalno ustavno uređenje te analiziraju uspostavlja li dosadašnji razvoj Europske unije kao zajednice koja utjelovljuje federalno načelo (na način sui generis) apsolutni ili ipak tek ograničeni primat europskog prava u odnosu na pravo država članica. Nude osvrt na kapitalna načela prava EU-a uvedena praksom Suda Europske unije te prateću judicijalizaciju politike, dok središnje mjesto zauzima odluka Suda Europske unije u predmetu Weiss te nastavna odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda u predmetu PSPP. Komunikacija dva suda u ovim predmetima posljednji je nastavak u namjeri najvišeg njemačkog suda da nadzire i ustavlja širenje ovlasti Europske središnje banke u pitanjima ekonomske politike te se ne može prenaglasiti značaj njegove odluke da po prvi put u gotovo 70 godina članstva u europskoj integraciji odbije primijeniti akt tijela Europske unije. Rad završavaju iznošenjem mišljenja o ulozi Suda Europske unije u stvaranju projekta zajednice europskih naroda i stavljanjem prijedloga u kojem bi se smjeru trebao nastaviti razvijati odnos između EU-a i država članica kad je posrijedi nadređenost prava, a sve kako bi se ojačao legitimitet i demokratski potencijal EU-a.

Ključne riječi: Europska unija, nadređenost, njemački Savezni ustavni sud, Europska središnja banka, Weiss, PSPP, ultra vires

* Ivan Borna Ninčević, mag. iur.

** Dr. sc. Biljana Kostadinov, redovita profesorica na Katedri za ustavno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

*** Dr. sc. Ana Horvat Vuković, izvanredna profesorica na Katedri za ustavno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

1. UVOD

Ulaskom Republike Hrvatske (dalje u tekstu: RH) u Europsku uniju 1. srpnja 2013. u RH je stupila na snagu promjena Ustava od 16. lipnja 2010. Zahvaljujući njegovoj novoj Glavi VIII., naslovljenoj „Europska unija“,¹ dijelom hrvatskog pravnog poretka postala je i pravna stečevina Europske unije (dalje u tekstu: EU).² Tim je činom narušena dotadašnja monolitnost najviše pravne snage našeg nacionalnog Ustava. Naime iz prakse Suda Europske unije (dalje u tekstu: SEU) – temeljem predmeta kao što su *Van Gend en Loos* iz 1963.,³ *Costa v. ENEL* iz 1964.⁴ i *Simmenthal II* iz 1978.⁵ – proizlazi da je pravo EU-a nadređeno pravu države članice, pa bi slijedom te jurisprudencije u RH po ostvarenju članstva primat kao najviši izvor prava preuzela pravna stečevina EU-a. Prioritet europskog prava priznaje čl. 145. Ustava RH, koji konstitucionalizira izravan učinak prava EU-a (st. 3. i 4.) te prihvaća primjenu pravnih akata i odluka europskih institucija „u skladu s pravnom stečevinom“ (st. 2.). Time je formirana implicitna ustavna osnova nadređenosti prava EU-a ne samo zakonima već i odredbama samog Ustava RH. Ipak, Ustav ostaje referentni okvir odlučivanja o granicama integracije, tako da je nadustavna snaga prava EU-a načelna i uvjetovana poštivanjem nepovredive jezgre Ustava RH. Na to upozorava ne samo čl. 2. st. 5. Ustava (pridrživajući RH suvereno pravo da samostalno odlučuje o prenesenim ovlastima) već i praksa Ustavnog suda razvijena u tumačenju ustavnih „klauzula vječnosti“ i doktrine nepromjenjivih dijelova Ustava RH. Bez obzira na sadržaj *acquisa* na dan stupanja RH u članstvo EU-a ustavna odluka o pristupanju i prateći ratifikacijski zakon nisu mogli na EU prenijeti onu ovlast raspolaganja temeljnim strukturnim odrednicama hrvatske države koja je zabranjena i samom ustavotvorcu. U ovim se dakle parametrima kreće međusobna akomodacija ta dva poretka, čije istodobno i konkurentno polaganje prava na status vrhovnog izvora prava većinu vremena ne kreira realne poteškoće, izvan (vrlo rijetkih) situacija opasnosti ustavnih lomova. Rasplet predmeta *Weiss/PSPP* primjer je funkcioniranja jednog takva „sigurnosnog ventila“, koji rečene opasnosti amortizira, iako na manje kooperativan i suzdržan način nego što je npr. Sarmientovim riječima „zavođenje“ SEU-a od strane talijanskog Ustavnog suda.⁶

¹ Ustav Republike Hrvatske, NN 56/1990, 135/1997, 8/1998 – pročišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 – pročišćeni tekst, 28/2001, 41/2001 – pročišćeni tekst, 55/2001 – ispravak, 76/2010, 85/2010 – pročišćeni tekst, 5/2014 – Odluka Ustavnog suda broj SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014. (dalje u tekstu: Ustav RH).

² Ibid., čl. 145.

³ C-26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, ECLI:EU:C:1963:1 od 5. veljače 1963. U ovom predmetu SEU je iznjedrio načelo izravnog učinka, prema kojem norme europskog prava mogu imati izravan učinak ako su ispunjeni određeni kriteriji.

⁴ C-6/64 *Flaminio Costa v ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66 od 15. srpnja 1964. U ovom predmetu SEU je odredio da u slučaju kolizije nacionalne norme i norme europskog prava norma prava EU-a ima prednost u primjeni.

⁵ C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, ECLI:EU:C:1978:49 od 9. ožujka 1978. U ovom predmetu SEU je odredio da je u slučaju kolizije nacionalne norme i norme europskog prava nacionalni sudac obvezan izuzeti nacionalno pravo iz primjene i supstituirati ga pravom Zajednice (pod uvjetom da predmetne odredbe imaju izravan učinak). Na taj se način osigurava učinkovitost i jedinstvenost europskog pravnog poretka.

⁶ O strategiji dijaloga koju sa SEU-om provodi talijanski Ustavni sud, koji umjesto „otvorene pobune“ pokušava „pogurati“ SEU u željenom smjeru na realističan i nenametljiv način te koji u spornim situacijama

Redovno funkcioniranje hrvatskog pravnog sustava prihvaća prioritet europskog prava, i to ne tek Osnivačkih ugovora već i sekundarnog prava te opsežne jurisprudencije SEU-a. Na to upućuje i čl. 5. st. 2. Ustava kada naglašava da je „svatko... dužan držati se Ustava i prava [naglasili autori] i poštivati pravni poredak Republike“. Zašto je riječ „pravo“ bitna? Unošenje predmetnog termina označava preuzimanje tako široko definirane europske pravne stečevine u hrvatski pravni poredak, koja ne proizlazi nužno iz ustavnog čl. 140. (koji govori o nadzakonskoj snazi ratificiranih međunarodnih ugovora), već iz sinergije čl. 5. te čl. 145. Ona u ustavnu matricu kontrole ustavnosti uvodi i SEU prepoznajući njegovu nadzornu ulogu te ovlast koordinacije tumačenja europskog prava u državama članicama. Na taj način nacionalni ustav dopušta „novačenje“ hrvatskih sudova – uključujući i Ustavni sud – u red prvostupanjskih europskih sudova i njihovu izravnu komunikaciju sa SEU-om. Kako smo *supra* naveli, *Simmenthal* traži da nacionalni sudac, suočen s dvojmom je li neki propis u skladu s pravom EU-a, prekine s postupkom i uputi SEU-u preliminarno pitanje o tumačenju primarnog europskog prava ili o valjanosti i tumačenju drugih akata institucija, tijela, ureda i agencija Unije. Kada je riječ o najvišem nacionalnom sudu (u hrvatskim okolnostima to bi bili Vrhovni i Ustavni sud), on je to *dužan* učiniti. Uz tako ekonomično implementiran izravni učinak prava EU-a ono ima i interpretativni učinak, koji za nacionalne sudove stvara obvezu tumačenja nacionalnog prava u svjetlu teksta i svrhe onih europskih izvora koji ne posjeduju izravni vertikalni učinak (u odnosima pojedinaca i države) ili ga imaju, ali nisu tako izravno primjenjivi i horizontalno (u odnosima među pojedincima).

Pritom valja konstatirati nekooperativni pristup (za svoju novu europsku ulogu nedovoljno pripremljenog?) Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu: USRH), kojem *supra* izložena funkcionalna akomodacija dva poretka, temeljena na sinoptičkom čitanju Ustava RH te prava EU-a, nije prihvatljiva. Naime USRH je 2015. u odluci o jednoj narodnoj referendumskoj inicijativi *in passim* lakonski zaključio da je Ustav RH po svojoj snazi iznad prava EU-a i da zbog toga nije potrebno ispitivati materijalnopravnu suglasnost referendumskog pitanja s pravom EU-a.⁷ Takva nekritička izjava stoji u oštroj opreci prema odluci njemačkog Saveznog ustavnog suda (dalje u tekstu: BVerfGE), koji je nakon gotovo 50-godišnjeg „ples“ sa SEU-om, gdje je nizom odluka u duhu otvorenosti i prijateljskog pristupa prema europskom pravu detaljno i (iz njemačke perspektive) suzdržavajuće skicirao ograničenja međusobnog ispreplitanja njemačkog i europskog pravnog poretka, tek 5. svibnja 2020. po prvi put utvrdio da neke radnje i odluke institucija EU-a ne mogu proizvesti pravne učinke u Njemačkoj.^{8, 9} U nastavku ćemo ukratko izložiti teorijske temelje na kojima se zasnivaju takva promišljanja BVerfGE i

kreće sa stajališta empatije s ulogom i pozicijom SEU-a, v. Daniel Sarmiento, *The CONSOB way – or how the Corte Costituzionale Taught Europe (Once Again) A Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, EULawLive Weekend Edition, br. 54, 17. travanj 2021., str. 5–6.

⁷ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-VIIR-1159/2015 od 8. travnja 2015., toč. 45.

⁸ 2 BvR 859/15 od 5. svibnja 2020.

⁹ V. i priopćenje za javnost SEU-a br. 58/20, 8. svibnja 2020., gdje Sud neumoljivo podsjeća da je dužnost nacionalnih sudova osigurati punu učinkovitost prava EU-a u državama članicama.

kojim se argumentima služi u osnaživanju polaganja prava na ulogu ultimativnog arbitra međusobnog materijalnog sukoba prava EU-a i Njemačke.

2. PRIMAT PRAVA EU-A

Europska unija temelji se na načelu dodijeljenih ovlasti, tj. države članice dokumentima ustavne snage Uniji povjeravaju nadležnosti za postizanje zajedničkih ciljeva.¹⁰ Podjela nadležnosti uređena je Osnivačkim ugovorima, pa one mogu biti isključive (čl. 3. UFEU-a), podijeljene (čl. 4. UFEU-a), komplementarne (čl. 6. UFEU-a) i – Ugovorima tek implicirano – rezervirane za države članice. U svakom djelovanju na području Unijinih neisključivih nadležnosti ključno je načelo supsidijarnosti.¹¹ Jasno je da je na područjima koja ostaju pridržana državama članicama relevantno tek nacionalno pravo – iako i ovdje pod uvjetom da takvo djelovanje poštuje europsko pravo i ne krši njegove odredbe.¹² Međutim u područjima koja jesu u nadležnosti EU-a njegovo pravo ima primat nad domaćim izvorima, pri čemu je za tumačenje prava EU-a (i eventualno ukidanje akata njegovih tijela) isključivo nadležan SEU. Pritom valja reći da se primat prava EU-a nad pravom država članica ne sidri izrijeком u Osnivačkim ugovorima, već su ti koncepti uspostavljeni judikaturom SEU-a (gore spomenutim predmetima *Van Gend en Loos*, *Costa v. ENEL* i *Simmmenthal II*). Upravo je tim odlukama počeo proces judicijalizacije politike,^{13, 14} tj. SEU je njima krenuo u stvaranje prava – gdjegdje i *ex nihilo*.¹⁵ Time je stekao epitet aktivističkoga suda, koji s ciljem unapređenja europskog projekta i danas zna ekstenzivno tumačiti odredbe prava EU-a.

Stoga je za ustavno pravo važno pitanje rješavanja mogućih sukoba u situacijama kada bi najviši nacionalni sud utvrdio da neće priznati pravni akt institucije EU-a *intra vires* koji je u konfliktu s najvišim vrednotama nacionalnog ustavnog prava ili pak akt *ultra vires* koji vrijeđa granice europskim tijelima prenesenih ovlasti. Čija je tada zadnja riječ, SEU-a ili nacionalnog suda? Razumno je naime pretpostaviti da u nekom trenutku jedna ili više država članica može procijeniti nužnim oglušiti se o načelo primata prava EU-a i postupiti protivno aktima institucije EU-a (uključujući i odluku SEU-a). Bilo je više takvih situacija,

¹⁰ Treaty on the European Union, OJ C 191/01, 29. srpnja 1992. (Ugovor o Europskoj uniji – dalje u tekstu: UEU). Kada se govori o Osnivačkim ugovorima, sukladno čl. 1. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (Treaty on the Functioning of the European Union OJ C-326, 26. listopada 2012. – dalje u tekstu: UFEU) misli se na Ugovor o Europskoj uniji i Ugovor o funkcioniranju Europske unije.

¹¹ Smerdel, Branko: *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2013, str. 230. Čl. 4. st. 2. UEU-a, doduše, specificira pitanje nacionalne sigurnosti kao isključivu odgovornost svake države članice, no izuzev toga UEU sadrži tek navod da nadležnosti koje nisu prenesene na tijela Unije ostaju pridržane članicama (čl. 4. st. 1.).

¹² Joined Cases 6/69 and 11/69 *Commission v. France*, ECLI:EU:C:1969:68 od 10. prosinca 1969., par. 17. i C-221/89 *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others*, ECLI:EU:C:1991:320 od 25. srpnja 1991., par. 14.

¹³ Rodin, Siniša, Čapeta, Tamara, *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008, str. 67.

¹⁴ Smerdel, *op. cit.* u bilj. 11, str. 40.

¹⁵ Ana Horvat Vuković, *Ustavni sud Republike Hrvatske kao „europski“ sud i očuvanje nacionalnih standarda zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 69, br. 2, 2019, str. 250.

pa su od poznatijih primjera tu odluke SEU-a protiv Mađarske i Poljske.^{16, 17} U ovome članku posebno ćemo se osvrnuti na predmet *Weiss*, nakon kojeg se BVerfGE oglašio o tu odluku SEU-a odlučivši da shvaćanje potonjeg neće imati obvezujući pravni učinak u njemačkom pravnom poretku.¹⁸ U tome nije pionir među nacionalnim sudovima jer su već i češki Ustavni sud (predmet *Landtová*¹⁹) i danski Vrhovni sud (*Ajos*²⁰) prethodno odbili primijeniti odluke SEU-a, no svakako je najznačajniji ne samo zbog nespornog utjecaja BVerfGE-a na ostale najviše sudove država članica EU-a već i jer se radi o najnovijoj epizodi više desetljeća dugih pregovora SEU-a i BVerfGE-a u zaštiti njihovih individualnih percepcija integriteta europskog pravnog poretka.

Države članice naime nisu nekritički prihvatile SEU-ovu konstrukciju supremacije prava EU-a te su je relativizirale protestirajući protiv „ustavnog vakuuma“ u kojem je to načelo usvojeno.²¹ Tako je BVerfGE u svojoj praksi do danas definirao tri iznimke u kojima pod određenim okolnostima može zabaciti načelo prioriteta europskog prava:²² prva i najpoznatija temelji se na tzv. predmetima *Solange*, koji se odnose na ponekad (u najvećoj mjeri do stupanja na snagu Povelje o temeljnim pravima EU-a 1. prosinca 2009.²³) deficitarno stanje zaštite temeljnih prava i sloboda u pravu EU-a.²⁴ Prema toj doktrini BVerfGE će se suzdržavati od nadzora pravnih akata EU-a i njihove usklađenosti s njemačkim pravom dokle god EU osigurava onu razinu zaštite temeljnih prava koja je usporediva s njemačkom. Druga se iznimka odnosi na nadzor *ultra vires* koji je BVerfGE proveo u odluci od 5. svibnja 2020. kojom je invocirao prethodno definirano pravo da nadzire jesu li institucije EU-a postupile unutar nadležnosti dodijeljenih im Osnivačkim ugovorima. Predmeti u kojima je BVerfGE već dao jasne proceduralne kriterije te kontrole jesu *Lisabon*,²⁵ *Honeywell*²⁶ te *OMT Program*,²⁷ no prvenstveno su *Honeywellom* precizno određeni njezini supstancijalni preduvjeti.²⁸ Prvo, samo akti EU-a koji su „očito“ izvan povjerenih ovlasti i na „dovoljno kvalificirani“ način prekoračuju granice u smislu da su

¹⁶ C-286/12 *Commission v Hungary*, ECLI:EU:C:2012:687 od 6. studenog 2012.

¹⁷ C-619/18 *Commission v Poland*, ECLI:EU:C:2019:531 od 24. lipnja 2019.

¹⁸ C-493/17 *Weiss et al.*, ECLI:EU:C:2018:1000 od 11. prosinca 2018. i vezana odluka BVerfGE (2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15 i 980/16 od 5. svibnja 2020. – tzv. PSPP odluka).

¹⁹ C-399/09 *Marie Landtová v Česká správa sociálního zabezpečení*. ECLI:EU:C:2011:415 i vezana odluka češkog Ustavnog suda u predmetu *Holubec*, Pl. US 5/12 od 31. siječnja 2012.

²⁰ C-441/14 *Dansk Industri (DI), acting on behalf of Ajos A/S v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI:EU:C:2016:278 od 19. travnja 2016.

²¹ O tome v. Ana Horvat Vuković, „Svoga tela gospodar“ – Europska složena republika i kontrola *ultra vires* djelovanja tijela EU, Zagrebačka pravna revija, vol. 8, br. 2, 2019, str. 82.

²² Petersen, Niels, *Karlsruhe's Lochner Moment? A Rational Choice Perspective on the German Federal Constitutional Court's Relationship to the CJEU After the PSPP Decision*, German Law Journal, vol. 21, br. 5, 2020, str. 998.

²³ Iako v. i suvremene kontroverzne predmete, gdje se primjenom Povelje prava prve generacije podvrgavaju poduzetničkim slobodama (predmeti *Bougnaoui* i *Achbita* iz 2017.) i snižavaju nacionalni ustavni (*Melloni*, 2013) te zakonski standardi (*Alemo-Herron*, 2013).

²⁴ *Solange I*, 2 BvL 52/71 i *Solange II*, 2 BvR 197/83.

²⁵ 2 BvE 2/08 od 30. lipnja 2009.

²⁶ 2 BvR 2661/06 od 6. srpnja 2010.

²⁷ 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13 i 13/13 od 21. lipnja 2016. (konačna odluka nakon primitka mišljenja SEU-a po zatraženom prethodnom mišljenju o tumačenju prava EU-a).

²⁸ Horvat Vuković, *op. cit.* u bilj. 21, str. 88.

„posebno značajni za strukturu ovlasti između država članica i Unije s obzirom na načelo prijenosa ovlasti“ mogu biti *ultra vires*. SEU mora imati mogućnost reakcije kroz postupak prethodnog odlučivanja te BVerfGE nastupa tek ako SEU propusti na taj način ispraviti prekoračenje ovlasti Unije. Zaključno, BVerfGE će prihvatiti svako iole obranjivo tumačenje koje SEU ponudi. Treća je iznimka naknadni odvjetak kontrole *ultra vires*²⁹ i odnosi se na nadzor *ustavnog identiteta* kako bi se sačuvala normativna srž njemačkog ustava (prije svega načelo demokracije, vladavina prava i jamstvo ljudskoga dostojanstva). Formulirana 2009. godine u predmetu *Lisabon*, ta kontrola impregnira sposobnost ustavne države da se demokratski samooblikuje (par. 252.) i sprečava podlijeganje zaštite ustavnog identiteta balansiranju u analizi proporcionalnosti.³⁰

Postavljanjem tih iznimki BVerfGE isključuje apsolutni primat prava EU-a nad njemačkim pravom smatrajući da je država članica kao „gospodarica Ugovora“ ultimativni arbitar potencijalnih jurisdikcijskih sukoba. Nalazi da primat nije intrinzičan pravu Unije te da se osnova legitimiranja primata prava EU-a nalazi unutar ustavne strukture država članica.³¹ Drži da je EU derivativnog i sekundarnog karaktera u odnosu na njegove države članice te da crpi svoj legitimitet posredno, iz nacionalnih ovlašćujućih akata.³² EU ne posjeduje vlastiti suverenitet u smislu autonomnih ustavnih dokumenata, pa ne može posjedovati ni *Kompetenz-Kompetenz* „u situaciji gdje su njegove ovlasti ograničene načelom prijenosa i gdje se njihovo proširenje može postići samo slobodnim djelovanjem naroda u procesu samoodređenja“.³³ Suglasni smo da teorija o apsolutnom primatu prava EU-a nije održiva s obzirom na nacionalne posebnosti država članica. EU se sastoji od 27 država članica, od kojih je svaka oblikovana svojom poviješću, kulturom, socio-ekonomskim silnicama, zemljopisnim položajem i ostalim značajkama koje ih čine različitima u odnosu na druge. Jedna od temeljnih značajki složenih državnih uređenja jest to da raspolažu isključivo onim ovlastima koje su njihove sastavnice na njih prenijele. S obzirom na to da će pojedine države članice zasigurno u odnosu na pojedina pitanja vitalna za razvoj njihova društva imati različite pristupe, inzistiranje na apsolutnom primatu prava EU-a dovelo bi do urušavanja odnosa suradnje i poštovanja uzajamnih različitosti.

²⁹ Svaki europski akt koji vrijeđa njemački ustavni identitet ujedno je i *ultra vires* jer vrijeđa načelo ograničenog prijenosa ovlasti – tijela EU-a nemaju ovlast regulirati pitanja na način na koji je to spriječen njemački ustavotvorac i ona nisu ni mogla biti obuhvaćena ratifikacijskim dokumentom. Za više o konceptu ustavnog identiteta v. Biljana Kostadinov, *Ustavni identitet*, u: Bačić, A. (ur.), *Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2011, str. 305–337; Biljana Kostadinov, *Constitutional review of constitutional amendments, Transformation of Law Systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989-2015*, Liber amicorum in honorem Reiner Arnold, Szymt, A. i Banaszak, B. (ur.), Gdansk University Press, 2016, str. 459–470; Ana Horvat Vuković, *Referendum narodne inicijative 2013. – ustavni identitet kao osnova ustavnosudskog aktivizma*, u: Podolnjak, R., Smerdel, B. (ur.), *Referendum narodne inicijative u Hrvatskoj i Sloveniji – Ustavopravno uređenje, iskustva i perspektive*, Hrvatska udruga za ustavno pravo, 2014, str. 149–177.

³⁰ Zahtjev BVerfGE-a za prethodnim tumačenjem, *OMT Program* (v. bilj. 24), 2014, par. 29.

³¹ Simon, Sven, Rathke, Hannes, „Simply not comprehensible“. *Why?*, German Law Journal, vol. 21, br. 5, 2020, str. 951.

³² *Lisabon*, par. 231.

³³ *Ibid.* i *Maastricht* odluka, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155 od 12. listopada 1993., paras. 187–188.

3. ODLUKA SEU-A U PREDMETU WEISS I ODLUKA BVERFGE-A O PSPP-U

U jeku ekonomske krize u EU-u pred BVerfGE-om je pokrenut ustavni postupak kojim je grupa građana osporavala pravnu valjanost mjera tzv. kvantitativnog popuštanja (engl. *quantitative easing*), koje su od travnja 2015. do prosinca 2018., pa opet od 1. studenog 2019. omogućile europskom sustavu središnjih banaka otkup dužničkih instrumenata tijela javnog sektora država članica. Tzv. program PSP (*Public Sector Purchases*, dalje u tekstu: PSPP) omogućio je gotovo besplatno financiranje vlada država članica EU-a i povećanje monetarne baze u cilju održavanja razine inflacije blizu granice od 2 %.³⁴ Podnositelji ustavne žalbe BVerfGE-u tvrdili su da su takve mjere *ultra vires*, tj. da izlaze izvan ovlasti povjerene Europskoj središnjoj banci (dalje u tekstu: ESB) primarnim pravom (vođenje *monetarne* – nipošto ekonomske – politike za zajedničku valutu, tj. euro).³⁵ Sukladno svojoj obavezi prema standardu *Honeywell*, BVerfGE je (tek po drugi put u svojoj povijesti) SEU-u podnio zahtjev za prethodnim odlučivanjem vezan uz valjanost Odluke (EU) 2015/774 ESB-a o programu kupnje vrijednosnih papira javnog sektora na sekundarnim tržištima te tumačenje čl. 4. st. 2. UEU-a (ugovorna varijanta klauzule ustavnog identiteta), čl. 123. (zabrana monetarnog financiranja) i čl. 125. (zabrana odgovornosti EU-a ili bilo koje njegove članice za financijske obaveze druge članice) UFEU-a.³⁶ Pritom je ostavio malo prostora sumnji kako smatra da je PSPP *ultra vires*, iako se koristio blažom formulacijom od „diktata“³⁷ iz svojeg prvog zahtjeva za prethodnim odlučivanjem u predmetu *OMT* 2014. godine (također vezanog uz politiku ESB-a).³⁸ Analizirajući ton tog obraćanja SEU-u, u pravu je Sarmiento kada zapaža da je oštar diskurs BVerfGE-a, temeljen na „revoltu i frustraciji“, kontraproduktivan ako doprinosi osjećaju odvijanja nadmetanja „zero-sum game“ među sudovima bez pobjednika – za razliku od suptilnijeg (i kontraintuitivno uspješnijeg!) razgovora u duhu međusobnog uvažavanja koji se odvija između SEU-a i nekih drugih ustavnih sudova.³⁹

Analiza SEU-a uvelike slijedi liniju argumentacije uvedenu u *Gauweileru*: navodi da se, kako bi dokučili je li određena mjera u domeni monetarne politike, treba ponajprije osvrnuti na njezine ciljeve (par. 53.). Kao što proizlazi iz uvodne izjave osporavane Odluke ESB-a, proklamirani je cilj mjere doprinijeti vraćanju stopa inflacije na razine koje su ispod, ali blizu 2 % u srednjoročnom razdoblju (par. 54.). UFEU glavni cilj monetarne politike definira na općenit i apstraktan način (par. 55.), što ostavlja ESB-u široku marginu diskrecije prilikom poduzimanja potrebnih mjera u tom području. Zaključuje se da se poseban cilj iz uvodne izjave Odluke ESB-a može dovesti u vezu s glavnim ciljem Unijine monetarne politike (par. 57.). Što se pak tiče ključnog pitanja je li mjera proporcionalna

³⁴ Horvat Vuković, *op. cit.* u bilj. 21, str. 89.

³⁵ Čl. 127. UFEU-a.

³⁶ *Weiss*, par. 1.

³⁷ Franz C. Meyer, *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, *German Law Journal*, vol. 15, br. 2, 2014, str. 119.

³⁸ 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13, 2731/13 i 13/13, od 14. siječnja 2014. Odluka SEU-a vodi se pod brojem C-62/14 (*Peter Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:400 od 16. lipnja 2015.).

³⁹ Sarmiento, *op. cit.* u bilj. 6.

cilju koji se njome želio postići, SEU također odgovara pozitivno. Naime prema ustaljenoj praksi Suda načelo proporcionalnosti zahtijeva da su akti institucija Unije prikladni za ostvarenje legitimnih ciljeva koje slijedi zakonodavstvo o kojem je riječ i da ne prekoračuju granice onoga što je nužno za ostvarenje tih ciljeva (par. 72.). Iako cilj koji se želi ostvariti jest legitiman, uz to još uvijek valja verificirati je li PSPP-om ono što je nužno za postizanje tog cilja „očito“ prekoračeno (par. 79.). Sud utvrđuje da ništa ne upućuje na to da se ESB-ov željeni cilj mogao postići drugom, manje invazivnom vrstom mjera monetarne politike te da valja smatrati da se PSPP-om u načelu ne prekoračuje očito ono što je nužno za postizanje tog cilja (par. 81.).

Proizlazi da ta odluka, kao i prethodna u predmetu *Gauweiler*, propušta podvrgnuti navode ESB-a onakvoj strogoj kontroli razmjernosti za koju BVerfGE drži da je u ovom slučaju nužna. Prihvaćajući manjak stručnosti sudaca SEU-a u pitanjima ekonomske politike te uvažavajući ograničen mandat sudbene vlasti, također držimo da uvažavanje izjava nezavisnih regulatora *bona fide* ne predstavlja potrebnu razinu sudbenog nadzora. Drugi korak testa razmjernosti, onaj nužnosti, pretvoren je u slabiji zahtjev da mjera „nije očito“ nerazmjerna, tj. da ESB u njezinu usvajanju ne pokazuje „očitu grešku u rasuđivanju“ (par. 24.).⁴⁰ Radi se o viziji demokracije zadovoljene izostankom jasnih kršenja načela vladavine prava i u tome temeljito različitoj od one BVerfGE-a, koji zahtijeva da autonomija i manjak demokratske legitimacije ESB-a budu popraćeni posebno strogim nadzorom.

Nastavno na odgovor SEU-a, BVerfGE je 5. svibnja 2020. donio odluku kojom proglašava odluku SEU-a u *Weissu ultra vires*. Ona u Njemačkoj stoga nema obvezujući pravni učinak i njemačkim je tijelima vlasti zabranjena njezina provedba.^{41, 42} Iako smo *supra* napomenuli da to nije prvi put da je neki najviši nacionalni sud spriječio provedbu odluke SEU-a zbog prekoračenja ovlasti danih mu primarnim pravom, događaj je od epohalne važnosti s obzirom na ulogu BVerfGE-a kao najutjecajnijeg europskog ustavnog suda. Time je do krajnje posljedice doveo svoju već isticanu (no dotad tek teorijsku) nadležnost da samostalno odluči o valjanosti akta ESB-a, institucije koja je temeljem Ugovora načelno pod isključivom nadležnošću SEU-a.⁴³ Bundesbank je odlukom o *PSPP-u* dobio tromjesečni rok u kojem mora obustaviti svoje sudjelovanje u programu PSP i u dogovoru

⁴⁰ Radi se o odjeku *Gauweilera*, komentirajući kojeg Hofmann navodi da je Sud reformulirao utvrđivanje „nužnosti“ mjere u izostanak „*manifest error of assessment*“ u njezinu usvajanju – usprkos prijedlogu svog A. G. Villalóna, koji je tražio da se utvrdi da je korištena mjera bila „stogo nužna“: „Iako mjera koju razmatramo ovdje može proći test prikladnosti, korištena sredstva mogu svejedno biti pretjerana u usporedbi s drugim mogućnostima koje su bile na raspolaganju ESB-u. Iz tog kuta prikladno je ispitati je li ESB usvojio mjeru koja je *stogo nužna* [op. autora]“ (par. 177. Mišljenja, citirajući prijašnju praksu prema C-331/88 *Fédesa and Others* EU:C:1990:391 par. 13. i C-180/00 *Netherlands v Commission* EU:C:2005:451, par. 103.) – Herwig Hofmann, *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union*, University of Luxembourg, Working Paper, 19. lipanj 2015., str. 19. Jasno je da dokazivanje „storge nužnosti“ mjere predstavlja viši prag legitimacije od utvrđivanja da mjera nije usvojena temeljem „očite pogreške u rasuđivanju“.

⁴¹ Martin Sandbu, *German court has set a bomb under the EU legal order*, Financial Times, 5. svibnja 2020.

⁴² Daniel Sarmiento, Dolores Utrilla, *Germany's Constitutional Court has gone nuclear. What happens next will shape the EU's future*, Euronews, 22. svibnja 2020.

⁴³ Ibid.

s ESB-om riješiti pitanje dužničkih instrumenata već otkupljenih u njegovu okviru. Isti je taj rok dan i ESB-u da donošenjem nove odluke pokuša na shvatljiv i obrazložen način demonstrirati zašto ciljane mjere monetarne politike nisu nerazmjerne u odnosu na ekonomske i fiskalne učinke osporavanog programa (par. 235.). Naime kao središnji kamen spoticanja u međusobnom odnosu SEU-a i BVerfGE-a u ovoj se sudbenoj sagi profiliralo pitanje *metodoloških standarda*, tj. činjenice da metode i načela tumačenja SEU-a nisu počivala na zadovoljavajućoj razini u procjeni djelovanja jednog nezavisnog regulatora kao što je ESB. Kada SEU „očito zanemari“ (PSPP, par. 112.) tradicionalne europske metode tumačenja, BVerfGE drži da time krši čl. 19. UEU-a i dužnost osiguranja da se u tumačenju i primjeni Ugovora poštuje pravo. Nije na BVerfGE-u da zamijeni tumačenje SEU-a svojim, barem ne dok ono nije „arbitrarno iz objektivne perspektive“ (ibid.), ali ako SEU na taj način prekrši čl. 19. UEU-a, njegova odluka lišena je demokratske legitimnosti (par. 113.) i zahvaljujući propustu da provede prikladni test razmjernosti „jednostavno neshvatljiva“ (par. 116.). To znači da se zbog propusta SEU-a da provede potrebnu razinu testa razmjernosti ne može sa sigurnošću reći zadovoljava li odluka ESB-a taj test. Petrić tako navodi da je sigurno da BVerfGE smatra da je SEU u *Weissu* iznevjerio ne samo njemačke već i vlastite standarde tumačenja i da je *ta* pogreška ono što njegovu odluku potvrđuje kao *ultra vires*.⁴⁴

Marzal ocjenjuje da je intencija BVerfGE-a bila da SEU-u očita ponižavajuću bukvicu⁴⁵ ocjenjujući da način na koji potonji primjenjuje test razmjernosti „ostavlja to načelo besmislenim“ (par. 127.) za svrhe razlikovanja predstavlja li određena mjera zahvat u domeni ekonomske politike (rezervirane državama članicama) ili one monetarne (u isključivoj nadležnosti EU-a). Povod takvoj eskalaciji diskursa možda se može naći u činjenici da je BVerfGE još u zahtjevu *OMT* za prethodnim odlučivanjem podsjetio SEU (paras. 64.-66. *et seq.*) da u određivanju naravi mjere treba „podignuti veo“ i sagledati amalgamiranu sliku individualno zakonitih instrumenata te ocijeniti njihovu ustavnost u holističkom pogledu na međusobno isprepletene mehanizme. I u PSPP-u BVerfGE upozorava na „potpuno zanemarivanje“ učinaka programa PSP na ekonomsku politiku (par. 133.), što po Sudu omogućuje ESB-u da provodi (zabranjenu mu) ekonomsku politiku dok god tvrdi da pritom koristi sredstva monetarne politike (ibid.). Cilj ocjene razmjernosti u ovom slučaju naime i nije bio postoji li razmjernost između mjera monetarne politike u odnosu na ciljeve monetarne politike; no ukoliko prve imaju učinke i na ekonomsku politiku, test razmjernosti mora obuhvaćati i njih. I tu je kontekst u kojem BVerfGE zaključuje da je „jednostavno neshvatljivo“ vidjeti da SEU nalazi da nema nikakvih problema vezanih uz nadležnost ESB-a da postupa.⁴⁶ Sud ponavlja *dictu* svoje odluke *OMT* : „Velikodušno prihvaćanje, kao činjenice, proklamiranih ciljeva institucija EU-a dok im se istodobno odobrava široka margina prosudbe i značajno smanjenje intenziteta sudbenog nadzora može omogućiti... tijelima EU-a da autonomno odlučuju o opsegu ovlasti koje su im države članice prenijele“ (par. 134.). Njemačka ustavna vizija

⁴⁴ Davor Petrić, „*Methodological Solange*“ or the spirit of PSPP, European Law Blog, 18. lipanj 2020.

⁴⁵ Toni Marzal, *Is the BVerfGE PSPP decision „simply not comprehensible“?*, Verfassungsblog, 9. svibanj 2020.

⁴⁶ Simon, Rathke, *op. cit.*, u bilj. 31, str. 953.

zaključuje da stabilnost cijena jednostavno nije vrijedna cijene onoga što percipira kao žrtvovanje demokracije i načela vladavine prava.

4. POSLJEDICE: „NUKLEARNA ZIMA“ PROLONGIRANOG USTAVNOG SUKOBA ILI PRILIKA ZA JAČANJE METODOLOGIJE (I POLOŽAJA) SEU-A?

Što se tiče pravnih učinaka, *PSPP* kao „akt ustavne pobune“⁴⁷ donosi potencijalno dalekosežne posljedice. Prije svega, to je najvažnija „europska“ odluka u 70-godišnjoj suradnji Luksemburga i Karlsruhea, koja bi svakako mogla potaknuti druge države članice da prkose odlukama SEU-a⁴⁸ s obzirom na status BVerfGE-a kao „zapovjednika oružanih snaga“ najviših sudova članica EU-a.⁴⁹ Čapeta smatra da takva odluka može oslabiti stabilnost pravnog sustava Unije pitajući se što će sada spriječiti npr. poljski Ustavni sud da potencijalne odluke SEU-a kojima bi se osudile mjere kojima se umanjuje nezavisnost sudstva u toj državi proglasi *ultra vires*.⁵⁰ Osim takvih posljedica za međusudbenu borbu za prevlast ističe i možda i važniju ekonomsku. Odluka kojom se Bundesbanku (neizravno) zabranjuje provedba politike PSPP ESB-a može imati paneuropske implikacije uspostavom presedana kojim za nadzor funkcioniranja nacionalnih središnjih banaka u provedbi europske monetarne politike više nije nadležan SEU (v. čl. 130. i 271. UFEU-a), već nacionalni najviši sudovi, koji bi bili ultimativno nadležni za provedbu strogog testa proporcionalnosti u svim idućim mjerama ESB-a i implementacijskim odlukama nacionalnih središnjih banaka.⁵¹ Navodi se da „užasavajuće posljedice“⁵² odluke o *PSPP-u* ugrožavaju „dugo građeni federalni poredak EU-a“ i prijete funkcioniranju cijelog sustava.⁵³ To mišljenje ne dijeli Grimm, koji ne smatra da se dogodilo nešto neočekivano.⁵⁴ BVerfGE je više puta natuknuo voljnost na provedbu

⁴⁷ Sarmiento, Utrilla, *op. cit.*, u bilj. 42.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Faraguna, Pietro, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, Brooklyn Journal of Constitutional Law, vol. 41, br. 2, 2016, str. 522.

⁵⁰ Čapeta, Tamara, *Rat europskih sudova u jeku Covid krize: Njemački ustavni sud protiv Suda Europske unije*, EURACTIV, Jutarnji list, 6. svibnja 2020. U vremenu nakon dovršetka ovoga rada, poljski Ustavni sud svojom je K 3/21 odlukom od 7. listopada 2021. okončao primat prava EU-a u Poljskoj, zaključujući ne samo da se valjanost prava EU-a mora ocjenjivati u odnosu na standarde koje postavlja poljski ustav već i da se ne mogu priznati odluke SPEU-a koje se ne temelje na nadležnostima koje Osnivački ugovori izričito povjeravaju EU-u. Jasno je da se od 7.10.2021. niz nedavnih odluka SPEU-a vezanih uz neovisnost poljskih sudova smatraju *ultra vires* i kao takve su za Poljsku neprimjenjive.

⁵¹ Čapeta navodi primjere programa pomoći u borbi protiv covid-19 (*Pandemic Emergency Purchase Program* – PEPP i druge mjere) – *op. cit.* Njezin oprez dobro je utemeljen s obzirom na ustavnu žalbu podnesenu 8. ožujka 2021. kojom se pred BVerfGE-om upravo osporava politika PSPP ESB-a. Predmet se vodi pod signaturom 2 BvR 420/21.

⁵² Sarmiento; Utrilla, *op. cit.* u bilj. 42.

⁵³ S takvim opaskama, zasnovanim na prihvaćanju postojanja nezavisnog normativnog autoriteta Unije, ne možemo se složiti. Naprotiv, pristajemo uz federalističku viziju „složene republike“, gdje su upravo doktrine ustavnog identiteta i kontrole *ultra vires* zdrave „push back“ strategije, koje osiguravaju suradnju u istinskom federalističkom duhu ravnopravnosti.

⁵⁴ Grimm, Dieter, *A Long Time Coming*, German Law Journal, vol. 21, br. 5, 2020, str. 944. I Petrić smatra da „intervencija nacionalnih sudova na razini pravila tumačenja prava EU-a“ nije „tako pretjerana“ *ukoliko* se odluka o *PSPP-u* protumači kao „očajnički poziv za više metodološkog integriteta“ (pa je stoga naziva „metodološkom *Solange*“ odlukom) – Davor Petrić, *op. cit.* u bilj. 44.

kontrole *ultra vires*, no također i da će odbiti priznati odluku SEU-a tek u iznimnim situacijama, pod tri *Honeywellova* uvjeta. Samo neslaganje u tumačenju Osnivačkih ugovora nije dovoljno, pa su možda hiperbolični zaključci o „nuklearnoj eksploziji“ njemačkog suda – dapače, stajalište SEU-a treba biti neodrživo i arbitrarno da bi BVerfGE reagirao. Grimm tako drži da je u slučaju gdje opravdanja programa PSP koja je ponudio ESB objektivno nisu mogla zadovoljiti ustavni test razmjernosti BVerfGE osjećao da nema izbora, nego da mora postupiti onako kako je postupio.⁵⁵ U prilog tome govori i njegovo racionalno postupanje u vidu tromjesečne odgode stupanja na snagu zabrane provedbe programa ESB-a, smišljene da ponudi ESB-u priliku da u tom vremenu (raz)uvjeri njemačka tijela vlasti detaljnijim obrazloženjima i dokazima u korist zadovoljavanja strogog testa proporcionalnosti. Nakon što je ESB to i učinio,⁵⁶ objavljeno je da je svojim naknadnim postupcima zadovoljio uvjete odluke o *PSPP-u* te je Bundesbanku dopušteno daljnje sudjelovanje u programu PSP.⁵⁷

Da je BVerfGE – iako protektivan u odnosu na svoju viziju europskog projekta – *in ultima linea* integraciji iskreno odan, pokazano je svojom zaključnom odlukom od 18. svibnja 2021., kojom je potvrdio da su savezna vlada i Bundestag u ljeto 2020. pravilno adresirali srž njegova mandata za *PSPP* i procjenu dopuštenosti politike PSP ESB-a zasnovali na ispravnoj razini analize razmjernosti.⁵⁸ Mišljenja smo da je BVerfGE na taj način nastupio pomirljivo balansirajući svoju vjeru u europsku zajednicu naroda sa svojim ovlastima temeljem njemačkog ustavnog prava, koje mu povjerava zadaću čuvara Ustava, a u tom cilju i krajnjeg nadzornika tijela EU-a u njihovu pridržavanju ovlasti prenesenih im nacionalnim legitimirajućim aktima (ustavne snage). Poruka je nedvosmislena: ne postoji mogućnost ekstenzivnog tumačenja prava EU-a koje služi procesu daljnje integracije bez uspostave zasebne, demokratske legitimirajuće osnove.⁵⁹ No i sam se EU jasno postavio, pa je Komisija u lipnju 2021. Njemačkoj uputila zahtjev za očitovanjem kao prvi korak u postupku utvrđivanja povrede obveze temeljem Ugovora (tzv. „*infringement proceedings*“ iz čl. 258.–260. UFEU-a) navodeći da smatra da odluka o *PSPP-u* predstavlja „ozbiljan presedan“. ⁶⁰ *Timing* ovog postupka tek je naoko neobičan (Komisiji je trebalo 13 mjeseci

⁵⁵ Grimm, *ibid.*, str. 948. Podsjetimo, analiza proporcionalnosti SEU-a, oštrim riječima BVerfGE-a, jest „objektivno arbitrarna“ (*PSPP*, par. 118.), „neodrživa“ (par. 119.), „beznačajna“ (par. 127.) i „neshvatljiva“ (par. 153.).

⁵⁶ Iako ESB nije izdao „novu odluku koja na razumljiv i potkrijepljen način dokazuje da ciljevi monetarne politike koje *PSPP* ostvaruje nisu nerazmjerni“ (*PSPP*, par. 235.), poduzeo je velike korake da na drugi način uvjeri njemačku vladu i Bundestag u razmjernost i učinke programa PSP. Izdao je nekoliko detaljnih zapisnika svojih sastanaka te na zahtjev predsjednika Bundesbanka Jensa Weidmanna odobrio odavanje niza dokumenata saveznoj njemačkoj Vladi, uz dopuštenje da oni budu podijeljeni s Bundestagom. To uključuje odgovore na 43 pitanja koja je Izvršni odbor ESB-a primio u predmetu pred BVerfGE-om – Dolores Utrilla, *Three months after Weiss: Was nun?*, EULawLive, 5. kolovoz 2020.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 od 29. travnja 2021.

⁵⁹ Akti tijela EU-a *ultra vires* predstavljaju povredu supstantivnog sadržaja biračkog prava kao temeljnog ustavnog prava građanki i građana Njemačke po čl. 38. Ustava. To proizlazi iz uloge tog prava kao mehanizma implementacije čl. 20. Ustava, koji jamči demokratski karakter njemačke države i poštivanje načela narodnog suvereniteta – odluka *OMT*, par. 17.

⁶⁰ Službena obavijest Njemačkoj od 9. lipnja 2021. zbog povrede načela primata prava EU-a, na: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_2743.

da postupi prema čl. 258. UFEU-a), no razumno je pretpostaviti da je takav početak povezan s prošlogodišnjim pregovorima o uspostavi 750 milijardi eura vrijednog fonda „*Next Generation EU*“ (NGEU) za oporavak EU-a od ekonomskih i društvenih učinaka pandemije covid-19.⁶¹ Aktiviranje čl. 258. ipak nije tek znak mehaničke provedbe propisa, već „hitac upozorenja“ BVerfGE-u, koji ne posustaje u preuzimanju odgovornosti za nadzor poštivanja načela ograničenog prijenosa ovlasti, posebno u okolnostima prešutnog i fragmentiranog klizanja prema uspostavi primarnim pravom zabranjene fiskalne unije.⁶² Naime trenutno se pred BVerfGE-om vodi i novi postupak kontrole *ultra vires* (kao i kontrole ustavnog identiteta) vezan uz Odluku Vijeća o sustavu vlastitih sredstava Europske unije od 14. prosinca 2020.⁶³ Iako je Sud odbio zaustaviti njezinu ratifikaciju, upozorava da prigovori tužitelja nisu „očigledno bez osnove“ te da je moguće da je Odluka *ultra vires* i suprotna njemačkom ustavnom identitetu, što će biti predmetom postupanja u glavnom postupku pokrenutom putem ustavne žalbe. Zanimljiva je konstruktivna analiza proporcionalnosti inherentna u odluci BVerfGE-a da odbije zaustavljanje ratifikacije Odluke, temeljena na međusobnom odvagivanju ugroženih pravnih interesa koje odbija eksternalizaciju troškova nastojanja zaštite njemačke ustavne autonomije na ostale države članice EU-a: s jedne strane tu je potencijalno „nepovratna“ šteta za NGEU, koja bi mogla dodatno opteretiti strane odnose, kao i one unutar EU-a. S druge strane posljedice pogrešne procjene ustavnosti Odluke „nose značajno manju težinu“ s obzirom na to da njemački zakonodavac procjenjuje da je scenarij gdje bi njemački proračun zaista bio pretjerano opterećen potrebom dodatnog financiranja NGEU-a „nerealističan“.

5. ZAKLJUČAK

Važnost Unije u osnivanju ekonomske integracije koja je omogućila nikad viđeniji gospodarski prosperitet na području Europe neupitna je i nesporna. Važan, a možda i presudan razlog zašto je cilj koji su si osnivači Europske zajednice za ugljen i čelik postavili 1951. godine ostvaren je snažnom pravnom infrastrukturom i potporom tom projektu. SEU je bio ključan u uspostavi načela poput izravnog učinka, nadređenosti i ostalih, koja su omogućila djelotvorno funkcioniranje Zajednica, a potom i Unije. Prihvatanje teze o načelnoj nadređenosti („*primacy*“, za razliku od neumoljive „*supremacy*“) prava EU-a u legitimirajućim nacionalnim dokumentima i praksi najviših sudova država članica bilo je ključan uvjet za ostvarenje učinkovitosti i jedinstvenosti europskog pravnog poretka. Nedvojbeno je da je primat prava EU-a ključan za njegovu koheziju, no uz uzimanje u obzir derivativne prirode te složene zajednice država. To znači da svako širenje ovlasti ne može biti ostvareno „ustavotvornim“ djelovanjem SEU-a u

⁶¹ V. „*Europe's Moment: Repair and Prepare for the Next Generation*“, 27 May 2020, COM(2020) 456 final.

⁶² V. Benedikt Riedl, *Corona Reconstruction Fund stopped for the time being*, European Law Blog, 14. travnja 2021.

⁶³ Odluka ovlašćuje Komisiju na posuđivanje do 750 milijardi eura u ime EU-a te mora biti ratificirana od strane svih država članica EU-a. Sabor RH Odluku je izglasao 18. prosinca 2020. (NN 146/2020), no pred BVerfGE-om je pokrenut postupak njezina osporavanja kao *ultra vires* i povređujuće u odnosu na njemački ustavni identitet. Zahtijevalo se izdavanje privremene mjere zabrane ratifikacije Odluke do donošenja konačne odluke BVerfGE-a – v. 2 BvR 547/21 od 15. travnja 2021.

onom što De Witte naziva „puzajućim širenjem ovlasti“,⁶⁴ već konsenzusom legitimiranim ustavnim odlukama naroda Europe. Sudbeno navođena evolucija prema federalnoj državi, bez istodobnog podizanja razine demokratske legitimacije, značila bi neprihvatljiv demokratski strukturni deficit,⁶⁵ koji ne doprinosi ostvarenju izvorišta i odredišta svake integracije – ravnopravnosti članica i uvažavanju njihove mogućnosti samoopredjeljenja. Od te opasnosti može nas sačuvati samo budno motrenje nad poštovanjem granica postojećeg sporazuma europskih naroda – osnivačkih ugovora koje su oni ratificirali i koji neprekoračivo sapinju tijela EU-a u njihovu djelovanju. Postupanje izvan tih granica neprihvatljivo je kao *ultra vires* i zahtijeva primarno reakciju SEU-a te – ukoliko on ne ispuni svoje dužnosti prema Ugovorima – najviših sudova država članica kao sigurnosnog mehanizma koji ultimativno sprečava mogućnost ustavnih lomova.

Primat prava EU-a stoga je temeljni strukturalni alat europskog pravnog poretka, no inherentno ograničen genezom i pravnom prirodom te složene države. Nikakva "odvažna samopercepcija"⁶⁶ SEU-a ili ESB-a ne može na tu činjenicu utjecati, pa umjesto primjene dvostrukog pritiska ne samo odlukama SEU-a (*Gauweiler* i *Weiss*) već i pokretanjem postupaka protiv država članica radi povrede Ugovora u slučajevima kada one zapravo štite integritet same Unije demokratski napredak radije može ostvariti međusobna akomodacija ustavnih aktera (EU-a i država članica). Kada "papirnata upozorenja" (odluka *OMT*) nisu dovoljna za navođenje SEU-a na pooštavanje kriterija nadzora tijela kao što je ESB, BVerfGE demonstrira da neće ustuknuti ni pred sukobom sa SEU-om u onom što percipira kao borbu za zaštitu europskog projekta. Jer sada zaokruženo specificiranje supstancijalnih i *proceduralnih* kriterija provedbe kontrole *ultra vires* u odluci o *PSPP-u* aktualizira federalističko načelo do svog logičnog ishoda, ciljajući na dugoročnu stabilnost europske integracije. Ako želi trajati, ona mora iznaći način da amortizira želju za osamostaljenjem od „roditelja“ i da se pokorava ograničenjima (vlastitog) prava – barem dok ne pribavi pristanak europskih naroda na evoluciju njihova društvenog ugovora. To je ključno u situaciji gdje su mogući daljnji ustavni sukobi (s BVerfGE-om, ali i s drugim voljnim najvišim sudovima) zahvaljujući dosad nedovoljno kontroliranom bujanju "kreativnih" mjera demokratski neodgovornog ESB-a.

U pravu je Feichtner kad navodi da odluku u predmetu *PSPP* možemo stoga promatrati kritički, kao prepreku, ili konstruktivno, kao poticaj za demokratizaciju upravljanja društvom i društvenim bogatstvom, koji uvodi procesne preduvjete koji mogu demokratizirati monetarnu politiku. Ističe da je to osobito slučaj ako poziv BVerfGE-a da ESB razmotri i odvažne ekonomske i društvene učinke svoje monetarne politike protumačimo na način da se to odnosi na *sve* značajne distributivne učinke, uključujući one na (rodnu) nejednakost, radnu snagu, očuvanje bioraznolikosti i napore u

⁶⁴ Bruno De Witte, *Euro Crisis, Response and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, br. 3, 2015, str. 441–442.

⁶⁵ Christoph Schönberger, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea*, *German Law Journal*, vol. 10, br. 8, 2009, str. 1206.

⁶⁶ Weiler, J.H.H., *The Constitution of Europe: „Do the New Clothes Have an Emperor?“ and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, 1999, str. 24.

ublažavanju klimatskih promjena.⁶⁷ Treba kultivirati otvorenu debatu i raznolikost stavova – Riles koncipira takvu pojačanu interakciju između sustava središnjih banaka i javnosti kao „financijsko građanstvo“, koje može ojačati legitimitet monetarne politike. Kako uočava Majone, središnje su banke politički i društveno „bez korijena“ te u tom pogledu djeluju u svojevrsnom vakuumu.⁶⁸ Različite demokracije tome su iznašle različita rješenja, ali sva uključuju ključnu ulogu komunikacije između takvih tehnokratskih i demokratski legitimirani(ji)h institucija. BVerfGE-ov „proceduralni *Solange*“ (kako ga prikladno naziva Petrić) može se promatrati kao potreban korak eksternog nadzora u situaciji neodobrenog širenja ovlasti ESB-a, koji koristi (od 2009. kontinuiran) diskurs „krize“ na način koji ide *ultra et extra* granica Unijinih ovlasti. U situaciji u kojoj SEU, pogonjen idejom „nužnosti“ spašavanja monetarne unije, suboptimalno igra svoju ulogu čuvara Ugovora, PSPP je možda upozorenje koje je nužno čuti. Rješenje ovom potencijalno iscrpljujućem tangu dva snažna suda može predstavljati Weilerova i Sarmientova ideja osnivanja miješanog vijeća u okviru SEU-a kao foruma gdje bi se pitanja *Kompetenz-Kompetenz* rješavala u sastavu koji bi legitimitet crpio iz omogućavanja „glasa“ kako Uniji tako i članicama.⁶⁹ Sastav od sudaca SEU-a, kao i onih ustavnih sudova država članica, imao bi nadležnost da u posljednjem stupnju rješava sukobe nadležnosti, prepoznajući da postupak zahtjeva za prethodnim tumačenjem nacionalnim sudovima ne daje dovoljan „glas“ i potiče ih prema „izlazu“.⁷⁰ Ova – kako je nazivaju – „strukturalna korekcija“ mogla bi doskočiti činjenici da razrješenje pitanja kome pripada pojedina ovlast nudi tek binarne opcije i otežava uspostavu kooperativnog dijaloga među uključenim sudovima.⁷¹ Sama po sebi, ideja svakako ne predstavlja ultimativno rješenje potencijala sukoba, jer i dalje ne prekludira mogućnost nacionalnih sudova da u konačnici posegnu za doktrinom *ultra vires*. No slažemo se kako bi „dramatično smanjila“ izglednost (ali i legitimitet) takvih radikalnih rješenja. Uvažavanje drugog i pokušaj ostvarenja uzajamnosti perspektiva, uostalom, uvijek su najbolji način amortizacije nesporazuma i ostvarenja harmoničnog suživota.

⁶⁷ Isabel Feichtner, *The German Constitutional Court's PSPP Judgement: Impediment and Impetus for the Democratization of Europe*, German Law Journal, vol. 21, br. 5, 2020, str. 1100.

⁶⁸ Majone, G., *Rethinking European Integration After the Debt Crisis*, London, University College, European Institute, Working Paper br. 3/2012, 2012, str. 14.

⁶⁹ J. H. H. Weiler, Daniel Sarmiento, *Op-Ed: The EU Judiciary after Weiss – Proposing a New Mixed Chamber of the Court of Justice. A Reply to Our Critics*, EULawLive, 6. srpanj 2020.

⁷⁰ Ibid. O „voice-exit“ teoremu v. npr. J. H. H. Weiler, *The European Community in Change: Exit, Voice and Loyalty*, *Irish Studies in International Affairs*, vol. 3, br. 2, 1990, str. 15–25.

⁷¹ Sarmiento, *op. cit.* u bilj. 6, str. 8.

**THE PSPP JUDGMENT OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT:
AN ESCALATION OF CONFLICT OR A CALL TO IMPROVE THE
INTERPRETATION METHOD OF THE COURT OF JUSTICE
OF THE EUROPEAN UNION?**

In this paper, the authors consider the relationship between the national law of Member States and EU law in terms of regulating the issue of Kompetenz-Kompetenz. Through the prism of the judgments of the ECJ and of the German Federal Constitutional Court in the respective cases of Weiss and PSPP, they evaluate the situation where an individual Member State claims that an EU body acted *ultra vires* (beyond the competences conferred upon it by the founding Treaties). They present the process of introducing the EU *acquis* into the national constitutional order and analyse whether the present development of the EU as a community that embodies the federal principle (in a *sui generis* manner) establishes the absolute or only limited supremacy of EU law over national law. They offer an overview of the main principles of EU law through the jurisprudence of the European Court of Justice and the accompanying judicialization of politics, while the central focus is on the ECJ's Weiss judgment, and the following PSPP judgment of the German Federal Constitutional Court. The communication of the two courts regarding these cases represents the last episode of the intention of the highest German court to supervise and constrain the expansion of the competence of the European Central Bank concerning economic policy issues. The importance of this Court's judgment cannot be overstated given that it was the first time in nearly 70 years of EU membership that the application of an act of a body of the European Union was rejected. In the conclusion, the authors express their opinions on the role of the ECJ in creating the project of a community of European nations and make proposals regarding the direction in which the relationship between the EU and Member States should develop in terms of supremacy of law in order to strengthen the legitimacy and democratic potential of the EU.

Keywords: European Union, supremacy, German Federal Constitutional Court, European Central Bank, *Weiss*, *PSPP*, *ultra vires*

Ivan Borna Ninčević, LL.M

Biljana Kostadinov, PhD, Full Professor with tenure at the Chair of Constitutional Law of the Faculty of Law, University of Zagreb

Ana Horvat Vuković, PhD, Associate Professor at the Chair of Constitutional Law of the Faculty of Law, University of Zagreb

KONVENCIJA O EUROPSKIM KRAJOBRAZIMA I PRAVA ČOVJEKA

Izvorni znanstveni rad

UDK 341.176(4)

351.853:341.2

341.232.7

341.231.14

Primljeno: 16. lipnja 2021.

Leon Žganec Brajša *

U tekstu se sustavno prikazuju odredbe Konvencije o europskim krajobrazima, višestranog međunarodnog ugovora nastalog u okviru Vijeća Europe, kojega je stranka i Republika Hrvatska. Na početku daje se pregled definicije krajobraza i promjene u koncepciji krajobraza kao zaštićenog dobra koje su se oblikovale u ovoj Konvenciji. Upozorava se na redefiniranje krajobraza kao objekta zaštite u prijelazu od koncepcije koja krajobraze promatra kao odijeljene segmente državnog područja koji zaslužuju zaštitu prema koncepciji prema kojoj planiranje i politike usmjerene na očuvanje krajobraza trebaju biti primijenjene na cjelokupno državno područje. Pri tome problematizira se općenitost te definicije te se pokušava odgovoriti na pitanje kako formulacija definicije utječe na cjelinu Konvencije i njezinu normativnu vrijednost. Nakon razmatranja definicije krajobraza analizira se i detaljnije upozorava na specifičnosti pojedinih odredbi same Konvencije. Na kraju razmatra se i pitanje povezanosti Konvencije s područjem zaštite prava čovjeka, osobito socijalnih i kulturnih prava, te se odgovara na pitanje zašto se Konvencija ne može smatrati ugovorom o pravima čovjeka, ali može za njih imati određenu simboličku važnost.

Ključne riječi: očuvanje krajobraza, zaštita okoliša, kulturna prava, Konvencija o europskim krajobrazima, krajobraz u međunarodnom pravu

1. UVOD

Konvencija o europskim krajobrazima (*European Landscape Convention, Convention européenne du paysage*) višestrani je međunarodni ugovor usvojen u Firenci 2000., kada ga je potpisala i Republika Hrvatska.¹ Konvencija je otvorena za potpisivanje državama članicama Vijeća Europe, ostalim europskim državama te Europskoj uniji. Do kraja siječnja 2021. Konvenciju je potpisala 41 država, uz 40 ratifikacija (sve države potpisnice osim Malte).² Iz tog je podatka jasno kako je Konvencija o europskim krajobrazima relativno široko prihvaćena u krugu država članica Vijeća Europe te kako postoji svijest

* Leon Žganec Brajša, asistent na Katedri za međunarodno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

¹ Hrvatski je sabor Konvenciju ratificirao 19. rujna 2002., a objavljena je u: Zakon o potvrđivanju Konvencije o europskim krajobrazima, *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 12, 2002.

² Popis država koje su potpisale i/ili ratificirale Konvenciju dostupan je na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/176/signatures> (pristupljeno 31. siječnja 2021.).

država o potrebi zaštite krajobraza³ na razini međunarodnog prava, u ovom slučaju putem višestranog međunarodnog ugovora.⁴

Unatoč dvadesetogodišnjem vijeku ovog akta literatura o njemu na hrvatskom jeziku neznatna je te, koliko je poznato autoru, ne postoji rad koji bi sustavno prikazao njezine odredbe. Kako bi se ta praznina pokušala popuniti, ovaj rad donosi pregled odredbi Konvencije s upućivanjem na određene specifičnosti pojedinih normi i njihova nomotehničkog ustroja te tumačenja. Usto razmatraju se i neke dvojbe koje su se pojavile u vezi s Konvencijom. Konkretno, prva se dvojba postavlja oko dosega i uspješnosti definicije krajobraza, elementa o kojem ovise sve ostale norme Konvencije. Problematizira se općenitost definicije te se kroz analizu pokušava dati odgovor je li takva, općenita definicija sveobuhvatna i zato pozitivna ili je to zapravo čini teže primjenjivom i Konvenciju stoga više načelnim dokumentom. Druga dvojba postavlja se oko pitanja je li Konvencija ugovor koji se može interpretirati kao ugovor o pravima čovjeka, odnosno je li struktura odredbi takva da bi se iz nje mogla izvoditi prava izravno adresirana pojedincima ili skupinama čiji je dio identiteta povezan s karakteristikama određenog krajobraza.

U skladu s redosljedom konvencijskih odredbi, na početku se razmatra definicija krajobraza i krajobraz kao zaštićeno dobro, nakon čega se prelazi na pregled odredbi Konvencije. Zatim se razmatra pitanje o normama Konvencije kao potencijalnim jamstvima prava čovjeka. Na kraju će se ponuditi zaključci i pokušati odgovoriti na dvojbe.

2. DEFINICIJA KRAJOBRAZA

Nakon što se razvije svijest o potrebi zaštite dobra, njegovoj vrijednosti zbog koje treba uživati društvenu i pravnu zaštitu, a kako bi ta zaštita bila učinkovita, potrebno je to dobro jasno definirati, razgraničiti od drugih dobara. U pravu to se čini definicijama. Tako i Konvencija o europskim krajobrazima u članku 1. stavku 1. točkama a)–f) sadrži više definicija pojmova koji su relevantni za njezin opseg regulacije. U ovom radu prikazat će se i analizirati te definicije i njihov opseg. Prva je od njih definicija samog pojma krajobraza, koji se tako pretvara u pravni pojam. Nakon nje slijedi niz definicija povezanih sintagmi, čija je upotreba diktirana svrhom Konvencije, a to je efikasna zaštita krajobraza.⁵ To su, redom, krajobrazna politika, cilj kvalitete krajobraza, zaštita krajobraza, upravljanje krajobrazom i planiranje krajobraza. Svaka od tih definicija

³ U radu će se, u skladu sa službenim hrvatskim prijevodom Konvencije, koristiti pojam krajobraz umjesto istoznačnice krajolik, koja označava isti geografski pojam, a na koji se odnosi pravni pojam koji je predmet analize u ovome radu. Usp. natuknica *pejzaž*, Hrvatska enciklopedija, svezak 8, Zagreb, 2006, str. 362.

⁴ Navedenu svijest država potpisnica očituje i dikcija Preambule Konvencije, koja u alineji 11., nakon nabiranja argumenata u prilog povećanoj brizi za očuvanje krajobraza u prethodnim alinejama, navodi kako su se države sporazumjele o sadržaju Konvencije *nastojeći da novi propis bude posvećen isključivo zaštiti, upravljanju i planiranju svih krajobraza u Europi*.

⁵ Tako u alineji 8. Preambule stoji: *U uvjerenju da je krajobraz vrlo važan za dobrobit pojedinca i društva te da njegova zaštita, upravljanje i planiranje nameću prava i obveze za svakog (...)*.

potrebna je u kontekstu pojedinih odredbi Konvencije, a zajedničko im je što sve sadrže pojam krajobraza.

Prva definicija, na kojoj se temelje sve ostale, jest definicija krajobraza. On se u članku 1. Konvencije definira kao: *određeno područje, viđeno ljudskim okom, čija je narav rezultat međusobnog djelovanja prirodnih i/ili ljudskih čimbenika*.⁶ Iz sadržaja definicije vidljivo je kako se Konvencijom pravni pojam krajobraza određuje vrlo široko. Prema definiciji nekoliko je elemenata koji moraju biti zadovoljeni kako bi se određeno područje moglo smatrati krajobrazom u smislu Konvencije i stoga uživati međunarodnopravnu zaštitu na razini Vijeća Europe, iz koje proizlaze i obveze država prema samom krajobrazu kao objektu zaštite, osobama zainteresiranim za očuvanje krajobraza, drugim državama i Vijeću Europe kao međunarodnoj organizaciji u čijem je okrilju donesena ova Konvencija (više o tome *infra*). Ti su elementi: 1. određeno područje, 2. percepcija tog područja kao krajobraza⁷, 3. specifična narav krajobraza koja je rezultat prirodnog i/ili ljudskog međudjelovanja.

Prvi element definicije upućuje na stav da krajobraz mora biti određeno područje, odnosno prostor. Engleski izvornik za taj element definicije ima pojam *area*, dok francuski izvornik spominje *partie de territoire*, iz čega bi se moglo činiti kako se krajobrazom smatraju definirane, od drugih područja odijeljene zone ili prostori. No Konvencija zapravo prihvaća drukčiji pristup. Krajobraz mora biti prostorno određen, no ne i omeđen. Konvencija ovdje uvodi bitnu razliku prema ostalim, starijim aktima koji su regulirali područje zaštite značajnih krajobraza. Naime ona se, kako potvrđuju objašnjenja uz Konvenciju, primjenjuje na cijelom državnom području, ne razdvajajući obične krajobrazne od onih koji su specifično značajni po nekim svojim karakteristikama. Tradicionalno, krajobraz se definirao upravo na temelju svojih specifičnih obilježja, onih faktora prirodnog i/ili ljudskog djelovanja koji ga čine krajobrazom definiranih i specifičnih obilježja.⁸ Upravo su ta obilježja bila supstrat zaštite krajobraza, vrijednost na kojoj se temelje svi instrumenti zaštite krajobraza. Ova Konvencija to mijenja i kao svoj *ratio legis* uzima zaštitu (potencijalnih) krajobraznih vrijednosti cijelog državnog područja.⁹ Dakle kako bi se pojedinom području mogle pripisati, odnosno u njemu prepoznati te vrijednosti, nije ga potrebno prvo geografski, prostorno odrediti, omeđiti, već je potencijalna krajobrazna vrijednost inherentna svakom području. Zbog toga taj se element u definiciji nameće kao temeljni uvjet pravne (ne)preciznosti i određenosti svih

⁶ Hrvatski prijevod engleskog izvornika Konvencije, objavljen je u NN MU 12/2002. Engleski izvornik glasi: *an area, as perceived by people, whose character is the result of an action and interaction of natural and/or human factors*.

⁷ Kod ovog je elementa moguće uočiti stanovit problem s prijevodom, naime u izvorniku on glasi: *as perceived by people*, dok u prijevodu nedostaje taj dodatak, čime se može steći pogrešan dojam kako Konvencija ne uključuje subjektivistički element definicije.

⁸ Strecker, Amy, 'The 'Right to Landscape' in International Law, u: Egoz, Shelley, Makhzoumi, Jala, Pungetti, Gloria (ur.), *The Right to Landscape: Contesting Landscape and Human Rights*, Ashgate, Farnham, 2011, str. 156.

⁹ To se izriče i u stavcima 43.–45. Objašnjenja uz Konvenciju o europskim krajobrazima (u daljnjem tekstu: Explanatory Report); vidjeti: Explanatory Report to the European Landscape Convention, dostupno na: <https://rm.coe.int/16800cce47> (pristupljeno 2. veljače 2021.).

ostalnih odredbi Konvencije. Odlukom da se ide na takvo proširenje dosega pravnog pojma krajobraza, bez ikakva prostornog ograničavanja, riskiraju se dvije mogućnosti, od kojih nijedna ne bi bila povoljna za ostvarenje svrhe Konvencije. Prva je od njih nemogućnost primjene jer se krajolici koji zaslužuju međunarodnopravnu pozornost i zaštitu ne mogu odrediti. Druga je opasnost u mogućnosti da države krajolicima koji uživaju zaštitu proglašavaju nedefinirana, prevelika ili premala područja.¹⁰

Drugi element definicije mogao bi se odrediti subjektivističkim. Naime kako bi se određeno područje moglo definirati kao krajobraz u smislu Konvencije i, posljedično, uživati zaštitu koju mu ona pruža, potrebna je percepcija tog područja kao krajobraza. U vezi s tim elementom definicije postavlja se pitanje čija je percepcija dovoljna kako bi taj uvjet bio zadovoljen. Je li to percepcija stanovništva, lokalnih vlasti na čijem se području nalazi pojedinačno područje ili državnih vlasti, koje mogu izraziti volju države kao stranke Konvencije?

Problem se donekle može riješiti promatranjem izvornog teksta Konvencije, čime se ujedno upućuje na određenu nepreciznost prijevoda. U izvornim tekstovima, engleskom i francuskom, stoji: *perceived by people*, dok se u francuskom izvorniku nalazi: *perçue par les populations*. Dakle percepcija od strane ljudi, stanovništva. To potvrđuju i objašnjenja uz Konvenciju,¹¹ koja uz taj element definicije spominje lokalnu populaciju ili posjetitelje.¹² Taj subjektivni kriterij iz definicije upućuje na shvaćanje prema kojem je u određivanju koji će prostori uživati povišeni stupanj zaštite kao krajobraz u smislu Konvencije prvenstveni determinirajući faktor shvaćanje nedržavnih entiteta. Važnost se pridaje ne izboru države ili njezinih organa, već postojanju svijesti o vrijednosti određenih krajobraza kod onih koji ga uživaju – lokalnog stanovništva ili posjetitelja. Ipak, na ovom je mjestu potrebno prisjetiti se kako su stranke konvencije upravo države, jer populacije ili posjetitelji nemaju oblikovanu pravnu osobnost, a onda ni sposobnost postati strankom međunarodnog ugovora.¹³ Kako prema općim pravilima međunarodnoga prava međunarodni ugovori obvezuju svoje stranke¹⁴ te se one obvezuju u svojim djelovanjima postupati sukladno odredbama ugovora kojima su stranke, država će ipak imati značajnu ulogu u provedbi te odredbe. Naime država će u konačnici s jedne strane morati procijeniti kojim će krajolicima pružiti zaštitu na temelju njihove percepcije kao značajnih od strane populacije ili posjetitelja. S druge strane država je i adresat odredbi te Konvencije jer ona osigurava zaštitu i očuvanje krajobraza jednom kada je neko područje prepoznato kao vrijedno i potrebno zaštite.

Treći element definicije, specifična narav krajobraza koja je rezultat prirodnog i/ili ljudskog međudjelovanja, čini se potencijalno najproblematičnijim u pokušaju

¹⁰ Odgovornost za prepoznavanje i definiranje područja koja uživaju konvencijsku zaštitu uvijek je na državi stranci, što proizlazi iz sustavne interpretacije članka 4. Konvencije.

¹¹ Explanatory Report, str 8.

¹² (...) as perceived by local people or visitors (...), *Ibid.*

¹³ Usp. Andrassy, Juraj, Bakotić, Božidar, Lapaš, Davorin, Seršić, Maja, Vukas, Budislav, *Međunarodno pravo 2*, Školska knjiga, Zagreb, 2012, str. 56.

¹⁴ *Ibid.*, str. 90.

određivanja opsega značenja. Naime određenje tog uvjeta ovisi o nizu faktora, koji obuhvaćaju niz disciplina i područja. Zbog toga bilo bi teško sastaviti taksativnu listu elemenata koji bi morali biti ispunjeni kako bi se neki krajobraz mogao smatrati specifičnim, posebno kad se ima u vidu opće određenje Konvencije o primjeni na cijelo državno područje, a ne tek neke, odijeljene segmente krajobraza. Ni objašnjenja uz Konvenciju ne pružaju mnogo prostora za definitivni zaključak o tome kojim su se kriterijima autori Konvencije vodili u oblikovanju tog dijela definicije krajobraza. Iz pozivanja teksta Konvencije na akte oblikovane u okviru Organizacije ujedinjenih naroda za obrazovanje, znanost i kulturu te Vijeća Europe vidljivo je kako je ta Konvencija dio šireg sustava zaštite kulturne baštine, prirodne baštine i okoliša.¹⁵ Unutar tog sustava, zapravo triju podsustava, postoje razvijeni kriteriji za procjenu specifične naravi koju neki objekt posjeduje i time zaslužuje zaštitu te njegovo pravno definiranje.¹⁶ Uklapanje Konvencije u taj sustav upućuje na to kako se ona ne stvara izvan kriterija uspostavljenih u okviru tog sustava. Ipak, kriteriji koji su razvijeni za druge oblike zaštite kulturne baštine ne mogu se automatski i mehanički primijeniti na zaštitu krajobraza kao specifičnog područja. Stoga se nameće dvojba oko granica definicije, osobito ovog njezinog elementa. Jedna od temeljnih funkcija definicije jest određivanje predmeta, objekta zaštite, zaštićenog dobra na koje se odnosi pojedini pravni akt. Upravo će se to pitanje, granica definicije, odnosno pokušaja određivanja gdje su granice krajobraza kao objekta zaštite te Konvencije pokušati obraditi u sljedećem poglavlju.

2.1. Objekt zaštite (zaštićena dobra)

Opseg Konvencije, zapravo opseg zaštićenih dobara, određen je člankom 2. On glasi: Uz primjenu odredbi sadržanih u članku 15.,¹⁷ ova se Konvencija odnosi na cjelokupno područje stranaka i obuhvaća prirodna, ruralna, gradska i prigradska područja. Konvencija obuhvaća kopno, područja kopnenih voda i morskih područja. Odnosi se na krajobraze koji se mogu smatrati iznimnim kao i na uobičajene ili degradirane krajobraze.

¹⁵ Šesti stavak Objašnjenja uz Konvenciju izrijekom navodi ranije akte nastale u okviru UNESCO-a i Vijeća Europe u ovom području (Explanatory Report, str. 2).

¹⁶ Razmatranje kriterija zaštite baštine i okoliša premašuje predmet ovoga rada, a o tim kriterijima postoji obimna literatura. Za kulturnu baštinu instruktivan pregled daje Šošić u radu: Šošić, Trpimir Mihael, Pojam kulturne baštine – međunarodnopravni pogled, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 51, br. 4, 2014, str. 833–860, s ondje navedenom literaturom. Za zaštitu okoliša u kontekstu prava čovjeka kao dobar pregled može poslužiti članak: Eleftheriadis, Pavlos Z., *The Future of Environmental Rights in the European Union*, u: Alston, Philip (ur.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, str. 529–549, i brojni drugi.

¹⁷ Člankom 15. regulirana je teritorijalna primjena Konvencije, koju države članice u ispravi o ratifikaciji mogu ograničavati ili proširivati na dijelove svoga državnog područja pod propisanim uvjetima. Međutim iz Objašnjenja uz Konvenciju, ali i sustavnog tumačenja njezinih odredbi (posebno članka 2.), proizlazi kako bi ograničavanje na dio državnog područja, dok se neki drugi dio isključuje, bilo pogrešno i suprotno ciljevima i svrsi Konvencije. Stoga Objašnjenja navode kako se ta odredba odnosi samo na područja koja nisu dio matičnog teritorija države, već su područja u odnosu neke vrste ovisnosti, poput primjerice Grenlanda ili Farskih (Ovčjih) Otoka.

Dakle određivanje opsega krajobraza kao zaštićenog dobra u Konvenciji provedeno je općenito i bez konkretiziranja kriterija kojima se mogu pobliže odrediti krajolici koji uživaju konvencijsku zaštitu. To otežava pokušaje ograničavanja pojma krajobraza i sužavanja objekta zaštite, zaštićenog dobra u korist čijeg se očuvanja kreira i primjenjuje Konvencija. Prema članku 2. dakle krajobraz u Konvenciji može biti gotovo svako područje koje odgovara uvjetima iz definicije u članku 1. Ti su uvjeti i sami postavljeni vrlo općenito. Područje se mora percipirati kao vrijedno te nastati djelovanjem bilo prirodnih ili ljudskih čimbenika ili njihovom kombinacijom. Kada se promotre određenja koja daje ta definicija, dolazi se do zaključka kako bi gotovo svako područje moglo biti zaštićeno Konvencijom kao značajan krajobraz.

Takvo široko određenje krajobraza proizlazi iz antropocentričnog pristupa koji Konvencija zauzima, odnosno potrebe da se usklade pristupi čuvanja obilježja krajobraza s njegovim neumitnim mijenjanjem uslijed međudjelovanja prostora i stanovništva koje na njemu živi.¹⁸ U tom smislu Konvencija se susreće sa starom dvojnom u području zaštite baštine i zaštite okoliša između dva temeljna pristupa, konzervacionističkog i prezervacionističkog. Konzervacionistički pristup podrazumijeva korištenje dobara (prostora) na ekološki održiv način.¹⁹ Pri tome u određenju dopustivost korištenja zauzima se antropocentrična perspektiva, odnosno važnost koju korištenje prirodnih resursa ima za ljude, osobito one koji na tim područjima žive ili ih tradicionalno koriste.²⁰ Na drugoj je strani u debati prezervacionistički pristup, koji teži očuvanju zaštićenih dobara u njihovoj što čišćoj formi, lišenoj svake ljudske intervencije, osim one koja teži očuvanju.²¹ Konvencija nedvojbeno zauzima konzervacionistički, antropocentrični pristup. Naime odredbe Konvencije naglašavaju sudjelovanje lokalnog stanovništva u određenju nekog krajobraza i njegova značaja te stalno konzultiranje države kao adresata konvencijskih normi, čija je odgovornost provedba konvencijskih odredbi s lokalnim stanovništvom. Štoviše, operativne odredbe Konvencije u dijelu koji propisuje mjere koje trebaju poduzeti vlasti država stranaka (članci 5. i 6. Konvencije) odnose se upravo na osiguravanje i poboljšavanje takve komunikacije i međudjelovanja između države kao osiguravatelja zaštite i stanovništva koje tu zaštitu treba usmjeravati i u čiju je korist ona, u konačnici, i osnovana. Kako bi se proširio doseg takva pristupa, koji usuglašava akciju države i potrebe lokalnog stanovništva, na što širi krug krajobraza,²² definicija je postavljena vrlo široko. Objašnjenja uz Konvenciju, izrađena u okviru Radne grupe za izradu „Nacrta smjernica za primjenu Konvencije o europskim krajobrazima“, na nekoliko mjesta izrijekom spominju sudjelovanje u odlučivanju kao pravo lokalnog stanovništva.²³

¹⁸ Strecker, Amy, *Landscape Protection in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, str. 100.

¹⁹ Carlarne, Cinnamon, Putting the “And” Back in the Culture-Nature Debate: Integrated Cultural and Natural Heritage Protection, *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 25, br. 1, 2006–2007, str. 163.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, str. 164.

²² To je naglašeno člankom 2. Konvencije, o čemu više vidjeti *supra*.

²³ Explanatory Report, str. 8.

Argumenti koji podržavaju maksimizirajući pristup u definiranju krajobraza mogu se svesti na dvije skupine: promociju participacije i specifičnosti europskih krajobraza.²⁴ Kako je proklamirano u Preambuli Konvencije kroz pozivanje na odgovarajuće međunarodnopravne akte, promocija participacije ugrađena je u Konvenciju kao realizacija načela supsidijarnosti. Konkretno, spominju se Europska povelja o lokalnoj samoupravi te Konvencija o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju o okolišu i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša (Konvencija iz Aarhusa, zaključena 1998.). U temelju je oba ta ugovora načelo supsidijarnosti kao temeljni pristup u reguliranju odnosa između lokalnih vlasti i središnje države u ostvarivanju participacije stanovništva u donošenju odluka. Supsidijarnost znači da se odluke, kad god je to moguće, donose na lokalnoj razini, najbliže stanovništvu.²⁵ Stoga bi i što je više moguće krajobraza trebalo uključiti u procese upravljanja njihovim očuvanjem i korištenjem kroz primjenu supsidijarnosti. Kako bi se to ostvarilo, definicija krajobraza mora biti odgovarajuće široka. Drugi argument, specifičnost europskih krajobraza, temelji se na činjenici kako su brojni europski krajolici kroz povijest često mijenjali državnu pripadnost, namjenu, i prolazili kroz niz transformirajućih procesa. Sve takve krajobraze želi se uključiti u konvencijske kategorije.

S druge strane argument protiv takva određenja krajobraza jest njegova pretjerana općenitost. Naime kako bi pravna norma bila učinkovita, potrebno je da pojmovi koji je čine budu što je više moguće određeni.²⁶ Bez konkretizacije, norma upada u opasnost pretjerane općenitosti, što će u praksi značiti otežavanje njezine primjene. Pristup kojim se normom želi obuhvatiti što veći broj zaštićenih dobara i tako ih sačuvati može voditi u drugu krajnost, a to je da takva norma ne ostvari svoju svrhu zbog pretjerane općenitosti.

3. PREGLED ODREDBI KONVENCIJE

Najvažniji cilj Konvencije koji proizlazi i iz njezine preambule i iz odredbi jest demokratizacija upravljanja krajolicima. Njezina provedba osigurana je kroz uključivanje zainteresirane, osobito lokalne javnosti u proces donošenja ključnih odluka o upravljanju krajobrazom, što je ujedno i ostvarenje načela supsidijarnosti. Tako utvrđeni ciljevi Konvencije razrađeni su u njezinim odredbama, koje se detaljnije promatraju u nastavku te se upućuje na neke njihove nedostatke.

Drugo poglavlje Konvencije, naslovljeno „Nacionalne mjere“, u tom je smislu najznačajnije. U člancima 4., 5. i 6. razrađuju se procedure i mjere na nacionalnoj razini, dakle one mjere koje bi države članice Konvencije trebale poduzeti kao konkretan način njezine provedbe.

²⁴ Usp. Strecker, *op. cit.* (bilj. 18), str. 97, 103.

²⁵ Usp. primjerice definiciju supsidijarnosti u radu koji vremenski koincidira s nastankom Konvencije: Koprić, Ivan, Okviri, naglasci i perspektive aktualne decentralizacije u Hrvatskoj, *Hrvatska javna uprava*, god. 3, br. 3–4, str. 425–426.

²⁶ Perić, B., *Struktura prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009, str. 19–25.

Načelo supsidijarnosti temelj je svake primjene i provedbe mjera iz Konvencije, a to pravilo potvrđeno je člankom 4. U njemu se primjena Konvencije izrijeком podvrgava tom načelu, uz pozivanje na Europsku povelju o lokalnoj samoupravi kao akt kojim su regulirane granice tog načela. Konkretno, Europskom poveljom o lokalnoj samoupravi definirano je kako će se javne ovlasti obavljati „tako da se preferira da pripadaju vlastima koje su najbliže građanima“.²⁷ Radi se dakle o općenitoj obvezi, čije je jasnije definiranje i određivanje sadržaja prepušteno državama strankama Povelje.²⁸ Vraćajući se na Konvenciju koja je tema ovoga rada, jasno je kako pozivanjem na Povelju o lokalnoj samoupravi ona znatno ograničava svoj izravni utjecaj na pravne sustave država stranaka. Naime države kojima je, u skladu sa širokim mogućnostima tumačenja pravnih sredstava implementacije načela supsidijarnosti u praksi, prepušteno da mjere iz Konvencije kojima je predviđena posebna briga o zaštiti krajobraza implementiraju u svoje pravne sustave, ostavljena je široka sloboda tumačenja što znači primjena Konvencije. Naličje takve odredbe znatno je sužena mogućnost njezina kršenja i stoga uspjeha u pravnoj zaštiti koja bi se mogla tražiti pred međunarodnim sudovima protiv države koja bi odbila primjenjivati Konvenciju i tako štetila krajobrazu. Stoga je i razumljivo kako slučajevi koji se tiču krajobraza pred Europskim sudom za ljudska prava, glavnim sudskim organom Vijeća Europe, nisu vezani uz tu Konvenciju, već kao pravni temelj svojih tvrdnji o povredama prava čovjeka tužitelji koriste Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.²⁹

Članak 5. Konvencije donosi opće mjere za zaštitu krajobraza. Zapravo radi se o općenitim, načelnim odredbama o poštivanju krajobraza kao vrijednosti zaštićene međunarodnim pravom i pravima država stranaka Konvencije. Tako se navodi niz normativnih aktivnosti koje se države stranke Konvencije obvezuju poduzeti u svrhu zaštite krajobraza. Dakle države stranke trebale bi, prema Konvenciji, u svoje zakonodavstvo i pravni sustav na više razina ugraditi pravila o cjelovitoj zaštiti krajobraza, čak i na mjestima koja nisu izravno povezana s regulacijom pitanja zaštite krajobraza i okoliša, već bi samo mogla „izravno ili neizravno utjecati na krajobraz“. U tim je odredbama vidljivo pozivanje na cijeli niz instrumenata kojima bi se trebalo regulirati područje zaštite krajobraza. Spominju se zakoni, krajobrazne politike, postupci sudjelovanja javnosti i politike regionalnog i urbanog planiranja. Te se mjere nazivaju općima, a njihova implementacija u potpunosti ovisi o državama strankama te nisu postavljeni nikakvi rokovi ili drugi uvjeti pod kojima je potrebno nacionalno zakonodavstvo i instrumente prostornog planiranja prilagoditi zaštiti krajobraza u smislu Konvencije.

Sljedeći, 6. članak Konvencije navodi niz posebnih mjera koje bi države trebale poduzeti u provedbi tog akta. I u tako strukturiranom članku, koji bi, za razliku od prethodnog, trebao prema nazivu donositi određene konkretne, provedbene aktivnosti, prva je odredba načelnog karaktera. Njome se općenito poziva države stranke da u svojim

²⁷ Zakon o potvrđivanju Europske povelje o lokalnoj samoupravi, *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 14, 1997.

²⁸ Koprić, Ivan, *op. cit.* (bilj. 25), str. 425–426.

²⁹ Strecker, *op. cit.* (bilj. 18), str. 157–167.

unutarnjim pravnim porecima rade na jačanju svijesti građana, privatnih organizacija i javnih vlasti³⁰ o njihovim ulogama u zaštiti krajobraza i promjenama koje nanose krajobrazima.³¹ Sljedeći je stavak posvećen poticanju obrazovanja za vrijednosti krajobraza i upravljanje njime. Stavak C odnosi se, kao svojevrsna iznimka u Konvenciji čije su odredbe uglavnom načelne i okvirne naravi, na konkretne mjere identifikacije i procjene. U smislu oživotvorenja te odredbe predviđaju se postupci identificiranja krajobraza diljem državnog područja, pritisaka uslijed kojih se oni mijenjaju te primanja promjena na znanje. Također se, a što ovoj obvezi daje značajniji međunarodni karakter u okviru suradnje između država članica Vijeća Europe, predviđa da se takvi postupci identifikacije i praćenja promjena na krajobrazima provode uz razmjenu iskustava i metodologije na europskoj razini. Zadnje dvije obveze, koje donose stavci D i E članka 6., obveza su postavljanja ciljeva kvalitete krajobraza kao načina na koji će se moći sustavno pratiti promjene u krajobrazu koje bi mogle tu kvalitetu na neki način izmijeniti te završna, načelna obveza uspostavljanja nacionalnih instrumenata za provedbu obveza iz tog članka.

Članci 7. i 8. u biti su tehničke naravi, određuju osnovne pravce suradnje u okviru organizacije Vijeća Europe i načine na koji će države razmjenjivati informacije o krajobrazima. Eventualno se može naglasiti kako članak 8. obvezuje države na bilateralnu suradnju, razmjenu podataka i pružanje stručne pomoći izravno od jedne države drugoj, a ne nužno uz posredovanje Vijeća Europe kao organizacije u okrilju koje je taj međunarodni ugovor nastao. Na posredan način to dokazuje kako se sa stajališta međunarodnog prava taj akt nedvojbeno može karakterizirati kao međunarodni ugovor koji države stranke obvezuje na konkretne činidbe između njih. U tom se smislu zanimljivo vratiti starom razlikovanju između „ugovora zakona“ i „ugovora pogodbi“, koje nije idealno, ali može poslužiti kao tipsko.³² Ova se Konvencija, kako se može vidjeti u člancima prikazanima *supra*, uglavnom može svrstati među „ugovore zakone“ jer sadrži odredbe kojima države prihvaćaju određena rješenja koja propisuju trajna ponašanja povezana s tretmanom krajobraza u nacionalnim pravnim sustavima.³³

³⁰ Razlika prema engleskom izvorniku „civil society“ nasuprot „građani“, dakle engleska se varijanta može interpretirati još uže nego hrvatski prijevod.

³¹ Uvođenje edukacije i participacije građana u odredbe Konvencije pokazuje njezinu sukladnost sa suvremenim trendovima participativnosti u odlučivanju o okolišu i baštini. O tome, iz politološke i sociološke perspektive, više: Woods, Kerri, *Human Rights and Environmental Sustainability*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2010, str. 113 *et seq.*

³² Ova je teorija stara (kako navodi Degan, konačni je oblik zadobila krajem 19. stoljeća, a nagovještaji joj se mogu tražiti sve do Grotiusa) i dobro poznata u doktrini međunarodnoga prava, a recipiraju je, uz određene rezerve, i hrvatski teoretičari. Vidjeti: Andrassy, Juraj, Bakotić, Božidar, Seršić, Maja, Vukas, Budislav, *Međunarodno pravo 1*, Školska knjiga, Zagreb, 2012, str. 21–22; Degan, Vladimir Đuro, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague – Boston – London, 1997, str. 489–493.

³³ Mišljenje kako je većina ugovora nastalih u okrilju Vijeća Europe oblikovana s takvim ciljevima te se može smatrati „normativnim ugovorima“ („ugovorima zakonima“) zastupa i ravnatelj Uprave za pravno savjetovanje i međunarodno pravo Vijeća Europe Jörg Polakiewicz u djelu: Polakiewicz, Jörg, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1999, str. 154. Iako objavljeno neposredno prije zaključivanja Konvencije, ovo djelo koincidira s duhom vremena njezina nastanka, a čini se kako se mnogo nije promijenilo ni do danas, barem kada je riječ o normativnim aktima Vijeća Europe

Članak 9. ponovno je više programski i načelan, jer poziva države stranke da u prostorima gdje postoje prekogranični krajobrazi potiču i uspostavljaju zajedničke programe. Iako članak ne konkretizira o kojim bi se programima moglo ili trebalo raditi, jasno je kako je riječ o istim aktivnostima koje Konvencija predviđa za krajobraze koji su u okviru granica jedne države.³⁴ Krajobrazi su često transnacionalni u smislu obuhvata, prostiru se preko državnih granica ili granice prolaze upravo kroz područja čije je krajobrazne značajke moguće i potrebno promatrati kao cjelinu.³⁵ Stoga je razumljivo kako Konvencija prepoznaje prekogranični krajobraz kao objekt zaštite, no ta je zaštita iz više razloga općenita i bez prave, učinkovite konkretizacije. Naime u članku 1. Konvencije, koja daje definicije ključnih pravnih pojmova i tako uspostavlja okvir primjene, ne postoji definicija prekograničnog krajobraza niti se on spominje. Stoga pitanje koji se krajobrazi imaju smatrati prekograničnima Konvencija ne rješava, već ostavlja otvorenim, odnosno definiranje i, posljedično, identificiranje takvih krajobraza ostavlja državama strankama na čijim se državnim područjima oni nalaze. No čak kad bi definicija i bila uključena u Konvenciju, dikcija članka 9. pokazuje njegov programski, instruktivni karakter. Naime jedina obveza koja proizlazi iz njega za države stranke jest poticanje suradnje na lokalnoj i regionalnoj razini te, kada je to potrebno, implementacija zajedničkih krajobraznih programa i politika. Iako posve u skladu s načelom supsidijarnosti i pozivanjem na Europsku povelju o lokalnoj samoupravi u članku 4., obveze iz tog članka znatno su slabije za države članice od onih iz prethodnih članaka istog dijela Konvencije.³⁶

Sljedeći, 10. članak Konvencije predviđa postojeći Odbor stručnjaka, osnovan temeljem članka 17. Statuta Vijeća Europe za praćenje provedbe Konvencije. Ta je zadaća povjerena Stalnom odboru za kulturu, baštinu i krajobraz.³⁷ Djelatnost je tog Odbora dakle vrlo široka i obuhvaća niz pitanja,³⁸ a od prioriteta koji u posljednje vrijeme dominiraju radom tog Odbora za krajobraz svakako značajne implikacije ima onaj o odnosu područja kulture, baštine i krajobraza prema održivom razvoju i sveprisutnim klimatskim promjenama.³⁹

(vidjeti Listu ugovora zaključenih u okrilju Vijeća Europe, dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list> (pristupljeno 19. svibnja 2021.)).

³⁴ Explanatory Report, str. 11.

³⁵ Zanimljiv primjer prekograničnog krajobraza u vezi s kojim je postignuta suradnja između država na čijim se državnim područjima prostire jest Regionalni park Mura – Drava, koji je u Hrvatskoj proglašen 2011.

³⁶ I općenito, Polakiewicz smatra kako ugovori nastali u okrilju Vijeća Europe vrlo rijetko sadrže odredbe koje su izravno primjenjive, već zahtijevaju veću ili manju razradu kroz nacionalne zakonske i druge akte. Konvencija koja je predmet ovoga rada u potpunosti odgovara tom gledištu. Usp. Polakiewicz, *op. cit.* (bilj. 33), str. 157.

³⁷ Članak 17. Statuta Vijeća Europe daje ovlast Vijeću ministara da osniva savjetodavne stručne i tehničke odbore za svrhe koje samo Vijeće ministara smatra potrebnima. Dakle, radi se o diskrecijskoj ovlasti, koja je člankom 10. Konvencije samo ponovljena. Vidjeti Statut Vijeća Europe, članak 17., dostupno na: <https://rm.coe.int/1680306052> (pristupljeno 13. svibnja 2021.).

³⁸ Informacije o sastavu, radu i pitanjima na dnevnom redu Odbora mogu se pronaći na njegovim mrežnim stranicama na adresi: <https://www.coe.int/en/web/cdcp-committee> (pristupljeno 19. svibnja 2021.).

³⁹ U smislu rada na razradi ovog prioriteta i dokumenata koji su iz njega proizašli za krajobraz značajna je Izjava Europske federacije krajobraznih arhitekata predana 8. Plenarnom zasjedanju Odbora održanom 2018. (Dostupno na: <https://rm.coe.int/contribution-by-ifla-working-group-on-climate-change-presented-by-mich/168098e1f9>, pristupljeno 3. ožujka 2021.), u kojoj se kroz jednostavne primjere i vrlo

Međutim osim tog Odbora u okrilju Vijeća Europe razvila se cijela mreža više ili manje formalnih radnih grupa i sastanaka koji prate i djeluju u području zaštite krajobraz, sastavljenih od priznatih stručnjaka u područjima povezanim s Konvencijom. One su privremenog karaktera, osnovane s ciljem proučavanja određenog pitanja koje se pojavljuje u primjeni Konvencije ili zaokuplja pažnju država stranaka. Tako su primjerice osnovane radne grupe za krajobraz i demokraciju, uključivanje krajobraznih politika u sektorske politike, dok je za primjenu Konvencije i njezinu interpretaciju najznačajniji rad koji je izradila kronološki prva od radnih grupa, ona za smjernice za primjenu Konvencije.⁴⁰

Članak 11. Konvencije odnosi se na Nagradu za krajobraz Vijeća Europe, koja se tim aktom ujedno i ustanovljava. U glavnim su crtama određeni kriteriji za dodjelu nagrade i postupak njezine dodjele, koji uključuje i stručnu i političku razinu odlučivanja (radne grupe i Ministarski odbor).

Poglavlje IV. Konvencije, koje nosi naslov Završne odredbe, donosi niz nomotehničkih rješenja o odnosu prema drugim propisima, teritorijalnoj primjeni, potpisivanju, ratifikaciji i stupanju na snagu, pristupu, otkazu, izmjenama i notifikacijama. Od tih, uglavnom uobičajenih nomotehničkih odredbi, kakve postoje u većini suvremenih međunarodnih ugovora, zanimljivo je izdvojiti tek neke karakteristične. Tako članak 12. određuje odnos Konvencije prema drugim propisima, propisujući kako Konvencija neće utjecati na stože propise iz istog područja. Ta je odredba tipična i važna jer približava Konvenciju drugim ugovorima koji postavljaju takozvane minimalne standarde, od kojih su mnogi iz područja prava čovjeka.⁴¹

4. KONVENCIJA – POTICAJ DRŽAVAMA ILI IZGRADNJA NOVIH PRAVA?

Vijeće Europe regionalna je vladina međunarodna organizacija, čiji je nastanak i temeljni djelokrug vezan uz promociju i unaprjeđivanje prava čovjeka u Europi.⁴² U njezinu se okrilju od osnivanja do danas razvila gusta mreža akata i tijela za zaštitu prava čovjeka, među kojima je svakako najpoznatiji, često nazivan i „krunskim draguljem“ Vijeća

sažeto poziva na promjenu paradigme u planiranju prostora prema ugljično neutralnom i zelenom promišljanju.

⁴⁰ Puni naziv te radne grupe glasi: Radna grupa za izradu „Nacrta preporuka Vijeća ministara državama članicama za upute za primjenu Konvencije o europskim krajobrazima“, a prvi je sastanak održala u siječnju 2005. u Parizu.

⁴¹ Međunarodnopravne norme zaštite prava čovjeka „minimalnim standardima“, uspoređujući ih s „minimalnim standardima“ u području investicijske arbitraže, smatra, između ostalih, Mosler u svojim predavanjima na Haškoj akademiji za međunarodno pravo 1974. Vidjeti: Mosler, Hermann, *The International Society as a Legal Community*, Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye, vol. 140, 1974; citirano prema: Legum, Barton, *The International Minimum Standard of Treatment and Human Rights: A Pedigree in the Rule of Law*, *European Investment Law and Arbitration Review*, br. 1, 2016, str. 276.

⁴² Usp. Statut Vijeća Europe, čl. 1. tč. b, dostupno na: <https://rm.coe.int/1680306052> (pristupljeno 13. svibnja 2021.). U literaturi, primjerice: Bačić, Petar, *Zaštita prava čovjeka u europskim organizacijama*, magistarski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005, str. 35 *et seq.* s pozivanjem na daljnju literaturu i kronologijom nastanka Vijeća Europe u svjetlu tih ciljeva.

Europe,⁴³ Europski sud za ljudska prava i njegova praksa u primjeni Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. U tom smislu razumljivo je da akti koji nastaju u okrilju Vijeća Europe često imaju i dimenziju koja ih smješta u područje prava čovjeka, odnosno razrađuje neka od temeljnih prava iz Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i drugih sličnih akata. Stoga se postavlja pitanje u kojoj je mjeri Konvencija koja je predmet ovoga rada akt koji razrađuje, ili možda čak pokušava nadograditi prava čovjeka uvodeći u taj podsustav međunarodnog prava novu dimenziju zaštite odnosa čovjeka i krajobraza kao prava čovjeka, a koliko je „samo“ međunarodni ugovor kojim države stranke preuzimaju obveze na određene prilagodbe.⁴⁴

Prava čovjeka specifičan su odsječak međunarodnoga prava utoliko što jamče prava pojedincima⁴⁵ (i u određenim, rjeđim, slučajevima, nekim pojedincima na temelju zajedničkih odrednica identiteta skupina kojima pripadaju – primjerice zaštita manjina⁴⁶). Ta *differentia specifica* danas se može činiti notornom, osobito u pogledu nekih od temeljnih prava takozvane prve generacije, no povijesno je u kontekstu rasprave o subjektima međunarodnog prava činila značajan prijepor.⁴⁷ Ipak, i danas je relevantna i može biti vrlo značajna u razumijevanju pojedinih novih instituta u području prava čovjeka, „novih prava“ koja se konstituiraju na temelju razvoja međunarodnoga prava čovjeka.

⁴³ Usp. primjerice dokumente Vijeća Europe: *The Future of the European Court of Human Rights and Brighton Declaration*, Background memorandum prepared by the Secretariat upon instructions of the Rapporteur, Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, AS/Jur (2012) 42, 2012, str. 3; *Brighton Declaration*, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, točke 2., 31., dostupno na: https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf (pristupljeno 17. svibnja 2021.). Sintagma se koristi i u doktrini, tako primjerice: Helfer, L. R., Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, *European Journal of International Law*, vol. 19, br. 1, str. 125–126.

⁴⁴ Međunarodnopravna zaštita prava čovjeka u doktrini međunarodnog prava ponekad se navodi kao primjer samodostatnosti kao jedan od *self-contained režima*, dakle podsustava koji sadrže vlastite sekundarne norme, kojima sankcioniraju povrede primarnih normi istog podsustava (usp. Simma, Bruno, *Self-contained régimes*, *Netherlands Journal of International Law*, vol. XVI, 1985, str. 117–135; Simma, Bruno, Pulkowski, Dirk, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Régimes in International Law*, *European Journal of International Law*, vol. 17, br. 3, 2006, str. 524–529). U kontekstu Vijeća Europe ovo je od posebne važnosti. Ponajviše u vidu Europskog suda za ljudska prava, Vijeće Europe uspostavilo je vrlo snažan mehanizam sankcioniranja država za povrede temeljnog instrumenta o pravima čovjeka nastalog u okrilju te organizacije, Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Eventualno shvaćanje Konvencije o europskim krajobrazima kao instrumenta koji nadopunjuje postojeći korpus prava čovjeka stoga bi njezine eventualne povrede moglo učiniti predmetom postupaka po tužbama pojedinaca protiv država pred tim sudom.

⁴⁵ Shestack, Jerome J., *The Jurisprudence of Human Rights*, u: Meron, Theodor (ur.), *Human Rights in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, str. 74–75.

⁴⁶ Vukas, Budislav, *Ujedinjeni narodi i zaštita manjina*, u: Skupina autora, *Ujedinjeni narodi i Hrvatska*, urednici Šimonović, Ivan, Vukas, Budislav, Vukmir, Željko, Organizator, Zagreb, 1996, str. 176–180.

⁴⁷ Sumaran, no iscrpan povijesni pregled rasprava o subjektivitetu pojedinca u međunarodnom pravu daje rad: Evans, Alona E., *The Individual and International Law*, *International Law Studies*, vol. 62, 1980, str. 701–713.

Podjela prava čovjeka na takozvane generacije temelji se na konceptu koji je 1977. prvi razvio Karel Vašák, a koji je kasnije prihvaćan i razrađivan.⁴⁸ Prema toj podjeli tri su temeljne generacije prava čovjeka, a suvremene revizije pridodaju tim generacijama još jednu, četvrtu. Prema Vašáku, prva generacija prava obuhvaća negativna prava i uglavnom se svodi na građanska i politička prava.⁴⁹ Druga generacija obuhvaćala bi prava koja zahtijevaju ulaganja i brojne pozitivne (ekonomske i druge) aktivnosti država te bi u tu grupu spadala većina socijalnih i kulturnih prava.⁵⁰ Treća generacija, po Vašáku, obuhvaća prava koja su u vrijeme nastanka te podjele bila novost u međunarodnoj zaštiti prava čovjeka, a to su različita prava koja zahtijevaju solidarnost i odgovornost više država ili čak cijele međunarodne zajednice kako bi se mogla efikasno primjenjivati, a u interesu su i pojedinca i nekih kolektiviteta.⁵¹ U njih se ubrajaju primjerice pravo na samoodređenje, pravo na život u zdravom okruženju, prava povezana sa zaštitom i očuvanjem kulturne baštine.⁵² Ako se ta podjela prihvati kao instruktivna, iako podliježe i kritikama, moguće je kreirati model koji omogućuje da se provjeri odgovara li neko pravo kriterijima za uvrštavanje u prava čovjeka ili ne s obzirom na to je li ga moguće bez teškoća svrstati u neku od generacija.

Prije toga potrebno je ipak identificirati pravo koje će se podvrći testu, odnosno koje je predmet analize. Drugim riječima, potrebno je odgovoriti na pitanje koja prava proizlaze iz Konvencije, što je učinjeno *supra*, te koja od njih *prima facie* dolaze u obzir za konstrukciju kao prava čovjeka, a koja su tek prava, odnosno obveze država stranaka na neku konkretnu činidbu ili konkretno postupanje. Nakon toga od onih prava koja se identificiraju kao prava koja nisu formirana kao prava čiji su nositelji samo države, već su im nositelji neki drugi, može se pokušati utvrditi odgovaraju li ona nekoj od generacija prava čovjeka te može li ih se smatrati takvima.

Za ocjenu u smislu konstituiranja prava iz Konvencije kao prava čovjeka posebno je važan članak 5. Konvencije. Naime, kako je detaljnije prikazano *supra*, tim člankom određeno je da će stranke krajobraz priznati kao „bitnu sastavnicu čovjekova okruženja, izraz raznolikosti zajedničke kulturne i prirodne baštine te temelj identiteta područja“. Također, određuje se kako će se „uspostaviti postupci sudjelovanja javnosti, lokalnih i regionalnih vlasti te drugih strana koje su zainteresirane za određivanje i provedbu krajobraznih politika“. Čini se kako je već na prvi pogled moguće ustvrditi da se takvim formulacijama jamče prava u korist subjekata različitih od samih stranaka Konvencije, dakle država. Također, s obzirom na to da se spominju zaštićene vrijednosti poput identiteta, kulturne i prirodne baštine, moguće je prepoznati neke od tipičnih izraza koji se pojavljuju u nizu akata usmjerenih na zaštitu kulturne i prirodne baštine, od

⁴⁸ O suvremenom viđenju Vašákovu podjele i njezinoj upotrebi vidjeti, primjerice, u: Domaradzki, Spasimir, Khvostova, Margaryta, Pupovac, David, Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse, *Human Rights Review*, vol. 20, 2019, str. 423–443.

⁴⁹ Vašák, Karel, Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights, *UNESCO Courier*, vol. 30, 1977, str. 29.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁵³ do niza normativnih akata nastalih u okviru Organizacije UN-a za obrazovanje, znanost i kulturu (UNESCO-a), od kojih je vjerojatno najpoznatija i najutjecajnija Konvencija o zaštiti svjetske kulturne i prirodne baštine iz 1972.,⁵⁴ pa sve do Konvencije o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba u području međunarodnog humanitarnog prava.⁵⁵

Zaštita identiteta, baštine i kulture u podjeli prava čovjeka na generacije kako ju je uspostavio Vašák pripada trećoj generaciji prava čovjeka, u koju ulaze i druga kolektivna prava, poput prava na samoodređenje, ekonomskih i socijalnih prava.⁵⁶ Dakle to su prava koja se određuju ne prema pojedincu samom po sebi, već prema pripadnosti pojedinca nekoj kulturnoj, identitetskoj, etničkoj, gospodarskoj zajednici.⁵⁷ Međutim, kako bi se moguća konstrukcija prava na krajobraz svrstala u kulturna prava, potrebno je identificirati ključnu poveznicu između neke zajednice, njezina identiteta i nekog barem donekle specificiranog krajobraza.⁵⁸ To ujedno i predstavlja najveću prepreku u mogućnosti da se bez rezerve ustvrdi kako Konvencija uživanje i suodlučivanje stanovništva o krajobrazu konstruira kao izvedena prava iz središnjeg prava na krajobraz shvaćenog kao kulturno pravo.

Naime kulturna prava definirana su kao prava čije je uživanje povezano sa zaštitom specifičnog kulturnog identiteta neke osobe, a koji se, kako je objašnjeno *supra*, nužno ostvaruje kroz identitet zajednice kojoj ta osoba pripada.⁵⁹ Krajobraz sam po sebi teško može zadovoljiti tu definiciju. No krajobraz koji je značajan za identitet neke zajednice to može.⁶⁰ Procjena koji je krajobraz i u kojem opsegu važan za identitet neke zajednice, a koji to nije, dakako, mnogo je više faktično nego pravno pitanje te davanje odgovora na to pitanje može biti različito od slučaja do slučaja. Konvencija u članku 5. spominje niz mjera kojima se upravo ta procjena treba vršiti. Konvencija dakle polazi od formulacija tipičnih

⁵³ Usp. članak 15. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, *Službeni list SFRJ*, Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 7, 1971.

⁵⁴ Konvencija o zaštiti svjetske kulturne i prirodne baštine, *Službeni list SFRJ*, Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 56, 1972.

⁵⁵ Konvencija o zaštiti kulturnih dobara u slučaju oružanog sukoba, *Službeni list SFRJ*, Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 4, 1956.

⁵⁶ Domaradzki *et al.*, *op. cit.* (bilj. 48), str. 425.

⁵⁷ Trubek, David M., Economic, Social and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs, u Meron (ur.), *op. cit.* (bilj. 45), str. 205–208.

⁵⁸ Kako bi se izbjegla moguća pogrešna shvaćanja, potrebno je naglasiti kako to može biti i cjelokupno državno područje ili samo neki njegov dio. Za ključnu ulogu te poveznice u definiranju kulturnih prava vidjeti: Symonides, Janusz, Cultural Rights: A Neglected Category of Human Rights, *International Social Science Journal*, vol. 50, br. 158, 1998, str. 549–572.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 564.

⁶⁰ U tom smislu bilo bi zanimljivo promotriti odnos zaštite krajobraza i prava domorodačkog stanovništva. Naime u sklopu zaštite prava domorodačkog stanovništva kao jedan od teorijskih modela, podržan i u nekim ugovorima iz područja prava čovjeka, navodi se model očuvanja kulturnog integriteta. Definiranje tog koncepta umnogome ovisi (i) o odnosu zajednice prema okolišu u kojem živi i u odnosu na koji ostvaruje određena prava. Dio je tog okoliša i krajobraz. Usp. Metcalf, Cherie, Indigenous Rights and the Environment: Evolving International Law, *Ottawa Law Review*, vol. 37, br. 1, str. 107–125.

za treću generaciju prava čovjeka te unutar nje kulturnih prava, što svakako doprinosi razumijevanju prava na očuvanje krajobrazza i identifikaciju s njime kao prava čovjeka.

Ipak, u smislu pitanja iz naslova ovog poglavlja, odgovor na dvojbu o tome uspostavlja li Konvencija nova prava ili mogu li se uopće iz nje izvoditi prava čovjeka negativan je. Naime iz strukture Konvencije i nomotehničkog oblikovanja njezinih odredbi ne proizlazi da se radi o aktu kojim se uspostavljaju, kodificiraju ili na bilo koji način normativno uređuju prava čovjeka. Potvrda tog zaključka može se naći u poblizjoj analizi normi. Sve norme (članci 4., 5., 6.) koje uspostavljaju konkretna prava i obveze nisu strukturirane na način da bi im adresati, osim država, bili pojedinci ili skupine u čiju se korist ta prava uspostavljaju. Kada bi se radilo o aktu koji pretendira uspostaviti prava čovjeka, čija je normativna *differentia specifica* u odnosu na druga prava i obveze međunarodnoga prava upravo u tome, to bi bilo nužno.⁶¹ Umjesto toga konvencijske norme adresirane su isključivo državama, i to kao njihove obveze u vezi s krajobrazom kao određenim specifičnim dijelom područja, prostora kao jednog od tradicionalnih objekata međunarodnoga prava.

Konvencija koja je predmet ovoga rada dakle nije ugovor o pravima čovjeka (*human rights treaty*) u smislu svoje strukture jer njezini adresati nisu različiti od država stranaka, nisu pojedinci ili određene skupine na koje bi se mogla izravno primjenjivati.⁶² No ona nije bez vrijednosti u kontekstu prava čovjeka treće generacije, konkretno kulturnih i socijalnih prava. Iako ih ne uspostavlja, jezik koji konvencijske odredbe koriste uvelike odgovara leksiku akata koji uspostavljaju ta i takva prava čovjeka, stoga je Konvencija zanimljiva i kao poticaj državama da krajobraze promišljaju u smislu njihove vrijednosti za lokalne zajednice i specifične načine života, što je osobito vidljivo iz članka 6., koji izriječno poziva na uključivanje lokalnih zajednica u kreiranje krajobraznih politika. To posebno dolazi do izražaja u činjenici da je Konvencija nastala u okrilju Vijeća Europe, organizacije čiji je temeljni cilj zaštita i promocija prava čovjeka i koja je s tim u vezi razvila iznimno uspješnu normativnu, sudsku i drugu praksu. Ona se ipak može smatrati značajnom u širem kontekstu promocije krajobrazza kao zaštićenog dobra u sustavu zaštite prava čovjeka koji je uspostavilo i do danas razvija Vijeće Europe, iako sama po sebi, u čisto normativnom smislu, nije akt koji se može ubrojiti među ugovore o pravima čovjeka. U konačnici, na pitanje iz naslova ovog poglavlja odgovor je kako način na koji su norme Konvencije oblikovane ne podupire stav da se njome stvaraju nova prava, već se radi o poticaju, a u nekim slučajevima i obvezi država da u svojim politikama prema krajobrazno

⁶¹ To, dakako, ima značajne implikacije na mogućnost pojedinaca da se obraćaju međunarodnim sudskim forumima stvorenima za tu svrhu (od kojih je vjerojatno najpoznatiji Europski sud za ljudska prava), radi navodnih povreda prava zajamčenih takvim ugovorima. O ovoj koncepciji i njezinim implikacijama u praksi međunarodnog sudovanja na primjeru Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, vidjeti: Carillo Salcedo, Juan Antonio, *The Place of the European Convention in International Law*, u: St. John Macdonald, Ronald, Matscher, Franz, Petzold, Herbert (ur.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht – Boston – London, 1993, str. 15–24.

⁶² Sukladno zastupa i Strecker, *op. cit.* (bilj. 18), str. 109.

značajnim dijelovima državnog područja postupaju na specifičan način s obzirom na njihovu važnost.

5. ZAKLJUČAK

Konvencija o europskim krajobrazima dio je vrlo razgranate mreže međunarodnih ugovora nastalih u okrilju Vijeća Europe. Njezina je vrijednost višestruka, iako su joj norme uglavnom načelnog karaktera i nameću državama tek okvirne obveze u brizi za očuvanje krajobraza. U ovom radu razmatrana je definicija krajobraza kako je postavlja Konvencija te je upozoreno na dobre strane, poput prihvaćanja antropocentričnog, konzervacionističkog pristupa u definiranju krajobraza, ali i one lošije, poput širokog obuhvata definicije i teškoća u određivanju koji krajobraz na temelju subjektivno postavljenih kriterija jest, a koji nije predmetom zaštite Konvencije. S obzirom na oskudnost literature o Konvenciji, iako je ona na snazi u Hrvatskoj gotovo dvadeset godina, detaljnije su obrađene njezine odredbe te je upozoreno na neke pojedinosti u njihovoj formulaciji, opsegu regulacije i načinu interpretacije. Prikazan je i središnji problem njezina doseg, naime to da se, unatoč prihvaćanju mnogih elemenata iz jezične stilizacije prava čovjeka treće generacije, ne radi o ugovoru koji bi ta prava uspostavljao, već o aktu tehničke naravi, nekoj vrsti okvirnih uputa državama.

Dvojbe iz uvoda moguće je sada razriješiti. Prvo, Konvencija je akt koji na razini međunarodnog regionalnog ugovornog prava oblikuje definiciju krajobraza, ali ne na očekivan i prije njezina donošenja uobičajen način, tako da omeđuje krajobraz kao područje od posebne kulturne, socijalne i ekološke važnosti od ostatka državnog područja, već kao koncept koji se potencijalno može primijeniti na cijelo državno područje, a ne samo neke njegove dijelove koji uživaju posebnu zaštitu. Ta je definicija okvirna i ima manjkavosti utoliko što je države stranke mogu smatrati ograničavajućom za određene aspekte korištenja državnog područja. Posebno to dolazi do izražaja u subjektivističkom elementu definicije. Jasno je da definicija u aktu koji smjera što široj prihvaćenosti u okviru država članica Vijeća Europe ne može biti pretjerano tehnička ili ograničavajuća, jer tada takva, okvirna Konvencija ne bi postigla svoj cilj. Međutim takva definicija, koja se djelomično može smatrati preširokom, koliko god izgledala pozitivno s aspekta zaštite kulturnih prava povezanih s očuvanjem i upravljanjem krajobrazima, ujedno predstavlja opasnost da Konvencija, unatoč širokoj deklarativnoj prihvaćenosti, ostane tek programski akt, bez stvarnog utjecaja na krajobrazne politike država koje nisu sklone konzervacionistički pristup protezati na potencijalno svako područje.

Drugo pitanje, ono o naravi Konvencije kao ugovora o pravima čovjeka (*human rights treaty*), razriješeno je kroz analizu odredbi. Upozoreno je na činjenicu da Konvencija, nastala u okrilju Vijeća Europe kao međunarodne organizacije čija je jedna od temeljnih uloga upravo briga o pravima čovjeka, usvaja formulacije koje upućuju na prava čovjeka treće generacije te poveznicu između socijalnih i kulturnih identiteta i krajobraza. No njezin stvarni doseg nije u uspostavljanju ili kodifikaciji prava čovjeka, jer adresati

njezinih normi nisu pojedinci ili određene skupine, kako bi se to moglo na prvi pogled činiti, već isključivo države. Stoga se ona ne može smatrati ugovorom o pravima čovjeka.

Konačno, Konvencija čija je analiza predmet ovoga rada vrijedan je doprinos konceptualizaciji krajobraza u regionalnim okvirima međunarodnoga prava u Europi. U dvadeset i jednoj godini od svoga nastanka zasigurno je izvršila utjecaj na rekonceptualiziranje državnih krajobraznih politika. Ipak, njezin stvarni doseg ostao je ograničen zbog naravi odredbi, koje su načelnog karaktera i ne pružaju uporišta za tumačenje Konvencije kao ugovora o pravima čovjeka, zbog čega je poimanje prava na krajobraz kao prava čovjeka ipak potrebno tražiti u drugim pravnim izvorima međunarodnoga prava.

EUROPEAN LANDSCAPE CONVENTION BETWEEN GENERALISATION AND THE RIGHTS OF MAN

The paper contains a systematic overview of the provisions of the European Landscape Convention, a multilateral international agreement created within the Council of Europe, to which the Republic of Croatia is also a party. The paper emphasises the redefinition of landscape as an object of protection. It also raises the issue of the general nature of this definition and attempts to answer the question of how its formulation affects the entirety of the Convention and its normative value. Finally, it considers the issue of how the Convention is related to the area of the protection of the rights of man, especially social and cultural rights, and answers the question of why the Convention cannot be deemed a contract on the rights of man although it can have a particular symbolic value for them.

The paper contains a systematic overview of the provisions of the European Landscape Convention, a multilateral international agreement created within the Council of Europe, to which the Republic of Croatia is also a party. First, it provides an overview of the definition of landscape and the changes in the concept of landscape as a protected good, which are formulated in this Convention. It emphasises the redefinition of landscape as an object of protection in the transition from a concept that views landscapes as separate segments of a state territory, which deserve protection, towards a concept in which planning and policies directed at preserving landscapes must be applied on the entire state territory. It also raises the issue of the general nature of this definition and attempts to answer the question of how the formulation of this definition affects the entirety of the Convention and its normative value. After considering the definition of landscape, the author indicates and analyses the specificity of individual provisions of the Convention itself. Finally, he considers the issue of how the Convention is related to the area of protection of the rights of man, especially social and cultural rights, and answers the question of why the Convention cannot be deemed a contract on the rights of man although it can have a particular symbolic value for them.

Keywords: landscape preservation, environmental protection, cultural rights, European Landscape Convention, landscape in international law

Leon Žganec-Brajša, Research Assistant at the Chair of International Law of the Faculty of Law, University of Zagreb

THE APPLICATION OF PUBLIC POLICY AND PUBLIC SECURITY REASONS FOR JUSTIFYING RESTRICTIONS ON FREE MOVEMENT OF CAPITAL IN THE EU

Review paper

UDK 341.645(4)EU
339.5.012.42
339.923:061.1](4)EU

Received: 23 August 2021

Matija Kontak *

The paper explores public policy and public security grounds for justifying restrictions to free movement of capital in the EU, analyses the distinction between these two grounds, and discusses the limits for their application. The content of these terms is flexible and their concrete meaning is determined by the Court of Justice of the European Union. The most prominent examples of restrictions of capital movement have been golden shares. More recently, screening mechanisms that assess incoming foreign direct investment represent a significant new type of restriction of free movement of capital.

Keywords: public policy, public security, free movement of capital, FDI screening mechanisms, golden shares

1. INTRODUCTION

Free movement of capital is the only EU fundamental freedom that extends to third countries. However, current trends favour greater restriction on trade while strengthening security. What is more, the concepts of public policy and public security cannot be easily defined and their scope might be changing over time. This paper explores public policy and public security grounds for justifying restrictions to free movement of capital in the EU, analyses the distinction between these two grounds, and discusses the limits of their application. The content of these terms is flexible and their concrete meaning is determined by the Court of Justice of the European Union. Restrictions on capital movements can be categorised broadly into three types: golden shares, authorisation schemes, and screening mechanisms. The most prominent case law is analysed with a comparative view of the definitions of security exceptions within international investment law.

* Matija Kontak, LL.M. (Radboud University, Nijmegen, the Netherlands, 2020)

2. FREE MOVEMENT OF CAPITAL EXTENDS TO CAPITAL MOVEMENTS FROM THIRD COUNTRIES

Free movement of capital is one of the four fundamental freedoms of the EU. Some call it the fourth freedom that concerns investment.¹ According to Article 63 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU),² free movement of capital also extends to capital movements between EU and third countries. Since Article 63 has direct effect,³ individuals such as investors from third countries may rely upon it to remove any restrictions on capital movements. This feature of the extension of free movement of capital to third countries is unique among the fundamental freedoms of the EU. It allows, for example, a Chinese investor, whose foreign investment in a German company may face restrictions, to seek before a German court the removal of such restriction as contrary to EU law.

3. CAPITAL MOVEMENTS: DIRECT INVESTMENT AND OTHER CAPITAL MOVEMENTS

In EU law, there is no definition of what constitutes capital movement. This was deliberate, to allow for flexibility.⁴ Directive 88/361⁵ has indicative value for the purpose of defining capital movements.⁶

Investments connected with real property,⁷ or the trading of shares,⁸ are examples of capital movements. Most importantly for the focus of this paper, free movement of capital also covers direct investment.⁹ Direct investment concerns the establishment of an undertaking as well as the acquisitions of existing undertakings.¹⁰ Direct investment also includes participation in existing undertakings, long-term loans, and reinvestment of profits, all with the significant qualification of 'lasting economic links'.¹¹ Investments of all kinds are considered direct investments if they serve to establish or to maintain lasting and direct links between the person providing the capital and the entrepreneur to whom,

¹ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU* (5th edn, OUP 2016) 518.

² Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390 (hereinafter: TFEU).

³ Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera* ECLI:EU:C:1995:451, para 41.

⁴ Steffen Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law* (OUP 2009) 43–44.

⁵ Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty, OJ L 178, 8 July 1988 (Directive 88/361).

⁶ Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera* ECLI:EU:C:1995:451, para 34; Case C-181/12 *Welte* ECLI:EU:C:2013:662, para 31; Joined Cases C-282/04 and 283/04 *Commission v Netherlands* ECLI:EU:C:2006:608, para 19; Case C-222/97 *Trummer and Mayer* ECLI:EU:C:1999:143, para 21; Case C-483/99 *Commission v France* ECLI:EU:C:2002:327, para 36.

⁷ Case C-452/01 *Ospelt* ECR 2003 I-09743, para 7.

⁸ Case C-265/04 *Bouanich* ECLI:EU:C:2006:51, para 29; Case C-174/04 *Commission v Italy* ECLI:EU:C:2005:350, para 12.

⁹ Joined Cases C-282/04 and 283/04 *Commission v Netherlands* ECLI:EU:C:2006:608, para 19.

¹⁰ Directive 88/361 Annex 1, Nomenclature, under I.

¹¹ Directive 88/361 Annex 1, Nomenclature, under I.

or the undertaking to which, the capital is made available in order to carry on an economic activity.¹²

Two types of investment can be distinguished: direct investment and portfolio investment. Direct investment confers the possibility of effective participation in the management and control of a company, while portfolio investment is a financial investment without the intention of influencing the management and control of the undertaking.¹³

Free movement of capital is extended to cover capital movements between EU and third countries,¹⁴ even though those countries may restrict similar access to their own market for capital from EU Member States. This lack of reciprocity is among the main political arguments of those who argue for greater restriction of FDI. The issue of the lack of reciprocity also spurred action that resulted in a regulation on the screening of FDI into the EU.¹⁵

Explanations as to why the free movement of capital was extended, unilaterally, to third countries range from calling it a necessity to considering it a huge political mistake, or even an editorial mishap.¹⁶ Some argue that by extending the free movement of capital to third countries, the EU lost a potential bargaining chip.¹⁷ In the current state of affairs, such a view would surely be prominent. Hindelang acknowledges that there is no common market with third countries, that the EU does not share a monetary union with third countries, and that there is no condition of reciprocity for capital movements from the EU towards third countries. Yet, he insists that the free movement of capital must be extended to third countries because the EU is an open economy which seeks to avoid being considered as 'Fortress Europe' and there are economic benefits of such liberalisation of capital movements.¹⁸ The greatest argument for the unilateral extension of free movement of capital to third countries is thus that FDI from third countries stimulates growth of the EU economy, regardless of how the third country treats investment from the EU. Whatever the historical reason for extending the application of free movement of

¹² Directive 88/361 Explanatory notes, under Direct investment.

¹³ Case C-135/17 X ECLI:EU:C:2019:136, para 26; Joined Cases C-282/04 and 283/04 *Commission v Netherlands* ECLI:EU:C:2006:608, para 19.

¹⁴ TFEU, Article 63(1): 'Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on the movement of capital between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited'.

¹⁵ Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union, OJ L 79I, 21.3.2019, p. 1–14. (The regulation on the screening of FDI into the EU); Régis Bismuth, 'Screening the Commission's Regulation Proposal Establishing a Framework for Screening FDI into the EU', *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 3, (2018), pp. 45-60, 48; Giani Pandey, Davide Rovetta and Agnieszka Smiatacz, 'How Many Barriers Should a Steeple Chase Have? Will the EU's Proposed Regulation on Screening of Foreign Direct Investments Add Yet More Delaying Barriers when Getting a Merger Deal through the Clearance Gate, and Other Considerations' 2019, *Global Trade and Customs Journal*, volume 14, issue 2 pp. 56 – 65, 56.

¹⁶ Hindelang (n 4) 25.

¹⁷ Hindelang (n 4) 27.

¹⁸ Hindelang (n 4) 28.

capital movements between EU and third countries, it is true, as Hindelang notes,¹⁹ that the EU retains certain leverage over other countries through the opportunity to use derogations from the free movement of capital in relation to third countries.²⁰

4. FREE MOVEMENT OF CAPITAL AND FREEDOM OF ESTABLISHMENT

Direct investment has aspects that qualify it as both capital movement covered by Article 63 TFEU and as establishment, covered by Article 49 TFEU.²¹

The CJEU has approached the issue of distinguishing between free movement of capital and freedom of establishment in multiple ways. In some cases, it applied the provisions of free movement of capital without elaborating why it did not consider the provisions on freedom of establishment.²² In other cases, the CJEU said that the facts concern both free movement of capital and freedom of establishment, which are parallel in application. In such circumstances, the CJEU would not consider freedom of establishment because restrictions on establishment are a direct consequence of obstacles to the free movement of capital, to which they are inextricably linked.²³ Finally, the CJEU in certain newer cases applied the ‘centre of gravity’ approach. This means that the CJEU tries to determine whether the facts of the case point more to the application of the provisions on the free movement of capital or to those on freedom of establishment. Then, the CJEU applies only the provisions of the one freedom to which the circumstances of the case point.²⁴ The relationship between free movement of capital and freedom of establishment is still not completely clear.²⁵ The debate on the relationship between the two freedoms is ‘one of the most controversial disputes’ in EU law.²⁶

However, freedom of establishment, unlike free movement of capital, does not extend to third countries. Freedom of establishment therefore cannot provide protection for investors from third countries making a foreign direct investment (hereinafter: FDI) in the EU. Thus, we can see a potential loophole. If the CJEU does not want to deal with a particular problematic FDI from a third country, it could decide that the issue concerns freedom of establishment and is therefore outside the scope of EU law. However, that

¹⁹ Hindelang (n 4) 30.

²⁰ TFEU, Article 64(2): ‘Whilst endeavouring to achieve the objective of free movement of capital between Member States and third countries to the greatest extent possible and without prejudice to the other Chapters of the Treaties, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt the measures on the movement of capital to or from third countries involving direct investment — including investment in real estate — establishment, the provision of financial services or the admission of securities to capital markets’.

²¹ Hindelang (n 4) 81.

²² For a discussion of cases where the freedom of establishment was not even considered, see Hindelang (n 4) 91.

²³ Case C-367/98 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2002:326, para 56; Case C-483/99 *Commission v France* ECLI:EU:C:2002:327, para 56; Case C-463/00 *Commission v Spain* ECLI:EU:C:2003:272, para 86.

²⁴ Case C-196/04 *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue* ECLI:EU:C:2006:544, paras 31-33.

²⁵ Barnard (n 1) 527.

²⁶ Hindelang (n 4) 81.

would leave Article 63 TFEU, which undoubtedly includes direct investment and applies to third countries, without meaning.²⁷

5. FREE MOVEMENT OF CAPITAL AND PAYMENTS

Free movement of payments (cross-border payments) is an ancillary freedom to the other freedoms because it represents remuneration for services or goods.²⁸ If free movement of payments is applicable, then the application of free movement of capital is excluded.²⁹ Sometimes, it is not easy to determine whether the issue concerns free movement of payments or free movement of capital. An example is the *Verkooijen* judgment.³⁰ The CJEU had to determine whether dividend payments represent capital movements or whether they are a payment for owning capital and therefore concern free movement of payments. The CJEU stated that dividend payments are not explicitly listed in the nomenclature annexed to Directive 88/361 as a form of movement of capital.³¹ However, the CJEU concluded that dividend payments are necessarily connected to the acquisition of shares, and therefore themselves represent movement of capital.³²

6. THE RESTRICTIONS ON FREE MOVEMENT OF CAPITAL

All restrictions on movement of capital between Member States and between Member States and third countries are prohibited.³³ Restrictions are measures taken by the Member States which hinder the movement of capital.³⁴

Article 63(1) TFEU broadly prohibits three kinds of national measures. First, there are measures which directly discriminate. Direct discrimination is based on nationality. A typical example of direct discrimination was that involving a Portuguese prohibition which precluded investors from other Member States from acquiring more than a certain number of shares in Portuguese undertakings.³⁵

The second type of prohibited restrictions are those which discriminate indirectly. Free movement of capital prohibits not only overt discrimination based on nationality but all

²⁷ The same conclusion on the relationship between free movement of capital and other freedoms was reached by Advocate General Stix-Hackl in her Opinion in Case C-452/04 *Fidium Finanz AG* ECLI:EU:C:2006:182, para 74: 'If reliance on Article 56 EC [Article 63 TFEU] in relation to undertakings in third countries were automatically to be ruled out whenever another fundamental freedom is involved because of the subject matter in question, the guarantees provided by the free movement of capital would be meaningless'.

²⁸ Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone v Ministero del Tesoro* ECLI:EU:C:1984:35, para 21.

²⁹ Hindelang (n 4) 50.

³⁰ Case C-35/98 *Verkooijen* ECLI:EU:C:2000:294.

³¹ Case C-35/98 *Verkooijen* ECLI:EU:C:2000:294, para 28.

³² Case C-35/98 *Verkooijen* ECLI:EU:C:2000:294, paras 29-30.

³³ TFEU, Article 63(1).

³⁴ Case C-478/98 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2000:497, para 18.

³⁵ Case C-367/98 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2002:326, para 40.

covert forms of discrimination which lead to the same result.³⁶ A residence requirement amounts to indirect discrimination because it dissuades persons who are not residents of the Member State in question from engaging in investments and other capital movements.³⁷

Finally, there are measures which do not discriminate either directly or indirectly. These are restrictions which apply ‘without distinction’ to residents and non-residents, but they do deter access to the market.³⁸ Therefore, the third type of restrictions which Article 63(1) TFEU prohibits are all restrictions that hinder market access. The upside of the non-hindrance or market access test is that it helped to truly establish the internal market of the EU. The downside is that the test is broad. Member States may feel that their social and economic order is under threat by potentially extensive deregulation caused by the prohibition of all measures which hinder market access.³⁹

6.1. Three important types of restrictions on free movement of capital: golden shares, authorisation schemes, and screening mechanisms

Golden share and authorisation scheme cases have provided essential clarification on the application of justification grounds of public policy and public security. Further, the very definitions of public policy and public security, as well as the conditions for their application, have all been developed within the case law concerning golden shares and authorisation schemes. Lastly, screening mechanisms have been established in the majority of EU Member States in recent years. There is a general fear of Chinese takeovers of European ‘champions’ or technologically advanced companies by non-EU investors. This was recently coupled with more anxiety caused by the pandemic, particularly in view of protecting certain critical infrastructure, such as healthcare, from foreign influence. The reality may or may not corroborate these fears, but they influence the legislative effort. A recent example is the Regulation on the screening of foreign direct investment into the EU,⁴⁰ which tries to set common rules for the screening mechanisms of the Member States.

6.1.1. Golden shares

Golden shares are a significant example of a measure that does not discriminate either directly or indirectly but still restricts capital movements.⁴¹ These cases involve shares

³⁶ Case C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker* ECLI:EU:C:1995:31, para 26.

³⁷ Case C-370/05 *Festerson* ECLI:EU:C:2007:59, para 25.

³⁸ Case C-98/01 *Commission v United Kingdom* ECLI:EU:C:2003:273, para 47.

³⁹ Hindelang (n 4) 121.

⁴⁰ Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union, OJ L 79I, 21.3.2019, p. 1–14 (The regulation on the screening of FDI into the EU).

⁴¹ For example, Case C-367/98 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2002:326; Case C-483/99 *Commission v France* ECLI:EU:C:2002:327; Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328; Case C-463/00 *Commission v Spain* ECLI:EU:C:2003:272; Case C-98/01 *Commission v United Kingdom* ECLI:EU:C:2003:273;

that give special rights to their holder. In many instances, the government creates a golden share in order to retain influence in a company even after selling the majority of the company's shares. Golden shares, vested by law, allow their holder to have special rights that ordinary shares do not convey. In this way, the holder of the golden share (the government) can exercise control that is greater than the quantity of the stake it holds in the company. Golden shares can take many forms, allowing the holder to appoint members of the board(s) or requiring approval of the government for major transactions involving the company. Golden shares (or a single golden share) can also give the government the right to participate in the business decisions of the company.

The CJEU has consistently ruled that golden shares are contrary to the free movement of capital. Often, golden shares were deemed to go beyond what is necessary to secure the legitimate aim; for example, the right to control possible mergers or takeovers by a golden share held by the Dutch government in the privatised postal company KPN goes beyond what is necessary to guarantee a universal postal service.⁴² The golden share case of *Commission v Portugal*⁴³ was the first to establish the market access test regarding free movement of capital.⁴⁴

Most of the cases concerning golden shares were handed down around the turn of the century.⁴⁵ However, according to a report prepared for the Commission, golden shares are still applied in Belgium, France, Poland and Slovenia.⁴⁶ We may add Croatia to this list. The Commission referred the case of golden share law regarding INA to the CJEU in 2017, claiming that the golden share dissuades foreign investment in INA and therefore represents a restriction on free movement of capital.⁴⁷ Croatia amended the INA law in 2019 but left many special rights still reserved for the government.⁴⁸ The Croatian government stated the need to ensure the supply of energy and the safety of energy infrastructure as legitimate goals of public security.⁴⁹ This seems like an effort to frame the amended INA law within the jurisprudence of the CJEU, particularly with the golden share case of *Commission v Belgium*, the only instance where the CJEU allowed golden

Case C-282/04 *Commission v Netherlands* ECLI:EU:C:2006:608; Case C-112/05 *Commission v Germany* ECLI:EU:C:2007:623; Case C-212/09 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2011:717.

⁴² Case C-282/04 *Commission v Netherlands* ECLI:EU:C:2006:608.

⁴³ Case C-367/98 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2002:326.

⁴⁴ Hindelang (n 4) 119.

⁴⁵ To mention again a few of the most important ones: Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328; Case C-282/04 *Commission v Netherlands* ECLI:EU:C:2006:608; Case C-367/98 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2002:326.

⁴⁶ Commission, 'Review of national rules for the protection of infrastructure relevant for security of supply: Final Report', EUR 2017.5032 EN, table on page 13.

⁴⁷ Commission, Referral to Court Art. 258, infringement number INFR(2014)4235, TFEU IP/17/1949.

⁴⁸ Zakon o privatizaciji INA - Industrije nafte d.d. NN 32/02, 21/19; old and new versions of the INA law, along with the Government's reasoning for the changes, are available (in Croatian) at <https://esavjetovanja.gov.hr/Econ/MainScreen?EntityId=9991> accessed 7 August 2021.

⁴⁹ Prijedlog zakona o izmjeni i dopuni zakona o privatizaciji ina- industrija nafte d.d., s konačnim prijedlogom zakona, under II (in Croatian) <https://esavjetovanja.gov.hr/Econ/MainScreen?EntityId=9991> accessed 14 April 2020.

shares to continue to exist.⁵⁰ Even though the modified golden share INA law continued to exist, the Commission closed the case soon afterwards.⁵¹ We can thus assume that the amendments were coordinated with the Commission.

We will not know what the CJEU thinks on the matter, because the case is not being pursued further by the Commission. Since the Croatian government retained significant special rights in INA, it is my view that the continued existence of golden shares in INA suggests that the Commission is willing to allow greater restrictions of FDI than it did in the past.

6.1.2. Authorisation schemes

Another example of restrictions that hinder market access are authorisation schemes. They are significant as a tool which Member States may use to restrict the free movement of capital, often affecting foreign direct investment from third countries. Authorisation schemes require an individual to obtain approval for investment from the bodies of a Member State. These schemes were already addressed by the CJEU in earlier, significant cases regarding free movement of capital, the *Bordessa*⁵² and *Sanz de Lera*⁵³ cases. In both cases, a rule required prior authorisation for the export of coins, banknotes or bearer checks. Likewise, in both cases the CJEU ruled that a simple prior declaration would suffice, and that requiring prior authorisation goes beyond what is necessary. Therefore, a system of prior authorisation could not be justified.

Authorisation schemes may be utilised to restrict investments in companies and shares. In this context, the CJEU stated that the provisions of national law subjecting foreign direct investment to prior authorisation is a restriction on capital movements.⁵⁴ Nevertheless, the CJEU stated that authorisation schemes can be justified if the reason is to protect the provision of services in the public interest or strategic services.⁵⁵

6.1.3. Screening mechanisms

We can add screening mechanisms as perhaps currently the most prominent form of restricting FDI from third countries into the EU. Many EU Member States have set up screening mechanisms in recent years.⁵⁶ Besides, the regulation on the screening of FDI has been fully operational since October 2020.⁵⁷ Member States organise their screening mechanisms in different ways. Some opt for a general law applicable potentially to any

⁵⁰ Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328.

⁵¹ Commission, Closing of the case, infringement number INFR(2014)4235, memo MEX/19/2110.

⁵² Joined Cases C-358/93 and C-416/93 *Bordessa* ECLI:EU:C:1995:54.

⁵³ Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera* ECLI:EU:C:1995:451, para 41.

⁵⁴ For example, Case C-54/99 -54/99 *Église de scientologie* ECLI:EU:C:2000:124, para 14.

⁵⁵ Case C-483/99 *Commission v France* ECLI:EU:C:2002:327, para 43.

⁵⁶ Currently, eighteen Member States have notified the existence of mechanisms for screening FDI. A list is available at: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf accessed 8 August 2021.

⁵⁷ Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union, OJ L 79I, 21.3.2019, p. 1-14. (The regulation on the screening of FDI into the EU).

FDI.⁵⁸ Some Member States have screening laws for particular sectors (such as energy or telecommunications),⁵⁹ while Germany, for example, combines both cross-sectoral and sector-specific screening.⁶⁰ Finally, a small group of EU Member States does not have any screening mechanism in place that could restrict FDI, including countries such as Sweden and Croatia.

The regulation on the screening of FDI into the EU mentions factors that may be taken into consideration in determining whether a foreign direct investment is likely to affect 'security or public order'.⁶¹ The regulation sets some basic rules that screening mechanisms must adhere to, but a final decision on screening any FDI rests with the Member States. This regulation recognises particular 'projects or programmes of Union interest' which are those 'which involve a substantial amount or a significant share of Union funding, or which are covered by Union law regarding critical infrastructure, critical technologies or critical inputs which are essential for security or public order'.⁶² Therefore, the regulation on the screening of FDI into the EU also shows a certain connection between the notions of security, public order, and critical infrastructure and technologies.

7. JUSTIFICATION GROUNDS FOR RESTRICTIONS OF FREE MOVEMENT OF CAPITAL

Screening laws, authorisation schemes or golden shares are restrictions of free movement of capital and need to be justified. Two categories of justification grounds exist: those laid down in the TFEU itself and those developed by the CJEU in its case law.

7.1. The justification ground developed by the CJEU

Restrictions on free movement of capital, imposed by Member States, can be justified. The CJEU has held that so-called overriding reasons in the public interest can serve as justifications.⁶³ Overriding reasons in the public interest are also known as objective

⁵⁸ An example is the Slovenian law of 2021 which seems to be heavily influenced by the Regulation on the screening of FDI into the EU: *Zakon o interventnih ukrepih za omilitvev in odpravo posledic epidemije COVID-19 (ZIUOOPE)*, Official Journal No. 80/20 (adopted 29 May 2020, in force as of 31 May 2020).

⁵⁹ An example of this approach is the Netherlands, which contains screening mechanisms in its laws regarding gas, telecommunication, and electricity. An overview of the notified laws can be seen at https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf accessed 8 August 2021.

⁶⁰ An overview of the German screening mechanism is available at <https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Artikel/Foreign-Trade/investment-screening.html> accessed 8 August 2021.

⁶¹ Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union, OJ L 79I, 21.3.2019, p. 1–14 (hereinafter: Regulation on the screening of FDI into the EU), Article 4.

⁶² Regulation on the screening of FDI into the EU, Article 8(3).

⁶³ For example, Case C-271/09 *Commission v Poland* ECLI:EU:C:2011:855, para 55; Case C-367/98 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2002:326, para 49.

justifications⁶⁴ or mandatory requirements.⁶⁵ The CJEU has put forward certain requirements for the application of this justification ground, repeated in more or less the same fashion in its case law. These overriding reasons in the public interest can be broadly chosen by the Member State.

For example, in the context of a direct investment restriction, the CJEU has accepted that the guarantee of a service of general interest, such as a universal postal service, may constitute an overriding reason in the general interest capable of justifying an obstacle to the free movement of capital.⁶⁶ Other acceptable reasons may be preserving the effectiveness of fiscal supervision⁶⁷ or combating tax avoidance.⁶⁸ However, purely economic grounds can never serve as such justifications.⁶⁹ Further requirements are that there is no harmonising measure that deals with the same issue⁷⁰ and that the restriction does not directly discriminate.⁷¹ The CJEU stressed that such restrictions to free movement of capital must be construed strictly.⁷²

However, the proportionality test is where most restrictive measures fail.⁷³ We can consider the proportionality test as two questions. First, is the measure suitable for achieving the aim?⁷⁴ For example, is a total ban on direct investment in a strategic infrastructure⁷⁵ suitable for achieving greater national energy security? If the measure is suitable, we proceed to examine whether the measure is necessary, or if there are less restrictive measures possible.⁷⁶ A system of prior authorisation can be used only if a less restrictive measure, particularly *ex post facto* authorisation, cannot be used.⁷⁷

So, the requirements for the successful justification of a restriction on free movement of capital (in the context of mandatory requirements) are: a legitimate aim (which is not purely economic), that there is no harmonisation measure on that issue, that the measure

⁶⁴ Case C-573/12 *Ålands vindkraft* ECLI:EU:C:2014:2037, para 75.

⁶⁵ Case C-120/78 *Rewe-Zentral AG* ECLI:EU:C:1979:42.

⁶⁶ Case C-282/04 *Commission v Netherlands* ECLI:EU:C:2006:608, para 38.

⁶⁷ Case C-386/04 *Centro di Musicologia Walter Stauffer* ECLI:EU:C:2006:568, para 47; Case C-326/12 *Van Caster* ECLI:EU:C:2014:2269, para 46.

⁶⁸ Case C-282/12 *Itelcar* ECLI:EU:C:2013:629, para 35.

⁶⁹ Case C-367/98 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2002:326, para 52.

⁷⁰ Case C-282/04 *Commission v Netherlands* ECLI:EU:C:2006:608, para 32.

⁷¹ Case C-367/98 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2002:326, para 50; Hindelang (n 4) 258.

⁷² Case C-242/03 *Weidert* ECLI:EU:C:2004:465, para 20.

⁷³ Armin Cuyvers, 'Free Movement of Capital and Economic and Monetary Union in the EU' in Ugirashebuja E., Ruhangisa J.E., Ottervanger T., Cuyvers A. (eds.) *East African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects (East African Community Law: Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects)*, Brill Nijhoff, 2017, 410-432, 415.

⁷⁴ An example of a national measure that failed, according to the CJEU, on multiple accounts: Case C-463/00 *Commission v Spain* ECLI:EU:C:2003:272, paras 68-80.

⁷⁵ In *Essent*, the concern was a Dutch law which prohibited privatisation of electricity and gas distribution system operators: Case C-105/12 *Essent and Others* ECLI:EU:C:2013:677.

⁷⁶ Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera* ECLI:EU:C:1995:451, para 26.

⁷⁷ Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 *Sanz de Lera* ECLI:EU:C:1995:451, para 27; Case C-367/98 *Commission v Portugal* ECLI:EU:C:2002:326, para 50.

does not cause direct discrimination, and that it is proportionate (necessary and suitable). These conditions are also important for some of the Treaty-based justifications.

7.2. TFEU-based justification grounds and limitations

The treatment of investment from third countries is not identical to the treatment of investment from other EU Member States, as a reading of Article 63(1) TFEU itself would suggest. There are two reasons for this. Firstly, there are limitations set out in the TFEU that apply only regarding third countries. Secondly, the CJEU has stated that a Member State may be able to demonstrate that a restriction on capital movements to or from third countries is justified for a particular reason which would not be a valid justification for a restriction of capital movements between Member States.⁷⁸ Barnard interprets this as meaning that the CJEU 'might be more lenient in respect of accepting the justifications' on restrictions of capital movements with third countries.⁷⁹

Besides Article 65 TFEU, there are a few other TFEU-based justification grounds which only apply to capital movements to and from third countries. These justify restrictions on capital movements that existed before a certain date⁸⁰ or give the EU the right to adopt measures concerning capital movements with third countries.⁸¹ Further, Article 75 TFEU provides a justification ground for measures which restrict capital movements for the purpose of fighting terrorism and related activities. These justification grounds will not be discussed further.

In order to apply any of the Article 65 TFEU justification grounds, the conditions set out in Article 65(3) TFEU must be satisfied. The measures and procedures must not constitute arbitrary discrimination or a disguised restriction on free movement of capital. There is a number of justification grounds specified in the TFEU, although the most important is that last part of Article 65(1)(b) which allows Member States to take measures which are justified on the grounds of public policy or public security.

7.3. Public policy and public security as justification grounds in Article 65(1)(b) TFEU

The justification grounds of public policy and public security operate in much the same manner as was previously discussed regarding the justification grounds developed by the CJEU. Two cases before the CJEU can take us closer to understanding the concepts of public policy and public security within the free movement of capital.

⁷⁸ Case C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation* ECLI:EU:C:2006:774, para 121.

⁷⁹ Barnard (n 1) 541.

⁸⁰ TFEU, Article 64(1).

⁸¹ TFEU, Articles 64(2), 64(3), 65(4).

7.3.1. The *Église de scientologie* case

A French law required prior authorisation in the case of a foreign investment that represents a threat to public policy or public security, among other reasons. The Court first stated that a system of prior authorisation of foreign direct investments is a restriction on the free movement of capital.⁸² The Court set out the basic principles for the application of justification grounds of public policy and public security. Member States are free to determine the requirements of public policy and public security in the light of their national needs, but these requirements must be interpreted narrowly and there must be some control by Community (EU) institutions.⁸³

In regard to the meaning of the notions of public policy and public security, the Court stated that 'Public policy and public security may be relied on only if there is a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society'.⁸⁴ Interestingly, the Court here did not distinguish between public policy and public security but considered them together. Those derogations, the Court continued, must not serve purely economic ends and a person affected by a restrictive measure must have access to legal redress.⁸⁵ The principle of proportionality has to be satisfied as well.⁸⁶ In these two paragraphs, the Court set out the basic conditions for the application of the public policy justification grounds. Then, the Court observed that prior authorisation can be justified, particularly in cases of public policy or public security, because it is difficult to identify and block capital once it has entered a Member State, as is the case with foreign direct investment.⁸⁷ The French measure was too general because it required prior authorisation for every foreign direct investment and the measure also lacked a detailed definition. Investors do not know in which specific circumstances prior authorisation would be required.

In my view, another way the Court could have found the measure not justified is to refer to the principle of proportionality. The measure in question goes beyond what is necessary by being too broad and vague. In any case, the Court has opened the door to allow systems of prior authorisation for foreign direct investment to be justified on the grounds of public policy and public security. However, the Court did not provide definite guidance on what public policy or public security is, especially since it considered the two together without differentiation.

7.3.2. The *Commission v Belgium* case

Notions of public security and public policy seem always to go in pairs as justification grounds for infringements of the fundamental freedoms. We can ask ourselves what the

⁸² Case C-54/99 *Église de scientologie* ECLI:EU:C:2000:124, para 14.

⁸³ Case C-54/99 *Église de scientologie* ECLI:EU:C:2000:124, para 17.

⁸⁴ Case C-54/99 *Église de scientologie* ECLI:EU:C:2000:124, para 17.

⁸⁵ Case C-54/99 *Église de scientologie* ECLI:EU:C:2000:124, para 17.

⁸⁶ Case C-54/99 *Église de scientologie* ECLI:EU:C:2000:124, para 18.

⁸⁷ Case C-54/99 *Église de scientologie* ECLI:EU:C:2000:124, paras 19-20.

distinction is between the two. The judgment in the *Commission v Belgium*,⁸⁸ besides shedding some light on the matter of public security, remains the only instance where a golden share measure was successfully justified by a Member State.

Two laws of Belgium vested in the State golden shares in two companies operating energy infrastructure. The Minister of Energy was given the right to oppose certain decisions which 'affect the national interest in the energy field' and, further, the minister had the right to appoint two representatives of the government to the board of directors of the companies.⁸⁹ Those representatives could propose the annulment to the minister of certain decisions.⁹⁰ However, the representatives of the government would sit on the board only in a non-voting advisory capacity and they had a time limit of four days to apply to the minister for an annulment of a decision of the board of directors.

The Court stated that certain concerns may justify golden shares in undertakings which were privatised if those undertakings are active in fields involving the provision of services in the public interest or strategic services.⁹¹ The Court said that '*public-security* considerations which may justify an obstacle to the free movement of goods include the objective of ensuring a minimum supply of petroleum products at all times' by referring to the *Campus Oil* case,⁹² and continued that the same reasoning applies to obstacles to the free movement of capital, which also has a justification ground of public policy.⁹³ It then invoked the *Église de Scientologie* case, stating that public security may be relied on only if there is a genuine and sufficiently serious threat. In conclusion, the Court found that the measure was justified on the grounds of public security. The measure was limited only to certain decisions⁹⁴ and was also limited in time and subject to judicial appeal while also being an ex-post control of the company's decision.⁹⁵ These characteristics distinguish the Belgian laws from the (too broad) French laws in the *Église de scientologie* ruling.

⁸⁸ Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328.

⁸⁹ Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328, para 8.

⁹⁰ Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328, para 9.

⁹¹ Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328, para 43.

⁹² Case C-72/83 *Campus Oil* ECLI:EU:C:1984:256. This older case clarified the notion of public security. The case concerned a provision of Irish law which required traders in petroleum to buy at a government-fixed price from the state-owned Irish refinery. The Court stated that in this case only the concept of public security is relevant, and not that of public policy. Petroleum products are of fundamental importance for a country's existence, dramatically adding that 'all its institutions, its essential services and even the survival of its inhabitants depend upon them'. The aim of ensuring a minimum supply of petroleum products is 'transcending purely economic considerations and thus capable of constituting an objective covered by the concept of public security'. The Court thus explained the specific term of public security in greater detail. It set a high bar, by requiring that public security concerns the country's existence, the security of the population, and the functioning of its institutions.

⁹³ Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328, para 46 (emphasis added).

⁹⁴ Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328, para 50.

⁹⁵ Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328, para 52.

7.4. What is a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society?

In order to be able to invoke public policy and public security justification grounds, a Member State has to prove a certain objective which belongs to the domains of public policy and public security of that Member State. From the perspective of public policy and public security, we can look at the objectives to be achieved as the fundamental interests of society. These fundamental interests of society include the minimum supply of petroleum products⁹⁶ or the minimum supply of gas in the event of a threat.⁹⁷ More generally, the objectives of public policy and public security concern the security of the energy sector.⁹⁸ Non-energy matters, such as the minimum supply of telecommunication services⁹⁹ or the need to ensure continuity in public services,¹⁰⁰ can also give rise to public policy and public security concerns.

The activity of placing a direct investment itself does not constitute a sufficiently serious threat to the public policy or security of a Member State; only certain kinds of direct investments originating from abroad, such as those in the services in the public interest or defence sectors, may amount to such a threat.¹⁰¹ Other factors need to point to the existence of a genuine and sufficiently serious threat, as the act of investment itself will not suffice.¹⁰²

Public policy and public security can be consistently found as justification grounds within all the fundamental freedoms. However, I can identify differences between the concept of public policy in the area of, for example, free movement of persons and that in the area of free movement of capital. The magnitude of a threat to society posed by an individual in the case of free movement of persons is fundamentally different from a threat to the energy infrastructure or telecommunications in the case of free movement of capital. In my view, we could distinguish the freedoms' approaches to public policy by saying that the free movement of persons' approach focuses on the 'personal conduct of the individual concerned',¹⁰³ while the public policy concept in the domain of the free movement of capital focuses on the object of capital movement (such as critical infrastructure) at least as much as on the person of the investor.

⁹⁶ Case C-72/83 *Campus Oil* ECLI:EU:C:1984:256.

⁹⁷ Case C-503/99 *Commission v Belgium* ECLI:EU:C:2002:328.

⁹⁸ Case C-244/11 *Commission v Greece*, ECLI:EU:C:2012:694, para 39.

⁹⁹ Case C-463/00 *Commission v Spain* ECLI:EU:C:2003:272, para 71.

¹⁰⁰ Case C-463/00 *Commission v Spain* ECLI:EU:C:2003:272, para 70.

¹⁰¹ Hindelang (n 4) 236.

¹⁰² Case C-326/07 *Commission v Italy* ECLI:EU:C:2009:193, para 48.

¹⁰³ As formulated in Article 27 of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, OJ L 158, 30.4.2004, p. 77–123.

The expression ‘genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society’ is used in other areas of EU law.¹⁰⁴ Beyond EU law, the 2002 Bilateral Investment Treaty between Korea and Japan defines the *public order* exception also as a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society.¹⁰⁵ Article XIV(a) of the General Agreement on Trade in Services empowers member states to adopt measures to protect public morals or to maintain public order.¹⁰⁶ The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.¹⁰⁷

We can conclude that the expression ‘genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society’ is used to define public policy and public security in EU law, as well as public order in certain instruments of international investment law. However, the precise meaning of the definition is subject to the interpretation of the appropriate legal authorities.

8. CONCLUDING REMARKS

Public policy and public security, as previously discussed, must be interpreted strictly. But how strictly should we define them? Is public policy the ‘minimal conditions that make possible the existence of the legal order’?¹⁰⁸ Such a strict definition would preclude using public policy in the context of screening foreign direct investment in all cases except when a State can show that an investment endangers the very existence of its legal order, and not merely that it has certain negative effects. So, we can probably safely conclude that the strictness itself is (and should be) a flexible notion, depending on the area of the EU law where the concept of public policy is applied.

On the other hand, should the French government be able to block the foreign acquisition of a private domestic company which produces dairy products?¹⁰⁹ The French regime on the control of FDI included the notion of economic patriotism (*patriotisme économique*), as the Decree from 2014 is called, which requires prior authorisation in certain cases of foreign investment.¹¹⁰ Is the secured domestic supply of dairy products also an objective

¹⁰⁴ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) OJ L 24, 29.1.2004, p. 1–22 (Merger control regulation) contains public security as one of the legitimate interests of its Article 21. The definition of *public security* in this context is again a ‘genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society: Decision of 5 December 2007 relating to a proceeding pursuant to Article 21 of Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings C(2007)5913 final (COMP/M.4685 - Enel/Acciona/Endesa) paras 57, 105.

¹⁰⁵ Carlos Esplugues, *Foreign Investment, Strategic Assets and National Security* (Intersentia 2018) 80.

¹⁰⁶ WTO GATS: General Agreement on Trade in Services, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B, 1869 U.N.T.S. 183, 33 I.L.M. 1167 (1994), Article XIV(a).

¹⁰⁷ Footnote original 5 to Article XIV(a) GATS.

¹⁰⁸ Tena Hoško, ‘Public policy as an exception to free movement within the Internal Market and the European judicial area: A comparison’ Croatian Yearbook of European Law & Policy, volume 10, 2014, pp. 189–213.

¹⁰⁹ Financial Times ‘De Villepin stands by calls for ‘economic patriotism’ (22 September 2005) <https://www.ft.com/content/028bacac-2b94-11da-995a-00000e2511c8> accessed 20 November 2019.

¹¹⁰ Esplugues (n 105) 411–412.

covered by public policy or public security? This is not likely. The strictness of interpretation, therefore, should vary somewhere between these two extreme notions, as a matter of survival of the legal order of a State and the ensured supply of yoghurt.

In my view, public policy has a further deterrent effect even when not invoked. Foreign companies may reduce their investments so that they do not raise public policy concerns in the host State. Further, foreign investors may also abandon an attempted investment if they get a signal from the State in question that their investment is unwanted even before a formal decision is made.¹¹¹ The likelihood of raising such concerns depends on how strictly public policy is interpreted and what control over the meaning of public policy the EU institutions have.

In conclusion, public policy and public security are used to justify restrictions on capital movements, but their content remains flexible. Economic calculations by the State might lie in the background of FDI screening, often merely cloaked in considerations of public policy and public security. It is thus understandable that FDI which may cause economic or social disturbance can be subject to screening. However, FDI contributes to growth, technological progress and employment in the receiving country. Therefore, blocking FDI and restricting free movement of capital should be done on the rarest of occasions, if at all, and always with a view to respecting genuine issues of public policy and public security.

¹¹¹ Bismuth (n 15) 54.

PRIMJENA JAVNOG PORETKA I JAVNE SIGURNOSTI KAO OSNOVA ZA OPRAVDANJE OGRANIČENJA SLOBODE KRETANJA KAPITALA U EU

Rad istražuje javni poredak i javnu sigurnost kao osnove za opravdanje ograničenja slobode kretanja kapitala u EU, analizira razliku između ovih dviju osnova te raspravlja ograničenja njihove primjene. Sadržaj pojmova javnog poretka i javne sigurnosti je fleksibilan te njihovo točno značenje utvrđuje Sud Europske Unije. Najistaknutiji primjer ograničenja kretanja kapitala bile su zlatne dionice. U novije vrijeme, mehanizmi za provjeru ulaznog stranog izravnog ulaganja predstavljaju novu vrstu ograničenja slobodnog kretanja kapitala.

Ključne riječi: javni poredak, javna sigurnost, sloboda kretanja kapitala, sustav provjere stranih izravnih ulaganja, zlatne dionice

Matija Kontak, LL.M (Svučilište Radboud, Nijmegen, Nizozemska, 2020)

NOVOSTI U PREKOGRANIČNOM IZVOĐENJU DOKAZA U EUROPSKOJ UNIJI

Stručni rad

UDK 347.94:341.176(4)EU
347.9:004.3/.4(4)EU
341.72:347.94(4)EU
341.82:347.94(4)EU
339.923:061.1](4)EU

Primljeno: 13. prosinca 2020.

Maja Josipović*

Predmet je ovog članak prikaz novosti u prekograničnom izvođenju dokaza unutar Europske unije koje nas čekaju nakon 1. srpnja 2022. Proces tehnološkog i digitalnog razvitka u svijetu doveo je do uspostavljanja elektroničke komunikacije između sudova država članica EU-a, kao i do saslušavanja osoba putem videokonferencije kao pravila u procesu prekograničnog izvođenja dokaza. U ovom radu prikazana je definicija suda koja je uvedena kao novost u ovoj uredbi, a koja bi zadovoljavala potrebe RH s obzirom na problem koji je imala s definicijom suda iz Uredbe Bruxelles Ia. Također se uvodi velika novina u vidu izvođenja dokaza od strane diplomatskih agenata i konzularnih službenika. Navedeni članak predstavlja uvod u daljnje članke, koji će prikazati moguće dvojbe u vezi s primjenom tih novosti.

Ključne riječi: definicija suda, elektronička komunikacija putem decentraliziranog IT-sustava, videokonferencija, izvođenje dokaza putem diplomatskih agenata ili konzularnih službenika

1. UVOD

Jedan od ciljeva koji Europska unija nastoji postići jest osiguranje slobodnog kretanja osoba na njezinu području, što je dovelo do velikog broja prekograničnih sudskih postupaka, a time i do potrebe usvajanja mjera koje se odnose na pravosudnu suradnju u građanskim i trgovačkim stvarima. Kako bi sve to funkcioniralo, bitno je bilo uspostaviti načelo uzajamnog povjerenja i uzajamnog priznavanja presuda, ubrzati prekograničnu dostavu pismena, ali i dodatno poboljšati suradnju među sudovima različitih država članica u pogledu izvođenja dokaza. Iz tog razloga Europska je komisija donijela Uredbu o izvođenju dokaza,¹ koja se obvezatno primjenjuje u svim državama članicama EU-a osim Danske. Ta se Uredba primjenjuje samo ako se radi o postupku u kojem postoji međugranični element između država članica EU-a.²

* Mr. sc. Maja Josipović, sutkinja Trgovačkog suda u Zagrebu

¹ Uredba (EZ) br. 1206/2001 Europskog parlamenta i Vijeća od 28. svibnja 2001. o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima, SL L 174, 27. 6. 2001., str. 1, dalje u tekstu: Uredba o izvođenju dokaza.

² Vidi odluku Suda EU-a HRT C-657/18.

Nakon dugogodišnje primjene predmetne uredbe uočeno je kako i dalje treba ustrajati na učinkovitosti i brzini sudskih postupaka pojednostavnjenjem i racionalizacijom mehanizama suradnje kod izvođenja dokaza u prekograničnim postupcima osiguravajući pritom visoku razinu sigurnosti i zaštite privatnosti i osobnih podataka, a istodobno i pomoći u smanjenju kašnjenja i troškova. Iz tog je razloga Komisija 31. svibnja 2018. Vijeću poslala svoj prijedlog izmjene predmetne Uredbe kojom se nastoji modernizirati postupak izvođenja dokaza iskorištavanjem prednosti digitalizacije i upotrebom modernih tehnologija u prekograničnom izvođenju dokaza.³ Nakon dugogodišnjeg postupka Uredba⁴ je konačno donesena 25. studenog 2020., a objavljena u Službenom listu Europske unije 2. prosinca 2020.

Cilj joj je osigurati postojanje djelotvornog sredstva uz pomoć kojeg se pribavljaju, čuvaju i podnose dokazi, uz poštivanje prava na obranu te zaštitu povjerljivih informacija, a da se pri tom koriste sve suvremene tehnologije.⁵

Ovom izmjenom Uredbe nastoji se uspostaviti elektronička komunikacija i razmjena dokumenata između sudova kao standardni način komunikacije,⁶ promicati uporaba modernih sredstava za izvođenje dokaza kao što su videokonferencije ako treba saslušati osobu koja se nalazi u drugoj državi članici, ukloniti pravne prepreke prihvatanja elektroničkih (digitalnih) dokaza, riješiti problem različitih tumačenja izraza „sud”⁷ te uvesti i druge načine izvođenje dokaza koji će pojednostavniti postupak.

U ovom radu nastoje se prikazati novosti koje su uvedene preinačenom Uredbom o izvođenju dokaza.

2. PODRUČJE PRIMJENE I DEFINICIJE

Glavna inovacija koja se pojavljuje u preinačenoj Uredbi o izvođenju dokaza jest definiranje pojma sud. Prema članku 2. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza definicija pojma sud obuhvaća sudove, ali i druga tijela u državama članicama koja izvršavaju pravosudne funkcije i postupaju na temelju ovlasti koje je na njih prenijelo određeno pravosudno tijelo ili djeluju pod nadzorom pravosudnog tijela te koja su u skladu s

³ Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o izmjeni Uredbe Vijeća (EZ) br. 1206/2001 od 28. svibnja 2001. o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima od 31. 5. 2018., COM(2018) 378 final, 2018/0203(COD). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0378>.

⁴ Uredba (EU) 2020/1783 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2020. o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima (izvođenje dokaza) (preinaka), SL L 405, str. 1, dalje u tekstu: preinačena Uredba o izvođenju dokaza.

⁵ Recital 7. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

⁶ Sva komunikacija i razmjena dokumenata trebaju se provoditi putem sigurnog i pouzdanog decentraliziranog IT-sustava (e-CODEX), koji sadrži nacionalne IT-sustave koji su međusobno povezani i tehnički interoperabilni, uz poštivanje temeljnih prava i sloboda, dok bi se dostava putem tradicionalnih sredstava komunikacije trebala primjenjivati samo u slučajevima poremećaja informacijskog sustava ili drugih izvanrednih okolnosti.

⁷ Vidi Odluku Suda EU-a C-551/15, Pula Parking d.o.o. protiv Svena Klause Tederahna.

nacionalnim pravom nadležna za izvođenje dokaza za potrebe sudskih postupaka u građanskim i trgovačkim stvarima. O tim tijelima koja su nadležna za izvođenje dokaza u svrhu sudskih postupaka u građanskim i trgovačkim stvarima svaka država članica treba obavijestiti Komisiju.⁸ To su u svakom slučaju tijela koja ispunjavaju uvjete za sudove prema Uredbi Vijeća (EU) 2019/1111,⁹ Uredbi (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća¹⁰ te Uredbi (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća.¹¹ To je iznimno važno za nas jer kod nas i javni bilježnici izvode dokaze primjerice u ostavinskom postupku, pa ukoliko se pojavi potreba da izvode dokaze u nekoj drugoj državi članice unutar Europske unije, oni će sada moći posegnuti za alatima preinačene Uredbe o izvođenju dokaza, što do sada nisu mogli. Naime naši javni bilježnici, nažalost, ne spadaju pod definiciju suda danu u Uredbi Bruxelles Ia. Navedena Uredba u čl. 3. daje samo dvije iznimke u odnosu na to koja bi tijela spadala pod definiciju suda,¹² naši javni bilježnici tu se ne spominju jer Hrvatska nije bila država članica Europske unije prilikom njezina donošenja, kao i njezina stupanja na snagu, zbog čega se danas za pravomoćna i ovršna rješenja o ovrsi donesena od strane javnih bilježnika ne može tražiti izvršenje sukladno Uredbi Bruxelles Ia. Ta bi se situacija trebala popraviti prilikom sljedećih izmjena Uredbe Bruxelles Ia, kada bi se trebali prijaviti i naši javni bilježnici kao iznimka.

Također je dana i definicija decentraliziranog IT-sustava, no nešto o tome reći će se dalje u radu kod elektroničke komunikacije.

3. SLANJE ZAHTJEVA

Sama procedura slanja i zaprimanja zahtjeva za prekogranično izvođenje dokaza, kao i odredbe koje se tiču izvođenja dokaza od strane suda primatelja zahtjeva, zapravo se nisu promijenile. Sve izmjene koje su se dogodile ovdje zapravo su izmjena izričaja, promjena numeracija članaka na koje se pozivaju, kao i obrazaca, a do kojih je došlo zbog drugih izmjena u Uredbi.

⁸ Čl. 31. st. 3. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

⁹ Uredba Vijeća (EU) 2019/1111 od 25. lipnja 2019. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću te o međunarodnoj otmici djece, SL L 178, 25. 6. 2019., str. 1.

¹⁰ Uredba (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, SL L 351, 20. 12. 2012., str. 1, dalje u tekstu: Uredba Bruxelles Ia.

¹¹ Uredba (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju, SL L 201, 27. 7. 2012., str. 107.

¹² Članak 3. Uredbe Bruxelles Ia: „U smislu ove Uredbe izraz 'sud' uključuje sljedeća tijela u mjeri u kojoj imaju nadležnost u stvarima iz područja primjene ove Uredbe:

(a) u Mađarskoj, u skraćenim postupcima u vezi platnih naloga (fizetési meghagyásos eljárás), javni bilježnici (közjegyző);

(b) u Švedskoj u skraćenim postupcima u vezi platnih naloga (betalningsföreläggande) i pomoć kod izvršenja (handräckning): služba za izvršenje (Kronofogdemyndigheten).“

4. ELEKTRONIČKA KOMUNIKACIJA

Preinačena Uredba o izvođenju dokaza kao novost uvodi elektroničku komunikaciju između suda podnositelja zahtjeva i suda primatelja zahtjeva. Takva vrsta komunikacije i nije neka novost u poslovnom svijetu, no sada se elektronička komunikacija uvodi kao pravilo¹³ kod prekograničnog izvođenja dokaza unutar Europske unije. Svrha je njezina uvođenja zapravo postizanje što veće brzine u slanju i zaprimanju zahtjeva i obavijesti, a time i ubrzavanje postupka, uz iskorištavanje svih prednosti moderne tehnologije. Propisano je kako se komunikacija odvija putem sigurnog i pouzdanog decentraliziranog IT-sustava,¹⁴ koji se sastoji od nacionalnih IT-sustava koji su međusobno povezani i tehnički interoperabilni, uz poštivanje temeljenih prava i sloboda.¹⁵ Decentraliziranost tog IT-sustava omogućivala bi isključivo razmjenu podataka jedne države članice s drugom, bez uključivanja ijedne institucije Unije u tu razmjenu,¹⁶ no Komisija je ipak zadužena za održavanje samog decentraliziranog IT-sustava. U Uredbi se sustav e-CODEX navodi kao primjer decentraliziranog IT-sustava koji bi mogao poslužiti za komunikaciju između država članica, a koji se već sada koristi u komunikaciji u kaznenim predmetima. Prema sadašnjem stanju sustav e-Codex upravo će i biti decentralizirani IT-sustav preko kojeg će se odvijati elektronička komunikacije između država članica, no to ne znači da se on neće moći izmijeniti s obzirom na budući tehnološki razvitak. Države članice prema preinačenoj Uredbi o izvođenju dokaza odgovorne su održavati svoje sustave, kao i za svaku obradu, razmjenu ili prijenos osobnih podataka u skladu s Uredbom (EU) 2016/679. Zanimljivo je da je u čl. 27. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza propisana i dužnost Komisije da izradi, održava i razvija referentni implementacijski softver, koji države članice mogu odlučiti koristiti umjesto svog nacionalnog IT-sustava, što će zasigurno pomoći onim državama članicama koje još nisu na stupnju da imaju razvijene svoje nacionalne IT-sustave koji bi se mogli povezati unutar decentraliziranog IT-sustava radi međusobne komunikacije. Naime u ovom su trenutku države članice na različitom stupnju digitalizacije, pa ima onih kod kojih je digitalizacija na iznimno visokom stupnju (primjerice Estonija), dok ima onih država članica koje uopće ne koriste elektroničku komunikaciju u sudskim postupcima. U odnosu na elektroničku komunikaciju propisan je duži prijelazni period kako bi se sve države članice mogle pravovremeno pripremiti, no ostavljena je mogućnost za države članice koje su i ranije spremne da započnu međusobnu elektroničku komunikaciju i prije, o čemu je potrebno obavijestiti Komisiju, koja te informacije stavlja na raspolaganje putem europskog portala e-pravosuđe.¹⁷

¹³ Isto je uvedeno i u Uredbi (EU) 2020/1784 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2020. o dostavi, u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima (dostava pismena), preinaka, SL L 405, 2. 12. 2020., str. 40–78, dalje u tekstu: preinačena Uredba o dostavi.

¹⁴ Članak 2. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza: "decentralizirani IT-sustav" znači mreža nacionalnih IT-sustava i interoperabilnih pristupnih točaka koje djeluju u okviru pojedinačne odgovornosti i upravljanja svake države članice, čime se omogućuje sigurna i pouzdana prekogranična razmjena informacija među nacionalnim IT-sustavima.

¹⁵ Članak 7. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

¹⁶ Recital 8, 9 i 10 preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

¹⁷ Članak 31. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

Kao iznimka od elektroničke komunikacije omogućena je i komunikacija na drugačiji način, uz napomenu da se slanje obavi najbržim i najprikladnijim sredstvom, uzimajući u obzir potrebu za osiguranjem pouzdanosti i sigurnosti, i to u slučajevima kada nije moguća elektronička komunikacija zbog poremećaja u radu decentraliziranog IT-sustava, ili ako to zbog same prirode dotičnog dokaza (npr. slanje uzorka krvi, kose, tkanine ili slanje DNK-uzorka i sl.) nije moguće ili zbog drugih iznimnih okolnosti.¹⁸ Formulacija druge iznimne okolnosti mogla bi se odnositi na situacije u kojima je potrebno poslati dokumente u pisanom obliku kako bi se procijenila njihova vjerodostojnost ili kako bi se primjerice provelo grafološko vještačenje takva dokumenta. Također se u recitalu 12 izmjene Uredbe spominje i situacija koja se odnosi na konvertiranje opsežne komunikacije u elektronički oblik, što nameće nerazmjerno administrativno opterećenje. Tu će biti zanimljivo vidjeti u budućnosti što će praksa reći koji je to opseg dokumentacije koji predstavlja administrativno opterećenje.

Prilikom slanja zahtjeva putem elektroničke komunikacije koriste se obrasci koji se nalaze u prilogu preinačene Uredbe o izvođenju dokaza, o kojima će biti govora nešto kasnije. Dosadašnji obrasci nisu imali predviđeno mjesto za potpis i žig, pa se uvijek nametalo pitanje je li nužno da se oni potpisuju, iako se to u praksi uvijek činilo, no sada čl. 7. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza propisuje kako se zahtjevi potpisuju kvalificiranim elektroničkim pečatom ili elektroničkim potpisom, a sve sukladno Uredbi (EU) br. 910/2014. Također je propisano čl. 8. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza kako se svim dokumentima koji se šalju putem decentraliziranog IT-sustava ne uskraćuje pravni učinak niti se za njih smatra da su nedopušteni kao dokazi u postupku samo na temelju toga što su u elektroničkom obliku, ali naravno da sudovi koji vode postupak sami mogu procjenjivati jesu li takvi dokazi dopušteni ili nisu u skladu s njihovim nacionalnim pravom.

5. IZVOĐENJE DOKAZA

U dosadašnjoj Uredbi o izvođenju dokaza postojala su dva načina izvođenja dokaza, i to izvođenje dokaza na zamoljenom sudu, kao i neposredno izvođenje dokaza suda koji podnosi zahtjev. U njoj se također spominje mogućnost da se zatraži od zamoljenog suda korištenje komunikacijske tehnologije pri izvođenju dokaza, a posebice korištenje videokonferencijske i telefonske konferencijske veze,¹⁹ no sada se preinačenom Uredbom o izvođenju dokaza izvođenje dokaza putem videokonferencije propisuje puno detaljnije, a jednako se tako tako propisuje i izvođenje dokaza putem diplomatskih ili konzularnih službenika, što je novost. Te će se odredbe pokazati od iznime pomoći posebice kad se ima na umu sadašnja pandemija covid-19, uslijed koje je došlo u pojedinim trenucima do zatvaranja granica između pojedinih država članica, *lock-downa* pojedinih država članica,

¹⁸ Članak 7. st. 4. i recital 12 preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

¹⁹ Vidi članak 10. st. 4. Uredbe o izvođenju dokaza.

što je otežalo kretanje ljudi između država članica i zbog toga dovelo do sve češćeg posezanja za tom Uredbom prilikom prekograničnog izvođenja dokaza.

5.1. NEPOSREDNO IZVOĐENJE DOKAZA OD STRANE SUDA PODNOSITELJA ZAHTJEVA

Kao i do sada neposredno izvođenje dokaza u drugoj državi članici od strane suda podnositelja zahtjeva moguće je obaviti samo ako sud prethodno zatraži dopuštenje za neposredno izvođenje dokaza u drugoj državi članici. Ono se može obaviti samo na dobrovoljnoj osnovi, odnosno bez primjena mjere prisile, što će reći kad sud sasluša osobu u drugoj državi članici, to se može obaviti samo na dobrovoljnoj bazi i osobu se ne može prisiliti na davanje iskaza. U roku od 30 dana od dana primitka takva zahtjeva središnje tijelo ili nadležno tijelo države članice na čijem se teritoriju žele neposredno izvoditi dokazi obavještava sud koji je podnio zahtjev je li njegov zahtjev prihvaćen. Često se u praksi znalo dogoditi da nakon roka od 30 dana takva obavijesti nije bila poslana, pa sudovi nisu znali kako dalje. Sada je preinačenom Uredbom o izvođenju dokaza propisano kako u tom slučaju sud koji je podnio zahtjev može središnjem tijelu zamoljene države članice poslati podsjetnik, a ukoliko ne dobije odgovor ni nakon roka od 15 dana od dana primitka podsjetnika, tada se presumira kako je zahtjev za neposredno izvođenje dokaza prihvaćen. Ova se odredba na prvi pogled možda čini nebitnom, no ona je iznimno važna jer se njome države članice zapravo odriču svoje suverenosti i prešutno omogućavaju sudu druge države članice da na njihovu teritoriju izvodi dokaze, no važno je imati na umu da se državi članici ostavlja prvo rok od 30 dana kako bi razmotrila takav zahtjev, a potom još i dodatni rok od 15 dana. Osim toga državi članici omogućuje se da se pozove na razloge za odbijanje zahtjeva za neposredno izvođenje dokaza i nakon isteka tih rokova sve do samog neposrednog izvođenja dokaza ukoliko je zbog izvanrednih okolnosti bila spriječena pravoremeno reagirati na zahtjev nakon podsjetnika.²⁰

5.1.1. NEPOSREDNO IZVOĐENJE DOKAZA PUTEM VIDEOKONFERENCIJE ILI DRUGE TEHNOLOGIJE ZA KOMUNIKACIJU NA DALJINU

Iako je ranijom odredbom omogućeno korištenje videokonferencija, odnosno telefonskih konferencija prilikom izvođenja dokaza, sada je postupak takva načina izvođenja dokaza detaljno propisan te je on propisan kao pravilo kod neposrednog izvođenja dokaza prilikom saslušanja osoba koje se nalaze u drugoj državi članici. Od tog pravila može se odstupiti samo u slučaju da takva tehnologija nije dostupna sudu ili ako sud smatra da uporaba te tehnologije nije primjerena s obzirom na neke posebne okolnosti predmeta.²¹ Naime valja napomenuti kako se do sada takav vid neposrednog izvođenja dokaza iznimno rijetko koristio u praksi iako takav način izvođenja dokaza zasigurno dovodi do ubrzanja i pojednostavnjenja saslušavanja osoba koje se nalaze u drugim državama

²⁰ Vidi članak 19. st. 5. i 7. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

²¹ Vidi članak 20. st. 1. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

članicama. Moguće je da je jedan od razloga zapravo nenaviknutost na korištenje modernih tehnologija u sudskim postupcima, no s obzirom na to da je u vrijeme pandemije covid-19 porastao broj online-sastanaka, seminara i sl., velika je vjerojatnost kako će se puni potencijal suvremenih komunikacijskih tehnologija ubuduće puno češće koristiti.

Zahtjev za neposredno izvođenje dokaza putem videokonferencije podnosi se putem obrasca N. Prije izvođenja dokaza središnje tijelo zamoljene države članice ili sud koji je zadužen za pružanje pomoći pri neposrednom izvođenju dokaza dogovaraju sva praktična rješenja za saslušanje. Pri tome se misli da dogovaranje vremena saslušanja, tehničke pojedinosti oko uspostave poziva putem videokonferencije ili druge tehnologije za komunikaciju na daljinu i razne druge pojedinosti koje se mogu pojaviti pri tome, što će u praksi zapravo dogovarati informatičari. Ono što je veliko praktično rješenje koje nudi ova uredba jest pomaganje sudu koji je uputio zahtjev za neposredno izvođenje dokaza putem videokonferencije u pronalaženju tumača. Naime u praksi se pokazalo da se na području jedne države članice ne pronalaze nužno sudski tumači za sve službene jezike Europske unije, pa se na taj način nastoji pomoći sudovima da pronađu tumača i na području druge države članice.²²

5.2. NEPOSREDNO IZVOĐENJE DOKAZA OD STRANE DIPLOMATSKIH AGENATA ILI KONZULARNIH SLUŽBENIKA

Ova vrsta izvođenja dokaza velika je novost. Preinačena Uredba o izvođenju dokaza u čl. 21. propisuje mogućnost država članica da u svojem nacionalnom pravu predvide da njihovi sudovi mogu zatražiti od svojih diplomatskih agenata ili konzularnih službenika da na državnom području druge države članice EU-a i na području za koje su akreditirani izvode dokaze bez potrebe za prethodnim zahtjevom. Takvo izvođenje dokaza obavlja se u prostorijama diplomatske misije ili konzulata, osim u iznimnim okolnostima, kada se dopušta i izvan tih prostorija. Takve iznimne okolnosti mogle bi se odnositi na situaciju kada je potrebno saslušati osobu koja ima tešku bolest zbog koje nije u mogućnosti doći u prostorije diplomatske misije ili konzulata radi saslušanja, pa bi se u tom slučaju dopuštalo da je se sasluša i na drugom mjestu (npr. kod kuće i sl.).²³ Pri tome je bitno reći da, kada diplomatski agenti ili konzularni službenici prilikom izvođenja dokaza trebaju saslušavati svjedoke ili stranke, oni tada saslušavaju osobu koja je državljanin one države članice koju ti diplomatski agenti ili konzularni službenici predstavljaju, i to u okviru postupka koji se vodi pred sudom države članice koju predstavljaju. Pri takvu izvođenju dokaza, odnosno saslušanju svjedoka ili stranaka, diplomatski agent ili konzularni službenik primjenjivat će pravo države članice koju predstavlja. Takav način izvođenja dokaza također se primjenjuje na dobrovoljnoj bazi i ne smiju se pri tome koristiti mjere prisile. Svaka država članica ima diskrecijsko pravo odlučiti imaju li njezini diplomatski

²² Vidi članak 20. st. 2. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

²³ Recital 25 preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

agenti ili konzularni službenici ovlast za izvođenje dokaza u okviru svojih funkcija, a prema njihovu nacionalnom pravu.

Iako čl. 21. predstavlja veliku novost, ona neće imati neku dodatnu vrijednost za Republiku Hrvatsku. Naime prema našem pravnom uređenju dokaze u postupku može izvoditi samo neposredno sud, pa teško da će prema sadašnjim odredbama Zakona o parničnom postupku²⁴ sud povjeriti primjerice saslušanje stranke ili svjedoka diplomatskim predstavnicima, odnosno konzularnim službenicima. Također, kod saslušanja je potrebno osigurati prisutnost strankama kako bi im se omogućilo postavljanje pitanja radi razjašnjenja nejasnoća u iskazu tih osoba (što je dopušteno i sudu), a što predstavlja povećanje troškova postupka. Jednako tako, valja napomenuti kako diplomatski agent ili konzularni službenik ne moraju imati pravosudni ispit za svoju službu, pa se i s te strane nameće pitanje kako bi takva osoba mogla provoditi saslušanja svjedoka ili stranaka za postupke koje inače vode suci i savjetnici s pravosudnim ispitom.

S obzirom na to da se navedena odredba koristi samo u slučaju kad nacionalno pravo predvidi tu mogućnost da sudovi zatraže od svih diplomatskih agenata ili konzularnih službenika da izvedu dokaz, a kako nacionalno pravo Republike Hrvatske to ne predviđa, navedena će odredba za sada ostati neprimijenjena kod nas, ali valja imati na umu da će možda druge države članice u svojim diplomatskim predstavništvima vršiti saslušanja svojih državljana na našem teritoriju.

6. IZMJENA OBRAZACA

Kao što je ranije već navedeno, sva komunikacija između država članica odvija se putem obrazaca koji se nalaze u Prilogu I. same Uredbe. Ti obrasci popunjavaju se putem portala *e-justice*, koji omogućava da se, nakon što se obrazac popuni, on generira u formatu PDF na svim službenim jezicima Europske unije. Sve prije navedene izmjene preinačene Uredbe o izvođenju dokaza dovele su nužno i do izmjene obrazaca. Jedna od izmjena jest to što je sada u svim obrascima dodana rubrika za potpis i pečat, što prije nije postojalo.

Obrazac A, koji se odnosi na Zahtjev za izvođenje dokaza, podijeljen je sada na dva obrasca. Naime iz njega je izdvojen dio koji se odnosio na Obavijest o prosljeđivanju zahtjeva te je za taj dio formiran novi Obrazac C (Obavijest o prosljeđivanju zahtjeva za izvođenje dokaza), što je sasvim logično jer doista nema nikakva smisla da to bude dio obrasca A. U obrascu A dodane su rubrike koje upućuju ukoliko je potrebno sudjelovanje sudskog tumača, uz naznaku za koji jezik, a također su unesene rubrike kako bi se mogli unijeti detaljni podaci o svjedoku kojeg je potrebno saslušati, pa je tako primjerice dodan datum rođenja svjedoka, što je dobro jer se na taj način osoba može točnije identificirati.²⁵

²⁴ Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, broj 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 57/11, 25/13, 89/14 i 70/19, dalje u tekstu: ZPP.

²⁵ Iste informacije dodane su i u Zahtjevu za neposredno izvođenje dokaza – Obrazac L.

Osim toga unesena je i rubrika koja navodi razloge zbog kojih takav zahtjev nije poslan elektroničkim putem. Navedena izmjena i nema neku dodatnu vrijednost za praktičare.

U Zahtjevu za dodatnim informacijama potrebnim za izvođenje dokaza²⁶ sada je dodana rubrika vezana za predujam koji je potrebno uplatiti sa svim potrebnim informacijama o broju računa, BIC broju banke, iznosu, valuti, što je vrlo praktična izmjena.

Izmjenom Uredbe uvedeno je nekoliko novih obrazaca, a neki su od njih Zahtjev za informacijama o kašnjenju (Obrazac F), kojim sud podnositelj zahtjeva traži informacije o ishodu vezano za izvođenje dokaza, i Odgovor na zahtjev za informacije o kašnjenju (Obrazac G), koji ispunjava sud primatelj zahtjeva te navodi razloge zbog kojih zahtjev još nije izvršen. Razlozi su prilično iscrpno navedeni, pa je tako kao razlog kašnjenja navedeno da zahtjev nije zaprimljen, da je u tijeku utvrđivanje trenutčne adrese osobe koju treba saslušati, odnosno da joj je u tijeku dostava sudskog poziva, da se ta osoba nije pojavila na saslušanju, da nije primljeno plaćanje predujma ili da je na zahtjev već odgovoreno. Osim toga, ostavljena je rubrika "drugo", u kojoj je moguće navesti i neki drugi razlog, no u tom slučaju bit će potrebno taj dio teksta prevoditi jer se on neće moći generirati na druge službene jezike Europske unije. Svi ti razlozi uneseni su i u obrazac Obavijesti o kašnjenju (sada Obrazac J, prije Obrazac G). U Obrascu Informacije središnjeg tijela/nadležnog tijela (sada Obrazac M, prije Obrazac J) sada su obuhvaćene i informacije o sudu koji je zadužen za pružanje praktične pomoći pri neposrednom izvođenju dokaza, što je jako praktično jer se sve daljnje informacije mogu saznati u direktnoj komunikaciji s tim sudom, a ne preko središnjeg tijela, što pridonosi ubrzanju postupka.

Također, novi obrazac koji je uveden preinačenom Uredbom o izvođenju dokaza jest Obrazac N Informacije o tehničkim pojedinostima za održavanje videokonferencije ili upotrebu druge komunikacijske tehnologije, u kojem se doista dostavljaju sve praktične informacije, kao primjerice svi tehnički podaci o sudu koji upućuje zahtjev u smislu IP-adrese, ISDN-a (što su podaci koji se pribavljaju od informatičara), podaci o preferiranom vremenu kada bi se moglo izvršiti testno povezivanje, a potom i videokonferencijsko povezivanje, podaci kontaktne osobe koja služi kao tehnička pomoć prilikom povezivanja, informacija je li potrebna pomoć u pronalaženju tumača te podatak hoće li se izvođenje dokaza snimati. Navedene će informacije zasigurno biti od praktične vrijednosti za provođenje videokonferencija s obzirom na to da se sada takav obrazac može generirati na sve službene jezike Europske unije, a do sada se komunikacija između država članica provodila pretežno na neformalan način na engleskom jeziku putem e-pošte.

7. STUPANJE NA SNAGU I PRIMJENA UREDBE

Preinačena Uredba o izvođenju dokaza stupa na snagu dvadesetog dana od 2. prosinca 2020., odnosno od dana objave u Službenom listu Europske unije, no primjenjuje se tek od 1. srpnja 2022. godine, uz iznimku da se odredba kojom se uspostavlja elektronička

²⁶ Sada Obrazac D, prije Obrazac C.

komunikacija putem decentraliziranog IT-sustava (članak 7. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza) primjenjuje tek od prvog dana mjeseca koji slijedi nakon razdoblja od tri godine od stupanja na snagu provedbenih akata iz članka 25. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza, a kojima se uspostavlja decentralizirani IT-sustav. Ti se akti moraju donijeti do 23. ožujka 2022. godine,²⁷ što će reći da se odredba o elektroničkoj komunikaciji putem decentraliziranog IT-sustava neće primjenjivati još dugo vremena. Također i odredba čl. 31. st. 3. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza ima drugačije vrijeme primjene. Naime u odnosu na dužnost država članica da Komisiju obavijeste o drugim tijelima koja su nadležna za izvođenje dokaza u svrhu sudskih postupaka u građanskim i trgovačkim stvarima primjenjuje se od 23. ožujka 2022.²⁸ S danom primjene te Uredbe stavlja se izvan snage ranija Uredba o izvođenju dokaza.²⁹

8. ZAKLJUČAK

U prethodnoj analizi ovog rada pokušale su se prikazati novosti u prekograničnom izvođenju dokaza unutar Europske unije koje nas čekaju nakon 1. srpnja 2022. Velike pohvale trebaju se uputiti za uvođenje modernih tehnologija komunikacije, koje su prepoznate kao nužnost prilikom komunikacije. Uvedenim novostima nastoji se ostvariti cilj što većeg ubrzanja postupaka i ostvarenja racionalizacije i pojednostavnjenja suradnje između država članica EU-a kod izvođenja dokaza. Daljnja praksa pokazat će koliko su novine uspjele ostvariti cilj koji se nastojao postići, a budući članci zasigurno će pokazati koje se dvojbe u praksi pojavljuju prilikom primjene te Uredbe.

²⁷ Članak 25. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

²⁸ Članak 35. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

²⁹ Članak 34. preinačene Uredbe o izvođenju dokaza.

NOVELTIES IN THE CROSS-BORDER TAKING OF EVIDENCE WITHIN THE EUROPEAN UNION

The subject of this paper is a presentation of novelties in the cross-border taking of evidence within the European Union that await us after 1 July 2022. The process of technological and digital development in the world has led to the establishment of electronic communication between the courts of the EU Member States, as well as to the hearing of persons via video-conferencing, generally in the process of the cross-border taking of evidence. This paper presents the definition of court, which is introduced as a novelty in this regulation, and which will meet the needs of the RC, considering the problems that it had with the definition of court in the Brussels IA Regulation. Another great novelty is introduced in terms of the taking of evidence by diplomatic agents and consular officers. The present paper is an introduction to further papers that will deal with possible concerns in applying these novelties.

Keywords: definition of court, electronic communication via a decentralised IT system, video-conferencing, taking of evidence by diplomatic agents or consular officers

Maja Josipović, MSc, Judge at the Commercial Court in Zagreb

**KOMENTARI SUDSKE I
ZAKONODAVNE PRAKSE**

DRŽAVNO ODVJETNIŠTVO KAO IZDAVATELJ EUROPSKOG ISTRAŽNOG NALOGA NAKON PRESUDE SUDA EUROPSKE UNIJE U PREDMETU C-584/19*

Stručni rad

UDK 341.645(4)EU
343.126(4)EU
341.49:343.14(4)EU

Primljeno: 10. siječnja 2022.

Dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas**

Dr. sc. Marin Bonačić***

U članku se analizira presuda u predmetu C-584/19 od 8. prosinca 2020. godine, u kojoj je Sud Europske unije dao odgovor na pitanje obuhvaćaju li pojmovi „pravosudno tijelo“ i „tijelo izvršitelj“ iz Direktive 2014/41/EU o europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima i javno tužiteljstvo određene države članice. Sud je zaključio da javno tužiteljstvo može biti izdavatelj europskog istražnog naloga neovisno o tome postoji li u toj državi članici odnos zakonske podređenosti javnog tužiteljstva prema izvršnoj vlasti, kao i postoji li opasnost od izravne ili neizravne podložnosti pojedinačnim nalogima i uputama te vlasti pri izdavanju europskog istražnog naloga, što se razlikuje od odluka u ranijim predmetima koji su se odnosili na europski uhidbeni nalog. Analizira se i utjecaj navedene presude na hrvatsko pravo uzimajući u obzir činjenicu da je državno odvjetništvo prema Ustavu Republike Hrvatske samostalno i neovisno pravosudno tijelo, uz zaključak da je značajna prvenstveno za slučajeve u kojima će domaća tijela izvršavati europske istražne naloge koje je izdalo javno tužiteljstvo države članice hijerarhijski podređeno određenom tijelu izvršne vlasti.

Ključne riječi: europski istražni nalog, EIN, pravosudno tijelo, tijelo izdavatelj, javno tužiteljstvo, državno odvjetništvo, Sud Europske unije

„Članak 1. stavak 1. i članak 2. točku (c) Direktive 2014/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o Europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima treba tumačiti na način da je javni tužitelj države članice, odnosno, općenitije, javno tužiteljstvo države članice, obuhvaćeno pojmovima „pravosudno tijelo“ i „tijelo izdavatelj“ u smislu tih odredbi, neovisno o mogućem postojanju odnosa zakonske podređenosti između tog

* Ovaj rad nastao je u okviru projekta Europski istražni nalog - Pravna analiza i praktične dvojbe međunarodne suradnje koji je financiran sredstvima Programa za pravosuđe Europske unije (2014-2020)

** Dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas, redovita profesorica na Katedri za kazneno procesno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

*** Dr. sc. Marin Bonačić, izvanredni profesor na Katedri za kazneno procesno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

javnog tužitelja, odnosno tog javnog tužiteljstva, i izvršne vlasti te države članice i izloženosti navedenog javnog tužitelja, odnosno navedenog javnog tužiteljstva, opasnosti od izravne ili neizravne podložnosti pojedinačnim nalogima ili uputama te vlasti u okviru donošenja europskog istražnog naloga.“

Presuda Velikog vijeća Suda Europske unije u predmetu C-584/19 od 8. prosinca 2020.

1. ČINJENIČNO STANJE I PRETHODNO PITANJE

Presuda Velikog vijeća Suda Europske unije (dalje: Sud EU-a) u predmetu C-584/19 (*Staatsanwaltschaft Wien protiv A. i drugih*) donesena je u povodu zahtjeva za prethodnu odluku koju je Sudu uputio Zemaljski kazneni sud u Beču na temelju članka 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, a u okviru zahtjeva za izvršenje u Austriji europskog istražnog naloga koji je izdalo Državno odvjetništvo u Hamburgu u odnosu na osobu A. i druge nepoznate osobe osumnjičene za krivotvorenje bankovnih naloga za plaćanje.¹ Zahtjev se odnosio na tumačenje čl. 1. st. 1.² i čl. 2. t. (c)³ Direktive 2014/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima (dalje: Direktiva o EIN-u).⁴

U navedenom predmetu Zemaljski kazneni sud u Beču postavio je prethodno pitanje može li se Državno odvjetništvo u Hamburgu smatrati „pravosudnim tijelom“ u smislu čl. 1. st. 1. Direktive o EIN-u i može li ono biti obuhvaćeno pojmom „tijelo izdavatelj“ u smislu čl. 2. t. (c) Direktive o EIN-u, a posebno pojmom „javni tužitelj“ iz čl. 2. t. (c) i Direktive o EIN-u, budući da prema njemačkom zakonodavstvu to državno odvjetništvo od ministra pravosuđa u Hamburgu može primati upute, uključujući upute za postupanje u konkretnim slučajevima.⁵ Drugim riječima, pitanje je bilo ulazi li javno tužiteljstvo države članice u pojam „pravosudnog tijela“ i „tijela izdavatelja“ bez obzira na eventualni zakonom ustanovljeni odnos podređenosti javnog tužitelja izvršnoj vlasti, uključujući izravnu ili neizravnu podložnost pojedinačnim nalogima i uputama pri donošenju europskog istražnog naloga.⁶ Naime sud koji je postavio prethodno pitanje referirao se na praksu Suda EU-a u kojoj pojam „pravosudnog tijela koje izdaje uhidbeni nalog“ iz čl. 6. st.

¹ Sud Europske unije, presuda u predmetu C-584/19 od 8. prosinca 2020., § 2.

² „Europski istražni nalog (EIN) sudska je odluka koju izdaje ili potvrđuje pravosudno tijelo države članice (država izdavateljica) radi izvršavanja jedne ili nekoliko posebnih istražnih mjera u drugoj državi članici (država izvršiteljica) u svrhu pribavljanja dokaza u skladu s odredbama ove Direktive.“

³ „...tijelo izdavatelj“ znači:

i. sudac, sud, istražni sudac ili javni tužitelj nadležan u dotičnom predmetu; ili

ii. bilo koje drugo nadležno tijelo, kako je određeno u državi izdavateljici, koje u dotičnom slučaju djeluje kao istražno tijelo u kaznenom postupku s nadležnošću za prikupljanje dokaza u skladu s nacionalnim pravom. Osim toga, prije prosljeđivanja tijelu izvršitelju, EIN se potvrđuje nakon što sudac, sud, istražni sudac ili javni tužitelj u državi izdavateljici pregleda njegovu sukladnost s uvjetima za izdavanje EIN-a u okviru ove Direktive, a posebno s uvjetima iz članka 6. stavka 1. Ako je EIN potvrdilo pravosudno tijelo“...

⁴ Direktiva 2014/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima (SL L 130, 1. 5. 2014., str. 1).

⁵ Sud EU-a, C-584/19 od 8. prosinca 2020., § 22.

⁶ *Ibid.*, § 38.

1. Okvirne odluke Vijeća od 13. lipnja 2002. o europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica (2002/584/PUP)⁷ (dalje: Okvirna odluka o EUN-u) nije obuhvatio državna odvjetništva država članica u kojima postoji opasnost takve podložnosti.⁸

2. IZ OBRAZLOŽENJA PRESUDE

U razmatranom predmetu Sud je najprije istaknuo da, za razliku od Okvirne odluke o EUN-u, čl. 2. t. (c) i. Direktive o EIN-u „izričito propisuje da je javni tužitelj jedno od tijela, poput suca, suda ili istražnog suca, za koje se smatra da je ‘tijelo izdavatelj’“,⁹ pod jedinim uvjetom da je prema nacionalnom pravu javni tužitelj nadležan za određivanje istražnih mjera u određenom predmetu,¹⁰ a ne i pod uvjetom da ne postoji zakonski odnos podređenosti prema izvršnoj vlasti države članice.¹¹ Činjenica da je europski istražni nalog izdao ili potvrdio javni tužitelj tom nalogu daje svojstvo sudske odluke.¹²

Naime Sud EU-a objasnio je da su postupak izdavanja i potvrđivanja europskog istražnog naloga, kao i jamstva koja se pritom primjenjuju, različita u odnosu na europski uhidbeni nalog.¹³ Kada javni tužitelj izdaje ili potvrđuje europski istražni nalog, mora primjenjivati postupovna jamstva nacionalnog prava, koja jamstva moraju biti usklađena s direktivama EU-a o procesnim jamstvima¹⁴ te s pravima iz Povelje EU-a.¹⁵ Štoviše, države članice u odnosu na europski istražni nalog moraju osigurati jednaka pravna sredstva dostupna u sličnom domaćem slučaju¹⁶ te poštovanje prava obrane i pravičnosti postupka u ocjeni pribavljenih dokaza.¹⁷

Sud je nadalje upozorio na više mehanizama osiguranja primjene načela razmjernosti i poštovanja postupovnih i temeljnih prava. Tako, prvo, postoji mogućnost da se za izvršenje europskog istražnog naloga u državni izvršiteljici traži sudsko odobrenje ako to propisuje nacionalno pravo (čl. 2. t. (d) Direktive o EIN-u).¹⁸ Drugo, postoji mogućnost savjetovanja s tijelom izdavatelja, nakon čega može uslijediti povlačenje europskog istražnog naloga (čl. 6. st. 3. Direktive o EIN-u).¹⁹ Treće, tijelo izvršenja može primijeniti i drugu istražnu mjeru umjesto one koja je zatražena ako ta druga mjera manje zadire u temeljna prava (čl. 10. Direktive o EIN-u).²⁰ I konačno, četvrto, priznanje i izvršenje

⁷ Okvirna odluka Vijeća od 13. lipnja 2002. o europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica (2002/584/PUP), SL L 190, 18. 7. 2002, str. 1.

⁸ Sud EU-a, C-584/19 od 8. prosinca 2020., § 48.

⁹ *Ibid.*, § 50.

¹⁰ *Ibid.*, § 52.

¹¹ *Ibid.*, § 54.

¹² *Ibid.*, § 55.

¹³ *Ibid.*, § 56.

¹⁴ *Ibid.*, § 58.

¹⁵ *Ibid.*, § 59.

¹⁶ *Ibid.*, § 60.

¹⁷ *Ibid.*, § 62.

¹⁸ *Ibid.*, § 65.

¹⁹ *Ibid.*, § 66.

²⁰ *Ibid.*, § 67.

europskog istražnog naloga može se odbiti ako bi ono bilo protivno obvezama države izvršiteljice iz čl. 6. Ugovora o Europskoj uniji i Povelje o pravima (čl. 11. st. 1. t. (f) Direktive o EIN-u).²¹

Naposljetku, Sud EU-a istaknuo je različite ciljeve europskog uhidbenog naloga i europskog istražnog naloga. Za razliku od europskog uhidbenog naloga, koji za cilj ima uhićenje i predaju tražene osobe „radi vođenja kaznenog progona, izvršenja kazne zatvora ili naloga za oduzimanje slobode“, europski istražni nalog za cilj ima „izvršavanje jedne ili nekoliko posebnih istražnih mjera u svrhu pribavljanja dokaza“.²² To znači da europski istražni nalog, za razliku od europskog uhidbenog naloga, ne podrazumijeva zadiranje u pravo na osobnu slobodu pojedinca.²³

3. KOMENTAR

Pitanje neovisnosti državnog odvjetništva (javnog tužiteljstva) kao pretpostavke da bi se ono moglo smatrati pravosudnim tijelom ovlaštenim za izdavanje europskog istražnog naloga pojavilo se nakon presude Suda EU-a u spojenim predmetima C-508/18 (*Parquet de Lübeck*) i C-82/19 PPU (*Parquet de Zwickau*).²⁴ U tim predmetima Sud je odlučio da pojam „pravosudnog tijela koje izdaje uhidbeni nalog“ prema Okvirnoj odluci o EUN-u „ne obuhvaća državna odvjetništva države članice koja su, u okviru donošenja odluke o izdavanju europskog uhidbenog naloga, izravno ili neizravno izložena riziku podređenosti nalozima ili pojedinačnim uputama izvršne vlasti, poput ministarstva pravosuđa“.²⁵ Kako Okvirna odluka ne specificira koja se tijela mogu smatrati pravosudnim tijelima ovlaštenima za izdavanje EUN-a, nego u čl. 6. samo navodi da su to tijela nadležna za izdavanje u skladu s pravom države izdavanja, Sud je istoga dana u predmetu C-509/18 (*Prosecutor General of Lithuania*) odlučio i da pojam „pravosudno tijelo koje izdaje uhidbeni nalog“ obuhvaća „glavnog državnog odvjetnika države članice, koji je, iako ustrojstveno neovisan o sudbenoj vlasti, nadležan za vođenje kaznenog progona te koji na temelju svojeg položaja u toj državi članici uživa jamstvo neovisnosti u odnosu na izvršnu vlast u okviru izdavanja europskog uhidbenog naloga“.²⁶

Odgovor na pitanje primjenjuju li se navedeni standardi i kod izdavanja europskog istražnog naloga bio je od velike važnosti jer je samo jedna država članica propisala da isključivo sudovi mogu izdavati EIN-e,²⁷ dok su sve druge ovlastile i državnog odvjetnika za njihovo izdavanje. Već nakon donošenja presude u spojenim predmetima C-508/18 i C-82/19 PPU isticalo se da se isti standardi ne bi trebali primjenjivati u kontekstu EIN-a zbog razlike u pravima koja se ograničavaju te stupnju zadiranja u ta prava, ali da bi bilo

²¹ *Ibid.*, § 68.

²² *Ibid.*, § 72.

²³ *Ibid.*, § 73.

²⁴ Sud EU-a, C-508/18 i C-82/19 PPU od 27. svibnja 2019.

²⁵ *Ibid.*, § 91.

²⁶ Sud EU-a, C-509/18 od 27. svibnja 2019., § 58.

²⁷ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, COM(2021) 409 final, od 20. 7. 2021., str. 3.

razumno očekivati da se navedeni standardi primjenjuju kod dokaznih radnji koje najviše zadiru u prava okrivljenika.²⁸

Sud EU-a navedeno je pitanje razriješio u predmetu C-584/19 odlučivši da se javno tužiteljstvo države članice smatra pravosudnim tijelom i tijelom izdavateljem EIN-a neovisno o tome postoji li odnos zakonske podređenosti tijelima izvršne vlasti ili opasnost izravne ili neizravne podložnosti pojedinačnim nalogima ili uputama te vlasti. Odluka se temelji na nekoliko razlika u odnosu na izdavanje EUN-a: a) Direktiva o EIN-u izričito propisuje da se javni tužitelj smatra tijelom izdavateljem, bez postavljanja uvjeta nepostojanja podređenosti prema izvršnoj vlasti, b) postupak izdavanja i potvrđivanja EIN-a, kao i jamstva koja se primjenjuju, razlikuju se te u postupku izdavanja EIN-a postoji više mehanizama osiguranja primjene načela razmjernosti i poštovanja postupovnih i temeljnih prava, te c) EIN ne podrazumijeva zadiranje u pravo na osobnu slobodu pojedinca. U tom kontekstu zanimljivo je i mišljenje nezavisnog odvjetnika Manuela Camposa Sánchez-Bordone o tome koje bi bile posljedice suprotne odluke Suda.²⁹ Prema njegovu mišljenju to bi vjerojatno dovelo do značajne pravne nesigurnosti i kašnjenja u provođenju istraga s prekograničnom dimenzijom, radilo bi se o prikrivenoj izmjeni Direktive i prebacivanju državnih odvjetništava određenih država u kategoriju tijela koja ne mogu samostalno izdavati EIN-e niti ih potvrđivati te bi se time narušila volja zakonodavca EU-a, koji Direktivom nije htio mijenjati institucionalne i postupovne sustave država članica.³⁰

U odnosu na Republiku Hrvatsku navedena presuda Suda u predmetu C-584/19 posebno je relevantna u situacijama kada je hrvatsko tijelo izvršitelj europskog istražnog naloga, i to kada je tijelo izdavatelj javno tužiteljstvo države članice, ustrojeno po modelu hijerarhijske podređenosti određenom tijelu izvršne vlasti, a u pravilu je to ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa. No kada je hrvatsko državno odvjetništvo izdavatelj europskog istražnog naloga, ni prije ove presude Suda EU-a nije trebalo biti dvojbi u postupanju od strane tijela izvršitelja. Naime državno je odvjetništvo prema odredbi čl. 121.a Ustava Republike Hrvatske³¹ „samostalno i neovisno pravosudno tijelo“. Ono nije samo „ovlašteno i dužno postupati protiv počinitelja kaznenih i drugih kažnjivih djela“ nego je jednako tako ovlašteno i dužno „podnositi pravna sredstva za zaštitu Ustava i zakona“ (čl. 121.a Ustava), za koju zadaću je nužno da državni odvjetnici budu objektivni i nepristrani te slobodni od bilo kakva utjecaja ili nadzora od strane upravnih ili drugih tijela.³² No unatoč tome državno odvjetništvo „prema vani“, kako je naveo Krapac, nije tijelo sudbene vlasti, jer su nositelji sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj isključivo sudovi.³³ Istovremeno, državno odvjetništvo nije ni tijelo izvršne vlasti jer je o njoj

²⁸ Ivičević Karas, Elizabeta; Burić, Zoran; Bonačić, Marin; Maršavelski, Aleksandar, *The effects of the ECJ "Parquet de Lübeck" judgement on Croatian criminal justice system*, dostupno na: <https://eio-lapd.eu/2020/11/08/the-effects-of-the-ecj-parquet-de-lubeck-judgement-on-croatian-criminal-justice-system> (15. 1. 2022.).

²⁹ Predmet C-584/19, Mišljenje nezavisnog odvjetnika Manuela Camposa Sánchez-Bordone od 16. srpnja 2020.

³⁰ *Ibid.*, § 91.

³¹ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

³² Krapac, Davor, *Kazneno procesno pravo Prva knjiga*: Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2020, str. 216.

³³ *Ibid.*

neovisno.³⁴ U tom smislu državno odvjetništvo u Republici Hrvatskoj samostalno je i neovisno pravosudno tijelo, čije je ustrojstvo, sukladno ustavnom okviru, detaljno uređeno Zakonom o državnom odvjetništvu.³⁵

4. POSTSCRIPTUM: PRESUDA U PREDMETU C-724/19

Položaj državnog odvjetništva kao izdavatelja europskog istražnog naloga dodatno je razjašnjen najnovijom presudom Suda Europske unije u predmetu C-724/19.³⁶ U tom predmetu bugarsko državno odvjetništvo, kao ovlaštenu izdavatelju europskih istražnih naloga u predraspravnoj fazi kaznenog postupka prema Zakonu o europskom istražnom nalogu, izdalo je 15. kolovoza 2018. četiri europska istražna naloga za pribavljanje podataka o prometu i lokaciji koji se odnose na telekomunikacije u Belgiji, Njemačkoj, Austriji i Švedskoj iako prema nacionalnom Zakoniku o kaznenom postupku u predraspravnoj fazi takav nalog na zahtjev državnog odvjetnika izdaje sud. Belgijski istražni sudac, za razliku od tijela izvršitelja drugih država, prosljedio je odluku o priznavanju europskog istražnog naloga.³⁷ Kako bi ocijenio je li optužnica osnovana, bugarski Specijalni kazneni sud uputio je Sudu EU-a dva prethodna pitanja: je li nacionalni propis koji ovlašćuje državnog odvjetnika na izdavanje EIN-a radi pribavljanja podataka, za što je u istom slučaju na nacionalnoj razini nadležan sudac, u skladu s Direktivom (čl. 2. toč. c podtoč. i.) i načelom ekvivalentnosti te zamjenjuje li priznanje EIN-a od strane nadležnog tijela države izvršiteljice potrebni sudbeni nalog.³⁸ U odnosu na prvo pitanje Sud je odlučio da navedeni članak Direktive treba tumačiti na način da nije dopušteno da državni odvjetnik u predraspravnoj fazi kaznenog postupka bude nadležan za izdavanje EIN-a u situaciji kada je u okviru sličnog nacionalnog postupka donošenje istražne mjere u isključivoj nadležnosti suca. U odnosu na drugo pitanje Sud je odlučio da priznanje EIN-a ne može zamijeniti zahtjeve koji se primjenjuju u državi izdavateljici.³⁹

Presuda Suda u predmetu C-724/19 pokazuje da ovlast javnog tužitelja da samostalno izdaje EIN-e može biti ograničena u slučajevima kada se EIN-om traži izvršenje istražne mjere koja zadire u prava pojedinca.⁴⁰ Sama Direktiva o EIN-u ne sadrži pravilo o tome koje istražne mjere zahtijevaju sudbeni nalog, nego se odluka o tome ostavlja svakoj državi članici, uz pravilo da javni tužitelj ne može izdati EIN u svim slučajevima kada nije ovlašten to učiniti u nacionalnom kaznenom postupku. Za tijela izvršitelje, pa i Državno odvjetništvo RH, presuda je relevantna jer će prilikom priznavanja EIN-a trebati voditi računa i o tome je li javno tužiteljstvo ovlašteno naložiti poduzimanje istražne radnje čije se izvršenje zahtijeva u domaćem kaznenom postupku.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Zakon o državnom odvjetništvu, Narodne novine 67/18.

³⁶ Sud EU-a, C-724/19 od 16. prosinca 2021.

³⁷ *Ibid.*, § 19.–22.

³⁸ *Ibid.*, § 23.–26.

³⁹ *Ibid.*, § 56.

⁴⁰ Sukladno recitalu 16 Direktive o EIN-u to bi, ovisno o nacionalnom pravu, primjerice mogle biti mjere koje krše pravo na privatnost ili pravo na vlasništvo.

THE STATE ATTORNEY'S OFFICE AS THE ISSUER OF THE EUROPEAN INVESTIGATION ORDER FOLLOWING THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN CASE C-584/19

The paper analyses the judgment in Case C-584/19 of 8 December 2020, in which the Court of Justice of the European Union answered the question whether the terms "judicial authority" and "executing authority" in Directive 2014/41/EU on the European Investigation Order in criminal matters also includes the public prosecutor's office of a certain Member State. The Court concluded that the Public Prosecutor's Office could be the issuer of a European Investigation Order regardless of whether there was a relationship of legal subordination of the Public Prosecutor's Office to the executive in that Member State, or whether there was a risk of directly or indirectly being subject to individual instructions from the executive when issuing a European Investigation Order. This differs from decisions in earlier cases relating to the European Arrest Warrant. The impact of this judgment on Croatian law is also analysed, taking into account that the State Attorney's Office is an independent judicial authority according to the Constitution of the Republic of Croatia. The conclusion is that this judgement is important primarily for cases where domestic bodies execute European Investigation Orders issued by the public prosecutor's office of a Member State hierarchically subordinate to a particular executive body.

Keywords: European Investigation Order, EIO, judicial authority, issuing authority, Public Prosecutor's Office, State Attorney's Office, Court of Justice of the European Union

Elizabeta Ivičević Karas, PhD, Full Professor at the Chair of Criminal Procedural Law of the Faculty of Law, University of Zagreb

Marin Bonačić, PhD, Associate Professor at the Chair of Criminal Procedural Law of the Faculty of Law, University of Zagreb

POSTOJANJE PRAVNOG SREDSTVA PROTIV EUROPSKOG ISTRAŽNOG NALOGA KAO PRETPOSTAVKA ZA NJEGOVO IZDAVANJE

Stručni rad

UDK 341.645(4)EU
343.126(4)EU
341.49:343.14(4)EU

Primljeno: 10. siječnja 2022.

Dr. sc. Zoran Burić*

U članku se analiziraju dvije presude Suda Europske unije u kojima je razmatran utjecaj nepostojanja pravnog sredstva protiv europskog istražnog naloga u državi izdavanja naloga na izdavanje ili izvršenje europskog istražnog naloga. Obje presuda donesene su u kontekstu istog kaznenog postupka, koji se vodi pred bugarskim sudom, i vežu se na praksu Europskog suda za ljudska prava, u kojoj je opetovano utvrđivana neusuglašenost bugarskog prava sa standardima Europske konvencije. Ti se standardi odnose na dostupnost učinkovitih pravnih sredstava u domaćem pravnom poretku protiv odluka državnih tijela kojima se zadire u prava zajamčena čl. 8. Konvencije. Presude Suda Europske unije koje se ovdje analiziraju daju zanimljive odgovore ne samo na pitanja koja se odnose na tumačenje Direktive o europskom istražnom nalogu već i na ona koja se odnose na (pre)raspodjelu odgovornosti između države izdavanja i države izvršenja za zaštitu temeljnih ljudskih prava i sloboda u kontekstu pravosudne suradnje u kaznenim stvarima.

Ključne riječi: europski istražni nalog, EIN, pravno sredstvo, Sud Europske unije

1. ČINJENICE SLUČAJA

Protiv bugarskog se državljanina Ivana Gavanozova pred bugarskim sudom vodi rasprava u kaznenom postupku zbog kaznenog djela utaje poreza počinjenog u sastavu zločinačkog udruženja. Stavljeno mu je na teret da je u Bugarsku, putem fiktivnih društava, uvezio šećer iz drugih država članica i da ga je potom prodavao na bugarskom tržištu bez obračunavanja i plaćanja poreza na dodatnu vrijednost. Šećer je pretežno nabavljao preko trgovačkog društva X, čije je sjedište u Češkoj, a ovlaštena ga je zastupati osoba Y.¹ Tijekom rasprave sud koji je vodi odlučio je izdati europski istražni nalog kojim se traži pretraga i privremeno oduzimanje predmeta u prostorijama trgovačkog društva X i u domu osobe Y, kao i ispitivanje osobe Y kao svjedoka putem videokonferencije.²

* Dr. sc. Zoran Burić, izvanredni profesort na Katedri za kazneno procesno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

¹ Sud Europske unije, C-324/17, presuda od 24. listopada 2019., § 10.-11.

² *Ibid.*, § 12.

2. PRVO OBRAĆANJE SUDU EUROPSKE UNIJE

2.1. Dvojbe nacionalnog suda

Prilikom popunjavanja obrasca za izdavanje europskog istražnog naloga sud je naišao na teškoće nakon što je zaključio da u bugarskom pravu ne postoje pravna sredstva putem kojih bi osobe na koje se odnosi europski istražni nalog, u ovom slučaju društvo X i osoba Y, mogli u Bugarskoj osporavati postojanje materijalnopravnih pretpostavki za izdavanje naloga. Prema članku 14. stavku 2. Direktive o europskom istražnom nalogu³ materijalnopravne razloge za izdavanje naloga moguće je preispitivati samo u postupku pokrenutom u državi izdavateljici ne dovodeći u pitanje jamstva temeljnih prava u državi izvršiteljici. Prema stajalištu raspravnog suda ta odredba Direktive zahtijeva od nacionalnog zakonodavca da predvidi postojanje takvih pravnih sredstava u svom nacionalnom pravnom sustavu. Međutim u bugarskom pravnom sustavu trećim osobama (onima na koje se odnose istražne radnje čije se poduzimanje europskim istražnim nalogom traži, a koje same nisu okrivljene u kaznenom postupku iz kojeg europski istražni nalog proizlazi) takva pravna sredstva nisu stavljena na raspolaganje. Njima (u ovom slučaju društvu X i osobi Y) takva pravna sredstva nisu stavljena na raspolaganje ni a) u kaznenom postupku u okviru kojega se izdaje europski istražni nalog ni b) izvan njega, kroz mogućnost traženja naknade štete u građanskom postupku. Nadalje, takva pravna sredstva ne postoje a) ni u odnosu na europski istražni nalog b) ni u odnosu na istražne mjere koje su europskim istražnim nalogom naložene. S obzirom na to da takva pravna sredstva ne postoje, rezonira dalje bugarski sud, to znači da obrazac europskog istražnog naloga uopće nije moguće popuniti jer se jedan njegov dio odnosi na navođenje dostupnih pravnih sredstava u državi izdavanja naloga. A ako taj dio obrasca nije moguće ispuniti, znači li to da bugarska nadležna tijela uopće ne mogu izdavati europski istražni nalog u skladu s odredbama Direktive?

2.2. Posebnosti bugarskoga prava u odnosu na pravna sredstva

U odnosu na bugarsko pravo u praksi Europskog suda za ljudska prava opetovano je utvrđivano kako to pravo ne ispunjava konvencijske standarde zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda jer osobama na koje se odnose mjere ograničenja prava zajamčenih člankom 8. Konvencije ne stavlja na raspolaganje pravna sredstva kojima bi u nacionalom pravnom poretku mogle učinkovito osporavati zakonitost i opravdanost takvih ograničenja. Na to u svojem mišljenju upozorava nezavisni odvjetnik Bot i upućuje na relevantne presude Europskog suda za ljudska prava.⁴ U postupku izvršenja tih presuda (*Peev protiv Bugarske, Ilija Stefanov protiv Bugarske*) Bugarska se obvezala izmijeniti svoje nacionalno pravo kako bi omogućila *a posteriori* sudski nadzor akta kojim se nalažu

³ Direktiva 2014/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima (SL 2014, L 130, str. 1, i ispravak SL 2015, L 143, str. 16).

⁴ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Yvesa Bota od 11. travnja 2019. u predmetu C-324/17, kazneni postupak protiv Ivana Gavanozova.

pretraga i zapljena, odnosno nadzor koji pokreću osobe na koje se odnosi pretraga, odnosno zapljena, međutim u trenutku obraćanja Sudu Europske unije to još uvijek nije bilo učinjeno.⁵

2.3. Mišljenje Suda Europske unije

Sud Europske unije pronašao je način da u svojoj presudi zaobiđe dati odgovor na niz važnih pitanja koja je u svojem obraćanju istaknuo bugarski sud. Ta se pitanja direktno odnose na pravna sredstva koja u državi izdavanja naloga trebaju biti na raspolaganju osobama na koje se dokazne radnje zatražene u nalogu odnose, ali se posredno tiču i raspodjele odgovornosti za zaštitu temeljnih ljudskih prava i sloboda u kontekstu pravosudne suradnje između države izdavanja i države izvršenja naloga. Tim se pitanjima iscrpno u svojem mišljenju bavio nezavisni odvjetnik Bot, ali se Sud u svojem odgovoru ograničio samo na davanje upute nacionalnom Sudu oko toga kako ispravno popuniti obrazac za izdavanje europskog istražnog naloga. Sud Europske unije uputio je nacionalni sud da u dio obrasca koji se odnosi na pravna sredstva ne treba unijeti podatke o onim pravnim sredstvima koja su eventualno dostupna u toj državi članici,⁶ već samo o onim pravnim sredstvima koja su zaista izjavljena. Dakle taj dio obrasca treba popunjavati samo podacima o onim pravnim sredstvima koja su eventualno izjavljena, a ne o onim pravnim sredstvima koja su eventualno dostupna (ili nisu dostupna). Na pitanje je li okolnost da takva pravna sredstva nisu u Bugarskoj stavljena na raspolaganje trećim osobama na koje se odnose dokazne radnje naložene u europskom istražnom nalogu zapreka za izdavanje naloga Sud nije odgovorio smatrajući to nepotrebno s obzirom na okolnosti predmeta.⁷ Takvim načinom rezoniranja Suda Europske unije sva važna pitanja koja proizlaze iz ovoga slučaja ostala su neodgovorena. Bugarski sud nije dopustio da tako i ostane te se u kontekstu istog postupka, istih činjenica i istih pravnih problema ponovno obratio Sudu Europske unije.

3. DRUGO OBRAĆANJE SUDU EUROPSKE UNIJE

Bugarski sud ponovno se obratio Sudu Europske unije, i to, u osnovi, s istim pitanjem: je li bugarsko pravo, koje ne predviđa pravna sredstva ni u odnosu na radnje čije je poduzimanje europskim istražnim nalogom naloženo ni u odnosu na sam nalog, u skladu s odredbama Direktive o europskom istražnom nalogu, te ako nije, mogu li po tim okolnostima bugarska nadležna tijela uopće izdati europski istražni nalog. Ovaj je put bugarski sud izbjegao pozivanje na bilo kakve probleme vezane uz ispunjavanje obrasca i time jasno dao do znanja Sudu Europske unije da od njega očekuje odgovor na suštinska, a ne na tehnička pitanja.

⁵ *Ibid.*, § 65. i bilj. 19.

⁶ Sud Europske unije, C-324/17, presuda od 24. listopada 2019., § 38.

⁷ *Ibid.*, § 37.

3.1. Mišljenje Suda Europske unije

Sud Europske unije prije svega je zaključio da članak 14. Direktive o europskom istražnom nalogu ne traži od država članica uvođenje novih pravnih sredstava, već jedino traži da pravna sredstva protiv europskog istražnog naloga i radnji koje su u njemu naložene budu jednaka pravnim sredstvima koja su dostupna u sličnom domaćem slučaju.⁸

Međutim u sljedećem koraku Sud Europske unije u lanac argumentacije uključuje jamstva zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda koji su zajamčeni Poveljom Europske unije i Europskom konvencijom za ljudska prava. U odnosu na Povelju Sud zaključuje da se pretragama i oduzimanjem predmeta za potrebe kaznenog postupka ograničavaju prava koja su zaštićena člancima 7. (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja) i 17. stavkom 1. (pravo na vlasništvo).⁹ To znači da osobe protiv kojih se te mjere poduzimaju trebaju imati pravo na učinkovito pravno sredstvo koje je zagantirano člankom 47. Povelje.¹⁰ U odnosu na pretrage i oduzimanje predmeta isto proizlazi i iz prakse Europskog suda za ljudska prava razvijene vezano uz članak 13. Konvencije, koji također jamči pravo na učinkovito pravno sredstvo.¹¹ Iz Povelje i iz Konvencije prema tome proizlazi da je država članica izdavanja naloga obvezna osobama u odnosu na koje se izvršava europski istražni nalog osigurati da pred sudom te države članice mogu osporavati potrebu za izdavanjem tog naloga i njegovu pravilnost „u najmanju ruku s obzirom na materijalnopravne razloge za izdavanje europskog istražnog naloga“.¹² U osnovi isto Sud je zaključio i u odnosu na osobe koje su bile obvezne odazvati se pozivu na svjedočenje u okviru izvršenja europskog istražnog naloga,¹³ ali je pritom argumentaciju za takvo stajalište pronašao isključivo u svojoj dosadašnjoj praksi (ne i u praksi Europskog suda za ljudska prava), prema kojoj „zaštita od intervencija javne vlasti, svojevoljnih ili neproporcionalnih, u sferu privatnih aktivnosti osobe, bila ona fizička ili pravna, čini opće načelo prava Unije“¹⁴ te se na tu zaštitu može pozvati svatko „kako bi pred sudom osporio akt koji na njega negativno utječe, kao što je to nalog za dostavu informacija ili sankcija izrečena zbog nepoštovanja tog naloga“.¹⁵

Na temelju iznesenih razmatranja Sud je zaključio da se članku 14. Direktive, kada se on tumači u vezi s člankom 47. Povelje, „protivi propis države članice izdavateljice europskog istražnog naloga kojim nije predviđeno nikakvo pravno sredstvo protiv izdavanja europskog istražnog naloga za provođenje pretraga, privremenih oduzimanja predmeta i saslušanja svjedoka putem videokonferencije“.¹⁶

⁸ Sud Europske unije, C-852/19, presuda od 11. studenog 2011., § 26.

⁹ *Ibid.*, § 31.

¹⁰ *Ibid.*, § 32.

¹¹ *Ibid.*, § 34.

¹² *Ibid.*, § 41.

¹³ *Ibid.*, § 49.

¹⁴ *Ibid.*, § 45.

¹⁵ *Ibid.*, § 46.

¹⁶ *Ibid.*, § 50.

Pozivajući se prije svega na načela uzajamnog povjerenja i lojalne suradnje, Sud je nadalje zaključio da u okolnostima kakve postoje u ovom slučaju, gdje nacionalno pravo države izdavanja naloga ima sustavan nedostatak koji onemogućuje adekvatnu zaštitu temeljnih ljudskih prava i sloboda, nisu ispunjene pretpostavke za izdavanje europskog istražnog naloga, odnosno da bi izdavanje naloga pod tim okolnostima bilo protivno odredbama Direktive o europskom istražnom nalogu, Povelje o temeljnim pravima i Ugovora o Europskoj uniji.¹⁷

4. KOMENTAR

Ovdje prikazane presude Suda Europske unije zanimljive su iz nekoliko razloga. Prije svega, u podlozi obaju obraćanja Sudu Europske unije nalaze se isti kazneni postupak, iste činjenice i u osnovi ista pravna pitanja. Dok je Sud Europske unije u svojoj prvoj presudi odlučio zanemariti sva suštinska pitanja te svoju ulogu svesti na davanje tehničkih uputa, zbog čega mu se svakako treba uputiti kritika, drugu je šansu u potpunosti iskoristio te je dao niz važnih i dalekosežnih odgovora na neka od ključnih pitanja pravosudne suradnje u kaznenim stvarima. Kao povod za davanje tih važnih i dalekosežnih odgovora poslužilo je pitanje o tumačenju članka 14. Direktive o europskom istražnom nalogu, kojim se uređuje materija pravnih sredstava protiv europskog istražnog naloga. U odnosu na to pitanje Sud je odgovorio da članak 14. ne zahtijeva od država članica uvođenje novih pravnih sredstava protiv europskog istražnog naloga, različitih od onih pravnih sredstava koja su u domaćem pravnom poretku dostupna protiv radnji čije se poduzimanje europskim istražnim nalogom nalaže. Međutim činjenica da to članak 14. Direktive ne zahtijeva ne znači da to ne zahtijeva pravo Europske unije. Pored same Direktive Sud je u obzir uzeo Povelju temeljnih prava Europske unije i njome zajamčena prava, kao i svoju dosadašnju praksu, ali i praksu Europskog suda za ljudska prava. Uzimajući sve te relevantne pravne izvore u obzir, Sud Europske unije zaključio je da država članica izdavanja naloga u svojem pravnom poretku mora predvidjeti pravna sredstva protiv europskog istražnog naloga, odnosno da je protivno pravu Europske unije nacionalno pravno uređenje koje takva pravna sredstva ne predviđa.

Sud Europske unije otišao je i dalje te je zaključio da takva pravna sredstva trebaju biti predviđena ne samo u odnosu na pretrage i privremeno oduzimanje predmeta, za koje se pitanje pravnih sredstava uobičajeno veže i njihovo postojanje jedan je od zahtjeva koji proizlaze iz prakse Europskog suda za ljudska prava, već i u odnosu na ispitivanje svjedoka putem videokonferencije.

Posebnu pozornost zaslužuje zaključak Suda Europske unije da nepostojanje pravnih sredstava protiv europskog istražnog naloga u državi izdavanja naloga predstavlja prepreku za izdavanje naloga. Sud je odgovornost za zaštitu temeljnih ljudskih prava i sloboda u kontekstu pravosudne suradnje u kaznenim stvarima na taj način primarno

¹⁷ *Ibid.*, § 51.–62.

prebacio na državu izdavanja naloga. Uobičajeno je da se zadaća zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda u pravosudnoj suradnji povjerava državi izvršenja naloga, koja ima dužnost odbiti suradnju, odnosno odbiti izvršiti nalog, ako bi njegovo izvršenje moglo dovesti do povrede temeljnih ljudskih prava i sloboda.

Prikazane su presude zanimljive i iz aspekta nacionalnih pravnih sustava i njihova odnosa prema međunarodnim standardima zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda. Vidljivo je tako da Bugarska već duži niz godina ne osigurava standarde zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda koji su sukladni Europskoj konvenciji za ljudska prava. Realno je očekivati da će nemogućnost Bugarske da sudjeluje u postupcima pravosudne suradnje koji su vezani uz europski istražni nalog djelovati kao poticaj nadležnim bugarskim tijelima da svoje zakonodavstvo usklade sa standardima zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda koji proizlaze sada ne više samo iz Europske konvencije i prakse Europskog suda za ljudska prava već i iz prava Europske unije i prakse Suda Europske unije.

THE EXISTENCE OF A LEGAL REMEDY AGAINST THE EUROPEAN INVESTIGATION ORDER IN THE ISSUING STATE AS A PRECONDITION FOR ITS ISSUANCE

The paper analyses two judgments of the Court of Justice of the European Union in which the impact of a lack of legal remedy against the European Investigation Order in the issuing state on the issuance of the EIO was considered. Both judgments were handed down in the context of the same criminal proceedings before a Bulgarian court and are linked to the case law of the European Court of Human Rights, which has repeatedly found that Bulgarian law fails to comply with European Convention standards. These standards refer to the availability of effective remedies in the domestic legal order against decisions of state bodies that infringe the rights guaranteed by Article 8 of the Convention. The judgments of the Court of Justice of the European Union analysed in the paper provide interesting answers not only to questions related to the interpretation of the European Investigation Order Directive, but also to those related to the (re)distribution of responsibilities between issuing and executing states for the protection of fundamental human rights and freedoms in the context of judicial cooperation in criminal matters.

Keywords: European Investigation Order, EIO, legal remedy, Court of Justice of the European Union

Zoran Burić, PhD, Associate Professor at the Chair of Criminal Procedural Law of the Faculty of Law, University of Zagreb